Lennart Deutschmann
Vivian Stein
Jacqueline Walder (Hrsg.)

GEGEN-WÄRTIGE SCHIEFLAGEN

Über Erwartungen und Enttäuschungen im Recht

EIZ Publishing

Lennart Deutschmann
Vivian Stein
Jacqueline Walder (Hrsg.)

GEGEN-WÄRTIGE SCHIEFLAGEN

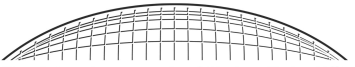
Über Erwartungen und Enttäuschungen im Recht

Mit Beiträgen von
Jonas Aebi
Alexandru Badea
Giulio Francesco Biaggini
Lennart Deutschmann
Elias Gaberthüel
Lara Galli
Rebecca Gross
Mona Gubler
Pablo Gabriel Hassler
Angelina Manhart
Daniel M. Meier
Nancy Neuhauser
Serafina Peter
Johannes Rohrmann
Arik Röthlisberger
Niklaus Julian Sempach
Robin Suter

Mit einem Gastbeitrag von
Gian Ege/Thierry Urwyler

Der 27. Band der APARIUZ-Schriftenreihe wurde unterstützt durch den UZH-Publikationsfonds Geistes- und Sozialwissenschaften, den Ius Alumni (Alumni-Organisation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät) sowie das Prodekanat Forschung und Nachwuchsförderung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Universität Zürich[UZH]



Rechtswissenschaftliche Fakultät

© 2026 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Texte)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch), Bellerivestrasse 49, 8008 Zürich, eizpublishing@europa-institut.ch
Herausgeber: Lennart Deutschmann, Vivian Stein, Jacqueline Walder
ISBN:
978-3-03994-127-8 (Print – Softcover)
978-3-03994-128-5 (Print – Hardcover)
978-3-03994-129-2 (ePub)
DOI: https://doi.org/10.36862/6MRK-GD1G
Version: 1.00 – 20260824

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/gegenwaertige-schieflagen/.

Vorwort

Seit dem Jahre 1999 veröffentlicht der rechtswissenschaftliche Nachwuchs der Universität Zürich jährlich einen Sammelband zu einem übergreifenden Thema. Mit dem vorliegenden 27. Band wird diese Tradition fortgeführt. Er steht unter dem Leitthema «Gegenwärtige Schieflagen – Über Erwartungen und Enttäuschungen im Recht». Gesellschaftliche, politische und technologische Umbrüche stellen das Recht vor neue Herausforderungen und legen Spannungsverhältnisse offen. Recht verspricht Orientierung, Stabilität und Problemlösung, bleibt jedoch mitunter hinter diesen Erwartungen zurück oder wird selbst zur Quelle neuer Konflikte. Schieflagen entstehen dort, wo Anspruch und Wirklichkeit auseinanderfallen, etwa zwischen Freiheit und Sicherheit, Innovation und Regulierung, demokratischer Legitimation und effektiver Rechtsdurchsetzung oder nationalen und internationalen Rechtsordnungen. Die Beiträge dieses Bandes nehmen solche Spannungsverhältnisse zum Anlass, bestehende rechtliche Strukturen kritisch zu hinterfragen und Perspektiven für ihre Fortentwicklung aufzuzeigen.

Das erste Kapitel, «Schieflagen in der internationalen Ordnung», richtet den Blick auf das Völkerrecht. Nancy Neuhauser untersucht die Drittstaatenverpflichtungen der Europäischen Union im Israel-Palästina-Konflikt und das Spannungsverhältnis zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und politischer Wirklichkeit. Rebecca Gross widmet sich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Amnestien für schwere Menschenrechtsverletzungen mit völkerrechtlichen Menschenrechtsverpflichtungen vereinbar sind und inwieweit sie mit dem Gebot der Strafverfolgung sowie den Rechten der Opfer in Einklang gebracht werden können.

Das zweite Kapitel, «Rechtsstaatlichkeit und demokratische Mitwirkung unter Druck», führt von der internationalen Ebene über die europäische Ebene hin zur nationalstaatlichen Perspektive. Pablo Gabriel Hassler und Angelina Manhart gehen den normativen Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit nach. Johannes Rohrmann untersucht die Erwartungen an das *Decision Shaping* der Schweiz im Rahmen der Bilateralen III, während Mona Gubler die demokratische Legitimation der dynamischen Rechtsübernahme kritisch beleuchtet. Alexandru Badea analysiert die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur richterlichen Unabhängigkeit vor dem Hintergrund des Vorwurfs eines «*charter centrism*». Daniel M. Meier rundet das Kapitel mit einem rechtsvergleichenden Blick auf die Auswirkungen der Entscheidung *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* des US-Supreme Courts auf das Verhältnis zwischen regulatorischer Flexibilität und Gewaltenteilung in den Vereinigten Staaten ab.

Das dritte Kapitel, «Das Individuum zwischen Erwartung und Enttäuschung», richtet den Blick auf unterschiedliche Facetten individueller Rechtspositionen. Elias Gaberthüel, Lara Galli und Robin Suter untersuchen, ob das System der sozialen Sicherheit seinem Anspruch auf Existenzsicherung bei Invalidität, Alter und Armut gerecht wird. Arik Röthlisberger widmet sich den Defiziten der Interessenabwägung nach Art. 56 Abs. 2 StGB. Lennart Deutschmann behandelt die Zession einer betriebenen Forderung während des Schuldbetreibungsverfahrens. Giulio Francesco Biaggini zeichnet schliesslich Savignys Entwicklung von der *titulus-modus*-Lehre hin zu einer abstrakten Übertragungstheorie nach.

Das vierte Kapitel, «Recht und Digitalisierung – neue Herausforderungen und Erwartungen», greift schliesslich aktuelle Fragestellungen an der Schnittstelle von Recht und Technologie auf. Niklaus Julian Sempach untersucht ausgewählte Herausforderungen digitaler Kriminalität für das Strafrecht. Serafina Peter beleuchtet die urheberrechtlichen Implikationen des Einsatzes Künstlicher Intelligenz. Jonas Aebi schliesst den Band mit einer Analyse der Auswirkungen Künstlicher Intelligenz auf die Durchführung und didaktische Bedeutung schriftlicher Arbeiten im rechtswissenschaftlichen Studium.

Abgerundet wird der Band durch einen instruktiven Gastbeitrag von Gian Ege und Thierry Urwyler, der sich mit der Bedeutung evidenzbasierter Gesetzgebung und Rechtsanwendung beschäftigt und aufzeigt, welche Rolle wissenschaftliche Erkenntnisse insbesondere im Strafrecht spielen.

Als Herausgeber dieses Bandes sind wir zahlreichen Personen zu Dank verpflichtet, die an seiner Entstehung mitgewirkt und zu seinem Gelingen beigetragen haben. Unser besonderer Dank gilt zunächst den Autorinnen und Autoren sowie den Gastautoren, die mit ihren Beiträgen die inhaltliche Grundlage dieses Bandes geschaffen haben. Für die professionelle Begleitung und die Umsetzung des Publikationsprojekts danken wir dem Verlag EIZ-Publishing, namentlich Dr. Tobias Baumgartner, Dr. Petra Bitterli und Sophie Tschalèr, für die stets angenehme Zusammenarbeit.

Für die finanzielle Unterstützung der Publikation danken wir dem UZH-Publikationsfonds Geistes- und Sozialwissenschaften, dem Ius Alumni (Alumni-Organisation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät) sowie dem Prodekanat für Forschung und Nachwuchsförderung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

Dank gilt schliesslich auch unseren Vorgängerinnen und Vorgängern im Herausgeberteam des 26. Bandes, Serdar Bayana, Barbara Borkowski, Mërgim Gutaj und Gishok Kiritharan, die uns das Projekt übergeben und uns wertvolle

Hinweise mit auf den Weg gegeben haben. Dem Herausgeberteam des nächsten Bandes wünschen wir für die Fortführung viel Erfolg und eine glückliche Hand. Möge die APARIUZ-Reihe auch künftig dem rechtswissenschaftlichen Nachwuchs der Universität Zürich als Ort wissenschaftlichen Austauschs dienen und noch viele weitere Bände hervorbringen.

Zürich, im Oktober 2026

Lennart Deutschmann
Vivian Stein
Jacqueline Walder

Inhaltsverzeichnis

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

Gastbeitrag 1

Gian Ege/Thierry Urwyler
Evidenzbasierte Gesetzgebung: hohe Erwartungen – häufige Enttäuschungen 3

Schieflagen in der internationalen Ordnung 17

Nancy Neuhauser
Drittstaatenverpflichtung der EU im Israel-Palästina-Konflikt: Grosse Worte, kleine Schritte? 19

Rebecca Gross
Between Peace and Justice: Amnesties and Human Rights Obligations in Transitional Societies 49

Rechtsstaatlichkeit und demokratische Mitwirkung unter Druck 93

Pablo Gabriel Hassler/Angelina Manhart
Bemerkungen zu den normativen Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit 95

Johannes Rohrmann
Rechtsentwicklung in der EU und die Schweiz
Erwartungen an das Decision Shaping im Rahmen der Bilateralen III 131

Mona Gubler
Wo liegt das Demokratiedefizit?
Zur dynamischen Rechtsübernahme unter den Bilateralen III 157

Alexandru Badea
Der EuGH und der Vorwurf des «*charter centrism*»
Eine Rechtsprechungsanalyse am Beispiel der richterlichen Unabhängigkeit 193

Daniel M. Meier
Regulatory Flexibility and the Separation of Powers in the post-Loper Bright U.S.
A brief Swiss commentary **227**

Das Individuum zwischen Erwartung und Enttäuschung **237**

Elias Gaberthüel/Lara Galli/Robin Suter
Schieflagen im System der sozialen Sicherheit?
Die Existenzsicherung bei Invalidität, Alter und Armut **239**

Arik Röthlisberger
Die Defizite der Interessenabwägung nach Art. 56 Abs. 2 StGB
Enttäuschung einer gesetzgeberischen Erwartung? **295**

Lennart Deutschmann
Zur Zession der betriebenen Forderung während des Schuldbetreibungsverfahrens **357**

Giulio Francesco Biaggini
Savigny's Path from the *titulus-modus*-Doctrine to an Abstract Transfer Theory
Some Considerations Based on Selected Sources from the Early Codifications to the BGB and Beyond **367**

Recht und Digitalisierung – neue Herausforderungen und Erwartungen **387**

Niklaus Julian Sempach
Analoges Strafrecht, digitale Kriminalität oder (Don't) Shoot the Messenger?
Strafrechtliche Verantwortung digitaler Vermittlungsdienste für die Verbreitung nutzergenerierter Inhalte **389**

Serafina Peter
Künstliche Intelligenz und Urheberrecht **407**

Jonas Aebi
Generative künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Prüfungsrecht **451**

Autorinnen- und Autorenverzeichnis

Jonas Aebi absolvierte zunächst eine kaufmännische Lehre und studiert derzeit Rechtswissenschaften im Master an der Universität Zürich sowie an der Wirtschaftsuniversität Wien. Seit drei Jahren ist er als wissenschaftlicher Hilfsassistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Peter Georg Picht tätig.

Alexandru Badea, aufgewachsen in Sibiu/Hermannstadt (Rumänien), hat an der Universität Zürich Rechtswissenschaften studiert. Seit 2024 ist er als wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht von Prof. Dr. iur. Matthias Oesch tätig. Sein Dissertationsprojekt widmet sich dem Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Innovationsförderung.

Giulio Francesco Biaggini ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina, Ausserordentliche Professorin ad personam für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte, Völkerrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich. Er verfasst eine Dissertation im Bereich der Völkerrechtsgeschichte.

Lennart Deutschmann studierte Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum (M.iur.) sowie an der Universität Bern (MLaw). Währenddessen war er am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Zivilprozessrecht (Prof. Dr. Barbara Völzmann-Stickelbrock) an der FernUniversität in Hagen sowie am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht (Prof. Dr. Florian Eichel und Prof. Dr. Alexander R. Markus) an der Universität Bern tätig. Im Anschluss war er wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Informations- und Kommunikationsrecht (Prof. Dr. Florent Thouvenin) an der Universität Zürich und doktoriert bei Prof. Dr. Dr. h.c. Reto M. Hilty am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb und an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Gian Ege ist seit 2022 Assistenzprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

Elias Gaberthüel studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Er ist als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht von Prof. Dr. Thomas Gächter tätig und verfasst seine Dissertation im Bereich des Ergänzungsleistungsrechts.

Lara Galli studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und absolvierte einen LL.M. am King's College London. Sie ist als wissenschaftliche

Assistentin am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht von Prof. Dr. Thomas Gächter tätig.

Rebecca Gross studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Ihr Dissertationsprojekt bei Prof. Dr. iur. Sarah Summers widmet sich der Schnittstelle zwischen Begnadigungsrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechtsschutz. Derzeit ist sie als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht bei Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann tätig.

Mona Gubler studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Zürich und Amsterdam. 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 zur demokratischen Funktion des Gewaltenteilungsprinzips im Kontext des Regulierungsstaates.

Pablo Gabriel Hassler studierte Klavier an der Musik-Akademie Basel und schloss dieses Studium mit dem Bachelor of Arts ab. Seit September 2022 studiert er Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Seit Februar 2025 arbeitet er als wissenschaftlicher Hilfsassistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Lorenz Langer für Öffentliches Recht und Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung europäischer Demokratiefragen an der Universität Zürich und am Zentrum für Demokratie Aarau. Derzeit beschäftigt er sich vermehrt mit Fragestellungen an der Schnittstelle zwischen Verfassungsrecht und Straf- und Strafprozessrecht.

Angelina Manhart studiert derzeit Rechtswissenschaft im Master an der Universität Zürich. Seit September 2023 ist sie als Hilfsassistentin bei Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht tätig. Ihre Studien- und Forschungsinteressen liegen insbesondere in der Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Erkenntnistheorie, mit besonderem Augenmerk auf Fragen der Gleichheit, der Menschenwürde und der Rechtsstaatlichkeit.

Daniel M. Meier studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Zürich und Bern. Seine Forschungsinteressen umfassen neben dem schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht auch das transnationale und vergleichende öffentliche Recht. Momentan ist er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann tätig und doktoriert mit einer Dissertation im Bereich des öffentlichen Informationsrechts.

Nancy Neuhauser studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und war anschliessend bei den Vereinten Nationen und der Schweizerischen

Botschaft in Berlin tätig. Sie arbeitet als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht von Prof. Dr. Matthias Oesch und verfasst ihre Dissertation zur verantwortungsvollen Unternehmensführung in bewaffneten Konflikten.

Serafina Peter studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss Anfang 2026 ihren Master of Law (MLaw) ab. Während ihres Masterstudiums arbeitete sie als wissenschaftliche Hilfsassistentin am Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt Sachenrecht von Prof. Dr. iur. Ruth Arnet. Im Frühling 2026 begann sie ihr Anwaltspraktikum bei Stephani + Partner in Baden-Dättwil.

Johannes Rohrmann ist Doktorand und Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht von Prof. Dr. iur. Matthias Oesch. Er hat an den Universitäten Freiburg i. Üe., Zürich und Leuven studiert. In seinem Dissertationsprojekt untersucht er die Rolle des EuGH bei der Auslegung von (neueren) Assoziierungsabkommen mit Drittstaaten.

Arik Röthlisberger studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Er ist als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Thierry Urwyler tätig und verfasst seine Dissertation zur Thematik der rechtsdogmatischen Verortung der Prognoseunsicherheit zwischen Beweis- und Rechtswürdigung im Hinblick auf den Entscheid über den massnahmenrechtlichen Freiheitsentzug.

Niklaus Julian Sempach studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und schloss seinen Master im März 2025 ab. Während des Studiums arbeitete er als Hilfsassistent am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie von Prof. Dr. iur. Christian Schwarzenegger; seit seinem Abschluss ist er als wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. iur. Gian Ege tätig und verfasst seine Dissertation zur Zurechnung innerunternehmerischer Kriminalität an die Unternehmensleitung. Seine Forschung fokussiert sich des Weiteren insbesondere auf die Bedeutung der Digitalisierung im Recht und den Umgang mit sozialen Medien im Straf- und Strafprozessrecht.

Robin Suter studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Er ist als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht von Prof. Dr. Thomas Gächter tätig und verfasst seine Dissertation im Bereich der beruflichen Vorsorge.

Thierry Urwyler studierte Rechtswissenschaften an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) sowie der Universität Luzern. Nach seiner Promotion an der Universität Luzern war er als Senior Researcher im Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich tätig und

absolvierte einen MSc in Forensischer Psychologie. Er ist ausserordentlicher Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und Präsident des CrimeLab UZH. Seine Forschungsschwerpunkte sind die forensische Psychologie/Psychiatrie sowie das Straf- und Massnahmenvollzugsrecht.

Herausgeberinnen- und Herausgeberverzeichnis

LENNART DEUTSCHMANN studierte Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum (M.iur.) sowie an der Universität Bern (MLaw). Währenddessen war er am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Zivilprozessrecht (Prof. Dr. Barbara Völzmann-Stickelbrock) an der FernUniversität in Hagen sowie am Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht (Prof. Dr. Florian Eichel und Prof. Dr. Alexander R. Markus) an der Universität Bern tätig. Im Anschluss war er wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Informations- und Kommunikationsrecht (Prof. Dr. Florent Thouvenin) an der Universität Zürich und doktoriert bei Prof. Dr. Dr. h.c. Reto M. Hilty am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb und der Ludwig-Maximilians-Universität München.

VIVIAN STEIN studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Sie arbeitete als wissenschaftliche Assistentin erst am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Schwarzenegger für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie und später am Lehrstuhl von Prof. Dr. Felix Bommer für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht. Sie verfasst ihre Dissertation an der Universität Zürich im Bereich Strafrecht zu den strafrechtlichen Aspekten des sogenannten Doxing. Zudem ist sie als Gerichtsschreiberin am Verwaltungsgericht Zürich tätig.

JACQUELINE WALDER studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht von Prof. Dr. Felix Bommer tätig und verfasst ihre Dissertation zu einer strafprozessrechtlichen Fragestellung im Terrorismusstrafrecht.

Gastbeitrag

Evidenzbasierte Gesetzgebung: hohe Erwartungen – häufige Enttäuschungen

Gian Ege/Thierry Urwyler*

Inhalt

I. Ausgangslage 3

II. Begriff der Evidenzbasierung 6

III. Evidenzbasierte (Straf-)Gesetzgebung 6
A. Grundsatz 6
B. Strafgesetzgebung im Speziellen 10

IV. Evidenzbasierte Rechtsanwendung 12

V. Fazit 14

I. Ausgangslage

Der Umgang mit wissenschaftlichen Erkenntnissen scheint in eine gewisse Schieflage geraten zu sein. Nicht erst die Verbreitung von «Fake News» legt nahe, dass bestimmte Lebensbereiche zunehmend ins Postfaktische abzugleiten drohen. Gerade vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob erwartet werden darf – oder sogar erwartet werden muss –, dass die Gesetzgebung und Rechtsanwendung evidenzbasiert erfolgen. Die Fragen nach der Legitimität einer solchen Erwartung sowie danach, ob sie, möglicherweise aus strukturellen Gründen, notwendigerweise enttäuscht wird, bilden den Ausgangspunkt unseres Gastbeitrags für den 27. APARIUZ-Band.

Zwar werden in manchen Gesetzgebungsvorhaben durchaus empirische Grundlagen angegeben[1] und es gibt Bereiche, in denen gezielt wissenschaftli-

* Die Autoren bedanken sich bei Katharina Kornejewez, BLaw, für ihre Unterstützung bei der Recherche.

1 Zuweilen erfolgt dies in der bundesrätlichen Antwort auf politische Vorstösse (vgl. etwa Bundesrat, Hassreden. Bestehen gesetzliche Lücken?, Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulates 21.3450, Sicherheitspolitische Kommission des Ständerats, vom 25. März 2021, 15. November 2023, S. 7 f.) oder teilweise auch schon in den Vorstössen selbst (bspw. werden im Postulat 22.3201 «Digitale Gewalt eindämmen» vom 17. März 2022 die «grosse Sorge» und das «Ohnmachtsgefühl» der Bevölkerung durch eine repräsentative Bevölkerungsbefragung belegt).

che Untersuchungen unterstützt werden.[2] Im Rahmen der Strafgesetzgebung werden jedoch regelmässig tatsachenbezogene Äusserungen getätigt, ohne dass dies mit nachvollziehbaren Quellen untermauert wird. Illustriert werden kann dies am Gesetzgebungsverfahren zur Harmonisierung der Strafrahmen. So wird in der Einleitung der entsprechenden Botschaft ausgeführt:

> «Das Strafrecht ist nur glaubwürdig, wenn es konsequent und rechtsgleich durchgesetzt wird. Wenn die angedrohten Strafen jedoch dem Wert des jeweils geschützten Rechtsgutes in der Gesellschaft nicht entsprechen und schliesslich auch in keiner Relation mehr zu den tatsächlich verhängten Strafen stehen, verliert das Strafrecht insgesamt an Glaubwürdigkeit und somit auch an präventiver Wirkungskraft.»[3]

Völlig unklar blieb im gesamten Gesetzgebungsverfahren und in den Materialien, was denn eine konsequente Durchsetzung des Strafrechts ist, ob dies tatsächlich mit dessen Glaubwürdigkeit zusammenhängt, welchen Wert welchen Rechtsgütern in der Gesellschaft zukommt usw. Zudem wurde ausgeführt, die öffentliche Aufmerksamkeit «für das Strafrecht im Allgemeinen und für Strafen und Strafrahmen im Besonderen» sei «in den letzten Jahren stark gewachsen»[4]. Später hiess es im Kontext von Raserunfällen, in der Öffentlichkeit habe sich mehr und mehr Unmut über die zu milden Urteile breitgemacht.[5] All das könnte richtig sein. Es fehlen aber für sämtliche Aussagen empirische Grundlagen, die diese Sachverhaltshypothesen untermauern würden.[6] Daher bleibt unbekannt, ob der Unmut tatsächlich (in behauptetem Umfang) vorhanden ist oder ob es sich schlicht um eine kurze Phase der intensiven medialen Beleuchtung mit öffentlicher Diskussion handelte.

---

2 So unterstützt beispielsweise das BJ Modellversuche, die neue Methoden und Konzepte im Straf- und Massnahmenvollzug sowie in der stationären Jugendhilfe untersuchen; vgl. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/smv/modellversuche.html>.

3 Botschaft zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht vom 25. April 2018, BBl 2018, 2827 ff., 2829.

4 BBl 2018, 2827.

5 BBl 2018, 2847 f.

6 Ähnliche Beispiele finden sich viele, so wurde etwa im Rahmen der Schaffung eines Stalking-Tatbestands vielfach ausgeführt, dass einem solchen «die grösste symbolische Wirkung» zukomme (vgl. etwa RK NR, Parlamentarische Initiative StGB-Tatbestände mit Stalking ergänzen, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 22. Februar 2024, BBl 2024 751, 14). Verschiedene parlamentarische Vorstösse lassen auch jegliche empirischen Grundlagen für nachweispflichtige Aussagen vermissen (vgl. statt vieler Motion 25.4637 «Opfer besser schützen. Obligatorische Landesverweisung bei allen Offizialdelikten im häuslichen Bereich» vom 18. Dezember 2025: «Mit einer konsequenten Landesverweisung von Delinquenten ist die Sicherheit unserer Bevölkerung am besten gewährleistet.»; Motion 25.4577 «Mehr Schutz für die Bevölkerung. Wirksame Massnahmen gegen gewalttätige und kriminelle Asylsuchende» vom 17. Dezember 2025: «Unkooperative und kriminelle Asylsuchende sind zunehmend ein grosses Problem.»).

Zuweilen werden im Rahmen der Gesetzgebung auch kontrafaktische Behauptungen aufgestellt. Als Beispiel sei die Motion zur Verschärfung des Jugendstrafrechts genannt,[7] die vom Bundesrat zur Ablehnung empfohlen wurde,[8] vom Nationalrat jedoch angenommen wurde[9] und demnach weiterhin zur Diskussion steht. Als Begründung wird dabei ausgeführt:

> «Immer öfter begehen Jugendliche schwere Straftaten, die eine grosse kriminelle Energie offenbaren. Milde Urteile nach solchen Taten sorgen für Unverständnis bei der Bevölkerung. […] Es braucht im Jugendstrafrecht dringend verhältnismässige Strafen für schwere Straftaten. […] Hier muss das Jugendstrafrecht glaubwürdig eingreifen – auch im Hinblick auf die Prävention.»[10]

Als einzige Belege werden zwei Einzelfälle benannt, die jedoch die pauschalen Aussagen kaum stützen können. Schon die Aussage, dass Jugendliche immer öfter schwere Straftaten begehen, ist unter empirischen Gesichtspunkten zu widerlegen.[11] Ebenso zweifelhaft ist sodann die Begründung, dass die geforderte härtere Bestrafung von Jugendlichen aus präventiven Gründen sinnvoll sei. Richtigerweise sind harte Strafen allein insb. im Jugendstrafrecht weder spezial- noch generalpräventiv wirksam.[12]

Gesetzgeberische Entscheidungen und die ihnen zugrunde liegenden Materialien beruhen also zuweilen auf einer schwachen Evidenzgrundlage. Insofern stellt sich die Frage, ob bzw. in welchem Umfang Gesetzgebung und Rechtsanwendung evidenzbasiert sein müssen bzw. sein sollten. Um dies zu beantworten, ist zunächst zu klären, was unter Evidenzbasierung zu verstehen ist (II.). Anschliessend wird untersucht, inwiefern Gesetzgebung und Rechtsanwendung evidenzbasiert erfolgen bzw. erfolgen müssten (III.A.) und ob im Strafrecht Besonderheiten gelten (III.B.). Darauf folgt eine Betrachtung der evidenzbasierten Rechtsanwendung (IV.). Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Ausblick (V.).

---

7 Motion 24.3115 «Verschärfung des Jugendstrafrechts» vom 7. März 2024.

8 Stellungnahme des Bundesrats zur Motion 24.3115 vom 8. Mai 2024.

9 AB NR 2025, 592.

10 Motion 24.3115 «Verschärfung des Jugendstrafrechts» vom 7. März 2024.

11 Ausführlich dazu Baier Dirk/Ege Gian, Entwicklung der Jugendkriminalität in der Schweiz 2020 bis 2025: Kein Grund für gesetzgeberischen Aktionismus, Risiko & Recht 2/2026, 26 ff.; Baier Dirk/Zobrist Patrick, Aktuelle Entwicklungen der Jugendgewalt in der Schweiz: Warum eine Verschärfung des Jugendstrafrechts weder notwendig noch sinnvoll ist, Kriminalistik 2025, 421 ff.; Ege Gian et al., «Wer nur den Hammer kennt, macht aus Jugendlichen Nägel», Eine interdisziplinäre Beurteilung der aktuellen Verschärfungsvorhaben im Jugendstrafrecht, sui generis 2026, 39 ff., Rz. 6 ff. jeweils m.w.H.

12 Ausführlich dazu aus interdisziplinärer Perspektive Ege et al. (Fn. 11), Rz. 17 ff. m.w.H.

II. Begriff der Evidenzbasierung

In einem ersten Schritt ist zu beschreiben, was die Wurzeln des Konzepts der Evidenzbasierung sind und was unter dem Begriff verstanden wird. Das Prinzip entwickelte sich zuerst in der Medizin,[13] bevor es nach und nach auch in der juristischen Literatur aufgegriffen wurde.[14] Inhaltlich bedeutet Evidenzbasierung nach vorliegendem Begriffsverständnis das Abstützen auf die besten verfügbaren empirischen Befunde für eine konkrete Fragestellung.[15]

Für die Gesetzgebung und Rechtsanwendung bedingt dies folgendes Vorgehen: In einem ersten Schritt ist die Zielsetzung einer geplanten Norm klar zu bestimmen. Ohne ein definiertes Outcome bleibt unklar, welche empirischen Befunde für die Bewertung des Forschungsstands im Rahmen der Gesetzgebung und Rechtsanwendung beigezogen werden müssen. Ist die Ausgangslage geklärt, erfolgt die systematische Auswertung des Forschungsstandes und dessen Gewichtung anhand der Studienqualität unter Angabe der Limitationen des Forschungsstandes: Wenn es etwa um die Frage von Interventionseffekten geht («Was bewirkt eine Intervention?»), wird man (experimentelle oder quasi-experimentelle) Längsschnittstudien gegenüber Querschnittsdaten bevorzugen, weil Letztere für belastbare Kausalitätsaussagen auf Basis des Studiendesigns eher ungeeignet sind.[16] Neben der Analyse der intendierten Wirkungen sollte zusätzlich eine Evaluation der (untechnisch gesprochen) unerwünschten Nebenwirkungen stattfinden (z.B. Fehlanreize, Diskriminierungsrisiken etc.). Gestützt auf eine volle Tatsachenkenntnis über die Wirkungsweise ist dann unter Bezugnahme auf die Zielsetzung zu entscheiden, ob und wie legiferiert wird bzw. welche Implikationen sich auf Stufe der Rechtsanwendung ergeben. Zu guter Letzt sollte nach einer Implementierung mit einem gewissen Abstand eine Evaluation stattfinden (dazu auch Art. 170 BV).

III. Evidenzbasierte (Straf-)Gesetzgebung

A. Grundsatz

Im Bundesrecht finden sich keine Normen, die eine evidenzbasierte Gesetzgebung explizit vorschreiben. Allerdings bestehen verschiedene Vorgaben, die

---

13 Sackett David L. et al., Evidence based medicine: what it is and what it isn't, BMJ 1996, 71 ff.

14 Altwicker Tilmann, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, ZSR 2019, 181 ff.

15 Urwyler Thierry, Gefahr und Risikonachweis im Präventionsstrafrecht, Habil. Zürich, Basel 2026, Rz. 73.

16 Urwyler Thierry et al., Einzelhaft im Straf- und Massnahmenvollzug, Basel 2026, 10 ff.

eine tatsächliche Fundierung der Gesetzgebung als Verpflichtung erscheinen lassen. Dies folgt schon aus den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns. So muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.[17] Verfassungsrechtlich muss der Staat die Gefährdung des öffentlichen Interesses hinreichend konkret darlegen; er darf sich nicht mit vagen Vermutungen begnügen.[18] Ebenso erfordert die Prüfung der Verhältnismässigkeit ein empirisches Fundament. Beispielsweise ist die Frage der Eignung einer (geplanten) rechtlichen Intervention auf empirische Befunde zu stützen und es besteht auch nach Erlass einer Regelung ein Beobachtungs- und Adaptionsgebot, wenn sich der Stand des empirischen Wissens weiterentwickelt hat.[19] Zudem erfordert die Eingriffsprüfung im Rahmen von Art. 8 BV für Ungleichbehandlungen einen sachlichen Grund und dieser Nachweis dürfte ohne solides Tatsachenfundament nicht zu erbringen sein. Ausserdem folgen aus der EMRK in unterschiedlichsten Kontexten Anforderungen an die Evidenzbasierung – sowohl im Rahmen der Abwehr- als auch der Schutzrechte.[20]

Nach Art. 170 BV hat die Bundesversammlung dafür zu sorgen, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Dieser Auftrag richtet sich unmittelbar an das Parlament, erfasst mittelbar aber auch Bundesrat und Bundesverwaltung und umfasst sowohl prospektive als auch retrospektive Evaluationen.[21] Darüber hinaus kann das Parlament in bestimmten Sachgesetzen Evaluationsklauseln vorsehen. Es handelt sich dabei um verpflichtende Vorgaben, die Wirksamkeit des Gesetzes bzw. einzelner Aspekte davon zu einem bestimmten Zeitpunkt oder in einem bestimmten Turnus evaluieren zu lassen.[22] Daraus folgt der Schluss, dass die Wirksamkeitsüberprüfung schon im Gesetzgebungsprozess zu beachten ist. Die nachfolgende Evaluationspflicht würde systematisch nur wenig Sinn ergeben, wenn es vor einer Legiferierung zulässig wäre, irgendwelche Gesetze ohne Berücksichtigung von Wirksamkeitsannahmen zu erlassen.

---

17 Art. 5 Abs. 2 BV.

18 Urteil des Bundesgerichts 1C_9/2012 vom 7. Mai 2012 E. 2.2; etwas weiter sind die Ermessensspielräume bei akuten Gefährdungslagen wie etwa der COVID-Pandemie; siehe BGE 147 I 450 E. 3.2.6.

19 BGE 148 I 89 E. 7.4; BGE 147 I 450 E. 3.2.7.

20 Ausführlich im Präventionskontext etwa URWYLER (Fn. 15), Rz. 100 ff. und Rz. 373 ff.

21 ANTHAMATTEN USCHI et al., Evaluationstätigkeit in der schweizerischen Bundesverwaltung, Zeitschrift für Evaluation 2021, 156 ff., 157; MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX/HÖFLER STEFAN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. A., Zürich/Genf 2024, Rz. 62; vgl. für die Evaluationspflicht im Rahmen von umfassenden Gesetzesrevisionen EGE GIAN/VAN DER STROOM SANDRA, Die StPO-Revision – eine verpasste Chance?, SJZ 2023, 775 ff., 782 ff.

22 Dazu MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (Fn. 21), Rz. 63 m.w.H.; vgl. auch die Übersicht über Evaluationsklauseln im Bundesrecht unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/evaluation/materialien/uebersicht.html>.

Der Bundesrat ist nach Art. 7 RVOG für das Vorverfahren der Gesetzgebung verantwortlich und hat dabei den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit zu genügen (Art. 3 Abs. 3 RVOG[23]).[24] Auch dies dürfte ohne Evidenzfundament nicht angemessen möglich sein.[25] Nach Art. 141 ParlG hat der Bundesrat zudem seine Erlassentwürfe in einer Botschaft zu begründen und insb. die im vorparlamentarischen Verfahren diskutierten Alternativen, die geplante Umsetzung, die Auswertung dieser Umsetzung, die Prüfung der Vollzugstauglichkeit, die finanziellen und personellen Auswirkungen, das Verhältnis von Kosten und Nutzen sowie die Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft, Umwelt und künftige Generationen darzustellen.[26] Diese Norm schafft Begründungs- und Transparenzanforderungen.[27] Demnach sind jeweils Problem, Ziel, Handlungsoptionen, Vollzug und Folgen einer Vorlage nachvollziehbar offenzulegen.[28] Der Botschaftsleitfaden konkretisiert diese Anforderungen zusätzlich, indem er die Regulierungsfolgenabschätzung, die Qualität verwendeter Daten und die transparente Darlegung der Auswirkungen als methodische Grundfragen der Botschaftserarbeitung hervorhebt.[29]

Auch der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes behandelt die Evaluation staatlicher Massnahmen als eigenen Bestandteil des Rechtsetzungsprozesses und verbindet diesen ausdrücklich mit Umsetzung, Wirkungsbeobachtung und gegebenenfalls Evaluation.[30] Besonders ausgeprägt ist die Evidenzorientierung im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA).[31] Das RFA-Handbuch hält fest, dass die Analyse der fünf RFA-Prüfpunkte für alle rechtssetzenden

---

23 Vgl. auch die Konkretisierung in Art. 11 RVOV; dazu auch SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2. A., Bern 2022, Art. 3 Rz. 19 ff.

24 Ausführlich zum gesetzgeberischen Vorverfahren SÄGESSER (Fn. 23), Art. 7 Rz. 1 ff. m.w.H.

25 Ähnlich mit Fokus auf das Energierecht MEYER CHRISTIAN, Expertise als Leitkategorie des Energieverwaltungsrechts, Zürich 2024, Rz. 61 f.

26 KELLER LÄUBLI LUCY, Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung, recht 2018, 51 ff., 54; vgl. auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (Fn. 21), Rz. 64.

27 Vgl. zum Problem, dass die nötige Expertise im Gesetzgebungsverfahren oft fehlt bzw. ungenügend eingeholt wird, LEDERMANN SIMONE, Evidenz und Expertise im vorparlamentarischen Gesetzgebungsprozess: Die Rolle von Verwaltung und externen Experten, Swiss Political Science Review 2014, 453 ff.

28 Vgl. Bundeskanzlei, Botschaftsleitfaden, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrats, 5. Ausgabe, August 2020, Stand Januar 2026, 14.

29 Bundeskanzlei, Botschaftsleitfaden (Fn. 28), 16 f.

30 BJ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 5. A., Bern 2025, vgl. insb. Rz. 157: «Die Bewertung darf sich nicht auf Idealvorstellungen über die Eignung und Wirkungsweise von Lösungen abstützen, sondern muss von möglichst realistischen und *evidenzbasierten Informationen* geleitet werden, wie sich die Lösungen in der Wirklichkeit bewähren» (Hervorhebung durch die Verfasser).

31 Zum Begriff Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, Handbuch Regulierungsfolgenabschätzung (RFA), Version 2.0, 1. April 2024, 4 ff.

Vorhaben des Bundes obligatorisch ist. Zu prüfen sind die Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns, alternative Handlungsoptionen, Auswirkungen auf einzelne gesellschaftliche Gruppen, Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft sowie die Zweckmässigkeit im Vollzug. Die RFA soll den politischen Entscheidungsträgern transparente und aussagekräftige Entscheidungsgrundlagen liefern und bereits während der Erarbeitung eines Erlasses zur Optimierung des Vorhabens beitragen.[32]

Insofern bestehen verschiedene Vorgaben für eine evidenzbasierte Gesetzgebung. Vorgeschrieben ist eine Rechtsetzung, die Problem, Ziel, Alternativen, Vollzug und Folgen einer Vorlage transparent aufarbeitet und die spätere Überprüfung ihrer Wirksamkeit ermöglicht. Es besteht jedoch keine Vorschrift, stets die empirisch beste Lösung zu wählen. Dies ist schon deswegen nicht möglich, weil die Bestimmung der besten Lösung regelmässig eine normative Bewertung verlangt und unterschiedliche Akteur:innen verschiedene Zielsetzungen unterschiedlich gewichten. Ebenso dürfte es eine Frage der individuellen Risikoakzeptanz sowie der politischen Positionierung sein, wie viel empirische Sicherheit notwendig ist, um sich für das eine oder andere Regulierungsmodell auszusprechen.[33] Die Gesetzgebung ist insofern ein politischer Prozess, in dem empirische Erkenntnisse, normative Wertungen, Interessenabwägungen, föderale Rücksichtnahmen und demokratische Mehrheitsbildung zusammenwirken.[34] Klar ist allerdings immerhin, dass wissenschaftliche Fakten, das Tatsachenfundament des Abwägungsvorgangs, im Rahmen der Gesetzgebung nicht ignoriert werden dürfen.

Evidenzbasierung ist somit ein elementarer Bestandteil guter Gesetzgebung.[35] Sie hilft einem falschen oder unzutreffenden «Machbarkeitsglauben» entgegenzuwirken.[36] Soweit allerdings symbolische Ziele mit einem gesetzgeberischen Vorhaben verknüpft werden, kann dies eine evidenzbasierte Einschätzung der Erreichbarkeit verunmöglichen.[37] Evidenzbasierung fordert nicht, dass der Gesetzgeber nur noch gestützt auf empirisch gesicherte Wirkungen regulieren darf – gerade bei akuten Risiken sind auch Regulierungen nach dem

---

32 WBF, Handbuch RFA, 12 ff.; vgl. auch Müller/Uhlmann/Höfler (Fn. 21), Rz. 57 ff.

33 Vgl. zu den unterschiedlichen Einflüssen auf die Gesetzgebung auch Yosief Metkel/Baldi Claudio/Capaul Raphael, Gute Rechtsetzung – Erkenntnisse aus der Untersuchung dreier Politikbereiche über alle Phasen des Gesetzgebungsprozesses, ZfR 2025, 11 ff.

34 Vgl. dazu auch Yosief/Baldi/Capaul (Fn. 33), 11 ff.

35 Vgl. auch Frey Kathrin/Kapff Lionel/Geiser Jean-Christophe, Evaluationen als Wissensgrundlagen für die Gesetzgebung, LeGes 2017, 521 ff.; Widmer Thomas, Der Beitrag der Evaluation zu einer guten Gesetzgebung, LeGes 2015, 15 ff.

36 Müller/Uhlmann/Höfler (Fn. 21), Rz. 38.

37 Müller/Uhlmann/Höfler (Fn. 21), Rz. 38; vgl. auch Ege et al. (Fn. 11), Rz. 47; Ege Gian, Salamitaktik im Jugendstrafrecht, SJZ 2024, 721 ff., 728 f.

Vorsichtsprinzip zulässig. Evidenzbasierung bedeutet vielmehr, dass die im Gesetzgebungsprozess involvierten Instanzen mit Unsicherheit methodisch reflektiert umgehen, tatsächliche Annahmen transparent machen und spätere Überprüfung ermöglichen müssen. In gewissem Rahmen unterstehen diese Anforderungen im Rahmen der Normenkontrolle sodann einer verfassungs- und völkerrechtlichen Kontrolle.

B. Strafgesetzgebung im Speziellen

Das bisher Gesagte lässt sich gut am Beispiel der Strafgesetzgebung illustrieren, bei der gewisse Anforderungen – insb. im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit – besonders zu Tage treten. Allerdings besteht auch für diesen Bereich grundsätzlich keine positivrechtliche Pflicht, dass eine Kriminalisierung oder Strafschärfung nur bei empirisch abschliessend gesicherter Wirksamkeit zulässig wäre. Eine solche Anforderung wäre einerseits problematisch, weil Strafrechtsetzung neben empirischen Annahmen stets normative Wertungen enthält. Andererseits liegen – zumindest derzeit – hinsichtlich der einer Kriminalisierung inhärenten Fragen, welche Rechtsgüter als schutzwürdig gelten, welches Verhalten als strafwürdig erscheint, welche Strafen schuldangemessen sind und welche Sanktionen zweckmässig erscheinen, keine umfassenden empirischen Erkenntnisse vor. Insofern begnügt sich der Gesetzgeber diesbezüglich oftmals mit mehr oder weniger plausibilisierten Vermutungen und Annahmen. Allerdings unterscheidet sich das Strafrecht von anderen Rechtsbereichen in der Tendenz durch die Intensität der damit einhergehenden Eingriffe.[38] Gerade deshalb genügt es nicht, wenn strafrechtliche Interventionen bloss politisch plausibel oder symbolisch wünschbar erscheinen.

Besonders zu berücksichtigen ist das Verständnis des Strafrechts als *ultima ratio*[39] sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip.[40] Grundrechtseingriffe bedürfen nach Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und müssen verhältnismässig sein. Im Gesetzgebungsleitfaden des Bundes wird die Verhältnismässigkeit insb. für die Schaffung von Strafbestimmungen besonders hervorgehoben. So hält er für das Nebenstrafrecht ausdrück-

---

38 Oberholzer Niklaus, Die Rolle des modernen Strafrechts: Kriminalisierung als Mittel für jeden Zweck?, recht 2002, 221 ff., 227 m.w.H.

39 Statt vieler Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, 10. A., Zürich 2022, 5; Geth Christopher, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2021, 9; kritisch Wohlers Wolfgang, Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: von Hirsch Andrew/Seelmann Kurt/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, 54 ff., 56 ff.

40 Art. 5 Abs. 2 BV.

lich fest, besondere Strafbestimmungen seien nur zu erlassen, wenn dies zur Durchsetzung bestimmter Rechtsvorschriften «unumgänglich» ist; neue Strafbestimmungen sind insb. nur angezeigt, wenn das Verhalten nicht bereits anderweitig strafrechtlich erfasst werde und weder Art. 292 StGB noch Verwaltungszwang genügen.[41]

Aus dem *ultima ratio*-Charakter des Strafrechts lässt sich insofern eine gesteigerte Begründungslast für Strafvorschriften ableiten. Wenn Strafrecht nur letztes Mittel sein soll, muss der Gesetzgeber nachvollziehbar darlegen können, welches reale Problem besteht, weshalb dieses Problem nicht mit weniger eingriffsintensiven Mitteln bewältigt werden kann und weshalb gerade die Kriminalisierung oder Strafschärfung geeignet ist, den angestrebten Schutz zu verbessern bzw. die damit verfolgten Zwecke zu erreichen.[42] Evidenzbasierung verlangt in diesem Zusammenhang, dass die tatsächlichen Prämissen der Kriminalisierung – bspw. Annahmen über Häufigkeit oder Schädlichkeit eines Phänomens, Vollzugsdefizite oder Präventionswirkungen – offengelegt und nach Möglichkeit empirisch abgestützt werden. Fehlt eine solche Tatsachengrundlage, ist nicht nur die kriminalpolitische Zweckmässigkeit zweifelhaft, sondern es fehlt auch die Begründbarkeit der Eignung und der Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs.[43]

Die zuvor beschriebenen allgemeinen Anforderungen an eine evidenzbasierte Gesetzgebung sind daher für das Strafrecht wie folgt zu konkretisieren: Gerade eine Kriminalisierung bzw. eine Strafschärfung darf nach hier vertretener Auffassung nicht ausschliesslich mit behauptetem Handlungsbedarf begründet werden. Vielmehr müssen die tatsächliche Problemlage, die Bekämpfbarkeit mit milderen Mitteln, die erwarteten Wirkungen sowie die Vollzugsfolgen soweit als möglich auf der Grundlage wissenschaftlich fundierter Evidenz beurteilt werden.[44]

---

41 BJ, Gesetzgebungsleitfaden (Fn. 30), Rz. 886.

42 Vgl. etwa Urwyler Thierry, Strafrecht als Risiko: Wie die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die Fehlerkultur im Spital beeinträchtigt. Partielle Entkriminalisierung als Weg zur Just Culture, recht 2026, 86 ff., wo aufgezeigt wird, dass die Kriminalisierung von leichter und mittlerer Fahrlässigkeit insb. im ärztlichen Kontext weder präventiv noch schulddogmatisch begründet werden kann.

43 Fehlende Nachweise bzgl. tatsächlicher Prämissen finden sich in Kriminalisierungsvorhaben immer wieder; einerseits sei auf die Beispiele in der Einleitung verwiesen; vgl. für weitere Probleme bspw. bei der Schaffung des neuen Straftatbestands zum Identitätsmissbrauch, dazu Abo Youssef Omar/Konopatsch Cathrine, Art. 179^{decies}, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, 2. A., Bern 2025, Rz. 4a; Ege Gian/Kiritharan Gishok, Kapitel 9: Identitätsmissbrauch. Auseinandersetzung mit einer neuen Strafbestimmung (Art. 179^{decies} StGB), in: Wenk Jan/Lehmkuhl Marianne Johanna (Hrsg.), Cybercrime und Strafrecht, Zürich/St. Gallen 2025, 173 ff., 177 f., 188.

44 Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch bei der Regelung des Strafprozessrechts grundsätzlich empirische Erkenntnisse berücksichtigt werden sollten; vgl. dazu Ege/van der Stroom (Fn. 21), 776 ff.

Dem ungeachtet scheint die Kriminalisierung bzw. die Strafschärfung als Lösung für verschiedene Probleme zurzeit politisch opportun.[45] Beide Varianten werden regelmässig mit Prävention, Abschreckung oder verbessertem Opferschutz begründet, ohne dass dies empirisch belegt würde.[46] Die angerufenen Ziele beruhen jedoch auf empirischen Wirksamkeitsannahmen, die oft keiner fundierten Analyse standhalten. So zeigt die kriminologische Forschung beispielsweise, dass die Abschreckungswirkung von Strafvorschriften bzw. von härteren Sanktionen keineswegs selbstverständlich ist; namentlich bei den öffentlich besonders beachteten schweren Straftaten.[47] Das bedeutet nicht, dass Kriminalisierung bzw. Strafschärfungen nie gerechtfertigt sein können. Es bedeutet aber, dass ihre Begründung sich nicht auf empirisch unhaltbare Annahmen stützen darf. Wie bereits einleitend dargelegt, verbleibt dabei immer noch ein erheblicher Raum für normative Bewertungen. Ohne tragfähige Problemanalyse, Alternativenprüfung und Wirkungsprognose wird Strafrecht zur symbolischen Gesetzgebung, was zumindest bezweifeln lässt, ob der mit Strafe verbundene Grundrechtseingriff tatsächlich geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

IV. Evidenzbasierte Rechtsanwendung

Ist eine Norm erlassen, sind rechtsanwendende Instanzen je nach Fall in der Pflicht, das Evidenzfundament eines Grundrechtseingriffes zu prüfen. Im Rahmen der Rechtsanwendung manifestiert sich das Prinzip der Evidenzbasierung auf unterschiedlichen Stufen. Im Ausgangspunkt setzt dies voraus, dass das öffentliche Interesse in einem minimalen Umfang ohne die fragliche Regulierung gefährdet ist.[48] Dieses Erfordernis ist aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Selbstverständlichkeit. Ohne entsprechende Gefährdungslage wäre

---

45 Statt vieler Seelmann Martin/Wiprächtiger Hans, Ausgekuschelt!?, AJP 2018, 734 ff.

46 Vgl. etwa Ege Gian, «Auf direktem Weg ins Gefängnis»?, Eine kritische Auseinandersetzung mit den vorgeschlagenen Strafrahmen im Sexualstrafrecht, in: Ege Gian/Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander (Hrsg.), Festgabe für Christian Schwarzenegger zu seinem 60. Geburtstag, ContraLegem, Sondernummer, 2/2019, 39 ff., 41; Ege/Kiritharan (Fn. 43), 188.

47 Vgl. etwa Nagin Daniel S./Cullen Francis T./Jonson Cheryl Lero, Imprisonment and Reoffending, Crime and Justice 2009, 115 ff.; Petrich Damon M. et al., Custodial Sanctions and Reoffending: A Meta-Analytic Review, Crime and Justice 2021, S. 353 ff.; Villettaz Patrice/Gillieron Gwladys/Killias Martin, The Effects on Re-offending of Custodial vs. Non-custodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge, Campbell Systematic Reviews 2015, 18 ff.; speziell hinsichtlich Jugendkriminalität etwa schon Lipsey Mark W., The effect of treatment on juvenile delinquents: Results from meta-analysis, in: Lösel Friedrich/Bender Doris/Bliesener Thomas (Hrsg.), Psychology and law: International perspectives, Berlin 1992, S. 131 ff.

48 Siehe vorne, III.B.

bereits die Eignung des Grundrechtseingriffs nicht sinnvoll zu überprüfen, denn wie sollte eine Intervention auf ihre Tauglichkeit geprüft werden, wenn es gar nichts zu schützen gibt, weil die Gefährdung abwesend ist?

Ist die Gefährdung des öffentlichen Interesses nachgewiesen, stellt sich das Bundesgericht auf Stufe der Eignung zwar auf einen relativ liberalen Standard und verwirft nur jene Interventionen, die offensichtlich ungeeignet sind.[49] Allerdings gibt es auch hier Toleranzschwellen: Wenn eine Intervention seit längerer Zeit untersucht worden ist und die Befundlage entweder für die mangelnde Wirksamkeit oder sogar einen kontraproduktiven Effekt spricht, ist die Schwelle der offensichtlichen Untauglichkeit überschritten. Als Beispiel dafür kann etwa die disziplinarische Einzelhaft («Arrest») erwähnt werden, die gemäss Studienlage entweder wirkungslos oder aber bei psychisch gestörten Personen sogar kontraproduktiv ist, obwohl das Ziel des Arrests eigentlich die spezialpräventive Wirkung darstellt.[50]

Empirische Erkenntnisse sind aber auch auf Stufe der Erforderlichkeit relevant: Wenn aus Studien hervorgeht, dass die mechanische Fixierung an ein Bett als eingriffsintensiver erlebt wird als die Isolierung oder die medizinische Zwangsbehandlung,[51] hat die Fixierung als *ultima ratio* der Zwangsmassnahmen zu gelten, wenn die konkret betroffene Person keine anderweitigen Wünsche in der Kaskade äussert. Je nach Forschungsstand zum Wirkungs-/Nebenwirkungsprofil können sich auch innerhalb der medizinischen Interventionen die Stufen der Eingriffskaskade verschieben.[52]

Schliesslich sind empirische Erkenntnisse auch auf Stufe der Güterabwägung bedeutsam. Am Beispiel präventiver Interventionen illustriert: Das Gewicht des öffentlichen Interesses hängt sowohl von der Wahrscheinlichkeit als auch vom Ausmass des Schadens ab. Will man die Abwägung auf ein solides Fundament stellen, kommt man nicht um die Konsultation empirischer Befunde herum: So spielen etwa Erfahrungswerte von Opfern schwerer Delikte oder

---

49 Urwyler Thierry, Wirksamkeit therapeutischer Interventionen bei erwachsenen Sexualstraftätern: Implikationen der Evaluationsforschung auf die Verhältnismässigkeit therapeutischer Massnahmen, SZK 2019, 100 ff., 106 f. mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

50 Ausführlich Urwyler Thierry et al. (Fn. 16), 1 ff., 99 f.

51 Urwyler Thierry/Noll Thomas, Fesselungen und Fixierungen von Gefangenen und Eingewiesenen im Straf- und Massnahmenvollzug, Basel 2020, 15.

52 Vgl. etwa zum Verhältnis von pharmakologischen Interventionen und Elektrokonvulsionstherapie (EKT): Ege Gian/Pommerehne Michael, Zwangsweise Durchführung einer EKT im Massnahmenvollzug – zugleich Besprechung des Bundesgerichtsurteils vom 22.2.2023 (BGer 6B_1322/2022), forumpoenale 2025, 373; Urwyler Thierry/Ege Gian/Gurt Aurelia, Elektrokonvulsionstherapie (EKT) als Zwangsmassnahme: Rechtslage in der Schweiz, FPPK 2026 (online first), 4.

von Personen im präventiven Freiheitsentzug eine wichtige Rolle dafür, dass der Abwägungsvorgang nicht auf stereotypen Vorstellungen, sondern auf der besten empirischen Evidenz basiert.[53] Zu guter Letzt spielt empirische Evidenz auch eine Rolle bei Kerngehaltsdiskussionen: Ob etwa die Haft in einer konkreten Einrichtung ein hinreichend konkretes Risiko für das Leben oder die Gesundheit mit sich bringt (Hafterstehungsfähigkeit), knüpft im Ausgangspunkt an eine empirische Fragestellung an.

V. Fazit

Wenn man die jüngsten politischen Vorstösse im Zusammenhang mit der Strafgesetzgebung betrachtet, scheint Evidenzbasierung kaum von entscheidender Bedeutung zu sein. Dem ist allerdings nicht so. Es besteht durchaus eine auf gesetzliche Grundlagen fussende Erwartung an eine genügende Evidenzgrundlage. Strafgesetzgebung muss evidenzbasiert erfolgen, wo sie auf empirisch überprüfbaren Annahmen beruht. Das betrifft insb. Aussagen zur Verbreitung eines Problems, zur (Un-)Wirksamkeit bestehender Regelungen, zur präventiven Wirkung von Strafandrohungen oder zu Vollzugsdefiziten. Empirisch zugängliche Aussagen müssen tragfähig belegt werden. Andernfalls wird Strafrecht zur bloss symbolischen Gesetzgebung, deren Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit zweifelhaft erscheinen. Gleichzeitig enthält Strafrecht stets normative Entscheidungen darüber, welche Rechtsgüter schutzwürdig sind, welches Verhalten strafwürdig erscheint und welche Sanktionen angemessen sind. Daher kann Strafgesetzgebung nicht technokratisch auf empirische Evidenz reduziert werden, da die Abwägungsprozesse Kern des politisch-demokratischen Prozesses sind. Die Gesetzgebung muss sich aber dort am Grundsatz der Evidenzbasierung messen lassen, wo sie Sachverhaltsbehauptungen aufstellt, die mit empirischen Befunden be- oder widerlegt werden können.

Die Erwartung an eine evidenzbasierte Gesetzgebung bleibt allerdings im Status quo enttäuschungsanfällig. Gesetzgebung ist kein wissenschaftliches Erkenntnisverfahren, sondern ein politischer Prozess, der von Mehrheiten, Kompromissen, öffentlicher Aufmerksamkeit und parteipolitischen Dynamiken geprägt ist. Evidenz kann diesen Prozess rationalisieren und transparent machen, ihn aber nicht determinieren. Evidenzbasierte Strafgesetzgebung ist daher in erster Linie ein Rationalitäts- und Begründungspostulat, keine ergebnisdeterminierende Grösse. Da sich rechtsanwendende Instanzen eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, die gesetzgeberischen Annahmen zu falsifi-

[53] URWYLER (Fn. 15), Rz. 230 ff.

zieren und auf die Verfassungs- und Völkerrechtswidrigkeit einer Norm zu erkennen, bleibt ein relevantes Restrisiko bestehen, dass (weiterhin) nicht evidenzbasierte Erlasse angewendet werden. Der Weg zu einem deutlich strengeren Prüfungsmassstab ist indes in Verfassung und Völkerrecht bereits angelegt. Insofern stehen die Tore offen, das Prinzip der Evidenzbasierung im Kontext der Rechtsanwendung noch gewichtiger werden zu lassen.

Schieflagen in der internationalen Ordnung

Drittstaatenverpflichtung der EU im Israel-Palästina-Konflikt: Grosse Worte, kleine Schritte?

Nancy Neuhauser

Inhalt

I. Einleitung 20

II. Humanitäres Völkerrecht im Israel-Palästina-Konflikt 21
- A. Rechtsquellen 21
- B. Anwendbare Normen 22
- C. Israels Verstösse gegen das Humanitäre Völkerrecht 24

III. Verpflichtung der EU zur Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts 25
- A. Gemeinsamer Art. 1 der Genfer Konventionen (GA1) 25
  - 1. Bestehen einer externen Verpflichtung 26
  - 2. Adressaten und Gegenstand der Durchsetzung 28
- B. Sorgfaltspflichten 29
  - 1. Negative Verpflichtungen 30
  - 2. Positive Verpflichtungen 31
- C. Stufenfolge der zu ergreifenden Sorgfaltsmassnahmen 33
- D. Restriktive Handelsmassnahmen 36
  - 1. Rechtliche Grundlagen 36
  - 2. Besatzungspolitik: Restriktive Handelsmassnahmen 37
  - 3. Gaza-Krieg: Restriktive Handelsmassnahmen 39
- E. Zwischenfazit 39

IV. Assoziierungsabkommen EU-Israel 40
- A. Rechtliche Grundlagen der Assoziierungspolitik 40
- B. Politische Klausel 41
- C. Nichterfüllungsklausel 42
- D. Suspendierung 44
- E. Diskussion der Suspendierung in der EU 45

V. Fazit 47

I. Einleitung[1]

Als Reaktion auf die Gewaltakte der Terrororganisation Hamas vom 7. Oktober 2023, dem schlimmsten Pogrom an der jüdischen Bevölkerung seit dem Zweiten Weltkrieg, begann Israel eine umfassende Militäroffensive im Gazastreifen.[2] Seither starben mindestens 68'000 Palästinenser:innen an den Kriegsfolgen.[3] Die EU-Aussenbeauftragte Kaja Kallas beschrieb die Situation als «verheerendes Versagen der Menschheit».[4] Zudem genehmigte Israel im Jahr 2023 eine Rekordzahl an illegalen Siedlungen, während die Gewalt gegen Palästinenser:innen ein beispielloses Ausmass erreichte.[5] Israel beruft sich dabei auf sein Selbstverteidigungsrecht gemäss Art. 51 UNO-Charta.[6] Allerdings muss das humanitäre Völkerrecht (HVR) angesichts seines absoluten Charakters auch dann eingehalten werden, wenn dies die gegnerische Seite, sprich die Hamas, nicht tut.[7] Jedoch ist die humanitäre Lage in den besetzten palästinensischen Gebieten, den sog. Occupied Palestinian Territories (OPT), von an-

---

1 Im Nachgang der Einreichung dieses Beitrages kam am 8. Oktober 2025 unter amerikanischer Führung ein Waffenstillstandsabkommen für den Gazastreifen zwischen Israel und der Hamas zustande («Gaza Peace Plan»). Die Hamas liess die im Gazastreifen festgehaltenen israelischen Geiseln frei. Im Gegenzug liess Israel 2000 palästinensische Gefangene frei. Zudem stellten die Hamas und das israelische Militär die Kampfhandlungen im Gazastreifen weitgehend ein und der Zugang humanitärer Hilfe in den Gazastreifen wurde ausgeweitet. Die Lage bleibt allerdings weiterhin volatil, und die humanitäre Situation ist katastrophal.

2 Siehe für eine detaillierte Analyse der Hamas-Attacke in Israel vom 7. Oktober 2023 UN Human Rights Council, Detailed findings on attacks carried out on and after 7 October 2023 in Israel, Fifty-sixth session, 10 June 2024, UN Doc A/HRC/56/CRP.3, Rz. 20 ff.; siehe für eine detaillierte Analyse der Militäroffensive Israels im Gazastreifen nach dem 7. Oktober 2023 UN Human Rights Council, Detailed findings on the military operations and attacks carried out in the Occupied Palestinian Territory from 7 October to 31 December 2023, Fifty-sixth session, 10 June 2024, UN Doc A/HRC/56/CRP.4, Rz. 420 f.

3 Die Anzahl getöteter Palästinenser:innen bezieht sich auf den Stand vom 23. Oktober 2025, abrufbar unter <https://www.ochaopt.org/content/humanitarian-situation-update-334-gaza-strip>.

4 Abrufbar unter <https://www.eeas.europa.eu/eeas/informal-meeting-eu-foreign-ministers-high-representative-kaja-kallas-press-conference_en>.

5 Office of the European Union Representative (West Bank and Gaza Strip, UNRWA), 2023 Report on Israeli settlements in the occupied West Bank, including East Jerusalem, 2 August 2024, 1 ff.; siehe zur humanitären Situation im Westjordanland im Jahre 2025 auch die wöchentlichen Updates von OCHA, abrufbar unter <https://www.ochaopt.org/publications/humanitarian-situation-update>.

6 Ulfstein Geir, Does Israel have the right to self-defence – and what are the restrictions?, EJIL:Talk! of 8 May 2024, <https://www.ejiltalk.org/doesisrael-have-the-right-to-self-defence-and-what-are-the-restrictions/>.

7 Besson Samantha et al., Völkerrecht/Droit international public, Aide-mémoire, 3. A., Zürich/St. Gallen 2019, 266; Dinstein Yoram, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, 3. A., Cambridge 2016, 5.

haltenden, teils schwerwiegenden Verstössen Israels gegen das HVR geprägt. Dies sowohl im Zusammenhang mit der Besatzungspolitik als auch mit der Kriegsführung im Gazastreifen. Trotz dieser klar dokumentierten Rechtsverstösse blieb eine entschlossene Reaktion der EU gegenüber Israel aufgrund unterschiedlicher politischer Positionen der EU-Mitgliedstaaten bislang aus. Somit agiert Israel weiterhin ohne nennenswerte Konsequenzen für sein völkerrechtswidriges Verhalten, was eine rechtliche Schieflage darstellt. Zudem werden dadurch Erwartungen an Rechtsstaatlichkeit auf internationaler Ebene enttäuscht.

Dieser Beitrag untersucht, wie die Schieflage zwischen priorisierten politischen Erwägungen und rechtlichen Verpflichtungen im Israel-Palästina-Konflikt durch die EU ausgeglichen werden kann. Im Vordergrund steht die Drittstaatenverpflichtung der EU gemäss dem gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen (GA1) zur Durchsetzung der Einhaltung des HVR. Diese ist als Rechtspflicht den politischen Erwägungen übergeordnet. Zentral ist die Frage, ob die EU angesichts der Verstösse Israels gegen das HVR im Gaza-Krieg und in der Besatzungspolitik rechtlich verpflichtet wäre, restriktive Handelsmassnahmen gegen Israel zu verhängen, um die Einhaltung des HVR durchzusetzen resp. die Nicht-Einhaltung zu sanktionieren. Als weitere mögliche Rechtsgrundlage für den Erlass restriktiver Handelsmassnahmen der EU gegenüber Israel wird die politische Klausel in Art. 2 i.V.m. Art. 79 des Assoziierungsabkommens EU-Israel (AA EU-ISR) thematisiert.

II. Humanitäres Völkerrecht im Israel-Palästina-Konflikt

A. Rechtsquellen

Das HVR ist das Recht des bewaffneten Konflikts, welches aus humanitären Gründen der Anwendung von Gewalt in einem bewaffneten Konflikt Grenzen setzt.[8] Das HVR hat absoluten Charakter und muss selbst dann eingehalten werden, wenn dieses von der gegnerischen Seite missachtet wird.[9] Der grösste Teil des heute geltenden HVR ist durch Völkervertragsrecht in den vier Genfer Konventionen (GK I – IV) und den drei Zusatzprotokollen (ZP I – III) geregelt.[10] Die GK I – IV wurden von allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen unterzeichnet und gehören zum universell geltenden Völkerrecht.[11] So hat auch

8 Gasser Hans-Peter/Melzer Nils/Geiss Robin, Humanitäres Völkerrecht, Eine Einführung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021, 2 f.

9 Besson et al. (Fn. 7), 266; Dinstein, Conduct of Hostilities (Fn. 7), 5.

10 Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 3.

11 Besson et al. (Fn. 7), 262.

Israel die GK I – IV unterzeichnet sowie ratifiziert und ist somit rechtlich verpflichtet, deren Bestimmungen einzuhalten.[12]

Die ZP I und II hat Israel hingegen nicht unterzeichnet.[13] Die wichtigsten Bestimmungen des ZP I gehören allerdings dem Völkergewohnheitsrecht[14] an, wodurch Israel auch an diese gebunden ist, obwohl es das ZP I nie unterzeichnet hat.[15] Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes Israels bestätigt, dass das Land zumindest die in ZP I verankerten Grundprinzipien[16] als Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts für rechtlich bindend erachtet.[17]

B. Anwendbare Normen

Israel ist seit dem Sechstagekrieg von 1967 Besatzungsmacht im Gazastreifen, dem Westjordanland und Ostjerusalem.[18] Das HVR regelt die kriegerische Besetzung des Territoriums eines Staates durch einen anderen Staat im Laufe eines bewaffneten Konflikts in der GK IV.[19] Folglich hat Israel als Besatzungsmacht den in der GK IV verlangten Schutz für die palästinensische Bevölke-

---

12 Siehe dazu den Geltungsbereich der vier Genfer Konventionen am 18. Juli 2014 auf Seite 28 – 33 der GK I.

13 Siehe dazu den Geltungsbereich des ZP I am 12. Juli 2018 auf Seite 20 – 25 des ZP I.

14 Das Völkergewohnheitsrecht wird gemäss Art. 38 Abs. 1 des Statuts des IGH vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501) definiert «als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung», die eine dem Völkervertragsrecht gleichwertige Rechtsquelle darstellt. Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) hat eine Datenbank der völkergewohnheitsrechtlich geltenden Regeln im HVR erstellt (IKRK-Datenbank), abrufbar unter <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1>.

15 Lapidot Ruth/Shany Yuval/Rosenzweig Ido, Israel and the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions, IDI 92/2011, 6.

16 Dazu zählen bspw. das Unterscheidungsgebot (Art. 48 ZP I sowie Regel 1 und 7 IKRK-Datenbank), das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 51 Abs. 4 ZP I sowie Regel 14 IKRK-Datenbank) und das Verbot der Aushungerung der Zivilbevölkerung als Methode der Kriegsführung (Art. 54 Abs. 1 ZP I sowie Regel 53 IKRK-Datenbank).

17 Siehe dazu u.a. High Court of Israel, Judgement 769/02 of 14 December 2006, Rz. 13 ff. Auch das Israelische Aussenministerium akzeptiert bspw. das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss ZP I als Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts, siehe dazu Israeli Ministry of Foreign Affairs, The Operation in Gaza – Factual and Legal Aspects, 29 July 2009, Rz. 120.

18 ICJ, Advisory Opinion of 9 July 2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, I.C.J. Reports 2004, p. 136, Rz. 78; ICJ, Advisory Opinion of 19 July 2024, Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, I.C.J. Reports 2024, p. 54, Rz. 87, 94.

19 Gemäss Art. 42 des Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907 (HLKO; SR 0.515.112) gilt «ein Gebiet als besetzt, wenn es sich tatsächlich in der Gewalt des feindlichen Heeres befindet.» GK IV beinhaltet keine eigene Definition, sondern findet Anwendung, wenn die in Art. 42 HLKO genannten Elemente der kriegerischen Besetzung erfüllt sind.

rung in den besetzten palästinensischen Gebieten zu gewährleisten und deren Rechte zu achten.[20]

Zudem führt Israel im Gazastreifen einen bewaffneten Konflikt gegen die Terrororganisation Hamas als Reaktion auf deren Gewalttaten vom 7. Oktober 2023. Dabei wurden in Israel 1'200 Menschen ermordet und 240 Personen in den Gazastreifen verschleppt, von denen ca. 50 weiterhin als Geiseln dort festgehalten werden.[21]

Das HVR legt die zulässigen Methoden und Mittel zur Führung eines bewaffneten Konflikts und den grundlegenden Schutz der Zivilbevölkerung fest.[22] Dabei differenziert das HVR zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten.[23] Internationale bewaffnete Konflikte (IBK) werden gemäss Art. 2 GK I zwischen Staaten ausgetragen. Ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt (NIBK) wird zwischen Staaten und bewaffneten Gruppen oder allein zwischen solchen Gruppen ausgetragen. Das auf den IBK anwendbare Recht ist umfassend in den GK I – IV und ZP I kodifiziert, wohingegen sich das Recht des NIBK lediglich im gemeinsamen Art. 3 GK I – IV und in ZP II wiederfindet. Diese kodifizierten Bestimmungen des HVR werden durch die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln des HVR ergänzt.[24]

Die Einstufung des Konflikts zwischen Israel und der Hamas als IBK oder NIBK ist strittig und hängt wesentlich – aber nicht nur – davon ab, ob die Staatlichkeit Palästinas anerkannt wird.[25] Für die nachfolgenden Ausführungen wird der bewaffnete Konflikt im Gazastreifen als IBK eingestuft, da Israel selbst seinen Kampf gegen die Terrorgruppen im Gazastreifen durch die weiterreichenderen Regeln des IBK geregelt sieht.[26] Diese Auffassung wird von zahlreichen Expert:innen unterstützt und findet zudem Rückhalt im IGH-Gutachten von 2004 zu Israels Mauerbau.[27]

---

20 ICJ, Construction of a Wall (Fn. 18), Rz. 101; ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 96; UNSC, Resolution 2334 of 23 December 2016, UN Doc S/RES/2334, Abs. 3.

21 Abrufbar unter <https://www.gov.il/en/pages/hostages-and-missing-persons-report>.

22 Besson et al. (Fn. 7), 262.

23 Überarbeitete Leitlinien der Europäischen Union zur Förderung der Einhaltung des humanitären Völkerrechts, ABl C 303/06 vom 15. Dezember 2009, Ziff. 9 f.

24 C 303/06 (Fn. 23), Ziff. 11; Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 51.

25 Siehe für eine umfassende Darlegung der möglichen Klassifizierungsszenarien de Hemptinne Jérôme, Classifying the Gaza Conflict Under International Humanitarian Law, a Complicated Matter, EJIL:Talk! of 13 November 2023, <https://www.ejiltalk.org/classifying-the-gaza-conflict-under-international-humanitarian-law-a-complicated-matter/>.

26 HCJ 769/02 (Fn. 17), Rz. 18; Israeli MFA, The Operation in Gaza (Fn. 17), Ziff. 3.

27 Für die Einstufung des Gaza-Kriegs als IBK argumentieren etwa Cassese Antonio, International Law, Oxford 2001, 420; Dannenbaum Tom, The Siege of Gaza and the Starvation War Crime, Just Security of 11 October 2023, <https://www.justsecurity.org/89403/the-siege-

Folglich lässt sich zusammenfassend festhalten, dass Israel als Besatzungsmacht in den OPT verpflichtet ist, die Regeln der GK IV einzuhalten. Zusätzlich muss Israel im Gaza-Krieg die Regeln des IBK gemäss GK I – IV, ZP I bzw. die daraus abgeleiteten völkergewohnheitsrechtlichen Bestimmungen respektieren.

Im Folgenden werden die Verstösse Israels gegen das anwendbare HVR thematisiert.

C. Israels Verstösse gegen das Humanitäre Völkerrecht

Der Internationale Gerichtshof (IGH) hat im Gutachten zur israelischen Besatzungspolitik vom Juli 2024 festgehalten, dass Israel – teilweise bereits seit Jahrzehnten – gegen seine Pflichten als Besatzungsmacht gemäss GK IV verstösst. Der IGH nennt als Verletzungen der GK IV unter anderem die übermässige Gewaltanwendung Israels gegen Palästinenser:innen und deren gewaltsame Vertreibungen, umfangreiche Hauszerstörungen sowie Beschränkungen des Wohnsitzes und der Bewegungsfreiheit.[28]

Im Gaza-Krieg verstösst Israel gemäss Untersuchungen des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH), der unabhängigen Untersuchungskommissionen der Vereinten Nationen (COI) und des Sonderausschusses der Vereinten Nationen für die besetzten palästinensischen Gebiete (UNSCIIP) durch die Art und Weise der Kriegsführung gegen eine Vielzahl von Bestimmungen des HVR. Einige dieser Verstösse sind so schwer, dass sie Kriegsverbrechen gemäss Art. 8 Ziff. 2 Römer Statut darstellen.[29] Die festgestellten Verstösse gegen das HVR umfassen Verletzungen des Unterscheidungsgebots, indem militärische Angriffe direkt gegen Zivilpersonen oder zivile Objekte gerichtet werden.[30]

---

of-gaza-and-the-starvation-war-crime/>; DE HEMPTINNE (Fn. 25); DINSTEIN YORAM, The International Law of Belligerent Occupation, 2. A., Cambridge 2019, 100. ICJ, Construction of a Wall (Fn. 18), Rz. 94, 101, 159, 162.

28 Art. 27 Abs. 1 GK IV und Art. 49 Abs. 1 GK IV; ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 147, 149, 154.

29 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (SR 0.312.1). Siehe die auf Kriegsverbrechen lautenden Haftbefehle des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) gegen den israelischen Ministerpräsidenten B. Netanyahu und ehemaligen israelischen Verteidigungsminister Y. Gallant, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/defendant/netanyahu> und <https://www.icc-cpi.int/defendant/gallant>.

30 Das Unterscheidungsgebot ist in Art. 48 und 51 Abs. 4 ZP I bzw. Regel 1 und 7 IKRK-Datenbank geregelt. Siehe zu Israels Verstössen dagegen: A/HRC/56/CRP.4 (Fn. 2), Rz. 420 f.; UNGA, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, Seventy-ninth session, 11 September 2024, UN Doc A/79/232, Rz. 91 ff.; UN Human Rights Council, Legal analysis of the conduct of Israel in Gaza pursuant to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Sixtieth session, 16 September 2025, UN Doc A/HRC/60/CRP.3,

Zudem verstösst Israel gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, da die zivilen Opfer im Vergleich zu den von Israel proklamierten militärischen Vorteilen unverhältnismässig gross sind.[31] Schliesslich verstösst Israel gegen das Verbot der Aushungerung der Zivilbevölkerung, indem der Zivilbevölkerung im Gazastreifen lebensnotwendige Gegenstände vorenthalten und die Lieferung von Hilfsgütern absichtlich blockiert wird.[32]

Dieses gegen Bestimmungen des HVR verstossende Verhalten Israels stellt gesamthaft wiederum einen Verstoss gegen den gemeinsamen Art. 1 der GK I – IV dar, wonach Israel als Vertragspartei der Genfer Konventionen verpflichtet ist, die Abkommen «unter allen Umständen einzuhalten und [ihre] Einhaltung durchzusetzen».

Trotz der anhaltenden Verstösse Israels gegen das HVR, welche schwerwiegende Folgen für die palästinensische Bevölkerung haben, hat die EU bislang keine nennenswerten Konsequenzen gezogen. Im Folgenden ist daher zu analysieren, inwieweit der gemeinsame Art. 1 GK I – IV und Art. 1 ZP I (GA1) die nicht am Konflikt beteiligten Staaten, sprich auch supranationale Organisationen wie die EU, dazu verpflichtet, konkrete Massnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung des HVR durch Israel durchzusetzen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Verhängung restriktiver Handelsmassnahmen der EU gegenüber Israel.

III. Verpflichtung der EU zur Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts

A. Gemeinsamer Art. 1 der Genfer Konventionen (GA1)

Der gemeinsame Art. 1 GK I – IV verpflichtet die Vertragsparteien, die Abkommen «unter allen Umständen einzuhalten» und deren «Einhaltung durchzusetzen». Diese Verpflichtung wird in Art. 1 Abs. 4 ZP I fast wortgleich wie-

Rz. 180 ff.; UNGA, Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and Other Arabs of the Occupied Territories, 20 September 2024, UN Doc A/79/363, Rz. 11; IStGH-Haftbefehle gegen B. Netanyahu und Y. Gallant (Fn. 29).

31 Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist in Art. 51 Abs. 5 lit. b ZP I bzw. Regel 14 IKRK-Datenbank geregelt. Siehe zu Israels Verstössen dagegen: A/HRC/56/CRP.4 (Fn. 2), Rz. 422 ff.; A/79/232 (Fn. 30), Rz. 91 ff.; A/79/363 (Fn. 30), Rz. 11; A/HRC/60/CRP.3 (Fn. 30), Rz. 180 ff.; IStGH-Haftbefehle gegen B. Netanyahu und Y. Gallant (Fn. 29).

32 Das Verbot der Aushungerung der Zivilbevölkerung ist in Art. 54 Art. 1 ZP I bzw. Regel 53 IKRK-Datenbank geregelt. Siehe zu Israels Verstössen dagegen: A/HRC/56/CRP.4 (Fn. 2), Rz. 448 ff.; A/79/232 (Fn. 30); A/79/363 (Fn. 30), Rz. 29 f.; A/HRC/60/CRP.3 (Fn. 30), Rz. 190 ff.; IStGH-Haftbefehle gegen B. Netanyahu und Y. Gallant (Fn. 29).

derholt. Der Wortlaut von GA1 wirft die Frage auf, ob diese Verpflichtung zur Durchsetzung des HVR nur die internen Angelegenheiten eines Staates betrifft, oder auch auf die Beziehungen mit Drittstaaten Anwendung findet.

Weithin akzeptiert wird, dass die Formulierung, das jeweilige Genfer Abkommen «einzuhalten», eine interne Verpflichtung der Vertragsstaaten der GK I – IV und ZP I statuiert, dafür zu sorgen, dass das HVR von ihren eigenen Organen und ihrer Bevölkerung geachtet wird.[33] Hingegen ist umstritten, ob die Formulierung, die Einhaltung des HVR «durchzusetzen», eine externe Verpflichtung für die Vertragsstaaten begründet, konkrete Massnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung des HVR in Konflikten, an denen sie nicht beteiligt sind, sicherzustellen. Im Folgenden wird der Lehrstreit über das Vorliegen einer solchen externen Verpflichtung für Drittstaaten dargelegt und gewürdigt.

1. Bestehen einer externen Verpflichtung

Gemäss der in der Lehre wohl vorherrschenden Interpretation[34] beinhaltet GA1 eine beispiellose rechtliche Verpflichtung für jeden Staat, sich in seinen internationalen Beziehungen für die Achtung des HVR einzusetzen und Verstösse aktiv zu verhindern.[35] Andere Autor:innen hingegen vertreten die Ansicht, dass diese Interpretation des GA1 zu weit gehe.[36] Die Einhaltung des HVR weltweit durchzusetzen, sei bloss eine moralische, und keine rechtliche, Ver-

---

33 Boisson de Chazournes Laurence/Condorelli Luigi, Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests, IRRC 837/2000, 69; Dörmann Knut/Serralvo Jose, Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations, IRRC 895/896/2014, 709.

34 Siehe etwa Dörmann/Serralvo (Fn. 33), 716 ff.; Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 217 f.; Geiss Robin, Common Article 1 of the Geneva Conventions: scope and content of the obligation to ‹ensure respect› – ‹narrow but deep› or ‹wide and shallow›?, in: Krieger Heike (Hrsg.), Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region, Cambridge 2015, 427 f.; Henckaerts Jean-Marie, Art. 1, in: ICRC (Hrsg.), Commentary on the First Geneva Convention, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2. A. 2016, 48; Hill-Cawthorne Lawrence, Common Article 1 of the Geneva Conventions and the Method of Treaty Interpretation, ICLQ 72/2023, 906.

35 Dörmann/Serralvo (Fn. 33), 711; Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 217 f.

36 Siehe etwa Kalshoven Frits, The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit, YIHL 02/1999, 55 ff.; Robson Verity, The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions, JCSL 25/2020, 113 f.; Schmitt Michael N./Watts Sean, Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions, Lieber Institute Westpoint of 12 April 2024, <https://lieber.westpoint.edu/common-article-1-1949-geneva-conventions/>; Zych Tomasz, The Scope of the Obligation to Respect and to Ensure Respect for International Humanitarian Law, WYQJ 27/2009, 253 ff.

pflichtung.[37] Dem halten Autor:innen, welche die externe Verpflichtung von GA1 befürworten, wiederum entgegen, dass die Annahme einer externen Verpflichtung in GA1 in der staatlichen Praxis eine überwältigende Unterstützung finde.[38] Autor:innen, die eine externe Verpflichtung von GA1 ablehnen, kritisieren hingegen die wenig einheitliche Staatenpraxis und schliessen daraus, dass dies keine weit gefasste Interpretation von GA1 stützen würde.[39]

Tatsächlich hat der IGH das Bestehen einer externen Verpflichtung gemäss GA1 in seinen Gutachten und Urteilen mehrfach bestätigt.[40] Dies zuletzt im Gutachten zur Besatzungspolitik Israels vom Juli 2024, worin der IGH die Vertragsstaaten der GK IV dazu aufrief, die Einhaltung des HVR durch Israel sicherzustellen.[41] Zudem findet sich auch in zahlreichen Resolutionen der Generalversammlung und des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen eine in den Abstimmungen von grossen Mehrheiten unterstützte Position für die externe Verpflichtung aus GA1.[42]

Darüber hinaus verstehen es zahlreiche Staaten als wesentliches Element ihrer Aussenpolitik, die Durchsetzung des HVR gegenüber Konfliktparteien zu gewährleisten.[43] Auch die EU betont, die Förderung und Anwendung des HVR konsequent in den Mittelpunkt ihres aussenpolitischen Handelns zu stellen.[44] Zu diesem Zweck hat die EU eine Leitlinie mit zu treffenden Massnahmen erlassen, die auf die «Beachtung des HVR durch Drittstaaten» abzielen.[45]

---

37 Kalshoven (Fn. 36), 6 ff.; Robson (Fn. 36), 112 f.; Zych (Fn. 36), 269.

38 Boisson de Chazournes/Condorelli (Fn. 37), 69 f.; Boutruche Théo/Sassòli Marco, Expert Opinion on Third States' Obligations vis-à-vis IHL Violations under International Law, with a special focus on Common Article 1 to the 1949 Geneva Conventions, Genf/Montreal 2016, 5 ff.; Hill-Cawthorne (Fn. 34), 881.

39 Kalshoven (Fn. 36), 55 ff.; Schmitt/Watts (Fn. 36); Zych (Fn. 36), 269.

40 ICJ, Judgment of 27 June 1986, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I.C.J. Reports 1986, p. 14, Rz. 220; ICJ, Construction of a Wall (Fn. 18), Rz. 158.

41 ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 279.

42 Siehe etwa in Bezug auf Israel UNGA, Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the occupied Syrian Golan, Seventy-fifth session, 10 December 2020, UN Doc A/RES/75/97; UNGA, Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, 10th Emergency Special Session, 18 September 2024, UN Doc A/RES/ES-10/24; UNSC, Resolution 237 of 14 June 1967, UN Doc S/RES/237; UN Doc S/RES/2334 (Fn. 18). Siehe für eine Analyse in der Lehre: Dörmann/Serralvo (Fn. 33), 717 f.; Geiss, Common Art. 1 (Fn. 34), 427; Hill-Cawthorne (Fn. 34), 884 f.

43 Boisson de Chazournes/Condorelli (Fn. 37), 71; Geiss, Common Art. 1 (Fn. 34), 426 f.

44 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über humanitäre Massnahmen der EU: neue Herausforderungen, unveränderte Grundsätze vom 10. März 2021, COM (2021) 110 final, 15 ff.

45 C 303/06 (Fn. 23), Ziff. 2.

M.E. spricht die breite Unterstützung einer externen Verpflichtung in der Staatenpraxis dafür, dass GA1 eine zwingende rechtliche Verpflichtung für Drittstaaten begründet, die Einhaltung des HVR gegenüber den Konfliktparteien durchzusetzen. Auch gemäss IGH und Internationalem Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) handelt es sich dabei um eine zwingende rechtliche Verpflichtung[46], wonach Drittstaaten sowohl positive als auch negative Massnahmen ergreifen müssen, um die Achtung des HVR durch die an bewaffneten Konflikten beteiligten Staaten sicherzustellen.[47] Die uneinheitliche Staatenpraxis, die von einigen Autor:innen als Gegenargument für das Bestehen einer externen Verpflichtung aus GA1 angeführt wird, ist m.E. weniger auf eine enge Auslegung der Verpflichtung, das HVR durchzusetzen, zurückzuführen, als auf die politische und strategische Zurückhaltung von Drittstaaten bei der Reaktion auf Verstösse gegen das HVR.

2. Adressaten und Gegenstand der Durchsetzung

Die Verpflichtung zur Durchsetzung der Einhaltung des HVR gemäss GA1 richtet sich an die «hohen Vertragsparteien» des jeweiligen Abkommens. Gemäss allgemeiner Rechtsüberzeugung sind nicht nur Vertragsstaaten, sondern auch internationale und supranationale Organisationen wie die EU dazu verpflichtet, die Einhaltung des HVR gegenüber an bewaffneten Konflikten beteiligten Staaten durchzusetzen.[48]

Diese Rechtsauffassung findet Ausdruck in der Leitlinie der EU zum HVR, in der die EU ihre Verpflichtung bestätigt, die Einhaltung des HVR gegenüber an bewaffneten Konflikten beteiligten Staaten durchzusetzen. Nämlich gehört das Ziel der Förderung der Einhaltung des HVR gemäss Art. 2 EUV zu den Grundwerten der EU.[49] Die EU muss ihre Befugnisse unter Beachtung des gesamten Völkerrechts, einschliesslich des Völkergewohnheitsrechts, ausüben.[50]

---

46 ICJ, Nicaragua v. USA (Fn. 40), Rz. 220; ICTY, Trial Chamber Judgment (IT-95-16-T) of 14 January 2000, Rz. 517 f.

47 Siehe unten, III.B.

48 Boisson de Chazournes/Condorelli (Fn. 37), 70 f.; ICRC, Art. 1, in: ICRC (Hrsg.), Commentary on the Third Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, 2. A. 2021, Rz. 159; Schmitt/Watts (Fn. 36); vgl. auch ICJ, Advisory Opinion of 8 July 1996, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996, p. 226, Rz. 79.

49 Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 13; C 303/06 (Fn. 23), Ziff. 3.

50 EuGH, Urteil vom 24. November 1992 in der Rechtssache C-286/90 – Poulsen und Diva Navigation, ECLI:EU:C:1992:453, Rz. 9 ff.; EuGH, Urteil vom 16. Juni 1998 in der Rechtssache C-162/96 – Racke/Hauptzollamt Mainz, ECLI:EU:C:1998:293, Rz. 45 f.; EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 in der Rechtssache C 366/10, ECLI:EU:C:2011:864 – Air Transport Association of America, Rz. 101; EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2024 in der Rechtssache C 779/21 P und C 799/21 P – Kommission/Front Polisario, ECLI:EU:C:2024:835, Rz. 133, 173.

Dabei ist die EU sowohl an die Vorschriften der internationalen Übereinkünfte, die sie selbst abgeschlossen hat, als auch an jene, denen die EU-Mitgliedstaaten beigetreten sind, gebunden.[51] So gründet die Leitlinie der EU zum HVR auf der Ratifikation der GK I – IV und der ZP I – III durch sämtliche EU-Mitgliedstaaten.[52]

Gegenstand der Durchsetzung gegenüber den Konfliktparteien sind alle auf den bewaffneten Konflikt anwendbaren Regeln des HVR, inklusive Völkergewohnheitsrecht.[53] Folglich hat die EU gemäss GA1 die Einhaltung der auf die Besatzungspolitik und den Gaza-Krieg anwendbaren Normen des HVR gegenüber Israel durchzusetzen, sprich Verstösse dagegen zu verhindern und zu beenden. Jeder Verstoss gegen das HVR, unabhängig von seiner Schwere, löst diese Verpflichtung zur Durchsetzung des HVR gemäss GA1 aus.[54] Die Schwere des Verstosses des Drittstaates gegen das HVR ist allerdings relevant für den Umfang der Sorgfaltspflichten, die der Drittstaat bzw. die EU zu erfüllen hat. Dies wird im Folgenden erläutert.

B. Sorgfaltspflichten

Aus der Pflicht zur Durchsetzung des HVR gemäss GA1 ergibt sich eine Sorgfaltspflicht, und keine Erfolgspflicht des Drittstaates ein bestimmtes Resultat gegenüber den am bewaffneten Konflikt beteiligten Staaten zu erzielen.[55] Drittstaaten sind lediglich dazu verpflichtet, das zu tun, was von ihnen vernünftigerweise erwartet werden kann, um Verstösse gegen Normen des HVR zu unterbinden oder, im Falle einer unmittelbaren Bedrohung, zu verhindern.[56]

---

51 EuGH, C-286/90 (Fn. 50), Rz. 9; EuGH, C-779/21 P und C-799/21 P (Fn. 50), Rz. 173.

52 Siehe für den Ratifikationsstand der GK I – IV und ZP I der EU-Mitgliedstaaten den Geltungsbereich der vier Genfer Konventionen am 18. Juli 2014 auf Seite 28 – 33 der GK I sowie den Geltungsbereich des ZP I am 12. Juli 2018 auf Seite 20 – 25 des ZP I. Für die Bindung der EU an das HVR vgl. EuGH, Urteil vom 12. November 2019 in der Rechtssache C-363/18 – Organisation juive européenne und Vignoble, ECLI:EU:C:2019:954, Rz. 34, 48 und 56 und Ruffert Matthias, Art. 47 EUV, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV – AEUV Kommentar, 6. A. 2022, Rz. 100. C 303/06 (Fn. 23), Ziff. 2.

53 Boutruche/Sassòli (Fn. 38), 18 f.; Dörmann/Serralvo (Fn. 33), 723; ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 159.

54 Geiss Robin, The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions, in: Clapham Andrew/Gaeta Paola/Sassòli, Marco (Hrsg.), The 1949 Geneva Conventions: A Commentary, Oxford 2015, 133; Henckaerts, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 44 ff.; ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 198.

55 Henckaerts, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 52.

56 Boutruche/Sassòli (Fn. 38), 14 ff.; Dörmann/Serralvo (Fn. 37), 724; Geiss, Common Art. 1 (Fn. 34), 441; ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 198.

Somit begründet GA1 nicht nur eine Berechtigung[57], sondern auch eine internationale Verpflichtung für Drittstaaten, bei Verstössen gegen das HVR durch die Konfliktparteien zu handeln.[58]

Ein Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht gemäss GA1 führt unter Umständen zu internationaler Staatenverantwortlichkeit.[59] Deren Relevanz wird im aktuell laufenden Verfahren Nicaragua v. Deutschland vor dem IGH wegen der Beihilfe Deutschlands zum Völkermord Israels im Gaza-Krieg evident.[60] Einer der Vorwürfe Nicaraguas lautet, Deutschland sei seiner Sorgfaltspflicht nach GA1, die Einhaltung des HVR in den OPT durch Israel durchzusetzen, nicht nachgekommen.[61]

Die sich aus GA1 ergebende Sorgfaltspflicht wird in der Lehre sowie in der Rechtsprechung des IGH durch negative und positive Verpflichtungen konkretisiert, deren Inhalte im Folgenden erläutert werden.

1. Negative Verpflichtungen

Im Rahmen der negativen Verpflichtung gemäss GA1 dürfen Drittstaaten Verletzungen des HVR durch die Konfliktparteien weder ermutigen noch unterstützen oder fördern.[62] Finanzielle, materielle oder sonstige Unterstützung im Wissen, dass diese zur Begehung von Verstössen gegen das HVR verwendet wird, verstösst gegen GA1.[63]

Aus dem allgemeinen Völkerrecht folgt zudem die negative Verpflichtung eines Staates, eine Situation, die durch einen Verstoss gegen eine zwingende Norm

---

57 Damit ist die Drittstaatenverpflichtung gemäss GA1 klar vom unverbindlichen Artikelentwurf zur Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln (ARSIWA) der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen abzugrenzen. Gemäss dessen Art. 48 ist jeder Staat bloss «berechtigt», bei Verletzungen gewisser internationaler Verpflichtungen durch einen anderen Staat zu handeln, sprich dessen internationale Verantwortlichkeit einzufordern. Siehe dazu Boutruche/Sassòli (Fn. 38), 22, 26 und Geiss, Common Art. 1 (Fn. 34), 434.

58 Dörmann/Serralvo (Fn. 37), 723; Geiss, Common Art. 1 (Fn. 34), 434; ICJ, Nicaragua v. USA (Fn. 40), Rz. 220.

59 Henckaerts, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 50 ff.

60 ICJ, Application Instituting Proceedings of 1 March 2024, Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany).

61 ICJ, Nicaragua v. Germany (Fn. 60), Rz. 17; Schmitt/Watts (Fn. 36).

62 Dies wird in Regel 144 IKRK-Datenbank wortwörtlich festgehalten; siehe auch explizit in ICJ, Nicaragua v. USA (Fn. 40), Rz. 220.

63 ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 193.

des Völkerrechts geschaffen wurde, nicht als rechtmässig anzuerkennen.[64] Daraus folgt, dass Drittstaaten keine Hilfe oder Unterstützung für die Aufrechterhaltung einer solchen Situation leisten dürfen.[65] So forderte der IGH im Gutachten vom Juli 2024 Drittstaaten dazu auf, die gegen zwingendes Völkerrecht verstossende Präsenz Israels in den OPT nicht als rechtmässig anzuerkennen.[66] Daraus schliesst der IGH wiederum, dass es Drittstaaten untersagt ist, mit Israel wirtschaftliche oder handelspolitische Beziehungen einzugehen, die seine unrechtmässige Präsenz in den OPT festigen könnten.[67] Drittstaaten müssen Massnahmen ergreifen, um Handels- oder Investitionsbeziehungen zu verhindern, die zur Aufrechterhaltung der von Israel geschaffenen rechtswidrigen Situation in den OPT beitragen.[68] Diese Drittstaatenverpflichtungen sind logische Folge der negativen Sorgfaltspflichten gemäss GA1, Verstösse gegen das HVR weder zu fördern noch zu unterstützen.[69] Sodann verknüpft der IGH die negativen Sorgfaltspflichten aus dem allgemeinen Völkerrecht explizit mit jenen aus GA1.[70]

2. Positive Verpflichtungen

Drittstaaten müssen auch proaktive Schritte unternehmen, um ihre Sorgfaltspflicht zur Durchsetzung der Einhaltung des HVR zu erfüllen.[71] Diese Ver-

---

64 ICJ, Construction of a Wall (Fn. 18), Rz. 158 f.; ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 278 f.; siehe auch Henckaerts, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 51 f.; Dörmann/Serralvo (Fn. 37), 727; ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 196.

65 ICJ, Construction of a Wall (Fn. 18), Rz. 158 f.; ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 278 f.; siehe auch Henckaerts, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 51 f.

66 ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 278 f.

67 ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 278; siehe für eine Analyse der Auswirkungen des IGH-Gutachtens auf die wirtschaftlichen Beziehungen der EU mit Israel Al Tamimi Yussef, Implications of the ICJ Advisory Opinion for the EU-Israel Association Agreement, EJIL:Talk! of 30 July 2024, <https://www.ejiltalk.org/implications-of-the-icj-advisory-opinion-for-the-eu-israel-association-agreement/>.

68 ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 278; Al Tamimi (Fn. 67).

69 Dörmann/Serralvo (Fn. 37), 727; ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 196.

70 So erläutert der IGH in Israel in the OPT (Fn. 18) Rz. 279 die negativen Pflichten aus ius cogens und erinnert die Vertragsstaaten der GK IV zugleich daran, dass sie gemäss GA1 zusätzlich verpflichtet sind, die Einhaltung der GK IV durch Israel sicherzustellen; siehe auch ICJ, Construction of a Wall (Fn. 18), Rz. 157; Henckaerts, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 51 f.

71 Der Wortlaut von Regel 144 IKRK-Datenbank verlangt wortwörtlich, dass Drittstaaten «ihren Einfluss so weit wie möglich geltend machen, um Verletzungen des HVR zu unterbinden». Siehe zur Dogmatik Boisson de Chazournes/Condorelli (Fn. 37), 69; Gasser Hans-Peter, Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations, in: Fox Hazel/Meyer Michael A., Armed Conflict and the New Law, Volume II: Effecting Compliance, London 1993, 31 f.; Geiss, Respect for the Con-

pflichtung beschränkt sich nicht auf die Beendigung laufender Verletzungen des HVR. Vielmehr schliesst diese auch ein, Verletzungen zu verhindern, wenn die ernsthafte, vorhersehbare Gefahr besteht, dass sie zukünftig begangen werden.[72]

Den Drittstaaten kommt ein weiter Ermessensspielraum zu, wenn es darum geht, jene positiven Massnahmen zu ergreifen, die sie angesichts des (drohenden) Verstosses für angemessen erachten, um ihrer Sorgfaltspflicht nachzukommen.[73] Ob der entsprechende Staat seine positiven Sorgfaltspflichten erfüllt resp. erfüllt hat, ist stets anhand einer Einzelfallprüfung zu eruieren.[74] Dabei ist die Schwere des Verstosses und der Grad an Einfluss, den der Staat aufgrund politischer und sonstiger Verbindungen auf den verantwortlichen Staat ausübt, zu berücksichtigen.[75] Weitere Faktoren sind die Mittel, die dem Staat vernünftigerweise zur Verfügung stehen und die geografische Entfernung des Drittstaates vom Ort des Geschehens.[76]

Die Tatsache, dass sich das Erfüllen der Sorgfaltspflichten als politisch schwierig erweisen kann, darf nicht als Rechtfertigung dafür dienen, Massnahmen zur Umsetzung dieser Verpflichtung zu verweigern.[77] Vielmehr ist ein Staat, der enge politische, wirtschaftliche und/oder militärische Beziehungen zu einem kriegsführenden Staat unterhält, stärker verpflichtet, die Achtung des HVR durch seinen Verbündeten sicherzustellen.[78] Die Nichtanerkennung der von einem anderen Staat begangenen Verstösse gegen das HVR kann den Drittstaat ebenfalls nicht von seinen Verpflichtungen nach GA1 befreien.[79] Vielmehr ist anhand einer objektiven, rechtlichen Betrachtung festzustellen, ob ein Verstoss gegen das HVR vorliegt.[80]

---

ventions (Fn. 54), 127; ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 194; HENCKAERTS, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 52.

72 BOISSON DE CHAZOURNES/CONDORELLI (Fn. 37), 69; GASSER, Ensuring respect (Fn. 71), 31 f.

73 BOUTRUCHE/SASSÒLI (Fn. 38), 15; ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 206.

74 BOUTRUCHE/SASSÒLI (Fn. 38), 19; GEISS, Respect for the Conventions (Fn. 54), 127 f.

75 ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 198; GEISS, Respect for the Conventions (Fn. 54), 127 f.; vgl. auch ICJ, Judgment of 26 February 2007, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), I.C.J. Reports 2007, p. 43, Rz. 430, worin der IGH dieselben Parameter für die Einzelfallprüfung der Einhaltung der drittstaatlichen Sorgfaltspflicht im Bezug auf die Verhinderung von Völkermord erläutert.

76 ICRC, Art. 1, Commentary on GC III (Fn. 48), Rz. 198; GEISS, Respect for the Conventions (Fn. 54), 127 f.; BOUTRUCHE/SASSÒLI (Fn. 38), 28 ff.; vgl. ICJ, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro (Fn. 75), Rz. 430.

77 DÖRMANN/SERRALVO (Fn. 37), 724.

78 BOUTRUCHE/SASSÒLI (Fn. 38), 28.

79 DÖRMANN/SERRALVO (Fn. 37), 724.

80 BOUTRUCHE/SASSÒLI (Fn. 38), 28.

In die Einzelfallprüfung des Verhaltens Israels im Israel-Palästina Konflikt fliesst somit ein, dass Israels Verstösse gegen das HVR insbesondere im Gaza-Krieg schwere Verletzungen bzw. Kriegsverbrechen darstellen.[81] Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Beziehungen zwischen der EU und Israel zu den engsten und umfassendsten gehören, die die EU mit einem Drittland pflegt.[82] Rechtsgrundlage für die Beziehungen ist das Assoziierungsabkommen zwischen der EU und Israel (AA EU-ISR), welches eine Freihandelszone zwischen den Vertragspartnern einrichtet. Die EU ist der grösste Handelsmarkt Israels und macht etwa ein Drittel des gesamten israelischen Handels aus. Im Jahr 2020 war Israel der 24. wichtigste Handelspartner der EU. Zudem schafft das AA EU-ISR den Rahmen für die soziale und wirtschaftliche Zusammenarbeit in zahlreichen Bereichen wie Energie, Wissenschaft und Tourismus.[83]

Folglich verfügt die EU aufgrund der wirtschaftlichen und politischen Verflechtungen über erheblichen Einfluss auf Israel. Die geografische Nähe zwischen der EU und Israel verstärkt die Bedeutung dieser Beziehungen. Angesichts der zahlreichen Bereiche, die das AA EU-ISR regelt, stehen der EU diverse Mittel zur Verfügung, um konkret Einfluss auf Israel auszuüben.

Vor diesem Hintergrund ist nun zu erörtern, welche Massnahmen die EU bereits getroffen hat, und welche sie noch zu treffen hat, um ihrer Sorgfaltspflicht gemäss GA1 nachzukommen.

C. Stufenfolge der zu ergreifenden Sorgfaltsmassnahmen

Die Auswahl der geeigneten Massnahmen, um als Drittstaat der Sorgfaltspflicht gemäss GA1 nachzukommen, orientiert sich entlang einer von der Lehre entwickelten graduellen Skala von Massnahmen.[84] Die EU hat in ihrer Leitlinie zum HVR eine eigene Stufenfolge von Massnahmen zur Durchsetzung des HVR gemäss GA1 festgelegt, die weitgehend mit den Auffassungen der Lehre übereinstimmt.[85]

Zunächst sind jene Massnahmen zu ergreifen, die am wenigsten störend im Hinblick auf die Zusammenarbeit und die freundschaftlichen Beziehungen

---

81 Siehe oben, II.C.

82 Abrufbar unter <https://www.eeas.europa.eu/israel/european-union-and-israel_en?s=200>.

83 Abrufbar unter <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/israel_en>.

84 Boutruche/Sassòli (Fn. 38), 28 ff.; Dörmann/Serralvo (Fn. 37), 725 f.; Gasser, Ensuring respect (Fn. 71), 28 ff.; Henckaerts, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 54), 52.

85 Siehe dazu C 303/06 (Fn. 23), worin in lit. a – d in ihrer Intensität gesteigerte Sorgfaltsmassnahmen abgebildet werden.

zwischen den Staaten sind.[86] Dazu zählen diplomatischer und öffentlicher Protest sowie die Befassung von Untersuchungsgremien wie der COI, dem IStGH oder dem IGH. Zudem ist die Zusammenarbeit mit internationalen Einrichtungen wie den Vereinten Nationen zu suchen, um die Einhaltung des HVR zu fördern. Reichen diese Massnahmen nicht aus, um die Einhaltung des HVR gegenüber dem fehlbaren Staat durchzusetzen, sind schlagkräftigere Massnahmen, wie restriktive Massnahmen, zu ergreifen.[87]

Die EU hat Israel sowohl in Bezug auf die Besatzungspolitik[88] als auch in Bezug auf die Kriegsführung im Gazastreifen regelmässig in Form von öffentlichen Stellungnahmen der EU-Aussenbeauftragten[89] sowie in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates[90] und Resolutionen des EU-Parlaments[91] dazu aufgefordert, den Pflichten aus dem HVR uneingeschränkt nachzukommen. Zudem hat die EU im Mai 2024 vor dem Hintergrund des Gaza-Krieges ein Treffen des Assoziierungsrates einberufen, der als diplomatisches Austauschforum im Rahmen des AA EU-ISR dient.[92] Jedoch wies Israel die Einladung der EU für ein Treffen des Assoziierungsrates zurück, weil der Staat den von der EU vorgeschlagenen Fokus auf Menschenrechte ablehnte.[93]

---

86 BOUTRUCHE/SASSÒLI (Fn. 38), 30.

87 DÖRMANN/SERRALVO (Fn. 37), 725; HENCKAERTS, Art. 1, Commentary on GC I (Fn. 34), 58; BOUTRUCHE/SASSÒLI (Fn. 38), 17.

88 Statement by the High Representative on the so-called legalization of outposts in the occupied West Bank on 3 July 2024; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 27. Juni 2024, EUCO 15/24, Rz. 21.

89 Statement by the High Representative Josep Borrell on the release of hostages and pause in hostilities of 24 November 2023; Statement by the High Representative Kaja Kallas on the High-Level Dialogue between the European Union and the Palestinian Authority of 15 April 2025; Remarks by High Representative/Vice-President Kaja Kallas at the EP Plenary Session for topical debate (Rule 169) – 'Stopping the genocide in Gaza: time for EU sanctions' of 18 June 2025.

90 Die Verstösse gegen das HVR werden nicht explizit als solche benannt, aber der Ton verschärft sich graduell, siehe etwa EUCO 15/24, Rz. 16 ff.; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 27. Oktober 2023, EUCO 14/23, Rz. 16; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 22. März 2024, EUCO 7/24, Rz. 20 ff.; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 17. Oktober 2024, EUCO 25/24, Rz. 16 ff.; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 26. Juni 2025, EUCO 12/25, Rz. 5 f.

91 Siehe etwa die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 11. September 2025, 2025/2852 (RSP), Ziff. 1, 9, 10, welche explizit die anhaltenden Verstösse Israels gegen das HVR rügt; siehe auch die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 19. Oktober 2023, C/2024/2655, 2 f., insb. Ziff. 5 und 11, welche noch lediglich zur «uneingeschränkten Achtung» des HVR durch Israel aufrief, aber die Verstösse gegen das HVR nicht explizit als solche benannte.

92 Abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/fac/2024/05/27/>.

93 ZIMMERMANN ANTONIA, Israel rejects EU call for ad-hoc summit, Politico of 21 June 2024, <https://www.politico.eu/article/israel-rejects-eu-call-for-ad-hoc-summit/>.

Des Weiteren sind alle drei genannten Untersuchungsgremien bereits mit der Untersuchung der Geschehnisse in den OPT befasst: Die COI erforscht seit 2021 die Verstösse Israels gegen das HVR in den OPT.[94] Der IStGH ermittelt seit März 2021 zu möglichen Kriegsverbrechen Israels in den OPT[95], und hat im November 2024 entsprechende Haftbefehle gegen Israels Ministerpräsidenten Benjamin Netanyahu und den ehemaligen Verteidigungsminister Yoav Gallant erlassen.[96] Zudem führt der IGH momentan ein von Südafrika eingeleitetes Verfahren gegen Israel wegen mutmasslicher Verstösse gegen die Völkermordkonvention im Gazastreifen.[97] Im Zuge dessen ordnete der IGH seit Januar 2024 drei Mal völkerrechtlich bindende vorsorgliche Massnahmen an, die Israel verpflichten, humanitäre Hilfe zuzulassen und seine Militäroffensiven zu stoppen.[98] Zusätzlich stellte der IGH in seinem Gutachten vom Juli 2024 fest, dass die Besatzungspolitik Israels gegen zahlreiche Bestimmungen des HVR – teilweise schwer – verstösst und forderte die sofortige Einhaltung des HVR.[99]

Auch die Generalversammlung und der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen haben bereits mehrere Resolutionen verabschiedet, in denen sie sowohl die Besatzungspolitik als auch die Methoden der Kriegsführung Israels im Gazastreifen verurteilen und Israel zur Einhaltung des HVR aufrufen.[100]

Sämtliche dieser im Rahmen der Stufenfolge von GA1 getroffenen Massnahmen stiessen auf taube Ohren Israels: Der Staat hat den unzähligen Aufrufen der EU und unterschiedlicher höchster internationaler Gremien und Gerichte, das HVR in seiner Besatzungspolitik und im Gaza-Krieg zu respektieren, keine Beachtung geschenkt.[101] Dies macht deutlich, dass rhetorischer Protest, ohne

---

94 Vgl. deren Berichte oben, II.C.

95 Abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-aa-khan-kc-situation-state-palestine>.

96 IStGH-Haftbefehle gegen B. Netanyahu und Y. Gallant (Fn. 29).

97 ICJ, Application Instituting Proceedings of 29 December 2023, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel).

98 ICJ, Order of 26 January 2024, South Africa v. Israel, Rz. 78 ff.; ICJ, Order of 28 March 2024, South Africa v. Israel, Rz. 47; ICJ, South Africa v. Israel, Order of 24 May 2024, Rz. 57, Abs. 3.

99 ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 267 ff.

100 Siehe etwa UNGA, Protection of civilians and upholding legal and humanitarian obligations, 10th Emergency Special Session, 12 December 2023, UN Doc A/RES/ES-10/22, Ziff. 2; A/RES/ES-10/24 (Fn. 42), 4 f. sowie UNSC, Resolution 2712 of 15 November 2023, UN Doc S/RES/2712, Ziff. 1 und 4; UNSC, Resolution 2720 of 22 December 2023, UN Doc S/RES/2720, Ziff. 1.

101 A/HRC/60/CRP.3 (Fn. 30), Rz. 192 ff.; EEAS, Blog Post by the High Representative Josep Borrell on the War in Gaza of 15 November 2024; ICJ, Order of 24 May 2024 (Fn. 98), Rz. 43 ff.

diesen mit einem konkreten Druckmittel zu verbinden, nicht ausreicht, um Israel zur Einhaltung des HVR zu bewegen.

Je gravierender die Verstösse eines Staates gegen das HVR sind, desto mehr Verantwortung tragen unbeteiligte Drittstaaten, sprich desto erhöhter sind ihre Sorgfaltspflichten.[102] Die Militäroperationen Israels in den OPT eskalieren kontinuierlich, wobei die COI kürzlich feststellte, dass Israel im Gazastreifen einen Völkermord begeht.[103] Dies verdeutlicht die Gravität der Verstösse Israels gegen das HVR. Angesichts dessen und dem Scheitern sämtlicher milderer Mittel, hat die EU entschlossenere Massnahmen gegen Israel zu ergreifen. Nur so kann sie ihrer Drittstaatenverpflichtung gemäss GA1 nachkommen. Im Folgenden wird daher das Ergreifen restriktiver Handelsmassnahmen durch die EU diskutiert.

D. Restriktive Handelsmassnahmen

Die EU-Leitlinie nennt nach den öffentlichen Stellungnahmen restriktive Massnahmen ausdrücklich als nächsten Schritt in der Stufenfolge zur Durchsetzung der Einhaltung des HVR.[104] Da die EU die grösste Handelspartnerin Israels ist, drängt sich als restriktive Massnahme in diesem Sinne die Beschränkung der Handelsbeziehungen auf.[105] Dies stellt das Wichtigste, aber bisher ungenutzte Druckmittel der EU dar, um die Einhaltung des HVR gemäss GA1 gegenüber Israel durchzusetzen.[106]

1. Rechtliche Grundlagen

Der Rat der Europäischen Union (EU-Rat) kann gemäss Art. 29 EUV im Rahmen der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik (GASP) beschliessen, restriktive Massnahmen gegen Drittländer, Organisationen oder Einzelpersonen zu verhängen, um eine Veränderung ihrer Politik oder Aktivitäten zu bewirken.[107] Zur Umsetzung eines solchen Beschlusses hat der EU-Rat gemäss

---

102 Boutruche/Sassòli (Fn. 38), 27 f.

103 A/HRC/60/CRP.3 (Fn. 30).

104 C 303/06 (Fn. 23), Ziff. 16 lit. d; Leitlinien (EU) zur Umsetzung und Evaluierung restriktiver Massnahmen (Sanktionen) im Rahmen der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik der EU – Aktualisierung, Dok. 5664/18 vom 4. Mai 2018, Ziff. 9 und 11.

105 EU-Commission on Israel (Fn. 89).

106 Vgl. COM (2021) 110 (Fn. 44), 15 ff.

107 Bungenberg Marc, Art. 215 AEUV, in: Von Der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.): Nomos Kommentar Europäisches Unionsrecht, 7. A. 2015, Rz. 21 ff.

Art. 215 Abs. 1 AEUV[108] die notwendigen Massnahmen zu beschliessen.[109] Auf zwischenstaatlicher Ebene umfassen die restriktiven Massnahmen gemäss Art. 215 Abs. 1 AEUV «die Aussetzung, Einschränkung oder vollständige Einstellung der Wirtschafts- und Finanzbeziehungen» zum Drittstaat.[110]

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf mögliche restriktive Wirtschafts- bzw. Handelsmassnahmen der EU gegenüber Israel als Staat.[111] Die Handelsbeziehungen EU-Israel, inklusive des Handels mit den israelischen Siedlungen in den OPT, sind umfassend durch das AA EU-ISR geregelt.[112] Folglich würden restriktive Handelsmassnahmen der EU gegen Israel im Rahmen des AA EU-ISR umgesetzt. Dazu kann das AA EU-ISR entsprechend suspendiert oder (teilweise) beendet werden. Für die Suspendierung bzw. Beendigung des AA EU-ISR gelten die speziellen Verfahrensregeln für die Aussetzung der Anwendung internationaler Übereinkünfte gemäss Art. 218 Abs. 9 AEUV.

Im Folgenden werden die von der EU in Bezug auf die Besatzungspolitik und den Gaza-Krieg zu treffenden restriktiven Massnahmen erläutert.

2. Besatzungspolitik: Restriktive Handelsmassnahmen

Der IGH stellte im Gutachten vom Juli 2024 klar, dass Drittstaaten positive Massnahmen zu ergreifen haben, um Handelsbeziehungen zu verhindern, die zur Aufrechterhaltung der von Israel geschaffenen rechtswidrigen Situation in den OPT beitragen.[113] Die Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedete im September 2024 mit grosser Mehrheit eine Resolution, die auf dem IGH-Gutachten vom Juli 2024 gründet.[114] Die vom IGH eingeforderte Drittstaatenverpflichtung wird in der Resolution bestätigt und Staaten werden konkret dazu aufgefordert, die Einfuhr von Produkten aus israelischen Siedlungen in den OPT einzustellen.[115] Nämlich trägt der Handel von Drittstaaten mit den illegalen Siedlungen dazu bei, diese zu legitimieren, aufrechtzuerhal-

---

108 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 25. März 1957, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 47.

109 Schöbener Burkhard, Art. 215 AEUV, in: Pechstein Matthias/Nowak Carsten/Häde Ulrich (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2. A. 2023, Rz. 7 ff.

110 Dok. 5664/18 (Fn. 104), Ziff. 7.

111 Die Ein- und Ausfuhr von Militärgütern wird ausgeklammert, da dafür spezielle Regeln gelten, die den Umfang dieses Beitrags überschreiten würden (vgl. etwa Verordnung (EU) 2021/821 des Rates vom 20. Mai 2021, ABl L 206 vom 11.06.2021, 1 ff.).

112 Dok. 5664/18 (Fn. 104), Ziff. 7 und 14.

113 ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 278; Al Tamimi (Fn. 67).

114 A/RES/ES-10/24 (Fn. 42); wobei nur 13 von 27 EU-Mitgliedstaaten für die Resolution der UNGV stimmten. 12 EU-Mitgliedstaaten enthielten sich der Stimme; Ungarn und die Tschechische Republik stimmten dagegen.

115 A/RES/ES-10/24 (Fn. 42), Ziff. 5, lit. b.

ten und profitabel zu machen.[116] Zudem verfestigt dies die schweren Verstösse gegen das HVR, wie Landkonfiszierung, Vertreibung, Gewalt und Diskriminierung der palästinensischen Bevölkerung, die dem Siedlungsgeschäft zugrunde liegen.[117]

Trotzdem sah die EU bislang davon ab, restriktive Handelsmassnahmen gegen Israel zu erlassen.[118] Immerhin sind in der EU seit Jahren Differenzierungsmassnahmen in Bezug auf die israelische Besatzungspolitik in Kraft. Zum einen unterstehen Waren aus den illegalen israelischen Siedlungen in den OPT seit 2005 nicht mehr der Zollpräferenzbehandlung unter dem AA EU-ISR.[119] Zum anderen besteht aufgrund des Verbraucherschutzes seit 2015 eine Kennzeichnungspflicht für Produkte aus israelischen Siedlungen.[120] Diese Differenzierungsmassnahmen senden klare Signale an Israel, dass die Besetzung der palästinensischen Gebiete völkerrechtswidrig ist und daher von der EU nicht akzeptiert wird. Nichtsdestotrotz verfolgt Israel weiterhin eine aggressive, gegen das HVR verstossende Siedlungspolitik.[121]

Die EU hat zu aktivem Handeln zu schreiten, um ihre Drittstaatenverpflichtung gemäss GA1, konkretisiert durch das IGH-Gutachten und die UNGV-Resolution, zu erfüllen. Die Warenimporte der EU aus den illegalen israelischen Siedlungen in die EU und die Exporte der EU in die Siedlungen sind einzustellen.[122] Das AA EU-ISR ist entsprechend zu suspendieren. Ein milderes Mittel wie die Aussetzung von Zollpräferenzen ist nicht ersichtlich, da die Handelsbeziehungen der EU mit den illegalen israelischen Siedlungen ohnehin bereits davon ausgenommen sind.

---

116 ICJ, Israel in the OPT (Fn. 18), Rz. 278.

117 Francavilla Claudio, International Court Rulings Require EU Action on Israel and Palestine, Opinio Juris of 24 October 2024, <https://opiniojuris.org/2024/10/24/international-court-rulings-require-eu-action-on-israel-and-palestine-sanctions-trade-measures-support-for-icc-crucial-to-comply-with-international-law/>.

118 Allerdings hat der EU-Rat bereits restriktive Massnahmen gegen fünf extremistische Siedler und drei Organisationen aufgrund systematischer Menschenrechtsverletzungen beschlossen, siehe dazu Beschluss (GASP) 2024/1967 des Rates vom 15. Juli 2024, ABl L 2024/1960 vom 15. Juli 2024, 1 ff.

119 Art. 7 und 10 AA EU-ISR; Hinweis (EU) an die Einführer – Einfuhren aus Israel in die EU, ABl C 232 vom 3. August 2012, 5.

120 Mitteilung (EU) zu Auslegungsfragen über die Ursprungsbezeichnung von Waren aus den von Israel seit Juni 1967 besetzten Gebieten, ABl C 375 vom 12. November 2015, Rz. 4, 7, 10. Der EuGH bestätigte aus Gründen des Verbraucherschutzes in C-363/18 (Fn. 52), Rz. 48 ff. die Kennzeichnungspflicht von Waren, die aus völkerrechtswidrigen israelischen Siedlungen in den OPT stammen.

121 EU, Report on Israeli Settlements (Fn. 5), 7 ff.

122 Al Tamimi (Fn. 67); Francavilla (Fn. 117).

3. Gaza-Krieg: Restriktive Handelsmassnahmen

Die von der EU zu treffenden restriktiven Handelsmassnahmen, um Israel im Gaza-Krieg zur Einhaltung des HVR zu bewegen, sind mangels IGH-Gutachten und UNGV-Resolution weniger eindeutig vorgezeichnet. In der EU wird seit längerem diskutiert, ob das AA EU-ISR zu diesem Zweck ganz oder teilweise suspendiert werden soll.[123] Anstatt die Handelsbeziehungen wie im Falle der illegalen Siedlungen vollständig zu beenden, sollten in Bezug auf den Gaza-Krieg zunächst als mildeste Massnahme die Bestimmungen zum freien Warenverkehr aus Titel II AA EU-ISR suspendiert werden.

Dies hätte bspw. zur Folge, dass die Zollprivilegien gemäss Art. 8 AA EU-ISR für den Import von Produkten aus israelischem Staatsgebiet in die EU (temporär) entfielen. Israel könnte so wirtschaftlich empfindlich getroffen werden, wodurch ein Druckmittel entstünde, das mit den Ermahnungen der EU und internationaler Gremien zur Einhaltung des HVR verknüpft würde. Angesichts der schweren und langanhaltenden Verstösse Israels gegen das HVR ist dies dringlicher denn je.

E. Zwischenfazit

Die EU resp. der EU-Rat ist, um der Sorgfaltspflicht gemäss GA1 nachzukommen, verpflichtet, die vollständige Suspendierung der Handelsbeziehungen mit den illegalen israelischen Siedlungen sowie die Suspendierung der Zollpräferenzen von israelischen Produkten gemäss Kapitel II AA EU ISR zu beschliessen.[124] Sämtliche milderen Mittel in der von der EU selbst festgelegten Stufenfolge wurden, wie bereits dargelegt, ausgeschöpft. Die EU-Mitgliedstaaten, welche diese Vorschläge ablehnen, verkennen, dass die aus GA1 resultierenden Sorgfaltspflichten nicht aufgrund politischer oder wirtschaftlicher Erwägungen ignoriert werden dürfen. Dies stellt einen Verstoss der EU gegen ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen dar, was die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten dem Recht der internationalen Staatenverantwortlichkeit aussetzt. Der aktuell vor dem IGH hängige Fall Nicaragua vs. Deutschland hat dieses rechtliche Risiko bereits aufgezeigt.

Als alternative Rechtsgrundlage für den Erlass restriktiver Handelsmassnahmen durch die EU gegen Israel kann die politische Klausel in Art. 2 AA EU-ISR herangezogen werden. Im Folgenden wird in diesem Zusammenhang die

123 Zimmermann (Fn. 93).

124 Cremer Wolfram, Art. 215 AEUV, EUV – AEUV Kommentar (Fn. 52), Rz. 13 ff.

Funktionsweise politischer Klauseln im Rahmen von Assoziierungsabkommen erläutert.

IV. Assoziierungsabkommen EU-Israel

A. Rechtliche Grundlagen der Assoziierungspolitik

Die EU kann gemäss Art. 217 AEUV Assoziierungsabkommen mit Drittstaaten abschliessen, die über bloss privilegierte Handelsbeziehungen hinausgehen.[125] Assoziierungsabkommen begründen als Rahmenabkommen eine besondere und privilegierte völkervertragliche Beziehung der EU zu einem Drittstaat.[126] Das Verfahren für die Aushandlung und den Abschluss von Abkommen zwischen der EU und Drittstaaten richtet sich nach Art. 218 AEUV.[127]

Die Assoziierungspolitik hat sich gemäss Art. 205 AEUV genau wie die internationale Handelspolitik gemäss Art. 207 Abs. 1 AEUV, an den Grundsätzen und Zielen des auswärtigen Handelns der EU auszurichten.[128] Art. 3 Abs. 5 EUV und Art. 21 EUV bestimmen als normative Leitmaximen das Handeln der EU-Organe auf internationaler Ebene in sämtlichen Politikbereichen.[129] Für den vorliegenden Beitrag ist vor allem relevant, dass sich die EU gemäss Art. 3 Abs. 5 EUV verpflichtet, in ihrem auswärtigen Handeln zur «strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts» beizutragen. Gemäss Art. 2 EUV und Art. 21 Abs. 1 EUV zählt die Achtung des Völkerrechts zu den Grundsätzen der EU, welche für ihre Entstehung massgebend waren und denen weltweit zu stärkerer Geltung verholfen werden soll.[130]

Folglich ist die EU verpflichtet, die völkervertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Bestimmungen des HVR zu beachten – einschliesslich des GA1. Nur so kann die EU ihrer primärrechtlichen Verpflichtung zur strikten

---

125 Hoffmeister Frank, Art. 209 AEUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.): Kommentar zum Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 83. A. 2024, Rz. 18 ff.; Oesch Matthias, Wird die handelspolitische Autonomie der EFTA-Staaten überschätzt?, EuR 1/2020, 335 f.

126 Boysen, Art. 217 AEUV, Frankfurter Kommentar (Fn. 109), Rz. 40.

127 Hoffmeister, Art. 209 AEUV, Kommentar zum Recht der EU (Fn. 125), Rz. 18 ff.; Oesch Matthias, Europarecht, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz – EU, 3. A., Bern 2024, 526.

128 Bungenberg, Art. 217 AEUV, Nomos Kommentar (Fn. 107), Rz. 6; Hoffmeister, Art. 209 AEUV, Kommentar zum Recht der EU (Fn. 125), Rz. 18 ff.; Oesch, Handelspolitische Autonomie (Fn. 125), 332, 336.

129 Oesch, Europarecht (Fn. 127), 481, 516.

130 C 303/06 (Fn. 23), Ziff. 3; Oesch, Europarecht (Fn. 127), 481.

Einhaltung und Förderung des Völkerrechts im auswärtigen Handeln gemäss Art. 3 Abs. 5 EUV und Art. 21 EUV nachkommen.[131]

B. Politische Klausel

Um ihre Verpflichtung zur Achtung des Völkerrechts und der Demokratie in den EU-Aussenbeziehungen umzusetzen[132], integriert die EU zwingend sog. politische Klauseln in alle von ihr abgeschlossenen Handels-, Kooperations-, Partnerschafts- und Assoziierungsabkommen.[133]

Im Falle des AA EU-ISR ist die politische Klausel wie folgt ausgestaltet: Art. 2 AA EU-ISR hält fest, dass die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien und alle Bestimmungen des Abkommens «auf der Achtung der Menschenrechte und den Grundsätzen der Demokratie» beruhen, welche ein «wesentliches Element» des Abkommens sind.[134] Den Begriff der Menschenrechte konkretisiert Art. 2 AA EU-ISR lediglich insofern, als es sich um Rechte handelt, «von denen die Vertragsparteien sich bei ihrer Innen- und Aussenpolitik leiten lassen».[135] Israel sowie alle EU-Mitgliedstaaten haben die beiden umfassenden und völkerrechtlich verbindlichen UNO-Menschenrechtspakte unterzeichnet und ratifiziert.[136] Sie sind daher rechtlich verpflichtet, die in UNO-Pakt I und II garantierten Menschenrechte in ihrer Innen- und Aussenpolitik umzusetzen. Folglich sind UNO-Pakt I und II von der politischen Klausel in Art. 2 AA EU-ISR erfasst.

Die Achtung des HVR wird in der politischen Klausel nicht ausdrücklich als wesentlicher Vertragsinhalt hervorgehoben. Das HVR ist ein eigenständiger Rechtsbereich, der klar von den Menschenrechten abzugrenzen ist.[137] Fraglich ist deshalb, ob Israels Verstösse gegen das HVR gleichzeitig als Menschen-

---

131 Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 6; Kaufmann-Bühler Werner, Art. 21 EUV, Kommentar zum Recht der EU (Fn. 125), Rz. 8 f.; Marquardt Stephan/Gaedtke Jens-Christian, Art. 21 EUV, Nomos Kommentar (Fn. 107), Rz. 7.

132 Berner Katharina, Menschenrechtsklauseln in Freihandels- und Investitionsschutzabkommen, EuZW 14/2016, 2 f.

133 Beke Laura et al., The integration of human rights in EU development and trade policies, Frame, Work Package No. 9, 63; COM (95) 216, 12 f.

134 Schmalenbach, Art. 218 AEUV, EUV – AEUV Kommentar (Fn. 52), Rz. 28.

135 Hingegen beziehen sich andere Abkommen der EU mit Drittstaaten in ihren politischen Klauseln ausdrücklich auf gewisse internationale Menschenrechtsverträge wie UNO-Pakt I und II oder die EMRK.

136 Siehe dazu den Geltungsbereich des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1) und des Internationaler Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) in deren jeweiligen Anhängen.

137 Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 12.

rechtsverletzungen und damit als Verletzungen der politischen Klausel in Art. 2 AA EU-ISR einzustufen sind.

Das HVR gilt nur in bewaffneten Konflikten und stellt als *lex specialis* eine Konkretisierung der Menschenrechte dar, die auch in Friedenszeiten Anwendung finden.[138] Menschenrechtsabkommen enthalten Notstandsklauseln, die in Konflikten gewisse Rechte einschränken können.[139] Bestimmte Menschenrechte, etwa das Recht auf Leben nach Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt II, sind jedoch notstandsfest und nicht derogierbar.[140] Das HVR präzisiert die nicht derogierbaren Menschenrechte u.a. in Art. 3 GK I–IV und Art. 75 ZP I.[141] Daher ist der Inhalt von Menschenrechten im bewaffneten Konflikt im Lichte des HVR auszulegen.[142] Ist eine Abweichung von den notstandsfesten Menschenrechten auch gemäss HVR nicht rechtmässig, liegt neben einem Menschenrechtsverstoss auch ein Verstoss gegen das HVR vor.[143]

Israels Vorgehen im Gaza-Krieg verstösst gegen das HVR und damit auch gegen notstandsfeste Menschenrechte wie das Verbot willkürlicher Tötungen gemäss Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 UNO-Pakt II. Auch in Bezug auf die Besatzungspolitik stellte der IGH im Gutachten vom Juli 2024 fest, dass Israel neben Normen des HVR auch die Menschenrechte aus UNO-Pakt I und II missachtet. Somit kann festgehalten werden, dass Israel gegen Art. 2 AA EU-ISR verstösst, was die EU wiederum zur Suspendierung des Abkommens gemäss Art. 79 AA EU-ISR berechtigt. Dies wird im Folgenden erläutert.

C. Nichterfüllungsklausel

Verletzt eine Vertragspartei ihre Verpflichtungen unter dem AA EU-ISR – was angesichts Israels Verstoss gegen die politische Klausel gemäss Art. 2 AA EU-ISR der Fall ist – kann die andere Vertragspartei als Reaktion darauf gemäss Art. 79 Abs. 2 S. 1 AA EU-ISR «geeignete Massnahmen» ergreifen. Diese Massnahmen müssen im Einklang mit dem Völkerrecht sein und in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Verstosses stehen.[144] Gemäss Art. 79 Abs. 2 S. 2 AA EU-ISR sind mit Vorrang «solche Massnahmen zu wählen, die das

138 Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 12.

139 Besson et al. (Fn. 7), 264 ff.; Gasser/Melzer/Geiss (Fn. 8), 13 f.

140 Dinstein, Conduct of Hostilities (Fn. 7), 29 f.

141 Dinstein, Conduct of Hostilities (Fn. 7), 31 ff.

142 EGMR, Urteil vom 16. September 2014 in der Rechtssache Hassan v. The United Kingdom, Appl. No. 29750/09, Rz. 99, 104; ICJ, Nuclear Weapons (Fn. 48).

143 ECHR, Factsheet – Derogation in time of emergency of February 2022, 1.

144 Vöneky Silja/Weller Silke, Art. 217 AEUV, Rz. 62; Zamfir Ionel, Human rights in EU trade agreements – The human rights clause and its application, European Parliamentary Research Service, July 2019, 8.

Funktionieren des Abkommens am wenigsten stören.» Schliesslich kann jede Vertragspartei gemäss Art. 82 Abs. 2 AA EU-ISR «das Abkommen durch Notifikation an die andere Vertragspartei kündigen». Die Kündigung, oder auch die ganz oder teilweise Suspendierung des Assoziierungsabkommen, sollten nur als *ultima ratio* in Betracht gezogen werden.[145]

Somit bietet Art. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 S. 1 AA EU-ISR eine selbständige und zusätzliche Rechtsgrundlage zu GA1, um auf die Verstösse Israels gegen das HVR in der Besatzungspolitik und im Gaza-Krieg zu reagieren. Den Beschluss über die (teilweise) Suspendierung eines Assoziierungsabkommens kann der EU-Rat gemäss Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 9 AEUV mit qualifizierter Mehrheit erlassen.[146] Konkret müssten dafür 15 der 27 EU-Mitgliedstaaten zustimmen, die zusammen mindestens 65% der Bevölkerung der teilnehmenden Mitgliedstaaten repräsentieren.[147]

In der Praxis hat die EU bislang nur in wenigen Fällen als Reaktion auf die Verletzung der politischen Klausel durch Drittstaaten von der Nichterfüllungsklausel Gebrauch gemacht. Ein Beispiel ist das Cotonou-Abkommen[148], in dessen Rahmen der EU-Rat geeignete Massnahmen ergriffen hat, um bspw. auf Staatsstreiche zu reagieren, die gegen die politische Klausel des Abkommens verstiessen.[149] Die geeigneten Massnahmen beschränkten sich vornehmlich auf die Aussetzung von Entwicklungshilfe und der Zusammenarbeit mit der EU.[150] Hingegen hat die EU bislang keine Handelspräferenzen aufgrund eines Verstosses gegen eine politische Klausel ausgesetzt.[151]

Die wenigen Fallbeispiele verdeutlichen, dass die EU grundsätzlich zögert, das in internationalen Abkommen mit Drittländern vorgesehene förmliche Aus-

---

145 Berner (Fn. 132), 2; vgl. Art. 79 Abs. 2 UAbs. 2 AA EU-ISR.

146 Der EuGH hat klargestellt, dass nur jene Beschlüsse zur Durchführung eines Assoziierungsabkommens Einstimmigkeit des Rates gemäss Art. 218 UAbs. 2 erfordern, welche den institutionellen Rahmen des Abkommens ändern oder ergänzen. In allen anderen Fällen kann der Rat Beschlüsse gem. Art. 218 UAbs. 1 und Abs. 9 AEUV auch in Bezug auf Assoziierungsabkommen mit qualifizierter Mehrheit erlassen. Siehe hierzu Urteil vom 4. September 2018 in der Rechtssache C-244/17, ECLI:EU:C:2018:662 – Kommission/Rat (Abkommen mit Kasachstan), Rz. 32 f. und der Sache nach bereits EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2014 in der Rechtssache C-81/13 – Vereinigtes Königreich/Rat, ECLI:EU:C:2014:2449, Rz. 66.

147 Art. 16 Abs. 4 UAbs. 1 EUV.

148 Partnerschaftsabkommen vom 23. Juni 2000 zwischen den Mitgliedern der Gruppe der Staaten in Afrika, im Karibischen Raum und im Pazifischen Ozean einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits («Cotonou-Abkommen»), ABl L 317 vom 15. Dezember 2000, 3 ff.

149 Bartels Lorand, Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper 24/2012, Rz. 32 f.

150 Bartels (Fn. 149), Rz. 32 f.

151 Zamfir (Fn. 144), 9.

setzungsverfahren anzuwenden.[152] Tatsächlich hat die EU gemäss EuGH auch keine Pflicht, «geeignete Massnahmen» zu ergreifen, wenn die politische Klausel eines Abkommens verletzt wird, sondern bloss das Recht dazu.[153] Folglich liegt die Entscheidung über die Aussetzung eines Abkommens grundsätzlich im freien Ermessen des EU-Rates und der EU-Kommission.[154]

D. Suspendierung

In Bezug auf den Israel-Palästina-Konflikt verdichtet sich dieses freie Ermessen des EU-Rates und der EU-Kommission zur Suspendierung des AA EU-ISR aber zu einer primärrechtlichen und völkerrechtlichen Pflicht. Nämlich muss die EU Abkommen mit Drittstaaten stets im Lichte ihrer vertraglichen Vorgaben und des gesamten Völkerrechts auslegen und anwenden.[155] Angesichts der israelischen Besatzungspolitik und der Kriegsführung im Gazastreifen ergeben sich daraus zwei Pflichten: Zum einen folgt aus dem HVR, sprich aus GA1, die Drittstaatenverpflichtung der EU, die Einhaltung des HVR gegenüber Israel durch das Ergreifen restriktiver Handelsmassnahmen durchzusetzen.[156] Konkret bedeutet dies, dass die EU das AA EU-ISR teilweise resp. in Bezug auf den Handel mit den illegalen israelischen Siedlungen vollständig suspendieren muss.

Zum anderen ergibt sich aus dem Primärrecht der EU, sprich aus den vertraglichen Vorgaben gemäss Art. 3 Abs. 5 EUV und Art. 21 EUV, die Pflicht, zur strikten Einhaltung des HVR beizutragen. Israel verstösst durch die Besatzungspolitik und die Kriegsführung im Gaza-Krieg anhaltend und schwerwiegend gegen die in der politischen Klausel verankerten Menschenrechte und gegen das HVR. Die Duldung dieses Fehlverhaltens steht eindeutig im Widerspruch zum Ziel der EU, im auswärtigen Handeln das Völkerrecht zu stärken. Die bisherige Straflosigkeit Israels untergräbt zudem das Fundament der Rechtsstaatlichkeit, auf dem die EU gemäss Art. 2 EUV aufgebaut ist.[157]

Folglich wird m.E. das Ermessen der EU von der Nichterfüllungsklausel in Art. 79 AA EU-ISR Gebrauch zu machen angesichts der Verstösse Israels gegen die politische Klausel faktisch durch die rechtlich bindenden Verpflichtungen

---

152 Beke et al. (Fn. 133), 68 ff.

153 EuGH, Beschluss vom 6. September 2011 in der Rechtssache T-292/09 – Mugraby/Rat und Kommission, ECLI:EU:T:2011:418, Rz. 59.

154 EuGH, T-292/09 (Fn. 153), Rz. 60 f.

155 Weiss Wolfgang, Art. 207 AEUV, Kommentar zum Recht der EU, Rz. 208; EuGH, C-779/21 P und C-799/21 P (Fn. 50), Rz. 173; EuGH, C-286/90 (Fn. 50), Rz. 9.

156 Siehe oben, III.E.

157 EEAS, Blog Post of 15 November 2024 (Fn. 101).

gemäss GA1 sowie Art. 3 Abs. 5 EUV und Art. 21 EUV verdrängt. Um diesen Verpflichtungen nachzukommen, ist der EU-Rat verpflichtet, einen Beschluss gemäss Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 und Abs. 9 AEUV mit qualifizierter Mehrheitzu fassen, damit das AA EU-ISR entsprechend suspendiert bzw. beendet wird.[158]

E. Diskussion der Suspendierung in der EU

Die EU-Kommission hat im Juni 2025 festgestellt, dass Anzeichen dafür bestehen, dass Israel durch die Besatzungspolitik und die Kriegsführung im Gazastreifen gegen die politische Klausel in Art. 2 AA EU-ISR verstösst.[159] Daraus schloss die EU-Kommission, dass sie berechtigt ist, Elemente des AA EU-ISR gemäss dessen Art. 79 zu suspendieren.[160] Folglich legte die EU-Kommission dem EU-Rat einen Vorschlag zur Aussetzung bestimmter handelsbezogener Bestimmungen des AA EU-ISR vor.[161] Darin enthalten ist, dass Einfuhren aus Israel ihren präferenziellen Zugang zum EU-Markt verlieren, was in Israel geschätzte wirtschaftliche Auswirkungen in der Höhe von 227 Millionen Euro pro Jahr hätte.[162] Gleichzeitig legt die EU-Kommission dem EU-Rat ihre Vorschläge für die Einstellung der finanziellen Mittel für bilaterale Projekte sowie Sanktionen gegen die Hamas, israelische Minister und gewalttätige Siedler vor.[163] Das EU-Parlament unterstützt den Vorschlag der EU-Kommission.[164]

Die Vorschläge der EU-Kommission stellen einen wichtigen Schritt in Richtung Einhaltung der Drittstaatenverpflichtung gemäss GA1 und der vertraglichen Vorgaben für das auswärtige Handeln der EU dar. Allerdings ist fraglich, ob die erforderliche qualifizierte Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten für den

---

158 EuGH, C-244/17 (Fn. 146), Rz. 32 f.; GIEGERICH, Art. 218 AEUV, Frankfurter Kommentar (Fn. 109), Rz. 185.

159 Press Release of the European Commission of 17 September 2025, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_2112>; EUCO 12/25 (Fn. 90), Ziff. 5.

160 Siehe dazu European Commission, Proposal for a Council Decision on the partial suspension of the Agreement between the European Union, of the one part, and Israel, of the other part, on the participation of Israel in the Union programme Horizon Europe – the Framework Programme for Research and Innovation of 28 July 2025, COM (2025) 620 final, Ziff. 5 ff. Dieser Vorschlag beschäftigt sich zwar mit der Suspendierung von Israels Teilnahme am Forschungsprogramm Horizon. Die Überlegungen zu Israels Verstoss gegen Art. 2 AA EU-ISR sind aber dieselben wie bei der allfälligen Suspendierung der Handelsbeziehungen EU-Israel.

161 EU Commission, Press Release 2025 (Fn. 159).

162 HAGAN RACHEL/ADAMS PAUL, EU proposes curbs on trade with Israel over Gaza war, BBC of 17 September 2025, <https://www.bbc.com/news/articles/cvgr4nj7405o>.

163 EU Commission, Press Release 2025 (Fn. 159).

164 Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 11. September 2025, 2025/2852 (RSP), Rz. 20, 23.

EU-Ratsbeschluss gemäss Art. 218 Abs 8 und 9 AEUV zustande kommt, der für die Umsetzung des Vorschlages der EU-Kommission erforderlich wäre. Die Positionen der EU-Mitgliedstaaten reichen weit auseinander, was ihre Haltung gegenüber Israel angeht. 16 EU-Mitgliedstaaten haben Palästina inzwischen als Staat anerkannt, um ihrer Unterstützung der Zwei-Staaten-Lösung Ausdruck zu verleihen.[165] Hingegen zögern EU-Mitgliedstaaten wie Deutschland und Österreich weiterhin, Israels Vorgehen zu kritisieren und schwere Verstösse gegen das HVR beim Namen zu nennen.[166] Dadurch wird ein EU-Ratsbeschluss gemäss Art. 218 Abs. 9 AEUV zur Suspendierung des AA EU-ISR momentan verhindert.[167]

Da bislang keine schlagkräftige, kollektive Lösung auf Ebene der EU ergangen ist, um Israels Achtung des HVR sicherzustellen, haben einzelne EU-Mitgliedstaaten wie Belgien, Irland, Slowenien und Spanien nationale restriktive Massnahmen gegen Israel erlassen.[168] Dazu zählt das in diesem Beitrag thema-

---

165 Stand vom 22. September 2023, abrufbar unter <https://unric.org/en/recognition-of-palestine-a-long-history/>.

166 Informationen zu den Beziehungen Österreichs mit Israel sind abrufbar unter <https://www.bmeia.gv.at/oeb-tel-aviv/aktuelles/detail/aussenministerin-meinl-reisinger-in-israel-rueckkehr-zur-diplomatie-waffenstillstand-und-freilassung-der-geiseln-sowie-humanitaere-hilfe-fuer-zivilbevoelkerung-in-gaza> und <https://www.bmeia.gv.at/themen/aussenpolitik/naher-osten-und-nordafrika/naher-osten>; Informationen zu den Beziehungen Deutschlands mit Israel sind abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/unterstuetzung-israel-2228198>.

167 Marques da Silva Isabel, Can the EU overcome divergence over sanctions against Israel?, Euronews of 23 September 2025, <https://www.euronews.com/my-europe/2025/09/23/can-the-eu-overcome-divergence-over-sanctions-against-israel>; Meyer-Feist Andreas, EU-Kommission schlägt Israel-Sanktionen vor, ARD Tagesschau vom 17. September 2025, <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/eu-sanktionen-israel-104.html>.

168 Irland publizierte am 25. Juni 2025 einen Gesetzesentwurf, um die Einfuhr von Produkten aus den illegalen israelischen Siedlungen in den OPT zu verbieten, abrufbar unter <https://www.gov.ie/en/department-of-foreign-affairs/publications/general-scheme-of-the-israeli-settlements-in-the-occupied-palestinian-territory-prohibition-of-importation-of-goods-bill-2025/>. Slowenien hat am 6. August 2025 ein Einfuhrverbot von Produkten aus illegalen israelischen Siedlungen in den OPT beschlossen, abrufbar unter <https://www.gov.si/en/news/2025-08-06-prime-minister-golob-slovenia-to-provide-additional-humanitarian-aid-to-the-palestinian-civilian-population/>. Belgien hat am 2. September 2025 u.a. Sanktionen gegen gewalttätige Siedler und Hamas-Kämpfer, ein verschärftes Waffenembargo gegen Israel sowie ein Einfuhrverbot von Produkten aus illegalen israelischen Siedlungen in den OPT beschlossen, abrufbar unter <https://diplomatie.belgium.be/en/news/middle-east-and-palestinian-sovereignty-agreement-belgian-federal-government-restricted-format>. Zuletzt hat Spanien am 23. September 2025 ein umfassendes Waffenembargo gegen Israel erlassen und die Einfuhr von Produkten aus illegalen israelischen Siedlungen in den OPT verboten, abrufbar unter <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/councilministers/paginas/2025/20250923-council-press-conference.aspx>.

tisierte Einfuhrverbot für Produkte aus israelischen Siedlungen. Die entsprechenden EU-Mitgliedstaaten betonen dabei, dass das Einfuhrverbot auch nötig sei, um die Drittstaatenverpflichtung gemäss IGH-Gutachten vom Juli 2024 zu erfüllen.

V. Fazit

Den momentan einen EU-Ratsbeschluss zur Suspendierung bzw. Beendigung des AA EU-ISR blockierenden EU-Mitgliedstaaten muss bewusst sein, dass die EU damit gegen ihre völkerrechtliche Verpflichtung gemäss GA1 sowie gegen ihre vertraglich verankerte Werteorientierung in der GASP verstösst. Damit setzt sich die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten dem Risiko von Rechtsstreitigkeiten vor internationalen Gerichten aus.[169] Darüber hinaus steht die Glaubwürdigkeit der EU als Vertreterin der Rechtsstaatlichkeit und Unterstützerin internationaler Institutionen wie des IGH auf dem Spiel. Diese durch die Priorisierung politischer Überlegungen vor Rechtspflichten entstandene Schieflage ist gefährlich: Kann das HVR ungestraft ignoriert werden, senkt dies dessen Akzeptanz und macht künftige Verstösse in nachfolgenden Konflikten wahrscheinlicher.

Frieden und Sicherheit können nicht durch die unrechtmässige Tötung und Vertreibung von Palästinenser:innen erreicht werden. Solche Massnahmen Israels erzeugen vielmehr Feindseligkeit gegenüber dem Land, die sich in kommenden Generationen manifestieren wird. Wenn die EU also an einer langfristigen Stabilisierung der Lage im Nahen Osten interessiert ist, muss sie Israel durch die Suspendierung des AA EU-ISR dazu bewegen, das HVR einzuhalten. Die Einhaltung dieser Fundamentalgarantien der Menschlichkeit ist nicht nur im Interesse der EU und der Palästinenser:innen, sondern auch im Interesse der israelischen Bevölkerung, die auf Frieden und Stabilität angewiesen ist.

---

169 Dies wird bereits von Frank Hoffmeister, Director for General Affairs & Chief Legal Officer des Europäischen Auswärtigen Dienstes, befürchtet, siehe Neslen Arthur, EU «bending» rules to allow trade with Israeli settlements, leaked analysis shows, The Intercept of 23 October 2024, <https://theintercept.com/2024/10/23/eu-israel-settlements-trade-gaza/>.

Between Peace and Justice: Amnesties and Human Rights Obligations in Transitional Societies

Rebecca Gross*

Table of Contents

I. Introduction 50
A. Context and significance of the topic 50
B. Problem statement and research question 51

II. Theoretical and legal foundations 53
A. Defining amnesty 53
1. The origin of amnesty as a sovereign power 53
2. Distinction from pardons 53
3. Scope and types of amnesties 54
a. Pacification amnesties 55
b. Transitional amnesties 55
B. Obligation to prosecute under the ICCPR 56
1. State's obligation to investigate and prosecute grave violations 56
2. Right to an effective remedy: victims' entitlements 59
C. Rule of Law and accountability 61
1. Elements 61
2. The cornerstone of the Rule of Law: Accountability 63

III. The tension between amnesties and the obligation to prosecute 63
A. Functional rationale behind amnesties 64
1. Political expediency and peace agreements 64
2. Transitional fragility and avoidance of destabilisation 66
3. Limited judicial capacity 68
B. Rule of Law challenges posed by amnesties 70
1. Denial of victims' rights to truth and remedy 70
2. Erosion of legal accountability and equal protection 72
3. Institutional delegitimisation and democratic regression 75
C. Interim evaluation 76

IV. Reconciling amnesties with ICCPR obligations 78
A. Normative boundaries and non-derogable rights 78
B. Conditional amnesties and the South African Model 81
1. Truth-for-amnesty exchange in the TRC process 81
2. Structural requirements for compatibility 83

* I hereby wish to express my gratitude to Prof. Sarah Summers for supervising my thesis.

C. Complementary mechanisms of accountability 85
1. Hybrid judicial approaches in transitional justice 85
2. Restorative justice and non-penal forms of redress 87
D. Interim evaluation 89
V. Conclusion 90

I. Introduction

A. Context and significance of the topic

There are various alternative approaches addressing international crimes that extend beyond prosecution.[1] Primarily used during transitions from authoritarian governance to democratic systems, as well as from war or conflict situations to peace,[2] amnesties represent one of the most controversial options that have historically served as and continue to be pivotal instruments in peace treaties.[3] They are frequently regarded as pragmatic solutions for stabilising fragile political environments and promoting national reconciliation. However, their legitimacy and effectiveness in addressing serious human rights violations are deeply contested.[4]

Recent global events underscore the ongoing significance of this topic.[5] For instance, the trial of Chad's former dictator, Hissène Habré, was widely acknowl-

1 Cryer Robert, in: Moeckli Daniel/Shah Sangeeta/Sivakumaran Sandesh (eds.), International Human Rights Law, 4th edn., Oxford 2022, 559.

2 See for a comprehensive analysis of the amnesty concept and its usage across various historical periods and legal systems Close Josepha, Post-Conflict Law and Justice, Amnesty, Serious Crimes and International Law: Global Perspectives in Theory and Practice, New York 2019, 11 – 45.

3 Cf. Freeman Mark, Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice, New York 2009, p. 13; Vinjamuri Leslie/Boesenecker Aron, Accountability and Peace Agreements: Mapping Trends from 1980 to 2006, Report of the Centre for Humanitarian Dialogue, Geneva 2009, 16 – 18.

4 See in this regard instead of many Jeffrey Renée, Amnesties, Accountability, and Human Rights, Philadelphia 2014, 103 – 105.

5 The following cases are presented to illustrate the practice of granting amnesties in various states. While numerous other examples from different states could effectively demonstrate this topic, the discussion is intentionally narrowed to a select few illustrative cases to emphasise the significance of the issue. Recent events, such as the pardons following the storming of the US Capitol on 6th January, highlight that even democratic states may employ clemency measures to serve political interests. Nonetheless, the primary focus of this article remains on transitional contexts, emphasising cases arising within the framework of peace agreements. Cf. The White House, Granting pardons and commutation of sentences for certain offences relating to the events at or near the United States

edged as a significant achievement in the fight against impunity; however, the amnesty law simultaneously provoked a discourse concerning victims' rights and effective remedies available.[6] Similarly, in Syria, the advocacy for amnesties aimed at facilitating peace negotiations raises concerns about the potential for denying justice to victims of serious human rights violations.[7] In Venezuela, the selective application of amnesties has revealed the potential for abuse, whereby some political opponents were pardoned while others faced prosecution.[8] Colombia's peace agreement with the FARC guerrilla group included controversial amnesty provisions that faced scrutiny both domestically and internationally.[9] These case studies illustrate the fundamental tension between the imperatives of accountability and the political compromises frequently considered essential for peace.

B. Problem statement and research question

In light of this context, the article examines whether granting amnesties is in line with human rights obligations and how they might undermine the rule of law, analysing whether this conflict can be reconciled with those obligations. To address this issue, the first chapter elaborates on the fundamental theoretical and legal concepts involved. The various forms of amnesties are

---

Capitol on January 6, 2021, Presidential Actions, Proclamation, 2025; SIGNER DAVID, Trumps Amnestie für 1500 Randalierer vom 6. Januar 2021 – auch die Drahtzieher kommen frei, NZZ dated 21 January 2025.

6 Cf. article of Human Rights Watch, Chad: Amnesty Law Cheats Victims, Law Enshrines Impunity, Rewards Abusers, 2023, <https://www.hrw.org/news/2023/12/14/chad-amnesty-law-cheats-victims>, the law, enacted by a national transitional council on 23 November 2023, eliminated the possibility of prosecuting security forces for their violent repression of demonstrations organised by civil society and opposition parties.

7 Italian Institute for International Political Studies (ed.), Coming to Terms with the past in Syria: The First, Fragile, Steps of "Transitional Justice", 2025; BÖHM DANIEL, Zwischen Rebellion und Pragmatismus: Welchen Platz haben Syriens Drusen im neuen Staat?, NZZ dated 16 March 2025; Deutschlandfunk, Rebellen verkünden Amnestie für Soldaten, 2024 <https://www.deutschlandfunk.de/rebellen-verkuenden-amnestie-fuer-soldaten-114.html>.

8 Cf. article of CASTRO MAOLIS, Venezuelan opposition rallies support for amnesty of political prisoners, El País dated 1 April 2016; The Economist, Are amnesties in Latin America always a bad idea?, Countries must balance the demands of justice with the need for peace and reconciliation, 2019 <https://www.economist.com/the-americas/2019/06/29/are-amnesties-in-latin-america-always-a-bad-idea>.

9 See KERSTEN MARK, Meeting International Standards: Amnesty in the Colombian Peace Deal, Justice in Conflict dated 14 October 2016; PALOMINO SALLY, Colombia approves amnesty for FARC combatants, Move will benefit an estimated 5,000 former guerrillas, many in jail for political crimes, El País dated 29 December 2016; The Economist, This time is different – A peace process that could become an example to the world, 2015 <https://www.economist.com/special-report/2015/10/29/this-time-is-different>.

defined, distinguishing them from pardons and emphasising the potential justifications for their implementation in societies recovering from conflict or oppressive regimes, known as transitional contexts. Furthermore, the state's obligation to prosecute is addressed, highlighting its vital role in upholding the rule of law and its protection under international human rights law. Within this conceptual framework, the obligations outlined in the International Covenant on Civil and Political Rights are considered, particularly regarding the duty to investigate and prosecute major violations, the right to effective remedies for victims according to art. 2 para. 3 ICCPR, and the non-derogable status of certain human rights protections, such as crimes against humanity and torture, among others.

The analysis proceeds to identify tensions between amnesties and the obligations under the ICCPR, focusing on how broadly or vaguely defined amnesty provisions can undermine the rule of law in charging serious offences, such as torture or crimes against humanity. Comparative examples, such as Spain's Act of Forgetting, highlight the complex political calculations behind amnesty laws and illustrate the risks of entrenching impunity, denying victims their rights to seek redress, and eroding public trust in the justice system regarding amnesties.

To propose potential reconciliatory options, the article examines how the scope of amnesties may be narrowed or limited to exclude non-derogable crimes or conditioned on truth-telling, reparations, or victim participation. By examining international case studies such as the South African hybrid truth commission, it highlights models where partial amnesties could align with complementary accountability measures in transitional settings, including restorative justice or reparations programmes. Furthermore, the article assesses whether partial or conditional amnesties can uphold accountability and the long-term sustainability of victims' rights while honouring peace agreements. Lastly, the conclusion synthesises these findings by evaluating the extent to which amnesties can undermine or coexist with the obligation to prosecute within the broader framework of human rights obligations.

II. Theoretical and legal foundations

A. Defining amnesty

1. The origin of amnesty as a sovereign power

The term "amnesty" derives from the Greek "amnestia",[10] signifying forgetfulness or oblivion.[11] Historically rooted in ancient practices, granting amnesties evolved from the right of pardon, an act of individual clemency with theocratic roots tied to the sacred authority of monarchs, who were seen either as divine figures or as intermediaries between gods and humanity.[12] Sovereigns, including Egyptian pharaohs, Roman and Chinese emperors, and French and English monarchs, exercised their prerogative of mercy, granting pardons to individuals and amnesties to groups.[13] This authority, which was linked to their prerogative of justice, could be delegated to subordinate figures such as lords, vassals, or religious and military leaders.[14] With modern democratisation, the power of amnesty was separated from grace and assigned to parliament, as exemplified by France following the Revolution of 1789.[15]

2. Distinction from pardons

The distinction between pardons and amnesties is not always clear-cut. However, certain principles generally help differentiate between the two.[16] Pardons typically address individuals post-conviction, whereas amnesties usually apply broadly to groups or classes of individuals, often prior to any legal proceedings, thereby precluding investigation and prosecution entirely.[17]

---

10 The amnesty issued in Athens in 403BCE is widely regarded as one of the earliest transitional amnesties in the ancient world. For further details, refer to Elster John, Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective, Cambridge 2004, 3-16.

11 Cf. Cervantes Valarezo, Amnesty, in: Grote Rainer/Lachenmann Frauke/Wolfrum Rüdiger (eds.), The Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law, 2019.

12 UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 'Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights', Report by Louis Joinet, Special Rapporteur, 1985, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, para. 9.

13 Close (Fn. 2), 79.

14 Close (Fn. 2), 79.

15 Sebba Leslie, The Pardoning Power: A World Survey, J. Crim. L. & Criminology 1977, 118; Gacon Stéphane, L'amnistie: De la Commune à la guerre d'Algérie, Editions du Seuil, Paris 2002, 29.

16 Close (Fn. 2), 80.

17 Lenta Patrick, Amnesties and Forgiveness, The Journal of Value Inquiry 2021, 278; cf. Freeman (Fn. 3), 13.

Contemporary definitions, such as those provided by the Oxford English Dictionary and Black's Law Dictionary, emphasise amnesty as an official pardon extended to groups, usually related to political offences.[18] According to the Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, pardons generally cancel penalties after a conviction, while amnesties possess a broader scope, precluding prosecution and, in certain instances, even erasing the legal record of the offence.[19] Common law jurisdictions traditionally interpret amnesty as merely a collective pardon, seeing little legal distinction between the two concepts.[20] In contrast, the European continental legal tradition highlights significant differences: pardons dismiss or mitigate the sentence without altering the conviction itself, whereas amnesties abolish both the conviction and its legal repercussions entirely, thus restoring individuals to their full civil and political rights.[21] Therefore, amnesties within continental systems exert a broader, more sweeping, and restorative effect than pardons, often signifying an intention to erase past actions entirely from the legal memory, typically for the purposes of national reconciliation or peace-building.[22]

3. Scope and types of amnesties

Amnesties typically address offences linked to specific events or time periods, such as armed conflicts, dictatorships, coups d'état, or rebellions.[23] Therefore, they are primarily used in cases of political crimes rather than ordinary ones. They can apply broadly and unconditionally to all crimes associated with the relevant events, known as *blanket amnesties*, or they may only encompass certain offences or exclude particular crimes, referred to as *limited amnesties*.[24] Some amnesties necessitate that recipients meet specific requirements or obligations before qualifying, such as renouncing violence, surrendering weapons, disclosing the truth about past crimes,[25] or providing reparations

---

18 Cf. Law Jonathan (ed.), Amnesty, Oxford Dictionary of Law, 10th edn., Oxford 2022; Garner Bryan A., Amnesty, in: Reuters Thomson (ed.), Black's Law Dictionary, 11th edn., Eagan 2019.

19 See Seibert-Fohr Anja, Amnesties, in: Peters Anne/Wolfrum Rüdiger (eds.), The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, 2018.

20 Cf. U.S. Supreme Court, Knote v. United States, Judgement of 13th November 1877, 95 U.S. 149, 149 et seq.

21 Joughin Jean T., The Paris Commune in French Politics, 1871–1880: The History of the Amnesty of 1880, New Jersey 1955, 54.

22 Joughin (Fn. 21), 54; Close (Fn. 2), 80.

23 Manthey Leslie, Amnestiegesetze und Rule of Law im Völkerrecht, die völkerrechtliche Einhegung innerstaatlicher Amnestie: Verrechtlichung des Politischen oder Politisierung des Rechts?, Brussels 2021/Tübingen 2022, 12; Freeman (Fn. 3), 14.

24 Close (Fn. 2), 82.

25 Refer to Chapter IV.B. Conditional amnesties and the South African model.

to victims, which are defined as *conditional amnesties*.[26] The various types of amnesties may be employed in different contexts and for distinct objectives. This article specifically concentrates on two contexts: the restoration of peace (*pacification amnesties*) and amnesties in the course of democratisation (*transitional amnesties*).

a. Pacification amnesties

Amnesties have long been a tool for pacification, initially appearing in peace treaties for international conflicts, and are now increasingly used in resolving internal conflicts involving state and non-state groups.[27] They can be granted during warfare to motivate rebel groups to negotiate, as part of peace agreements to reassure parties or after conflicts to neutralise potential spoilers.[28] Pacification amnesties serve as bargaining tools during mediation when states are unable to defeat rebels militarily.[29] Accountability for wartime offences, including crimes by rebel groups and human rights violations from both sides, presents significant obstacles in peace negotiations. Balancing a commitment to accountability, requiring a military presence that risks alienation, against blanket amnesty, which perpetuates impunity, is a complex task.[30]

b. Transitional amnesties

Transitional amnesties represent legal measures instituted during the course of political transitions from authoritarian regimes to democratic systems, commonly referred to as transitional justice.[31] These measures typically provide immunity from prosecution and punishment for crimes motivated by political factors, including human rights violations.[32] Such amnesties frequently emerge as components of negotiations with departing regimes or their security forces, who may otherwise possess sufficient authority to pose

---

26 For details on the types of conditions that can be included and how amnesties can be structured to enhance respect for international law and human rights, refer to the Guidelines of The Transitional Justice Institute, The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability with Explanatory Guidance, Belfast 2013, 10 et seq.; FREEMAN (Fn. 3), 110 et seq.

27 CLOSE (Fn. 2), 87.

28 LENTA PATRICK, Amnesties, Transitional Justice and the Rule of Law, HJRL 2023, 443.

29 Cf. JEFFREY RENÉE, Negotiating Peace: Amnesties, Justice and Human Rights, Cambridge 2021, 22 et seq. for an in-depth analysis of the use of amnesties in various peace agreements across different states.

30 JEFFREY (Fn. 29), 22 et seq.; CLOSE (Fn. 2), 89.

31 TEITEL RUTI G., Transitional Justice, New York 2000, 54 – 56; DEAN MOORE KATHLEEN, Pardons: Justice, Mercy, and the Public Interest, New York 1989, 80.

32 TEITEL (Fn. 31), 54.

threats to or undermine the emerging democratic order.[33] The extent and severity of the abuses committed under the previous regime directly correlate with the level of resistance from implicated individuals, who may insist on substantial assurances that their prior actions will remain exempt from legal examination.[34] Consequently, transitional amnesties may be instituted by the relinquishing regime prior to ceding power or by the new government in response to ongoing threats posed by undemocratic actors. Perpetrators may be required to apply for amnesty, while some amnesties may automatically extend to all individuals within specified eligible groups. The scope and conditions of transitional amnesties vary considerably.[35]

B. Obligation to prosecute under the ICCPR

Granting amnesties and thereby forgoing the sovereign right to legal prosecution and punishment inherently stands in stark contrast to a state's human rights obligations. The ICCPR is especially relevant regarding efforts to combat serious global human rights violations.[36] This universal treaty encompasses a broad range of civil and political rights, and with ratification by 174 States,[37] it boasts extensive coverage both in terms of its content and its geographical reach.[38] Hence, it is particularly well-suited to examine the potential implications of amnesties on human rights.

1. State's obligation to investigate and prosecute grave violations

While the ICCPR primarily establishes a preventive and protective regime as an international human rights instrument, it also addresses state obligations following a human rights violation.[39] Since states are obligated to *respect and uphold* the rights granted by the convention, it can be argued that this implies a duty to prosecute certain serious human rights violations such as genocide, crimes against humanity, torture and other war crimes.[40] However, it is chal-

33 O'Donnell Guillermo/Schmitter Philippe C., Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies, Baltimore 1986, 29 et seq.

34 Close (Fn. 2), 101.

35 Lenta (Fn. 17), Amnesties and Forgiveness, 278.

36 Seibert-Fohr Anja, Prosecuting Serious Human Rights Violations, New York 2009, 61.

37 Cf. UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Human Rights Treaty Bodies, Database <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en>, ratification status of the ICCPR.

38 See UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Civil and Political Rights: The Human Rights Committee, Fact Sheet No. 15 (Rev. 1), 2005, 4 et seq.

39 Seibert-Fohr (Fn. 36), 61.

40 Cryer Robert/Robinson Darryl/Vasiliev Sergey, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 4th edn., Cambridge 2019., 76.

lenging to establish an unequivocal obligation to prosecute all international crimes in all circumstances under the treaty.[41]

Interpretations and statements issued by the Human Rights Committee[42] have progressively clarified and emphasised the obligations of states over the years. It has consistently confirmed that states are under the obligation to *bring* perpetrators of human rights violations to *justice*.[43] For example, in the case of *Miango v. Zaire*, the Committee stated clearly that the state should *investigate and bring to justice* those individuals responsible for arbitrary detention, torture, and inhumane treatment.[44]

The phrase *bring to justice* is somewhat ambiguous and raises the question of whether this requires criminal prosecution.[45] In certain circumstances, the Committee has permitted a certain level of flexibility regarding "how" a perpetrator should be brought to justice, thereby leaving the choice between criminal and other procedures to the discretion of the State Party.[46] For instance, the Human Rights Committee concluded in a specific case that the State Party was obligated to investigate the allegations and to initiate *appropriate* criminal or other proceedings against the perpetrators.[47] Similarly, in another case, it required the State Party to implement *effective measures* to remedy the violations, thereby granting states some latitude regarding the measures enacted, while still aiming to ensure accountability through the effectiveness criteria.[48]

---

41 Cf. Cryer Robert, Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law, Cambridge 2005, 103 -105.

42 The HRC is an UN body of 18 independent experts monitoring states' implementation of the ICCPR. Its decisions and recommendations, including responses to individual complaints, are authoritative but legally non-binding, see UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Introduction to the Committee, Human Rights Committee <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ccpr/introductioncommittee>; OHCHR, Fact Sheet HRC (Fn. 38), 12 et seq. Whenever the term "Committee" is mentioned in the article, it invariably refers to the Human Rights Committee.

43 See in this regard instead of many cases the UN Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, General Comment No. 31 (80), 2004, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, para. 18.

44 UN Human Rights Committee, Miango v. Zaire, Communication No. 194/1985, 27th October 1987, CCPR/C/31/D/194/1985, paras. 9 – 11.

45 Seibert-Fohr (Fn. 36), 64.

46 Seibert-Fohr (Fn. 36), 64.

47 UN Human Rights Committee, Thomas v. Jamaica, Communication No. 614/1995, 25th May 1999, CCPR/C/65/D/614/1995, para. 9.1 et seq.

48 UN Human Rights Committee, Herrera Rubio v. Colombia, Communication No. 161/1983, 2nd November 1987, CCPR/C/31/D/161/1983, para. 10.3, in both cases, the HRC was concerned, among other provisions, with art. 7 ICCPR (torture, inhuman or degrading treatment).

However, this flexibility became increasingly limited over time, particularly in the context of severe human rights violations.[49] Although the Committee had not initially stated an absolute obligation mandating criminal prosecution in earlier cases, it has increasingly emphasised that criminal investigations and proceedings are generally the most appropriate and necessary responses to criminal abuses.[50] For instance, the obligation can be demonstrated by the Committee's request for States to indicate in their reports the provisions of their criminal law that *penalise* grave human rights violations or to take effective measures.[51]

Additionally, the Committee consistently highlighted that mere disciplinary or administrative measures are insufficient for serious violations, clearly asserting the necessity of prompt and effective criminal prosecution through regular courts. Notably, it dismissed non-criminal remedies as inadequate and insufficient, even though the state provided compensation, emphasising the unique role and significance of criminal proceedings to meet the obligations regarding severe violations.[52]

Building upon this position concerning the insufficiency of non-criminal remedies, the Committee further refined its interpretation by recognising that, although punishment must be commensurate with the gravity of the crimes committed,[53] certain severe human rights violations inherently require

---

49 For an in-depth examination of the development of the HRC statements, please refer to SEIBERT-FOHR (Fn. 36), 63 et seq.

50 Cf. UN Human Rights Committee, Vicente v. Colombia, Communication No. 612/1995, 29th July 1997, CCPR/C/60/D/612/1995, para. 8 et seq. – While the Committee emphasises the necessity of criminal proceedings in cases such as torture or extrajudicial killings, it clarifies that the Covenant does not grant victims an individual entitlement to compel them. Therefore, even when criminal proceedings are considered essential to uphold human rights, this does not translate into a direct, enforceable individual right for victims to insist on prosecution; see also UN Human Rights Committee, Sundara A.L. Rajapaske v. Sri Lanka, Communication No. 1250/2004, 14th July 2006, CCPR/C/87/D/1250/2004, para. 9.3 et seq.; UN Human Rights Committee, Kulomin v. Hungary, Communication No. 521/1992, 16th May 1994, CCPR/C/50/D/521/1992, para. 8.3.

51 UN Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, Article 7: Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Comment No. 20, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9, para. 13.

52 Cf. UN Human Rights Committee, Bautista de Arellana v. Colombia, Communication No. 563/1993, 27th October 1995, CCPR/C/55/D/563/1993, paras. 8.2 – 10; UN Human Rights Committee, Coronel et al. v. Colombia, Communication No. 778/1997, 24th October 2002, CCPR/C/76/D/778/1997, para. 6.2 et seq.

53 See UN Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by states parties under article 40 of the Covenant, Comments on Romania, 1993, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add. 30, para. 10.

stringent criminal sanctions.[54] In particular, within the context of arbitrary killings, enforced disappearances, torture, and similar forms of cruel, inhuman, or degrading treatment, the Committee explicitly designates criminal prosecution and punishment as obligatory state responsibilities.[55] This emphasises a distinct obligation for States Parties to ensure effective criminal accountability that corresponds to the gravity of such offences. This obligation becomes particularly critical when considering amnesties for acts that may constitute violations of non-derogable rights, a point that will be further explored in subsequent chapters.

2. Right to an effective remedy: victims' entitlements

The ICCPR clearly establishes the right to an effective remedy in art. 2 para. 3 ICCPR. This provision obliges state parties to guarantee: (a) an effective remedy for violations of recognised rights, (b) the determination of such remedies by competent judicial, administrative, or legislative authorities, and (c) the enforcement of such remedies once granted.[56] However, the Covenant does not strictly require criminal prosecution as the sole effective remedy.[57] Historical debates during the drafting of the ICCPR rejected the notion that criminal prosecution is the primary means of addressing human rights violations, emphasising that effective remedies do not necessarily depend on criminal proceedings.[58]

Therefore, as demonstrated in the preceding chapter, beyond the scope of grave violations, art. 2 para. 3 ICCPR allows for substantial latitude regarding effective remedies. For instance, the Committee affirmed that effective remedies in accordance with art. 2 para. 3 ICCPR entail an official investigation that supports civil redress. Furthermore, it regarded investigations as crucial,

---

54 Seibert-Fohr (Fn. 36), 80.

55 UN Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6: Right to Life, General Comment No. 36, 2019, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36, para. 67; UN Human Rights Committee, Boucherf v. Algeria, Communication No. 1196/2003, 27th April 2006, CCPR/C/86/D/1196/2003, para. 11.

56 This is a concise summary of the key points presented in art. 2 para. 3 ICCPR, cf. the article itself for the exact description, along with the letters a-c.

57 See chapter II.B.1.

58 Given the drafting history, it is doubtful that this provision ensures criminal proceedings. The Philippines and Japan had suggested the criminal prosecution of State organs involved in human rights violations as an example of an effective remedy. However, this proposal did not meet the required majority during the drafting of art. 2 para. 3 and was thus excluded. This weakens the argument for applying the provision to criminal measures, cf. UN Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Compilation of the Comments of Governments on the Draft International Covenant on Human Rights and on the Proposed Additional Articles, 1950, U.N. Doc. E/CN.4/365, 14 et seq.

as they aid in mitigating the adverse effects of violations and empower victims to pursue appropriate civil or administrative remedies and compensation.[59] Likewise, the Human Rights Committee identified a violation of the effective remedy provision due to delays in civil remedies resulting from prolonged criminal proceedings, emphasising that timely and effective civil redress can be sufficient without relying on criminal prosecution.[60]

Following the investigation, the victim has the right to compensation, which represents another integral element of an effective remedy under art. 2 para. 3 ICCPR.[61] It mandates the state to provide reparations, restitution, and satisfaction, which can encompass public apologies, guarantees of non-repetition, and, at times, legal reforms.[62] Nevertheless, it is imperative to acknowledge that the Committee emphasises that compensation alone, in the absence of a thorough investigation and appropriate punitive measures, is insufficient in addressing human rights violations and is therefore inadequate by itself.[63]

Consequently, it may be concluded that, outside the scope of grave violations, art. 2 para. 3 ICCPR allows for considerable flexibility concerning effective remedies. While compensation and investigation are consistently mandated, criminal prosecution is only required in accordance with the severity and nature of the offence.[64] In instances of less severe violations, remedies such as public acknowledgement, administrative sanctions, or even the simple recognition that a violation has occurred may be sufficient to address the victim's harm and uphold international human rights standards. In these cases, effective enforcement and the right to redress encompass a variety of non-criminal measures specifically tailored to the particulars of the violation, the nature of the harm incurred, and the rights that have been affected.

---

59 See UN Human Rights Committee, Rodriguez v. Uruguay, Communication No. 322/1988, 9th August 1994, CCPR/C/51/D/322/1988, para. 14 et seq.

60 HRC, *Sundara* A.L. *Rajapske v. Sri Lanka* (Fn. 50), paras. 9.3 – 9.5; For a comprehensive and in-depth analysis of various cases, please refer to SEIBERT-FOHR (Fn. 36), 75 et seq.

61 Cf. HRC, *Thomas v. Jamaica* (Fn. 47), para. 11; UN Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by states parties under article 40 of the Covenant, Comments on Argentina, 1995, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add. 46, para. 15.

62 HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 16.

63 UN Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, Fifty-second session, Summary record of the 1365th meeting, Third periodic report of Morocco, 1994, U.N. Doc. CCPR/C/SR.1365, para. 54 et seq.

64 Cf. HRC, Comments on Romania (Fn. 53), para. 10.

C. Rule of Law and accountability

Amnesties are not only controversial from a human rights perspective but also from a broader rule of law viewpoint. There exists an inherent tension between adhering to the rule of law and granting amnesties, particularly in terms of accountability. The rule of law constitutes an essential concept, serving as the foundational bedrock for robust democratic governance and the comprehensive protection of human rights.[65] Its essence resides in the principle that all individuals, institutions, and entities, both public and private, are subject to laws that are publicly promulgated, uniformly enforced, and independently adjudicated, which is enshrined as a core value in numerous international and regional instruments, demonstrating its universal validity.[66] This multifaceted concept ensures stability, predictability, and fairness within a state, thereby fostering public trust and reinforcing societal cohesion.[67] For instance, it is explicitly stated in the Preamble and art. 2 TEU that the individual is at the centre of its activities, based on the principles of democracy and the rule of law. Similarly, the Preamble of the UN Charter states that one of the aims of the UN is to "establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained," reflecting this principle. The ICCPR as well as the ACHR also articulate various rights that depend on the rule of law, including the right to due process, a fair trial, and equality before the law.

1. Elements

The Rule of Law requires certain, foreseeable laws that treat individuals with dignity, equality, and rationality, allowing them to challenge decisions in independent courts through fair procedures.[68] This concept promotes stability, predictability, and fairness, fostering public trust and societal cohesion while limiting arbitrary power and ensuring governance is grounded in law rather than personal whims.[69] To elucidate the rule of law, the subsequent

---

65 European Commission for Democracy through Law, Rule of Law Checklist adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session, Study No. 711/2013, 2016, CDL-AD(2016)007 365, 2013, 5.

66 UN Secretary General, New Vision for the Rule of Law, 2012, 4 et seq.

67 Cf. for a comprehensive discussion regarding the definition of "Rule of Law" within the context of legal philosophy Waldron Jeremy, The Rule of Law, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Zalta Edward N./Nodelman Uri (eds.), 2023 ch. 2 et seq.

68 Hernandez-Truyol Berta Esperanza, The Rule of Law and Human Rights, Florida Journal of International Law 2004, 169.

69 Hernandez-Truyol (Fn. 68), 69 – 170.

benchmarks will exemplify its essence. While these benchmarks are not exhaustive, they underscore essential criteria of the concept.[70]

The principle of *legality* necessitates that the actions of the state derive their legitimacy from established law, which signifies not only adherence to legislative mandates but also ensures that the laws align with fundamental human rights and democratic principles. It serves to avert the concept of "rule by law", a superficial formalism wherein laws could be manipulated as tools of oppression rather than being employed to achieve justice. Furthermore, the principle encompasses the requirement that all governmental actions be subject to legal scrutiny.[71]

Legal certainty is an indispensable corollary, demanding that laws be accessible, clear, precise, and stable. The foreseeability of legal consequences enables citizens to regulate their conduct, fostering trust in the legal system and protecting against arbitrary decisions. This principle insists that legal subjects can understand and apply the law to their own circumstances. It also includes the accessibility of court decisions, which establish, elaborate upon, and clarify the law.[72]

Equality before the law guarantees that all individuals, irrespective of their status, are subject to and protected by legal frameworks equally. This principle safeguards fairness, prevents discrimination, and ensures no entity has undue privileges. It reflects the demand for impartiality, treating all parties without bias. The rule of law mandates formal equality and strives for substantive equal treatment, recognising that differentiations may be needed to address structural inequalities or past disadvantages.[73]

The *separation of powers* serves as a vital structural safeguard, preventing the concentration of authority and mitigating the potential for abuses of power. By clearly delineating distinct functions and ensuring the independence of the legislative, executive, and judicial branches, a system of checks and balances is established, which is crucial for a democratic system. The judiciary, in particular, must remain independent from political influence, enabling judges to render decisions solely based on objective interpretations of the law, thus protecting individual rights and ensuring fair adjudication.[74]

---

70 See therefore Venice Commission, Rule of Law Checklist (Fn. 65), 6 et seq.
71 VARUHAS JASON N.E., The Principle of Legality, CLJ 2020, 580 et seq.
72 See therefore Venice Commission, Rule of Law Checklist (Fn. 65), 15 et seq.
73 Compare art. 14 and the preamble of the ICCPR.
74 Cf. BINGHAM TOM, The Rule of Law, New York 2010, 129 et seq.

Access to justice must be practical and effective, allowing individuals to pursue redress without facing significant barriers, including high costs or excessively complicated procedures. This availability guarantees that rights can be genuinely enforced and that the legal system adapts to societal demands, thus strengthening its public legitimacy. The significance of a right is intrinsically linked to the ability to enforce it through a fair and accessible judicial process.[75]

2. The cornerstone of the Rule of Law: Accountability

Accountability is central to the effectiveness and legitimacy of the rule of law, particularly in addressing past human rights abuses and violations. It is not a secondary principle but an inherent requirement that compels the state, its organs, and officials to answer for their actions, especially regarding legal norms and human rights obligations.[76] Without accountability, the rule of law risks becoming a mere facade, permitting impunity for those in positions of power.

The mechanisms of accountability are diverse and encompass transparent decision-making, thorough judicial review of administrative actions, and sanctions for non-compliance with the law. Transparency in the execution of public duties, measures to combat corruption, and independent oversight illustrate this principle.[77] Judicial oversight is crucial to ensure that discretionary powers are exercised within legal limits and that public authorities justify their decisions, particularly when individual rights are implicated. It fortifies state legitimacy and upholds democratic governance by ensuring the responsible exercise of power and imposing consequences on lawbreakers, regardless of their status. This commitment to accountability maintains public trust and transforms the rule of law into a dynamic principle rather than a stagnant ideal.[78]

III. The tension between amnesties and the obligation to prosecute

Following the overview of various definitions, the subsequent chapter examines the tension that arises between amnesties and the obligations of

---

75 Venice Commission, Rule of Law Checklist (Fn. 65), 20 et seq.

76 See MILTON JAMES, Rule of Law, Political Accountability and the Importance of Culture, UK Constitutional Law Association, 2023, ch. "accountability".

77 Venice Commission, Rule of Law Checklist (Fn. 65), 20 et seq.

78 See MILTON (Fn. 76).

states to prosecute, particularly in relation to the principle of the rule of law. Although the term "obligation to prosecute" is occasionally employed, it primarily serves illustrative purposes to highlight the contrast and tension with amnesties. Consequently, it is essential to emphasise that this simplified terminology relates to a more comprehensive definition, as thoroughly analysed in the previous chapter.

A. Functional rationale behind amnesties

The rationale for granting amnesties is broadly categorised in this article into three distinct groups, as elaborated below: First, it may serve as a crucial stepping stone towards achieving peace during armed conflict by facilitating dialogue among the warring parties. Second, in transitional periods from authoritarian regimes to democratic governments, it can act as a unifying force that establishes the foundation for new, enduring democratic institutions. Lastly, following a conflict or during a transitional phase, the judiciary may be weakened and unable to address these crimes.

1. Political expediency and peace agreements

As elaborated in the previous chapter, amnesties (including both pacification and transitional types) have frequently emerged as pragmatic instruments in post-conflict contexts, wherein political elites encounter the dilemma of reconciling justice with peace.[79] Their primary rationale lies in stabilising fragile transitions, especially where former combatants wield sufficient power to derail a peace process. In such cases, amnesties are viewed not as denials of justice, but rather as tools to create the necessary conditions for long-term reconciliation and institutional reform.[80]

Therefore, amnesties have played a significant role in facilitating negotiated settlements.[81] During periods of state collapse or civil war, the immediate aim often shifts from retribution to de-escalation. The South African Truth and Reconciliation Commission exemplifies a context in which amnesty was granted conditionally in exchange for full disclosure, prioritising truth-telling over punishment.[82] This model suggested that, under specific procedural

79 Scheffer David J., All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals, Princeton 2012, 8.

80 Christodoulidis Emilios A., "Truth and Reconciliation" as Risks, Social & Legal Studies 2000, 179 et seq.

81 Scheffer (Fn. 79), 395; Cf. UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Rule-of-law tools for post-conflict states, Amnesties, 2009, 2 et seq.

82 Scheffer (Fn. 79), 395; OHCHR, Rule-of-law tools (Fn. 81), 2 et seq.

safeguards, limited impunity might be justified as a path to reweaving social cohesion.[83]

This reasoning, however, has sparked ongoing controversy.[84] The Human Rights Committee has consistently emphasised that peace cannot come at the expense of accountability, particularly for serious violations of civil and political rights, including torture, extrajudicial executions, and enforced disappearances.[85]

Nonetheless, transitional governments often face severe constraints: "Maintaining the principle of accountability may well raise the initial hurdle to a peaceful transition[...] A determination to uphold to the fullest the principle of accountability may imply a greater dependence on military action; conversely, a desire to seek only a peaceful solution may imply being unable to assert the accountability of those who are prepared to prolong the fighting to evade justice".[86]

Legal scholars caution that the embrace of amnesties for reasons of political expediency must be weighed against their long-term implications for the rule of law.[87] While some transitional actors may regard amnesty as a strategic concession, the normalisation of impunity risks undermining trust in legal institutions. The effectiveness of human rights law depends not only on codified norms but also on their principled enforcement through institutional practice.[88]

Conditional amnesties, such as those coupled with mandatory truth-telling or reparations, have been proposed as middle paths. However, their legitimacy hinges on whether they meet minimum international standards. The Human Rights Committee has specified that even in such cases, crimes like torture and summary executions must remain prosecutable.[89]

Amnesties have functioned as critical enablers of dialogue, creating a political space for warring parties to engage in meaningful negotiations without the immediate threat of prosecution.[90] Notable examples include the 1999 Lomé

---

83 Christodoulidis (Fn. 80), 179–180.

84 Cf. Seibert-Fohr (Fn. 36), 94–96.

85 Cf. HRC, General Comment No. 20 (Fn. 51), para. 30, for a comprehensive elaboration of the HRC's position regarding gross human rights violations, please refer to chapter IV.

86 Cf. Close (Fn. 2), 87.

87 Cf. Seibert-Fohr (Fn. 36), 98.

88 Seibert-Fohr (Fn. 36), 98 et seq.

89 HRC, General Comment No. 20 (Fn. 51), para. 30.

90 Lenta (Fn. 28), 443.

Peace Agreement in Sierra Leone,[91] which provided an amnesty to the Revolutionary United Front in exchange for their participation in peace talks, and the 2016 Final Peace Agreement between the Colombian government and the Revolutionary Armed Forces of Colombia,[92] which introduced a conditional amnesty framework as part of a broader transitional justice mechanism. These cases illustrate that amnesties, despite their controversial nature, can act as pragmatic tools for de-escalating violence, facilitating the reintegration of former combatants, and initiating pathways toward institutional reform and national reconciliation. Without such legal guarantees, parties entrenched in armed conflicts may perceive the risks of negotiation as outweighing the benefits, thereby perpetuating cycles of violence. While these short-term gains do not absolve amnesties from critique, they underscore the complexity of balancing peace imperatives with justice demands in transitional contexts.

While political expediency may drive the adoption of amnesties, their legal and moral viability remains contested. The long-term credibility of transitional regimes often depends on their capacity to balance short-term political compromises with commitments to human rights and the rule of law.

2. Transitional fragility and avoidance of destabilisation

The process of political transition is inherently fragile. In many contexts, legal accountability for past atrocities is not merely a question of normative consistency but a potentially destabilising force. While the moral imperative to prosecute may appear self-evident from a legalist perspective, the socio-political consequences of prosecution during a volatile transition can be severe. Trials may provoke backlash among entrenched elites, deepen existing divisions, and compromise the legitimacy of nascent institutions.[93]

Empirical studies of transitional justice have shown that prosecutions, when poorly timed or perceived as selective, can reignite conflict or jeopardise delicate peace arrangements.[94] The South African TRC, previously mentioned for its conditional amnesty model, was born out of a negotiated settlement where mutual restraint, rather than mutual condemnation, was prioritised. The TRC's hybrid design deliberately suspended the logic of retribution in

---

91 Cf. Peace Accords Matrix, Lomé Peace Agreement, Kroc Institute for International Peace Studies, Indiana 1999, part one et seq.

92 Cf. Peace Accords Matrix, Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace, Kroc Institute for International Peace Studies, Indiana 2016, 10 et seq.

93 Balint Jennifer, Law's Constitutive Possibilities: Reconstruction and Reconciliation in the Wake of Genocide and State Crime, in: Christodoulidis Emilios/Veitch Scott (eds.), Lethe's Law, Justice, Law and Ethics in Reconciliation, Portland 2001, 130.

94 See therefore Christodoulidis, Truth and Reconciliation pp. 183 – 185.

favour of creating space for public narrative and acknowledgement. However, this came at the cost of legal certainty and satisfaction for many victims.[95] This compromise was rooted in a broader political calculation: that retributive processes might sabotage the very reconciliation they sought to achieve.

The fear that legal proceedings might derail transitions is not confined to South Africa. In post-genocide Rwanda, the resurrection of the customary *gacaca* courts[96] aimed not only to facilitate mass adjudication but also to avoid paralysing the country's reconstruction by relying solely on formal trials.[97] Yet even these adapted processes became contested, with critics arguing that prosecutions – formal or not – still risked reproducing ethnic polarisation.[98]

In Guatemala, the commission opted for "memory as an instrument for re-building communities," precisely because full legal prosecutions were considered too politically explosive at the time.[99] In other Latin American contexts, such as Argentina's initial Full Stop and Due Obedience laws, prosecutions were paused due to fear of military retaliation, demonstrating that transitional justice often involves political bargaining rather than linear legality.[100]

From a legal-theoretical perspective, transitional regimes often operate under "quasi-constitutional" constraints, where ordinary rule of law expectations are suspended in favour of political stabilisation.[101] Such moments demand "institutional creativity" mechanisms that bear resemblance to law but operate to mediate collective memory rather than enforce punishment. These hybrid processes aspire to navigate what is referred to as the "Lethean function" of transitional justice: the strategic forgetting deemed essential for progression forward.[102]

UN frameworks also reflect this pragmatic logic. The Secretary-General's report on the rule of law in conflict and post-conflict societies emphasises the importance of sequencing justice carefully: "The question, then, can never

---

95 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 183 – 185.

96 The gacaca courts were a unique system of community-based justice used in Rwanda to deal with the crimes committed during the 1994 genocide against the Tutsi.

97 BALINT (Fn. 93), 141 et seq.

98 BALINT (Fn. 93), 141 et seq.

99 Cf. UNOPS, Guatemala memoria del silencio, Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1999, 77 et seq.; NAQVI YASMIN, Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition, IRRC 2003, 587 et seq.

100 NAQVI (Fn. 99), 587.

101 CZARNOTA ADAM, Law as Mnemosyne and as Lethe: Quasi-Judicial Institutions and Collective Memories, in: Christodoulidis Emilios/Veitch Scott (eds.), Lethe's Law, Justice, Law and Ethics in Reconciliation, Portland 2001, 126.

102 CZARNOTA (Fn. 101), 126.

be whether to pursue justice and accountability, but rather when and how".[103] This temporality has become a central theme in transitional contexts, where overly aggressive legal action may provoke institutional collapse or a return to authoritarianism.

Finally, it must be acknowledged that victims themselves may resist deferring justice. "Yesterday's oppressed can become tomorrow's oppressors" highlights the danger of delegitimising justice in the name of expedience.[104] Yet within transitional settings, avoiding destabilisation often demands such uncomfortable trade-offs. It is not that justice is dismissed but that it must be carefully calibrated to the dynamics of transition.

3. Limited judicial capacity

Transitional states are often confronted with severe institutional fragility. In the aftermath of authoritarian collapse or armed conflict, the judiciary is frequently compromised – either through legacy dysfunction, politicisation, or sheer infrastructural absence. Prosecutions of serious human rights violations require complex judicial and investigatory processes, which many post-conflict societies are not equipped to execute.[105] This institutional weakness is thus frequently invoked to justify deferred or alternative forms of accountability.

Empirical examples abound. In Rwanda, the collapse of judicial institutions following the 1994 genocide rendered conventional trials impossible, prompting the creation of over 12,000 community-based *gacaca* courts.[106] In Sierra Leone and East Timor, truth commissions were designed not only for reconciliation but also to operate in conditions where formal legal mechanisms were absent or mistrusted.[107] In such settings, prosecutions were considered either logistically infeasible or politically explosive.[108]

---

103 UN Security Council, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, 2004, U.N. Doc. S/2004/616, (ref. UN Security Council, The rule of law), para. 21.

104 Cf. Tutu Desmond, "Freedom is eternal vigilance", Saturday Argus, South African Press Association, 1998 – he advises the South African public to stay vigilant; see also Du Bois François, 'Nothing but the Truth': The South African Alternative to Corrective Justice in Transitions to Democracy, in: Christodoulidis Emilios/Veitch Scott (eds.), Lethe's Law, Justice, Law and Ethics in Reconciliation, Portland 2001, 114.

105 Czarnota (Fn. 101), 127.

106 Naqvi (Fn. 99), 584.

107 Hayner Priscilla B., Unspeakable Truths, Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions, 2nd edn., New York 2011, 122.

108 Cf. Scheffer (Fn. 79), 410.

Legal theorists have argued that such limitations must be acknowledged in the architecture of transitional justice.[109] During transitions, the rule of law operates not through rigid legalism but through adaptive mechanisms that often approximate justice under constrained conditions.[110] Attempts to reconstruct legitimacy may require a temporary suspension of retributive logic.[111] However, this pragmatic logic is not without its legal boundaries. The European Court of Human Rights, in the case of *Pulfer v. Albania*, ruled that administrative or institutional incapacity does not absolve a state from its obligation to investigate and prosecute acts of torture. The Court held that a "[…] lack of judicial capacity or resources cannot justify amnesties or statutes of limitations in cases involving torture, which is a violation of art. 3 of the Convention".[112] This decision affirms the non-derogable nature of the prohibition of torture and establishes a clear precedent that weak capacity is not a sufficient legal defence.

Nonetheless, the jurisprudence does not deny the reality of constrained environments.[113] Rather, it delineates the threshold below which excuses of incapacity become incompatible with international legal obligations. In practice, this means that states must demonstrate concrete, good-faith efforts to pursue accountability, even under imperfect conditions. It also implies that where prosecutions are delayed or replaced by truth commissions, such mechanisms must still respect victims' rights to recognition, redress, and participation.

The United Nations has echoed this approach. In its report on transitional justice, the Security Council emphasises sequencing over substitution: "While capacity limitations are real, they must not be used to justify inaction or blanket amnesties for serious crimes".[114] The report underlines the importance of building institutional capacity alongside other transitional mechanisms, ensuring that legal obligations are not abandoned but progressively realised.

Thus, while transitional fragility may warrant procedural flexibility, it does not authorise legal abdication. The challenge lies in maintaining a credible trajectory toward accountability, even if the path begins with constraints and requires phased implementation.

---

109 Du Bois (Fn. 104), 113 et seq.

110 Teitel (Fn. 31), 213.

111 Du Bois (Fn. 104), 114.

112 ECtHR, Pulfer v. Albania, Judgement of 20th November 2018, 31959/13, ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD003195913, para. 87 et seq.

113 ECtHR, *Pulfer v. Albania* (Fn. 112), 87 et seq.

114 UN Security Council, The rule of law, para. 21.

B. Rule of Law challenges posed by amnesties

While the reason for granting amnesties seems clear and *prima facie* to achieve an important objective, it is imperative to acknowledge the serious implications they have on the rule of law.

1. Denial of victims' rights to truth and remedy

Amnesty laws in transitional contexts often result not merely in the suspension of prosecution but in the systemic denial of victims' rights.[115] International human rights law has long recognised the "tripartite" victim entitlements: the right to truth, the right to justice, and the right to reparation.[116] When amnesties preclude investigation or judicial remedy for serious crimes, they effectively silence victims institutionally, embedding a structure of impunity within the legal system.

A paradigmatic case is the so-called "Pact of Forgetting" (Pacto del Olvido) in post-Franco Spain.[117] The transition to democracy in the late 1970s was shaped by a tacit elite consensus to suppress historical memory in the name of national reconciliation.[118] This political strategy entailed the abandonment of any legal accountability for atrocities committed during the Civil War and subsequent dictatorship. The outcome was a culture in which entire generations were socialised in silence, where justice for past abuses was neither pursued nor even publicly discussed.[119]

This silence, though politically effective in ensuring a peaceful handover of power, came at a long-term cost: the consolidation of a memory regime that prioritised stability over historical accountability.[120] As a result, survivors were denied not only reparative justice but even public acknowledgement, while perpetrators were integrated into the democratic order without scrutiny. The

---

115 Cf. Maculan Elena, The role of Criminal Justice in dealing with past atrocities in the Spanish and Argentine transitions: common grounds, but different pathways, IJHR 2025, 650 et seq. – for an in-depth analysis of the role of the criminal justice system in addressing past atrocities within the context of the Spanish and Argentine transitions.

116 Du Bois (Fn. 104), 93.

117 Davis Madeleine, Is Spain Recovering Its Memory? Breaking the Pacto del Olvido, Human Rights Quarterly 2005, 870; cf. Roldàn Jimeno, Amnesties, Pardons and Transitional Justice: Spain's Pact of Forgetting, New York 2018, 93 et seq. – for a detailed study of Spanish transitional justice that includes an in-depth analysis of the Pact of Forgetting and the effects of blanket amnesties on both the victims and the broader population.

118 Aguilar Paloma/Oakley Mark, Memory and Amnesia: The Role of the Spanish Civil War in the Transition to Democracy, New York 2002, xviii–xxi.

119 See Jimeno (Fn. 117), 52 et seq.

120 Aguilar/Oakley (Fn. 118), 5–9.

Pact thus became a textbook example of institutionalised denial, contributing to a "culture of impunity".[121]

This form of silencing is not merely symbolic. It has legal ramifications. According to the Human Rights Committee, under art. 2 para. 3 ICCPR, states must ensure *effective remedies* for victims of rights violations.[122] As previously articulated, the European Court of Human Rights categorically rejected the assertion that administrative incapacity justified legal amnesty, asserting that the right to remedy is non-derogable.[123]

The effects of institutional silence also compromise the right to truth, increasingly recognised as autonomous in human rights jurisprudence.[124] For example, the *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* and *Blake v. Guatemala* cases of the Inter-American Court of Human Rights explicitly affirmed the right to truth as an autonomous right under the ACHR.[125] Truth-seeking is not only a moral imperative but also a legal obligation when victims and society as a whole are denied access to official records, judicial findings, or public acknowledgement of abuses. When law becomes an instrument of forgetting, it ceases to serve its constitutive function and instead enforces erasure.[126]

The long-term consequences of such denial have been well-documented. In the case of *Janowiec and Others v. Russia*, the European Court of Human Rights examined Russia's refusal to investigate the 1940 Katyn massacre[127]. Although the Chamber had found a violation of art. 3 ECHR, the Grand Chamber declared that it had no temporal jurisdiction over the procedural obligation under art. 2 ECHR and found no violation of art. 3 ECHR, confining itself to a violation of art. 38 ECHR for Russia's failure to cooperate with the Court.[128] The case thus illustrates the limits of judicial protection of the right to truth:

---

121 MACULAN (Fn. 115), 657.

122 See chapter II.B.2.

123 ECtHR, Pulfer v. Albania (Fn. 112), para. 87 et seq.

124 VEITCH SCOTT, The Legal Politics of Amnesty, in: Christodoulidis Emilios/Veitch Scott (eds.), Lethe's Law, Justice, Law and Ethics in Reconciliation, Portland 2001, 39.

125 IACtHR, Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Judgement of 29th July 1988, Series C, No. 4, para. 181; IACtHR, Blake v. Guatemala, Judgement of 24th January 1998, Series C, No. 36, para. 97.

126 VEITCH (Fn. 124), 38.

127 The Katyn massacre refers to the execution of approx. 22,000 Polish officers, police personnel, and intellectuals by the Soviet NKVD in the spring of 1940, following the Soviet invasion of eastern Poland. Long denied by the Soviet Union, which blamed Nazi Germany for the killings, the USSR finally admitted responsibility in 1990. The massacre, most infamously carried out in the Katyn Forest near Smolensk, has come to symbolise Stalinist repression.

128 Cf. ECtHR, Janowiec and Others v. Russia, Judgement of 21st October 2013, 55508/07 and 29520/09, ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD005550807.

where courts decline to engage, victims and their families are left without acknowledgement of past atrocities. The dissenting judges, by contrast, underscored that the right to truth, as a fundamental element of accountability, extends beyond legal closure to include the moral and historical acknowledgement of past atrocities.[129] Similarly, the Commission to Inquire into Child Abuse in Ireland revealed how decades of institutional silence surrounding systemic abuse in residential schools not only denied victims justice but also perpetuated psychological harm and social marginalisation.[130] These examples demonstrate that the failure to provide truth-telling mechanisms exacerbates victims' suffering, impedes societal healing, and erodes public trust in legal institutions. Without public acknowledgement and investigation, victims remain trapped in a state of unresolved harm, and societies struggle to build a credible rule of law framework.[131]

While defenders of Spain's model point to its success in avoiding renewed conflict, the long-term consequences for victims have been deeply problematic. Exhumations and historical investigations have only resumed decades later, often through grassroots and civil society initiatives rather than state policy. The absence of formal justice left a "social fracture", the effects of which are still visible in Spain's struggle with historical memory.[132]

In conclusion, amnesties that impede judicial and symbolic recognition of victims' suffering not only violate legal norms but also perpetuate a culture of exclusion, ultimately failing to achieve their intended objective of unifying society. They convey the message that certain lives and losses are not deemed worthy of public acknowledgement, thereby creating a lasting asymmetry between political expediency and human dignity.

2. Erosion of legal accountability and equal protection

One of the most pervasive risks associated with amnesties in transitional contexts is their tendency to institutionalise inequality before the law. By selectively removing liability for specific actors – often state agents or combatants – amnesty laws can create *de facto* hierarchies of legal responsibility. This undermines both the principle of accountability and the obligation

---

129 ECtHR, Janowiec and Others v. Russia (Fn. 128), cf. dissenting opinion of judges Ziemele, de Gaetano, Laffranque and Keller.

130 See Department of Children, Disability and Equality Ireland, Report of the Commission to Inquire into Child Abuse 2009, Implementation Plan Fourth Progress Report, Ryan Report Monitoring Group, 2014, 2 et seq.

131 Cf. Du Bois (Fn. 104), 96 et seq.

132 Aguilar/Oakley (Fn. 118), 266–269.

of states to apply justice equally and consistently. At the heart of the issue lies the non-discrimination principle enshrined in art. 26 ICCPR. When certain categories of individuals are exempted from prosecution solely because of their political role or institutional affiliation, the state fails to uphold its commitment to ensuring equal protection under the law.[133]

In this sense, amnesty laws risk consolidating a two-tier justice system: one in which perpetrators affiliated with the state benefit from immunity, while ordinary citizens are subject to the full force of criminal law.[134] This not only delegitimises legal institutions but also signals to future perpetrators that serious abuses can be committed without consequence. The Committee has emphasised this point in *Laureano Atachahua v. Peru*, stating that "amnesty laws which prevent the punishment of perpetrators contribute to an atmosphere of impunity and constitute a serious impediment to the promotion of respect for human rights".[135]

Further compounding the problem is the retrospective nature of amnesties. The amnesty is not simply a suspension of punishment – it is a legally sanctioned rewriting of legal significance. It allows a state to negate the "ought" of law retroactively, undermining law's normative force and thereby eroding the predictability upon which legal equality depends.[136]

The selective operation of amnesty also violates the fundamental duty to prosecute serious crimes under customary international law. In *Boucherf v. Algeria*, the Committee further held that the existence of an amnesty cannot deprive victims of their right to judicial recourse and must not shield perpetrators from accountability.[137]

This erosion of legal accountability is not limited to moral symbolism. It creates structural distortions in national legal systems, where justice is perceived not as impartial but as contingent on power dynamics. In transitional settings, such asymmetries may be politically expedient in the short term but are corrosive to democratic consolidation and public trust over time. When law selectively refuses to hold certain actors accountable, it ceases to function as a universal framework and instead becomes a vehicle for political settlement.[138]

---

133 SEIBERT-FOHR (Fn. 36), 97.

134 SEIBERT-FOHR (Fn. 36), 97.

135 UN Human Rights Committee, Laureano Atachahua v. Peru, Communication No. 540/1993, 16th April 1996, U.N. Doc. CCPR/C/56/D/540/1993, para. 10.8.

136 Cf. VEITCH (Fn. 124), 35–37.

137 UN Human Rights Committee, Boucherf v. Algeria, Communication No. 1196/2003, 27th April 2006, CCPR/C/86/D/1196/2003, para. 9.9 et seq.

138 BALINT (Fn. 93), 130.

By entrenching selective impunity, amnesties risk eroding the specific, though not absolute, duty to prosecute *ius cogens* crimes as developed in international jurisprudence, thereby weakening the broader normative framework that seeks to ensure accountability for the gravest violations of human rights. As noted in General Comment of the Human Rights Committee, states "may not relieve perpetrators from personal responsibility, as has occurred with certain amnesties".[139] Amnesties that absolve specific groups of individuals from legal scrutiny, therefore, do more than merely suspend punishment; they erode the fundamental principle of equal justice and compromise the rule of law upon which rights-based systems rely.

Another dimension that reinforces the erosion of the rule of law through amnesties is their perceived legitimacy, how they are interpreted and internalised by the public. Beyond legal permissibility or institutional design, the notion of subjective legitimacy refers to the extent to which affected populations view amnesties as just, fair, or morally acceptable. In transitional societies, especially those with hybrid political structures where formal democratic mechanisms coexist with authoritarian practices, this perception is particularly fragile and volatile.[140]

Even when amnesties comply with international legal thresholds, they may still be experienced as instruments of institutionalised injustice. A society's trust in its legal system depends not only on its procedural adherence to norms but also on its ability to respond to the moral and emotional needs of victims. When amnesties exclude those most harmed from the justice process – either by omitting truth-telling, reparations, or meaningful acknowledgement – they risk being seen as legitimising impunity rather than healing division.[141]

The previously elaborated case of post-Franco Spain also illustrates this dynamic vividly of perceived legitimacy. The 1977 amnesty led to decades of institutional avoidance, ultimately weakening the moral authority of the democratic state among younger generations and human rights actors.[142]

This illustrates how a disconnection between formal legality and public perception may destabilise transitional frameworks. Where amnesties are perceived as unjust, especially in contexts marked by prior repression or ongoing inequality, they can deepen mistrust, delegitimise new institutions, and inhibit reconciliation. Public attitudes toward justice mechanisms are

---

139 HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 18.

140 Orentlicher Diane F., Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, YLJ 1991, 2538.

141 Seibert-Fohr (Fn. 36), 85.

142 Aguilar/Oakley (Fn. 118), 18.

central to post-conflict durability; when they are not seen as serving justice, they risk becoming "obstacles to peace".[143]

In this sense, assessing the legitimacy of amnesties must go beyond institutional compliance and also address their resonance with societal values, memory cultures, and victims' expectations. Without this broader dimension, amnesties may undermine rather than restore the rule of law.

3. Institutional delegitimisation and democratic regression

One of the most significant long-term consequences of amnesties is their corrosive effect on public trust in legal institutions.[144] While transitional arrangements often prioritise short-term political stability, they may also foster selective justice, where elites are shielded from prosecution, while marginalised victims are left without legal recourse. This dynamic not only limits the effectiveness of accountability mechanisms but also generates widespread disillusionment with the justice system as a whole.

When impunity becomes institutionalised through amnesties, especially in cases involving high-level perpetrators, it establishes a precedent of inequality before the law.[145] This contradicts the very idea of the rule of law as a principle of equal and consistent application of legal norms. The resulting asymmetry erodes citizens' faith in judicial impartiality, particularly when victims observe that justice is selectively applied and often denied to those most affected by state violence.[146]

Moreover, such legal asymmetries carry sociological consequences. In contexts where elites benefit from legal exemptions, amnesties are perceived not as reconciliatory mechanisms but as "signals of impunity".[147] This is particularly visible in hybrid regimes, where formal democratic institutions coexist with authoritarian practices. Here, amnesties become tools for political entrenchment, as perpetrators maintain control while avoiding scrutiny. In such cases, the law ceases to function as a mechanism of justice. Instead, it becomes a means of "institutional forgetting", in other words, a ritual of closure that delegitimises public claims to accountability.[148]

---

143 KRZAN BARTŁOMIEJ, International Criminal Court Facing the Peace vs. Justice Dilemma, International Comparative Jurisprudence 2016, 81 et seq.

144 AGUILAR/OAKLEY (Fn. 118), 19.

145 SEIBERT-FOHR (Fn. 36), 95.

146 VEITCH (Fn. 124), 38.

147 YANG SHUONG, Legitimacy of International and Hybrid Criminal Tribunals: political, normative, economic, and sociological perspectives, Den.J.I.L.P. 2022, 37.

148 VEITCH (Fn. 124), 40.

The long-term impact of such dynamics is evident in societies where transitional justice mechanisms were never fully embedded or sustained. For example, in post-authoritarian Latin American states such as Chile and Argentina, initial amnesty laws delayed accountability for decades, resulting in generational fatigue and widespread scepticism toward judicial reform. Even where prosecutions eventually resumed, the prior period of legal inertia left deep scars on institutional trust.[149]

Crucially, limitations in redress are not confined to criminal trials. Victims' access to reparative mechanisms, such as truth commissions, symbolic recognition, or material compensation, is often impaired when impunity for perpetrators persists.[150] The failure to acknowledge harm through legal or institutional means diminishes the moral authority of state-led reconciliation efforts. As a result, transitional societies may appear legally restored but remain ethically fractured.[151]

The sociological dimension of legitimacy underscores that justice must not only be done but must also be seen to be done. When key actors are insulated from legal consequences, it creates a "credibility gap" between legal form and social perception.[152] This gap widens over time, particularly in contexts where institutions fail to explain or address the rationale for non-prosecution.

Ultimately, transitional mechanisms that disregard public expectations, particularly those of victims, erode the legitimacy of the legal order they aim to establish. While immediate peace may be achieved through legal compromise, the erosion of trust in law carries profound consequences for democratic consolidation and future cycles of violence.

C. Interim evaluation

The analysis of amnesty laws from the perspective of international human rights obligations reveals a profound tension between political necessity and legal principle. While amnesties may offer temporary institutional or societal stability, particularly in contexts of fragile peace settlements or transitional fragility, they often do so at the expense of fundamental legal and moral imperatives.

Amnesties that block investigation or prosecution of serious human rights violations directly undermine the dignity of victims. The right to be heard, to

149 SEIBERT-FOHR (Fn. 36), 98–99.
150 BALINT (Fn. 93), p. 133.
151 BALINT (Fn. 93), 133.
152 YANG (Fn. 146), 33.

have one's suffering acknowledged, and to participate in processes of truth and justice is integral to post-conflict recovery. When law facilitates forgetting rather than recognition, it entrenches exclusion. This is especially true in cases like Spain's "Pact of Forgetting", where institutional silence produced long-term fractures in historical memory and democratic legitimacy.[153]

Moreover, blanket or politically selective amnesties erode the principle of legal equality. As shown throughout this chapter, exempting certain actors, particularly political or military elites, from liability constructs a two-tier justice system. This contradicts the obligation under art. 26 ICCPR to apply the law without discrimination and contributes to a broader perception of arbitrariness in state authority.[154] In such systems, justice is not universal but contingent upon political power.

Perhaps most enduringly, amnesties may compromise public trust in institutions. Victims and communities who witness impunity for grave crimes are unlikely to invest confidence in legal orders that protect perpetrators.[155] The "credibility gap" between formal legality and social legitimacy widens when justice is visibly withheld.[156] Over time, this undermines both the symbolic and functional authority of law.

It is essential to note, however, that amnesties are not, per se, unlawful under international law. In limited circumstances, particularly when conditioned on disclosure, reparations, or institutional reform, they may be compatible with the principles of transitional justice. Nevertheless, when amnesties are used to shield serious violations such as torture, enforced disappearance, or summary execution, they become legally and morally suspect.

In light of this, the challenge is not to categorically reject amnesties, but to delineate the boundaries within which they can operate without violating international legal standards. The next section will explore the possibilities for reconciling amnesty policies with the obligations outlined in the ICCPR and related instruments, identifying normative frameworks and comparative practices that allow for transitional flexibility without compromising victims' rights or the rule of law.

153 Aguilar/Oakley (Fn. 118), 266–269.
154 HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 18.
155 Yang (Fn. 146), 33.
156 Yang (Fn. 146), 33.

IV. Reconciling amnesties with ICCPR obligations

While the Judicial Bodies acknowledge the importance of restoring democracy, peace, and respect for human rights in post-conflict societies, they have consistently questioned whether granting amnesties constitutes a legitimate means of achieving these aims and objectives.[157] As the following sections show, it is important that the rule of law and human rights are respected so that amnesties can fully accomplish their objectives. This chapter examines pathways to reconcile amnesties with these fundamental obligations, initially by defining clear normative boundaries and subsequently by assessing models of conditional amnesty and complementary justice mechanisms.

A. Normative boundaries and non-derogable rights

Within the architecture of international law, certain fundamental state obligations, specifically *ius cogens* norms, constitute absolute legal imperatives. They are non-derogable norms and apply regardless of political contingencies, conflict settings, or transitional arrangements. Among them, prohibitions against genocide, torture, enforced disappearance, slavery, and other crimes against humanity are universally recognised as core rights that cannot be waived, limited, or set aside through amnesties or political compromise.[158] As follows, this normative rigidity has been affirmed across the jurisprudence of several human rights bodies and courts.

The Human Rights Committee has consistently held that states may not absolve perpetrators of grave human rights violations, particularly those committed by state officials, through the granting of amnesties.[159] The Committee maintains that such legislative measures obstruct a state's obligation under art. 2 para. 1 and art. 2 para. 3 ICCPR to respect and ensure rights and to provide effective remedies.[160] In its General Comment No. 20, the Committee has emphasised that amnesties for acts such as torture are *generally incompatible* with States' obligations under the ICCPR, particularly art. 2 para. 3 and art. 7.[161] This position was reinforced in General Comment No. 31, where the Committee underscored that States cannot absolve perpetrators of grave human rights violations through legislative measures

157 Seibert-Fohr (Fn. 36), 91 et seq.
158 Cf. Manthey (Fn. 23), 25 et seq.
159 HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 18 et seq.
160 HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 18 et seq.
161 HRC, General Comment No. 20 (Fn. 51), para 15 et seq.

that obstruct the duty to investigate and prosecute.[162] Furthermore, in its decision in *Laureano Atachahua v. Peru*, the Committee reiterated that amnesties that prevent the punishment of perpetrators contribute to an atmosphere of impunity and constitute a "serious impediment to the promotion of respect for human rights".[163] As comprehensively analysed in Chapter II., it has been repeatedly concluded in its observations that amnesties which bar investigation or prosecution of torture are "incompatible with the obligations of the State Party under the Covenant," particularly in instances where they exclude remedies for victims. It has further rejected justifications for such amnesties based on post-conflict reconciliation or political stability, emphasising that impunity undermines both peace and the rule of law.[164]

International criminal tribunals have further developed this principle. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has affirmed that the absolute prohibition of torture as a *ius cogens* norm delegitimises any form of amnesty for such crimes.[165] The ICTY held that amnesty provisions cannot override the fundamental obligation to prosecute torture, as this would undermine the very fabric of the international legal order. In the *Furundžija* case, the Tribunal specifically determined that the prohibition against torture had attained the status of *ius cogens* and, as such, no derogation or exemption, including through amnesty, could be accepted.[166]

The European Court of Human Rights has adopted a similar stance. In *Ould Dah v. France*, it emphasised that granting an amnesty for acts of torture is fundamentally incompatible with the obligations under art. 3 ECHR.[167] The Court rejected the argument that a state's inability or unwillingness to prosecute such acts could excuse the failure to investigate, affirming that art. 3 ECHR imposes a positive duty to ensure accountability for torture and other forms of ill-treatment.[168]

---

162 HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 18; HRC, General Comment No. 20 (Fn. 51), para. 15.

163 HRC *Laureano Atachahua v. Peru* (Fn. 134), para. 10.8.

164 HRC *Laureano Atachahua v. Peru* (Fn. 134), para. 10.8; cf. ORENTLICHER (Fn. 139), 2538; HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 18 et seq.

165 ICTY, Furundžija, Judgement of 10th December 1998, Trial Chamber, Case No. IT-95-17/1-T, para. 155.

166 ICTY, Furundžija (Fn. 164), para. 155.

167 ECtHR, Ould Dah v. France, Decision of 17 March 2009, 13113/03, ECLI:CE:ECHR:2009:0317DEC001311303, 17.

168 ECtHR, *Ould Dah v. France* (Fn. 166), 17; cf. for a thorough review on the legal precedent and analysis of the ECtHR concerning amnesties and pardons Pérez-León-Acevedo Juan-Pablo, p. The European Court of Human Rights (ECtHR) Vis-à-Vis Amnesties and Pardons: Factors Concerning or Affecting the Degree of ECtHR's Deference to States, IJHR 2022, 1112 et seq.

Building upon these precedents, the Inter-American Court of Human Rights has articulated the most uncompromising position. This is exemplified in its landmark ruling in *Barrios Altos v. Peru*, it declared that all provisions, whether legal, political, or constitutional, that aim to shield perpetrators of gross violations from prosecution are *inadmissible*, as they are designed to "eliminate responsibility" and "prevent the investigation and punishment of those responsible".[169] This position was reinforced in cases such as *Almonacid-Arellano v. Chile* and *Gelman v. Uruguay*, where the Inter-American Court of Human Rights held that such amnesties negate victims' rights to truth, justice, and reparation and obstruct efforts to ensure accountability and prevent recurrence.[170] These rulings demonstrate that amnesties for gross violations engage multiple dimensions of legal harm: they silence victims, block judicial review, and undermine the very foundations of the rule of law.[171]

This cumulative jurisprudence from various human rights bodies and courts establishes a coherent doctrinal position: blanket amnesties for *ius cogens* crimes are fundamentally incompatible with international human rights law. These acts transcend any political bargain. The international community has progressed towards a consensus that granting impunity for such crimes not only infringes upon the rights of victims but also jeopardises the integrity of the legal system itself, as the absence of accountability fails to foster peace; rather, it undermines it.[172] Consequently, the *ius cogens* status of these crimes establishes a non-negotiable baseline for any amnesty framework under international human rights law. Legal frameworks that seek to override or suspend these prohibitions, irrespective of local political context, face a crisis of legitimacy, both legally and morally.[173] In this context, the legal boundaries surrounding amnesty legislation are distinctly defined: when employed to shield acts such as torture or disappearance from accountability, they contravene the obligations imposed by the ICCPR and related instruments. Therefore, the duty to prosecute serious human rights violations constitutes

---

169 IACtHR, Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre) v. Peru, Judgement of 14th March 2001, Series C, No. 87, para. 41; see also similar judgements IACtHR, Gomes Lund et al. v. Brazil, Judgement of 24th November 2010, Series C, No. 219, para. 136 et seq.; IACtHR, La Cantuta v. Peru, Judgement of 29th November 2006, Series C, No. 162, para. 152 et seq.

170 IACtHR, Almonacid Arellano v. Chile, Judgement of 26th September 2006, Series C, No. 154, para. 114; IACtHR, Gelman v. Uruguay, Judgement of 24th February 2011, Series C, No. 221, para. 195.

171 Bertot Triana/Díaz Galán, Impunity in cases of serious human rights violations: three relevant aspects of contention in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, IJHR 2024, 696 et seq.

172 Bertot/Díaz (Fn. 170), 696 et seq.

173 Yang (Fn. 146), 20–22.

a core element of international human rights protection, rather than merely a discretionary policy act.[174]

B. Conditional amnesties and the South African Model

Having established the firm normative boundaries that render amnesties for gross human rights violations and blanket amnesties incompatible with international human rights obligations, the crucial question remains: can any form of amnesty be reconciled with these obligations? This section proceeds to an examination of conditional amnesties, which, in contrast to their blanket counterparts, associate the granting of amnesty with specific requirements. The model provided by the South African Truth and Reconciliation Commission serves as a prominent, albeit debated, framework for exploring this potential pathway.

1. Truth-for-amnesty exchange in the TRC process

The South African Truth and Reconciliation Commission operated under a unique framework of conditional amnesty, which hinged on a transaction between disclosure and legal forgiveness.[175] Its foundation lay in the belief that public truth-telling, particularly by perpetrators, could contribute to national reconciliation, provided that those responsible made full and frank confessions regarding their involvement in past abuses.[176] This model sharply departed from punitive transitional justice mechanisms, substituting retributive accountability with a process of public exposure and acknowledgement.

The legal basis for this arrangement was enshrined in the country's interim Constitution and the Promotion of National Unity and Reconciliation Act (1995), which granted amnesty to individuals who made complete disclosures of politically motivated crimes.[177] In return for revealing the details of acts such as torture, disappearance, and killing, applicants were relieved of prosecution. The process was thus constructed as both a moral and procedural bargain: no forgiveness without truth, and no truth without the promise of amnesty.[178]

---

174 Seibert-Fohr (Fn. 36), 50–55.

175 See Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Final Report, Vol. 5: Institutional and Special Hearings, 1998, 108 et seq.

176 Du Bois (Fn. 104), 92 et seq.

177 Cf. Republic of South Africa, Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34, Gazette, Vol. 361, No. 16579, 1995, ch. 2 et seq.

178 Du Bois (Fn. 104), 94 et seq.

However, this dual structure of the TRC, as both a public confessional and a quasi-judicial body, generated persistent tension.[179] On the one hand, the process sought to restore dignity to victims through acknowledgement and memory. On the other hand, it inevitably foreclosed criminal responsibility, closing legal pathways that would otherwise affirm normative condemnation. The hearings were marked by moments of intense emotional confrontation, in which victims demanded recognition and perpetrators sought exemption.[180] Yet this dynamic often created a paradox: disclosure became both an act of redemption and a legal escape, leaving questions about justice unresolved.

The case of security officer Jeffrey Benzien, who publicly demonstrated torture techniques on a volunteer during the TRC, exposed the complexity of this model.[181] His admission offered insight into state violence but also reopened psychological wounds, especially for those who were re-traumatised in the process. While some victims viewed the confessional format as a form of shared humanity and restoration, others saw it as an insufficient substitute for accountability.[182]

The process was further complicated by the legal formalities inherent in the hearings. Although ostensibly aimed at national healing, the legal structure of the TRC, with its procedures and institutional boundaries, often reproduced hierarchical dynamics of exclusion.[183] Confessions were accepted in accordance with legal stipulations, signifying that individuals who did not satisfy procedural requirements were denied amnesty, regardless of their moral contrition. Conversely, those who fulfilled the criteria yet displayed no authentic remorse remained eligible for legal immunity.

This ambiguity raised fundamental questions about the legitimacy and ethics of amnesty grounded in truth-telling.[184] The communicative promise of the TRC, its ambition to create a space of mutual recognition, was consistently undermined by its institutional logic.[185] Reconciliation, a concept rooted in risk and exposure, clashed with legal rationality, which aimed to reduce uncertainty and limit liability.[186] In this configuration, law and reconciliation

179 Du Bois (Fn. 104), 94 et seq.; TRC South Africa, Final Report (Fn. 174), 196 et seq.
180 Christodoulidis (Fn. 80), 181.
181 TRC South Africa, Final Report (Fn. 174), ch. 6: Prisons and the Security Forces, Section: Amnesty Hearings, Jeffrey Benzien, p. 196 et seq.
182 For a more detailed analysis of this issue, refer to Christodoulidis (Fn. 80), 180 et seq.
183 Balint (Fn. 93), 131.
184 Du Bois (Fn. 104), 94 et seq.
185 Du Bois (Fn. 104), 94 et seq.
186 Balint (Fn. 93), 130.

operated on mutually subversive logics, with the former prioritising procedural closure and the latter requiring affective openness.

Despite these contradictions, the TRC left an indelible mark on the global discourse of transitional justice.[187] Its model has been widely cited, adapted, and critiqued, particularly for its emphasis on memory, narrative, and public recognition. Yet its legacy remains ambivalent. While it produced significant testimonial archives and introduced the notion of "truth as a form of justice," it simultaneously institutionalised legal forgetting, a form of sanctioned oblivion that some view as legally, ethically and politically inadequate.[188]

In assessing this exchange between truth and amnesty, it becomes evident that the process challenged conventional expectations about justice. It privileged voice over verdict, exposure over punishment, and memory over law. However, the fragile balance between these objectives meant that the very promise of reconciliation could be undermined by the mechanisms intended to facilitate it.

2. Structural requirements for compatibility

Any amnesty mechanism that seeks to be compatible with human rights obligations must satisfy core structural criteria rooted in transparency, procedural fairness, and participatory justice. These criteria, derived from both international jurisprudence and institutional legitimacy theory, function not only as normative benchmarks but also as practical safeguards against the erosion of rights during transitional processes.[189] The concept of normative legitimacy in transitional justice implies that amnesties are not legitimate merely because they avoid legal contradiction – they must also actively affirm justice through their design and implementation. This entails structural conditions that are not optional add-ons but minimum prerequisites.[190]

One such requirement is full individual disclosure. Amnesties must not be granted automatically or abstractly but must be tied to detailed, personal accounts of the crimes committed.[191] Conditional amnesty frameworks, such as that employed by the TRC, have emphasised the need for perpetrators to provide detailed and comprehensive accounts of their involvement in human rights violations, with the TRC model requiring a "full and public disclosure

187 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 185.
188 VEITCH (Fn. 124), 36.
189 YANG (Fn. 146), 25.
190 YANG (Fn. 146), 25.
191 DU BOIS (Fn. 104), 92.

of all relevant facts" for eligibility.[192] This disclosure constitutes the factual foundation for societal recognition and serves the right to truth; its absence undermines both the dignity of victims and the legitimacy of the amnesty, risking it becoming indistinguishable from impunity.[193]

Another element is that procedures must be public, accessible, and transparent. This includes open hearings, published findings, and mechanisms for public engagement.[194] Procedural openness affirms the right of victims and society at large to truth. Public hearings act as platforms where accountability is socially reconstructed, even in the absence of formal punishment; they enable scrutiny of state practices and give voice to historically marginalised communities.[195] Opaque or closed processes deprive society of this essential symbolic function of justice, its capacity to acknowledge, remember, and publicly denounce wrongdoing, particularly in contexts where violence or repression has been hidden or denied.[196]

Equally essential is the need for victims to engage meaningfully in the process, not merely as passive subjects but as rights-holders.[197] This includes the ability to present testimonies, challenge incomplete disclosures, seek clarification and receive responses. As outlined in international standards, victim agency is an integral component for legitimacy and healing, resonating with the tripartite rights to truth, justice, and reparation.[198] When their role is marginalised, justice is reduced to a top-down ritual rather than a shared societal process, and reconciliation risks becoming performative rather than transformative.[199]

Finally, any conditional amnesty must be embedded in a broader reparative framework. This includes both material reparations (e.g., compensation, healthcare, resettlement) and symbolic measures (e.g., memorials, official apologies).[200] Reparations are not peripheral: they are essential components of justice, especially in cases where criminal punishment is foregone, signal institutional recognition of harm and affirm the state's continuing obligation to

---

192 TRC South Africa, Final Report (Fn. 174), 170 et seq.; cf. Du Bois (Fn. 104), 92–93.

193 Yang (Fn. 146), 28; cf. also Du Bois (Fn. 104), 92–93; Freeman (Fn. 3), 111–113.

194 TRC South Africa, Final Report (Fn. 174), 8 et seq.

195 Christodoulidis (Fn. 80), 185.

196 Hayner (Fn. 107), 108 – 112.

197 UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Resolution adopted on 16th December 2005, U.N. Doc. A/RES/60/147 (ref. UN GA, Guidelines on the Right to a Remedy), para. 10 et seq.

198 UN GA, Guidelines on the Right to a Remedy, para. 15 et seq.; Christodoulidis (Fn. 80), 185.

199 Yang (Fn. 146), 29.

200 Veitch (Fn. 124), 36.

address past wrongs. Without them, amnesty remains incomplete, can appear as a closing gesture and risks reinforcing rather than redressing harm.[201]

These structural elements are also reflected in broader legitimacy theory.[202] According to the model of normative legitimacy, institutions are regarded as legitimate exclusively when they function in accordance with standards of justice, impartiality, and fairness.[203] Transparency in procedures, inclusive participation, and public justification of decisions constitute not merely procedural ideals; they establish the minimal threshold for legitimacy. Both hybrid tribunals and truth commissions have encountered deficits in legitimacy when they failed to incorporate victims' input, denied open hearings, or issued amnesties without sufficient justification or disclosure.[204]

In conclusion, a conditional amnesty that lacks individualised truth, public transparency, victim participation, and reparative measures fails to satisfy the criteria of normative legitimacy. Consequently, the alignment with human rights obligations is not merely a legal issue but rather a structural concern. When amnesty measures encompass these essential elements, they have the potential to contribute to transitional justice in manners that circumvent impunity. Conversely, in the absence of these elements, the likelihood of institutionalised injustice remains significantly elevated, even under the appearance of legal closure, thus perpetuating a functional illusion of resolution while concurrently undermining the fundamental principles of the rule of law and eroding societal trust.

C. Complementary mechanisms of accountability

Upon examining the potential benefits and pitfalls of conditional amnesties, such as those exemplified by the South African TRC model, the discourse now expands to consider complementary mechanisms of accountability. These mechanisms are often essential for addressing aspects of justice and redress that conditional amnesties may not fully address, thus fostering a more comprehensive framework for transitional justice.

1. Hybrid judicial approaches in transitional justice

Hybrid judicial mechanisms, combining international and domestic elements, have gained traction as an alternative to purely national or international courts

201 VEITCH (Fn. 124), 36.
202 YANG (Fn. 146), 30.
203 YANG (Fn. 146), 30.
204 VEITCH (Fn. 124), 33.

in transitional justice contexts.[205] Their appeal lies in the potential to bridge gaps between legal legitimacy and sociopolitical acceptance in post-conflict settings. These tribunals endeavour to reconcile legal rigour with local ownership and, importantly, to avert the polarising effects of external judicial imposition or politically compromised domestic trials. To assess their viability, a multidimensional framework of legitimacy is often employed, covering the concept, content, calculation, and core issues of judicial authority.[206] These four dimensions structure the minimal requirements for legitimacy and help distinguish meaningful hybridisation from merely symbolic inclusion.[207]

From a conceptual standpoint, hybrid tribunals are expected to be grounded in recognised sources of authority. This includes formal legal foundations established through appropriate institutional frameworks, as well as contextual legitimacy rooted in local legal cultures and community expectations.[208] Without such grounding, hybrid courts risk being perceived as externally imposed or legally contrived.

The substantive content of legitimacy involves several overlapping elements. These include institutional independence, impartial and professional adjudicators, transparent procedures, and equal access for both victims and defendants.[209] Many hybrid courts, such as those in Sierra Leone, Cambodia, and the Central African Republic, have varied in their ability to realise these standards.[210] Success depends on aligning judicial operations with local capacities and expectations while maintaining adherence to international human rights norms.

Calculation refers to the pragmatic evaluation of performance. This involves time efficiency, cost-effectiveness, and enforceability of judgements. Hybrid tribunals often struggle with limited budgets, fragile domestic institutions, and political interference.[211] Yet their legitimacy is not determined solely by perfection but by whether their procedures and outcomes are seen as reasonably just given the context. Procedural fairness, rather than severity of punishment, is often the decisive criterion for public acceptance.

---

205 YANG (Fn. 146), 38.

206 YANG (Fn. 146), 15–18.

207 YANG (Fn. 146), 20.

208 KERRUISH VALERIE, Reconciliation, Property and Rights, in: Christodoulidis Emilios/Veitch Scott (eds.), Lethe's Law, Justice, Law and Ethics in Reconciliation, Portland 2001, 195.

209 KERRUISH (Fn. 207), 195; YANG (Fn. 146), 15.

210 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 198; YANG (Fn. 146), 38 et seq.

211 YANG (Fn. 146), 40.

Core legitimacy issues include judicial independence, non-selective justice, and meaningful participation of affected populations. Courts that suffer from politicised case selection or lack of outreach risk undermining their credibility.[212] Conversely, those that engage with local communities, provide accessible hearings, and enforce decisions fairly tend to generate higher levels of trust, even when operating under severe constraints.[213]

In practice, the hybrid format allows tribunals to adapt to political and logistical realities. For example, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia integrated domestic legal personnel while applying international legal standards.[214] However, the mixed composition also introduces challenges, such as disagreements over legal procedures, inconsistent enforcement, or differential perceptions of fairness.

Ultimately, the legitimacy of hybrid courts depends on their capacity to deliver visible justice while upholding procedural integrity. They are judged not solely on their formal structure but on their capacity to adhere to essential normative commitments while addressing local complexities. Hybrid tribunals are not a panacea, but when carefully constructed and contextually attuned, they offer a feasible pathway towards accountability that harmonises principle with practicality.

2. Restorative justice and non-penal forms of redress

In contexts marked by systemic violence and institutional collapse, legal systems frequently turn to non-penal mechanisms to address collective trauma.[215] Restorative justice frameworks, such as those informing aspects of the South African TRC, have emerged as prominent alternatives or complements to prosecution, aiming to restore civic trust, acknowledge harm, and reconstitute the moral fabric of fractured societies.[216] These mechanisms pivot away from retribution and emphasise disclosure, acknowledgement, and dialogue.

The symbolic dimension of law plays a central role in this configuration. Transitional frameworks often demand more than individual punishment; they demand an institutional response that makes visible a collective reckoning

212 YANG (Fn. 146), 40.

213 DU BOIS (Fn. 104), 97 et seq.

214 Cf. OLSEN TRICIA A./PAYNE LEIGH A./REITER ANDREW G., The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy, Human Rights Quarterly 2010, 981 et seq.

215 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 188.

216 TRC South Africa, Final Report (Fn. 174), 184 et seq.

with the past.[217] In this sense, the law must operate not only as a mechanism of enforcement but also as a medium of memory. This symbolic function is captured: a jurisprudence that negotiates the tension between remembrance and forgetting, balancing the political necessity of moving forward with the ethical imperative to acknowledge suffering.[218] Such approaches acknowledge that legal systems, under transitional conditions, are expected to facilitate both truth and closure, not through adversarial trial models but through procedures that integrate testimony, symbolic reparation, and communal catharsis.

This shift reframes the traditional objectives of justice. The pursuit of criminal sanction can give way to a process of restorative engagement, where the act of recounting and being heard becomes a vital part of the justice rendered.[219] The restorative elements of the TRC exemplified this model by providing a model for full disclosure and by giving victims the space to narrate their suffering.[220] The performative quality of such settings, structured yet emotionally potent, allowed law to transform into a space of collective speech rather than juridical finality. In doing so, the law evolved into an institution that absorbed memory and public sorrow, rather than solely being a mere vehicle of punishment.[221]

However, the absence of formal legal sanction in purely restorative processes does not indicate the absence of normative judgement. The restorative model relies heavily on public legitimacy and procedural integrity to achieve its effects.[222] Even in the absence of punitive outcomes, restorative mechanisms construct moral narratives that distinguish between right and wrong, between perpetrator and victim.[223] As such, they can still reaffirm the rule of law – albeit in a non-adversarial format.

The risk, however, lies in the potential for political forgetting to overtake ethical recognition. The performative nature of restorative procedures can, in some cases, create a spectacle of reconciliation without sustained structural change.[224] Where truth-telling is not followed by institutional reform or reparative justice, the restorative model may be reduced to a form of ritualised closure. This is particularly true when amnesty is granted broadly, without

---

217 YANG (Fn. 146), 23.

218 VEITCH (Fn. 124), 45.

219 CHRISTODOULIDIS Emilios, Law's Immemorial, in: Christodoulidis Emilios/Veitch Scott (eds.), Lethe's Law, Justice, Law and Ethics in Reconciliation, Portland 2001, 220- 223.

220 TRC South Africa, Final Report (Fn. 174), 184 et seq.

221 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 180.

222 VEITCH (Fn. 124), 38.

223 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 189.

224 VEITCH (Fn. 124), 35.

substantive disclosures or victim-centred engagement (issues already discussed in the context of conditional amnesties).[225]

To maintain compatibility with human rights obligations, non-penal mechanisms must be embedded within broader legal and ethical frameworks.[226] They require clear standards for participation, enforceable reparation programmes, and integration with formal legal systems where appropriate. When these criteria are absent, restorative approaches risk functioning as substitutes for accountability rather than complements to it.[227]

Nevertheless, in contexts where prosecutions are either politically or materially unfeasible, restorative justice offers a pragmatic and ethically coherent alternative or supplement. Its strength lies not in punitive enforcement but in its capacity to affirm dignity, establish truth, and renew trust through inclusive, dialogic processes. When combined with symbolic and material reparation, it can contribute meaningfully to transitional justice and the reconstruction of civic space.[228]

D. Interim evaluation

The preceding analysis suggests that amnesties are not, per se, prohibited under international human rights law. However, their legal and ethical permissibility is narrowly confined. A comprehensive reconciliation between amnesty frameworks and the obligations enshrined in the ICCPR is feasible only under stringent conditions that preserve core normative commitments.

The first and non-negotiable condition is the exclusion of serious crimes such as torture, genocide, enforced disappearance, and other grave violations. These offences fall under the category of *ius cogens* norms, which are universally binding and not subject to derogation. Amnesties that shield perpetrators of such crimes are incompatible with the duty of states to investigate, prosecute, and provide effective remedies. This position is consistently upheld across the jurisprudence of the Human Rights Committee, the Inter-American Court of Human Rights, and the European Court of Human Rights.[229]

---

225 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 190.

226 Cf. OHCHR, Rule-of-law tools (Fn. 81), 37 et seq.

227 CHRISTODOULIDIS (Fn. 80), 180.

228 TRC South Africa, Final Report (Fn. 174), 259 et seq.

229 See chapter IV., for e.g. the cases HRC, General Comment No. 31 (Fn. 43), para. 18 et seq.; IACtHR, *Barrios Altos v. Peru* (Fn. 168), para. 41; ECtHR, *Ould Dah v. France* (Fn. 166), 17.

Additionally, amnesties must be conditional and transparent. Mechanisms that grant blanket immunity without individualised disclosure, public scrutiny, or procedural safeguards violate both the principle of legal equality and the public's right to know. Conditionality, such as full disclosure of facts and acknowledgement of responsibility, is essential to distinguish legitimate transitional justice from impunity cloaked in legal form.

Besides, the rights of victims must be meaningfully protected, not just in theory but through genuine participatory access to processes of truth-telling, justice, and reparation. This encompasses both material and symbolic redress, public acknowledgement of harm, and structural guarantees of non-repetition. Victims must not be relegated to passive observers in post-conflict processes that shape the narrative and legal legacy of violence.

Where these safeguards are absent, amnesties not only fail to meet the obligations under art. 2 and art. 7 ICCPR but also actively undermine them. They erode the legitimacy of the rule of law, entrench selective justice, and convey a message of tolerable impunity. Moreover, they compromise the state's international credibility by violating the minimum standards expected in the aftermath of serious human rights violations.

Thus, while pragmatic considerations may prompt transitional states to explore amnesty frameworks, such arrangements can only be justified within a clearly defined legal and ethical perimeter. Any deviation from this perimeter risks transforming legal closure into institutionalised forgetting, and reconciliation into a hollow performance devoid of accountability.

V. Conclusion

The quest for peace and the pursuit of justice, which serve as two foundational pillars of a stable and humane society, often find themselves in a precarious balance, particularly in the context of amnesties. This article has navigated the intricate terrain wherein the political pragmatism underlying amnesty provisions intersects, and frequently clashes, with fundamental human rights obligations and the sanctity of the rule of law. The central inquiry has been to determine whether, and under what conditions, amnesties can be reconciled with the imperative to uphold justice, particularly for victims of egregious human rights violations.

An examination of state obligations reveals that, while a universally absolute "obligation to prosecute" all crimes is not explicitly mandated by the ICCPR, a nuanced yet compelling duty emerges regarding gross human rights

violations. The Human Rights Committee's statements demonstrate an evolving stance that states must investigate such violations and bring perpetrators to justice, with criminal prosecution and punishment being obligatory for the most severe offences, such as torture, extrajudicial killings, and enforced disappearances. This obligation is intrinsically linked to the victims' right to an effective remedy under art. 2 para. 3 ICCPR, which demands more than mere compensation when grave violations are at stake.

Nevertheless, amnesties are frequently regarded as essential instruments, whether for the attainment of peace agreements, navigating the precarious nature of political transitions, or addressing limited judicial capacity. These functional rationales often stand in stark contrast to the principle of the rule of law. The bestowal of amnesties, particularly blanket amnesties, can result in a significant denial of the victims' rights to truth, justice, and reparation, effectively silencing their suffering and perpetuating impunity. This phenomenon, in turn, undermines legal accountability and the principle of equal protection under the law, fostering a detrimental perception that justice is selective and contingent upon political influence. Such selective impunity may culminate in the delegitimisation of judicial institutions and even lead to democratic regression, as public confidence in the legal system diminishes.

The critical question then becomes one of reconciliation. International law provides clear normative boundaries: amnesties cannot extend to crimes that constitute violations of *ius cogens* norms, such as genocide, crimes against humanity, torture, and enforced disappearances. Impunity for such non-derogable crimes is fundamentally incompatible with international law. Beyond this prohibition, conditional amnesties, exemplified by the "truth-for-amnesty" exchange observed in the South African Truth and Reconciliation Commission, indicate a constrained pathway. In order for amnesties to approximate compatibility with human rights obligations, they must be conditioned on full individual disclosure, incorporate public and transparent procedures, ensure substantial victim participation, and be integrated within a broader reparative framework. Complementary mechanisms of accountability, including hybrid judicial approaches and restorative justice initiatives, can additionally bridge the gap between peace and justice.

In conclusion, amnesties are not inherently unlawful; instead, they represent instruments of exceptional and narrowly defined legitimacy. Their alignment with human rights obligations and the rule of law depends on a nuanced yet essential set of criteria. They must rigorously exclude *ius cogens* crimes, operate on a foundation of strong conditionality, prioritise the rights of victims, and be enacted with transparency. A failure to comply with these

stipulations transforms amnesty from a potentially unifying tool into a vehicle of institutionalised neglect and impunity. The pursuit of peace cannot entail the complete forfeiture of justice; instead, it requires a principled methodology for addressing historical grievances, ensuring that the dignity of victims and the integrity of the rule of law are upheld as paramount.

Future research could beneficially extend beyond the contexts of transitional justice to examine clemency powers, including amnesties, pardons, and other forms of clemency, within established democracies. Analysing their potential for political manipulation—such as providing protection for political allies or undermining judicial processes, as debated in scenarios like granting pardons to the perpetrators of the 6th January 2021 events in the United States,[230] could illuminate how such mechanisms may contribute to the erosion of the rule of law, even within ostensibly stable systems. A comparative analysis of the regulatory approaches to these powers across various legal traditions, coupled with a thorough investigation into the evolving role of victims' rights in non-transitional clemency decisions, would further enhance our comprehension of the intricate challenges that discretionary legal forgetting presents to justice and accountability within diverse political landscapes.

230 Cf. The White House, Proclamation (Fn. 5).

Rechtsstaatlichkeit und demokratische Mitwirkung unter Druck

Bemerkungen zu den normativen Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit

Pablo Gabriel Hassler/Angelina Manhart

Inhalt

I. Einleitung 96
- A. Schieflagen 96
- B. Historische Genese des Rechtsstaatsbegriffs 98
- C. Verhältnis zur *Rule of Law* 99
- D. Begriffsnatur 100

II. Rechtsstaatsbegriff des schweizerischen Bundesverfassungsrechts 103
- A. Verfassungsprägendes Strukturprinzip 103
- B. Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) 103
- C. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) 104
- D. Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) 106
- E. Achtung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4 BV) 106
- F. Weitere Gehalte 107
- G. Zwischenfazit 107

III. Normative Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit 107
- A. Vorbemerkungen 107
- B. Formelle Konzeptionen 108
  - 1. Rechtsstaatlichkeit als innere Moralität des Rechts 108
  - 2. Rechtsstaatlichkeit als effiziente Verhaltenssteuerung 109
- C. Prozedurale Konzeption 110
  - 1. Verfahren und Vorhersehbarkeit 110
  - 2. Verfahren und Würde 112
- D. Materielle Konzeptionen 113
- E. Teleologische Konzeption 115
  - 1. Paradigmenwechsel 115
  - 2. Das *Telos* der Rechtsstaatlichkeit 117
- F. Kritische Würdigung 118
  - 1. Reine Formalität? 118
  - 2. Rationalität und Fallibilität des Rechts 121
  - 3. Grenzenlose Ansprüche? 122
  - 4. Institutioneller Pluralismus 123

IV. Wehrhafte Rechtsstaatlichkeit 125
- A. *Militant Rule of Law* 125
- B. Kritische Würdigung 128

V. Fazit 129

I. Einleitung

A. Schieflagen

Im Zusammenhang mit dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit lässt sich derzeit gleich aus zwei Perspektiven eine Schieflage erkennen. Einerseits ist der rechtswissenschaftliche Diskurs über Inhalt und Geltung der Rechtsstaatlichkeit von einer Uneinigkeit geprägt, die bis in die Grundlagen des Rechts reicht. Andererseits sieht sich die Rechtswissenschaft vermehrt vor praktische Probleme im Umgang mit den rechtlichen Konsequenzen rechtspopulistischer Politik gestellt.

Bereits eine kursorische Auseinandersetzung mit der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Begriff der Rechtsstaatlichkeit lässt das bestehende Misstrauen gegenüber dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit erahnen. So wird dieser vor dem Hintergrund seiner historischen Genese und seines inflationären Einsatzes im politischen Diskurs als «Zauberwort»[1], und die *Rule of Law* entsprechend als «*slogan in search of a concept*»[2] bezeichnet.

Die Uneinigkeit in der Rechtswissenschaft lässt sich anhand der Diskussion um Art. 190 BV und um das konkrete Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit illustrieren. So hält die heute wohl herrschende Lehre in der Schweiz das in Art. 190 BV statuierte Anwendungsgebot von Bundesgesetzen für ein rechtsstaatliches Defizit.[3] Diese Beurteilung folgt aus einem (Selbst-)Verständnis der Justiz als oberste Hüterin der Normenhierarchie im Verfassungsstaat sowie aus einer Betonung des Rechtsschutzes als zentrales Element der Rechtsstaatlichkeit.[4] Eine Betonung der Gewaltenteilung und des Legalitätsprinzips könnte allerdings gerade zum gegenteiligen

---

1 Kley Andreas, Der «Rechtsstaat» – ein Instrument von Recht und Politik, in: Brunner Arthur/Josuran-Binder Anja Martina/Zumsteg Patrice Martin (Hrsg.), Der Mensch als Massstab des Rechts, Liber amicorum für Regina Kiener, St. Gallen/Zürich 2025, 76.

2 Loughlin Martin, The Rule of Law: A Slogan in Search of a Concept, in: Hague Journal on the Rule of Law 16 2024, 509 ff.

3 Griffel Alain, Rechtsschutz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 2, IV.8 (zit. Griffel, Rechtsschutz), Rz. 33; Griffel Alain, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. A., Zürich 2021, § 27 Rz. 110; Keller Helen, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 2, IV.2, Rz. 24 ff. und Rz. 40; Schindler Benjamin, Entstehung und Entwicklung der Rechtsstaatsidee in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 2, IV.1, Rz. 25.

4 Schindler (Fn. 3), Rz. 25.

Ergebnis führen, weshalb die Deutung der herrschenden Lehre keineswegs zwingend ist.[5]

Paradigmatisch für die rechtsstaatliche Schieflage in der politischen Realität der Gegenwart steht der folgende Beitrag Donald Trumps vom 15. Februar 2025 auf der Social-Media Plattform «X»:

> «He who saves his Country does not violate any Law.»[6]

Diese Aussage sowie das in seiner zweiten Amtszeit kaum kaschierte Selbstverständnis des US-Präsidenten als *princeps legibus solutus*[7] ganz im Sinne einer *unitary executive theory*[8] machen die Herausforderungen für den US-amerikanischen Rechtsstaat deutlich. Für den zynischen Umgang populistischer Politik mit dem Recht im Allgemeinen sei an dieser Stelle auf die einschlägige Literatur verwiesen.[9]

Vor dem Hintergrund des wachsenden politischen Drucks auf längere Zeit für selbstverständlich gehaltene demokratische und rechtsstaatliche Grundsätze erscheint eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit als angezeigt und vielversprechend. Gegenstand dieses Beitrags sind – nach einleitenden Bemerkungen zur Geschichte und Natur des Begriffs sowie einer kurzen Darstellung des Rechtsstaatsbegriffs des schweizerischen Bundesverfassungsrechts – konzeptionelle Weichenstellungen sowie eine Untersuchung der normativen Grundlagen und des materiellen Gehalts des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit. Im Lichte der kritischen Würdigung der untersuchten Ansätze werden Zusammenhänge zwischen dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit und anderen zentralen Werten einer legitimen Rechtsordnung, wie etwa der Menschenwürde, aufgezeigt und diskutiert. Aus einer Perspektive erscheint die Berufung auf moralische Werte als «tyrannisch»[10] oder zumindest als Einfallstor für willkürliche, dem Willen des demokratischen Gesetzgebers entgegenstehende Interpretationen des Rechts durch politisierte

---

5 Reich Johannes, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1, II.3, Rz. 28.

6 Vgl. Luscombe Richard, Trump under fire for likening himself to Napoleon amid attacks on judges, The Guardian vom 16. Februar 2025, <https://www.theguardian.com/us-news/2025/feb/16/trump-napoleon-judges-government-firings>.

7 Vgl. Dig. 1.3.31.

8 Vgl. Sheppele Kim Lane, Trump's Counter-Constitution: "He who saves his Country does not violate any Law", Verfassungsblog vom 21. Februar 2025, <https://verfassungsblog.de/trumps-counter-constitution/>.

9 Vgl. Sajó András, Ruling by Cheating, Cambridge 2021, 302 ff.; Lacey Nicola, Populism and the Rule of Law, in: Meierhenrich Jens/Loughlin Martin (Hrsg.), The Cambridge Companion to the Rule of Law, Cambridge 2021, 458 ff.

10 Schmitt Carl, Die Tyrannei der Werte, 4. A., Berlin 2020, 35 ff.

Richter. Insbesondere die auf den ersten Blick attraktive Vorstellung der Möglichkeit einer rein juristisch-rationalen Argumentation im Einklang mit einem formellen Verständnis der Rechtsstaatlichkeit ohne die explizite oder implizite Bezugnahme auf moralische Werte soll auf ihre Plausibilität hin untersucht werden.

Schliesslich soll in Anbetracht des aktuell erheblichen Anstiegs illiberalen Gedankenguts, sowie politischer Kräfte, welche rechtsstaatliche Strukturen zu unterwandern drohen, der in der Rechtswissenschaft vorgebrachte Ansatz der *Militant Rule of Law*[11] als mögliche Strategie im Umgang mit Gesetzgebungsakten illiberaler Regime in demokratischen Verfassungsstaaten untersucht werden. Die theoretischen Stärken sowie allfällige Grenzen eines solchen Ansatzes werden aufgezeigt und kritisch gewürdigt.

B. Historische Genese des Rechtsstaatsbegriffs

Der Begriff des Rechtsstaats findet seine erste Formulierung im Deutschland des frühen 19. Jahrhunderts. BÖCKENFÖRDE unterstreicht die vernunftrechtliche Prägung des Rechtsstaatsbegriffs der Vormärzzeit.[12] Der Rechtsstaat als Vernunftrechtsstaat zeichne sich durch drei wesentliche Elemente aus:

> «1. Das Abrücken von jeder transpersonalen Staatsvorstellung und -zielsetzung; der Staat ist nicht göttliche Stiftung oder göttliche Ordnung, sondern gemeines Wesen (res publica) im Interesse des Wohls aller einzelnen. Ausgangs- und Bezugspunkt der staatlichen Ordnung ist das einzelne, freie, gleiche, selbstbestimmte Individuum und seine irdischen Lebenszwecke; deren Förderung ist das Um-willen, der legitimierende Grund des Staates. (…)
>
> 2. Die Begrenzung der Staatszwecke und -aufgaben auf die Freiheit und Sicherheit der Personen und des Eigentums, d.h. die Sicherung der individuellen Freiheit und Ermöglichung der individuellen Selbstentfaltung. (…)
>
> 3. Die Organisation des Staates und die Regelung der Staatstätigkeit nach Vernunftgrundsätzen. Dazu gehört an erster Stelle die Anerkennung der grundlegenden staatsbürgerlichen Rechte (…); ferner die Unabhängigkeit der Richter (…), verantwortliche (konstitutionelle) Regierung, Herrschaft der Gesetze, Vorhandensein einer Volksrepräsentation und deren Teilnahme an der gesetzgebenden Gewalt.»[13]

---

11 SAJÓ ANDRÁS, Militant Rule of Law and Not-so-Bad Law, in: Hague Journal on the Rule of Law 16 2024, 525 ff.

12 BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 2. A., Frankfurt am Main 1992, 144 ff., m.w.H.

13 BÖCKENFÖRDE (Fn. 12), 145 f.

Nach dem Scheitern der Märzrevolution von 1848 beschränkte sich das liberale Bürgertum in Deutschland auf einen formellen Rechtsstaatsbegriff,[14] der als «Antithese zum autoritären Polizeistaat» formuliert wurde.[15] Nicht zuletzt aufgrund dieses als zu eng wahrgenommenen Verständnisses stiess der Rechtsstaatsbegriff in der Schweiz zunächst auf Ablehnung.[16] Im Kontext des Kulturkampfes wandelte sich der Begriff hin zu einem Verständnis des «Rechtsstaates als säkularer Staat», der nicht von religiösen Normen, sondern vom weltlichen Recht bestimmt sein sollte.[17] Sodann wurden im frühen 20. Jahrhundert die Forderungen nach einer ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Begriff des Rechtsstaates verbunden.[18] Erst ab den 1930er-Jahren öffnete sich der Rechtsstaatsbegriff zunehmend materiellen Gehalten.[19] Aufgrund dieser vielfältigen historischen Bedeutungsgehalte beschreibt DIGGELMANN die Rechtsstaatlichkeit als «partiell offenes Strukturprinzip»[20].

C. Verhältnis zur *Rule of Law*

Weitgehend ungeklärt und umstritten ist das Verhältnis der Rechtsstaatlichkeit zur angelsächsischen *Rule of Law*. Während einige Autoren Rechtsstaatlichkeit und *Rule of Law* streng auseinanderhalten möchten,[21] sehen andere aufgrund ihrer weitgehend identischen normativen Stossrichtung keine wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Begriffen.[22] Aus dieser zweiten Perspektive erscheinen allfällige Unterschiede der beiden Konzepte bloss als

---

14 BÖCKENFÖRDE (Fn. 12), S. 150 ff.

15 SCHINDLER BENJAMIN, Art. 5, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 4. A. 2023, Rz. 3.

16 KLEY (Fn. 1), 70; SCHINDLER (Fn. 3), Rz. 3 m.w.H.

17 SCHINDLER (Fn. 3), Rz. 4.

18 SCHINDLER (Fn. 3), Rz. 4.

19 SCHINDLER (Fn. 3), Rz. 5.

20 DIGGELMANN OLIVER, Usurpation des Rechtsstaatsbegriffs durch die staatsrechtliche Orthodoxie?, Jusletter, 12. September 2011, Rz. 12.

21 BÖCKENFÖRDE (Fn. 12), 144; MEIERHENRICH JENS, *Rechtsstaat* versus the Rule of Law, in: Meierhenrich Jens/Loughlin Martin (Hrsg.), The Cambridge Companion to the Rule of Law, Cambridge 2021, 39 ff.

22 Vgl. MACCORMICK D. NEIL, Der Rechtsstaat und die rule of law, Juristenzeitung 1984, 65 ff., 67: «Meine Meinung ist, dass beide Begriffe durch die gleichen Grundprinzipien konstituiert sind. Auch wenn man die unterschiedlichen historischen Traditionen und die verschiedenartigen aktuellen politischen Probleme in Deutschland und Grossbritannien in Betracht zieht, dürfte hinter den beiden Begriffen das gleiche Ideal stecken. Folglich gilt: die beste Konzeption des Rechtsstaates ist auch die beste Konzeption der rule of law und umgekehrt. Natürlich liefern dieselben Prinzipien nicht dieselben Resultate, wenn sie sich auf unterschiedliche Verfassungswirklichkeiten beziehen. (…) Aber daraus folgt keineswegs, dass der Rechtsstaat und die rule of law konträre Grundprinzipien enthalten.»

Ausdruck historischer, politischer und staatsrechtlicher Kontingenzen sowie konkreter theoretischer Formulierungen. So ist etwa die häufig betonte prozedurale Ausrichtung[23] der *Rule of Law* wohl nicht zuletzt auf den massgeblichen Einfluss DICEYs und den hohen Stellenwert des Prinzips der *sovereignty of Parliament*[24] zurückzuführen.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Berücksichtigung der Literatur zur *Rule of Law* möglich, ohne die unterschiedliche historische Entwicklung der beiden Begriffe zu verwischen. Eine theoretische Auseinandersetzung mit der prozeduralen Ausrichtung der *Rule of Law* könnte unter Umständen gerade für die Formulierung eines überzeugenden Rechtsstaatsbegriffs gewinnbringend sein. Nicht ohne Belang ist weiterhin, dass die beiden Begriffe im europäischen Kontext (wohl oder übel) ohnehin synonym verwendet werden. So gelten etwa die in der *Rule of Law Checklist* der Venedig-Kommission formulierten Kernelemente[25] der *Rule of Law* auch als Mindeststandards der Rechtsstaatlichkeit.[26]

Eine strenge Trennung der beiden Begriffe könnte aus zwei weiteren Gründen problematisch sein. Erstens drohen die gemeinsamen tieferen Wurzeln ihres normativen Gehalts übersehen zu werden, gerade wenn sich eine historische Analyse auf die Suche nach der Verwendung bestimmter Begriffe beschränkt.[27] Zweitens besteht die Gefahr, dass die Begriffe auf spezifische Formulierungen einflussreicher Autoren reduziert werden.

D. Begriffsnatur

Einflussreich ist die von WALDRON unter Bezugnahme auf GALLIE[28] vorgenommene Charakterisierung der *Rule of Law* als *essentially contested concept.*[29]

---

23 HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 6. A., Zürich 2020, Rz. 451; EPINEY ASTRID, Art. 5, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 1. A. 2015, Rz. 12; SCHINDLER (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 39; REICH (Fn. 5), Rz. 32; HÄFELIN et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. A. 2020, Rz. 170a.

24 DICEY ALBERT VENN, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8. A. London 1915, 107 ff.

25 Venedig-Kommission, Study No. 711/2013: Rule of Law Checklist (11.-12.3.2016), CDL-AD(2016)007.

26 KELLER (Fn. 3), Rz. 11.

27 Vgl. MAHLMANN MATTHIAS, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. A., Baden-Baden 2023, § 36 Rz. 7.

28 GALLIE WALTER BRYCE, Essentially Contested Concepts, Proceedings of the Aristotelian Society 1956, 167 ff.

29 WALDRON JEREMY, Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?, Law and Philosophy 21 2002 (zit. WALDRON, Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in

Diese, sowie die von DWORKIN formulierte Figur der *interpretive concepts*[30] betonen die normative Natur unserer politischen Ideale. Diese normative Dimension der Rechtsstaatlichkeit zu beleuchten, ist ein zentrales Anliegen dieses Beitrags.

Bevor ein plausibler Begriffsinhalt der Rechtsstaatlichkeit formuliert werden kann, stellt sich die grundsätzliche Frage, ob unsere zentralen normativen Werte wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Gleichheit, Freiheit und Menschenwürde als miteinander kompatibel oder als kompetitiv ausgestaltet werden sollen, ob wir in unserem normativen Denken mithin eine Einheit der Werte im Sinne DWORKINS[31] anstreben, oder Normkonflikte als produktive Diskussionsgrundlage zulassen. Für ein solches, kompetitives Verständnis der Rechtsstaatlichkeit bzw. der *Rule of Law* spricht sich (vielbeachtet und einflussreich) RAZ aus:

> «If the rule of law is the rule of the good law then to explain its nature is to propound a complete social philosophy. But if so the term lacks any useful function. We have no need to be converted to the rule of law just in order to discover that to believe in that good should triumph. The rule of law is a political ideal which a legal system may lack or may possess to a greater or lesser degree. That much is common ground. It is also to be insisted, that the rule of law is just one of the virtues which a legal system may possess and by which it is to be judged. It is not to be confused with democracy, justice, equality (before the law or otherwise), human rights of any kind or respect for persons or for the dignity of man. A non-democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities, and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened Western democracies. This does not mean that is will be better than those Western democracies. It will be an immeasurably worse legal system, but it will excel in one respect: in its conformity to the rule of law.»[32]

Florida)?), 137 ff.; WALDRON JEREMY, The Rule of Law as an Essentially Contested Concept, in: Meierhenrich Jens/Loughlin Martin (Hrsg.), The Cambridge Companion to the Rule of Law, Cambridge 2021 (zit. WALDRON, The Rule of Law as an Essentially Contested Concept), 121 ff., 127: «Philosophers sometimes write as though the phrase ‹the rule of law› once had a clear meaning, but now lamentably it has lost it through misuse occasioned by well-meaning enthusiasm. This lamentation over lost clarity is a common trope in the rhetoric of philosophical analysis. But it is usually a myth. The terms whose ordinary usage we now deplore as confused, the terms we accuse our contemporaries of misusing, have almost always been perplexing. They have always resisted the analyst's corral.»

30 DWORKIN RONALD, Justice for Hedgehogs, Cambridge MA 2011, 158 ff.

31 DWORKIN (Fn. 30), 1.

32 RAZ JOSEPH, The Authority of Law, 2. A., Oxford 2009, 211.

Konsequenterweise formuliert RAZ einen engen, formellen Rechtsstaatsbegriff, auf den zurückzukommen ist. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass selbst DWORKIN einer solchen kompetitiven Ausgestaltung unserer zentralen Werte nicht grundsätzlich entgegensteht – dies allerdings nicht vorbehaltslos.[33]

Ob ein enges, oder ein weites Verständnis der Rechtsstaatlichkeit angestrebt wird, bzw. inwiefern materielle Werte als Teil des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit zugelassen werden, ist nicht zuletzt eine Folge der grundsätzlichen, vorgeschalteten Entscheidung, bei der Konzeptualisierung unserer Ideale kollaborative Kohärenz oder produktiven Konflikt anzustreben. Ein differenziertes und weites Verständnis der Rechtsstaatlichkeit hat den Vorteil, dass sie nicht mit anderen Werten in Konflikt gerät und im Einzelfall kompromittiert werden muss. Ein Nachteil besteht darin, dass jeder eigenständige Gehalt in Vorbehalten und Relativierungen unterzugehen droht. Ein enges Verständnis hätte demgegenüber die Vorzüge der Klarheit sowie der Möglichkeit einer produktiven Abwägung verschiedener Werte mit leichter fassbarem Gehalt, birgt allerdings die Gefahr einer formalistischen Übersimplifizierung mit einhergehender Reduktion der Überzeugungskraft.

Diese Bemerkungen bilden allerdings keinen Grund zur Sorge, und erst recht keinen Grund zur Flucht in einen moralischen Relativismus oder Nihilismus.

> «Absolute confidence or clarity is the privilege of fools and fanatics. The rest of us must do the best we can: we must choose among all the substantive views on offer by asking which strikes us, after reflection and due thought, as more plausible than the others. And if none does, we must settle for the true default view, which is not indeterminacy but uncertainty.»[34]

---

33 DWORKIN (Fn. 30), 120: «It might be that for some reason the best interpretation of our values requires that they conflict: that they serve our underlying moral responsibilities best if we conceive them in such a way that from time to time we must compromise one to serve another. Values don't conflict just because they do, but because they work best for us when we conceptualize them so that they do. That is a conceivable view, and perhaps someone might make it seem plausible. That would not, however, show that conflict is just a stubborn fact we must recognize. It would provide an interpretation that reconciles values in a different way: by showing conflict as a deeper collaboration.»

34 DWORKIN (Fn. 30), 95 f.

II. Rechtsstaatsbegriff des schweizerischen Bundesverfassungsrechts

A. Verfassungsprägendes Strukturprinzip

Die Rechtsstaatlichkeit gilt als «verfassungsprägendes Strukturprinzip und Leitidee»[35] bzw. geradezu als *principe des principes*[36] des Staatshandelns. Neben Demokratie, Föderalismus und Sozialstaatlichkeit gehört die Rechtsstaatlichkeit zu den tragenden Grundelementen der schweizerischen Bundesverfassung.[37]

Als «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» nennt Art. 5 BV das Legalitätsprinzip (Abs. 1), den Grundsatz des öffentlichen Interesses sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip (Abs. 2), das Gebot von Treu und Glauben (Abs. 3) und die Achtung des Völkerrechts (Abs. 4). Diese in Art. 5 BV aufgeführten Grundsätze statuieren lediglich den minimalen Gehalt des Begriffs des Rechtsstaats[38] und haben nicht abschliessenden Charakter.[39] Sie zählen nicht zu den verfassungsmässigen Rechten,[40] sind aber unabhängig von der Möglichkeit ihrer Geltendmachung umfassend zu beachten[41] und erfassen jedes staatliche Handeln, wobei sich nur das Gebot von Treu und Glauben auch an Private richtet.[42]

B. Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV)

Das Legalitätsprinzip umfasst das Erfordernis des Rechtssatzes (generell-abstrakte Struktur und genügende Bestimmtheit der Norm) sowie das Erfordernis der Gesetzesform (genügende Rechtsetzungsstufe),[43] und wird durch das Erfordernis der genügenden Kundmachung ergänzt.[44] Neben Art. 5 Abs. 1 BV sind

35 Biaggini Giovanni, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. A., Zürich 2021, § 7 Rz. 22.

36 Dubey Jacques, Art. 5, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques, Commentaire romand, Constitution fédérale, 1. A. 2021, Rz. 6.

37 Häfelin et al. (Fn. 23), Rz. 168.

38 Epiney (Fn. 23), Art. 5, BSK BV, Rz. 16.

39 Dubey (Fn. 36), Art. 5, CR Cst., Rz. 17.

40 Schindler (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 18.

41 Epiney (Fn. 23), Art. 5, BSK BV, Rz. 34.

42 Schindler (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 19.

43 Uhlmann Felix, Legalitätsprinzip, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 2, IV.6, Rz. 3 m.w.H.

44 Schindler (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 34; Uhlmann (Fn. 43), Rz. 53.

für die Frage der genügenden Rechtssetzungsstufe Art. 164 BV, Art. 36 Abs. 1 BV, sowie als Sondernorm Art. 127 BV zu beachten.[45]

Die Formulierung von Art. 5 Abs. 1 BV des Rechts als «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns» ist gemäss REICH Ausdruck einer Anerkennung des Rechts als Herrschaftsinstrument, welches demokratische Herrschaft ermöglicht und potenziert, und diese politische Machtausübung zugleich bändigt.[46] Das Erfordernis der Gesetzesform ist der demokratischen Legitimation des Rechts verpflichtet.[47] Die verlangte generell-abstrakte Normstruktur ist Ausdruck des Gebots der rechtsgleichen Rechtsanwendung;[48] das Bestimmtheitsgebot und das Erfordernis der genügenden Kundmachung dienen der Rechtssicherheit.[49] Gemäss Bundesgericht gilt das Bestimmtheitsgebot nicht absolut:

> «Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht absolut festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab. In gewissem Ausmass kann die Unbestimmtheit von Normen durch verfahrensrechtliche Garantien gleichsam kompensiert werden, und es kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu.»[50]

Bemerkenswert ist diese vom Bundesgericht eingeräumte Möglichkeit des Ausgleichs einer unbestimmt formulierten Norm durch verfahrensrechtliche Garantien. Auf die rechtsstaatliche Bedeutung des Verfahrensrechts ist zurückzukommen.

C. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV)

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

Der Grundsatz des öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BV bringt zum Ausdruck, dass sich der Staat in seinem Handeln an den Interessen der Allgemeinheit anstatt an Partikularinteressen orientieren muss,[51] und seine Ziele

---

45 UHLMANN (Fn. 43), Rz. 13 ff.
46 REICH (Fn. 5), Rz. 10.
47 UHLMANN (Fn. 43), Rz. 4.
48 HÄFELIN et al. (Fn. 23), Rz. 309.
49 BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283.
50 BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58.
51 EPINEY (Fn. 23), Art. 5, BSK BV, Rz. 62.

nicht willkürlich oder entgegen einer ausdrücklichen Verfassungsbestimmung (z.B. Art. 94 Abs. 4 BV) festlegen darf.[52] Im Kontext von Grundrechtseingriffen (s. Art. 36 Abs. 2 BV) gilt ein strengerer Massstab für die staatliche Interessenverfolgung.[53] Die allenfalls rechtfertigenden öffentlichen Interessen sind jeweils mit Blick auf das konkret in Frage stehende Grundrecht zu konkretisieren.[54] Wichtig ist, dass vom Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage nicht automatisch auf das Vorliegen eines legitimen öffentlichen Interesses geschlossen werden kann.[55]

Als mässigendes Korrektiv zu diesem weiten Begriff des öffentlichen Interesses dient das Verhältnismässigkeitsprinzip, indem es eine detaillierte und transparente Auseinandersetzung mit dem konkret vorliegenden Sachverhalt verlangt.[56] Gemäss Bundesgericht müssen staatliche Handlungen für das Erreichen eines im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet, erforderlich, sowie für den im Einzelfall Betroffenen zumutbar sein.[57] Für die Eignung einer staatlichen Massnahme genügt bereits ein Beitrag zur Verwirklichung des verfolgten Ziels.[58] Eine Massnahme gilt nur dann als erforderlich, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung steht. Die Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit i.e.S.) verlangt eine Ermittlung und Abwägung der in Frage stehenden Interessen.[59]

Gerade im Kontext von Grundrechtseingriffen (s. Art. 36 Abs. 3 BV) wird die machtbegrenzende Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie seine Bedeutung für die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit deutlich. Gleichzeitig stehen die eröffneten Ermessensspielräume in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip.[60]

---

52 SCHINDLER (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 50.

53 SCHINDLER (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 50.

54 HÄFELIN et al. (Fn. 23), Rz. 317.

55 KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. A., Bern 2018, § 9 Rz. 113.

56 SCHINDLER (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 55 und 60.

57 BGE 142 I 49 E. 9.1 S. 69.

58 EPINEY (Fn. 23), Art. 5, BSK BV, Rz. 70.

59 RÜTSCHE BERNHARD, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 2, IV.7, Rz.13 f.

60 RÜTSCHE (Fn. 59), Rz. 45 f.

D. Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV)

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr.[61] Neben staatlichen Organen bindet Art. 5 Abs. 3 BV auch Private, allerdings in geringerem Umfang.[62] Diese Bindung Privater ist Ausdruck der hohen Bedeutung freiwilliger Rechtsbefolgung.[63] Als grundrechtlicher Anspruch ist der Grundsatz von Treu und Glauben in Art. 9 BV verankert; als allgemeiner Rechtsgrundsatz ist zudem Art. 2 ZGB zu berücksichtigen.

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben werden das Prinzip des Vertrauensschutzes sowie das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und das Rechtsmissbrauchsverbot abgeleitet.[64]

Das Prinzip des Vertrauensschutzes steht in einem direkten Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip. Während das Legalitätsprinzip grundsätzlich vorgeht, wird dem Vertrauensschutz bei gegebenen Voraussetzungen, d.h. insbesondere bei überwiegendem Vertrauensinteresse gegenüber dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung, ausnahmsweise der Vorrang eingeräumt.[65]

E. Achtung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4 BV)

Art. 5 Abs. 4 BV ist Ausdruck eines monistischen Verständnisses von Völker- und Landesrecht als einheitliche Rechtsordnung,[66] und Anerkennung der hohen Bedeutung des Völkerrechts für die Schweiz.[67] In Bezug auf die Rangordnung zwischen Völker- und Landesrecht kann dieser Bestimmung (nicht zuletzt aufgrund der heterogenen Struktur des Völkerrechts) allerdings keine starre Hierarchisierung entnommen werden.[68]

Die konkrete Bedeutung des Völkerrechts für die Wahrung der souveränen Gleichheit der Staaten wird im derzeitigen geopolitischen Klima, in dem sich

---

61 Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich 2020, Rz. 620.

62 Schindler Benjamin/Tschumi Tobias, Art. 5, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 4. A. 2023, Rz. 62 und 66.

63 Schindler/Tschumi (Fn. 62), Art. 5, SGK BV, Rz. 62.

64 Häfelin et al. (Fn. 23), Rz. 820.

65 Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 61), Rz. 626.

66 Epiney (Fn. 23), Art. 5, BSK BV, Rz. 77.

67 Tschumi Tobias/Schindler Benjamin, Art. 5, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 4. A. 2023, Rz. 68.

68 Tschumi/Schindler (Fn. 67), Art. 5, SGK BV, Rz. 106.

zunehmend das Recht des Stärkeren durchzusetzen scheint, besonders deutlich.

F. Weitere Gehalte

Zu den weiteren Gehalten der Rechtsstaatlichkeit schweizerischer Prägung gehören die Wahrung der Grundrechte,[69] ein ausgebautes Rechtsschutzsystem,[70] die gewaltenteilige Staatsorganisation im Allgemeinen sowie die Garantie richterlicher Unabhängigkeit im Besonderen.[71] Die nicht abschliessende Natur von Art. 5 BV lässt eine solche Erweiterung des Rechtsstaatsbegriffs zu.

G. Zwischenfazit

Bereits die Art. 5 BV erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätzen deuten auf ein weites Verständnis der Rechtsstaatlichkeit. Zusammen mit der in der nicht abschliessenden Natur dieser Bestimmung angelegten Offenheit für weitere Bedeutungsgehalte beansprucht der Rechtsstaatsbegriff geradezu alle legitimierenden Elemente der schweizerischen Verfassungsordnung zu erfassen. Rechtsstaatlichkeit im Sinne der Bundesverfassung bedeutet damit ein Bekenntnis zu einer an der Gerechtigkeit orientierten Ausgestaltung der Rechtsordnung sowie zur Bindung des Staatshandelns an diese.

III. Normative Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit

A. Vorbemerkungen

Aufgrund seiner vielfältigen und teils gegenläufigen[72] Inhalte scheint es nützlich, für eine Untersuchung der normativen Grundlagen verschiedene Dimensionen der Rechtsstaatlichkeit auseinanderzuhalten. Im Folgenden wird die traditionelle Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Konzeptionen[73] der Rechtsstaatlichkeit um eine weitere Konzeption mit prozeduralem Schwerpunkt ergänzt. Im Anschluss soll ein Ansatz untersucht werden, der sich dieser Kategorisierung nach dem Begriffsinhalt entziehen will.[74]

---

69 Häfelin et al. (Fn. 23), Rz. 246.

70 Griffel (Fn. 3), Rechtsschutz, Rz. 2.

71 Martenet Vincent, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 2, IV.5, Rz. 52.

72 Uhlmann (Fn. 43), Rz. 10 f.

73 Epiney (Fn. 23), Art. 5, BSK BV, Rz. 20 ff.; Schindler (Fn. 15), Art. 5, SGK BV, Rz. 11 ff.; Dubey (Fn. 36), Art. 5, CR Cst., Rz. 13 ff.; Häfelin et al. (Fn. 23), Rz. 171 ff.

74 Vgl. für diese Kategorisierung Lacey (Fn. 9), 460 ff.

B. Formelle Konzeptionen

1. Rechtsstaatlichkeit als innere Moralität des Rechts

FULLER identifiziert anhand seiner Allegorie des auf verschiedene Weisen als Gesetzgeber scheiternden Monarchen namens Rex acht notwendige Eigenschaften von Rechtsnormen:[75]

1. Generalität
2. Publizität
3. Prospektivität
4. Verständlichkeit
5. Kohärenz
6. Praktikabilität
7. Beständigkeit
8. Kongruenz

Diese acht *desiderata* könnten als Kriterien zur Beurteilung der Qualität eines Rechtssystems herangezogen werden; die Vorstellung ihrer perfekten Verwirklichung sei allerdings geradezu utopisch.[76] Die vorsichtige Abwägung dieser Kriterien in der konkreten Ausgestaltung des Rechtssystems bilde die Herausforderung der praktischen Kunst der Gesetzgebung.[77]

---

75 FULLER LON L., The Morality of Law, Yale 1969, 33 ff., 38 f.: «Rex's bungling career as legislator and judge illustrates that the attempt to create and maintain a system of legal rules my miscarry in at least eight ways; there are in this enterprise, if you will, eight distinct routes to disaster. The first and most obvious lies in a failure to achieve rules at all, so that every issue must be decided on an ad hoc basis. The other routes are: (2) a failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules that he is expected to observe; (3) the abuse of retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the integrity of rules prospective in effect, since it puts them under the threat of retrospective change; (4) a failure to make rules understandable; (5) the enactment of contradictory rules or (6) rules that require conduct beyond the powers of the affected party; (7) introducing such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them; and, finally, (8) a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration. A total failure in any one of these eight directions does not simply result in a bad system of law; it results in something that is not properly called a legal system at all, except perhaps in the Pickwickian sense in which a void contract can still be said to be one kind of contract. Certainly there can be no rational ground for asserting that a man can have a moral obligation to obey a legal rule that does not exist, or is kept secret from him, or that came into existence only after he had acted, or was unintelligible, or was contradicted by another rule of the same system, or commanded the impossible, or changed every minute.»

76 FULLER (Fn. 75), S. 41 f.

77 FULLER (Fn. 75), 91 ff.

Die als konstituierende Elemente des Rechts identifizierten Eigenschaften seien zugleich Ausdruck eines bestimmten Menschenbilds sowie einer inneren Moralität des Rechts:

> «I come now to the most important respect in which an observance of the demands of legal morality can serve the broader aims of human life generally. This lies in the view of man implicit in the internal morality of law. I have repeatedly observed that legal morality can be said to be neutral over a wide range of ethical issues. It cannot be neutral in its view of man himself. To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults. Every departure from the principles of the law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent. To judge his actions by unpublished or retrospective laws, or to order him to do an act that is impossible, is to convey to him your indifference to his powers of self-determination.»[78]

2. Rechtsstaatlichkeit als effiziente Verhaltenssteuerung

Ausgehend von der im Wortlaut des Begriffs der *Rule of Law* angelegten verhaltenssteuernden Funktion des Rechts, leitet RAZ eine (ähnliche, aber leicht abweichende) Liste von acht Prinzipien ab:

> «This is the basic intuition from which the doctrine of the rule of law derives: the law must be capable of guiding the behaviour of its subjects. It is evident that this conception of the rule of law is a formal one. (…) (1) All laws should be prospective, open, and clear. (…) (2) Laws should be relatively stable. (…) (3) The making of particular laws (particular legal orders) should be guided by open, stable, clear, and general rules. (…) (4) The independence of the judiciary must be guaranteed. (…) (5) The principles of natural justice must be observed. (…) (6) The courts should have review powers over the implementation of the other principles. (…) (7) The courts should be easily accessible. (…) (8) The discretion of the crime-preventing agencies should not be allowed to pervert the law.»[79]

Die Prinzipien vier bis acht dienen dabei der institutionellen Absicherung der ersten drei Prinzipien.[80] Diese nicht abschliessend formulierten Prinzipien illustrierten die Möglichkeit, einen rein formellen Rechtsstaatsbegriff fruchtbar

78 FULLER (Fn. 75), 162.
79 RAZ (Fn. 32), 214 ff.
80 RAZ (Fn. 32), 218.

zu machen.[81] Rechtsstaatlichkeit bilde eine inhärent wertvolle Eigenschaft einer Rechtsordnung, vergleichbar mit der Schärfe eines Messers.[82] Aus dieser Perspektive erscheine die Rechtsstaatlichkeit als von rein instrumentellem Wert.[83]

Die Rechtsstaatlichkeit sei nur einer von vielen Werten einer legitimen Rechtsordnung und komme mit anderen Werten unweigerlich in Konflikt. Aufgrund ihrer bloss instrumentellen Rolle könne die Rechtsstaatlichkeit lediglich *prima facie* Geltung beanspruchen und sei bei einer Abwägung mit anderen Werten nicht zu überschätzen.[84]

Auch Raz betont das dem Recht inhärente Menschenbild und den Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und der Idee der Menschenwürde.

> «(O)bservance of the rule of law is necessary if the law is to respect human dignity. Respecting human dignity entails treating humans as persons capable of planning and plotting their future. Thus, respecting people's dignity includes respecting their autonomy, their right to control their future. (…) A legal system which does in general observe the rule of law treats people as persons at least in the sense that it attempts to guide their behaviour through affecting the circumstances of their actions. It thus presupposes that they are rational autonomous creatures and attempts to affect their actions and habits by affecting their deliberations.»[85]

C. Prozedurale Konzeption

1. Verfahren und Vorhersehbarkeit

Waldron bemerkt eine Diskrepanz zwischen dem akademischen, formell geprägten Verständnis der Rechtsstaatlichkeit, und dem Laienverständnis der Rechtsstaatlichkeit, nach dem prozedurale Anliegen im Vordergrund stehen.[86] Diese Diskrepanz sei Folge einer theoretischen Unterschätzung der prägenden Rolle von Verfahren in Rechtssystemen.[87] Interpretative und argumenta-

---

81 Raz (Fn. 32), 218.

82 Raz (Fn. 32), 225: «Being sharp is an inherent good-making characteristic of knives. A good knife is, among other things, a sharp knife. Similarly, conformity to the rule of law is an inherent value of laws, indeed it is their most important inherent value.»

83 Raz (Fn. 32), 226.

84 Raz (Fn. 32), 228 f.

85 Raz (Fn. 32), 221 f.

86 Waldron Jeremy, Thoughtfulness and the Rule of Law, Cambridge MA 2023, 17.

87 Waldron (Fn. 86), 83: «Outside the halls of academic legal positivism, I suspect most people would regard hearings and impartial proceedings, and the safeguards that go with them, as

tive Aspekte würden infolge einer Überbetonung der verhaltenssteuernden Funktion des Rechts fälschlicherweise als bloss marginale Phänomene der Rechtspraxis behandelt.[88] Verhaltenssteuerung sei bloss Modus, nicht Zweck des Rechts.[89] Zudem sei zu bedenken, dass gerade auch unbestimmt formulierte Rechtsnormen das Verhalten der Rechtssubjekte auf spezifische Weise steuern, indem sie diese in der Anwendung praktischer Vernunft anleiten.[90]

In Ergänzung zu den klassischen formellen Elementen der Rechtsstaatlichkeit formuliert WALDRON eine Reihe prozeduraler Kriterien:

> «Theorists of the rule of law are fond of producing laundry lists of demands. (…) I think we need to match this list with a list of procedural characteristics that are equally indispensable. As a preliminary sketch, we might say that no one should have any penalty, stigma, or serious loss imposed on him by government, except as the upshot of procedures that involve A. a hearing by an impartial tribunal that is required to act on the basis of evidence and argument presented formally before it in relation to legal norms that govern the imposition of penalty, stigma, loss, and so forth; B. a legally trained judicial officer, whose independence of other agencies of government is ensured; C. a right to representation by counsel and to the time and opportunity required to prepare a case; D. a right to be present at all critical stages of the proceeding; E. a right to confront witnesses against the detainee; F. a right to an assurance that the evidence presented by the government has been gathered in a properly supervised way; G. a right to present evidence in one's own behalf; H. a right to make legal argument about the bearing of the evidence and about the bearing of the various legal norms relevant to the case; I. a right to hear reasons from the tribunal when it reaches its decision that are responsive to the evidence and arguments presented before it; and J. some right of appeal to a higher tribunal of a similar character.»[91]

---

an essential rather than as a contingent feature of the institutional arrangements we call legal systems. It should certainly be treated as an essential rather than incidental aspect of the rule of law.»

88 WALDRON (Fn. 86), 175: «A fallacy of modern positivism, it seems to me, is its exclusive emphasis on the command-and-control aspect of law, or the norm-and-guidance aspect of law, without any reference to the culture of argument that a legal system frames, sponsors, and institutionalizes.»

89 WALDRON (Fn. 86), 109 f.

90 WALDRON (Fn. 86), 120 ff., 144: «The adaptability of law, secured precisely by what others would call its indeterminacy, is not incompatible with law continuing to guide the actions of its subjects. It is a valuable legislative resource and a respectful one, too, for it works in tandem with the most sophisticated understanding of people's powers of practical reasoning.»

91 WALDRON (Fn. 86), 161 f.

Diese prozedurale Dimension der Rechtsstaatlichkeit und die Möglichkeit, in einem Verfahren rechtliche Argumente vorzubringen stehen aus WALDRONS Sicht in einem Spannungsverhältnis zum formellen Kriterium der Berechenbarkeit des Rechts.[92] Dieses Spannungsverhältnis zwischen formell angestrebter Vorhersehbarkeit und argumentativen Aspekten der prozeduralen Dimension der Rechtsstaatlichkeit müsse ausgehalten werden.[93] Im Rahmen eines Verfahrens von einem gemeinsamen Ausgangspunkt und in geregelter Form Konflikte durch vernünftige Argumentation auszutragen, sei ein zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit.[94]

Die wichtige Rolle von gerichtlichen Verfahren in Rechtssystemen dürfe allerdings nicht zur Annahme verleiten, dass die Judikative institutionell auch zur Lösung gesellschaftlicher Probleme geeignet sei.[95] Eine starke Stellung der Legislative im gewaltenteiligen Gefüge sei nicht *per se* als rechtsstaatliches Defizit zu verstehen.[96] Die rechtlich strukturierten deliberativen und transparenten Prozesse der Gesetzgebung seien als integrale Bestandteile einer rechtsstaatlichen Verfassungsordnung aufzufassen und in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen.[97] Ein Rechtsstaatsverständnis, welches den letztlich menschlichen Ursprung von Gesetzen zu verschleiern versuche, sei abzulehnen.[98]

2. Verfahren und Würde

WALDRON betont, dass auch formelle Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit nicht aus rein formalistischen Gründen formuliert und verteidigt werden.[99] Dies be-

---

92 WALDRON (Fn. 86), 25: «The upshot of argument is unpredictable, and to the extent that legal process sponsors argumentation, it sponsors uncertainty in the law.»

93 WALDRON (Fn. 86), 173.

94 WALDRON (Fn. 86), 34: «We reason together using the forms, channels, and points of departure that law provides, and when we celebrate being ruled by law, what we are celebrating in large part is that sort of influence of reason in human affairs.»

95 WALDRON (Fn. 86), 176 ff.

96 WALDRON (Fn. 86), 208 ff.

97 WALDRON (Fn. 86), 220 ff.

98 WALDRON (Fn. 86), 177 f., 178: «(T)he rule of law is a human ideal for human institutions, not a magic that somehow absolves us from human rule.»

99 WALDRON (Fn. 86), 120: «Like Fuller, Raz thinks that this commitment to guiding action and the requirement of clarity that is founded on it are not just technical or formalistic ideas. They are ways of respecting human dignity. Instead of manipulating a person psychologically or securing a reflex recoil with a scream of command, they approach governance in a way that takes seriously the capacities associated with ordinary human agency – capacities for practical reasoning by reference to norms that the agent can grasp and understand.»

wirke eine natürliche Überschneidung zwischen substanziellen und formellen Elementen der Rechtsstaatlichkeit.[100]

Auch WALDRON begründet seinen prozeduralen Kriterienkatalog der Rechtsstaatlichkeit mit Verweis auf die Wahrung der Menschenwürde.[101] Die letztlich zwangsbewehrte Natur des Rechts dürfe allerdings nicht aus den Augen verloren werden.[102] Entscheidend sei oftmals die Art und Weise der Anwendung von Zwang bei der Rechtsdurchsetzung, was die Bedeutung einer menschenwürdigen Ausgestaltung des Verfahrensrechts unterstreiche.[103]

> «Applying a norm to a human individual is not like deciding what to do about a rabid animal or a dilapidated house. It involves paying attention to a point of view and respecting the personality of the entity one is dealing with. As such, it embodies a crucial dignitarian idea: respecting the dignity of those to whom the norms are applied as beings capable of explaining themselves.»[104]

D. Materielle Konzeptionen

Gemäss BINGHAM fordere die Rechtsstaatlichkeit im Kern die Bindung allen Handelns innerhalb eines Staates (ob privat oder staatlich) an das Gesetz. Von diesem Grundprinzip ausgehend formuliert er acht Unterregeln der Rechtsstaatlichkeit.[105]

---

100 WALDRON (Fn. 86), 160 f.

101 WALDRON (Fn. 86), 176: «Courts, hearings, and arguments – those aspects of law are not optional extras; they are integral parts of how law works, and they are indispensable items in the package of law's respect for human agency. To say that we should value aspects of governance that promote the clarity and determinacy of rules for the sake of individual freedom, but not the opportunities for argumentation that a free and self-possessed individual is likely to demand, is to truncate what the rule of law rests on: respect for the freedom and dignity of each person as an active intelligence.»

102 WALDRON (Fn. 86), 90: «Law kills people, ruins them, beats them up, spoils their reputation, locks them up and throws away the key. And these are not aberrations; this is what law characteristically does.»

103 WALDRON (Fn. 86), 91 f., 92: «People may fear and be deterred by legal sanctions; they may on occasion be literally forced against their will by legal means or by legally empowered officials to do things or go places they would not otherwise do or go to. But even when this happens, they are not herded like cattle or broken like horses or beaten like dumb animals. Instead, there is to be an enduring connection between the spirit of law and respect for human dignity – respect for human dignity even in extremis, even in situations where law is at its most forceful and its subjects at their most vulnerable.»

104 WALDRON (Fn. 86), 84.

105 BINGHAM TOM, The Rule of Law, The Cambridge Law Journal 2007, 69: «The core of the existing principle is, I suggest, that all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly and prospectively promulgated and publicly administered in the courts.»

Gesetze seien, erstens, soweit möglich, verständlich, klar und berechenbar zu formulieren und zugänglich zu machen.[106] Das Kriterium der Berechenbarkeit setze der richterlichen Rechtsfortbildung Grenzen.[107] Willkürliche Entscheide (als Antithese der Rechtsstaatlichkeit) seien, zweitens, durch die enge Umschreibung von Ermessensspielräumen zu minimieren.[108] Aufgrund der bindenden Wirkung vorangehender Entscheide und etablierter Prinzipien sei diese Voraussetzung meist als erfüllt zu betrachten.[109] Die Rechtsgleichheit, als dritte Unterregel, sei ein zentraler Grundpfeiler der Rechtsstaatlichkeit.[110] Viertens verlange die Rechtsstaatlichkeit die Wahrung der grundlegenden Menschenrechte,[111] jedenfalls soweit diese innerhalb einer Gesellschaft als solche anerkannt seien.[112] Fünftens seien geeignete Mittel zur Schlichtung von Zivilstreitigkeiten zur Verfügung zu stellen.[113] Die sechste Unterregel verlange, dass der Staat stets im Rahmen seiner Befugnisse, vernünftig und nach Treu und Glauben handeln muss und erfasse damit geradezu den Kern des Rechtsstaatsprinzips. Sie fordere eine strikte Bindung der Exekutive an das Recht sowie die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung ihres Handelns. Das damit einhergehende Spannungsverhältnis zwischen Exekutive und Judikative sei unausweichlich.[114] Siebtens sei das Verfahrensrecht gerecht auszugestalten, was sowohl die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der entscheidenden Stelle als auch die Einhaltung bestimmter Verfahrensgarantien voraussetze.[115] Achtens verlange die Rechtsstaatlichkeit vom Staat die Einhaltung seiner völkerrechtlichen Pflichten.[116]

Die in der vierten Unterregel ausgedrückte Garantie der Grundrechte bildet nach traditioneller Auffassung ein zentrales Element des materiellen Rechtsstaates.[117] Die Einführung dieser Unterregel sei aufgrund ihres substanziellen Gehalts wohl nicht unumstritten, aber sowohl mit der Lehre DICEYs als auch mit dem internationalen und europäischen Verständnis der Rechtsstaatlich-

106 BINGHAM (Fn. 105), 69.

107 BINGHAM (Fn. 105), 71: «It is one thing to alter the law's direction of travel, by a few degrees, quite another to set it off in a different direction. The one is probably foreseeable and predictable, something a prudent person would allow for, the other not.»

108 BINGHAM (Fn. 105), 72.

109 BINGHAM (Fn. 105), 72 f.

110 BINGHAM (Fn. 105), 73 f.

111 BINGHAM (Fn. 105), 75

112 BINGHAM (Fn. 105), 77: «The rule of law must, surely, require legal protection of such human rights as, within that society, are seen as fundamental.»

113 BINGHAM (Fn. 105), 77 f.

114 BINGHAM (Fn. 105), 78 f.

115 BINGHAM (Fn. 105), 80 f.

116 BINGHAM (Fn. 105), 81 f.

117 HÄFELIN et al. (Fn. 23), Rz. 173

keit vereinbar. Ohne dieses Element sei der Rechtsstaatsbegriff weitgehend inhaltsleer und drohe seine eigenen Grundlagen zu untergraben und an entscheidender Bedeutung zu verlieren.[118]

Durch die geforderte umfassende Bindung von sowohl Staat als auch Individuum an das Recht sei dieser Rechtsstaatsbegriff Ausdruck eines demokratischen Gesellschaftsverständnisses:

> «The individual living in society implicitly accepts that he or she cannot exercise the unbridled freedom enjoyed by Adam in the Garden of Eden, before the creation of Eve, and accepts the constraints imposed by laws properly made because of the benefits which, on balance, they confer. The state for its part accepts that it may not do, at home or abroad, all that it has the power to do but only that which laws binding upon it authorise it to do. If correct, this conclusion is reassuring to all of us who, in any capacity, devote our professional lives to the service of the law. For it means that we are not, as we are sometimes seen, mere custodians of a body of arid prescriptive rules but are, with others, the guardians of an all but sacred flame which animates and enlightens the society in which we live.»[119]

E. Teleologische Konzeption

1. Paradigmenwechsel

Mit KRYGIER, der exemplarisch für einen teleologischen Zugang zur Rechtsstaatlichkeit steht, vollzieht sich ein methodischer Paradigmenwechsel in der Annäherung an das Konzept. Dieser Ansatz betont im Wesentlichen die Normativität des Konzepts und fordert eine Differenzierung zwischen *Telos* und *Anatomie* der Rechtsstaatlichkeit, mithin zwischen deren Zweck und Mittel.[120]

---

118 BINGHAM (Fn. 105), 75 f., 76: «A state which savagely repressed or persecuted sections of its people could not in my view be regarded as observing the rule of law, even if the transport of the persecuted minority to the concentration camp (…) were the subject of detailed laws duly enacted and scrupulously observed. So to hold would, I think, be to strip the existing constitutional principle (…) of much of its virtue and infringe the fundamental compact which (…) underpins the rule of law.»

119 BINGHAM (Fn. 105), 84 f.

120 Vgl. KRYGIER MARTIN, Pressures Old and New, in: Shaffer Gregory/Sandholtz Wayne (Hrsg.), The Rule of Law under Pressure, Cambridge 2025 (zit. KRYGIER, Pressures Old and New), 461 ff.; KRYGIER MARTIN, Democracy and the Rule of Law, in: Meierhenrich Jens/Loughlin Martin (Hrsg.), The Cambridge Companion to the Rule of Law, Cambridge 2021 (zit. KRYGIER, Democracy and the Rule of Law), 406 ff.; KRYGIER MARTIN, Rule of Law, in: Rosenfeld Michael/ Sajó András (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012 (zit. KRYGIER, Rule of Law), 233 ff.

Dagegen bestünden anatomische Ansätze vornehmlich in der Stipulation rechtlich-institutioneller Komponenten, wie etwa Regeln[121], Verfahren[122], Institutionen[123] oder bestimmter materieller Inhalte[124] und versuchten damit gewissermassen eine Liste notwendiger Zutaten der Rechtsstaatlichkeit zu formulieren.[125] Diese zweite Perspektive verkenne jedoch, dass Rechtsstaatlichkeit keine natürliche Einheit sei, die darauf warte entdeckt und beschrieben zu werden; vielmehr sei sie ein normatives Ideal, das ausgehend von seinem Zweck gedacht werden müsse.[126] Ein teleologisches Verständnis sei zudem mit dem Laienverständnis der Rechtsstaatlichkeit besser vereinbar.[127]

Bevor über die konkreten institutionellen Ausprägungen der Rechtsstaatlichkeit sinnvoll gesprochen werden könne, müsse die Frage vorgeschaltet werden, welchem Problem die Rechtsstaatlichkeit eigentlich begegnen solle. Erst vor dem Hintergrund dieses normativen Zielhorizonts liessen sich geeignete Mittel zu seiner Erreichung oder zumindest seiner Annäherung identifizieren und bewerten.[128]

Welche konkreten Mittel praktisch tauglich seien, sei historisch und kontextuell wandelbar,[129] womit die Notwendigkeit einer stetigen Anpassung an die sich verändernden Rahmenbedingungen einhergehe.[130] Eine starre, vorab definierte Aufzählung, etwa in der Gestalt einer Checkliste rechtsstaatlicher Voraussetzungen wird daher ausdrücklich abgelehnt.[131] Aus dieser Perspektive stelle sich Rechtsstaatlichkeit als das dar, was WALDRON als *solution concept*[132] bezeichnet: ein Konzept, das im Lichte konkreter Probleme zu verstehen ist, auf deren Lösung es abzielt.[133]

---

121 Vgl. FULLER (Fn. 75), RAZ (Fn. 32).
122 Vgl. WALDRON (Fn. 86).
123 Vgl. DICEY (Fn. 24).
124 Vgl. BINGHAM (Fn. 105).
125 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 466.
126 KRYGIER (Fn. 120), Rule of Law, 240.
127 KRYGIER (Fn. 120), Democracy and the Rule of Law, 410: «I venture that popular yearnings (…) are primarily concerned with the approximation of valued ends (…) rather than with specific, often technical means. Academics and promoters, by contrast, frequently enumerate institutional items as adding up to democracy or the rule of law, with little more than an intuitive leap from means to ends.»
128 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 466.
129 KRYGIER (Fn. 120), Democracy and the Rule of Law, 410.
130 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 466.
131 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 466.
132 Vgl. WALDRON (Fn. 29), Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?, 158.
133 KRYGIER (Fn. 120), Democracy and the Rule of Law, 409.

2. Das *Telos* der Rechtsstaatlichkeit

Als *Telos* und grundlegendes normatives Ziel der Rechtsstaatlichkeit der Rechtsstaatlichkeit identifiziert KRYGIER die Eindämmung willkürlicher Machtausübung.[134] Willkür bedrohe unausweichlich die Freiheit der ihr Unterworfenen, erzeuge anhaltende Angst, untergrabe verlässliche Erwartungshorizonte und verletze die Menschenwürde, indem sie Menschen zu blossen Objekten staatlicher Macht und damit zu Spielbällen der Launen von Machthabern degradiere.[135] Die Legitimität des Ziels der Willküreindämmung speist sich dabei aus ihrer instrumentellen Rolle als Voraussetzung zur Verhinderung dieser Gefährdungen. Die Eindämmung willkürlicher Machtausübung sei deshalb nicht nur ein Aspekt, sondern bilde das konstitutive Fundament einer rechtsstaatlichen Ordnung. Sei dieses Fundament nicht gewährleistet, gerieten die darauf aufbauenden Teile in eine prekäre Lage.[136]

Dieses teleologische Verständnis der Rechtsstaatlichkeit sei aufgrund ihrer klaren normativen Stossrichtung für den Umgang mit populistischer Politik besser geeignet als anatomische Ansätze:

> «This, by the way, is another reason to favor teleological over anatomical legal/formal conceptions of the rule of law: when populists make over legal institutions with cadres and legal ruses and purposes designed to lubricate their arbitrary sway over power, the ideal of the rule of law is being violated, even while forms familiar in the rule of law institutional ‹laundry lists› are being perpetuated, honored, so to say, in the breach.»[137]

Dabei betont KRYGIER, dass die Eindämmung willkürlicher Machtausübung nicht mit blosser Macht*beschränkung* gleichzusetzen sei. Vielmehr gehe es darum, Macht durch Gegenkräfte auszugleichen und in einer Weise zu gestalten, die ihre Ausübung legitim, verlässlich und kontrollierbar mache. Das Ziel sei deshalb nicht primär die Schwächung, sondern in vieler Hinsicht auch eine Stärkung der Macht, allerdings kanalisiert auf legitime Zwecke.[138] Dazu brauche es nicht nur Ressourcen, sondern auch soziale und politische Strukturen, normative Orientierungen, effektive Technologien, Anreize für gutes Handeln, Schutzmechanismen gegen Machtmissbrauch und nicht zuletzt Zeit

---

134 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 467.

135 KRYGIER (Fn. 120), Rule of Law, 242.

136 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 470: «Ceilings are often more attractive than foundations, but the former are precarious unless the latter are secure.»

137 KRYGIER (Fn. 120), Democracy and the Rule of Law, 418; mit Verweis auf die von WALDRON geprägte Bezeichnung der *laundry lists*, s. WALDRON (Fn. 86), 161.

138 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 471 f., 471: «Weakness is not a virtue of the rule of law.»

und Glück.[139] Dieser vorgebrachte teleologische Zugang intendiert somit keine Vernachlässigung der Bedeutung der Operationalisierung und Institutionalisierung der Rechtsstaatlichkeit, sondern stellt deren Bewertung in einen normativen Zusammenhang.

Es bleibe aber zu beachten, dass auch wenn sich bestimmte Institutionen historisch als effektiv erwiesen hätten, Mittel oft kontingenter, vielfältiger und verhandelbarer seien als ihre normativen Zielsetzungen.[140] KRYGIER betont deshalb die Wichtigkeit einer grundsätzlich offenen Haltung auch gegenüber möglicherweise auf den ersten Blick exotisch anmutenden Konkretisierungen der Rechtsstaatsidee.[141] Es sei zudem stets der Gefahr bewusst zu sein, dass vertraute Institutionen zu blossen Parodien ihrer eigentlichen Zielsetzungen verkommen könnten.[142]

F. Kritische Würdigung

1. Reine Formalität?

Wie WALDRON zurecht bemerkt, werden auch formelle Konzeptionen der Rechtsstaatlichkeit nicht aus formalistischen Gründen formuliert und verteidigt. Ausgangspunkt für FULLER ist die Bestimmung notwendiger Elemente eines Rechtssystems. RAZ formuliert seine Kriterien der Rechtsstaatlichkeit mit Blick auf die verhaltenssteuernde Funktion des Rechts. Da die Herrschaftsausübung durch rechtliche Mittel – im Gegensatz zu anderen Formen der Herrschaftsausübung – als einzige mit der Menschenwürde vereinbar sei, bildet diese für beide Autoren bereits ein zentrales, grundsätzliches Bekenntnis zur Menschenwürde. Sowohl FULLER als auch RAZ begründen die von ihnen identifizierten Prinzipien damit letztlich mit Verweis auf den Begriff der Menschenwürde. Die nachfolgenden Bemerkungen sollen die unter dem Titel der For-

---

139 KRYGIER (Fn. 120), Pressures Old and New, 462.

140 KRYGIER (Fn. 120), Democracy and the Rule of Law, 410: «We should be open to the probability that institutional means are more contingent, various and negotiable than ultimate ends, unless we have more evidence than is typically adduced (…) to think otherwise.»

141 KRYGIER (Fn. 120), Democracy and the Rule of Law, 411: «Conversely and perhaps hypothetically, were we to find polities and social orders which contrived to generate popular rule and constraint on possibilities of arbitrary power in ways and circumstances that never occurred to us, it seems to me we should praise them in terms of the ideals of democracy and the rule of law, however they managed to do it. We might even learn something important from their exotic ways. Instead, it is more common to export particular political and legal institutions to benighted countries believed to be deficient in democracy and the rule of law, and then lament the ineffectiveness of the transplants to do what they were thought to do at home.»

142 KRYGIER (Fn. 120), Democracy and the Rule of Law, 410.

malität geführten und verteidigten Konzeptionen der Rechtsstaatlichkeit auf ihre normativen Grundlagen im Allgemeinen und auf ihr Verhältnis zum Begriff der Menschenwürde im Besonderen hin untersuchen.

Ein wichtiges Element der Rechtsstaatlichkeit im formellen Sinn ist nach traditioneller Auffassung die Generalität von Rechtsnormen, bzw. ihre im Rahmen des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) geforderte generell-abstrakte Struktur. Dieses Kriterium bildet eine zentrale Voraussetzung für eine rechtsgleiche Behandlung der Rechtssubjekte. Die Einhaltung gewisser Gleichheitsrelationen ist für eine gerechte Ausgestaltung der Rechtsordnung essenziell.[143]

Dass das Recht, um Legitimität beanspruchen zu können, minimale Vernunftmassstäbe einhalten muss, wird in verschiedenen Kriterien deutlich. Das Recht soll etwa verständlich, d.h. einer vernünftigen Interpretation zugänglich sein und nicht mit anderen Normen (Kohärenz) oder mit ihrer konkreten Anwendung (Kongruenz) im Widerspruch stehen.

Zudem ist festzuhalten, dass die Bindung des Staatshandelns an das Recht eine Grundvoraussetzung der Demokratie ist: Der Staat soll in seinem Handeln an die durch demokratische Prozesse generierten Gesetze gebunden sein. Die teilweise vertretene strikte Dichotomie zwischen Demokratie und Rechtsstaat ist nicht zuletzt aus diesem Grund eine falsche. Das Legalitätsprinzip – nach traditioneller Auffassung zentrales Element der Rechtsstaatlichkeit im formellen Sinn – findet seine normative Grundlage in seiner demokratischen Funktion.

In diesem Sinne sind auch weitere formelle Elemente der Rechtsstaatlichkeit zu lesen. Sie sind für die praktische Wirksamkeit des demokratisch erlassenen Rechts unerlässlich. Es liegt auf der Hand, dass Gesetze, wenn sie demokratische Entscheide umsetzen sollen, prospektiv formuliert sein müssen. Auch unveröffentlichte oder sich ständig ändernde Rechtsnormen können keine gesellschaftsordnende Wirkung entfalten.

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Prospektivität ist weiterhin anzumerken, dass sich die Rechtsprechung zwar an den prospektiv formulierten Rechtsnormen, bzw. an den in vorangehenden Urteilen konkretisierten Rechtsprinzipien orientiert und das geltende Recht auf diese Weise präzisiert. Durch diese Präzisierungen tragen die Gerichte massgeblich zur Weiterentwicklung des Rechts bei. Konkrete Fälle (in der Regel vollzogene Sachverhalte) werden aber bereits nach diesem präzisierten, bzw. weiterentwickelten Recht beurteilt. Insofern enthalten viele Urteile ein gewisses rückwirkendes Element. Ge-

143 Zum engen Verhältnis zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit vgl. MAHLMANN (Fn. 27), § 34 Rz. 7 ff.

richtsurteile sind nicht folgenlose Sachverhaltssubsumtionen, sondern haben durch ihren Eingang in den *Corpus iuris* Wirkung in die Zukunft. Dies ist in der Tradition des *Common law* besonders deutlich sichtbar; die Bedeutung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch in unserem Rechtskreis nicht zu unterschätzen.

Die normative Wertgleichheit der Menschen ist integraler Bestandteil der Menschenwürde. In überzeugenden Begründungssträngen der Menschenwürde spielt die menschliche Vernunftfähigkeit eine tragende Rolle. Da die Demokratie die einzige Staatsform ist, die es mit menschlicher Autonomie, Selbstbestimmung und normativer Gleichheit ernst meint, ist in der Bindung des Staates an das Recht in seiner demokratischen Funktion ein weiterer Nexus zum Begriff der Menschenwürde zu erkennen. Die Bezugnahme auf die Menschenwürde ist im Kontext der Formulierung eines minimalen Gehalts einer legitimen Rechtsordnung aus diesen Gründen grundsätzlich plausibel.

Herrschaftsausübung durch rechtliche Mittel mag zwar gegenüber anderen Machtformen vorzugswürdig sein, sie bildet aber deswegen noch keinen Selbstzweck – ihre Vorzugswürdigkeit ergibt sich mit anderen Worten nicht aus sich selbst heraus. Eine Rechtsordnung, die ihre Rechtssubjekte effizient in den Abgrund steuert, kann keine Legitimität beanspruchen, da sie ihre eigenen normativen Grundlagen untergräbt.

Die traditionell als formell bezeichneten Elemente der Rechtsstaatlichkeit sind Ausdruck tieferer normativer Prinzipien. Sie werden in Bezug auf diese überhaupt formuliert und verteidigt. Dieser Befund hat praktische Konsequenzen. Rein formelle Prinzipien wären als solche in konkreten Abwägungsprozessen – auf die es in der Rechtspraxis im Einzelfall entscheidend ankommt – nicht verwertbar, da ihnen jeder substanzielle Gehalt gerade abgesprochen wird. Das materielle Gewicht des Legalitätsprinzips lässt sich, etwa in Fragen des Vertrauensschutzes,[144] nur mit Blick auf seine normativen Grundlagen bestimmen.

Vor dem Hintergrund der normativen Wertgleichheit der Menschen und ihrer Fähigkeit zur autonomen Selbstbestimmung werden Ungleichbehandlungen und Fremdbestimmung rechtfertigungsbedürftig. Demokratische Entscheidungsverfahren, als Ausdruck institutionalisierter Selbstbestimmung, legitimieren prozedural die Bindung des Einzelnen an kollektive Entscheide. Um legitime Bindungskraft zu entfalten, müssen diese kollektiv getroffenen Entscheide zudem inhaltlich gewissen minimalen Gleichheits- und Vernunftmassstäben genügen.

144 Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 61), Rz. 626.

Eine Untersuchung der Konzeptionen der Rechtsstaatlichkeit die unter dem Titel der Formalität geführt und verteidigt werden, verdeutlicht den in ihren Forderungen ausgedrückten substanziellen Gehalt und ihr in Abwägungsprozessen nicht leichthin zu übergehendes Gewicht. Sie formulieren prozedurale und inhaltliche Massstäbe an das Recht. Der traditionell vertretene Gegensatz zwischen formellen und materiellen Prinzipien im Kontext der Rechtsstaatlichkeit bleibt daher ein oberflächlicher.

2. Rationalität und Fallibilität des Rechts

Auch die von WALDRON formulierten prozeduralen Elemente der Rechtsstaatlichkeit weisen über sich selbst hinaus. Die Anhörung durch ein unabhängiges, unparteiisches Gericht und das Recht auf Verteidigung sind etwa Voraussetzungen einer rechtsgleichen Behandlung, die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung staatlichen Handelns Ausdruck einer institutionalisierten Anerkennung staatlicher Fallibilität.

Während prozedurale und institutionelle Elemente bei RAZ lediglich der konsequenten Verwirklichung seiner ersten drei Prinzipien, bzw. letztlich der effizienten Verhaltenssteuerung durch rechtliche Mittel dienen, setzt WALDRON entschieden andere Schwerpunkte. Er verteidigt ein differenzierteres Verständnis der rechtlichen Verhaltenssteuerung und betont die rationalisierende Kraft deliberativer Momente des Verfahrensrechts, das subversive Potenzial eines guten Arguments, sowie die konkrete, zentrale Bedeutung von Verfahren aus der Perspektive des Individuums.

Die von WALDRON in Ergänzung zu den anerkannten formellen Kriterien der Rechtsstaatlichkeit formulierten prozeduralen Kriterien lassen sich im Grunde als notwendige Bedingungen für die Wahrung der Subjektstellung des Einzelnen in staatlichen Verfahren verstehen. Der Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und der Wahrung der Menschenwürde nimmt entsprechend auch bei WALDRON eine prominente Rolle ein. Eine menschenwürdige Ausgestaltung des Verfahrensrechts bildet, wie MAHLMANN zu Recht feststellt, einen normativen Eigenwert:

> «Wenn wir die Würde der Menschen als autonome Rechtsgenossen erst nehmen wollen, müssen die prozessualen Rechte entsprechend gestaltet werden und zwar nicht nur um eines bestimmten Ergebnisses willen, das durch das Verfahren sichergestellt wird, sondern weil es für die Betroffenen schon viel zählt, wie das Ergebnis erreicht worden ist. Verfahrensrecht hat deswegen für eine

Rechtsordnung ein hohes normatives Gewicht, das instrumentale Erwägungen überschreitet.»[145]

GRAEBER beschreibt durch das Gewaltmonopol verursachte systemische blinde Flecken (*dead zones of the imagination*) des Staates.[146] Die Gewaltasymmetrie zwischen Staat und Individuum verringere die Notwendigkeit von Kommunikation und gegenseitiger Rücksichtnahme und ermögliche dem Staat auf diese Weise, bis zu einem gewissen Grad auf die Beachtung individueller Standpunkte zu verzichten.[147] Aus dieser Perspektive bildet das Verfahrensrecht die Möglichkeit, blinde Flecken des Staates zu benennen, individuelle Standpunkte vorzubringen und ihre Berücksichtigung rechtlich durchzusetzen.

3. Grenzenlose Ansprüche?

Die von RAZ ausgedrückte Gefahr eines übersättigten Rechtsstaatsbegriffs, der mit einer umfassend gerechten Ausgestaltung des Rechts gleichbedeutend wird und dadurch jeden eigenständigen Gehalt zu verlieren droht, ist ernst zu nehmen. Es sprechen damit durchaus gute Gründe für einen engeren Rechtstaatsbegriff, der auf konzise Weise die Bedeutung der Bindung des Staates an demokratisch erlassenes Recht, die Wahrung der Subjektstellung in staatlichen Verfahren sowie die Einhaltung gewisser minimaler Gleichheits- und Vernunftmassstäbe zu verkörpern vermag.

Der Rechtsstaatsbegriff der schweizerischen Bundesverfassung scheint allerdings, wie festgestellt, gerade alle legitimierenden Elemente der Verfassungsordnung zu erfassen. Den Vorwurf einer gewissen Verwässerung des klaren, eigenständigen Begriffsgehalts der Rechtsstaatlichkeit wird sich dieser Rechtsstaatsbegriff deshalb wohl entgegenhalten lassen müssen. Am hohen Anspruch der umfassenden Bindung des Staatshandelns an eine an der Ge-

---

145 MAHLMANN MATTHIAS, Theorie und Verfahren, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sago Miguel (Hrsg.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung: Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, 437 ff., 440 m.w.H. zu den Grenzen prozeduralistischer Theorien.

146 GRAEBER DAVID, The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy, New York 2016, 45 ff., 57: «What I would like to argue is that situations created by violence – particularly structural violence, by which I mean forms of pervasive social inequality that are ultimately backed up by the threat of physical harm – invariably tend to create the kinds of willful blindness we normally associate with bureaucratic procedures.»

147 GRAEBER (Fn. 146), 67 f.: «It strikes me that what is really important about violence is that it is perhaps the only form of human action that holds out even the possibility of having social effects without being communicative. To be more precise: violence may well be the only way it is possible for one human being to do something which will have relatively predictable effects on the actions of a person about whom they know nothing.»

rechtigkeit orientierten Rechtsordnung kann dagegen nichts auszusetzen sein.

Während Gerechtigkeit maximalistische Ansprüche stellen kann, sind die Grundrechte als Minimalgarantien ausgestaltet. Ein Rechtsstaatsverständnis, welches die Wahrung der Grundrechte einschliesst, ist deshalb nicht bereits auf eine umfassende Gerechtigkeitsverwirklichung ausgerichtet. Wie BINGHAM zu Recht betont, droht ein Rechtsstaatsbegriff, der Grundrechtsverletzungen theoretisch zulässt, vielmehr seine eigenen Grundlagen zu untergraben.

4. Institutioneller Pluralismus

KRYGIERS Betonung der normativen Natur des Konzepts der Rechtsstaatlichkeit ist methodisch fundamental. Gleichsam wird in der Kritik allzu dogmatischer «Checklisten»-Modelle verdeutlicht, dass Rechtsstaatlichkeit nicht in blosser institutioneller Aufzählung aufgeht. Der Übergang von einem rein deskriptiven zu einem normativen Annäherungsmodus sowie die Differenzierung zwischen Zweck und Mittel der Rechtsstaatlichkeit markieren grundlegende und überzeugende Weichenstellungen in der konzeptionellen Auseinandersetzung.

In konsequenter Anwendung seines vorgeschlagenen Zugangs postuliert KRYGIER die Eindämmung willkürlicher Macht als entscheidendes *Telos* der Rechtsstaatlichkeit. Dabei wird die Willküreindämmung nicht bloss als Machtbeschränkung verstanden, sondern als komplexes, praktisch-normatives Ideal im Sinne einer *well-tempered power*.

Bei der Begründung des vorgeschlagenen *Telos* rekurriert KRYGIER in letzter Instanz auf dessen instrumentellen Wert: Willküreindämmung sei notwendige Voraussetzung der Gewährleistung zentraler Schutzgüter wie Freiheit, Menschenwürde, Sicherheit und verlässlicher Erwartungsstrukturen. Willküreindämmung als normatives *Telos* der Rechtsstaatlichkeit lässt sich mithin nur mit Rückgriff auf jene Schutzgüter der Rechtssubjekte überzeugend begründen. Insofern erscheint Willküreindämmung nicht als Ziel an sich, sondern letztlich als grundlegendes Mittel zur Verwirklichung eines übergeordneten *Telos*, welches im Schutz der genannten Güter liegt.

Dieser teleologische Ansatz zeugt von begründeter Offenheit gegenüber bislang unvertrauten, jedoch potenziell fruchtbaren Verwirklichungsversuchen der Rechtsstaatlichkeitsidee, ohne dabei die Möglichkeit eines universellen normativen Kerns des Konzepts aus den Augen zu verlieren oder einem naiven Relativismus zu verfallen. Eine solche Offenheit ist Ausdruck einer realistischen epistemologischen Haltung, die sich ihrer Fallibilität bewusst bleibt:

> «Universalism as an epistemological stance gives no reason whatsoever for anybody to be sure that she has in fact reached normative insights of universal validity. The reason for this is the consciousness of the irredeemable fallibility of human thought (…). This consciousness of the fallibility of human practical thought has a pragmatic side: It implies the necessity of the freedom for experiments in living, of attempts to explore different forms of realisations of certain important normative principles. This is equally evident for systems of government, of federalism etc. Such systems offer the opportunity for many choices in institutional design that may all, in a comparable way, be suitable to serve the basic values of constitutionalism. There is more than one way to organise a constitutional state well.»[148]

Vor diesem Hintergrund ist etwa die (eingangs erwähnte) Beurteilung, ob Art. 190 BV ein rechtsstaatliches Defizit darstellt, als offene Frage zu behandeln, welche nicht zuletzt im Kontext der Bundesverfassung und mit Blick auf die konkreten Auswirkungen dieser Bestimmungen zu beantworten ist. So wäre etwa zu berücksichtigen, dass diesem Artikel vor dem Hintergrund der fehlenden Gesetzesinitiative auf Bundesebene auch ein mässigendes – im Sinne KRYGIERS deshalb gerade auch ein genuin rechtsstaatliches – Element innewohnt. Pauschale Verweise auf die Rechtsstaatlichkeit zur Kritik von Art. 190 BV vermögen jedenfalls ebenso wenig zu überzeugen wie die gleichermassen oberflächliche Berufung auf die Demokratie zu seiner Verteidigung.[149]

> «For many, review by an independent judiciary is the sine qua non of the Rule of Law. A system whose courts do not have the power to check legislative and executive action, or are subject to political control, is one in which the law does not reign supreme. Others believe that judicial review by politically unaccountable courts is the antithesis of the Rule of Law, the very definition of the ‹rule of men›. This debate is nothing but a dispute over institutional design. Both sides agree that accountability is necessary to safeguard against official misconduct; they simply disagree over which accountability mechanism is most efficient: interbranch competition or elections. Because the answers to such questions are not at all obvious, we should not expect debates about the Rule of Law to disappear any time soon.»[150]

---

148 MAHLMANN MATTHIAS, Normative Universalism and Constitutional Pluralism, Kapitel 16 in: Motoc Iulia/Pinto de Albuquerque Paulo/Wojtyczek Krysztof (Hrsg.), Liber amicorum András Sajó: Internationalisation of Constitutional Law, 2017, 25 f.

149 Vor einem unterkomplexen Verständnis der Rolle der Judikative im rechtsstaatlichen Gefüge warnen auch andere Autoren; vgl. etwa WALDRON (Fn. 86), 154 ff.

150 SHAPIRO SCOTT J., Legality, Cambridge MA 2011, 397 f.

IV. Wehrhafte Rechtsstaatlichkeit

A. *Militant Rule of Law*

Der zunehmende Zerfall liberaler Demokratien und ihr Übergang in populistische bzw. souveränistische Herrschaftsformen geht nach der Auffassung Sajós mit einer schleichenden Aushöhlung der Rechtsstaatlichkeit einher. Damit ergebe sich das Bedürfnis, die Resilienz der juristischen Gemeinschaft gegenüber dieser politischen und gesellschaftlichen Tendenz zu stärken.[151]

Als zentrale Triebfeder und Konsequenz der schleichenden Untergrabung der Rechtsstaatlichkeit identifiziert Sajó sogenanntes *Not-so-Bad Law*. Dieses sei im Gegensatz zu *Evil Law* nicht offen rechtswidrig oder unmoralisch, aber dennoch Ausdruck systematischen Betrugs, formalen Missbrauchs oder bewusst in Kauf genommener Unvernunft.[152] Als bloss imperfektes Recht falle es nicht unter die *Radbruch'sche Formel*.[153] Die rechtstheoretische Erfassung von Imperfektionen des Rechts sei unterentwickelt, da imperfektes Recht weder für klassisch positivistische noch für idealorientierte Theorien eine Rolle spiele.[154] Dies sei deshalb problematisch, weil imperfektes Recht in der Realität für alle Rechtsordnungen nicht die Ausnahme, sondern die Regel darstelle.[155] Rechtliche Imperfektionen seien nach ihrer Ursache sowie dem Grad ihrer strukturellen Ausprägung qualitativ zu unterscheiden.[156]

Ausgehend von diesem Befund der Schieflage und der daraus resultierenden Notwendigkeit der Suche nach wirksamen Antidoten gegen die Untergrabung der Rechtsstaatlichkeit entwickelt Sajó den Ansatz der *Militant Rule of Law*, welcher im Kern darin besteht, den inhärenten Spannungen und selbstzerstörerischen Tendenzen des Rechtsstaatlichkeitsprinzip mit einer konsequenten Anwendung seiner eigenen, bereits bestehenden und anerkannten Grundprinzipien entgegenzutreten.[157] Dabei betont Sajó, dass es nicht um die Formulierung einer abstrakten Theorie hochgestochener, ausserrechtlicher Werte, sondern um die Aktivierung anerkannter, interner Gerechtigkeitsstandards des Rechts gehe. Darunter seien Maximen, Vorschriften, Standards, sowie in-

151 Sajó (Fn. 11), 526.
152 Sajó (Fn. 11), 528 ff.
153 Sajó (Fn. 11), 535.
154 Sajó (Fn. 11), 530 ff.
155 Sajó (Fn. 11), 530.
156 Sajó (Fn. 11), 534.
157 Sajó (Fn. 11), 526: «Militant rule of law refers to the aggressive use of recognized rule of law principles and exceptions. Militant rule of law responds to the inherent weaknesses of the rule of law, which continue to enable the abuse of law.»

stitutionelle Regelungen zu verstehen, welche über lange Zeit hinweg anerkannte Bestandteile der Rechtstradition darstellen und den unangefochtenen Gehalt der akzeptierten Rechtskultur repräsentieren.[158] Als Beispiele für solche interne Gerechtigkeitsstandards nennt SAJÓ: Legalität, Allgemeingültigkeit, Klarheit, Vernünftigkeit, Gleichheit, Fairness, sowie die Rechtsgrundsätze *nullum crimen sine lege*, *audiatur et altera pars* oder *nemo iudex in causa sua.* Letztlich handle es sich dabei um den moralischen Anspruch der Rechtsstaatlichkeit.[159] Entscheidend sei, dass diese Prinzipien zur Willkürminimierung und dadurch zur Stärkung der Freiheit der Rechtssubjekte führen.[160] Dabei bleibe das Recht aber inhaltsoffen.[161]

SAJÓ formuliert seinen Ansatz aus pragmatischen Gründen bewusst in der Sprache des Positivismus.[162] Gleichzeitig kritisiert er ein allzu enges positivistisches Verständnis, demzufolge Gesetze allein aufgrund ihrer ordnungsgemässen Verabschiedung uneingeschränkt zu akzeptieren seien, und warnt insbesondere vor einer Reduktion der Rechtsstaatlichkeit auf blosse Legalität: Wenn Legalität zum Selbstzweck werde, verkehre sich ihr Potenzial ins Gegenteil.[163] Indem die Rechtsstaatlichkeit ihre selbstkorrigierenden Mechanismen eliminiere, treibe sie ihre eigene Aushöhlung voran[164] – dies komme einem Selbstmordpakt gleich.[165] Neben der grundsätzlichen sozio-politischen Bereitschaft sich für die demokratische Verfassungsordnung einzusetzen, bedürfe es konkreter rechtlicher Instrumente um dem Niedergang der Rechtsstaatlichkeit wirksam entgegenzutreten.[166]

Gemäss traditioneller positivistischer Theorien genüge für die Gültigkeit einer Rechtsnorm ihr rechtmässiges Zustandekommen.[167] Rechtsstaatliche Massstäbe, insbesondere die Wahrung der Rechtsgleichheit als anerkannter Bestandteil der

158 SAJÓ (Fn. 11), 527.
159 SAJÓ (Fn. 11), 543.
160 SAJÓ (Fn. 11), 543.
161 SAJÓ (Fn. 11), 543.
162 SAJÓ (Fn. 11), 526: «In the closed legal world of positivism where only legal validity matters, only legal positivist arguments have a chance to be considered by the servants of the law.»
163 SAJÓ (Fn. 11), 547: «The rule of law, if reduced to naked legality, will turn against the rule of law as it enables and reinforces rule by law. This means that instead of preventing and reducing the arbitrariness of power, legality becomes the transmission belt of power aggrandizement.»
164 SAJÓ (Fn. 11), 547.
165 SAJÓ (Fn. 11), 527.
166 SAJÓ (Fn. 11), 535 f.
167 SAJÓ (Fn. 11), 536 f.

Rechtsstaatlichkeit, seien im Rahmen dieser Überprüfung des rechtmässigen Zustandekommens von Rechtsnormen konsequent anzuwenden.[168]

Illiberale Demokraten etablierten charakteristischerweise ein rechtlich abgesichertes System verdeckter Privilegien.[169] Diesem Phänomen sei mit dem Massstab der Vernünftigkeit zu begegnen. Dieser sei fester Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit: Gesetze, die auf bewussten Lügen, systematischem Betrug und Machtmissbrauch beruhen, seien an sich unvernünftig, mithin mit der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar.[170] Unter Umständen könne ein unvernünftiger Rechtsakt gar für nichtig erklärt werden.[171]

Auf praktischer Ebene fordert SAJÓ Widerstand in der Gestalt bewusster, moralisch begründeter Auslegung innerhalb bestehender Interpretationsspielräume des Rechts. Selbst aus einer strikt rechtspositivistischen Perspektive sei anzuerkennen, dass Rechtsanwendende über beträchtliche Ermessenspielräume verfügen, den sie zur Rettung der Rechtsstaatlichkeit einsetzen können.[172] SAJÓ sieht in diesen Spielräumen eine entscheidende Möglichkeit zur Wiederherstellung rechtsstaatlicher Resilienz, gerade in Rechtsordnungen, in denen die institutionellen Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit bereits stark erodiert sind.[173] Dieser rechtsstaatlich begründete Gebrauch von Interpretationsspielräumen bilde einen möglichen Weg der rettenden Einflussnahme, ohne dass Rechtsanwendende heroische Risiken eingehen oder sich offen gegen geltendes, moralisch verwerfliches Recht auflehnen müssten.[174]

---

168 SAJÓ (Fn. 11), 538 f.: «The rule of law, being a constitutionally recognized component of the legal system enables the review of the source's merit (within the source) in practical legal work, allowing officials to find norms that undermine the rule of law to be void. Formal legality in itself cannot thereby undo unreasonableness and therefore cannot save the enactment.»

169 SAJÓ (Fn. 11), 539 f., 540: «Wherever you look in this legal system you will notice that the ruler dutifully plays according to the rules of the poker game, but he always wins. Looking closer still, you will notice that the ruler always has an extra card up his sleeve.»; Vgl. SAJÓ (Fn. 9), 237 ff. m.w.H.

170 SAJÓ (Fn. 11), 541: «Where the legal system is based on cheating, it comes into conflict not only with elementary morals (which is not a legal consideration), but with reason too, and reasonableness is part of the rule of law. A decision based on lies is unreasonable.»

171 SAJÓ (Fn. 11), 546: «Where an administrative decision is not based on relevant facts, or is based on conclusions which though purporting to base themselves upon relevant facts are non sequitur, this should also constitute a ground for voidness.»

172 SAJÓ (Fn. 11), 542 f.: «(E)ven if we assume that all properly adopted law is valid, the law-applying authorities still retain considerable wiggle-room. The administrator and the judge retain considerable liberty in determining what kind of meaning is to be attributed to the valid law, and this itself serve is a source of resistance to attacks on the rule of law.»

173 SAJÓ (Fn. 11), 543 f.

174 SAJÓ (Fn. 11), 544 f.: «Judges – including apex court judges – are not Dworkinian heroes of the Herculean sort, and are not trained to be moral warriors. (…) They are not socialized to

Sollten sich illiberale Kräfte durch ihre systematischen Betrügereien langfristig durchsetzen können, bedeute dies nichts weniger als den Untergang der Demokratie:

> «The morality (or better: lack thereof) of officials will become that of subjects. Moreover, there is a generalized loss of trust both in authorities and in fellow citizens. Faith in the possibilities for rational discourse disappears in the fake contrast between friend and enemy. This means the end of substantive democracy, as there is no democracy without reason-based deliberation. (…) The logic of illiberalism and the attachment to cheating will drive even unwilling leaders to be less and less modest in their autocracy, and yet the same minority will keep the leader in power democratically, even after he became despotic. Despotism exists by the verdict of our souls and by the consent of the citizens who accept it as their own regime and love it as their mirror image. A selective, blurred and segmented despotism is still only despotism.»[175]

B. Kritische Würdigung

SAJÓ verdeutlicht auf konzise und eindringliche Weise die derzeit zu beobachtende, schleichende Erosion der Rechtsstaatlichkeit durch illiberale politische Kräfte. Als konkrete Strategie für den Umgang mit den rechtlichen Konsequenzen dieser Tendenzen, insbesondere in Form von *Not-so-Bad Law*, formuliert er einen vielversprechenden Lösungsansatz, der nähere Betrachtung verdient.

Rechtlicher Imperfektion, welche SAJÓ als blinden Fleck der Rechtstheorie identifiziert, soll durch die konsequente Anwendung theoretisch etablierter, rechtlich anerkannter und deshalb mit einem positivistischen Rechtsverständnis vereinbarer rechtsstaatlicher Prinzipien begegnet werden. Eine zentrale Rolle spielen dabei die Prinzipien der Rechtsgleichheit und der Vernünftigkeit. Die Identifikation dieser Prinzipien als tragende Elemente der Rechtsstaatlichkeit wird überzeugend dargelegt. Ob vor dem Hintergrund dieser Massstäbe allerdings noch von einer genuinen Inhaltsoffenheit des Rechts gesprochen werden kann, erscheint aus unserer Sicht fraglich. Ihre theoretische Begründung und Qualifikation als interne Gerechtigkeitsmassstäbe, sowie ihr Gewicht in konkreten Abwägungsprozessen lassen sich ohne die Berücksichtigung ihrer normativen, überpositiven Dimension nicht bestimmen. Die ge-

---

be heroes confronting evil nor do they have a duty to be heroic resistance fighters. I propose not that the judge confronts evil, nor even the banality of evil. I am merely suggesting that they confront a routine and banal system of lies, brainwashing, and of both grand and petty theft.»

175 SAJÓ (Fn. 9), 325 f.

wählte positivistische Sprache mag strategische Vorzüge haben, entspricht aber aus diesen Gründen nicht dem in diesem Beitrag gewählten Ansatz.

V. Fazit

Die Bindung des Staatshandelns an minimale Vernunft- und Gleichheitsmassstäbe sowie die Wahrung der Subjektstellung des Einzelnen in staatlichen Verfahren bilden den harten Kern der Rechtsstaatlichkeit. Sie weisen einen engen Zusammenhang mit der Vorstellung der Menschen als vernunftfähige, autonome und gleichwertige Subjekte auf und finden ihre normative Grundlage in der Idee der Menschenwürde. Aus dieser Perspektive erscheint Art. 5 BV nicht als «Selbstbindung des Staats»[176] an das geltende Recht, sondern als Anerkennung tieferer normativer Massstäbe, an denen sich die konkrete Ausgestaltung der Rechtsordnung und jedes Staatshandeln messen lassen müssen.

Die Berufung auf materielle Werte ist sowohl für die Begründung der traditionell als formell bezeichneten Kriterien der Rechtsstaatlichkeit als auch für die Bestimmung ihres normativen Gewichts in konkreten Abwägungsprozessen der Rechtspraxis unumgänglich.

Jeder Versuch der institutionellen Absicherung des zivilisatorischen Fortschritts, der in liberalen Verfassungsstaaten verkörpert wird, bleibt notwendigerweise fragil und der politischen Kultur weitgehend wehrlos ausgesetzt. Die Aufrechterhaltung rechtsstaatlicher Strukturen bleibt auf ihre kontinuierliche theoretische Verteidigung und praktische Einforderung angewiesen.

> «But remember, finally, the truth as well as its corruption. The justice we have imagined begins in what seems an unchallengeable proposition: that government must treat those under its dominion with equal concern and respect. That justice does not threaten – it expands – our liberty. It does not trade freedom for equality or the other way around. It does not cripple enterprise for the sake of cheats. It favors neither big nor small government but only just government. It is drawn from dignity and aims at dignity. It makes it easier and more likely for each of us to lead a good life well. Remember, too, that the stakes are more than mortal. Without dignity our lives are only blinks of duration. But if we manage to lead a good life well, we create something more. We write a subscript to our mortality. We make our lives tiny diamonds in the cosmic sands.»[177]

---

176 Müller Markus, Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maja/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 2, IV.11, Rz. 1.

177 Dworkin (Fn. 30), 422 f.

Rechtsentwicklung in der EU und die Schweiz

Erwartungen an das Decision Shaping im Rahmen der Bilateralen III

Johannes Rohrmann*

Inhalt

I. Einleitung 131

II. Teilnahme von Drittstaaten am EU-Binnenmarkt 133
A. Rechtsetzungsmonopol der EU 134
B. Rechtsetzungsverfahren in der EU 135

III. *Decision shaping* durch Drittstaaten bei der Ausarbeitung neuer EU-Rechtsakte 139
A. Europäischer Wirtschaftsraum 139
B. Bilaterales Recht *de lege lata* 142
1. Rechtsentwicklung ab 1999 142
2. Insbesondere: *decision shaping* bei Schengen 146
3. Zwischenfazit 148

IV. Bilaterale III und *decision shaping* 149
A. Verfahren 149
B. Herausforderungen 152

V. Fazit 155

I. Einleitung

Am 13. Juni 2025 haben der Bundesrat und die Europäische Kommission die Entwürfe der aktualisierten und neuen Abkommen des Pakets zur «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU» (Bilaterale III) veröffentlicht.[1] Erklärtes Ziel der Schweiz ist es, mittels dieser Abkommen

* Der Autor dankt Prof. Dr. iur. Matthias Oesch, Professor für öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Zürich, und Dr. iur. Raphael Dummermuth, Oberassistent an der Universität Basel.

1 Europäische Kommission, Commission proposals concerning the broad package of agreements with Switzerland vom 13. Juni 2025, <https://commission.europa.eu/publications/commission-proposals-concerning-broad-package-agreements-switzerland_en> bzw. EDA, Medienmitteilung vom 13. Juni 2025, Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zum Paket Schweiz-EU, <https://www.europa.eda.admin.ch/de/vernehmlassung-paket-schweiz-eu>.

in klar definierten Bereichen am EU-Binnenmarkt teilzunehmen.[2] Die bedeutendste Neuerung der bereits bestehenden, durch die Bilateralen III aber aktualisierten Binnenmarktabkommen (Personenfreizügigkeit, Landverkehr, Luftverkehr und technische Handelshemmnisse) und der beiden neu verhandelten Binnenmarktabkommen (Strom und Lebensmittelsicherheit) besteht in der staatsvertraglichen Verpflichtung der Schweiz, neu erlassenes EU-Recht in den jeweiligen Sachbereichen der Abkommen zu übernehmen. Diese Verpflichtung wird gemeinhin als Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme bezeichnet.

Im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme wird vorgebracht, die Schweiz müsse EU-Recht übernehmen, obwohl sie als Drittstaat nicht vollumfänglich an der Rechtsentwicklung innerhalb der EU teilnehmen könne.[3] Im Sinne des diesjährigen Leitthemas des APARIUZ-Sammelbands «Gegenwärtige Schieflagen – Über Erwartungen und Enttäuschungen im Recht» ist dieser Umstand als *Schieflage* zu bezeichnen. Sodann ist als «institutionelles Gegengewicht»[4] in den jeweiligen Vertragsentwürfen vorgesehen, dass die Schweiz an der Ausarbeitung des neuen EU-Rechts, welches sie zu übernehmen hat, beteiligt wird (*decision shaping*). Der Begriff des *decision shaping* stammt ursprünglich aus dem EWR-Recht und bezeichnet die Tätigkeiten von Drittstaaten, mit denen diese versuchen, die Politik und die Rechtsvorschriften der EU bis zu deren formeller Verabschiedung zu beeinflussen.[5] Im Folgenden soll beleuchtet werden, ob *erwartet* werden kann, dass dieser Mechanismus der diagnostizierten *Schieflage* Abhilfe schafft oder in seiner Wirkung *enttäuscht*.

Die Teilnahme von Drittstaaten am EU-Binnenmarkt und die Übernahme des einschlägigen EU-Rechts in ausgewählten Bereichen sind erprobte Praxis (II.). Auch die drittstaatliche Mitwirkung am Gesetzgebungsprozess der EU ist an sich nichts Neues – die Schweiz hat ebenfalls bereits Erfahrungen damit (III.). Die in den aktualisierten und neu verhandelten Abkommen vorgesehenen

---

2 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 13. März 2026 über das Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU (Bilaterale III)» (zit. Bundesrat, Botschaft Bilaterale III), 64.

3 S. bspw. Zimmer Oliver, Brüssel einfach?, Hamburg 2025, 25; spezifisch zur schrumpfenden Gesetzgebungsfunktion der Bundesversammlung auf dem Gebiet der erfassten Binnenmarktabkommen s. Glaser Andreas, Die Volksabstimmung über das Paket Schweiz-EU, BZSR 69/2025, 30 ff.

4 Diese Wortschöpfung entstammt wohl der Feder des Bundesrates, welcher die Beteiligungs- und Mitspracherechte der Schweiz im Rahmen ihrer Schengen-Assoziierung als «institutionelles Gegengewicht» zur Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme bezeichnet (Bericht des Bundesrates vom 7. Juni 2013 in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1. Oktober 2010, Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs, BBl 2013, 6332).

5 Zum *decision shaping* im EWR s. unten Kap. III.A.

Mechanismen des *decision shaping* knüpfen an bereits bekannte Verfahren an; sich neu stellende Herausforderungen sollten aber nicht übersehen werden (IV.). Am Ende ordnet ein Fazit die gewonnenen Erkenntnisse ein (V.).

II. Teilnahme von Drittstaaten am EU-Binnenmarkt

Ähnlich wie sich gegenwärtig in der Schweiz die Frage nach rechtlich geregelten Beziehungen zur EU stellt, haben sich auch andere europäische Drittstaaten mit dieser Frage auseinandersetzen müssen. Derzeit zählt die EU 27 Mitgliedstaaten; doch längst nicht alle Staaten in Europa sind EU-Mitglieder. Europäische Drittstaaten können, unabhängig davon, ob eine EU-Mitgliedschaft für sie eine Option darstellt oder die Zeit dafür noch nicht reif scheint, am EU-Binnenmarkt partizipieren.[6] Die Partizipation am erweiterten Binnenmarkt wird durch verschiedene bilaterale und multilaterale Abkommen ermöglicht.[7] Sofern die EU mit Drittstaaten übereinkommt, dass diese am Binnenmarkt partizipieren, trifft Letztere die Pflicht, den binnenmarktrelevanten *Acquis* einschliesslich neuer Rechtsentwicklungen zu übernehmen.[8]

Im Einzelnen unterscheiden sich die jeweiligen Abkommen hinsichtlich des genauen Verfahrens zur Übernahme des künftigen EU *Acquis*. Gemein ist ihnen jedoch, dass den Drittstaaten im unionalen Rechtsetzungsverfahren kein eigentliches Mitentscheidungsrecht eingeräumt wird. Die EU bleibt allein zuständig für die Ausarbeitung und den Erlass des binnenmarktrelevanten *Acquis*; das Übernahmeverfahren ist nachgelagert. Die unionsrechtlichen Grundlagen des Rechtsetzungsmonopols werden im Folgenden kurz beleuchtet (A.), bevor das unionale Rechtsetzungsverfahren dargestellt wird (B.).

---

6 Zur drittstaatlichen Partizipation am EU-Binnenmarkt s. Öberg Marja-Liisa, The Boundaries of the EU Internal Market, Participation without Membership, Cambridge 2020, *passim*.

7 Für eine Übersicht dieser Abkommen s. Gstöhl Sieglinde/Phinnemore David, Privileged Partnerships Between the European Union and Third States, in: Gstöhl Sieglinde/Phinnemore David (Hrsg.), The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours, New York 2019, 9 ff. Auf EU-Ebene wurden die unterschiedlichen Modelle möglicher Beziehungen zwischen EU und Drittstaaten, einschliesslich einer möglichen Partizipation am EU-Binnenmarkt, im Nachgang des Brexits diskutiert, als sich die Frage nach den künftigen Beziehungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich ganz akut stellte. Berühmtheit erlangte die vom damaligen EU-Unterhändler Michel Barnier erstellte Grafik («Barnier-Treppe»), die mögliche Partizipations- und Assoziierungsformen für das Vereinigte Königreich nach dem Grad des Marktzugangs abstufte (Barnier Michel, La grande illusion: Journal secret du Brexit (2016-2020), Paris 2021, 144).

8 Baur Georges, Privileged Partnerships, The Partner Countries' (Institutional) Perspectives, in: Gstöhl Sieglinde/Phinnemore David (Hrsg.), The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours, New York 2019, 28 f.; s. ferner auch Öberg (Fn. 6), 77.

A. Rechtsetzungsmonopol der EU

Die EU hat bereits früh Kriterien für die drittstaatliche Partizipation am EU-Binnenmarkt formuliert. Anlässlich des EG-EFTA-Minister:innentreffens vom 20. Mai 1987 in Interlaken führte Willy De Clercq, der damalige Kommissar der EG für Aussenbeziehungen, aus, dass es ein zentrales Anliegen der Kommission sei, dass die EWG – aus welcher später die EU erwuchs – autonom über die im Binnenmarkt geltenden Regeln befinden solle.[9] Dieser Autonomieanspruch prägt die Haltung der EU gegenüber drittstaatlicher Binnenmarktpartizipation bis in die Gegenwart. So bekräftigen die Leitlinien des Europäischen Rates für die Verhandlungen über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus dem Jahr 2017 ausdrücklich, jegliches Abkommen mit dem Vereinigten Königreich müsse die Autonomie der EU im Hinblick auf ihre Beschlussfassung bewahren.[10] In ähnlicher Weise wurde der Autonomiegrundsatz auch in den Verhandlungsrichtlinien des Rates für institutionelle Bestimmungen in den Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz hervorgehoben, namentlich im Zusammenhang mit einer möglichen Teilnahme der Schweiz an EU-Programmen.[11]

Aus unionsverfassungsrechtlicher Perspektive basiert der Autonomieanspruch auf einem Ausgleich des mit der EU-Mitgliedschaft einhergehenden Souveränitäts- und Kontrollverlusts der Mitgliedstaaten, der durch Mitentscheidungsrechte auf unionaler Ebene kompensiert wird.[12] Der Autonomieanspruch verlangt, dass die Funktionsweise der Organe der EU bzw. deren freie Willensbildung auch nach Abschluss von internationalen Abkommen weiterhin gewährleistet ist.[13] Daraus folgt zwangsläufig, dass bei Abkommen, die Drittstaaten am EU-Binnenmarkt teilnehmen lassen und mit denen zu diesem

---

9 Die Rede von Willy De Clercq ist abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_87_32>.

10 Leitlinien des Europäischen Rates (Artikel 50) im Anschluss an die Mitteilung des Vereinigten Königreichs gemäss Artikel 50 EUV vom 29. April 2017, EUCO XT 20004/17.

11 Richtlinien des Rates für die Aushandlung institutioneller Bestimmungen für Abkommen zwischen der EU und der Schweiz mit Bezug zum Binnenmarkt sowie für Abkommen, die die Grundlage für die ständigen Beiträge der Schweiz zum Zusammenhalt der Union sowie für die Assoziierung der Schweiz mit Unionsprogrammen bilden vom 5. März 2024, 7031/24 ADD 1.

12 Müller Andreas Th., Unionsrechtliche Grenzen der Beteiligung von Drittstaaten an Entscheidungen der Europäischen Union, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (Hrsg.), 25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum, Ein Integrationsszenarium auf dem Prüfstand, EuR, Beiheft 1, Baden-Baden 2020, 35 ff.; Öberg Marja-Liisa, Friend Zone Forever? The Essence of and Justifications for the EU's Decision-making Autonomy, JCMS 2023 6/61, 1662 ff.

13 Nettesheim Martin, Art. 13 EUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, Band I, 85. EL, München 2025, Rz. 59.

Zweck der einschlägige EU *Acquis* exportiert wird, die unionsrechtlichen Mechanismen der Beschlussfassung des EU-Binnenmarktrechts uneingeschränkt anwendbar bleiben, auch wenn Drittstaaten diese Rechtsakte übernehmen. Drittstaaten wird lediglich ein beschränktes Mitwirkungsrecht in der Ausarbeitungsphase gewährt (*decision shaping*), nicht aber ein formales Mitbestimmungsrecht im Rechtsetzungsverfahren zugestanden (*decision making*).[14] Der Autonomieanspruch steht jedoch den in internationalen Abkommen geschaffenen gemeinsamen Organen zwischen der EU und den Drittstaaten, etwa für den gemeinsamen Dialog, das Übernahmeverfahren oder die Streitbeilegung, nicht *per se* entgegen.[15]

B. Rechtsetzungsverfahren in der EU

Der Rechtsetzungsprozess innerhalb der EU folgt einem mehrstufigen Verfahren. Am Beginn des legislativen Prozesses steht grundsätzlich ein Vorschlag der Europäischen Kommission; ihr kommt das sog. Initiativrecht zu (Art. 17 Abs. 2 EUV[16]). Die Kommission übt ihr Initiativrecht im eigenen Ermessen aus, d.h., sie entscheidet über Form, Inhalt und Zeitpunkt ihres Vorschlags.[17] Bei der Ausarbeitung ist sie verpflichtet, umfangreiche Anhörungen durchzuführen.[18] Dieses Erfordernis ist an sich unspezifisch; es handelt sich um einen allgemeinen Handlungsauftrag. In der Praxis zeigt sich, dass die Kommission über die Jahre eine «verstärkte Konsultations- und Dialogkultur» entwickelt hat.[19] Die Kommission verabschiedet jährlich ein Arbeitsprogramm, das die wichtigsten neuen politischen und gesetzgeberischen Initiativen für das folgende Jahr enthält.[20] Zudem veröffentlicht sie Grün- und Weissbücher, wobei erstere als Diskussionsgrundlagen dienen und interessierte Kreise zur Stellungnahme einladen, während letztere konkrete Vorschläge für Massnahmen auf Unionsebene enthalten und auf die Herstellung von politischem Konsens ab-

---

14 Zu den Mitwirkungsrechten von Drittstaaten s. unten Kap. III.

15 Vgl. für Beispiele solcher gemeinsamen Organe etwa Art. 92 ff. EWR-A als Grundlage des Gemeinsamen EWR-Ausschusses oder Art. 3 f. DAA für einen Gemischten Ausschuss zwischen der Schweiz und der EU.

16 Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 13 ff.

17 Lenaerts Koen/Van Nuffel Piet, European Union Law, 3. A., London 2011, 656.

18 Vgl. Art. 11 Abs. 3 EUV sowie Art. 2 Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit, ABl C 115 vom 9. Mai 2008, 206.

19 Härtel Ines, § 16 Gesetzgebungsordnung der Europäischen Union, in: Hatje Armin/Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. A., Baden-Baden 2022, Rz. 123.

20 Das Jahresprogramm ist auf der Website der Kommission abrufbar (<https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/strategy-documents/commission-work-programme_de>).

zielen.[21] Die Kommission holt für ihre Politikgestaltung[22] darüber hinaus den Rat externer Sachverständiger ein – unter anderem mittels Expert:innengruppen.[23] Diese unterstützen die Kommission bei der inhaltlichen Ausarbeitung von Rechtsakten und werden durch formellen Beschluss entweder der Kommission oder einer ihrer Dienststellen eingesetzt.[24] Im entsprechenden Register der Kommission sind derzeit mehr als 600 aktive Expert:innengruppen aufgeführt.[25] Als Expert:innen können etwa *ad personam* ernannte Einzelpersonen mit spezifischem Fachwissen, Vertreter:innen von Interessengruppen bzw. Lobbyist:innen, Organisationen wie Unternehmensverbände, Gewerkschaften, NGOs oder Universitäten sowie Behörden der Mitgliedstaaten und andere öffentliche Einrichtungen, auch aus Nicht-Mitgliedstaaten, fungieren.[26] Expert:innengruppen erfüllen nicht nur eine technokratische Beratungsfunktion, sondern spielen auch eine politische Rolle, indem während der Konsultationsphase gewisse Schwerpunkte gesetzt und Konsenslösungen erarbeitet werden.[27]

---

21 Oppermann Thomas/Classen Claus Dieter/Nettesheim Martin, Europarecht, 10. A., München 2025, § 11 Rz. 52. Häufig folgen Weissbücher auf Grünbücher und konkretisieren die zuvor angestossenen Debatten in Form von Gesetzgebungsinitiativen. Die Weiss- und Grünbücher können ebenfalls online eingesehen werden (<https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/glossary/white-paper.html>).

22 Nach Auffassung der Kommission bildet eine möglichst breite Konsultation von Interessengruppen, die eine Plattform zur fundierten Stellungnahme bietet und transparent informiert, das Fundament für evidenzbasierte und inklusive Politikentwicklung. Dies zumindest ist ihren internen Leitlinien für eine bessere Rechtsetzung zu entnehmen, vgl. dazu Europäische Kommission, Better Regulation Guidelines vom 3. November 2021, SWD(2021) 305 final, 9.

23 Pilniok Arne, Struktur, Funktionen und Probleme der Expertengruppen der Europäischen Kommission: legitime Expertise oder unzulässige Einflussnahme?, EuR 2014/1, 62 ff.; s. ferner auch Härtel (Fn. 19), Rz. 123; Akse Erik, How the EU Institutions Work, Your Handbook and Guide to EU Decision-Making, London 2020, 31 ff.

24 Art. 4 des Beschlusses der Kommission vom 30. Mai 2016 zur Festlegung horizontaler Bestimmungen über die Einsetzung und Arbeitsweise von Expertengruppen der Kommission, C(2016) 3301 final.

25 Das Register der Expert:innengruppen ist öffentlich einsehbar und wird laufend aktualisiert (<https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups?lang=de>).

26 Pilniok (Fn. 23), 67 ff.; Lenaerts/Van Nuffel (Fn. 17), 598; ausführlich zur Rolle von Interessenvertreter:innen im EU-Gesetzgebungsprozess s. etwa Griesser Patrick, Lobbying im Mehrebenensystem der EU: Licht und Schatten, in: Dialer Doris/Richter Margarethe (Hrsg.), Lobbying in der Europäischen Union: Zwischen Professionalisierung und Regulierung, Wiesbaden 2024, *passim*.

27 Dies suggeriert die politikwissenschaftliche Literatur, die sich eingehend damit befasst hat. Statt vieler s. Metz Julia, Expert Groups in the European Union: A *Sui Generis* Phenomenon?, Policy and Society 32/2013, 270 ff.; zur konsensorientierten Arbeitsweise der Expert:innengruppen s. auch Pilniok (Fn. 23), 71.

Nach Abschluss der Ausarbeitungsphase überweist die Kommission im legislativen Regelfall, dem ordentlichen (Art. 289 Abs. 1 AEUV[28]) oder speziellen (Art. 289 Abs. 2 AEUV) Gesetzgebungsverfahren, sowohl dem Rat wie auch dem Europäischen Parlament ihren Vorschlag.[29] Der Rat und das Parlament beraten den Vorschlag der Kommission, können etwaige Änderungen anbringen und entscheiden schlussendlich über dessen Annahme oder Ablehnung. Die Kommission kann in diesem Stadium zwar als Vermittlerin zwischen dem Rat und dem Europäischen Parlament agieren, jedoch nicht an der Beschlussfassung – dem eigentlichen *decision making* – teilnehmen. Gleichwohl kommt es zwischen der Kommission, dem Rat und dem Parlament zu informellen Treffen (sog. *Trilog*), die sich in der Praxis als sehr bedeutsam erweisen, weil in diesem Rahmen oftmals eine Einigung über strittige Punkte erzielt wird.[30]

Innerhalb des Rates spielt das *Comité des représentants permanents* (COREPER) eine besondere Rolle. Es ist für die Vorbereitung der Arbeiten aller Tagungen des Rates zuständig und setzt sich aus den ständigen Vertreter:innen der EU-Mitgliedstaaten zusammen (Art. 240 AEUV).[31] Zur Unterstützung seiner Tätigkeit kann das COREPER Ausschüsse oder Arbeitsgruppen einsetzen, um vorbereitende Arbeiten oder Untersuchungen durchführen zu lassen (Art. 19 Abs. 3 GO Rat[32]). Weitere Ausschüsse und Arbeitsgruppen können direkt in den Verträgen, im Sekundärrecht oder durch zwischenstaatliche Beschlüsse vorgesehen sein oder für spezielle Zwecke *ad hoc* eingesetzt werden.[33] Sie sind zu unterscheiden von den Expert:innengruppen, welche die Kommission bei der Vorbereitung ihres Vorschlags konsultiert. Einsitz in die

---

28 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 47 ff.

29 Beim speziellen Gesetzgebungsverfahren hat der Rat weit mehr Befugnisse in der Rechtsetzung; das Europäische Parlament spielt eine untergeordnete Rolle. In den letzten Jahren wurde die Rolle des Parlaments jedoch gestärkt und die Verträge sehen nur noch in wenigen Fällen ein spezielles Gesetzgebungsverfahren vor, sodass das Parlament eine zentrale Rolle im Gesetzgebungsprozess einnimmt. Zu den legislativen Kompetenzen des Parlaments s. etwa Oesch Matthias, Europarecht, 3. A., Bern 2024, Rz. 198; Besson Samantha, Droit constitutionnel européen, 2. A., Bern 2023, Rz. 383 ff.

30 Bieber Roland, § 7 Rechtsetzungsverfahren, in: Bieber Roland/Epiney Astrid/Haag Marcel/Kotzur Markus (Hrsg.), Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 15. A., Basel 2024, Rz. 19.

31 Lenaerts/Van Nuffel (Fn. 17), 501 f.; Haltern Ulrich, Europarecht: Dogmatik im Kontext, Band I, 3. A., Tübingen 2017, Rz. 616.

32 Verordnung des Rates vom 1. Dezember 2009 zur Änderung seiner Geschäftsordnung, ABl L 325 vom 11. Dezember 2009, 35.

33 Mittlerweile bestehen mehr als 150 solcher Vorbereitungsgremien. Der Rat führt ein Verzeichnis dieser Arbeitsgruppen und Ausschüsse, welches auf der Website des Rates eingesehen werden kann (<https://www.consilium.europa.eu/de/council-eu/preparatory-bodies/>).

Ausschüsse und Arbeitsgruppen des Rates haben mitgliedstaatliche Vertreter:innen und Verwaltungsangestellte aus den jeweiligen Hauptstädten sowie Mitarbeitende der Kommission.[34] Die konsensorientierte Arbeitsweise ermöglicht es, einen grossen Teil der Dossiers bereits auf dieser Ebene zu bereinigen, sodass nur in manchen Fällen die verbleibenden strittigen Punkte an den Rat in seiner jeweiligen Zusammensetzung herangetragen werden.[35]

Die Europäische Kommission kann nur in bestimmten Fällen eigenständig, ohne Mitwirkung des Rates und des Parlaments, rechtsetzend aktiv werden. Entweder schreiben die Verträge der Kommission originäre Rechtsetzungskompetenzen zu (bspw. in Art. 106 Abs. 3 AEUV) oder ihr wird von Rat und Parlament in einem Rechtsakt die Befugnis zur Rechtsetzung übertragen. Dabei können Rat und Parlament der Kommission auf zwei Wegen solche Befugnisse übertragen: Erstens können sie eine Regelung bewusst unvollständig lassen und die Kommission ermächtigen, diese zu vervollständigen. Der auf dieser Grundlage erlassene Rechtsakt wird als delegierter Rechtsakt bezeichnet (Art. 290 AEUV). Zweitens können Rat und Parlament die Kommission damit betrauen, für die einheitliche Anwendung von Richtlinien oder Verordnungen zu sorgen, was die Kommission durch Durchführungsrechtsakte sicherstellt (Art. 291 Abs. 2 AEUV).[36] Vor dem Hintergrund, dass die Durchführung von Unionsrecht den Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 291 Abs. 1 AEUV) vorbehalten ist, üben diese bei Durchführungsrechtsakten gewisse Kontrollfunktionen gegenüber der Kommission aus (Art. 291 Abs. 3 AEUV). Die Kommission muss einem Ausschuss, bestehend aus Vertreter:innen der Mitgliedstaaten, den Entwurf des Durchführungsrechtsakts vorlegen (Komitologieverfahren).[37] Der Ausschuss berät und prüft den Vorschlag der Kommission und kann dadurch massgeblich auf dessen Inhalt einwirken.[38] Die Kommission wiederum kann sowohl bei der Erarbeitung von delegierten Rechtsakten wie auch bei der Vorbereitung von Durchführungsrechtsakten, bevor diese in die Komitologieausschüsse gehen, Expert:innengruppen einrichten und konsultieren.[39] Sofern der Rat und das Parlament der Kommission im Ba-

---

34 Lenaerts/Van Nuffel (Fn. 17), 502.

35 Akse (Fn. 23), 72 ff.; Härtel (Fn. 19), Rz. 107.

36 Allgemein zu den Durchführungsrechtsakten s. Besson (Fn. 29), Rz. 848 ff.; Lenaerts/Van Nuffel (Fn. 17), 695 ff.

37 Das Komitologieverfahren erfährt eine ausführliche Regelung in der Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl L 55 vom 28. Februar 2011, 13 ff.

38 Ausführlich zum Komitologieverfahren Lenaerts/Van Nuffel (Fn. 17), 696 ff.

39 Art. 3 Bst. b) und d) des Beschlusses der Kommission vom 30. Mai 2016 zur Festlegung horizontaler Bestimmungen über die Einsetzung und Arbeitsweise von Expertengruppen der Kommission, C(2016) 3301 final.

sisrechtsakt die Anhörung von Expert:innen explizit vorschreiben, gilt die unterlassene Anhörung als wesentlicher Verfahrensfehler und der entsprechende Durchführungsrechtsakt ist ungültig.[40]

III. *Decision shaping* durch Drittstaaten bei der Ausarbeitung neuer EU-Rechtsakte

Drittstaaten, die am Binnenmarkt partizipieren, sind von der Beschlussfassung über EU-Rechtsakte ausgeschlossen – auch über solche, die sie übernehmen müssen.[41] Als Kompensation dafür werden ihnen gewisse Mitwirkungsrechte bei der Ausarbeitung neuer EU-Rechtsakte zugestanden (*decision shaping*). Analog zur Argumentation beim Rechtsetzungsmonopol dient die Mitwirkung auch hier als Kompensation für den Verlust staatlicher Souveränität – konkret den Verlust legislativer Kompetenzen der am Binnenmarkt teilnehmenden Drittstaaten.[42]

Erstmals fanden drittstaatliche Mitwirkungsrechte im Rahmen des EWR-Abkommens[43] (EWR-A) Anwendung, in dessen Rahmen sich über die Jahre eine umfassende Praxis des *decision shaping* durch die drei EWR-EFTA-Staaten entwickelt hat (A.). Auch die Schweiz ist mit dem *decision shaping* erprobt. Sie kann bereits *de lege lata* im Rahmen einzelner Abkommen an der Ausarbeitung des zu übernehmenden EU-Rechts mitwirken und hat in der Vergangenheit wiederholt von ihren Mitwirkungsrechten Gebrauch gemacht (B.).

A. Europäischer Wirtschaftsraum

Die EWR-EFTA-Staaten übernehmen jährlich mehrere hundert Rechtsakte der EU.[44] Das Verfahren zur Mitwirkung der EWR-EFTA-Staaten bei der Ausarbeitung der für sie zu übernehmenden Rechtsakte (*decision shaping*) wird in Teil VII des EWR-A präzisiert. Das EWR-A definiert dabei allerdings den Begriff des *decision shaping* nicht näher. Allgemein wird darunter der Prozess verstan-

40 EuGH, Urteil vom 25. Januar 1994 in der Rechtssache C-212/91, ECLI:EU:C:1994:21 – Angelopharm, Rz. 31 ff.

41 Zum Rechtsetzungsmonopol der EU s. oben Kap. II.A.

42 Lavenex Sandra/Öberg Marja-Liisa, Third Country Influence on EU Law and Policy-Making: Setting the Scene, JCMS 2023 6/61, 1447.

43 Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten sowie der Republik Österreich, der Republik Finnland, der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen, dem Königreich Schweden und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl L 1 vom 3. Januar 1994, 3 ff.

44 EFTA, Annual Report 2025, 21, abrufbar unter: <https://www.efta.int/media-resources/publications/annual-report-2025>.

den, bei dem sich Akteur:innen im Kontext der Erarbeitung von politischen Vorstössen einbringen und diese beeinflussen können, bevor sie formal verabschiedet werden.[45]

Die Kommission ist gemäss Art. 99 Abs. 1 EWR-A verpflichtet, sobald sie neue Rechtsvorschriften ausarbeitet, die in den Anwendungsbereich des EWR-A fallen, «auf informellem Wege den Rat von Sachverständigen» der EWR-EFTA-Staaten einzuholen, so wie sie diesen von Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten einholt. Abgesehen von der Vorgabe, eine informelle Konsultation durchzuführen, bestimmt ausschliesslich die Kommission über die konkrete Art und Weise ihrer Konsultation.[46] Die Sachverständigen agieren als Expert:innen und unterliegen nicht den Handlungsanweisungen ihrer jeweiligen Regierungen.[47]

Ist ein Rechtsakt EWR-relevant, übermittelt die Kommission ihren Vorschlag neben dem Rat und dem Parlament auch den EWR-EFTA-Staaten. Es kann dabei auf Antrag der Vertragsparteien bereits ein erster Meinungsaustausch über den Vorschlag im Gemeinsamen EWR-Ausschuss stattfinden (Art. 99 Abs. 2 EWR-A). In den «wichtigen Abschnitten vor der Beschlussfassung» des Rates und des Parlaments konsultieren sich die EU und die EWR-EFTA-Staaten im Rahmen eines stetigen Informations- und Konsultationsprozesses im Gemeinsamen EWR-Ausschuss gegenseitig (Art. 99 Abs. 3 EWR-A). Inhaltlich wird der Gemeinsame EWR-Ausschuss von Vertreter:innen der Vertragsparteien in Unterausschüssen sowie von Sachverständigen in Arbeitsgruppen unterstützt.[48] Während des unionalen Gesetzgebungsverfahrens bleibt der Gemeinsame EWR-Ausschuss der einzige formelle Anknüpfungspunkt für die EWR-EFTA-Staaten an den Legislativprozess in der EU. Den EWR-EFTA-Staaten wird kein

---

45 EFTA Bulletin, Decision Shaping in the European Economic Area 1/2009 vom 3. Juli 2009, 23 f. (abrufbar unter <https://www.efta.int/media-resources/publications/eea-decision-shaping>); s. ferner auch Baur Georges, Chancen und Grenzen des decision shaping, in: Müller Andreas Th./Schroeder Werner (Hrsg.), 25 Jahre Europäischer Wirtschaftsraum, Ein Integrationsszenarium auf dem Prüfstand, EuR, Beiheft 1, Baden-Baden 2020 (zit. Baur, Chancen), 20 ff.

46 Zur Konsultationspraxis der Kommission in der Ausarbeitungsphase eines Rechtsakts s. oben Kap. II.B.

47 Norberg Sven et al., The European Economic Area, EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement, Stockholm 1993, 135 f.

48 Dystland Marthe Kristine Fjeld/Finstad Fredrik Bøckman/Sørebø Ida, Art. 99, in: Arnesen Finn et al. (Hrsg.), Agreement on the European Economic Area, A Commentary, Baden-Baden 2018, Rz. 7; s. ferner auch Baur Georges, Decision-Making Procedure and Implementation of New Law, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016 (zit. Baur, Decision-Making Procedure), 61 f.

Zugang zu den Arbeiten des Rates und des Parlaments gewährt.[49] Über die Jahre haben jedoch die sog. *EFTA Comments* an Bedeutung gewonnen, mittels welcher die EWR-EFTA-Staaten einen Kommentar zu einem Entwurf eines Rechtsakts abgeben.[50] Die *EFTA Comments* durchlaufen verschiedene Etappen: Sie werden in den EWR-EFTA-Arbeitsgruppen vorbereitet, in den jeweiligen EWR-EFTA-Unterausschüssen diskutiert, vom Ständigen Ausschuss der EWR-EFTA-Staaten genehmigt und dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss notifiziert, bevor sie dem Generalsekretariat der Kommission, den involvierten Direktionen der Kommission, dem Europäischen Parlament sowie dem Vorsitz des Rates übermittelt werden.[51] Die Wirksamkeit der *EFTA Comments* hängt massgeblich vom Zeitpunkt ihrer Übermittlung ab. Idealerweise erfolgt diese vor der Diskussion im zuständigen Ausschuss des Europäischen Parlaments und vor der Festlegung der gemeinsamen Position des Rates, wobei eine enge Koordination mit der Ratspräsidentschaft essenziell ist.[52]

Bei der Ausarbeitung von Durchführungsrechtsakten und delegierten Rechtsakten mit EWR-Relevanz können ebenfalls Sachverständige der EWR-EFTA-Staaten beigezogen werden (Art. 100 EWR-A). Die Mitwirkung beschränkt sich formal auf die Vorbereitungsphase. Vertreter:innen der EWR-EFTA-Staaten können nicht an den Beschlüssen in den Komitologieausschüssen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 der Komitologie-VO[53] mitwirken.[54] In der Praxis nehmen jedoch Vertreter:innen der EWR-EFTA-Staaten als Beobachter:innen an den Sitzungen der Komitologieausschüsse teil, sind aber von der förmlichen Beschlussfassung ausgeschlossen.[55] Die Beobachterrolle ermöglicht jedoch eine informelle Einflussnahme; zudem erleichtern die in den Ausschüssen gewonnenen Infor-

---

49 Entsprechend haben sie auch keinen Zugang zum Trilogverfahren; s. dazu Dystland/Finstad/Sørebø, Art. 100, Agreement on the European Economic Area, A Commentary (Fn. 48), Rz. 5; zur vergleichsweise rudimentär ausgestalteten Zusammenarbeit zwischen den EWR-EFTA-Staaten und dem Europäischen Parlament s. Baur, Chancen (Fn. 45), 31 f.

50 Baur, Chancen (Fn. 45), 25 f. Auf der Website der EFTA werden die *EFTA Comments* laufend publiziert und sind für die Öffentlichkeit einsehbar (abrufbar unter <https://www.efta.int/document-library?f[0]=type:2181>).

51 Dystland/Finstad/Sørebø, Art. 99, Agreement on the European Economic Area, A Commentary (Fn. 48), Rz. 7 und Fn. 8.

52 EFTA Bulletin, Decision Shaping in the European Economic Area 1/2009 vom 3. Juli 2009, 23 f. (abrufbar unter <https://www.efta.int/media-resources/publications/eea-decision-shaping>).

53 Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl L 55 vom 28. Februar 2011, 13 ff.

54 Zum Komitologieverfahren s. oben Kap. II.B.

55 Dystland/Finstad/Sørebø, Art. 100, Agreement on the European Economic Area, A Commentary (Fn. 48), Rz. 5.

mationen die spätere Umsetzung der beschlossenen Rechtsakte in den EWR-EFTA-Staaten.[56]

Als eine Art Auffangtatbestand fungiert Art. 101 Abs. 1 Satz 1 EWR-A, wonach Sachverständige aus EWR-EFTA-Staaten an den Arbeiten von weiteren Ausschüssen beteiligt werden können, wenn dies für das gute Funktionieren des EWR-A erforderlich ist. Die jeweiligen Ausschüsse – zurzeit 38 – sind in Protokoll 37 zum EWR-A aufgelistet (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 EWR-A). In diesen Ausschüssen sitzen nicht nur Vertreter:innen der EU-Mitgliedstaaten bzw. EWR-EFTA-Staaten, sondern je nach Sachgebiet auch Expert:innen aus der Wissenschaft oder Vertreter:innen von Gewerkschaften oder der Industrie.[57]

In der Literatur wird zudem auf die grosse Bedeutung des sog. informellen *decision shaping* hingewiesen.[58] Das reicht von Gesprächen und Zusammenkünften zwischen EFTA- und EU-Vertreter:innen – etwa in Form von halbjährlichen Lunch-Meetings – bis hin zu persönlichen Kontakten von EFTA-Diplomat:innen zu Abgeordneten des Europäischen Parlaments oder Mitarbeitenden der Kommission.[59] Das EFTA-Sekretariat nimmt dabei eine wichtige Koordinationsfunktion ein. Es identifiziert frühzeitig Rechtsetzungsprojekte, die in den Anwendungsbereich des EWR-A fallen, leitet diese an die EWR-EFTA-Staaten und deren nationale Parlamente weiter, koordiniert den Meinungsaustausch zwischen den EWR-EFTA-Staaten und weist auf zu erwartende Schwierigkeiten bei der Implementierung der Rechtsakte hin.[60]

B. Bilaterales Recht *de lege lata*

1. Rechtsentwicklung ab 1999

Regeln zur Mitwirkung der Schweiz am Gesetzgebungsprozess der EU wurden erstmals in den Marktzugangsabkommen von 1999 (Bilaterale I) formuliert. Das

56 Öberg (Fn. 6), 250.

57 Norberg et al. (Fn. 47), 167 f.

58 Baur, Chancen (Fn. 45), 28 ff.; s. zur Bedeutung informeller Kontakte und Austauschmöglichkeiten der EWR-EFTA-Staaten während der COVID-19-Pandemie Jonsdottir Johanna, The European Economic Area: Decision-Shaping During the COVID-19 Pandemic, JCMS 2023 6/61, 1547 ff.; s. ferner auch Gafafer Tobias, Die EU gibt der Schweiz ein Mitspracherecht, Mit dem bilateralen Vertragspaket will Brüssel Bern bei neuen Rechtsakten beiziehen, NZZ vom 8. August 2025, 6.

59 Baur, Chancen (Fn. 45), 29.

60 Baur, Decision-Making Procedure (Fn. 48), 56 f.

Landverkehrsabkommen[61] und das Luftverkehrsabkommen[62] enthalten spezifische Bestimmungen zum (gegenseitigen) Beizug von Sachverständigen bei der Ausarbeitung neuen Rechts (Art. 52 Abs. 2 LandVA bzw. Art. 23 Abs. 2 LVA).[63] Zudem enthalten sämtliche Marktzugangsabkommen der Bilateralen I in ihrer jeweiligen Schlussakte eine Erklärung des Rates zur Teilnahme der Schweiz an der Arbeit von Ausschüssen. In den jeweiligen Erklärungen werden die Konsultation von Sachverständigen aus der Schweiz zugesichert sowie die Ausschüsse aufgelistet, an deren Sitzungen Vertreter:innen und Sachverständige aus der Schweiz teilnehmen können.[64] In den Ausschüssen wird ihnen die Rolle als «aktive Beobachter» zugeschrieben, d.h., dass sie sich zwar auf Anfrage äussern, aber nicht an den Abstimmungen in den Ausschüssen mitwirken können.[65] Spezifisch zu den Komitologieausschüssen ist den Schlussakten zu entnehmen, dass die Kommission Sachverständige aus der Schweiz nach Massgabe von Art. 100 EWR-A konsultiert, d.h. bei der Vorbereitung von Durchführungsrechtsakten und delegierten Rechtsakten.[66] Wie die EWR-EFTA-Staaten hat die Schweiz jedoch keinen Einsitz in den Komitologieausschüssen.[67] Ebenfalls nicht

---

61 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen, LandVA, SR 0.740.72).

62 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen, LVA, SR 0.748.127.192.68).

63 Die Bestimmungen unterscheiden sich jedoch in Bezug auf die Art und Weise sowie den Zeitpunkt des Einbezugs von Sachverständigen: Während Art. 52 Abs. 2 LandVA lediglich vorschreibt, dass auf informellem Weg eine Stellungnahme von Sachverständigen der anderen Vertragspartei nach Ausarbeitung einer neuen Rechtsvorschrift einzuholen ist, bestimmt Art. 23 Abs. 2 LVA, dass der Rat von Sachverständigen bereits bei der Ausarbeitung neuer Rechtsvorschriften einzuholen ist.

64 Es handelt sich dabei um die Ausschüsse zu den Forschungsrahmenprogrammen, die Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, die Koordinierungsgruppe für die Anerkennung der Hochschuldiplome sowie die beratenden Ausschüsse über Flugstrecken und die Anwendung der Wettbewerbsregeln im Luftverkehr (vgl. Schlussakte, Erklärung zur Teilnahme der Schweiz an den Ausschüssen, Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681).

65 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999, 6159.

66 Zum Umfang der drittstaatlichen Einflussnahme im Komitologieverfahren unter Art. 100 EWR-A s. oben Kap. III.A.

67 Vertreter:innen der Schweiz können den Sitzungen der Komitologieausschüsse jedoch als Beobachter:innen ohne Stimmrechte beiwohnen; s. dazu etwa Oesch Matthias/Neier Christina, Die Komitologie im Unionsrecht und die Schweiz, in: Belser Eva-Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 59 ff.; in Bezug auf die Teilnahme von Vertreter:innen an den Sitzungen der Komitologieausschüsse im Anwendungsbereich des LVA s. Haldimann Urs, Das Euro-

vorgesehen ist eine Beteiligung der Schweiz bei den Arbeiten des Rates oder des Parlaments bzw. deren Ausschüssen.

Detaillierter sind die Bestimmungen zum *decision shaping* in einigen Abkommen ab 2004 (Bilaterale II). Im Anwendungsbereich des Dublin-Assoziierungsabkommens[68] ist die Kommission verpflichtet, bei der Erarbeitung neuer Rechtsvorschriften «Sachverständige aus der Schweiz informell gleichermassen zurate zu ziehen, wie sie Sachverständige aus den EU-Mitgliedstaaten für die Ausarbeitung ihrer Vorschläge zurate zieht» (Art. 2 Abs. 1 DAA). Diese Beteiligung erstreckt sich «so weitgehend wie möglich» auch auf die Vorbereitung von Durchführungsmassnahmen, die später den Komitologieausschüssen vorgelegt werden (Art. 2 Abs. 6 DAA). Eine formelle Teilnahme der Schweiz an den Komitologieausschüssen ist nicht sichergestellt; indirekt kann sie aber bei der Vorbereitung mitwirken.[69] Dem Statistikabkommen[70] hingegen ist in seiner Schlussakte eine Erklärung des Rates zur Teilnahme der Schweiz an den Ausschüssen nach Massgabe von Art. 100 EWR-A beigefügt.

Das 2009 geschlossene Zollabkommen[71] sieht ebenfalls vor, dass die EU, sobald sie «neue Rechtsvorschriften ausarbeitet, […] die schweizerischen Sachverständigen auf informellem Weg genauso um ihre Meinung [ersucht], wie sie um die Meinung der Sachverständigen von Mitgliedstaaten bittet» (Art. 22 Abs. 1 ZollA). Das ZollA hält zudem ausdrücklich fest, dass Schweizer Expert:innen als Beobachter:innen an den Sitzungen des zuständigen Komitologieausschusses für den Zollkodex teilnehmen können (Art. 23 ZollA). Die Schweiz kann hingegen nicht in den Ausschüssen von Rat oder Parlament Einsitz nehmen. Auf politischer Ebene kann bereits zu Beginn der Ausarbeitungsphase eines Rechtsakts ein erster Meinungsaustausch im Gemischten Ausschuss stattfinden (Art. 22 Abs. 2 ZollA). Vor der Verabschiedung des Rechtsakts können

---

päische Luftverkehrsrecht, in: Müller Georg (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band IV, Verkehrsrecht, Basel 2008, Rz. 69.

68 Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA, SR 0.142.392.68).

69 Gutzwiller Susanne, Komitologie und Gemischte Ausschüsse im Rahmen der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin, in: Kaddous Christine/Jametti Greiner Monique (Hrsg.), Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen, Paris 2006, 253.

70 Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik (Statistikabkommen, SR 0.431.026.81).

71 Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen (Zollabkommen, ZollA, SR 0.631.242.05).

sich die Parteien auf Antrag im Rahmen eines kontinuierlichen Informations- und Konsultationsprozesses im Gemischten Ausschuss konsultieren (Art. 22 Abs. 3 ZollA), was nicht zuletzt die konsensuale Beschlussfassung zur Übernahme des entsprechenden Rechtsakts erleichtern soll (Art. 22 Abs. 5 ZollA).

Die auf die Phase der Ausarbeitung eines zu übernehmenden Rechtsakts begrenzte Wirkung des *decision shaping* wird am Beispiel der verzögerten Übernahme der Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 über die Vorschriften und Verfahren für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge in das LVA deutlich.[72] Nach Verabschiedung der Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 auf EU-Ebene sollte der Gemischte Ausschuss die entsprechende Übernahme ins LVA beschliessen. Kurz zuvor hatten National- und Ständerat jedoch eine Motion angenommen, die Ausnahmeregelungen für den Modellflug verlangte und den Bundesrat zu Nachverhandlungen aufforderte.[73] Die Übernahme verzögerte sich daher um mehrere Jahre. Auf die fragliche Motion antwortete der Bundesrat damals, dass «[d]ie Schweiz dank ihren gestaltenden Mitwirkungsrechten […] die Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 […] in verschiedenen Punkten erfolgreich [habe] beeinflussen» können, der Verhandlungsspielraum nun aber ausgeschöpft sei.[74] Ob und in welchem Umfang Nachverhandlungen mit der Kommission stattfanden, ist unklar. Dass praktisch kein Gestaltungsspielraum mehr besteht, sobald die Übernahme eines Rechtsakts im Gemischten Ausschuss traktandiert ist, erklärt sich damit, dass die fraglichen Vorschriften in den EU-Mitgliedstaaten bereits gelten.[75] Entsprechend wurde die Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 – wenn auch verspätet – in ihrer ursprünglichen Version und ohne Ausnahmeregelung für die Schweiz übernommen.[76]

---

72 Vgl. Beschluss Nr. 1/2022 des Gemischten Luftverkehrsausschusses Europäische Union/Schweiz, der durch das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr eingesetzt wurde, vom 24. November 2022 zur Ersetzung des Anhangs des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, ABl L 322 vom 16. Dezember 2022, 122 ff.

73 Motion 20.3916, Ausnahme des Modellflugs von der EU-Drohnenregelung.

74 Stellungnahme des Bundesrates vom 2. September 2020 zur Motion 20.3916 «Ausnahme des Modellflugs von der EU-Drohnenregelung».

75 Oesch Matthias, Schweiz – Europäische Union, Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, 2. A., Zürich 2025 (zit. Oesch, Schweiz-EU), Rz. 102; Haldimann (Fn. 67), Rz. 41.

76 Dem Anliegen der Motion wurde schliesslich durch Anpassungen des innerstaatlichen Rechts Rechnung getragen (Bericht des Bundesrates vom 3. März 2023 über Motionen und Postulate der eidgenössischen Räte im Jahr 2022, 35).

2. Insbesondere: *decision shaping* bei Schengen

Das Schengen-Assoziierungsabkommen[77] weist im Vergleich zu den anderen bilateralen Abkommen gewisse institutionelle Besonderheiten bezüglich der Mitwirkungsrechte der Schweiz am Rechtsetzungsprozess der EU auf.[78] Es sieht wie das DAA vor, dass die Kommission bei der Erarbeitung neuer Rechtsvorschriften Sachverständige aus der Schweiz informell gleichermassen zurate zieht, wie sie Sachverständige aus den EU-Mitgliedstaaten konsultiert (Art. 6 SAA). Darüber hinaus kann die Schweiz am Rechtsetzungsprozess innerhalb des Rates mitwirken.[79] Zudem regelt eine separate Vereinbarung die Beteiligung der Schweiz an der Arbeit der Komitologieausschüsse ausführlich.[80]

Im Rahmen des SAA ist die Schweiz – wie andere assoziierte Drittstaaten – eng in den Gesetzgebungsprozess des Rates eingebunden. Institutionell wird diese Einbindung durch den Gemischten Ausschuss sichergestellt (Art. 4 SAA). Als Erstes wird die Schweiz im Gemischten Ausschuss über die Vorbereitung geplanter Rechtsakte oder Massnahmen im Rat unterrichtet (Art. 5 SAA). Dies ermöglicht in der Folge einen adäquaten Einbezug der Vertreter:innen der Schweiz bei der Beratung des neuen Rechtsakts im Rat.[81] Der Gemischte Ausschuss tagt auf verschiedenen Ebenen, die jenen des Rates nachempfunden sind: Er tritt «nach Massgabe der wahrgenommenen Aufgaben» entweder auf Ebene von Sachverständigen, hochrangigen Beamt:innen oder Minister:innen zusammen (Art. 3 Abs. 4 SAA).[82] In der Praxis tagt der Gemischte Ausschuss jedoch nicht parallel zum Rat oder den ihm untergeordneten Ebenen. Vielmehr hat sich aus Gründen der Praktikabilität, auch um eine Doppelspurigkeit zu vermeiden, etabliert, dass die Schweiz direkt an den Sitzungen der zuständi-

---

77 Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (Schengen-Assoziierungsabkommen, SAA, SR 0.362.31).

78 S. allgemein dazu etwa Oesch, Schweiz-EU (Fn. 75), Rz. 102.

79 Good Paul-Lukas, Die Schengen-Assoziierung der Schweiz, Lachen 2010, 129 ff.

80 S. dazu Vereinbarung vom 22. September 2011 zwischen der Europäischen Union sowie der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Beteiligung dieser Staaten an der Arbeit der Ausschüsse, die die Europäische Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse in Bezug auf die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands unterstützen (SR 0.362.11).

81 Good (Fn. 79), 130.

82 Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004, 6127.

gen Ausschüsse und Arbeitsgruppen wie auch des Rates teilnimmt.[83] Auf der Ebene der Sachverständigen haben Expert:innen aus der Schweiz folglich Einsitz in die jeweiligen Ratsarbeitsgruppen.[84] Auf Ebene der hochrangigen Beamt:innen sitzen Vertreter:innen der Schweiz im Strategischen Ausschuss für Einwanderungs-, Grenz- und Asylfragen (SAEGA) sowie im Koordinierungsausschuss für den Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (CATS).[85] Zudem nimmt der bzw. die Missionschef:in der Schweizer Mission bei der EU an den Sitzungen des COREPER teil. Die Expert:innen und Vertreter:innen der Schweiz verfügen bei der Beratung eines neuen Rechtsakts weitgehend über die gleichen Rechte wie jene der EU-Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 4 SAA). Sie haben insbesondere ein Rederecht und können Vorbehalte anbringen.[86] Der auf Konsensfindung ausgerichtete Vorbereitungsprozess ermöglicht der Schweiz in diesem Stadium, den Rechtsakt inhaltlich mitzugestalten.[87] Auf Ebene der Minister:innen wird die Schweiz durch den oder die Vorsteher:in des EJPD vertreten. Er oder sie ist jedoch von der förmlichen Beschlussfassung ausgeschlossen (Art. 7 SAA). Kommt es im Rat zu einer Abstimmung auf Ebene der Minister:innen, verlassen die Schweizer Vertreter:innen den Raum.[88] Tatsächlich kommt es selten zu Abstimmungen im Rat, da oftmals im vorbereitenden Stadium bereits eine mehrheitsfähige Lösung erarbeitet werden kann.[89]

Die Beteiligung der Schweiz an den Komitologieausschüssen im Bereich Schengen ist in einer speziellen Vereinbarung zwischen der EU und der Schweiz sowie den EWR-EFTA-Staaten geregelt.[90] Die Vereinbarung hält fest,

---

83 Der Gemischte Ausschuss tagt nicht separat, sondern die EU-Gremien laden die Vertreter:innen der Drittstaaten zu ihren Sitzungen ein. In dieser Zusammensetzung tagt das Gremium in der Formation «Gemischter Ausschuss» gemeinsam mit den Schengen-assoziierten Drittstaaten (Bundesrat, Bericht Schengen (Fn. 4), BBl 2013, 6332); s. ferner auch Good (Fn. 79), 130; Gruber Reto, Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes, Ausgewählte Aspekte, in: Epiney Astrid/Gammenthaler Nina (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, Bern 2010, 482 f.

84 Zu den Arbeitsgruppen und Ausschüssen des Rates s. oben Kap. II.B.

85 Bundesrat, Bericht Schengen (Fn. 4), BBl 2013, 6333.

86 Good (Fn. 79), 130.

87 Zur Rolle der Sachverständigen aus der Schweiz und Vertreter:innen s. Bundesrat, Bericht Schengen (Fn. 83), BBl 2013, 6332 ff.

88 Good (Fn. 79), 130.

89 Dieser Umstand relativiert gemäss Bundesrat das fehlende Stimmrecht der Schweiz auf Minister:innenebene (Bundesrat, Bericht Schengen (Fn. 83), BBl 2013, 6334); s. ferner auch Gruber (Fn. 83), 483.

90 Vereinbarung vom 22. September 2011 zwischen der Europäischen Union sowie der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Beteiligung dieser Staaten an der Arbeit der Ausschüsse, die die Europäische Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse in Be-

dass die Schweiz als Beobachterin an der Arbeit der Komitologieausschüsse beteiligt ist (Art. 2 Abs. 1 Vereinbarung Komitologieausschüsse Schengen). Spezifisch kann die Schweiz in den Komitologieausschüssen auf Schwierigkeiten bei der Umsetzung, Anwendung oder Entwicklung von Rechtsakten hinweisen, Massnahmen darlegen, auf Anliegen anderer Delegationen reagieren und zu relevanten Bestimmungen sowie deren Umsetzung Stellung nehmen (Art. 3 Abs. 2 Vereinbarung Komitologieausschüsse Schengen). Darüber hinaus kann sie Anregungen vortragen (Art. 3 Abs. 3 Vereinbarung Komitologieausschüsse Schengen). An der Beschlussfassung der Komitologieausschüsse nimmt die Schweiz – wie auch die anderen Drittstaaten – nicht teil (Art. 3 Abs. 4 der Vereinbarung Komitologieausschüsse Schengen). Die Vereinbarung listet in ihrem Anhang die jeweiligen Komitologieausschüsse, an denen die Schweiz teilnimmt, auf.

Die Schweiz machte von den weitreichenden Mitwirkungsrechten unter dem SAA in der Vergangenheit Gebrauch. So setzte sie sich zum Beispiel bei der Beratung der Richtlinie (EU) 2017/853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 91/477/EWG des Rates über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen erfolgreich dafür ein, eine auf schweizerische Wehrpflichtige zugeschnittene Bestimmung zur Übernahme ihrer Dienstwaffe in den Privatgebrauch in die Richtlinie zu integrieren.[91]

3. Zwischenfazit

Die Mitwirkungsrechte der Schweiz im bilateral-rechtlichen Verhältnis *de lege lata* weisen eine graduelle Entwicklung auf, die mit der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme korreliert.[92] Während die Bilateralen I noch keine Pflicht zur kontinuierlichen Übernahme von neuem EU-Recht vorsehen und die Mitwirkungsrechte entsprechend eher rudimentär ausgestaltet sind, sind die Regelungen zur Mitwirkung der Schweiz im Rahmen ihrer Schengen- und Dublin-Assoziierung und im ZollA, die allesamt eine dynamische Rechtsübernahme vorsehen, präziser formuliert und ermöglichen eine umfassendere Mitwirkung.[93]

---

zug auf die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands unterstützen (Vereinbarung Komitologieausschüsse Schengen, SR 0.362.11).

91 Oesch, Schweiz-EU (Fn. 75), Rz. 102.

92 Zur These, dass eine umfassendere Integration die stärkere Einbeziehung von Drittstaaten in EU-Entscheidungsprozesse mittels *decision shaping* bedingt, s. Gstöhl Sieglinde/Phinnemore David, Conclusion, The EU and its Privileged Partnerships – Governance Power Europe?, in: Gstöhl Sieglinde/Phinnemore David (Hrsg.), The Proliferation of Privileged Partnerships between the European Union and its Neighbours, New York 2019, 194.

93 S. zur dynamischen Rechtsübernahme unter dem SAA und DAA Oesch, Schweiz-EU (Fn. 75), Rz. 101.

Trotz der erweiterten Mitwirkungsrechte in neueren Abkommen bleibt die Schweiz von der förmlichen Beschlussfassung ausgeschlossen. Mit Ausnahme des SAA beschränken sich die Mitwirkungsrechte der Schweiz zudem auf die Ausarbeitungsphase durch die Kommission sowie in einigen Bereichen auf eine Rolle als Beobachterin in den Komitologieausschüssen. Hat ein Rechtsakt die Ausarbeitungsphase durchlaufen, kann die Schweiz nur über informelle Kanäle auf den Inhalt eines Rechtsakts einwirken. Selbst im SAA, wo sie am Rechtsetzungsprozess des Rates mitwirken kann, bleibt sie von der förmlichen Beschlussfassung ausgeschlossen und hat kein Stimmrecht. Ist ein Rechtsakt verabschiedet und wird auf EU-Ebene angewandt, besteht auf Seiten der EU kaum Bereitschaft für nachträgliche Änderungen oder Sonderlösungen für die Schweiz, wie das Beispiel der Drohnen-Durchführungsverordnung veranschaulicht.[94]

IV. Bilaterale III und *decision shaping*

A. Verfahren

Die Teilnahme der Schweiz am Prozess zur Ausarbeitung eines EU-Rechtsakts setzt voraus, dass der fragliche Rechtsakt in den Anwendungsbereich eines der Binnenmarktabkommen fällt.[95] Die Schweiz kann nicht mitwirken bei der Ausarbeitung von Rechtsakten oder darin enthaltenen Bestimmungen, die zwar in den Anwendungsbereich eines der Abkommen fallen, für die aber eine ausgehandelte Ausnahme von der Übernahmepflicht greift (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 5 IP-FZA[96]; Art. 26 Abs. 5 StromA[97]). Dies leuchtet ein, da der Rechtsakt oder die Bestimmungen von der Integrationspflicht ausgenommen sind. Zu klären bleibt, wie die Kommission dies in der Praxis handhaben wird, wenn sie bspw. einen Rechtsakt vorbereitet, bei dem nur eine einzelne Bestimmung in den Anwendungsbereich einer ausgehandel-

---

94 S. dazu auch Oesch Matthias/Campi David, Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte, Zürich 2022, Rz. 249.

95 Die Kommission ist zunächst federführend bei der Beurteilung, ob ein Rechtsakt in den Anwendungsbereich eines Abkommens fällt; s. dazu Epiney Astrid, «Bilaterale III»: Zu den institutionellen Aspekten, Jusletter vom 22. September 2025, Rz. 25.

96 Institutionelles Protokoll zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (abrufbar unter <https://www.europa.eda.admin.ch/de/-vernehmlassung-paket-schweiz-eu>).

97 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über Elektrizität (abrufbar unter <https://www.europa.eda.admin.ch/de/vernehmlassung-paket-schweiz-eu>).

ten Ausnahme fällt, der übrige Rechtsakt jedoch nicht – mithin, wie dann eine selektive Teilnahme von Sachverständigen aus der Schweiz praktikabel umzusetzen ist.

Nach dem Verständnis des Bundesrates kann, wenn Uneinigkeit darüber besteht, ob die Kommission Sachverständige aus der Schweiz beiziehen muss oder nicht, ein Verfahren vor dem Schiedsgericht initiiert werden.[98] Sodann wird argumentiert, dass die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme nur für solche EU-Rechtsakte gelten kann, die der Schweiz ordnungsgemäss mitgeteilt wurden und zu denen sie sich folglich äussern konnte; wurde die Schweiz entgegen dieser Pflicht nicht einbezogen, entfällt die Übernahmepflicht.[99] Nicht ausser Acht gelassen werden sollte, dass der Wortlaut der Bestimmungen in den aktualisierten und neuen Abkommen (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 IP-FZA; Art. 26 Abs. 1 UAbs. 1 StromA) nahelegt, dass die Sachverständigen der Schweiz nur dann zu konsultieren sind, wenn die Kommission auch Sachverständige der EU-Mitgliedstaaten in ihre Konsultation einbezieht, wobei die Kommission in ihrer Konsultationspraxis über einen erheblichen Gestaltungsspielraum verfügt.[100]

Im Einzelnen sehen die neuen Bestimmungen zum *decision shaping* in den aktualisierten sowie neu verhandelten Marktzugangsabkommen unterschiedliche Modalitäten je nach Art des Rechtsakts vor.[101] Wie im EWR-A orientieren sich die Bestimmungen terminologisch und konzeptuell eng an den unionsrechtlichen Verfahrensarten.[102] Unterschieden wird zwischen Rechtsakten der Union gemäss dem AEUV, Durchführungsrechtsakten und delegierten Rechtsakten. Die erste Kategorie bezieht sich – obwohl Durchführungsrechtsakte und delegierte Rechtsakte ebenfalls im AEUV verankert sind – auf Rechtsakte, die im ordentlichen (Art. 289 Abs. 1 AEUV) oder speziellen (Art. 289 Abs. 2 AEUV) Gesetzgebungsverfahren erlassen werden (Sekundärrecht).

---

98 Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 93.

99 EPINEY (Fn. 95), Rz. 30.

100 Zur Konsultationspraxis der Kommission s. oben Kap. II.B.

101 Die unterschiedlichen Modalitäten ergeben sich aus den verschiedenen unionsrechtlichen Verfahren zur Ausarbeitung der Rechtsakte, s. dazu Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 93.

102 Diese Verfahren haben sich jedoch in den letzten 30 Jahren stark verändert, sodass das im EWR-A abgebildete Regelwerk veraltet wirkt. Für das weiterhin reibungslose Funktionieren der Mitwirkung in allen unionsrechtlichen Verfahren – auch jenen, die noch nicht im EWR-A geregelt sind, da sie damals noch nicht existierten – sind informelle Kontakte von zentraler Bedeutung (s. dazu BAUR, Chancen (Fn. 45), 28). Angesichts dessen wäre es vorausschauender gewesen, in den aktualisierten und neu verhandelten Abkommen allgemeinere Bestimmungen zu formulieren, die flexibel genug sind, um auch zukünftigen Entwicklungen in den unionsrechtlichen Verfahren gerecht zu werden.

Für neues Sekundärrecht gilt, dass die Kommission die Schweiz informiert, sobald sie einen Vorschlag erarbeitet. Ebenso zieht sie Sachverständige aus der Schweiz informell gleichermassen zurate, wie sie Stellungnahmen von Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten für die Ausarbeitung ihrer Vorschläge einholt (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 IP-FZA; Art. 26 Abs. 1 UAbs. 1 StromA). Sachverständige aus der Schweiz wirken in der Ausarbeitungsphase eines Rechtsakts in den relevanten Arbeitsgruppen der Kommission mit.[103] Während der Ausarbeitung eines Rechtsakts durch die Kommission kann auf Antrag der Schweiz oder der EU im Gemischten Ausschuss ein Meinungsaustausch stattfinden (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 IP-FZA; Art. 26 Abs. 1 UAbs. 2 StromA). Bei «den wichtigen Etappen vor der Verabschiedung des Rechtsakts» kann die Schweiz (oder die EU) beantragen, dass man sich erneut im Rahmen eines ständigen Informations- und Konsultationsprozesses im Gemischten Ausschuss berät (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 IP-FZA; Art. 26 Abs. 1 UAbs. 1 StromA). Was wichtige Etappen vor der Beschlussfassung sind, wird im Abkommen nicht weiter ausgeführt. Zentral scheint, dass die Schweiz über inhaltliche Änderungen des Vorschlags sowie den Fortgang des Gesetzgebungsprozesses informiert bleibt.[104]

Bei der Ausarbeitung von Durchführungsrechtsakten gewährt die Kommission der Schweiz die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge und zieht Sachverständige der Schweiz gleichermassen zurate, wie sie die Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten zurate zieht (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 3 IP-FZA; Art. 26 Abs. 3 StromA). Erstmals wird in Abkommen zwischen der EU und der Schweiz zudem explizit auf delegierte Rechtsakte Bezug genommen. Bei delegierten Rechtsakten gewährt die Kommission der Schweiz ebenfalls die grösstmögliche Teilnahme an der Ausarbeitung ihrer Vorschläge und zieht Sachverständige der Schweiz gleichermassen zurate, wie sie die Sachverständigen der EU-Mitgliedstaaten zurate zieht (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 2 IP-FZA; Art. 26 Abs. 2 StromA).

Sachverständige aus der Schweiz können zudem in die Arbeiten von Ausschüssen einbezogen werden, die nicht die Durchführungsrechtsakte oder delegierten Rechtsakte betreffen, sofern dies zur Gewährleistung des ordnungs-

---

103 Epiney (Fn. 95), Rz. 26.

104 Epiney (Fn. 95), Rz. 29. Eine ähnlich lautende Bestimmung ist Art. 99 Abs. 3 EWR-A zu entnehmen, in welcher von «wichtigen Abschnitten der der Beschlussfassung [...] vorausgehenden Phase» die Rede ist. Der Bundesrat bezeichnete damals in seiner Botschaft zum EWR-A z.B. die Änderung des Vorschlags durch die Kommission als ein als wichtiger Abschnitt zu qualifizierendes Ereignis; vgl. dazu Botschaft des Bundesrates vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBl 1992 IV, 465. In Bezug auf die aktualisierten und neu verhandelten Abkommen erklärt der Bundesrat noch nicht, was für ihn als «wichtige Etappen» gilt.

gemässen Funktionierens der Abkommen erforderlich ist (vgl. bspw. Art. 4 Abs. 4 IP-FZA; Art. 26 Abs. 4 StromA). Der Gemischte Ausschuss entscheidet jeweils, welche Ausschüsse dies betrifft, und erstellt eine entsprechende Liste.

Die in den aktualisierten und neu verhandelten Abkommen enthaltenen Mitwirkungsrechte entsprechen im Wesentlichen jenen der EWR-EFTA-Staaten im EWR-A.[105] Sie beschränken sich auf die Ausarbeitungsphase eines Rechtsakts, bevor dieser dem Unionsgesetzgeber überwiesen wird. Ein Einbezug von Vertreter:innen aus der Schweiz in die Entscheidphase – wie im SAA für die Vorbereitungsarbeiten des Rates möglich – ist in den aktualisierten und neu verhandelten Abkommen nicht vorgesehen. Staatsvertraglich abgesichert wird der grösstmögliche Einbezug von Vertreter:innen der Schweiz bei der Ausarbeitung von Durchführungsrechtsakten sowie delegierten Rechtsakten. Die Teilnahme von Vertreter:innen der Schweiz an den Sitzungen der Komitologieausschüsse selbst ist nicht explizit geregelt und wird nicht weiter formalisiert.[106] Auf den ersten Blick bestehen aber keine Gründe, Vertreter:innen aus der Schweiz nicht mehr als Beobachter:innen ohne Beschlussfassungsrechte an den Sitzungen der Komitologieausschüsse teilnehmen zu lassen, wie es bislang Praxis war.

B. Herausforderungen

Obwohl die aktualisierten und neu verhandelten Abkommen die Mitwirkungsrechte der Schweiz detaillierter beschreiben, bleiben gewisse Aspekte offen. Staatsvertraglich abgesichert ist der mögliche Einbezug von Sachverständigen aus der Schweiz in der Ausarbeitungsphase eines Rechtsakts. In den Abkommen zwar als Sachverständige bezeichnet, werden in aller Regel Mitarbeitende der Bundesverwaltung nach Brüssel reisen und sich bei der Kommission einbringen. Die für den Fachbereich des betreffenden Abkommens verantwortlichen Departemente und das EDA werden die Position der Schweiz und ihre Vertretung beim *decision shaping* festlegen; juristisch werden sie vom EJPD

---

105 Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 93; Epiney (Fn. 95), Fn. 44. In der Vergangenheit wurde für eine Anbindung an die Strukturen der EWR-EFTA-Staaten plädiert, nicht zuletzt, um die Mitwirkung der Schweiz am Rechtsetzungsprozess der EU klar zu regeln, s. dazu etwa Cottier Thomas, Für eine Anbindung an bestehende EFTA-Strukturen, NZZ vom 12. Juli 2013, 21; allgemein zu Szenarien der Anbindung an die bestehenden EWR-EFTA-Strukturen s. Pirker Benedikt, The 'EEA Docking' Proposal in Swiss-EU Relations, Requiem for a Dream, in: Epiney Astrid et al. (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024, Zürich 2024, 499 ff.

106 Die bestehenden Binnenmarktabkommen enthalten weiterhin in ihren jeweiligen Schlussakten eine Erklärung des Rates zur Teilnahme von Vertreter:innen der Schweiz als Beobachter:innen an den Komitologieausschüssen; s. dazu oben Kap. III.B.1.

unterstützt.[107] Der Bundesrat plant entsprechend eine personelle Aufstockung in den jeweiligen Departementen.[108] Die Abkommen selbst – wie auch das EU-Recht oder das Schweizer Recht – geben keinen Aufschluss darüber, welche personellen Anforderungen an die Sachverständigen gestellt werden.[109] Es obliegt damit vermutlich allein der Kommission, zu bestimmen, wie und wen sie konsultieren möchte. Sie ist lediglich verpflichtet, die Schweiz über geplante Rechtsakte zu informieren und, sofern sie Sachverständige aus den EU-Mitgliedstaaten konsultiert, auch Sachverständige aus der Schweiz beizuziehen. Hier mag ein politischer Gestaltungsspielraum bestehen, um durch Sachverständige nicht nur Expertise, sondern auch gewisse Positionen der Schweiz während der Ausarbeitung eines Rechtsakts einzubringen.[110]

Während der Entscheidphase in Rat und Parlament ist der Gestaltungsspielraum der Schweiz, inhaltlich auf Rechtsakte einzuwirken, wesentlich enger.[111] Im Gemischten Ausschuss wird die Schweiz über den Verlauf des Gesetzgebungsprozesses informiert und kann sich dort zum laufenden Gesetzgebungsprozess äussern.

Offen steht es ihr, auch andere Kanäle zu nutzen bzw. den Dialog weiter zu formalisieren, wie es etwa die EWR-EFTA-Staaten praktizieren.[112] Bereits vorgesehen ist die Schaffung eines hochrangigen Dialogs auf Ebene von Minister:innen bzw. Kommissar:innen.[113] Auch die parlamentarische Zusammenarbeit soll institutionalisiert werden.[114] Beides vermag Gesprächskanäle zu öffnen, um Anliegen der Schweiz zu platzieren. Zudem sollte die Bedeutung informeller Kanäle nicht unterschätzt werden, sei es zu Organen und Mitar-

---

107 Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 104 f.

108 Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 138.

109 Art. 7 Abs. 3 des Beschlusses der Kommission vom 30. Mai 2016 zur Festlegung horizontaler Bestimmungen über die Einsetzung und Arbeitsweise von Expertengruppen der Kommission, C(2016) 3301 final, weist lediglich darauf hin, dass Behörden aus Nicht-Mitgliedstaaten Mitglieder von Expert:innengruppen sein können, sofern ein internationales Abkommen die Konsultation von Expert:innen dieser Nicht-Mitgliedstaaten vorsieht.

110 Pfisterer Thomas, Ein Plus für die Demokratie, Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU, Zürich 2021, 106.

111 S. oben Kap. III.B.1. und das Beispiel der Drohnen-Durchführungsverordnung.

112 Laut Pfisterer – zwar noch in Bezug auf ein Institutionelles Rahmenabkommen – dürfte die Schweiz in Anlehnung an die EFTA *Comments* sog. «Schweizer Kommentare» an die zuständigen Organe der EU übermitteln (vgl. Pfisterer (Fn. 110), 107 f.).

113 Dabei handelt es sich jedoch eher um einen politischen Austausch über die Beziehungen Schweiz-EU in allgemeiner Weise als um einen Austausch auf Fachebene oder zur Klärung von Detailfragen; s. dazu Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 987 ff.

114 Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 995 ff.

beitenden der EU, sei es zu EU-Parlamentarier:innen oder sei es zu gleichgesinnten EU-Mitgliedstaaten.

Innenpolitisch hat sich in der Schweiz gezeigt, dass auf die Bundesverwaltung eine erhebliche Koordinierungsaufgabe beim *decision shaping* zukommen wird.[115] Die Mehrzahl der Parteien und die Kantone äusserten sich in der Vernehmlassung dahingehend, dass sie sich mehr Transparenz sowie einen stärkeren Einbezug in das *decision shaping* wünschen.[116] Entsprechend reagierte der Bundesrat nach der Vernehmlassung und schlug mehrere Massnahmen vor. Einerseits beabsichtigt er, die Rolle des Parlaments stärker zu verankern, indem er einen neuen Art. 152a ParlG[117] vorschlägt, der die Mitwirkung des Parlaments beim *decision shaping* formalisiert.[118] Andererseits soll eine Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen die Mitwirkung der Kantone im Bereich der institutionellen Elemente regeln.[119] Darüber hinaus sollen alle für das *de-*

---

115 Zwischenbericht des Bundesrates vom 5. Dezember 2025 zu den Ergebnissen der Vernehmlassung, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU (Bilaterale III)» (abrufbar unter <https://www.europa.eda.admin.ch/de/paket-schweiz-eu-bilaterale-iii-vernehmlassungsergebnisse>).

116 S. etwa SP, Stellungnahme zu den Vernehmlassungsvorlagen im Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU» vom 30. Oktober 2025, 9 ff. (abrufbar unter <https://www.sp-ps.ch/wp-content/uploads/2025/10/2025-10-30-Vernehmlassungsantwort-der-SP-Schweiz-Bilaterale-III.pdf>); Die Mitte, Vernehmlassung: Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU» – Bilaterale III vom 29. Oktober 2025, 8 (abrufbar unter <https://die-mitte.ch/wp-content/uploads/2025/10/251029_STN.Mitte_EDA_Paket-CH-EU.pdf>); FDP, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU»: Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen vom 31. Oktober 2025, 2 (abrufbar unter <https://www.fdp.ch/fileadmin/documents/fdp.ch/Grundlagenmaterial_PDFs/DE/Positionen/2_Vernehmlassungen/2025/Oktober/20251031_VL_Bila_d.pdf>); Grüne Schweiz, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU», Vernehmlassungsantwort vom 27. Oktober 2025, 3 (abrufbar unter <https://gruene.ch/wp-content/uploads/2025/11/ver_251027_Bilaterale3_d.pdf>); KdK, Stellungnahme, Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz – EU: Verhandlungsergebnisse und innerstaatliche Umsetzung, Ausserordentliche Plenarversammlung vom 24. Oktober 2025, 3 ff. (abrufbar unter <https://kdk.ch/fileadmin/redaktion/aktuell/stellungnahmen/2025/UE_Paket_Stellungnahme_2025_DE.pdf>); zur ungleichen Rollenverteilung zwischen Bundesverwaltung und Bundesversammlung beim *decision shaping* und möglichem Verbesserungspotential s. Oesch Matthias, Von Bern nach Brüssel und zurück – Zum *Proposal Shaping* beim Erlass von EU-Recht, in: Hugentobler Manuela/Sutter Kaspar/Jenni Christoph (Hrsg.), Der Mensch im Staat, Aktuelle Herausforderungen zwischen Norm und Wirklichkeit, Liber Amicorum für Markus Müller, Zürich 2026, 223 ff.

117 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10).

118 Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 124 f. Die Schaffung einer entsprechenden Bestimmung wurde bereits von Pfisterer, damals noch für das InstA, in die Diskussion eingebracht, vgl. dazu Pfisterer (Fn. 110), 143.

119 Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 121.

cision shaping relevanten Dokumente der EU veröffentlicht und die ständigen Teilnehmenden an Vernehmlassungsverfahren sowie die betroffenen Kreise darüber benachrichtigt werden.[120] Die Kommission veröffentlicht aus Transparenzgründen die Teilnehmenden ihrer Konsultationen ohnehin; der Bundesrat wird hier eine Übersetzungsaufgabe für interessierte Kreise in der Schweiz übernehmen.[121]

Trotz der vorgeschlagenen Massnahmen bleibt die zentrale Herausforderung bestehen, Schweizer Anliegen rechtzeitig und wirksam in den EU-Gesetzgebungsprozess einzubringen.[122] Die bisherige Erfahrung zeigt, dass ein nachträgliches Nachverhandeln von Rechtsakten, sobald diese in der EU einmal verabschiedet sind, kaum möglich ist.[123] Die aktualisierten und neu verhandelten Abkommen sehen keine speziellen Fristen für das *decision shaping* vor und das Tempo des Gesetzgebungsprozesses wird allein von der EU diktiert. Die Effektivität des *decision shaping* hängt daher massgeblich davon ab, dem von der EU vorgegebenen Rhythmus zu folgen. Dies bedingt wiederum, möglichst früh über Rechtsetzungsprojekte der EU im Bilde zu sein, den innenpolitischen Konsolidierungsprozess schlank und effizient zu gestalten und gegenüber der EU und ihren Mitgliedstaaten überzeugend und konstruktiv aufzutreten. Darin dürfte die eigentliche Herausforderung liegen: Der Engpass des *decision shaping* wird weniger in Brüssel als in Bern zu verorten sein, wo ein föderaler und auf Konkordanz angelegter Prozess mit einem extern vorgegebenen Tempo Schritt halten muss.

V. Fazit

Die aktualisierten und neu verhandelten Abkommen formalisieren die Mitwirkungsrechte der Schweiz im unionalen Rechtsetzungsprozess. Auch unter den aktualisierten und neu verhandelten Binnenmarktabkommen wird gelten, dass die Schweiz nicht formell am Gesetzgebungsverfahren teilnehmen wird, Sachverständige aus der Schweiz sich jedoch in der Ausarbeitungsphase eines Rechtsakts einbringen können. Diesbezüglich schliesst die Schweiz im Rahmen ihrer Binnenmarktpartizipation formal zu den EWR-EFTA-Staaten bzw. deren Mitwirkungsrechten im unionalen Gesetzgebungsverfahren auf – mit dem für die Schweiz nicht zu vernachlässigenden Vorteil, dass sie deutlich we-

120 Dazu möchte der Bundesrat die relevanten Dokumente auf einer öffentlichen Online-Plattform veröffentlichen (vgl. Bundesrat, Botschaft Bilaterale III (Fn. 2), 136).

121 S. oben Fn. 25.

122 Pfisterer (Fn. 110), 93 f.; Oesch/Campi (Fn. 94), Rz. 250.

123 Vgl. oben Kap. III.B.1. und das Beispiel der Übernahme der Drohnen-Durchführungsverordnung.

niger Rechtsakte zu übernehmen hat. Formale Parität bedeutet allerdings noch keine funktionale: Anders als die EWR-EFTA-Staaten kann die Schweiz weder auf eingespielte gemeinsame Strukturen noch auf jene Routine zurückgreifen, die aus der Übernahme mehrerer hundert Rechtsakte jährlich erwächst.

Die bisherige Praxis zeigt, dass die Einflussmöglichkeiten von Drittstaaten stark vom rechtlichen und politischen Rahmen der EU konditioniert werden.[124] Aus unionsrechtlicher Warte verfügt die EU zwar formal über ein Rechtsetzungsmonopol, doch erweist sich diese Vorgabe in der Praxis als weniger restriktiv als zunächst angenommen. Die EU hat im Laufe der Zeit eine ausgeprägte Konsultations- und Dialogkultur entwickelt, die eine flexible Einbindung externer Akteur:innen in der Ausarbeitungsphase von Rechtsakten ermöglicht. Dies schliesst Vertreter:innen von Drittstaaten mit ein. Die Effektivität des *decision shaping* wird letztlich massgeblich davon abhängen, ob die Schweiz in der Lage ist, ihre Anliegen rechtzeitig und überzeugend in den unionalen Rechtsetzungsprozess einzubringen. Gelingt dies nicht, bleibt das diagnostizierte institutionelle Ungleichgewicht bestehen – mit der Konsequenz, dass die Schweiz EU-Recht übernehmen muss, auf dessen Ausgestaltung sie nur marginalen Einfluss hatte. Vollständig aufgelöst würde diese Schieflage nur durch eine EU-Mitgliedschaft, welche der Schweiz die volle Teilnahme am Gesetzgebungsverfahren und damit ein echtes Mitentscheidungsrecht gewähren würde.[125]

124 Lavenex/Öberg (Fn. 42), 1446.
125 Oesch/Campi (Fn. 94), Rz. 388.

Wo liegt das Demokratiedefizit?

Zur dynamischen Rechtsübernahme unter den Bilateralen III

Mona Gubler

Inhalt

I. Einleitung 157

II. Die Übernahme von EU-Recht: Der (völker-)rechtliche und faktische *status quo* 160

III. Der *status quo* im Lichte des Demokratieprinzips 164
- A. Die schweizerische Ausprägung des Demokratieprinzips 164
- B. Vertikale Dimension: Demokratisch unzureichende Beteiligung der Schweiz an der Rechtsetzung auf EU-Ebene 165
  - 1. Die demokratische Scheinlösung der Bewahrung nationaler Souveränität 168
  - 2. Die demokratische Scheinlösung der Trennung politischer, wirtschaftlicher und technischer Aspekte 168
  - 3. Das demokratische Potential supranationaler Institutionen 170
- C. Horizontale Dimension: Machtverschiebung auf die Exekutive 175
  - 1. Exekutivlastigkeit der schweizerischen Europapolitik 175
  - 2. Die Herausbildung transnationaler exekutiver Macht 179

IV. Die dynamische Rechtsübernahme unter den Bilateralen III 181
- A. Die Grundzüge des Übernahmemechanismus 181
- B. Vertikale Dimension: *Decision shaping* auf EU-Ebene 183
- C. Horizontale Dimension: Demokratische Mitwirkungsrechte auf nationaler Ebene 184

V. Die dynamische Rechtsübernahme im Lichte des Demokratieprinzips 186

VI. Schluss 190

I. Einleitung

Nach den erfolglosen Verhandlungen über ein institutionelles Rahmenabkommen (InstA) konnten sich die Schweiz und die EU Ende 2024 über die Modalitäten ihrer zukünftigen Beziehungen einigen. Die sog. Bilateralen III, das Ergebnis des neu aufgegleisten Verhandlungsprozesses, sind seit Mitte Juni 2025 öffentlich zugänglich und waren bis Ende Oktober 2025 Gegenstand von

Vernehmlassungen.[1] Das Vertragspaket und die zugehörige Botschaft[2] wurden dem Parlament im März 2026 unterbreitet.[3] Wie bereits das gescheiterte InstA[4] sehen auch die Bilateralen III Mechanismen für eine fortlaufende Übernahme von neuem EU-Recht vor, wobei nunmehr aber ein sektorieller statt eines horizontalen Ansatzes verfolgt wird.[5] Obwohl sich alle Parteien bis auf die SVP und die EDU für die Bilateralen III ausgesprochen haben,[6] werden gegenüber der dynamischen Rechtsübernahme weiterhin – und nicht nur seitens der SVP und der EDU – Bedenken mit Blick auf die halbdirekte schweizerische Demokratie geäussert.[7]

Diese Bedenken hinsichtlich einer möglichen demokratischen Schieflage im Zuge der Durchführung und Weiterentwicklung[8] der Bilateralen III sind angesichts der Stellung des Demokratieprinzips als Strukturprinzip der schweizerischen Bundesverfassung nicht nur von gesellschaftspolitischer, sondern auch von verfassungsrechtlicher und demokratietheoretischer Relevanz. Letztlich fussen sie in einem grundsätzlichen Dilemma, welches die anhaltende akademische Debatte über die Wahrung des Demokratieprinzips in der Ausgestaltung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU prägt: Einerseits führt die im Zuge der Globalisierung fortschreitende Europäisierung der

---

1 Für einen Überblick über vergangene und laufende Entwicklungen siehe EDA, Bundesrat verabschiedet das Paket Schweiz-EU zuhanden des Parlaments, 22. April 2026, <https://www.eda.admin.ch/de/weiterentwicklung-beziehungen-schweiz-eu>; für die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens siehe EDA, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU (Bilaterale III)»: Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 13. März 2026 (zit. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens).

2 Botschaft über das Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU (Bilaterale III)» vom 13. März 2026, BBl 2026 615.

3 Dieser Beitrag wurde Ende Juli 2026 fertiggestellt. Entsprechend wurden relevante Entwicklungen nach diesem Datum nicht berücksichtigt.

4 Siehe EDA, Informationen und Dokumente zum Institutionellen Abkommen, 26. Mai 2021, <https://www.europa.eda.admin.ch/de/informationen-und-dokumente-zum-institutionellen-abkommen>.

5 BBl 2026 615, 56 f.

6 Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens (Fn. 1), 9.

7 Siehe etwa Die Mitte, Vernehmlassung: Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz–EU» – Bilaterale III, Bern 2025, <https://die-mitte.ch/wp-content/uploads/2025/10/251029_STN.Mitte_EDA_Paket-CH-EU.pdf>; Glaser Andreas/Epiney Astrid, Streitgespräch: «Neu gilt: Die Schweiz muss EU-Recht übernehmen», plädoyer 2025, 7 ff.; Schneider-Ammann Johann, Die eigenen Stärken bewahren, NZZ vom 13. Oktober 2025.

8 Auch der Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge wirft demokratische Fragen auf, auf welche hier jedoch nicht eingegangen wird. Siehe dazu etwa Cottier Thomas/Germann Christophe, Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 77 ff.

Rechtsetzung und -anwendung zu einer materiellen Aushöhlung direktdemokratischer Mitspracherechte sowie zu einem Bedeutungsverlust des parlamentarischen Gesetzgebers auf nationaler Ebene.[9] Andererseits wird der EU trotz der fortlaufenden Demokratisierung ihrer Entscheidungsstrukturen ein demokratisches Defizit vorgeworfen[10] und mit der Europäischen Bürgerinitiative besteht lediglich eine für die EU-Regierung nicht bindende direkte Einflussmöglichkeit der EU-Bürger:innen.[11] Soll angesichts dessen die Sicherung der (Teil-)Autonomie nationaler Entscheidungsfindungsprozesse[12] oder vielmehr eine mit einer vertieften Integration einhergehende Beteiligung an der Transnationalisierung demokratischer Entscheidungsfindungsprozesse angestrebt werden?[13] Und wie lässt sich die Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme im Rahmen der Bilateralen III in diese Diskussion einordnen? Vor diesem Hintergrund befasst sich der vorliegende Beitrag mit der Frage, inwieweit die Anforderungen des Demokratieprinzips durch die unter den Bilateralen III vorgesehene dynamische Rechtsübernahme erfüllt werden.

Zur Beantwortung dieser Fragestellung nimmt der Beitrag zunächst eine Standortbestimmung des (völker-)rechtlichen *status quo* hinsichtlich der Übernahme von EU-Recht vor. Dabei wird aufgezeigt, dass eine weitreichende Übernahme von neuem EU-Recht durch die Schweiz im Zuge der Herausbildung eines transnationalen Wirtschaftssystems *de facto* bereits unter den geltenden, auf dem Papier weitgehend statischen Verträgen stattfindet. Im Rahmen einer demokratietheoretischen Würdigung wird dargelegt, inwiefern dieser *status quo* sowohl hinsichtlich des Bestehens von Mitwirkungsrechten

---

9 Jaag Tobias, Europarecht – Die Europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2022, Rz. 4316 f.; Oesch Matthias, Europarecht – Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz EU, 3. A., Bern 2024 (zit. Oesch, Europarecht), Rz. 1004, 1047, 1049.

10 Siehe zu dieser Debatte etwa Grimm Dieter, Europa ja – aber welches?, 3. A., München 2016; Hwang Shu-Perng, Konstitutionalisierung jenseits der Demokratie?, Kritische Justiz 2018, 266 ff.; Majone Giandomenico, Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, European Law Journal 1998, 5 ff.

11 Siehe Art. 11 Abs. 4 des Vertrags über die Europäische Union vom 13. Dezember 2007 (konsolidierte Fassung), ABl C 326 vom 7. Juni 2016, 13 ff.; Art. 24 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (konsolidierte Fassung), ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 47 ff.; Verordnung (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Bürgerinitiative, ABl L 65 vom 11. März 2011, 1 ff.

12 Vgl. Glaser Andreas/Langer Lorenz, Die Institutionalisierung der bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, 563 ff., 582; in Bezug auf die EU-Mitgliedstaaten Scharpf Fritz, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market economy', Socio-Economic Review 2010, 211 ff., 239 ff.

13 Oesch Matthias, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, 137 ff. (zit. Oesch, Verfassungswandel), Rz. 27.

auf der für die Sicherung öffentlicher Interessen sachgerechten Ebene als auch hinsichtlich der horizontalen Verteilung von Entscheidungsmacht demokratische Defizite aufweist. Dabei wird auch auf verfassungsrechtliche Möglichkeiten eingegangen, um diesen Defiziten zu begegnen. In einem nächsten Schritt werden der gemäss den Vertragstexten der Bilateralen III vorgesehene Mechanismus zur dynamischen Rechtsübernahme und die in diesem Rahmen gewährten demokratischen Mitspracherechte beleuchtet. Die demokratietheoretische Einordnung des *status quo* bildet sodann den normativen Bezugsrahmen, um diesen Rechtsübernahmemechanismus mit Blick auf die Verwirklichung des Demokratieprinzips zu evaluieren. Der Schlussteil fasst die wichtigsten Erkenntnisse zusammen.

II. Die Übernahme von EU-Recht: Der (völker-)rechtliche und faktische *status quo*

Aufgrund zahlreicher Verweise auf EU-Recht in den Bilateralen I und II[14] ist die Schweiz bereits unter ihrer derzeitigen sektoriellen Beteiligung am EU-Binnenmarkt in erheblichem Masse in den unionalen Rechtsraum integriert.[15] Die grosse Mehrheit der bilateralen Verträge ist dabei statischer Natur.[16] Dies bedeutet, dass eine Weiterentwicklung i.S. der Anpassung an Neuerungen im staatsvertraglich übernommenen EU-Besitzstand der einstimmigen Zustimmung der Vertragsparteien bedarf.[17] Dabei spielen in den meisten Abkommen die aus Delegierten beider Vertragsparteien zusammengesetzten gemischten Ausschüsse eine zentrale Rolle. Sie sind mit dem ordnungsgemässen Funktionieren der betreffenden sektoriellen Abkommen betraut und besitzen insbesondere die Befugnis zur Änderung der Anhänge, in welchen auf die staatsvertraglich übernommenen EU-Rechtsakte verwiesen wird.[18] Für die Instruktion der Schweizer Delegierten hinsichtlich der Beschlussfassung in den gemischten Ausschüssen ist primär der Bundesrat zuständig (Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 184 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 7a RVOG), da dort beschlossene Änderungen i.d.R.

---

14 Für die bestehenden Abkommen zwischen der Schweiz und der EU siehe Fedlex, Sektorielle Abkommen EU, <https://www.fedlex.admin.ch/de/sector-specific-agreements/EU-acts-register>.

15 Statt vieler, Oesch Matthias/Campi David, Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union, Zürich 2022, 276 f.

16 Oesch, Europarecht (Fn. 9), Rz. 1000.

17 Oesch Matthias, Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, 638 ff. (zit. Oesch, Die bilateralen Abkommen), 639.

18 Siehe z.B. Art. 14 und 18 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681).

von beschränkter Tragweite sind.[19] Ist eine Änderung nicht von beschränkter Tragweite, bedarf sie der Genehmigung durch die Bundesversammlung und unterliegt gegebenenfalls dem fakultativen Referendum (Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 24 Abs. 2 und 3 ParlG und Art. 7a Abs. 4 RVOG, Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV).[20] Wird die Übernahme von angepasstem EU-Recht im Zuge des anwendbaren innerstaatlichen Verfahrens abgelehnt, bleibt dies für die Schweiz aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses ohne rechtliche Konsequenzen.[21] Faktisch werden Neuerungen dennoch weitgehend systematisch übernommen.[22]

Von den statischen Abkommen zu unterscheiden sind die Schengen/Dublin-Abkommen, welche dynamische Verweise auf EU-Rechtsbestimmungen enthalten.[23] Werden diese Bestimmungen angepasst oder basierend darauf neue Bestimmungen erlassen, bleiben die innerstaatlichen Verfahren hinsichtlich der Änderung völkerrechtlicher Verträge anwendbar. Die Schweiz bleibt aber auch bei einer Ablehnung der Änderung im Zuge dieser Verfahren staatsvertraglich verpflichtet, die entsprechenden Neuerungen umzusetzen.[24] Akzeptiert die Schweiz eine Neuerung nicht, hat dies grundsätzlich die Beendigung beider Abkommen zur Folge.[25]

Neben der vereinzelt dynamisch ausgestalteten Rechtsetzungsübernahme ist auch eine Dynamisierung der Rechtsprechungsübernahme feststellbar. Grundsätzlich ist für die Schweiz hinsichtlich der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Begriffe nur die vor der Unterzeichnung der Ab-

---

19 EDA/EVD/EJPD, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG vom 6. September 2007, <https://www.europa.eda.admin.ch/dam/de/sd-web/hcl5f4dpfJi6/Aide-mémoire-final_fr.pdf> (zit. Aide-mémoire), 6; der Bundesrat kann seine Zuständigkeit an Departemente und Bundesämter delegieren (Art. 48a RVOG)).

20 Siehe auch Aide-mémoire (Fn. 19), 7.

21 Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), 642.

22 Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), 642.

23 Siehe Art. 2 und 7 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 1. März 2008 (SAA, SR 0.362.31); Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 1. März 2008 (DAA, SR 0.142.392.68). Dem ist anzufügen, dass auch das ZollA ein dynamisches Element aufweist.

24 Art. 2 Abs. 3 SAA; Art. 1 Abs. 3 DAA.

25 Art. 7 Abs. 4 i.V.m. Art. 15 Abs. 4 SAA; Art. 4 Abs. 6 und 7 DAA i.V.m. Art. 14 Abs. 2 DAA.

kommen ergangene EuGH-Rechtsprechung bindend.[26] Sofern keine triftigen Gründe für ein Abweichen vorliegen, folgt das Bundesgericht gemäss seiner Praxis zum Freizügigkeitsabkommen (FZA) jedoch auch der nach der Unterzeichnung ergangenen EuGH-Rechtsprechung.[27] Bezüglich Schengen/Dublin gelten überdies auch bei der Rechtsprechungsübernahme spezielle Regelungen: Weichen Schweizer Gerichte wesentlich von der relevanten Rechtsprechung des EuGH ab und wird im gemischten Ausschuss keine einvernehmliche Lösung gefunden, gelten die Abkommen als beendet.[28]

Als Kompensation für die einseitige Übernahme von EU-Recht enthalten sowohl die statischen als auch die dynamischen Abkommen Bestimmungen hinsichtlich der Mitwirkung der Schweiz bei der Ausarbeitung neuer EU-Rechtsakte (sog. *decision shaping*).[29] Zusätzlich zur Möglichkeit, ihre Anliegen zu geplanten Neuerungen auf dem Wege informeller Stellungnahmen zuhanden der Kommission[30] sowie in den Beratungen der gemischten Ausschüsse kundzutun, haben Schweizer Vertretende im Zuge der Durchführung des abkommensrelevanten EU-Sekundärrechts Einflussmöglichkeiten auf die Arbeiten von Komitologieausschüssen.[31] Darüber hinaus wird die Schweiz auch durch die Beteiligung an diversen Agenturen zunehmend in den unionalen Verwaltungsverbund integriert.[32] Aufgrund ihrer Stellung als Nichtmitgliedstaat und

---

26 Siehe Art. 16 Abs. 2 FZA; Art. 1 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (LuftVA, SR 0.748.127.192.68).

27 BGE 136 II 65 E. 3.1. S. 70 f.; BGE 139 II 393 E. 4.1.1. S. 398; BGE 140 II 112 E. 3.2. S. 117.

28 Art. 9 und 10 SAA; Art. 6 und 7 DAA.

29 Siehe etwa Art. 23 LuftVA; Art. 52 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (LandVA, SR 0.740.72); Erklärung des Rates der EU in den Schlussakten der bilateralen Abkommen von 1999; Art. 2 DAA; Art. 4 und 6 SAA; Vereinbarung vom 22. September 2011 zwischen der Europäischen Union sowie der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Beteiligung dieser Staaten an der Arbeit der Ausschüsse, die die Europäische Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse in Bezug auf die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands unterstützen (SR 0.362.11); für eine eingehende Betrachtung der Thematik des *decision shaping* siehe den Beitrag von Johannes Rohrmann in diesem Band.

30 Dies schliesst auch die Beteiligung an beratenden Expertengruppen mit ein. Im Rahmen des SAA können Schweizer Vertretende zusätzlich an Arbeiten des Rates teilnehmen.

31 Für einen Überblick über die verschiedenen Einflussmöglichkeiten siehe Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), 639 f., 643.

32 Zur Beteiligung der Schweiz an EU-Agenturen siehe Oesch Matthias/Lang Anouk, EU-Agenturen und die Schweiz, EuZ 2014, 132 ff., 135 ff.; Saurer Johannes, Die rechtliche Beziehung der Schweiz zu den Europäischen Agenturen, ZBl 2013, 415 ff., 419 ff.

der Autonomie des EU-Rechts verfügt sie jedoch über keine Stimmrechte und ist vom *decision-making* ausgeschlossen.[33]

Neben der staatsvertraglichen Übernahme von EU-Recht findet eine Angleichung an EU-Recht auf Basis des Grundsatzes des autonomen Nachvollzugs auch unabhängig von staatsvertraglichen Verpflichtungen statt.[34] Seit den 1990er-Jahren wird die Euro-Kompatibilität schweizerischer Gesetze mit EU-Recht systematisch überprüft (Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG),[35] was zur Folge hat, dass ein beachtlicher Anteil der neueren oder revidierten Bundesgesetze durch EU-Recht beeinflusst ist.[36] Diese «freiwillige» Anpassung an das EU-Recht ist auf den sog. *Brussels effect* zurückzuführen. Demnach erzeugt der Erlass marktzugangsbezogener Regulierungen durch die EU aufgrund ihrer Marktmacht einen wettbewerbsbedingten Anpassungsdruck auf Unternehmen mit Absatzmarkt in der EU und damit auch auf die Gesetzgebung sowie das aussenpolitische Handeln des jeweiligen Sitzstaates.[37] Aufgrund der engen Verflechtung mit der EU-Wirtschaft ist dieser Effekt in der Schweiz besonders stark spürbar.[38] Durch die Bilateralen Verträge, welche zugleich Folge des *Brussels effect* und Instrument zu dessen Abschwächung sind, kann er zwar in Bahnen gelenkt,[39] aber nicht vollständig kanalisiert werden. Letzteres äussert sich u.a. in der oben erwähnten, weitgehend systematischen Übernahme von Neuerungen im Rahmen der statischen Abkommen, sowie auch in der grundsätzlichen Übernahme der Rechtsfortbildung durch den EuGH. Überdies wird der Effekt durch vertragliche Regelungen wie die unter Schengen/Dublin vorgenommene Verknüpfung von Abkommen bisweilen sogar rechtlich verstärkt.

---

33 Für die Bedeutung der Autonomie des EU-Rechts in verfahrensrechtlicher Hinsicht siehe EuGH, Gutachten 1/19 des Gerichtshofs (Grosse Kammer) vom 6. Oktober 2021 zum Übereinkommen von Istanbul, ECLI:EU:C:2021:832, Rz. 230 ff.; eine Ausnahme stellt die Beteiligung an FRONTEX dar, wo die Schweiz hinsichtlich gewisser Aspekte im Verwaltungsrat stimmberechtigt ist. Insgesamt ist die Frage, ob die Gewährung von Stimmrechten an Drittstaaten in EU-Agenturen mit EU-Recht vereinbar ist, ungeklärt. Siehe hierzu Tobler Christa, Zur Beteiligung der Schweiz an der Europäischen IT-Agentur, Jusletter, 1. Oktober 2012, Rz. 55, 68 ff., 75.

34 Statt vieler, Jaag (Fn. 9), Rz. 4201a ff.; Oesch, Europarecht (Fn. 9), Rz. 1009 ff.

35 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (ParlG, SR 171.10); Bericht des Bundesrates über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 24. August 1988, BBl 1988 III 249, 380.

36 Oesch, Europarecht (Fn. 9), Rz. 1014.

37 Bradford Anu, The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, New York 2020, 25 ff.; zur Bedeutung des *Brussels effects* für das aussenpolitische Handeln Dummermuth Raphael, Bradfords «Brussels-Effect» als Gedankenstütze in der Diskussion um ein institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, sui generis 2021, 245 ff., 252.

38 Dummermuth (Fn. 37), 248 f.

39 Dummermuth (Fn. 37), 252; Jaag (Fn. 9), Rz. 4210.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass es der Schweiz unter den geltenden bilateralen Beziehungen rechtlich weitgehend freisteht, ob sie ihre sektorielle Einbindung in den EU-Binnenmarkt durch die Übernahme von Neuerungen des EU-Besitzstandes aktualisieren bzw. vertiefen möchte. Aufgrund wirtschaftlicher Sachzwänge besteht jedoch nicht nur unter der dynamisch ausgestalteten Schengen/Dublin-Assoziierung ein hoher Anpassungsdruck. Wie lässt sich dieser *status quo* mit Blick auf das Demokratieprinzip einordnen?

III. Der *status quo* im Lichte des Demokratieprinzips

Mit Blick auf das Demokratieprinzip wirft der *status quo* in zweierlei Hinsicht Bedenken auf. Einerseits hinsichtlich der Frage, auf welcher Ebene Mitwirkungsrechte bestehen (vertikale Dimension). Andererseits hinsichtlich der Frage, wem auf diesen Ebenen Mitwirkungsrechte zustehen (horizontale Dimension). Nachfolgend wird zunächst die schweizerische Ausprägung des Demokratieprinzips umrissen, um im Anschluss daran die Probleme zu erörtern, die der *status quo* in demokratischer Hinsicht verursacht.

A. Die schweizerische Ausprägung des Demokratieprinzips

Als Strukturprinzip stellt das Demokratieprinzip eine die gesamte Bundesverfassung durchdringende normative Grundidee dar,[40] mit der im Wesentlichen das Ideal der Herrschaft des Volkes i.S. einer selbstbestimmten Gemeinschaft freier und gleicher Bürger:innen angestrebt wird.[41] Charakteristisch für die schweizerische Ausprägung des Demokratieprinzips sind die besondere Bedeutung der Volkssouveränität sowie deren föderale Ausgestaltung: Die Bundesversammlung übt die oberste Gewalt im Bund «unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen» aus (Art. 148 Abs. 1 BV). Die Bedeutung der Volkssouveränität manifestiert sich demnach insbesondere in der Verbindung von repräsentativen Elementen mit weitreichenden direktdemokratischen Befugnissen.[42] Die direktdemokratischen Rechte der Volksinitiative und des Referendums (Art. 138-141 BV) haben einen wesentlichen Anteil an der Stabilität des politischen Systems in der Schweiz, indem sie historisch eine gewaltlose Einbindung von Oppositionsgruppen er-

---

40 Belser Eva Maria, Einleitung BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. A., Basel 2025, Rz. 48.

41 Habermas Jürgen/Regh William, Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?, Political Theory 2001, 766 ff.; spezifisch für die schweizerische Staatsidee Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, 30 f.

42 Ehrenzeller Kaspar, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, in: Ehrenzeller Kaspar et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4. A., St. Gallen 2023, Rz. 5.

möglicht haben[43] und fortlaufend zur Integration zwischen Regierten und Regierung sowie zwischen den jeweiligen Mehr- und Minderheiten beitragen.[44] Dies macht die Schweiz zu einem «paradigmatische[n] Fall der politischen Integration».[45] Das «Volk» als Legitimationssubjekt der Staatsgewalt stellt dabei keine homogene Einheit dar, sondern setzt sich im Sinne einer vertikal integrierten «Vielfalt in der Einheit» (Präambel BV) aus den verschiedenen Völkerschaften der unter- und übergeordneten föderalen Ebenen zusammen.[46]

Aufgrund des inhärenten Zusammenhangs zwischen individueller und kollektiver Selbstbestimmung in der Verwirklichung gleicher Freiheit durch positives Recht[47] kann das Demokratieprinzip nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf politische Partizipationsrechte reduziert werden.[48] Da der Fokus der Diskussionen um die Demokratieverträglichkeit der dynamischen Rechtsübernahme auf der Partizipation von Parlament und Volk liegt,[49] konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen jedoch auf diese Dimension des Demokratieprinzips. Eine weitere Einschränkung erfolgt insofern, als nicht auf Partizipationsrechte der Kantone im aussenpolitischen Bereich eingegangen wird.[50]

B. Vertikale Dimension: Demokratisch unzureichende Beteiligung der Schweiz an der Rechtsetzung auf EU-Ebene

Im *status quo* werden die Befugnisse von Parlament und Volk im Rahmen der Genehmigung von Änderungen völkerrechtlicher Verträge formell gewahrt.[51] Auf-

---

43 Neidhart Leonhard, Plebiszit und pluralitäre Demokratie: Eine Analyse der Funktion des schweizerischen Gesetzesreferendums, Bern 1970, 65 ff., 124 ff., 190 ff.

44 Ehrenzeller, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, SGK-BV (Fn. 42), Rz. 20.

45 Deutsch Karl W., Die Schweiz als paradigmatischer Fall politischer Integration, Bern 1976.

46 Ehrenzeller, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, SGK-BV (Fn. 42), Rz. 10, 27.

47 Siehe hierzu Habermas/Regh (n 41), 766 ff; siehe auch Grimm Dieter, The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case, European Law Journal 2015, 460 ff. (zit. Grimm, The Democratic Costs of Constitutionalisation), 463 f.

48 Dieser inhärente Zusammenhang impliziert zugleich, dass unzureichende Partizipationsmöglichkeiten bei der Konstituierung öffentlicher Gewalt nicht durch das Vorhandensein rechtsstaatlicher Institutionen zur Machtbegrenzung kompensiert werden können. An dieser Stelle möchte ich mich bei Matthias Hächler für seinen wertvollen Hinweis bzgl. der Notwendigkeit einer Klarstellung des Inhalts des Demokratieprinzips und der damit zusammenhängenden Limitationen des Beitrags bedanken.

49 Auch die Diskussionen hinsichtlich des Demokratiedefizits der EU fokussieren sich auf die konstituierende Funktion von Verfassungen und auf Partizipationsrechte.

50 Siehe hierzu etwa Pfisterer Thomas, Der bilaterale Weg, Verbesserungsansätze und die Kantone – primär rechtlich-institutionelle Fragen, ZBl 2011, 285 ff.; Dieth Markus, Die Bilateralen Verträge und die Kantone, in: Kaddous Christine/Kellerhals Andreas (Hrsg.), Bilaterale Abkommen III Schweiz – EU: Erste Analysen, Zürich 2026, 85 ff.

51 Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), Rz. 642.

grund des durch wirtschaftliche Sachzwänge verursachten und bisweilen rechtlich verstärkten Drucks zur *de facto* weitgehend systematischen Übernahme von EU-Recht werden nationale demokratische Entscheidungsbefugnisse jedoch materiell ausgehöhlt.[52] Als Alternative zur Zustimmung bleibt dem nationalen Gesetzgeber oftmals lediglich eine aus wirtschaftlicher Sicht destruktive Opposition.[53] Dabei ist es wichtig zu betonen, dass die Einschränkung der nationalen demokratischen Entscheidungsfreiheit zwar durch die Marktmacht der EU gefördert wird, letztlich aber nicht primär durch die EU verursacht, sondern eine Folge des fortschreitenden gesellschaftlichen Differenzierungsprozesses ist.[54] Im Zuge dessen wird die nationalstaatliche territoriale Differenzierung zunehmend durch globale funktionale Handlungszusammenhänge überlagert (Globalisierung), welche soziale Probleme verursachen, die nicht vor Landesgrenzen haltmachen.[55] Rechtliche Institutionen tragen zwar zur Realisierung der Globalisierung und der damit einhergehenden Probleme bei, ermöglichen aber zugleich internationale normative Lösungsansätze, um diesen Problemen zu begegnen. Aus demokratischer Sicht zentral ist, dass die durch die Globalisierung verursachten sozialen Probleme nationalstaatliche Handlungsspielräume übersteigen,[56] und die Volkssouveränität i.S.d. Selbstbestimmung gleicher und freier Bürger:innen, auf welcher die Legitimation nationaler Souveränität beruht,[57] daher nicht durch demokratische Strukturen auf nationaler Ebene alleine gewahrt werden kann.[58] Dies gilt insbesondere hinsichtlich des globalisierten Wirtschaftssystems und dessen negativen Begleiterscheinungen (insbesondere Klima- und Umweltschäden, soziale Ungleichheiten).[59]

---

52 Ehrenzeller, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, SGK-BV (Fn. 42), Rz. 41; Oesch, Verfassungswandel (Fn. 13), Rz. 30; Schott Markus, Die Bedeutung der direkten Demokratie im Verhältnis Schweiz-EU, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 693 ff., 703 f.; Rhinow René, Stellt die Internationalisierung die Demokratie in Frage?, recht 2005, 72 ff., 75.

53 Diggelmann Oliver, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik: Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Habil. Zürich 2004, Bern 2005, 117.

54 Vgl. Jaag (Fn. 9), Rz. 4320; zum Begriff der sozialen Differenzierung siehe Luhmann Niklas, The Differentation of Society, New York 1982.

55 Teubner Gunther, Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?, in: Joerges Christian et al. (Hrsg.), Constitutionalism and Transnational Governance, Oxford/Portland 2004, 3 ff., 13 f.

56 Cottier/Germann (Fn. 8), 78; Oesch, Verfassungswandel (Fn. 13), Rz. 18; Rhinow (Fn. 52), 72.

57 Vgl. Schweizer Rainer J., Art. 3, in: Ehrenzeller Kaspar et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 4. A., St. Gallen 2023, Rz. 5.

58 Habermas Jürgen, Citizen and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the Pouvoir Constituant Mixte, JCMS 2017, 171 ff. (zit. Habermas, Citizen and State Equality), 172 ff.

59 Zu den distributiven und ökologischen Konsequenzen der Marktliberalisierung siehe Ankersmit Laurens, Separation of Powers in the Making of the EU's 21st Century Trade Agreements, in: Eckes Christina/Leino-Sandberg Päivi/Wallerman Ghavanini Anna (Hrsg.), The Dynamics of Powers in the European Union, London 2024, 75 ff., 95 f.

Das *decision-shaping* im *status quo* trägt den veränderten Anforderungen an das Demokratieprinzip zur Erhaltung seiner normativen Grundfunktion unter den Bedingungen der Globalisierung insofern Rechnung, als die Schweiz an Rechtsetzungsprozessen auf supranationaler Ebene beteiligt ist. Diese Beteiligung ist jedoch aufgrund ihrer Unvollständigkeit und weitgehend informellen Natur unzureichend.[60] Die Mitwirkungsrechte bestehen lediglich in den von den Bilateralen I und II erfassten Sektoren. Weiter beschränken sie sich auf die Beteiligung an Arbeiten der Kommission (und teilweise des Rates), der Komitologieausschüsse sowie der Agenturen und erstrecken sich insbesondere nicht auf das Europäische Parlament.[61] Im Rahmen des informellen Trilogs, der eine praktisch bedeutsame Rolle im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren spielt,[62] ist der Einfluss der Schweiz ebenfalls begrenzt.[63] Auch wenn der Bundesrat geltend macht, dass das fehlende Stimmrecht die Verhandlungsposition der Schweiz aufgrund der verbreiteten Praxis der grundsätzlich konsensbasierten Entscheidungsfindung kaum negativ beeinflusst,[64] kommt Standpunkten, die im Notfall nicht durch eine Stimmabgabe bekräftigt werden können, zudem generell ein kleineres Gewicht zu.[65] Hinzu kommt, dass die Vertragsbestimmungen, welche der Schweiz Mitwirkungsrechte zusprechen, zuweilen vage und nicht zwingend formuliert sind.[66]

Insgesamt ist der *status quo* auf eine Strategie der wirtschaftlichen Integration möglichst ohne bzw. mit primär technokratischer institutioneller Einbindung zurückzuführen.[67] Eine solche Strategie verknüpft ein auf nationale Souveränität ausgerichtetes Demokratieverständnis mit einem verkürzten Verständnis hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Wirtschaft, technischer Expertise, und Po-

---

60 Cottier Thomas/Holenstein André, Die Souveränität der Schweiz in Europa: Mythen, Realitäten und Wandel, Bern 2021, 221 f.; Oesch, Verfassungswandel (Fn. 13), Rz. 24; Oesch/Campi (Fn. 15), 276 f.

61 Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), 647; Schott (Fn. 52), 704.

62 Siehe hierzu etwa Oesch, Europarecht (Fn. 9), Rz. 523.

63 Pfisterer Thomas, Bilaterale III: Landesinterne Sicherungen der Demokratie – FOKUS Parlament, Zürich 2026 (zit. Pfisterer, Bilaterale III), 24.

64 Bericht des Bundesrates zum Verhältnis der Schweiz zu den europäischen Agenturen (in Erfüllung des Postulates David [08.3141]) vom September 2010, 51, 106; Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1. Oktober 2010: Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs vom 7. Juni 2013, BBl 2013 6319 ff., 6334.

65 Oesch Matthias/Neier Christina, Die Komitologie im Unionsrecht und die Schweiz, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 59 ff., 69.

66 Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), 647.

67 Siehe zu dieser Strategie Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), 649; Schlegel Stefan, Die Verlockung einer Globalisierung ohne Forum – zu den Hintergrundbedingungen der Schweizer Europadebatte, SRIEL 2022, 335 ff., 341 ff.

litik.[68] Das Potential supranationaler Institutionen wird in dieser unheiligen Allianz zweier demokratischer Scheinlösungen weitgehend vernachlässigt.

1. Die demokratische Scheinlösung der Bewahrung nationaler Souveränität

Will die Schweiz als Kleinstaat ohne rechtliche Integration in den EU-Binnenmarkt von den Wohlfahrtsgewinnen einer grenzüberschreitenden Wirtschaft profitieren, greift der mit einem nationalen Demokratieverlust einhergehende *Brussels effect*.[69] Ein partialer Alleingang als Wirtschaftsmacht wäre zwar mit geringeren Einbussen für die nationale Demokratie verbunden, jedoch insofern demokratisch problematisch, als nationale politische Entscheidungen diesfalls Auswirkungen auf Akteure haben, welche vom Entscheidungsprozess ausgeschlossen sind.[70] Letzterer Einwand trifft grundsätzlich auch auf den extraterritorialen Effekt von EU-Recht zu,[71] ist im Falle eines selbstgewählten Ausschlusses von der Mitbestimmung jedoch nicht einschlägig. Letztlich resultiert die Bewahrung nationaler Souveränität aufgrund des Festhaltens an einem unter den Bedingungen der Globalisierung verkürzten rein nationalstaatlichen Demokratieverständnis daher immer in einem Demokratieverlust.[72]

2. Die demokratische Scheinlösung der Trennung politischer, wirtschaftlicher und technischer Aspekte

Das verkürzte nationalstaatliche Demokratieverständnis wird im Rahmen des *status quo* mit einem verkürzten Verständnis hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Wirtschaft, technischer Expertise und Politik verbunden. Eine primär wirtschaftliche Einbindung sowie die Übertragung technischer Befugnisse auf die EU-Ebene werden als demokratieverträglich angesehen.[73] Dabei

---

68 Vgl. SCHLEGEL (Fn. 67), 366 f.

69 Vgl. SCHLEGEL (Fn. 67), 355.

70 Vgl. BODANSKY DANIEL, What's So Bad about Unilateral Action to Protect the Environment, EJIL 2000, 339 ff., 341; JOERGES CHRISTIAN/NEYER JÜRGEN, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, European Law Journal 1997, 273 ff., 294.

71 Siehe hierzu etwa KRISCH NICO, Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance, EJIL 2022, 498 ff.

72 Vgl. JOERGES CHRISTIAN, The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form, RECON Online Working Paper 2010/05, <https://www.europeanrights.eu/public/commenti/jeorges_testo.pdf> (zit. JOERGES, The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law), 12.

73 SCHLEGEL (Fn. 67), 343.

wird verkannt, dass Märkte notwendigerweise in bestehende rechtliche und politische Rahmenbedingungen eingebettet sind,[74] welche Einfluss auf die negativen Begleiterscheinungen der Globalisierung des Wirtschaftssystems und die damit einhergehenden Gewinnerinnen und Verliererinnen haben. Märkte – auch deren Erschliessung – sind daher immer politisch, wobei Prozesse der Marktliberalisierung von Prozessen des sozialen *reembedding* begleitet werden.[75] Dieser Prozess des *disembedding* und *reembedding* widerspiegelt sich auch in der Entwicklung der EU von einer primär wirtschaftlichen Union, geprägt von einem rechtlich-funktionalen negativen Integrationsmodus (i.S.d. gerichtlich durchgesetzten Abbaus faktischer Handelshindernisse),[76] hin zu einer politischen Union, in der die positive Integration des Binnenmarkts insbesondere auf der Grundlage von Art. 114 AEUV vorangetrieben wird.[77] Das Festhalten an einer lediglich auf Papier bestehenden uneingeschränkten nationalen Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der «politischen» Aspekte der Marktintegration hat zur Folge, dass die Teilhabe der Schweiz am sekundärrechtlichen *reembedding* des EU-Binnenmarkts begrenzt ist. Zugleich findet dadurch eine Entpolitisierung des Grossteils der *de facto* auf die EU-Ebene übertragenen Befugnisse statt. Die Übernahme neuen EU-Rechts erfolgt hauptsächlich unter Verweis auf deren wirtschaftliche Notwendigkeit,[78] und die technischen Routinegeschäfte auf der Ebene des europäischen Verwaltungsverbundes werden von der Öffentlichkeit kaum kritisch hinterfragt.[79] Dabei können insbesondere bei der Regulierung von durch wirtschaftliche Aktivitäten verursachten technologischen Risiken (z.B. die mit dem Einsatz von Pestiziden in der Landwirtschaft einhergehenden Gesundheits- und Umweltrisiken) auch auf den ersten Blick technische Fragen mit durchaus politischen Fragen hinsichtlich der grenzüberschreitenden sozialen Folgen wirtschaftlicher

---

74 Caporaso James/Tarrow Sidney, Polanyi in Brussels: Supranational Institutions and the Transnational Embedding of Markets, International Organization 2009, 593 ff., 597.

75 Caporaso/Tarrow (Fn. 74), 597, 611; beruhend auf Polanyi Karl, The Great Transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen, Frankfurt 1995.

76 Für eine Kritik an diesem Integrationsmodus siehe Joerges Christian, Varieties of economic constitutionalism and the alternative of conflicts-law constitutionalism: observations on the conceptual history of the law of the integration project, European Law Open 2025, 7 ff. (zit. Joerges, Varieties of economic constitutionalism), 12 f.; Scharpf (Fn. 12), 214 ff.

77 Weimer Maria, The EU global regulatory state and the search for transnational democracy – reflections from the edges of Europe, European Law Open 2025, 118 ff. (zit. Weimer, The EU global regulatory state), 123 f.; a.A. Scharpf (Fn. 12), 221 ff.

78 Vgl. Langer Lorenz, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen 2015, 21 ff., 48.

79 Oesch, Die bilateralen Abkommen (Fn. 17), 640; Oesch/Lang (Fn. 32), 139.

Integration einhergehen.[80] Entpolitisierung bedeutet letztlich nicht, dass keine politischen Entscheidungen mehr anfallen, sondern lediglich, dass diese von anderen Akteuren getroffen werden. Insofern hat der schweizerische Widerwille zur formalen Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die EU-Ebene auch Implikationen für die horizontale Verteilung politischer Entscheidungsmacht.[81] Nachfolgend soll aber zunächst auf das Potential supranationaler Institutionen eingegangen werden, dem Demokratiedefizit auf der vertikalen Ebene wirksam zu begegnen.

3. Das demokratische Potential supranationaler Institutionen

Wirtschaftliche Integration geht nur dann mit einem Demokratieverlust einher, wenn Einbussen hinsichtlich nationaler Entscheidungsspielräume nicht durch transnationale demokratische Strukturen aufgefangen werden. Vor diesem Hintergrund stellt die EU einen Lösungsversuch zur Verwirklichung des demokratischen Ideals unter den Bedingungen der Globalisierung dar.[82]

Der EU als Projekt der Demokratisierung wird jedoch selbst ein demokratisches Defizit vorgeworfen. Zum einen wird in diesem Kontext das fehlende Initiativrecht des Europäischen Parlaments und dessen Repräsentationsschwäche im Vergleich zu nationalen Parlamenten vorgebracht.[83] Im Gesetzgebungsprozess verfügt die Europäische Kommission über das Initiativmonopol (Art. 17 Abs. 2 EUV), und obwohl das Europäische Parlament die EU-Bürger:innen repräsentiert, richten sich die Wahlen nach nationalem Wahlrecht und die wählbaren Kandidierenden gehören nationalen Parteien an.[84] Letzteres führt dazu, dass die politische Verantwortlichkeit von EU-Parlamentsmitgliedern nur begrenzt sichergestellt ist.[85] Auch die demokratische Legitimation der Europäischen Kommission als EU-Exekutive wird kritisiert, da sie über kein direktes Mandat von der Wählerschaft verfügt.[86] Mit spezifischer Relevanz für die schweizerische Ausprägung des Demokratieprinzips sind die direktdemokratischen Mitbestimmungsrechte auf EU-Ebene zudem nur in begrenztem Ausmass vorhan-

---

80 Fisher Elizabeth, Risk Regulation and Administrative Constitutionalism, London 2007, 10.

81 Siehe unten, III.C.2.

82 Joerges, The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law (Fn. 72), 12; Schlegel (Fn. 67), 347.

83 Grimm, The Democratic Costs of Constitutionalisation (n 47), 472; Vesnić-Alujević Lucia/Castro Nacarino Rodrigo, The EU and Its Democratic Deficit: Problems and (Possible) Solutions, European View 2012, 63 ff., 67.

84 Grimm, The Democratic Costs of Constitutionalisation (Fn. 47), 472.

85 Grimm, The Democratic Costs of Constitutionalisation (Fn. 47), 472.

86 Moodie John, Resistant to Change? The European Commission and Expert Group Reform, West European Politics 2016, 229 ff., 232.

den.[87] Der an der Jahrtausendwende eingeleitete Ausbau partizipativer Einbindung in den Gesetzgebungsprozess[88] fokussiert sich auf eine Beteiligung organisierter sektorieller Akteure, die primär durch die Institutionen initiiert wird und die sich nicht auf das *decision-making* erstreckt.[89] Mit der Europäischen Bürgerinitiative (Art 11 (4) EUV, Art. 24 (1) AEUV) besteht zwar eine direktdemokratische Einflussmöglichkeit für die allgemeine Öffentlichkeit, zustande gekommene Initiativen sind jedoch für die Kommission nicht bindend und die von der Kommission in der Vergangenheit vorgenommene enge – aber vom EuG verworfene[90] – Interpretation des Initiativrechts weist darauf hin, dass dieses primär als Belästigung wahrgenommen wird.[91] Neben den demokratischen Defiziten der europäischen (direkt)demokratischen Institutionen wird zudem grundsätzlich eingewendet, dass die sozialen Vorbedingungen der Demokratie auf EU-Ebene nicht gegeben seien, da es an einer europäischen Öffentlichkeit und einem gesamteuropäischen Diskurs fehle.[92] Weiter wird die Konstitutionalisierung der Verträge durch den EuGH, welche eine rechtliche negative Integration zulasten nationalstaatlicher Demokratien begünstigt hat, als strukturelles Hindernis für die Politisierung auf EU-Ebene angesehen.[93]

Den institutionellen Einwänden kann entgegnet werden, dass die Institutionen zur Verwirklichung der demokratischen Werte, zu denen sich die EU rechtlich verpflichtet hat (Art. 2 EUV, Art. 9-12 EUV), einer fortlaufenden Weiterentwicklung unterliegen. In diesem durch den normativen Gehalt des Demokratieprinzips geleiteten Lernprozess werden dessen Implikationen für die Ausgestaltung adäquater demokratischer Strukturen unter den Bedingungen der Globalisierung konstant hinterfragt.[94] Exemplarisch für diesen Lernprozess ist die Entwicklung des Europäischen Parlaments vom Konsultativorgan hin zum Co-Gesetzgeber,[95] und auch im Hinblick auf die bestehenden institutionel-

---

87 Siehe etwa SCHOTT (Fn. 52), 693, der von einer «hervorragenden Bedeutung» der Instrumente der direkten Demokratie im Verhältnis zu Europa spricht.

88 Kommunikation der Kommission vom 25. Juli 2001, Europäisches Regieren – Ein Weissbuch (KOM(2001) 428 endgültig) ABl C 287 vom 12. Oktober 2001, 1 ff.; siehe auch Art. 11 EUV.

89 MAGNETTE PAUL, European Governance and Civic Participation: Can the European Union be Politicised?, Jean Monnet Working Paper No. 6/01 2003.

90 EuG, Urteil vom 10. Mai 2017 in der Rechtssache T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323 – Efler.

91 LEINO PÄIVI, Disruptive Democracy: Keeping EU Citizens in a Box, in: Garben Sacha/Govaere Inge/Nemitz Paul (Hrsg.), Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union, Oxford 2019, 295 ff.

92 GRIMM, The Democratic Costs of Constitutionalisation (Fn. 47), 472; siehe für dieses Argument auch BVerfGE 123, 267 – Lissabon, Rz. 249 ff.

93 GRIMM, The Democratic Costs of Constitutionalisation (Fn. 47), 469 ff.; SCHARPF (Fn. 12), 211 ff.

94 Vgl. HABERMAS/REGH (Fn. 41), 768, 774.

95 Für einen Überblick siehe KÖHLER MANFRED, European Governance and the European Parliament: From Talking Shop to Legislative Powerhouse, JCMS 2013, 600 ff., 601f.

len Defizite ist eine kontinuierliche Evolution erkennbar. Ein hängiger Gesetzesvorschlag sieht vor, die Repräsentativität des europäischen Parlaments durch die Einführung transnationaler Parteilisten und einer Teilharmonisierung nationaler Wahlregeln zu verbessern.[96] Obwohl die Kommission gemäss den Verträgen nicht dazu verpflichtet ist, Vorschlägen des Parlaments für die Ausarbeitung von Gesetzgebungsakten Folge zu leisten (Art. 225 AEUV), hat sich Ursula von der Leyen in ihren politischen Leitlinien zudem dazu bekannt, auf parlamentarische Initiativen mit einem Gesetzesvorschlag zu antworten.[97] Trotz der weiterhin technokratischen Prägung der Kommission lässt sich insgesamt eine graduelle Politisierung im Sinne einer zunehmenden Ausrichtung ihrer Zusammensetzung und Arbeiten an den Parlamentsmehrheiten beobachten.[98]

Auch die prinzipiellen Einwände vermögen nur begrenzt zu überzeugen. Eine demokratische Öffentlichkeit ist zugleich Voraussetzung und Ergebnis demokratischer Prozesse.[99] Die Errichtung supranationaler Strukturen sollte demnach nicht von der Präexistenz einer europäischen Öffentlichkeit abhängig gemacht werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Ausbau supranationaler demokratischer Entscheidungsstrukturen zugleich die graduelle Entwicklung einer europäischen Öffentlichkeit fördert. Dies wiederum ermöglicht eine Diskussion über den Ausbau von in supranationalen Verhältnissen adäquaten (direkt-)demokratischen Strukturen. Mit einem Seitenblick auf die Entwicklung der schweizerischen föderalen Demokratie ist dabei anzumerken, dass eine demokratische Öffentlichkeit zunächst nur auf kantonaler Ebene bestand, und die direktdemokratischen Instrumente zuerst auf kantonaler Ebene, und erst mit der zunehmenden Übertragung von Kompetenzen auf den Bund schrittweise auch auf Bundesebene ausgebaut wurden.[100] Zuletzt trifft es zwar zu, dass die EU-Integration in ihrer Anfangsphase von einer durch den EuGH vorangetriebenen Deregulierung zulasten nationalstaatlicher poli-

---

96 Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 3. Mai 2022 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die allgemeine unmittelbare Wahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments, ABl C 465 vom 6. Dezember 2022, 171 ff.

97 Von der Leyen Ursula, Politische Leitlinien für die nächste Europäische Kommission 2024-2029, 18. Juli 2024, <https://commission.europa.eu/document/download/e6cd4328-673c-4e7a-8683-f63ffb2cf648_de?filename=Political_Guidelines_2024-2029_DE.pdf>, 41 f.

98 Für einen Überblick siehe Wille Anchrit, The Normalization of the European Commission, Oxford 2013.

99 Rhinow (Fn. 52), 80.

100 Cottier/Holenstein (Fn. 60), 192, 198; Kaufmann Bruno, Direkte Demokratie in Europa – eine Übersicht, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 75 2005, 19; Morel Laurence, Referendum, in: Rosenfeld Michel/Sajó András (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 501 ff., 512; Rhinow (Fn. 52), 80.

tischer Spielräume geprägt war. Diese war aber insofern gerechtfertigt, als dadurch die Berücksichtigung legitimer «fremder» Bedenken durchgesetzt werden konnte.[101] Zudem hat seit dem Erlass der Einheitlichen Europäischen Akte insbesondere in den von Art. 114 AEUV abgedeckten Kompetenzbereichen eine beträchtliche politische Re-Regulierung auf der EU-Ebene stattgefunden.[102]

Auf einer grundsätzlicheren Ebene ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der Tatsache, dass die demokratischen Strukturen auf EU-Ebene ausbaubedürftig sind, nicht der Umkehrschluss ziehen lässt, dass die Demokratie nur durch den Nationalstaat gewahrt werden kann. Ein solcher Schluss ist im Lichte der faktischen Einschränkung nationaler Handlungsspielräume unter den Bedingungen der Globalisierung nicht nur widersprüchlich, sondern versperrt gleichzeitig das Potential der EU, das Demokratiedefizit auf nationaler Ebene auszugleichen.[103] Nationale Souveränität wird um ihrer selbst willen geschützt, ohne dass dabei zu neuen Lösungsansätzen zur Verwirklichung der konstitutionellen Demokratie unter den Bedingungen der Globalisierung beigetragen wird. Anders gesagt: Die EU kann mehr Demokratie gebrauchen, aber die Demokratie ist zugleich auf Transnationalisierung angewiesen.[104]

Das demokratische Potential supranationaler Organisationen wie der EU besteht in der Schaffung von Mehrebenensystemen, in denen Entscheidungen auf den jeweils mit Blick auf die Sicherung des Gemeinwohls sachgerechten Ebenen getroffen werden und in denen die Entscheidungsstrukturen auf den verschiedenen Ebenen so ausgestaltet und koordiniert werden, dass sie als Ganzes dem Demokratieprinzip gerecht werden.[105] Die Legitimität eines solchen Mehrebenensystems beruht auf einer Volkssouveränität, die zwischen den einzelnen Bürgerschaften der EU-Mitgliedstaaten und der EU-Bürgerschaft in ihrer Gesamtheit geteilt wird.[106] Erstere haben ein berechtigtes Interesse daran, dass die historischen Errungenschaften ihres Nationalstaats in Bezug auf die Gewährleistung von Gleichheit und Freiheit nicht unterlaufen werden, letztere hat ein berechtigtes Interesse daran, den normativen Gehalt des Demokratieprinzips auch unter den Bedingungen der Globalisierung ope-

---

101 Vgl. Joerges/Neyer (n 70), 294 f.; Joerges, The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law (Fn. 72), 16 f.

102 Siehe oben III.B.2.

103 Vgl. Cottier/Germann (Fn. 8), 80; Habermas, Citizen and State Equality (Fn. 58), 173; Joerges, The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law (Fn. 72), 12.

104 Kaufmann Bruno/Kreis Georg/Gross Andreas, Direkte Demokratie und europäische Integration: Einleitung, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 75, Basel 2005, 9.

105 Cottier/Germann (Fn. 8), 82; Cottier/Holenstein (Fn. 60), 187; siehe auch Oesch, Verfassungswandel (Fn. 13), Rz. 35.

106 Habermas, Citizen and State Equality (Fn. 58), 174; zur geteilten Souveränität siehe auch Cottier/Holenstein (Fn. 60), 165 ff.

rativ zu erhalten.[107] EU-Recht löst dieses Spannungsverhältnis zwischen der Verteidigung nationaler Demokratie und der Stärkung des Integrationsprozesses nicht auf, ermöglicht aber eine rechtlich strukturierte politische Deliberation über die Frage, wie die Verfolgung nationaler demokratischer Interessen mit der Lösung geteilter Probleme koordiniert werden sollte.[108] Die rechtliche Strukturierung dieser Debatte zeigt sich unter anderem im Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV) sowie dem Zweikammersystem (Art. 10 Abs. 2 EUV) und der degressiv proportionalen Sitzverteilung im Europäischen Parlament (Art. 14 Abs. 2 EUV). Sie äussert sich auch darin, dass der vom EuGH propagierte Grundsatz des absoluten Vorrangs des EU Rechts[109] von mitgliedstaatlichen Gerichten nicht vollumfänglich akzeptiert, sondern von der Erfüllung zentraler Grundsätze der rechtsstaatlichen Demokratie abhängig gemacht wird.[110] Die Hierarchie zwischen mitgliedstaatlichem Recht und EU-Recht ist somit konditional,[111] womit sich ein weiteres, auf gerichtlicher Ebene angesiedeltes Forum der Deliberation über die supranationale Verwirklichung des Demokratieprinzips eröffnet. Mit Blick auf die Schweiz fällt in diesem Zusammenhang auf, dass die Idee einer geteilten Souveränität auch im föderalen Element der schweizerischen Ausprägung des Demokratieprinzips angelegt ist. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass die halbdirekte Ausprägung des Demokratieprinzips – insbesondere auch dessen politische Integrationsfunktion – eine zentrale historische Errungenschaft der Schweiz darstellt, welche die Verteidigung der Unabhängigkeit der nationalen demokratischen Entscheidungsfindung gegen aussen im Grundsatz legitimiert. Dieses Interesse muss jedoch gegen das Interesse der Verwirklichung der Demokratie unter den Bedingungen der Globalisierung abgewogen werden, aus welchem sich ein normativer Anspruch auf effektive Mitbestimmung an transnationalen Entscheidungsprozessen zur Lösung geteilter Probleme ableiten lässt.[112] Dabei verliert das Interesse an der Wahrung nationaler Volkssouveränität im Verhältnis Schweiz-EU mit der zunehmenden globalisierungsbedingten Einschränkung nationaler Handlungsspielräume sowie der fortlaufenden Demokratisierung der EU an Gewicht,[113] während die Bedeutung der

---

107 Habermas, Citizen and State Equality (Fn. 58), 173 f.

108 Joerges/Neyer (Fn. 101), 295; Joerges, Varieties of economic constitutionalism (Fn. 76), 19.

109 Grundlegend EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – Costa/E.N.E.L.

110 Für einen Überblick siehe, statt vieler, Mahlmann Matthias, Conditioned Hierarchies of Law in Europe – Content, legitimacy and default lines, in: Epiney Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich 2013, 395 ff., 399 f.

111 Mahlmann (Fn. 110), 396; vgl. auch Habermas, Citizen and State Equality (Fn. 58), 174.

112 Vgl. Cottier/Germann (Fn. 8), 95.

113 Vgl. Mahlmann (Fn. 110), 414 hinsichtlich des zweiten Teilarguments.

Mitbestimmung auf EU-Ebene mit steigendem Integrationsgrad zunimmt.[114] Vor diesem Hintergrund ist der *status quo* aus demokratischer Sicht nicht primär aufgrund der Einschränkung nationaler demokratischer Entscheidungsspielräume durch EU-Recht, sondern aufgrund der unzureichenden Beteiligung an den Rechtsetzungsprozessen auf EU-Ebene problematisch.

C. Horizontale Dimension: Machtverschiebung auf die Exekutive

Der *status quo* fordert das Demokratieprinzip nicht nur in Bezug auf die vertikale, sondern auch in Bezug auf die horizontale Verteilung von Entscheidungsmacht heraus. Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene ist eine Stärkung der Exekutive zulasten der Legislative beobachtbar, welche einen Reformbedarf zur Aufrechterhaltung der demokratischen Funktion der Gewaltenteilung hervorruft. Das horizontale Machtungleichgewicht auf der europäischen Ebene hängt jedoch mit der Verteilung von Entscheidungsbefugnissen auf der vertikalen Ebene zusammen.

1. Exekutivlastigkeit der schweizerischen Europapolitik

Aussenpolitisches Handeln stellt traditionell ein Primat der Exekutive dar.[115] Dies trifft trotz des im Zuge der Totalrevision der BV 1999 erfolgten Ausbaus der Kompetenzen der Bundesversammlung in der Aussenpolitik sowie der Ausweitung des Staatsvertragsreferendums[116] auch auf die Schweiz – und damit auch auf die staatsvertragliche Übernahme neuen EU-Rechts – zu. Parlament und Stimmvolk verfügen zwar über ein Veto-Recht hinsichtlich Änderungen von nicht beschränkter Tragweite bzw. wichtiger Änderungen der Bilateralen Verträge,[117] in den internationalen Verhandlungen sind jedoch der Bundesrat und die ihm unterstellte Verwaltung federführend. Dies gilt sowohl für die Verhandlungen in den gemischten Ausschüssen als auch für das *decision shaping* auf EU-Ebene.[118] Auf den Inhalt der Verhandlungspositionen

114 Cottier/Holenstein (Fn. 60), 189; Oesch/Campi (Fn. 15), 299 f.

115 Für einen Überblick über die traditionellen Gründe hierfür, Ankersmit (Fn. 59), 92.

116 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 BBl 1997 I 1, 392 ff., 470 ff.

117 Siehe oben II.

118 Glaser Andreas, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen 2015, 133 ff., 141; Oesch/Campi (Fn. 15), 178; Pfisterer Thomas, Ein Plus für die Demokratie: Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU, Zürich 2021 (zit. Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie), 88 f.

können Volk und Parlament demnach lediglich mittelbar einwirken. Das Parlament verfügt in diesem Zusammenhang über Informations- und Konsultationsrechte (Art. 166 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 152 Abs. 2 und 3 ParlG) und kann dem Bundesrat durch Vorstösse Aufträge im aussenpolitischen Bereich erteilen (Art. 166 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 171 BV i.V.m. Art. 118 ParlG). Hinsichtlich der Festlegung von Verhandlungsmandaten und der Vertretung der Schweiz nach aussen sind Motionen nach h.L. jedoch nicht bindend, da diese Bereiche eine verfassungsunmittelbare, exklusive Zuständigkeit des Bundesrates betreffen.[119] Die Zivilgesellschaft kann ihre Ansichten zudem im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren einbringen (Art. 147 BV, Art. 3 Abs. 1 lit. c VlG[120]). Bei Änderungen von beschränkter Tragweite, welche den Grossteil der Rechtsübernahmen unter den Bilateralen Verträgen ausmachen,[121] fällt jedoch nicht nur das Veto-Recht von Parlament und Volk dahin, sondern auch die Beteiligungsrechte finden lediglich in eingeschränktem Ausmass Anwendung. Die Informations- und Konsultationsrechte des Parlaments sind in solchen Fällen nicht zwingender Natur[122] und auch die Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens ist nicht obligatorisch (Art. 3 Abs. 2 VlG). Insgesamt fällt die Beteiligung der zuständigen parlamentarischen Kommissionen am *decision shaping* marginal aus,[123] und sofern sie stattfindet, ist das Parlament angesichts seiner begrenzten Ressourcen auf die Vorarbeiten der Verwaltung angewiesen (vgl. Art. 68 ParlG).[124] Die Öffentlichkeit bleibt aufgrund des begrenzten Informationszugangs in Bezug auf aussenpolitisches Handeln (vgl. Art. 180 Abs. 2 BV, Art. 7 Abs. 1 lit. d BGÖ[125]) sowie der Vertraulichkeit der Beratungen in den parlamentarischen Kommissionen (Art. 47 ParlG) vom *decision shaping* weitgehend ausgeschlossen.[126] Mit Blick auf die Verwischung der Grenze zwischen Innen- und Aussenpolitik durch die im Rahmen der Bilateralen Verträge vorgenommene Rechtsharmonisierung[127] und die Tatsache, dass auch technische

---

119 M.w.H. Stirnimann Martina/Glaser Andreas, Bilaterale III: Ein Studienbericht zu den Auswirkungen der dynamischen Rechtsübernahme auf die Demokratie und den Föderalismus in der Schweiz, Studienberichte des Zentrums für Demokratie Aarau, Nr. 35, 13, 31.

120 Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (VlG, SR 172.061).

121 Im Rahmen von Schengen/Dublin wurden lediglich 12% der übernommenen Rechtsakte vom Parlament genehmigt, siehe EDA, Schengen/Dublin, 31. Januar 2025, <https://www.europa.eda.admin.ch/de/schengen-dublin>.

122 Siehe Art. 24 Abs. 1 ParlG und Art. 152 Abs. 2 und 3 ParlG, wo von «wichtigen» aussenpolitischen Entwicklungen und Entscheidungen sowie «wesentlichen Vorhaben» gesprochen wird.

123 Oesch/Campi (Fn. 15), 178 f.

124 Oesch/Campi (Fn. 15), 179.

125 Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3).

126 Oesch/Campi (Fn. 15), 180.

127 Cottier/Germann (Fn. 8), 82; Langer (Fn. 78), 52; Oesch/Campi (Fn. 15), 181.

Fragen einen politischen Gehalt aufweisen,[128] ist aus demokratischer Sicht eine engere und frühzeitige Begleitung des Bundesrates und der Verwaltung durch Parlament und Öffentlichkeit in ihrem aussenpolitischen Handeln erforderlich.[129]

In Bezug auf das Parlament geht es primär darum, dessen Rolle im aussenpolitischen Bereich durch eine Ausweitung der Einflussmöglichkeiten auf die von der Schweiz vertretenen Positionen an dessen zentrale Rolle bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Rechtsakten auf nationaler Ebene anzugleichen.[130] Dabei stehen Reformen zur Sicherstellung hinreichender Informations- und Mitwirkungsrechte gegenüber dem Bundesrat und der Verwaltung im Vordergrund. Zum einen müssen die Bundesversammlung bzw. die parlamentarischen Kommissionen frühzeitig und adressatengerecht über Rechtsetzungsvorhaben in der EU informiert werden.[131] Gleichzeitig muss auch die Informationsbeschaffung durch die Kommissionen selbst verbessert werden, was durch eine Aufwertung der Organisation der Kommissionen, einen Ausbau der Parlamentsdienste, eine Angliederung an das EFTA-Sekretariat, und die Stationierung einer Vertretung in Brüssel erfolgen könnte.[132] Da eine adäquate Informationsgrundlage für die effektive Wahrnehmung von Mitwirkungsrechten gegenüber der Exekutive unabdinglich ist, können entsprechende Reformen zu einer vermehrten Beteiligung des Parlaments im Rahmen des *decision shaping* beitragen. Dabei dürfte die Beteiligung an der Ausarbeitung neuer EU-Sekundärrechtsakte im Vordergrund stehen. Ein besser informiertes Parlament ist aber zugleich eher in der Lage, potenziell umstrittene technische Anpassungen zu erkennen und sich entsprechend einzuschalten. Auch die Mitwirkung des Parlaments sollte frühzeitig – also bereits im EU-Gesetzgebungsverfahren sowie in den Verhandlungen in den gemischten Ausschüssen – erfolgen.[133] Die Mitwirkungsrechte des Parlaments könnten zudem zusätzlich durch die Einführung einer (verbindlichen) Europamotion gestärkt werden.[134] Zur Absicherung der Mitwirkung des Parlaments hinsichtlich wesentlicher Vertragsänderungen sowie seines nachträglichen Vetorechts wird in der

128 Glaser/Epiney (Fn. 7), 9.

129 Oesch, Verfassungswandel (Fn. 13), Rz. 27; Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie (Fn. 118), 93 f., 113 f.

130 Vgl. Cottier/Germann (Fn. 8), 85; vgl. auch Ehrenzeller, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, SGK-BV (Fn. 42), Rz. 38 in Bezug auf Konkordate.

131 Oesch/Campi (Fn. 15), 185; Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie (Fn. 118), 132; siehe auch APK-S, Motion 10.3005 «Massnahmen zur frühzeitigen Information des Parlaments über relevante europäische Gesetzgebungsentwürfe» vom 12. Januar 2010.

132 Oesch/Campi (Fn. 15), 185 f.; Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie (Fn. 118), 131 ff.

133 Pfisterer, Bilaterale III (Fn. 63), 35.

134 Siehe hierzu Stirnimann/Glaser (Fn. 119), 31 f.

Literatur für das Übernahmeverfahren ausserdem ein Vetoverfahren analog zu Art. 152 Abs. 3$^{bis-ter}$ ParlG vorgeschlagen.[135]

Das Volk verfügt auch im innerstaatlichen Gesetzgebungsprozess lediglich über nachträgliche Kontrollrechte.[136] Die materielle Einschränkung der Kontrollfunktion nationaler Volksrechte hinsichtlich der Ergebnisse überstaatlicher Rechtsetzungsprozesse wirkt sich aber insofern auf das innerstaatliche gewaltenteilige Gefüge aus, als die Anreize für Parlament und Regierung, die Standpunkte politischer Oppositionsgruppen in ihrem aussenpolitischen Handeln zu berücksichtigen, gemindert werden.[137] Diesem Einflussverlust des Volkes kann im Wesentlichen durch eine erhöhte Transparenz der europapolitischen Arbeit des Bundesrates, der Verwaltung und der parlamentarischen Kommissionen in Verbindung mit einer Stärkung proaktiver Partizipationsrechte begegnet werden.[138] Die Ausnahme vom Grundsatz der Öffentlichkeit im aussenpolitischen Bereich sollte daher eingeschränkt werden. Weiter sollten die Kommissionen grundsätzlich dazu verpflichtet werden, alle für die Entscheidungsfindung relevanten Unterlagen zu veröffentlichen (vgl. Art. 47a Abs. 2 und Art. 48 ParlG),[139] und die Veröffentlichungen ihrer Beratungsergebnisse sollten eine aussagekräftige Zusammenfassung der Beratungen und Entscheide beinhalten (vgl. Art. 48 ParlG).[140] Die Partizipationsrechte könnten gestärkt werden, indem Vernehmlassungen nicht nur im Zuge referendumspflichtiger, sondern auch bei anderen möglicherweise politisch umstrittenen Übernahmen von EU-Recht durchgeführt werden. Zudem sollten diese frühzeitig und nicht erst nach Abschluss der internationalen Verhandlungen erfolgen.[141] Dabei ist es auch zentral, dass alle Interessierten und nicht bloss ausgewählte Kreise beteiligt werden.[142] Das Parlament könnte durch Aufforderungen zur Durchführung von Vernehmlassungen in potenziell umstrittenen technischen Sachfragen sowie durch die vermehrte Durchführung öffentlicher Anhörungen (Art. 45 Abs. 1 lit. c ParlG, Art. 47 Abs. 2 ParlG) zu einem brei-

---

135 Siehe hierzu Stirnimann/Glaser (Fn 119), 30 f.; Pfisterer, Bilaterale III, (Fn. 63), 51 ff.

136 Cottier/Germann (Fn. 8), 85, vgl. auch Ehrenzeller, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, SGK-BV (Fn. 42), Rz. 38 (in Bezug auf Konkordate).

137 Vgl. Ehrenzeller, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, SGK-BV (Fn. 42), Rz. 42; Oesch/Campi (Fn. 15), 282 f.

138 Vgl. Oesch/Campi (Fn. 15), 186 f.; Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie (Fn. 118), 128 ff.

139 Oesch/Campi (Fn. 15), 214; Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie (Fn. 118), 129 f.

140 Oesch/Campi (Fn. 15), 214; Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie (Fn. 118), 130 f.

141 Zum Ermessen der Verwaltungsbehörden diesbezüglich siehe EDA, Praxisleitfaden völkerrechtliche Verträge, Bern 2023, <https://www.eda.admin.ch/dam/de/sd-web/U3S1B7gHeC8q/praxisleitfaden-voelkerrechtliche-vertraege-2023_DE.pdf>, 10; siehe auch Stirnimann/Glaser (Fn. 119), 22 f.

142 Siehe kritisch zum Vorgehen des Bundesrates hinsichtlich des institutionellen Rahmenabkommens Oesch/Campi (Fn. 15), 181.

teren Einbezug der Öffentlichkeit beitragen.[143] Darüber hinaus bestünde die Möglichkeit, weitere Partizipationsrechte wie beispielsweise eine europäische Volksmotion zu schaffen, mit welcher Anträge in Bezug auf schweizerisches Handeln in den gemischten Ausschüssen und auf europäischer Ebene gestellt werden könnten.[144]

Durch entsprechende Massnahmen könnte ein proaktiver und sachbezogener Einfluss des Parlaments und der Stimmbevölkerung auf die von der Schweiz im Rahmen der Bilateralen Verträge vertretenen Standpunkte gestärkt werden, ohne dass dabei die Funktion der demokratischen Beteiligungsrechte als Mittel zu einer einseitigen nationalen Einflussnahme auf die europäische Politikgestaltung überhöht wird. Dies trägt nicht nur zur Akzeptanz des EU-Rechts auf der nationalen Ebene bei, sondern leistet zugleich einen nationalen Beitrag zur Legitimation der Rechtsetzung auf EU-Ebene.[145] Dabei ist zu betonen, dass dadurch zwar die Beteiligung am *decision shaping* hinsichtlich für die Schweiz relevanter EU-Rechtsakte demokratisiert wird, das demokratische Defizit auf der vertikalen Ebene aber nicht behoben wird.[146]

2. Die Herausbildung transnationaler exekutiver Macht

Auf der EU-Ebene zeitigt sich ein Machtgewinn der zweiten Gewalt im Rahmen der Herausbildung von *new governance* Strukturen, welche in einem Spannungsverhältnis zu traditionellen Konzeptionen repräsentativer demokratischer Legitimation stehen.[147] Die offene Methode der Koordinierung (unverbindliche intergouvernementale Koordination nationaler Politikgestaltung) hat gegenüber der klassischen Gemeinschaftsmethode (ordentliches Gesetzgebungsverfahren mit Parlament und Rat als Co-Gesetzgeber) an Gewicht gewonnen,[148] und Komitologieausschüssen, unabhängigen Regulierungsagenturen sowie privaten Akteuren kommt im Rahmen der Durchführung und Implementierung von EU-Recht ein erhebliches politisches Gewicht zu.[149] Als

143 Siehe zu dieser Möglichkeit Pfisterer, Ein Plus für die Demokratie (Fn. 118), 126 f.

144 Siehe hierzu Gross Andreas, Parlamentarische Initiative 09.417 «Einrichtung der internationalen Volksmotion» vom 10. Dezember 2009; Stirnimann/Glaser (Fn. 119), 34.

145 Oesch/Campi (Fn. 15), 208.

146 Vgl. Oesch, Verfassungswandel (Fn. 13), Rz. 27.

147 Deirdre Curtin, Holding (Quasi-) Autonomous EU Administrative Actors to Public Account, European Law Journal 2007, 523 ff.; Scott Joanne/Trubek David, Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union, European Law Journal 2008, 1 ff., 8 f.

148 Scott/Trubek (Fn. 147), 4 f.; Smismans Stijn, New Modes of Governance and the Participatory Myth, West European Politics 2008, 874 ff. (zit. Smismans, New Modes of Governance), 875 f.

149 Smismans, New Modes of Governance (Fn. 148), 878 f.

Folge davon wird der Einfluss von exekutiven und administrativen Akteuren (in Kooperation mit privaten Akteuren) auf die EU-Politikgestaltung zulasten des EU-Parlaments und der allgemeinen Öffentlichkeit gestärkt.[150]

Ein Grund für diese horizontale Machtverschiebung liegt in der zunehmenden technischen Komplexität von Regelungsmaterien, welche nicht nur das EU-Parlament, sondern auch nationale Parlamente vor Herausforderungen stellt und administrative Entscheidungsspielräume vergrössert.[151] Inwieweit Verwaltungshandeln demokratisiert werden kann, ohne an Problemlösungskapazität einzubüssen, ist eine höchst relevante und umstrittene Frage, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann.[152]

Mit Blick auf das Verhältnis Schweiz-EU zentral ist jedoch, dass ein weiterer Grund für diese horizontale Machtverschiebung mit der Verteilung von Entscheidungsbefugnissen auf der vertikalen Ebene verknüpft ist. Die Entwicklung von *new governance* Strukturen ist nicht nur eine Folge zunehmender technischer Komplexität, sondern auch eine pragmatische Reaktion auf den politischen Unwillen der Mitgliedstaaten, weitere Regelungskompetenzen auf die EU zu übertragen.[153] Auch in Kompetenzbereichen der EU gestaltet sich die Kompromissfindung schwierig, sodass EU-Verordnungen oft nur allgemeine Regelungen festlegen, deren Konkretisierung dem europäischen Verwaltungsverbund überlassen wird.[154] Der Bedeutungsgewinn traditioneller, von nationalen Exekutiven dominierter, aussenpolitischer Entscheidungsverfahren und die Tendenz, die Re-Regulierung des EU-Binnenmarktes an technokratische Akteure zu delegieren, lassen sich auf diesen nationalen politischen Widerstand zurückführen.[155] Das Resultat ist die Herausbildung von aus demokratischer Sicht problematischen, transnationalen exekutiven Machtstrukturen, welche von einer «politisch-ökonomisch-professionellen herrschenden Klasse»[156] dominiert werden.

---

150 Smismans, New Modes of Governance (Fn. 148), 879 f.

151 Grimm Dieter, Europa – Wo liegt das Demokratieproblem?, Europäische Erziehung 2017, 25 ff., 25; Scott/Trubek (Fn. 147), 6 f.

152 Siehe hierzu etwa die Beiträge in Grimm Dieter, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990; Teubner Gunther, Quod Omnes Tangit, Transnationale Verfassungen ohne Demokratie, Der Staat 2018, 171 ff.; Smismans Stijn, Constitutionalising Expertise in the EU: Anchoring Knowledge in Democracy, in: Přibáň Jiří (Hrsg.), Self Constitution of European Society: Beyond EU Politics, Law, and Governance, London 2016.

153 Vgl. Scott/Trubek (Fn. 147), 6 ff.

154 Vgl. Joerges, The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law (Fn. 72), 21.

155 Habermas Jürgen, Im Sog der Technokratie: Ein Plädoyer für europäische Solidarität, Direito.UnB 2014, 11 ff., 18 f.; vgl. für letzteres auch Joerges, Varieties of economic constitutionalism (Fn. 76), 21; Weimer Maria, Risk Regulation in the Internal Market, Oxford 2019, 63 ff.

156 Brunkhorst Hauke, Constitutionalism and Democracy in the World Society, in: Dobner Petra/Loughlin Martin (Hrsg.), The Twilight of Constitutionalism?, Oxford 2010, 179 ff.

Die zunehmende Einbindung der Schweiz in den europäischen Verwaltungsverbund im *status quo*, kombiniert mit einer auf klassischem Staatsvertragsrecht beruhenden und primär wirtschaftlichen Anbindung an die EU, fördert diese Tendenzen und stellt daher letztlich lediglich eine Verlagerung des Modus der ihre Beziehungen zur EU prägenden politischen Reaktivität[157] von der vertikalen auf die horizontale Ebene dar: Die Schweiz gewinnt auf europäischer Ebene an Einfluss auf die Politikgestaltung, letztere wird jedoch zunehmend von einer primär technokratisch legitimierten paneuropäischen Exekutive determiniert. Die Schaffung neuer Verfassungsstrukturen, welche den grenzüberschreitenden Herausforderungen der Globalisierung gewachsen sind, wird erschwert und der demokratisch problematische technokratische Einschlag der EU-Integration zugleich gefördert.

IV. Die dynamische Rechtsübernahme unter den Bilateralen III

Die Bilateralen III sehen im Unterschied zum *status quo* für alle Marktzugangsabkommen vertragliche Mechanismen zur Sicherstellung einer fortlaufenden Übernahme von EU-Recht vor. Im Folgenden werden die Funktionsweise dieses Übernahmemechanismus sowie die in diesem Rahmen vorgesehenen demokratischen Mitbestimmungsrechte auf EU-Ebene und nationaler Ebene analysiert, um sodann zu eruieren, inwieweit die unter dem *status quo* identifizierten demokratischen Probleme dadurch verschärft oder entschärft werden.

A. Die Grundzüge des Übernahmemechanismus

Anders als im gescheiterten institutionellen Rahmenabkommen sind die institutionellen Elemente unter den Bilateralen III sektoriell in den jeweiligen Verträgen verankert.[158] Die dynamische Rechtsübernahme ist für die bestehenden Marktzugangsabkommen über die Personenfreizügigkeit, die Anerkennung von Konformitätsbewertungen, den Land- und Luftverkehr sowie für das neue Stromabkommen und den neuen Lebensmittelsicherheitsteil des Landwirtschaftsabkommens vorgesehen.[159] Obwohl es sich dabei nicht um ein Marktzu-

---

157 Siehe zu dieser Charakterisierung der Schweizer Beteiligung am EU-Binnenmarkt durch die staatsvertragliche Übernahme von EU-Recht und dem autonomen Nachvollzug SAURER (Fn. 32), 428.

158 BBl 2026 615, 49.

159 Art. 3 des Institutionellen Protokolls zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (IP-FZA); Art. 3 des Institutionellen Protokolls zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Ge-

gangsabkommen handelt, unterliegt auch das Gesundheitsabkommen der dynamischen Rechtsübernahme.[160] Nicht erfasst ist hingegen der Agrarteil des Landwirtschaftsabkommens. Der Zweck dieses institutionellen Mechanismus besteht darin, durch die Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens der Abkommen die Rechtssicherheit sowie die Gleichbehandlung der Vertragsparteien und Marktteilnehmenden in den von den bilateralen Verträgen erfassten Bereichen zu gewährleisten.[161]

Im Rahmen der dynamischen Rechtsübernahme ist die Schweiz dazu verpflichtet, neue EU-Rechtsakte so rasch wie möglich in die jeweiligen bilateralen Verträge zu integrieren.[162] Hinsichtlich der Übernahme von abkommensrelevanter EuGH-Rechtsprechung ist sowohl die vor als auch die nach der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung massgeblich.[163] Wie bei der Schengen/Dublin-Assoziierung handelt es sich auch bei dem unter den Bilateralen III vorgesehenen Mechanismus nicht um eine automatische Rechtsübernahme. Über Änderungen der Anhänge entscheiden nach wie vor die gemischten Ausschüsse und die einschlägigen innerstaatlichen Verfahren bleiben weiterhin anwendbar. Sofern eine Genehmigung der Vertragsänderung durch das Parlament erforderlich ist, muss die Schweiz die EU im gemischten Ausschuss darüber informieren.[164] Ab dem Zeitpunkt der Notifikation wird der Schweiz eine Frist von zwei Jahren für das Durchlaufen ihrer innerstaatlichen Verfahren gewährt, welche im Falle der Durchführung eines Referendums um

---

meinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (IP-MRA); Art. 3 des Institutionellen Protokolls zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Landverkehr (IP-LandVA); Art. 3 des Institutionellen Protokolls zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (IP-LuftVA); Art. 24 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über Elektrizität (Stromabkommen) abrufbar unter <https://www.europa.eda.admin.ch/de/botschaft-paket-schweiz-eu>.

160 Art. 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Gesundheit (Gesundheitsabkommen) abrufbar unter <https://www.europa.eda.admin.ch/de/botschaft-paket-schweiz-eu>.

161 Art. 1 IP-FZA; Art. 1 IP-MRA; Art. 1 IP-LandVA; Art. 1 IP-LuftVA; Art. 23 Stromabkommen; Art. 10 des Protokolls zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen zur Errichtung eines gemeinsamen Lebensmittelsicherheitsraums (Protokoll Lebensmittelsicherheit).

162 Art. 5 Abs. 1 IP-FZA; Art. 5 Abs. 1 IP-MRA; Art. 5 Abs. 1 IP-LuftVA; Art. 5 Abs. 1 IP-LandVA; Art. 27 Abs. 1 Stromabkommen; Art. 13 Abs. 1 Protokoll Lebensmittelsicherheit.

163 Art. 7 Abs. 2 IP-FZA; Art. 7 Abs. 2 IP-MRA; Art. 7 Abs. 2 IP-LandVA; Art. 7 Abs. 2 IP-LuftVA; Art. 29 Abs. 2 Stromabkommen, Art. 17 Abs. 2 Potokoll Lebensmittelsicherheit.

164 Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-FZA; Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-MRA; Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-LandVA; Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-LuftVA; Art. 27 Abs. 5 und 6, Art. 28 Stromabkommen; Art. 13 Abs. 4 und 5, Art. 14 Protokoll Lebensmittelsicherheit.

ein weiteres Jahr verlängert wird.[165] Darüber hinaus sind in den meisten erfassten Abkommen Ausnahmen von der dynamischen Rechtsübernahme für politisch umstrittene Bereiche vorgesehen.[166]

Im Falle einer Nichtübernahme von abkommensrelevantem neuem EU-Recht wird zunächst eine einvernehmliche Lösung im gemischten Ausschuss gesucht. Wird innerhalb von drei Monaten keine Einigung erzielt, hat jede Partei das Recht, ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht mit der Streitigkeit zu betrauen. In Fällen, in denen die Streitigkeit die Auslegung von unionsrechtlichen Begriffen betrifft, ist das Schiedsgericht dazu verpflichtet, den EuGH anzurufen, welcher verbindlich über die Auslegungsfrage entscheidet.[167] Der Entscheid in der Streitsache verbleibt dabei beim Schiedsgericht. Kommt das Schiedsgericht zum Schluss, dass vertragliche Pflichten verletzt wurden, und wird dem Schiedsspruch keine Folge geleistet, kann die Gegenpartei verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen ergreifen. Diese müssen auf das jeweilige Abkommen oder ein anderes Binnenmarktabkommen (exkl. des Agrarteils des LwA) beschränkt sein und auf die Behebung des durch die Vertragsverletzung entstandenen Ungleichgewichts gerichtet sein. Die Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen kann auf Antrag der betroffenen Partei durch das Schiedsgericht überprüft werden.[168] Dem ist anzufügen, dass unter den Bilateralen III auch auf eine zusätzliche Verknüpfung des rechtlichen Schicksals bestehender und künftiger Binnenmarktabkommen im Falle einer Kündigung verzichtet wurde, welche im Entwurf zum institutionellen Rahmenabkommen vorgesehen war.[169]

B. Vertikale Dimension: *Decision shaping* auf EU-Ebene

Im Geltungsbereich der dynamischen Rechtsübernahme werden der Schweiz Mitwirkungsrechte an der abkommensrelevanten Rechtsetzung auf EU-Ebene gewährt. Bei der Ausarbeitung neuer Rechtsakte zieht die Kommission

---

165 Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-FZA; Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-MRA; Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-LandVA; Art. 5 Abs. 4 und 5, Art. 6 IP-LuftVA; Art. 27 Abs. 5 und 6, Art. 28 Stromabkommen; Art. 13 Abs. 4 und 5, Art. 14 Protokoll Lebensmittelsicherheit.

166 Art. 5 Abs. 7 IP-FZA; Art. 5 Abs. 7 IP-MRA; Art. 5 Abs. 7 IP-LandVA; Art. 27 Abs. 8 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 Stromabkommen; Art. 13 Abs. 7 i.V.m. Art. 7 Protokoll Lebensmittelsicherheit.

167 Eine Ausnahme stellt der Agrarteil des LwA dar, für den keine Anrufung des EuGH vorgesehen ist (siehe Art. 7a und Art. 7b ÄP-LwA).

168 Zum Ganzen Art. 10 und 11 IP-FZA; Art. 10 und 11 IP-MRA; Art. 10 und 11 IP-LandVA; Art. 10 und 11 IP-LuftVA; Art. 32 und 33 Stromabkommen; Art. 20 und 21 Protokoll Lebensmittelsicherheit.

169 BBl 2026 615, 75; siehe Art. 22 Abs. 2 Entwurf des Abkommenstextes des Institutionellen Abkommens, abrufbar unter <https://www.europa.eda.admin.ch/de/informationen-und-dokumente-zum-institutionellen-abkommen>.

Schweizer Sachverständige gleichermassen zurate wie Sachverständige der Mitgliedstaaten. Auf Antrag einer Vertragspartei findet zudem ein fortlaufender Meinungsaustausch im jeweiligen gemischten Ausschuss statt. Darüber hinaus können Sachverständige im Rahmen von Komitologieverfahren an den Arbeiten der Ausschüsse teilnehmen, sofern dies für das ordnungsgemässe Funktionieren des jeweiligen Abkommens erforderlich ist.[170] Die Verträge sehen zudem eine Beteiligung an diversen Agenturen vor.[171]

Neben der Beteiligung an der Rechtsetzung durch die Kommission und administrative Akteure sehen die Bilateralen III die Errichtung eines gemischten parlamentarischen Ausschusses vor. Dieser setzt sich aus einer gleichen Zahl von Mitgliedern des Europäischen Parlaments und der Bundesversammlung zusammen und tagt mindestens einmal pro Jahr.[172] Durch Dialog und Diskussion soll er zu einem besseren Verständnis zwischen den Vertragsparteien über die Bilateralen Verträge beitragen.[173] Zu diesem Zweck verfügt er über das Recht, die Herausgabe von Informationen über die Durchführung der Abkommen zu verlangen und regelmässig über die Beschlüsse und Empfehlungen der gemischten Ausschüsse informiert zu werden.[174] Darüber hinaus ist er befugt, Empfehlungen an die Vertragsparteien zu richten.[175]

C. Horizontale Dimension: Demokratische Mitwirkungsrechte auf nationaler Ebene

Für die Festlegung der von der Schweiz in den gemischten Ausschüssen und im Rahmen des *decision shaping* vertretenen Positionen bleiben weiterhin die für den jeweiligen Sachbereich verantwortlichen Departemente und das eidgenössische Amt für auswärtige Angelegenheiten (EDA) federführend.[176] Dabei werden sie vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) rechtlich begleitet und unterstützt.[177]

---

170 Zum Ganzen Art. 4 IP-FZA; Art. 4 IP-MRA; Art. 4 IP-LandVA; Art. 4 IP-LuftVA; Art. 26 Stromabkommen; Art. 12 Protokoll Lebensmittelsicherheit

171 Art. 13 Abs. 1 IP-FZA; Art. 13 Abs. 1 IP-MRA; Art. 13 Abs. 1 IP-LandVA; Art. 13 Abs. 1 IP-LuftVA; Art. 10 Stromabkommen; Anhang II Art. 1 Protokoll Lebensmittelsicherheit.

172 Art. 2 und 3 des Protokolls zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die parlamentarische Zusammenarbeit (Protokoll parlamentarische Zusammenarbeit), abrufbar unter <https://www.europa.eda.admin.ch/de/botschaft-paket-schweiz-eu>.

173 Art. 1 Protokoll parlamentarische Zusammenarbeit.

174 Art. 4 lit. a und b Protokoll parlamentarische Zusammenarbeit.

175 Art. 4 lit. c Protokoll parlamentarische Zusammenarbeit.

176 BBl 2026 615, 104.

177 BBl 2026 615, 104.

Hinsichtlich der Rolle des Parlaments im Rahmen des *decision shaping* sah sich der Bundesrat bereits in seinem erläuternden Bericht zur Prüfung von Reformen zur Sicherstellung einer frühzeitigen und verstärkten Information sowie Mitwirkung veranlasst.[178] Als Reaktion auf die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens unterbreitet er mit seiner Botschaft einen Entwurf für einen neuen Art. 152*a* ParlG zur Stärkung der Rolle des Parlaments im Rahmen des *decision shaping*.[179] Dieser sieht als *lex specialis* zu Art. 152 ParlG die Verankerung von Informations- und Konsultationsrechten der aussenpolitischen Kommissionen und der anderen für die Abkommen zuständigen Kommissionen vor, um deren materielle Beteiligung bei der Festlegung der Positionen der Schweiz im Rahmen des *decision shaping* sicherzustellen. Analog zu den Kriterien in Art. 152 Abs. 2 und 3 ParlG, aber angepasst an die frühe Phase des EU-Gesetzgebungsprozesses, während der das *decision shaping* stattfindet, sollen Informationspflichten hinsichtlich potenziell wichtiger Rechtsakte und Konsultationspflichten hinsichtlich potenziell wesentlicher Rechtsakte bestehen. Zudem können die betreffenden Kommissionen jederzeit verlangen, vom Bundesrat und den betreffenden Departementen informiert und konsultiert zu werden.[180] Die konkreten Mitwirkungsmodalitäten sollen in neuen Weisungen für die Umsetzung von Art. 152 ParlG und Art. 152*a* ParlG festgelegt werden.[181] In diesem Zusammenhang erklärt sich der Bundesrat dazu bereit, im Rahmen der mündlichen Information «einen stärkeren Fokus auf eine vorausschauende Information über wichtige geplante Rechtsakte der EU zu legen»[182] und die Kommissionen auf deren Wunsch punktuell mit vertieften Informationen über spezifische Rechtsakte zu versorgen.[183] In Bezug auf die schriftliche Information schlägt er vor, die an den Sitzungen der aussenpolitischen Kommissionen zur Verfügung gestellten Informationstabellen des EDA um eine Rubrik mit für die Schweiz relevanten wichtigen Entwicklungen des EU-Rechts zu erweitern.[184] Weiter soll eine Online-Plattform Parlamentarier:innen sowie die Öffentlichkeit allgemein über relevante in Vorbereitung befindliche EU-Rechtsakte informieren, unabhängig von deren Wichtigkeit.[185] Daneben empfiehlt der Bundesrat die Entsendung einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters der Parlamentsdienste nach Brüssel und erklärt sich zur Unterstützung der Or-

178 EDA, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU» (zit. Erläuternder Bericht), 94 ff.

179 BBl 2026 615, 122 ff.

180 Zum Ganzen BBl 2026 615, 124 ff.

181 BBl 2026 615, 125 ff.

182 EDA, Erläuternder Bericht (Fn. 178), 95 f.

183 BBl 2026 615, 131.

184 BBl 2026 615, 131 f.

185 BBl 2026 615, 132.

ganisation von Informationsreisen der aussenpolititischen Kommissionen bereit.[186] Er weist ausserdem auf die Möglichkeit der Parlamentarier:innen hin, über den gemischten parlamentarischen Ausschuss direkt Informationen über Rechtsetzungsvorhaben der EU zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen.[187] Zuletzt schlägt er die Einführung eines neuen Art. 147*a* ParlG vor, welcher den Bundesrat dazu verpflichtet, einmal pro Legislaturperiode einen Bericht über die Umsetzung der institutionellen Elemente zuhanden des Parlaments zu verfassen.[188]

Hinsichtlich der Beteiligung der allgemeinen Öffentlichkeit stellte sich der Bundesrat zunächst auf den Standpunkt, dass das Initiativ- und Referendumsrecht «weiterhin in vollem Umfang gewährleistet»[189] sei und es sich noch zeigen müsse, «[o]b und welche administrativen Anpassungen für die politische Praxis sinnvoll sein könnten – wie etwa für den Informationsaustausch mit der Bundesversammlung oder bei der Planung und Durchführung von Vernehmlassungen».[190] Obwohl er weiterhin an der uneingeschränkten Gewährleistung des Initiativ- und Referendumsrechts in Bezug auf die Übernahme von EU-Rechtsakten festhält,[191] sieht er sich angesichts der Vernehmlassungsergebnisse zur Einführung eines neuen Art. 40*a* RVOG veranlasst. Demnach sollen alle für das *decision shaping* relevanten öffentlichen Dokumente der EU auf einer zentralen öffentlichen Online-Plattform publiziert werden und die ständigen Teilnehmenden an Vernehmlassungsverfahren sowie die betroffenen Kreise über solche Veröffentlichungen benachrichtigt werden.[192]

V. Die dynamische Rechtsübernahme im Lichte des Demokratieprinzips

Vor dem Hintergrund der im dritten Abschnitt beleuchteten demokratischen Probleme des *status quo* führt die unter den Bilateralen III vorgesehene dynamische Rechtsübernahme mit Blick auf die Erfüllung der Anforderungen des Demokratieprinzips zu einem gemischten Fazit.

Hinsichtlich des nationalen Handlungsspielraums der Schweiz, der sowohl in den von der dynamischen Rechtsübernahme erfassten als auch in den davon

186 BBl 2026 615, 134 f.
187 BBl 2026 615, 134 f.
188 BBl 2026 615, 133 f.
189 EDA, Erläuternder Bericht (Fn. 178), 56.
190 EDA, Erläuternder Bericht (Fn. 178), 93.
191 BBl 2026 615, 140.
192 BBl 2026 615, 136.

ausgenommenen Bereichen von den rechtlichen und faktischen Konsequenzen einer Nicht-Übernahme von EU-Recht abhängt, dürfte sich nicht viel ändern. Unter dem neuen Mechanismus wird die Rechtsübernahme im Binnenmarktbereich zwar vereinfacht, wirtschaftliche Imperative führen aber bereits unter dem *status quo* zu einer weitgehend systematischen Übernahme von neuen EU-Rechtsakten und der Rechtsfortbildung durch den EuGH. Zudem trifft es zu, dass die mit dem Vertragspaket angestrebte «Stabilisierung und Weiterentwicklung»[193] des bilateralen Wegs mit einer vertieften rechtlichen Integration einhergeht. Einer rechtlichen Verstärkung der wirtschaftlichen Nachteile im Falle einer Nichtübernahme neuen EU-Rechts wird jedoch durch die Verrechtlichung der Streitbeilegung, insbesondere durch die Eingrenzung der möglichen Ausgleichsmassnahmen, entgegengewirkt.[194] Die bestehenden wirtschaftlichen Sachzwänge sowie deren rechtliche Verstärkung durch die Guillotine-Klausel im Rahmen der Bilateralen I[195] und die weitreichenden Folgen einer Nichtübernahme im Rahmen der Schengen/Dublin-Assoziierung bleiben aber weiterhin bestehen. Somit bleibt es der EU – wenn auch in beschränkterem Ausmass als bisher[196] – weiterhin möglich, durch die Ausübung wirtschaftlichen Drucks die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen zu erzwingen.

Im Bereich des *decision shaping* ist die durch die Bilateralen III vorgesehene institutionelle Verfestigung und Vereinheitlichung der der Schweiz gewährten Mitwirkungsrechte grundsätzlich positiv zu bewerten. Mit Blick auf die kritisch beurteilte Exekutivlastigkeit der Beteiligung auf EU-Ebene ist insbesondere auch die Errichtung des gemischten parlamentarischen Ausschusses begrüssenswert. Dessen Wirkungsmacht wird allerdings in weiten Teilen von den konkreten Modalitäten seiner Arbeitsweise abhängen, für deren Festlegung die Mitglieder des Ausschusses zuständig sind.[197] Insbesondere ist die Mindestanforderung einer alljährlichen Tagung des Ausschusses tief angesetzt. Zum Vergleich: Das Europäische Parlament tagt einmal monatlich.[198] Zudem bleiben die Beteiligungsrechte weiterhin relativ vage formuliert. Es bleibt offen, was eine «grösstmögliche Teilnahme» bei der Ausarbeitung von Durchführungsrechtsakten bedeutet, und unter welchen Umständen eine Beteiligung an den Komitologieausschüssen «zur Gewährleistung des ordnungs-

193 EDA, Erläuternder Bericht (Fn. 178), 49.

194 Oesch, Die Bilateralen Abkommen (Fn. 17), 651 f; Pfisterer, Bilaterale III (Fn. 63), 16, 32; a.A. Stirnimann/Glaser (Fn. 119), 18.

195 Siehe zum Einfluss von Guillotine-Klauseln auf die nationalen demokratischen Handlungsspielräume Glaser/Langer (Fn. 12), 569 f.

196 Siehe zur Druckausübung der EU Oesch/Campi (Fn. 15), 270 f.

197 Siehe Art. 5 Protokoll parlamentarische Zusammenarbeit.

198 Art. 159 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments.

gemässen Funktionierens des Abkommens erforderlich ist».[199] Letztlich sind die Möglichkeiten der Formalisierung von Beteiligungsrechten als Nichtmitgliedstaat naturgemäss beschränkt, weshalb die Schweiz trotz des faktischen Harmonisierungsdrucks nur begrenzt an der Rechtsetzung auf EU-Ebene mitwirken kann. Sie ist daher insbesondere auch von der Mitbestimmung darüber ausgeschlossen, wie das Verhältnis zwischen der nationalen und der supranationalen Ebene zu organisieren ist, um das Demokratieprinzip unter den Bedingungen globalisierter Märkte insgesamt zu verwirklichen.[200] Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Beteiligungsrechte der Schweiz am *decision shaping* auf die von der dynamischen Rechtsübernahme erfassten Bereiche beschränkt sind. Die Rechtsakte, welche die Schweiz im Rahmen des autonomen Nachvollzugs übernimmt, sowie neue Rechtsakte in den Bereichen, die unter die ausgehandelten Ausnahmen fallen, sind davon ausgenommen. Im Falle eines weiteren Ausbaus der bilateralen Beziehungen kann die Schweiz der Übernahme neuer EU-Rechtsakte daher nur *in toto* zustimmen, ohne an deren inhaltlicher Ausgestaltung beteiligt gewesen zu sein.

Mit Blick auf die Verteilung von Entscheidungsmacht auf nationaler Ebene stellt die vom Bundesrat vorgesehene Ausweitung der Informations- und Konsultationsrechte des Parlaments im Rahmen des *decision shaping* ebenfalls eine positive Entwicklung dar. Hervorzuheben sind insbesondere die Angleichung der parlamentarischen Beteiligungsrechte an das innerstaatliche Rechtsetzungsverfahren durch die Ausweitung entsprechender Rechte über die aussenpolitischen Kommissionen hinaus sowie der Fokus auf eine frühzeitige Information und Konsultation. Eine abschliessende Würdigung hängt jedoch von der noch ausstehenden konkreten Ausgestaltung der Informations- und Konsultationsrechte ab.[201] Bedauerlich ist jedoch, dass keine verbindlichen parlamentarischen Instrumente für die Beteiligung an der Vertretung des Bundesrates im Rahmen des *decision shaping* und der Verhandlungen in den gemischten Ausschüssen – oder zumindest Regelungen hinsichtlich des Umgangs mit Konsultationsantworten des Parlaments – vorgesehen sind.[202] Positiv zu würdigen ist die Berichtspflicht des Bundesrates über die Umsetzung der institutionellen Elemente, da diese eine kontinuierliche Reflexion in Bezug auf die demokratische Qualität der einschlägigen nationalen Entschei-

---

199 Siehe Art. 4 Abs. 4 IP-FZA; Art. 4 Abs. 4 IP-MRA; Art. 4 Abs. 4 IP-LandVA; Art. 4 Abs. 4 IP-LuftVA; Art. 26 Abs. 4 Stromabkommen; Anhang II Art. 12 Abs. 4 Protokoll Lebensmittelsicherheit.

200 Oesch Matthias, Switzerland-EU Bilateral Agreements, the Incorporation of EU Law and the Continuous Erosion of Democratic Rights, Yearbook of European Law 2022, 602 ff., 639.

201 Für einen Vorschlag diesbezüglich siehe Pfisterer, Bilaterale III (Fn. 63), 48 ff.

202 Für letzteres siehe APK-N, Parlamentarische Initiative 22.482 «Mitwirkungsrechte des Parlamentes in der Aussenpolitik» vom 18. Oktober 2022.

dungsprozesse ermöglicht. Die allgemeine Information über alle relevanten geplanten EU-Rechtsakte könnte zudem zur Erkennung potenziell umstrittener technischer Anpassungen beitragen und dadurch die Wahrnehmung fakultativer parlamentarischer Informations- und Konsultationsrechte fördern. Was eine solche allgemeine Information konkret beinhaltet, bleibt allerdings offen, womit unklar ist, ob dadurch eine hinreichende und adressatengerechte Information sichergestellt ist. Ausbaubedarf besteht zudem hinsichtlich der Erweiterung der Ressourcen des Parlaments zur selbständigen Informationsbeschaffung. Mit Informationsreisen und der Entsendung einer Person nach Brüssel allein wird das Ressourcengefälle zwischen Parlament und Verwaltung nicht angegangen werden können. Ob der interparlamentarische Ausschuss als zusätzlicher Kanal für die Ausübung parlamentarischer Informations- und Konsultationsrechte auf EU-Ebene taugt, bleibt abzuwarten und hängt von den konkreten Modalitäten seiner Arbeitsweise ab.

Klar unzureichend sind hingegen die Reformvorschläge zur Beteiligung der Öffentlichkeit. Der Bundesrat konzentriert sich primär auf die formale Wahrung von Initiativ- und Referendumsrecht und schlägt dort, wo die Einflussnahme der nationalen Öffentlichkeit aus Sicht eines umfassenden Demokratieverständnisses am sachgerechtesten wäre, lediglich minimale Verbesserungen in Bezug auf die Transparenz vor. Zusätzliche Partizipationsrechte der Bevölkerung mit Blick auf die Position der Schweiz auf EU-Ebene sind demnach nicht vorgesehen. Auch Verbesserungen hinsichtlich des begrenzten Zugangs der Öffentlichkeit zu Informationen über die für den europapolitischen Bereich relevanten nationalen Verfahren sind nicht geplant. Die allgemeine Information über relevante EU-Rechtsakte in Kombination mit der zentralisierten Veröffentlichung der dazugehörigen EU-Dokumente erleichtert zwar den Zugang zu EU-Dokumenten und die Orientierung innerhalb derselben, letztere sind aber bereits *de lege lata* öffentlich verfügbar. Durch E-Art. 40*a* RVOG wird zudem auch nicht sichergestellt, dass Vernehmlassungsverfahren frühzeitig durchgeführt werden.[203]

Letztlich ändert sich durch einen Abschluss der Bilateralen III nichts an der primär wirtschaftlich motivierten Beteiligung der Schweiz am EU-Integrationsprozess. Die Anbindung an die EU erfolgt weiterhin auf sektorieller Basis und die Beteiligung des schweizerischen Gesetzgebers am ordentlichen EU-Gesetzgebungsverfahren bleibt begrenzt. Bezeichnend hierfür ist, dass das Wort «Wirtschaft» bzw. «wirtschaftlich» in der Botschaft des Bundesrates mehr als 300-mal genannt wird, während das Wort «Demokratie» nur 18-mal fällt. Ein solcher Beteiligungsmodus vernachlässigt, dass es sich bei der EU nicht nur um einen gemeinsamen Binnenmarkt, sondern um ein Projekt zur

203 Stirnimann/Glaser (Fn. 119), 23.

Verwirklichung transnationaler Demokratie handelt. Entsprechend geht es um die rechtliche Institutionalisierung der gegenseitigen Abhängigkeiten *und* der gemeinsamen normativen Projekte moderner Staaten.[204] Durch ihren Fokus auf Ersteres sowie der Überhöhung nationaler demokratischer Entscheidungsverfahren trägt die Schweiz zur Herausbildung transnationaler exekutiver Macht bei und verschliesst zugleich die Augen vor den damit verbundenen demokratischen Implikationen. Während die Exekutivlastigkeit der nationalen Aussenpolitik durch innerstaatliche Gesetzesreformen verringert werden kann, bedürfen die globalisierungsbedingten Herausforderungen an das Demokratieprinzip eines grundlegenden Wandels in der Schweizer Europapolitik. Nicht nur demokratische Praktiken, sondern auch die Idee der Demokratie selbst muss neuen gesellschaftlichen Realitäten Rechnung tragen, damit das Demokratieprinzip seine normative Funktion – die Sicherung von Selbstbestimmung in Freiheit und Gleichheit – weiterhin erfüllen kann.[205] Die dynamische Rechtsübernahme unter den Bilateralen III stellt daher lediglich einen ersten, (womöglich zu) zögerlichen Schritt hin zu einer Einbindung in die EU dar, welche den Anforderungen des Demokratieprinzips unter den Bedingungen einer globalisierten Welt gerecht wird.

VI. Schluss

Angesichts der anhaltenden Diskussionen über eine mit der Schweizer Beteiligung am EU-Integrationsprozess einhergehende demokratische Schieflage hat sich dieser Beitrag mit der Frage befasst, inwieweit die im Rahmen der Bilateralen III vorgesehene dynamische Rechtsübernahme mit dem Demokratieprinzip vereinbar ist. In einem ersten Schritt wurde aufgezeigt, dass die Sachzwänge einer grenzüberschreitenden Wirtschaft bereits unter den geltenden staatsvertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU eine weitgehend dynamische Übernahme von EU-Recht zur Folge haben. In diesem Zusammenhang wurde deutlich gemacht, dass sich der normative Gehalt des Demokratieprinzips, welcher auch der schweizerischen Ausprägung des Demokratieprinzips zugrunde liegt, unter den Bedingungen der Globalisierung nicht auf der Grundlage eines rein nationalstaatlichen Demokratieverständnisses verwirklichen lässt. Dabei wurde gezeigt, dass im *status quo* ein Demokratiedefizit besteht, welches durch das der momentanen schweizerischen Europastrategie zugrundeliegende überhöhte und zugleich verkürzte Demokratieverständnis vorangetrieben wird und auf ein komplexes Zusammenspiel

204 Vgl. MAHLMANN (Fn. 110), 397.

205 Vgl. hierzu DERRIDA JAQUES, Das andere Kap. Die vertagte Demokratie, Frankfurt 1992, 57 zur Demokratie als niemals (vor)gegebene Idee.

zwischen globalisierungsbedingten und politisch bedingten vertikalen und horizontalen Machtverschiebungen zurückzuführen ist. Der mit der unter den Bilateralen III vorgesehenen dynamischen Rechtsübernahme einhergehende Ausbau der Beteiligung der Schweiz am europäischen *decision shaping* sowie die in diesem Zusammenhang vorgesehenen nationalen Reformen zur Stärkung der Rolle des Parlaments stellen zwar eine Verbesserung gegenüber dem *status quo* dar, den Anforderungen des Demokratieprinzips wird damit jedoch noch nicht Genüge getan. Was vor dem Hintergrund der multidimensionalen Komplexität globalisierter Gesellschaften – auch seitens der schweizerischen Staatsrechtslehre – benötigt wird, ist eine Auseinandersetzung mit den demokratischen Implikationen der Globalisierung, welche nicht nur das Verhältnis Schweiz-EU und dessen Auswirkungen auf die schweizerische Demokratie in den Blick nimmt, sondern sich auch mit den Auswirkungen befasst, welche der globalisierungsbedingte Wandel der Natur politischer Machtausübung auf die Demokratie insgesamt hat. Transnationale Macht kann nur konstitutionalisiert werden, wenn die Idee der Demokratie transnationalisiert wird, was neue Denkweisen über rechtliche und politische Autorität und deren Rechtfertigung erfordert.[206] Auch die schweizerische Demokratie bleibt letztlich nur dann zukunftsfähig, wenn die Zukunftsfähigkeit der Demokratie als solches gesichert ist.[207]

206 WEIMER, The EU global regulatory state (Fn. 77), 122.

207 Vgl. hierzu EHRENZELLER, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, SGK-BV (Fn. 42), Rz. 65: «Der Wille und die tatsächliche Bereitschaft, sich auf eine vertiefte Diskussion über die Zukunft der schweizerischen Demokratie einzulassen, sind in allen politischen Lagern nach wie vor nicht sehr gross.»

Der EuGH und der Vorwurf des «*charter centrism*»*

Eine Rechtsprechungsanalyse am Beispiel der richterlichen Unabhängigkeit

Alexandru Badea

Inhalt

I. Einleitung 193

II. Rechtliche Grundlagen des Schutzes richterlicher Unabhängigkeit 196
- A. EMRK 196
- B. Unionsrecht 197

III. Vergleichende Analyse ausgewählter Fallbeispiele 199
- A. Entscheidungsunabhängigkeit und Amtszeit der Richterinnen und Richter 199
  - 1. Unabsetzbarkeit und Ruhestandsregelungen 199
  - 2. Schutz vor missbräuchlicher Disziplinierung 203
- B. Ernennung von Richterinnen und Richter und Zusammensetzung der Spruchkörper 207
- C. Synthese und Bewertung 214

IV. Methodischer Ansatz des EuGH im Umgang mit der Rechtsprechung des EGMR 217
- A. Art und Weise der Bezugnahme auf den EGMR 217
  - 1. Direkte Verweise 217
  - 2. Indirekte Einflüsse 219
- B. Gründe für die Vorgehensweise des EuGH 221
  - 1. Wahrung der Autonomie des EU-Rechts und des EuGH 221
  - 2. Verfahrensrechtliche Besonderheiten 222
  - 3. Aufrechterhaltung des Dialogs mit den mitgliedstaatlichen Gerichten 224

V. Schlussbetrachtung 225

I. Einleitung

Die richterliche Landschaft Europas wird wesentlich durch das dynamische Zusammenwirken zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)

* Dieser Beitrag berücksichtigt die Rechtsprechung mit Stand Januar 2026. Für die kritische Durchsicht des Textes sowie für die wertvollen Hinweise und Anregungen danke ich herzlich Lorenz von Arx und Laura Ablondi.

und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geprägt.[1] Trotz ihrer institutionellen Unabhängigkeit sind sie nicht vollständig voneinander isoliert, sondern oft mit ähnlichen Rechtsfragen befasst. Besonders in Grundrechtsfragen, wie dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit, dient der EGMR dem EuGH als wichtige Inspirationsquelle. Die Gründe hierfür sind historisch gewachsen: In Ermangelung eines Grundrechtkatalogs erkannte der EuGH bereits in den 1970er Jahren an, dass die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) an Menschenrechte gebunden ist.[2] Um den Grundrechtsschutz zu gewährleisten, begann er, sich auf die in der EMRK[3] verankerten Rechte zu beziehen und wies der Rechtsprechung des EGMR «besondere» Bedeutung zu.[4]

Mit der GRCh[5] wurde in der Europäischen Union (EU) ein umfassender Grundrechtskatalog eingeführt, welcher der EMRK nachgebildet ist.[6] Seither zeichnet sich eine Änderung in der Herangehensweise des EuGH ab. Der Gerichtshof stützt sich zunehmend ausschliesslich auf die GRCh und es kommt sogar häufig vor, dass der EGMR überhaupt nicht zitiert wird, obwohl der Einfluss seiner Spruchpraxis auf die Auslegung der Charta weiterhin klar erkennbar bleibt.[7] Dieser methodische Ansatz – im Schrifttum als «*charter centrism*» be-

---

1 Zur Bedeutung der nationalen Gerichte für die europäische Integration siehe O'Neill Ruairi, Defending Judicial Independence in Court: A Subjective Right to Independence in EU Law, Liverpool Law Review 2025, 65 ff., 68 ff.

2 Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 – Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Rz. 4; siehe dazu auch Glas Lize R./Krommendijk Jasper, From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts, Human Rights Law Review 2017, 567 ff., 568; Douglas-Scott Sionaidh, A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis, Common Market Law Review 2006, 629 ff., 644 f.

3 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention, ETS No. 005).

4 Statt vieler EuGH, Urteil vom 14. Mai 1974 in der Rechtssache C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51 – Nold KG/Kommission, Rz. 12. Der erste explizite Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR findet sich im EuGH, Urteil vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170 – P/S und Cornwall County Council, Rz. 16; für diesen Hinweis siehe Harpaz Guy, The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy, Common Market Law Review 2009, 105 ff., 108.

5 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 389 ff.

6 Frese Amalie/Olsen Henrik Palmer, Spelling It Out – Convergence and Divergence in the Judicial Dialogue between CJEU and ECtHR, Nordic Journal of International Law 2019, 429 ff., 436 f.

7 Dazu im Allgemeinen Tinière Romain, The Use of ECtHR Case Law by the CJEU: Instrumentalisation or Quest for Autonomy and Legitimacy?, European Papers 2023, 323 ff., 325 f.; Harpaz (Fn. 4), 109 und 112; Glas/Krommendijk (Fn. 2), 574 f.

zeichnet – erntet Kritik, weil der EuGH dadurch den Einfluss des EGMR zu begrenzen versuche.[8]

Zwar ist die EU selbst keine Vertragspartei der EMRK und unterliegt damit nicht der Jurisdiktion des EGMR. Die EMRK wird jedoch in Art. 6 Abs. 3 EUV[9] als eine der wichtigsten Quellen für die Grundrechte der Union anerkannt. Weiter bestimmt Art. 52 Abs. 3 GRCh, dass Rechte, welche denen der EMRK entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite wie jene der EMRK aufweisen müssen.[10] Art. 53 GRCh garantiert zudem ein Schutzniveau, das mindestens dem der EMRK gleichwertig ist. Daher wird vom EuGH erwartet, dass er die Auslegung der entsprechenden Konventionsrechte durch den EGMR berücksichtigt und übernimmt, insb. vor dem Hintergrund, dass der EuGH sich erst in jüngerer Zeit vertiefter der Unabhängigkeit der Justiz widmete. Die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit oblag über Jahrzehnte hinweg hauptsächlich dem EGMR.[11]

Der vorliegende Beitrag untersucht daher, wie der EuGH und der EGMR die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte bewahren, um auf rechtsstaatlich bedenkliche Entwicklungen in verschiedenen europäischen Staaten zu reagieren. Die Spruchpraxis beider Gerichte weist nicht nur zahlreiche Parallelen und Überschneidungen auf, sondern auch erkennbare Unterschiede. Dies wirft die Frage auf, inwiefern die Praxis des EGMR zur richterlichen Unabhängigkeit die jüngste EuGH-Rechtsprechung zu Art. 267 AEUV[12], Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh beeinflusst hat. Aus dieser Analyse sollen Erkenntnisse zum Verhältnis zwischen dem EuGH und dem EGMR abgeleitet und es soll geklärt werden, ob der Vorwurf des «*charter centrism*» tatsächlich begründet ist.

---

8 Krommendijk Jasper, Opinion 2/13 as a Game Changer in the Dialogue between the European Courts?, in: Bribosia Emmanuelle/Rorive Isabelle (Hrsg.), Human Rights Tectonics: Global Dynamics of Integration and Fragmentation, Cambridge/Antwerp/Chicago 2018, 243 ff., 249 und 267 f., m.w.H.

9 Vertrag über die Europäische Union vom 13. Dezember 2007, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 13 ff.

10 Art. 52 Abs. 3 GRCh verweist zwar auf die EMRK, begründet jedoch keine rechtliche Verpflichtung des EuGH, der Rechtsprechung des EGMR zu folgen, siehe hierzu die Analyse bei Lock Tobias, The European Court of Justice and International Courts, Oxford 2015, 168 f. und 180 ff.; a.A. Douglas-Scott (Fn. 2), 655 f.

11 Neben dem EGMR spielt auch die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission) eine entscheidende Rolle bei der Sicherstellung einer unabhängigen Justiz. Ihre Einbindung in die Rechtsprechung des EuGH wird jedoch nur am Rande beleuchtet, da der Schwerpunkt der Analyse auf das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem EGMR liegt.

12 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 47 ff.

Die Untersuchung gliedert sich wie folgt: Zunächst wird der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit in der EMRK und im EU-Recht definiert (II.). Anschliessend wird der Einfluss der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK auf den EuGH untersucht. Durch die Analyse wichtiger Urteile werden Fallgruppen zu den einzelnen Teilgehalten der richterlichen Unabhängigkeit gebildet, die Gemeinsamkeiten, direkte und indirekte Bezüge sowie Unterschiede in der Rechtsprechung aufzeigen (III.). Im weiteren Verlauf wird der methodische Ansatz des EuGH analysiert, insb. wie dieser die Praxis des EGMR rezipiert, um seine eigene Rechtsprechung zur richterlichen Unabhängigkeit zu formen und weiterzuentwickeln (IV.). Abschliessend werden die Erkenntnisse zusammengefasst und reflektiert (V.).

II. Rechtliche Grundlagen des Schutzes richterlicher Unabhängigkeit

A. EMRK

Die zentrale Bestimmung für den Schutz richterlicher Unabhängigkeit ist Art. 6 Abs. 1 EMRK, der das Recht auf ein faires Verfahren verankert und erfordert, dass Streitigkeiten von einem unabhängigen, unparteiischen und gesetzmässig errichteten Gericht beurteilt werden. Auf dieser Grundlage hat der EGMR Mindeststandards und eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt, wobei er den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK tendenziell weit auslegt.[13]

Obwohl Art. 6 Abs. 1 EMRK als subjektives Abwehrrecht gegenüber dem Staat konzipiert ist, eröffnet er Richterinnen und Richtern nicht die Möglichkeit, sich unmittelbar gegen staatliche Massnahmen zu wenden, die gegen sie selbst gerichtet sind.[14] Stattdessen müssen sich Justizangehörige auf andere Konventionsbestimmungen – etwa Art. 8, 10, 13 oder 18 EMRK – berufen, um gegen unrechtmässige Amtsenthebungen oder missbräuchliche disziplinarrechtliche Verfahren vorzugehen.[15] Somit ergibt sich der wirksame Schutz

---

13 Douglas-Scott (Fn. 2), 641; vertiefend dazu Harris David et al., Law of the European Convention on Human Rights, 5. A., Oxford 2023, 384 f. und 392. Angesichts des Umfangs der Rechtsprechung konzentriert sich die Analyse auf ausgewählte Kernaspekte richterlicher Unabhängigkeit, ohne alle Teilgehalte im Detail zu behandeln.

14 O'Neill (Fn. 1), 66 und 75 f.

15 Jelić Ivana/Kapetanakis Dimitrios, European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR, Hague Journal on the Rule of Law 2021, 45 ff., 62 ff. und 74, m.w.H.; Leloup Mathieu, Who Safeguards the Guardians? A Subjective Right of Judges to their Independence under Article

richterlicher Unabhängigkeit erst aus dem Zusammenwirken mehrerer Konventionsgarantien.

B. Unionsrecht

Im Unterschied zur EMRK ist die Unabhängigkeit im EU-Recht von dreifacher Bedeutung. Ursprünglich war das Unabhängigkeitskriterium lediglich eine von mehreren Voraussetzungen, die ein mitgliedstaatliches Gericht erfüllen musste, um nach Art. 267 AEUV eine Vorlagefrage einreichen zu können.[16] Um möglichst vielen Justizbehörden den Zugang zum Vorabentscheidungsverfahren zu ermöglichen, legte der Gerichtshof den Begriff der richterlichen Unabhängigkeit eher weit aus.[17]

Eine Änderung seines Ansatzes erfolgte erst angesichts der Rechtsstaatlichkeitsdefizite in mehreren europäischen Staaten. Die neuere Rechtsprechung des EuGH stützt sich nunmehr auf Art. 47 Abs. 2 GRCh und Art. 19 Abs. 1 EUV, wodurch die in Art. 2 EUV verankerte Rechtsstaatlichkeit zu einem gerichtlich durchsetzbaren Wert erhoben wurde.[18] Damit hat der Gerichtshof eine Zuständigkeit begründet, die es ihm ermöglicht, auch rein nationale Massnahmen, welche die richterliche Unabhängigkeit in den Mitgliedstaaten gefährden, zu beurteilen. Dies gilt unabhängig davon, ob und in welchem Zusammenhang die Mitgliedstaaten Unionsrecht gemäss Art. 51 Abs. 1 GRCh ausführen.[19]

6(1) ECHR, European Constitutional Law Review 2021, 394 ff., 400 f. und die dazugehörende Fn. 36, m.w.H.

16 Zur Entwicklung der Rechtsprechung zu den drei Bestimmungen siehe Mickonytė Aistė, Effects of the Rule-of-Law Crisis in the EU: Towards Centralization of the EU System of Judicial Protection, ZaöRV 2019, 815 ff., 816 f. und 824 ff.

17 Bonelli Matteo/Claes Monica, Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary, European Constitutional Law Review 2018, 622 ff., 638 f., m.w.H.; Torres Pérez Aida, From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2020, 105 ff., 109 f. Diese liberale Rechtsprechung des Gerichtshofs stiess insb. bei den Generalanwältinnen und -anwälten auf Kritik, siehe bspw. EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 28. Juni 2001 in der Rechtssache C-17/00, ECLI:EU:C:2001:366, Rz. 14 und 24.

18 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2018 in der Rechtssache C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Rz. 29 und 32; Bogdanowicz Piotr/Taborowski Maciej, How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience, European Constitutional Law Review 2020, 306 ff., 316 f.

19 Zum Ganzen des EuGH, C-64/16 (Fn. 18), Rz. 29 und 32. Ein Grossteil der Fachliteratur geht davon aus, dass dies erst seit dem Urteil in der Rs. *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* aus dem Jahr 2018 möglich ist, siehe beispielhaft Bogdanowicz/Taborowski (Fn. 18), 315; Bonelli/Claes (Fn. 17), 622 f.; Mickonytė (Fn. 16), 827 f. Es gibt jedoch auch kritische Stimmen, die den bahnbrechenden Charakter dieses Entscheids in Frage stellen. Für eine tiefergehende Analyse siehe Menzione Serena, Anything New under the Sun? An Exercise in

Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 1 EUV ist dabei im Lichte des Grundrechts auf ein unabhängiges Gericht gemäss Art. 47 Abs. 2 GRCh auszulegen.[20] Beide Bestimmungen erfassen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit in gleicher Weise, jedoch aus unterschiedlichen Perspektiven: Während Art. 47 Abs. 2 GRCh ein subjektives Recht begründet, verankert Art. 19 Abs. 1 EUV die Unabhängigkeit als objektives Rechtsprinzip.[21] Trotz bestehender Unterschiede zwischen den drei Vorschriften bemüht sich der Gerichtshof um eine einheitliche Auslegung, sodass das Unabhängigkeitserfordernis unionsweit in vergleichbarer Weise verstanden wird.[22]

Defence of the Reasoning of the CJEU in the ASJP Case, Review of European Administrative Law 2019, 219 ff., 220 und 225 ff.

20 Dabei ist anzumerken, dass Art. 47 Abs. 2 GRCh seinerseits in Übereinstimmung mit den Vorbildnormen des Art. 6 und 13 EMRK ausgelegt wird, vgl. Art. 52 Abs. 3 GRCh. Allerdings ist Art. 47 Abs. 2 GRCh nicht eine blosse Verankerung der genannten EMRK-Normen, sondern bietet einen weitreichenderen Schutz als die entsprechenden Rechte der EMRK, siehe hierzu Erläuterungen zur Charta der Grundrechte vom 12. Dezember 2007, ABl C 303 vom 14. Dezember 2007, 17 ff., 29 f. Vielmehr entspricht der Normgehalt der Bestimmung – zumindest in den Grundzügen – der Unabhängigkeitsvoraussetzung, die vom EuGH im Rahmen von Art. 267 AEUV entwickelt wurde, siehe dazu EuGH, Urteil vom 19. November 2019 in den verbundenen Rechtssachen C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 – A.K. (Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts), Rz. 117 und 121 ff.; Lock Tobias/Martin Denis, Art. 47 GRCh, in: Kellerbauer Manuel/Klamert Marcus/Tomkin Jonathan (Hrsg.), The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford 2019, Rz. 32.

21 Zum Ganzen EuGH, Urteil vom 24. Juni 2019 in der Rechtssache C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts), Rz. 71 ff.; EuGH, Urteil vom 20. April 2021 in der Rechtssache C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 – Repubblika, Rz. 45; umfassend dazu Bogdanowicz/Taborowski (Fn. 18), 317 ff.

22 EuGH, Urteil vom 21. Januar 2020 in der Rechtssache C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17 – Banco de Santander, Rz. 55 ff. Der Generalanwalt betonte die Notwendigkeit, die Unabhängigkeitsvoraussetzung nach Art. 267 AEUV im Einklang mit seiner neuen Rechtsprechung zu Art. 47 GRCh und Art. 19 EUV auszulegen, vgl. EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 1. Oktober 2019 in der Rechtssache C-274/14, ECLI:EU:C:2019:802, Rz. 15; weiterführend dazu Krajewski Michał/Ziółkowski Michał, EU judicial independence decentralized: A.K., Common Market Law Review 2020, 1107 ff., 1118 ff.

III. Vergleichende Analyse ausgewählter Fallbeispiele

A. Entscheidungsunabhängigkeit und Amtszeit der Richterinnen und Richter

1. Unabsetzbarkeit und Ruhestandsregelungen

Gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR ist eine feste Amtsdauer ein wesentliches Element richterlicher Unabhängigkeit, da sie einer potentiellen Einflussnahme der ernennenden Behörde entgegenwirkt, insb. wenn diese für eine mögliche Wiederernennung zuständig ist. Ebenso entscheidend ist, dass Richterinnen und Richter nicht der Gefahr einer willkürlichen Absetzung durch die Exekutive ausgesetzt sind.[23] In der Literatur wird zudem hervorgehoben, dass die vorzeitige Beendigung der richterlichen Tätigkeit an strenge und klar definierte Bedingungen gebunden sein sollte, auch wenn keine lebenslange Amtsdauer gefordert wird.[24] Reformen des Justizwesens, welche die Anpassung des Ruhestandsalters vorsehen, werden häufig als verdeckte Methoden zur vorzeitigen Entlassung des amtierenden Justizpersonals eingesetzt. Zwar steht es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, ihre Justizsysteme auszugestalten und Reformen vorzunehmen, sofern sie auf legitimen Gründen beruhen. Gleichwohl dürfen solche Massnahmen – besonders wenn sie das Eintreten in den Ruhestand betreffen – die Unabhängigkeit der Justiz nicht untergraben.[25]

Im Jahr 2018 trat in Polen eine Justizreform in Kraft, die das Ruhestandsalter der Richterinnen und Richter am Obersten Gerichtshof von 70 auf 65 Jahre senkte, was etwa 40% der damaligen Richterschaft zur vorzeitigen Pensionierung zwang.[26] Zugleich wurde dem polnischen Präsidenten die Befugnis ein-

23 Siehe zum Ganzen u.a. EGMR, Urteil vom 30. November 2010 in der Rechtssache 23614/08 – Henryk Urban and Ryszard Urban v. Polen, Rz. 45 und 53; EGMR, Urteil (Grosse Kammer) vom. 23 Juni 2016 in der Rechtssache 20261/12 – Baka v. Ungarn, Rz. 172; vgl. auch die Praxis der Venedig-Kommission, Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, Studie 494/2008 vom 16. März 2010, CDL-AD(2010)004, Rz. 38; Venedig-Kommission, Rule of Law Checklist, Studie Nr. 711/2013 vom 18. März 2016, CDL-AD(2016)007, Rz. 76.

24 Zum Ganzen Bustos Gisbert Rafael, Judicial Independence in European Constitutional Law, European Constitutional Law Review 2022, 591 ff., 604.

25 Piątek Wojciech, Die Herabsetzung des Ruhestandalters im Lichte des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit, NJ 2019, 423 ff.

26 Venedig-Kommission, Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, Gutachten Nr. 904/2017 vom 11. Dezember 2017, CDL-AD(2017)031, Rz. 46.

geräumt, die Amtszeiten einzelner Richterinnen und Richter nach eigenem Ermessen zu verlängern. Die Europäische Kommission sah darin einen Verstoss gegen Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh und leitete ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen ein.[27]

Der EuGH hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass Richterinnen und Richter bis zum Erreichen des gesetzlichen Ruhestandsalters oder bis zum Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses im Amt bleiben müssen. Eine vorzeitige Abberufung ist nur im Falle einer Pflichtverletzung oder dienstlichen Unfähigkeit zulässig, sofern triftige Gründe vorliegen und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist.[28] Reformen – etwa zur Herabsetzung des Ruhestandsalters – sind zwar grundsätzlich zulässig, müssen jedoch legitim begründet sein und dürfen nicht allein der willkürlichen Neubesetzung von Richterposten dienen.[29]

Polen konnte vor dem EuGH nicht nachweisen, dass die umstrittene Justizreform – insb. die Herabsetzung des Ruhestandsalters – durch legitime Ziele wie etwa die Förderung des juristischen Nachwuchses gerechtfertigt war. Folglich bewertete der EuGH die polnische Justizreform als unionsrechtswidrig.[30] In seiner Begründung stützte er sich u.a. auf das Gutachten 904/2017 der Venedig-Kommission, welches als Grundlage seiner Argumentation diente.[31] Darüber hinaus stellte der EuGH fest, dass die weitreichenden Befugnisse des Präsidenten dem Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit zuwiderlaufen.[32] Obwohl die Venedig-Kommission im selben Gutachten vor dem übermässigen Einfluss des Staatspräsidenten gewarnt hatte, verzichtete der EuGH in diesem Punkt auf eine direkte Bezugnahme auf die Kommission.[33] Dennoch gelangten beide Institutionen zu übereinstimmenden Ergebnissen, wobei der EuGH erkennbar von der Expertise der Venedig-Kommission profitieren konnte.

---

27 Zum Ganzen siehe EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 6 ff. und 26; Venedig-Kommission, Gutachten 904/2017 (Fn. 26), Rz. 44 ff.

28 EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 76 und 78 f.

29 EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 81 f.; ähnlich EGMR, Henryk Urban and Ryszard Urban v. Polen (Fn. 23), Rz. 53; EGMR, Baka v. Ungarn (Fn. 23), Rz. 172.

30 EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 90 und 97.

31 EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 82, bezugnehmend auf Venedig-Kommission, Gutachten 904/2017 (Fn. 26), Rz. 33 und 47. Zuvor bereits EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 11. April 2019 in der Rechtssache C-619/18, ECLI:EU:C:2019:325, Rz. 71 ff.

32 EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 118 und 124.

33 Venedig-Kommission, Gutachten 904/2017 (Fn. 26), Rz. 51. Dabei ist jedoch anzumerken, dass die Venedig-Kommission eine Gesamtbewertung der polnischen Justizreform vorgenommen hat, ohne sich nur auf die von der EU-Kommission gegen Polen erhobenen Rügen zu beschränken, siehe hierzu die Zusammenfassung in Rz. 130 des Gutachtens.

Der EuGH nahm zwar keinen ausdrücklichen Bezug auf den EGMR, seine Argumentation entspricht aber in wesentlichen Zügen der Rechtsprechung des EGMR zum Grundsatz der Unabsetzbarkeit von Richterinnen und Richter.[34] Für den EuGH kommt der öffentlichen Wahrnehmung richterlicher Unabhängigkeit besondere Bedeutung zu. Er prüft daher, inwieweit eine nationale Massnahme geeignet ist, bei den Rechtssuchenden begründete Zweifel an der Unabhängigkeit der Justiz zu erwecken.[35] Dieses Vorgehen ist stark an das vom EGMR entwickelte Konzept des Anscheins der Unabhängigkeit angelehnt.[36]

Im November 2019 bestätigte der EuGH in einem weiteren Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen, dass sowohl die Herabsetzung des Rentenalters für Richterinnen und Richter als auch die Möglichkeit ihrer Amtszeitverlängerung durch den Justizminister gegen den Grundsatz der Unabsetzbarkeit verstossen.[37] Diese Entscheidung spiegelt die Bedenken der Venedig-Kommission wider, da die Reform der gesetzgebenden und exekutiven Gewalt erlaubte, in gravierender Weise in die Justizverwaltung einzugreifen.[38] Überraschenderweise fand das Gutachten 904/2017 der Venedig-Kommission in diesem Urteil keine Erwähnung, obwohl es zuvor in der Rs. *Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts)* berücksichtigt worden war.[39] Auch die Praxis des EGMR wurde nicht erwähnt. Dennoch spielte die vom EGMR geprägte öffentliche Wahrnehmung der richterlichen Unabhängigkeit auch in diesem Verfahren eine entscheidende Rolle für die Urteilsfindung des EuGH.[40]

Die beiden Entscheidungen des EuGH zur Justizreform in Polen markieren eine deutliche Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung, insb. im Ver-

---

34 Der EGMR hat entschieden, dass Richterinnen und Richter nicht ohne deren Zustimmung vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden dürfen, vgl. EGMR, Urteil (Grosse Kammer) vom 9. Juni 1998 in der Rechtssache 22678/93 – Incal v. Türkei, Rz. 67.

35 EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 79, 111 und 118.

36 Vgl. dazu EGMR, Urteil (Grosse Kammer) vom 25. September 2018 in der Rechtssache 76639/11 – Denisov v. Ukraine, Rz. 61 und 63; EGMR, Urteil (Grosse Kammer) vom 6. November 2018 in der Rechtssache 55391/13, 57728/13, 74041/13 – Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, Rz. 149. Der Generalanwalt legte dem Gerichtshof nicht nur die EGMR-Rechtsprechung zur Bedeutung des öffentlichen Vertrauens in das Justizwesen vor, sondern verwies auch auf allgemeine Standards und Gutachten der Venedig-Kommission, vgl. dazu EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-619/18 (Fn. 31), Rz. 71 f.

37 EuGH, Urteil vom 5. November 2019 in der Rechtssache C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte), Rz. 122 und 124.

38 Venedig-Kommission, Gutachten 904/2017 (Fn. 26), Rz. 129.

39 Dieses wurde allerdings vom Generalanwalt mehrfach zitiert, vgl. dazu EuGH, des Generalanwalts vom 20. Juni 2019 in der Rechtssache C-192/18, ECLI:EU:C:2019:529, Rz. 109 und 112 f.

40 EuGH, C-192/18 (Fn. 37), Rz. 111 und 119. Der Generalanwalt verwies mehrfach auf die Praxis des EGMR, siehe dazu EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-192/18 (Fn. 39), Rz. 96, 106 und 111 f.

gleich zur Rs. *Kommission/Ungarn*. In diesem früheren Verfahren hatte der EuGH eine ungarische Regelung, die das Ruhestandsalter für Richterinnen und Richter auf 62 Jahre festlegte, lediglich unter dem Gesichtspunkt der Altersdiskriminierung beurteilt, ohne dabei auf die zentrale Frage der richterlichen Unabhängigkeit einzugehen.[41] Im Gegensatz dazu kritisierte die Venedig-Kommission die ungarische Justizreform unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit scharf und betonte, dass diese gegen das Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK verstosse.[42] Auch die Generalanwältin verwies in ihrer Stellungnahme auf die Rechtsprechung des EGMR und betonte, dass die ungarische Justizreform im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRCh bedenklich sei.[43] Diese Erwägungen fanden jedoch im Urteil des EuGH keine Beachtung.[44]

Der EGMR selbst befasste sich ebenfalls mit der ungarischen Justizreform. In seinem Urteil aus dem Jahr 2016 verurteilte er die vorzeitige Entlassung des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs Ungarns, ohne dass diese gerichtlich überprüft werden konnte. Diese Entscheidung hätte dem EuGH in den Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen als wertvolle Erkenntnisquelle dienen können, insb. angesichts der Tatsache, dass auch in Polen die betroffenen Richterinnen und Richter keine Möglichkeit hatten, den erzwungenen Eintritt in den Ruhestand gerichtlich anzufechten. Die Praxis des EGMR wurde jedoch nicht herangezogen, obwohl sich die rechtlichen Fragestellungen weitgehend ähnelten.[45]

Dieser Unterschied lässt sich möglicherweise darauf zurückführen, dass der EuGH den Fokus stärker auf die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz legt,

---

41 Bogdanowicz/Taborowski (Fn. 18), 307; vgl. jedoch Giegerich Thomas, Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten, ZEuS 2019, 61 ff., 95, der den Fortschritt als «zaghaft» bewertet, weil die Kommission ihre Klagen gegen Polen direkt auf eine Verletzung des Art. 2 EUV hätte stützen sollen.

42 Venedig-Kommission, Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts of Hungary, Gutachten Nr. 663/2012 vom 19. März 2012, CDL-AD(2012)001, Rz. 104 f., 111 ff. und 120.

43 EuGH, Stellungnahme der Generalanwältin vom 2. Oktober 2012 in der Rechtssache C-286/12, ECLI:EU:C:2012:602, Rz. 54 ff., verweisend auf EGMR, Urteil vom 28. Juni 1984 in der Rechtssache 7819/77, 7878/77 – Campbell and Fell v. Vereinigtes Königreich, Rz. 78 ff.

44 EuGH, Urteil vom 6. November 2012 in der Rechtssache C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687 – Kommission/Ungarn, Rz. 81. Der damalige Ansatz des EuGH stiess in der Literatur auf erhebliche Kritik, vgl. etwa Komanovics Adrienne, Hungary and the Luxembourg Court: The CJEU's Role in the Rule of Law Battlefield, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series 2022, 122 ff., 132.

45 EGMR, Baka v. Ungarn (Fn. 23), Rz. 120 ff. Zur fehlenden Möglichkeit der gerichtlichen Anfechtung der Zwangspensionierung siehe auch Venedig-Kommission, Gutachten 904/2017 (Fn. 26), Rz. 50.

während der EGMR den Fall der vorzeitigen Entlassung aus der Perspektive des Zugangs zum Gericht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie der Meinungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK analysierte. Selbst mit der richterlichen Unabhängigkeit als Leitmotiv blieb die Auseinandersetzung des EGMR damit eher oberflächlich, v.a. im Vergleich zu Art. 10 EMRK.[46] Demgegenüber stellte der EuGH fest, dass die polnischen Ruhestandsregelungen unmittelbar gegen Art. 19 EUV verstossen. Dies verdeutlicht, dass die Herangehensweise des EuGH in vergleichbaren Fällen einen umfassenderen Schutz bietet als die des EGMR.[47]

2. Schutz vor missbräuchlicher Disziplinierung

Um eine missbräuchliche Disziplinierung zu verhindern, hat der EuGH klare Richtlinien für den Einsatz von Disziplinarmassnahmen entwickelt, da es unerlässlich ist, Richterinnen und Richter vor jeglicher Form psychologischen oder institutionellen Drucks zu schützen.[48]

Im Jahr 2021 befasste sich der EuGH mit zwei grundlegenden Fällen, die das Spannungsverhältnis zwischen der Unabhängigkeit und der disziplinarrechtlichen Verantwortlichkeit von Richterinnen und Richtern betrafen. In der Rs. *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»* beantwortete er sechs Vorlagefragen zur Reform der zivil-, straf- und disziplinarrechtlichen Haftung von Magistratspersonen in Rumänien.[49] Kurz darauf prüfte der Gerichtshof in der Rs. *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges)* die Vereinbarkeit der neuen polnischen Disziplinarordnung mit Art. 19 EUV und Art. 267 AEUV.[50]

---

46 EGMR, Baka v. Ungarn (Fn. 23), Rz. 121 und 172, sowie die zustimmende Meinung des Richters Sicilianos, Rz. 6; LELOUP (Fn. 15), 402; VINCZE ATTILA, Dismissal of the President of the Hungarian Supreme Court: ECtHR Judgment Baka v. Hungary, European Public Law 2015, 445 ff., 449 ff.

47 Mit dem Entscheid *Pająk and Others v. Polen* aus dem Jahr 2023 wird deutlich, dass der EGMR seinen Ansatz nicht geändert hat. Trotz der gleichen Sachlage wie in der Rs. *Kommission/Polen (Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichte)* des EuGH hat der EGMR, gleich wie in dem Urteil *Baka v. Ungarn*, lediglich eine Verletzung des Rechts auf Zugang zum Gericht und eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts festgestellt. Die Unabhängigkeit spielte dabei nur eine nebensächliche Rolle, vgl. EGMR, Urteil vom 24. Oktober 2023 in der Rechtssache 25226/18, 25805/18, 8378/19, 43949/19 – Pająk and Others v. Polen, Rz. 197.

48 Beispielhaft EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 112.

49 Die vorliegende Analyse bezieht sich ausschliesslich auf die disziplinarische Haftung. Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der zivil- und strafrechtlichen Haftung von Richterinnen und Richter in derselben Rs. siehe KADLEC ONDŘEJ/KOSAŘ DAVID, Romanian version of the rule of law crisis comes to the ECJ: The AFJR case is not just about the Cooperation and Verification Mechanism, Common Market Law Review 2022, 1823 ff., 1845 ff.

50 Der EuGH hatte verschiedene Aspekte des polnischen Disziplinarregimes zu beurteilen, umfassend dazu SPIEKER LUKE DIMITROS, The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law: Commission v. Poland, Common Market Law Review 2022, 777 ff.

Der EuGH hielt dabei fest, dass der Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit Disziplinarverfahren zwar nicht gänzlich ausschliesst, jedoch klare rechtliche Vorlagen erfordert, um Missbräuche zu verhindern. Insb. müssen die untersagten Verhaltensweisen sowie die möglichen Sanktionen klar und präzise definiert werden und die Disziplinarinstanz muss selbst unabhängig sein. Zudem ist sicherzustellen, dass Entscheidungen der Disziplinarbehörde gerichtlich angefochten werden können. Disziplinarmassnahmen sind daher nur in Ausnahmefällen – etwa bei gravierendem Fehlverhalten, grober Fahrlässigkeit oder bösem Glauben – angebracht. Blosse Fehler bei der Rechtsauslegung, Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung rechtfertigen keine disziplinarrechtliche Haftung.[51]

Die Vorgaben des EuGH an die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit von Richterinnen und Richtern orientieren sich teilweise an der Praxis des EGMR, insb. bei der Notwendigkeit einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen nichtgerichtlicher Disziplinarorgane.[52] Die EuGH-Rechtsprechung zeichnet sich allerdings durch eine grössere Detailtiefe und spezifischere Anforderungen aus. Dennoch darf die Bedeutung des EGMR für die Entwicklung dieser unionsrechtlichen Standards nicht unterschätzt werden.[53]

Die Entscheidung darüber, ob die rumänischen Haftungsregelungen gegen EU-Recht verstossen, wurde in der Rs. *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»* den nationalen Gerichten überlassen. Anders verhielt es sich in der Rs. *Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges*), wo der Gerichtshof das polnische Disziplinarregime als unionsrechtswidrig einstufte, insb. deshalb, weil es disziplinarische Massnahmen für nahezu jede «Missachtung von Rechtsvorschriften» zuliess.[54] Obgleich die Venedig-Kommission zu einem ähnlichen Ergebnis gelangte und das hohe Missbrauchspotenzial des polnischen Regelwerks kritisierte, hatte sie keinen sichtbaren Einfluss auf das Urteil des EuGH.[55]

---

51 Zum Ganzen siehe EuGH, Urteil vom 18. Mai 2021 in den verbundenen Rechtssachen C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393 – Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România», Rz. 198, 229 f. und 233 f.; EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 in der Rechtssache C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges), Rz. 61, 134 und 136 ff.

52 EGMR, Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal (Fn. 36), Rz. 121 ff., 196 und 201 ff.; EGMR, Urteil vom 9. März 2021 in der Rechtssache 76521/12 – Eminağaoğlu v. Türkei, Rz. 97. Dies entspricht inhaltlich auch den Vorgaben der Venedig-Kommission, vgl. hierzu Venedig-Kommission, Studie 494/2008 (Fn. 23), Rz. 43.

53 Vgl. EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 83, wo die Rechtsprechung des EGMR zu Disziplinarmassnahmen zitiert wurde. Es ist jedoch auffällig, dass in der früher beurteilten Rs. *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»* keine direkte Bezugnahme auf den EGMR erfolgte.

54 EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 141 ff.

55 Venedig-Kommission, Poland – Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on

Beide Entscheidungen stehen im Einklang mit der etablierten Praxis des EuGH bezüglich der abschreckenden Wirkung disziplinarrechtlicher Verfahren auf Richterinnen und Richter.[56] Diese Problematik war bereits Gegenstand der Rs. *Miasto Łowicz*. Der EuGH sah sich damals mit zwei Vorabentscheidungsersuchen polnischer Richter konfrontiert, die eine disziplinarische Verfolgung befürchteten, falls sie in laufenden Verfahren zuungunsten des polnischen Staates entscheiden würden. Die beiden Vorlagegesuche wurden jedoch für unzulässig erklärt, da sie allgemeiner Natur waren und keine Auslegung des Unionsrechts betrafen.[57]

Obwohl der EuGH die vorgelegten Fragen zwar als unzulässig erachtete, führte er in einem ausführlichen *obiter dictum* aus, dass Richterinnen und Richter wegen der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nicht disziplinarisch belangt werden dürfen.[58] Diese Feststellung ist nicht neu, sondern bestätigt lediglich die bewährte Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach die richterliche Unabhängigkeit auch die Freiheit einschliesst, den EuGH bei Bedarf zu konsultieren und ihm Fragen zur Auslegung des Unionsrechts vorzulegen.[59] Besonders bemerkenswert ist jedoch die Warnung des EuGH, dass restriktive Disziplinarvorschriften – wie jene in Polen – einen abschreckenden Effekt (sog. «*chilling effect*» oder «*deterrent effect*») auf Richterinnen und Richter haben und sie dadurch vom Anrufen des EuGH abhalten können. Aufgrund dieser negativen Auswirkungen auf die richterliche Unabhängigkeit sind derartige Bestimmungen unzulässig.[60]

---

amendments to the Law on the Common courts, the Law on the Supreme court and some other Laws, Gutachten Nr. 977/2020 vom 22. Juni 2020, CDL-AD(2020)017, Rz. 44. Es ist anzumerken, dass der Generalanwalt dieses Gutachten in seinen Schlussanträgen zitiert, was nahelegt, dass dem EuGH die Position der Venedig-Kommission zumindest indirekt vermittelt wurde, vgl. dazu EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 6. Mai 2021 in der Rechtssache C-791/19, ECLI:EU:C:2021:366, Rz. 80.

56 EuGH, C-83/19 et al. (Fn. 51), Rz. 199; EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 157, 221, 229 und 233; KADLEC/KOSAŘ (Fn. 49), 1825 und 1845; SPIEKER (Fn. 50), 788.

57 EuGH, Urteil vom 26. März 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-558/18, C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234 – Miasto Łowicz, Rz. 48 ff. Siehe hierzu auch JELIĆ/KAPETANAKIS (Fn. 15), 61, die argumentieren, dass durch dieses Urteil der Zugang zum EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens eingeschränkt wurde.

58 EuGH, C-558/18, C-563/18 (Fn. 57), Rz. 58; PLATON SÉBASTIEN, Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence of national courts: Miasto Łowicz, Common Market Law Review 2020, 1843 ff., 1860.

59 EuGH, Urteil vom 5. Juli 2016 in der Rechtssache C-614/16, ECLI:EU:C:2016:514 – Ognyanov, Rz. 25; EuGH, Beschluss vom 12. Februar 2019 in der Rechtssache C-8/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:110 – RH, Rz. 47.

60 EuGH, C-558/18, C-563/18 (Fn. 57), Rz. 58. Die Entscheidung des Gerichts wird allerdings insofern kritisiert, dass die Zulässigkeit des Vorlagegesuchs hätte bejaht werden müssen, vgl. dazu die Ausführungen von PLATON (Fn. 58), 1849 ff., 1856 und 1862 ff.

Der «Abschreckungseffekt» und der damit verbundene psychologische Druck auf die Richterschaft erinnern an die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK.[61] Nach Auffassung des EGMR sind Schutzmassnahmen notwendig, um den missbräuchlichen Einsatz von Disziplinarverfahren zu unterbinden. Diese könnten andernfalls als Druckmittel dienen und damit die Entscheidungsfreiheit der betroffenen Richterinnen und Richter beeinträchtigen.[62] Im Unterschied zum EGMR verankert der EuGH diesen «Abschreckungseffekt» unmittelbar als Aspekt richterlicher Unabhängigkeit und nicht als Bestandteil des Rechts auf freie Meinungsäusserung. Dies entspricht der Ansicht der Venedig-Kommission, die weit gefasste Disziplinarordnungen als Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Justiz kritisiert.[63] Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Bezugnahme auf den EGMR oder die Venedig-Kommission ist deren Einfluss auf die Auslegung des EuGH unverkennbar.

In der Rs. *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»* konkretisierte der EuGH seine Rechtsprechung zum «Abschreckungseffekt» und stellte fest, dass bereits «die Aussicht auf die Einleitung einer Disziplinaruntersuchung als solche geeignet ist», die Urteilsfindung zu beeinflussen.[64] Somit kann nicht nur die Einleitung eines Disziplinarverfahrens, sondern schon die blosse Voruntersuchung, ob ein solches Verfahren angebracht sein könnte, eine abschreckende Wirkung haben.[65] Zu diesem Schluss gelangte der EuGH, indem er die Schlussanträge des Generalanwalts heranzog, der seinerseits auf die Rechtsprechung des EGMR verwiesen hatte.[66]

---

61 Siehe z.B. EGMR, Urteil vom 26. Februar 2009 in der Rechtssache 29492/05 – Kudeshkina v. Russland, Rz. 99 f.; EGMR, Baka v. Ungarn (Fn. 23), Rz. 167; so auch PLATON (Fn. 58), 1862, jedoch nur im Allgemeinen im Kontext des Medienrechts und ohne direkte Verweise auf Urteile des EGMR. Zum sog. *«chilling effect»* auf die Richterinnen und Richter in der Rechtsprechung des EGMR siehe weiterführend FAJDIGA MOHOR/ZAGORC SAŠA, Freedom or Feardom of Expression of Judges? Exploring the 'Chilling Effect' on Judicial Speech, European Constitutional Law Review 2023, 249 ff.

62 EGMR, Urteil vom 6. Juli 2023 in der Rechtssache 21181/19, 51751/20 – Tuleya v. Polen, Rz. 536.

63 Vgl. Venedig-Kommission, Gutachten 663/2012 (Fn. 42), Rz. 115; Venedig-Kommission, Gutachten 977/2020 (Fn. 55), Rz. 26 f.

64 KRAJEWSKI MICHAŁ, The EU Right to an Independent Judge: How Much Consensus Across the EU?, in: Gentile Giulia/Eliantonio Mariolina/Bonelli Matteo (Hrsg.), Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection, London 2022, 61 ff., 73; EuGH, C-83/19 et al. (Fn. 51), Rz. 199.

65 KADLEC/KOSAŘ (Fn. 49), 1846.

66 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23. September 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-83/19, C-127/19, C-195/19, ECLI:EU:C:2020:746, Rz. 268, mit Bezug auf EGMR, Urteil vom 9. Februar 2012 in der Rechtssache 42856/06 – Kinský v. Tschechische Republik, Rz. 97 ff.

B. Ernennung von Richterinnen und Richter und Zusammensetzung der Spruchkörper

Im Schrifttum ist anerkannt, dass die grundsätzliche Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit von Magistratspersonen sowie der Schutz vor missbräuchlicher Disziplinierung ihre Entscheidungsfreiheit nach dem Amtsantritt sichern.[67] Umso wichtiger ist ein unabhängiges Ernennungsverfahren, welches darauf abzielt, die Auswahl von fachlich ungeeigneten, voreingenommenen und regierungstreuen Richterinnen und Richter zu verhindern.[68] Obwohl spezifische Ernennungsmodelle unionsrechtlich nicht vorgeschrieben sind und den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum bleibt, können Unregelmässigkeiten im Ernennungsprozess die Unabhängigkeit der Justiz erheblich gefährden.[69]

In der Rs. A.K. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts*) befasste sich der EuGH mit der in Polen neu etablierten Disziplinarkammer für Richterinnen und Richter. Das vorlegende Gericht äusserte dabei «ernste Zweifel» an der Fähigkeit der Kammer und ihrer Mitglieder, die notwendige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sicherzustellen.[70]

Bevor der EuGH auf die Bedenken des vorlegenden Gerichts einging, stellte er klar, dass die Ernennung von Richterinnen und Richter durch die Legislative oder Exekutive deren Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit nicht automatisch untergräbt. Allerdings dürfen diese nach ihrem Amtseintritt «keinem Druck ausgesetzt» sein und «keinen Weisungen unterliegen».[71] Entscheidend ist dabei der «Anschein» richterlicher Unabhängigkeit in den Augen der Rechtssuchenden.[72] Dieses Kriterium steht im Einklang mit der Rechtsprechung des

---

67 Vilaras Michail, The Rule of Law Milestone: Upholding Judicial Independence in the Member States under Union Law, in: Spano Robert et al. (Hrsg.), Fair Trial: Regional and International Perspectives, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Limal 2020, 709 ff., 721; Bustos Gisbert (Fn. 24), 607.

68 Krajewski (Fn. 64), 74; siehe zudem auch Venedig-Kommission, Judicial Appointments, Gutachten Nr. 403/2006 vom 23. Juni 2007, CDL-AD(2007)028, Rz. 4 ff.

69 Bustos Gisbert (Fn. 24), 603.

70 EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 40 und 131; für eine Zusammenfassung vgl. Krajewski/Ziółkowski (Fn. 22), 1112.

71 EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 133; bestätigt in EuGH, C-896/19 (Fn. 21), Rz. 56; EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2021 in den verbundenen Rechtssachen C-357/19, C-379/19, C547/19, C-811/19, C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034 – Euro Box Promotion u.a., Rz. 233.

72 EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 123, 127 f. (mit Bezug auf den EGMR), 134, 153 und 171; siehe z.B. EGMR, Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal (Fn. 36), Rz. 144 f., 147 und 149; vgl. bereits die Ausführungen in III.A.1.

EGMR, auf die sich der EuGH in seinen Erwägungen ausdrücklich berief.[73] Beide Gerichte akzeptieren somit unterschiedliche Ernennungsmodelle, solange die gerichtliche Überprüfung des Ernennungsverfahrens gewährleistet ist.[74]

Der Generalanwalt regte an, klare Standards für richterliche Ernennungen zu definieren.[75] Obwohl er Zweifel an der Unabhängigkeit der polnischen Disziplinarkammer äusserte, ging der EuGH nicht direkt auf ihre Konformität mit dem Unionsrecht ein.[76] Stattdessen stellte er dem vorlegenden Gericht lediglich die notwendigen Auslegungselemente zur Verfügung, um diese Entscheidung treffen zu können.[77]

Diese Entscheidung verdeutlicht den erheblichen Einfluss des EGMR auf den EuGH, der die Argumentation des Strassburger Gerichtshofs ausführlich und systematisch heranzog, um den Wesensgehalt von Art. 47 GRCh zu konkretisieren.[78] Das führt im Ergebnis zu einer zunehmenden Harmonisierung in der Auslegung der unions- und konventionsrechtlichen Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass der EuGH mit dem Urteil in der Rs. A.K. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts*) seine Rechtsprechung zur richterlichen Unabhängigkeit nicht grundlegend erweitert hat. Stattdessen hat er auf etablierte Grundsätze und die Rechtsprechung des EGMR zurückgegriffen.[79] Dennoch stellt das Urteil einen bedeuten-

---

73 EGMR, Campbell and Fell v. Vereinigtes Königreich (Fn. 43), Rz. 79; EGMR, Urteil vom 18. Oktober 2018 in der Rechtssache 80018/12 – Thiam v. Frankreich, Rz. 80, m.w.H.; EGMR, Urteil (Grosse Kammer) vom 1. Dezember 2020 in der Rechtssache 26374/18 – Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island, Rz. 207, m.w.H.

74 EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 145; EGMR, Thiam v. Frankreich (Fn. 73), Rz. 25, 74 f. und 81; dazu weiterführend Krajewski (Fn. 64), 75.

75 EuGH, Schlussanträge vom 27. Juni 2019 in den verbundenen Rechtssachen C-585/18, C-624/18, C-625/18, ECLI:EU:C:2019:551, Rz. 124 ff. und 157. Der Generalanwalt zitierte die Rechtsprechung des EGMR ausführlich, siehe bspw. Rz. 119 ff. Verweise auf Rechtsakte der Venedig-Kommission sind ebenfalls häufig, vgl. Rz. 126 und 134 ff.

76 EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 142. Obwohl nicht direkt auf die Venedig-Kommission Bezug genommen wurde, spiegeln diese Zweifel die Bedenken wider, die zuvor von der Kommission geäussert wurden, siehe dazu Venedig-Kommission, Gutachten 904/2017 (Fn. 26), Rz. 43 und 130.

77 EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 131 ff., 143 ff., 153 und 171. In einem nachfolgenden Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen hat der EuGH entschieden, dass die Disziplinarkammer des Obersten Gerichts die Anforderungen an Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und gesetzmässiger Errichtung nicht erfüllt, vgl. hierzu EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 235.

78 EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 126 ff.

79 Krajewski/Ziółkowski (Fn. 22), 1126 f. Die vom EuGH zitierte Rechtsprechung beschränkt sich im Wesentlichen auf grundlegende Konzepte, die der EGMR zu Art. 6 EMRK formuliert hat.

den Meilenstein dar – insb. im Hinblick auf die Interaktion zwischen den beiden europäischen Gerichten – und dient seither als grundlegende Referenz für die jüngere Rechtsprechung des EuGH, darunter auch das Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen in der Rs. *Kommission/Polen (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle)*.[80]

Während der EuGH in seinem Urteil in der Rs. A.K. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts*) davon abgesehen hatte, eine klare und definitive Aussage zur Unabhängigkeit der Disziplinarkammer zu treffen, war er in dem von der Europäischen Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen gehalten, eine solche Prüfung in Bezug auf den polnischen Verfassungsgerichtshof vorzunehmen. Dem Urteil kommt besondere Bedeutung zu, weil der EGMR bereits im Fall *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen* entschieden hatte, dass das polnische Verfassungsgericht in seiner gegenwärtigen Zusammensetzung die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht erfüllt.[81] Beiden Urteilen lag derselbe Sachverhalt zugrunde, nämlich die unregelmässige Ernennung von Richterinnen und Richtern sowie der Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs zwischen 2015 und 2016.[82] Der EuGH kam zu demselben Ergebnis wie der EGMR und stellte – unter Verweis auf das vorangegangene Urteil des EGMR – fest, dass die Zusammensetzung des polnischen Verfassungsgerichtshofs sowie die Ernennung der Gerichtspräsidentin gegen Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 GRCh verstossen.[83] Damit scheint der EuGH hinsichtlich der Anforderungen an die Zusammensetzung der Richterbank nicht zwischen «ordentlichen» Gerichten und Verfassungsgerichten zu differenzieren.

---

80 Vgl. z.B. EuGH, C-896/19 (Fn. 21), Rz. 54 ff. und 65 f.; EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798 – W.Ż., Rz. 148.

81 EGMR, Urteil vom 7. Mai 2021 in der Rechtssache 4907/18 – Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen, Rz. 291. Die grundlegende Bedeutung dieses Urteils wird in der Fachliteratur hervorgehoben, vgl. hierzu Leloup Mathieu, The ECtHR Steps into the Ring: The Xero Flor ruling as the ECtHR's first step in fighting rule of law backsliding, Verfassungsblog, 10. Oktober 2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/the-ecthr-steps-into-the-ring>, der das Urteil wie folgt kommentiert: *«Yet, with its Xero Flor judgment of 7 May, it strapped on its gloves, stepped into the ring, and boy did it strike».*

82 EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2025 in der Rechtssache C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975 – Kommission/Polen (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle), Rz. 239. Die Europäische Kommission hat zwei weitere Rügen im Zusammenhang mit dem Vorrang des Unionsrechts erhoben, siehe dazu Sadurski Wojciech, The CJEU Versus the Constitutional Tribunal in Poland: On the CJEU's Judgment in Case C-448/23 (European Commission v. Republic of Poland), Verfassungsblog, 20. Dezember 2025, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/the-cjeu-versus-the-constitutional-tribunal-in-poland>.

83 EuGH, C-448/23 (Fn. 82), Rz. 270 bis 273, 276 und 294.

Nicht alle Entscheidungen zu richterlichen Ernennungen ergingen im Zusammenhang mit der sog. «Rechtsstaatlichkeitskrise» in verschiedenen europäischen Staaten. In der Rs. *Réexamen Simpson/Rat* setzte sich der EuGH mit der jüngsten Rechtsprechung des EGMR zum Anspruch auf ein gesetzlich errichtetes Gericht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auseinander. Gegenstand des Verfahrens war die Überprüfung einer angeblich fehlerhaften Zusammensetzung eines Spruchkörpers des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Union.[84] Der EuGH befand, dass Unregelmässigkeiten im Ernennungsverfahren von Richterinnen und Richter einen Verstoss gegen Art. 47 Abs. 2 GRCh darstellen können, besonders wenn sie das Risiko einer Beeinflussung durch andere Staatsgewalten bergen.[85] Der EuGH orientierte sich hierbei am Entscheid des EGMR im Fall *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island*.[86]

Interessanterweise unterscheiden sich der EuGH und der EGMR in ihrer Beurteilung solcher Unregelmässigkeiten. Der EuGH führt eine umfassende Prüfung aller drei Anforderungen des Art. 47 Abs. 2 GRCh durch, anstatt sich ausschliesslich auf die gesetzmässige Errichtung des Gerichts zu beschränken.[87] Der EGMR hingegen konzentriert sich auf das Recht auf ein gesetzlich etabliertes Gericht und verzichtet auf eine gesonderte Prüfung der beiden anderen Teilgehalte des Art. 6 Abs. 1 EMRK.[88]

Der EuGH wendet seine eigenen Kriterien jedoch nicht konsequent an. So hielt er in einem jüngeren Entscheid in der Rs. *Daka* fest, dass Richterinnen und Richter, deren Ernennung gegen Art. 19 Abs. 1 EUV verstösst, weiterhin administrative Aufgaben innerhalb des Gerichts wahrnehmen dürfen. Dazu gehört etwa die Befugnis, Richterinnen und Richter vorübergehend an andere

---

84 Pech Laurent, Art. 47 GRCh, in: Peers Steve et al. (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, 2. A., Oxford/Baden-Baden/München 2021, Rz. 47.313.

85 EuGH, Urteil vom 26. März 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-542/18 RX-II, C-543/18 RX-II, ECLI:EU:C:2020:232 – Réexamen Simpson/Rat, Rz. 73 ff.

86 Vgl. EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 235, 243 ff. und insb. 247. Der EuGH zitierte lediglich das Urteil der Kammer, da die Entscheidung der Grossen Kammer des EGMR erst Monate später ergangen ist, siehe hierzu EuGH, C-542/18 RX-II, C-543/18 RX-II (Fn. 85), Rz. 74. Die Grosse Kammer des EGMR hat dabei den von der Kammer entwickelten Prüfprogramm lediglich konkretisiert, vgl. EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 242 f.

87 EuGH, C-542/18 RX-II, C-543/18 RX-II (Fn. 85), Rz. 79; EuGH, C-487/19 (Fn. 80), Rz. 131; EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 167 ff.; zu dieser Erkenntnis siehe weiterführend Smulders Ben, Increasing convergence between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union in their recent case law on judicial independence: The case of irregular judicial appointments, Common Market Law Review 2022, 105 ff., 116 ff.

88 Siehe z.B. EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 295; EGMR, Urteil vom 22. Juli 2021 in der Rechtssache 43447/19 – Reczkowicz v. Polen, Rz. 284; EGMR, Urteil vom 8. November 2021 in der Rechtssache 49868/19 – Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polen, Rz. 357.

Spruchkammern zu versetzen oder über die Zuteilung von Verfahren zu entscheiden, selbst wenn dies zu einer erhöhten Arbeitsbelastung der betroffenen Personen führt. Der Gerichtshof begründet diese – höchst bedenkliche – Auslegung von Art. 19 Abs. 1 EUV im konkreten Fall damit, dass diese Massnahmen nicht geeignet sind, richterliche Entscheidungen zu beeinflussen, weil die besagten Richterinnen und Richter in ihrer administrativen Rolle nicht an der Urteilsfindung mitwirken und sich die getroffenen organisatorischen Entscheidungen innerhalb des rechtlichen Rahmens der internen Gerichtsverwaltung bewegen.[89]

Auch im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, die von unregelmässig besetzten Gerichten eigereicht werden, erscheint der Ansatz des Gerichtshofs fragwürdig. Die Rs. *Getin Noble Bank* betraf mehrere Vorlagefragen eines neu ernannten Richters der Zivilkammer des Obersten Gerichts in Polen. Der polnische Bürgerbeauftragte beantragte, das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig zu erklären, weil das anfragende Gericht wegen schwerwiegender Mängel bei der Ernennung des besagten Richters die Anforderungen an Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und gesetzliche Errichtung nicht erfülle.[90] Der EGMR hatte nur zwei Monate vorher im Fall *Advance Pharma Sp. z o.o. v. Polen* entschieden, dass die Ernennung bestimmter Richter der Zivilkammer des Obersten Gerichtshofs polnisches Recht verletze.[91] Diese Feststellung ist insofern relevant, weil einer dieser unrechtmässig ernannten Richter das Vorabentscheidungsersuchen in der Rs. *Getin Noble Bank* eingereicht hatte.[92]

Trotzdem nahm der EuGH die Vorlage an, ohne die Rechtmässigkeit der Ernennung des anfragenden Richters eingehend zu überprüfen. Er ging vielmehr von der Vermutung aus, dass das nationale Gericht «unabhängig von seiner konkreten Zusammensetzung» die Anforderung der Unabhängigkeit erfüllt

---

89 Zum Ganzen siehe EuGH, Urteil vom 1. August 2025 in den verbundenen Rechtssachen C-422/23, C-455/23, C-459/23, C-486/23, C-493/23, ECLI:EU:C:2025:592 – Daka, Rz. 86 ff., 98 und insb. 100.

90 EuGH, Urteil vom 29. März 2022 in der Rechtssache C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235 – Getin Noble Bank, Rz. 61 ff.; EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 8. Juli 2021 in der Rechtssache C-132/20, ECLI:EU:C:2021:557, Rz. 44; zu den Umständen der Ernennung des betreffenden Richters vgl. Filipek Paweł, Drifting Case-law on Judicial Independence: A Double Standard as to What Is a 'Court' Under EU Law? (CJEU Ruling in C-132/20 Getin Noble Bank), Verfassungsblog, 13. Mai 2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/drifting-case-law-on-judicial-independence>.

91 EGMR, Urteil vom 3. Februar 2022 in der Rechtssache 1469/20 – Advance Pharma Sp. z o.o. v. Polen, Rz. 349.

92 Kochenov Dimitry V./Bárd Petra, Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe, Journal of Common Market Studies 2022, 150 ff., 153 f.; vgl. auch Filipek (Fn. 90); Smulders (Fn. 87), 125.

und somit zur Vorlage berechtigt ist.[93] Zugleich eröffnete der Gerichtshof die Möglichkeit, diese Vermutung durch einen rechtskräftigen Entscheid einer nationalen oder internationalen Gerichtsinstanz zu widerlegen.[94]

Der EuGH hat sich von der Praxis des EGMR dadurch abgegrenzt, dass er ausdrücklich davon abgesehen hat, die Rechtmässigkeit der Zusammensetzung des entscheidenden Spruchkörpers zu beurteilen.[95] Weiterhin zeichnet sich ab, dass der EuGH zwischen dem Begriff des «Gerichts» i.S.v. Art. 267 AEUV und jenem nach Art. 19 Abs. 1 EUV sowie Art. 47 Abs. 2 GRCh unterscheidet.[96] Diese Differenzierung wirft Fragen auf, insb. vor dem Hintergrund, dass der EuGH in dem Urteil der Rs. *Banco de Santander* angekündigt hat, die Standards der richterlichen Unabhängigkeit im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens anzuheben. Damals war der Gerichtshof noch bemüht, seine Rechtsprechung zu Art. 267 AEUV mit jener zu Art. 19 EUV – und damit auch zu Art. 47 GRCh – zu harmonisieren.[97]

Es liegt auf der Hand, dass der EuGH in der Rs. *Getin Noble Bank* die Prüfung der Unabhängigkeit der vorlegenden Instanz vermeiden wollte, indem er diese Zuständigkeit entweder an ein nationales oder internationales Gericht delegierte. Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof das nur zwei Monate zuvor ergangene Urteil des EGMR in der Sache *Advance Pharma Sp. z o.o. v. Polen* nicht berücksichtigt hat, um die Vermutung der Zulässigkeit des Vorlagegesuchs zu widerlegen. Als Begründung führte er an, er sei zum Zeitpunkt des Abschlusses des mündlichen Verfahrens über den Entscheid des EGMR nicht informiert gewesen.[98] Nichtsdestotrotz hätte ihn nichts daran gehindert,

---

93 EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 69. Der EuGH hat eine solche Vermutung zum ersten Mal im Vorabentscheidungsverfahren angewendet, siehe dazu Grabowska-Moroz Barbara, Judicial dialogue about judicial independence in times of rule of law backsliding: Getin Noble Bank, Common Market Law Review 2023, 797 ff.

94 EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 72 f.

95 EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 67 und 70; vgl. ferner EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 59, in denen der Generalanwalt ein solches Vorgehen als «nicht vernünftig» bezeichnet; bzgl. der Praxis zu Art. 6 EMRK siehe EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 213.

96 EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 70 f. Im Gegensatz zum Gerichtshof bestätigte der Generalanwalt diese Unterscheidung ausdrücklich in seinen Schlussanträgen, dazu EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 59 ff.

97 EuGH, C-274/14 (Fn. 22), Rz. 55 f.; EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-274/14 (Fn. 22), Rz. 15; Bogdanowicz Piotr/Taborowski Maciej, The independence criterion for national courts in the preliminary reference procedure after Banco de Santander: Still the joker in the deck?, Common Market Law Review 2023, 763 ff., 784.

98 EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 73; vgl. Smulders (Fn. 87), 126, der behauptet, dass der EuGH das Vorlagegesuch für unzulässig erklärt hätte, wäre ihm das Urteil des EGMR bekannt gewesen.

das Urteil des EGMR in seine Entscheidungsfindung einzubeziehen.[99] Trotz der Möglichkeit, das Verfahren vor Urteilsverkündung wiederzueröffnen, entschied sich der EuGH bewusst dazu, den rechtlichen Dialog mit dem unregelmässig besetzten polnischen Gericht aufrechtzuerhalten.[100] Dies kann allerdings zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, insb. dann, wenn die Vermutung nicht widerlegt werden kann.[101]

Nachdem der EuGH in nachfolgenden Entscheidungen die Zulässigkeit der Vorlagegesuche weiterhin angenommen hatte, gelang es ihm in einem jüngeren Urteil, diese Vermutung zu widerlegen.[102] In der Rs. *Krajowa Rada Sądownictwa* (*Maintien en fonctions d'un juge*) stellte der Gerichtshof fest, dass der anfragende Spruchkörper – die Kammer für ausserordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichtshofs Polen – nicht als «Gericht» i.S.v. Art. 267 AEUV gelte. Dazu nahm er auf das Urteil *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polen* des EGMR Bezug.[103] Zu den Rechtsfolgen dieser Feststellung äusserte sich der Gerichtshof nicht, sondern erklärte lediglich das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig. Der EuGH hatte jedoch bereits in der Rs. W.Ż. klargestellt, dass Entscheidungen solcher unrechtmässig zusammengesetzter Spruchkörper keine Rechtswirkungen entfalten und andere nationale Gerichte nicht binden. Solche Urteile sind daher unbeachtlich, ohne dass sie formell aufgehoben werden müssten.[104]

---

99 Der EuGH wird in der Literatur kritisiert, dass er im materiellen Teil des Entscheids das Urteil *Reczkowicz v. Polen* des EGMR zitierte, obwohl auch dieses zum Zeitpunkt des Abschlusses des mündlichen Verfahrens noch nicht rechtskräftig war, siehe EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 128; dazu Filipek (Fn. 90); Bogdanowicz/Taborowski (Fn. 97), 785 und die dazugehörende Fn. 134.

100 Art. 83 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25. September 2012, ABl L 265 vom 29. September 2012, 1 ff.; zum Ganzen siehe Grabowska-Moroz (Fn. 93), 809; Filipek (Fn. 90). Der EuGH betonte jedoch die grundlegende Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens, siehe EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 71. Der Generalanwalt hob ebenfalls den wichtigen Wert des fortlaufenden Dialogs hervor, vgl. EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 65 ff.

101 Siehe hierzu die bereits besprochene Entscheidung des EuGH, C-422/23 et al. (Fn. 89), Rz. 57 f.

102 EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2022 in der Rechtssache C-698/20, ECLI:EU:C:2022:787 – Gmina Wieliszew, Rz. 60; EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2022 in der Rechtssache C-355/21, ECLI:EU:C:2022:791 – Perfumesco.pl, Rz. 35.

103 EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023 in der Rechtssache C-718/21, ECLI:EU:C:2023:1015 – Krajowa Rada Sądownictwa (Maintien en fonctions d'un juge), Rz. 45 ff., 58 und 78. Der Gerichtshof hat die unrechtmässige Zusammensetzung verschiedener Spruchkörper des Obersten Gerichtshofs Polen in jüngeren Entscheiden bestätigt, vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 7. November 2024 in der Rechtssache C-326/23, ECLI:EU:C:2024:940 – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Rz. 37. Dazu weiterführend Stambulski Michał, Schrödinger's Judges: Challenges to the Rule of Law Restoration in Poland, Verfassungsblog, 19. Dezember 2024, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/schrodingers-judges>.

104 Zum Ganzen vgl. EuGH, C-487/19 (Fn. 80), Rz. 155 ff. und insb. 159; bestätigt hinsichtlich der unrechtmässig zusammengesetzten Kammer für ausserordentliche Überprüfung und

C. Synthese und Bewertung

Die analysierten Entscheidungen verdeutlichen die weitgehende Übereinstimmung zwischen der Rechtsprechung des EuGH und jener des EGMR.[105] Kernaspekte richterlicher Unabhängigkeit, die ursprünglich vom EGMR entwickelt wurden, haben Eingang in die Rechtsprechung des EuGH gefunden und zeigen die «*symbiotische Beziehung*» zwischen den beiden Gerichten auf.[106] Der EuGH erfüllt damit seine Verpflichtung nach Art. 52 Abs. 3 GRCh, ein mit der EMRK vergleichbares Schutzniveau zu gewährleisten.[107]

Gleichwohl werden vergleichbare Rechtsfragen vom EuGH und dem EGMR nicht immer deckungsgleich beurteilt. Mitunter fehlt es an einer gefestigten Rechtsprechung des EGMR zu bestimmten Fragen, mit denen sich der EuGH auseinanderzusetzen hat. Zudem bietet die Auslegung der verschiedenen unionsrechtlichen Bestimmungen durch den EuGH in einigen Fällen einen weiterreichenderen Schutz als die entsprechenden Garantien der EMRK, sodass eine strikte Anlehnung an die Praxis des EGMR nicht in jedem Fall sinnvoll erscheint. Dies zeigt sich etwa bei der Frage der Herabsetzung des Pensionsalters: Während der EGMR den Fokus auf das Recht auf Zugang zum Gericht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK legt, bewertet der EuGH dieselbe Problematik unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Unabhängigkeit.[108] Ein ähnliches Bild ergibt sich bei Disziplinarverfahren, bei denen der EGMR den Abschreckungseffekt als Bestandteil der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) versteht, während der EuGH ihn als Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit einstuft.[109]

Diese Divergenz mag u.a. darauf zurückzuführen sein, dass der EGMR kein eigenständiges subjektives Recht der Richterinnen und Richter auf Wahrung ih-

öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichtshofs Polens in EuGH, Urteil vom 4. September 2025 in der Rechtssache C-225/22, ECLI:EU:C:2025:649 – AW «T», Rz. 55 f., 64 ff. und insb. 69.

105 Die Rechtsprechung des EuGH stimmt mit den Gutachten der Venedig-Kommission grundsätzlich überein, auch wenn deren Einfluss darauf deutlich geringer ist als jener des EGMR.

106 Spano Robert, The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary, European Law Journal 2021, 211 ff., 223; vgl. jedoch Jelić/Kapetanakis (Fn. 15), 58, die darauf hinweisen, dass die Ansätze beider Gerichtshöfe nicht innovativ sind.

107 Vgl. in dieser Hinsicht EuGH, C-487/19 (Fn. 80), Rz. 123 f.

108 Siehe dazu bspw. EGMR, Baka v. Ungarn (Fn. 23), Rz. 100 ff.; EGMR, Tuleya v. Polen (Fn. 62), Rz. 245 ff.; im Vergleich dazu EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 32 ff.; EuGH, C-192/18 (Fn. 37), Rz. 85 ff.

109 EGMR, Eminağaoğlu v. Türkei (Fn. 52), Rz. 124; im Gegensatz dazu vgl. z.B. EuGH, C-558/18, C-563/18 (Fn. 57), Rz. 58 f.

rer Unabhängigkeit anerkennt.[110] Obwohl der EuGH einen solchen Anspruch unter Art. 47 Abs. 2 GRCh ebenfalls nicht explizit bejaht, ermöglicht das Vorabentscheidungsverfahren den nationalen Richterinnen und Richtern, sich unmittelbar an den EuGH zu wenden.[111] Der daraus resultierende Schutz ergibt sich weniger aus der Durchsetzung eines spezifischen Grundrechts, sondern aus der besonderen institutionellen Rolle der nationalen Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren. Als integraler Bestandteil der Unionsgerichtsbarkeit müssen sie zwangsläufig unabhängig sein, um einen Dialog mit dem EuGH führen zu können.[112]

Bezüglich der Prüfungsdichte zeigen sich sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede zwischen den Gerichten. Beide Instanzen beurteilen, ob die Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit im jeweiligen Fall erfüllt sind, wobei das Gesamtbild ausschlaggebend ist.[113] Zwar hat der EuGH umfangreiche Kriterien zur Beurteilung der Unabhängigkeit nationaler Justizbehörden entwickelt, er prüft jedoch nicht vollumfänglich, inwiefern Mitgliedstaaten diese Anforderungen tatsächlich beachten.[114] Diese Kriterien dienen vielmehr als Hilfsmittel, um festzustellen, ob bei den Rechtssuchenden berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der betroffenen Institution bestehen könnten.[115] Der EGMR hingegen nimmt eine präzisere und weitreichendere Analyse vor, die über den blossen Anschein der Unabhängigkeit hinausgeht.[116] Er wendet die von ihm entwickelten Bewertungskrite-

---

110 Leloup (Fn. 15), 399; Tsampi Aikaterini, Separation of Powers and the Right to a Fair Trial under Article 6 ECHR: Empowering the Independence of the Judiciary in the Subsidiarity Epoch, in: Spano Robert et al. (Hrsg.), Fair Trial: Regional and International Perspectives, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Limal 2020, 693 ff., 706; siehe zudem EGMR, Baka v. Ungarn (Fn. 23), zustimmende Meinung des Richters Sicilianos, Rz. 13 ff.

111 O'Neill (Fn. 1), 75; Bustos Gisbert (Fn. 24), 612.

112 Leloup (Fn. 15), 412; Komanovics (Fn. 44), 148; Lenaerts Koen, The Two Dimensions of Judicial Independence in the EU Legal Order, in: Spano Robert et al. (Hrsg.), Fair Trial: Regional and International Perspectives, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Limal 2020, 333 ff., 335 und 348, mit der Bemerkung, dass der EuGH die richterliche Unabhängigkeit nicht aus einer Grundrechtsperspektive, sondern vorrangig unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit schützt.

113 EGMR, Baka v. Ungarn (Fn. 23), Rz. 143 ff.; EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 215; EGMR, Reczkowicz v. Polen (Fn. 88), Rz. 235; EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 88 ff.; EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-83/19, C-127/19, C-195/19 (Fn. 66), Rz. 242; EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 100.

114 Grabowska-Moroz (Fn. 93), 806; Krajewski/Ziólkowski (Fn. 22), 1123 ff.

115 Siehe z.B. EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 110; EuGH, C-357/19 et al. (Fn. 71), Rz. 206, 225, 234, 237 und 240 f.

116 Der Anschein der Unabhängigkeit ist lediglich einer von vielen Aspekten, die der Gerichtshof prüft, vgl. dazu EGMR, Denisov v. Ukraine (Fn. 36), Rz. 63; EGMR, Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal (Fn. 36), Rz. 149.

rien sorgfältig an und unterzieht die betroffene nationale Gerichtsinstanz einer umfassenden Prüfung.[117]

Deutlich wird zudem, dass die Prüfungsdichte des EuGH massgeblich durch die jeweilige Verfahrensart bestimmt wird. Im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens äussert sich der Gerichtshof – ähnlich wie der EGMR – eindeutig zur Frage, ob ein Mitgliedstaat gegen Art. 19 Abs. 1 EUV oder Art. 47 Abs. 2 GRCh verstossen hat.[118] Auch die Venedig-Kommission bezieht in ihren Gutachten eine klare Position, ob geplante Rechtsänderungen die Unabhängigkeit des Justizsystems bedrohen.[119] Im Vorabentscheidungsverfahren dagegen zeigt sich der EuGH deutlich zurückhaltender. Er vermeidet eine konkrete Prüfung, selbst wenn das anfragende Gericht die Unabhängigkeit einer anderen nationalen Instanz in Frage stellt und hierzu um Klärung bittet. Der Gerichtshof überlässt die Bewertung und endgültige Entscheidung in solchen Fällen der vorlegenden Instanz selbst.[120] Diese zurückhaltende Haltung entspricht zwar dem Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, das auf die Auslegung des Unionsrechts abzielt, nicht aber auf die Feststellung mangelnder Unabhängigkeit nationaler Gerichte.[121] Der EuGH deutet damit aber auch an, dass zur Beurteilung der Unabhängigkeit nationaler Justizbehörden das Vorlageverfahren ungeeignet und stattdessen das Vertragsverletzungsverfahren vorzuziehen ist.[122]

---

117 Vgl. z.B. EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 243 ff.; EuGH, C-542/18 RX-II, C-543/18 RX-II (Fn. 85), Rz. 75 und 79. Ein Vergleich dieser Entscheidungen verdeutlicht die Unterschiede im Hinblick auf die Prüfungsdichte.

118 Siehe bspw. EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 124; EuGH, C-448/23 (Fn. 82); EGMR, Tuleya v. Polen (Fn. 62), Rz. 345, 455 und 546.

119 Vgl. Venedig-Kommission, Gutachten 663/2012 (Fn. 42), Rz. 120; Venedig-Kommission, Gutachten 904/2017 (Fn. 26), Rz. 131.

120 Statt vieler EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 132, 140, 144 und 153.

121 Vgl. zum Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens EuGH, C-558/18, C-563/18 (Fn. 57), Rz. 47; Kadlec/Kosař (Fn. 49), 1843 f.; Smulders (Fn. 87), 127; kritisch dazu Grabowska-Moroz (Fn. 93), 813, die argumentiert, dass der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens bereits die institutionelle Unabhängigkeit eines nationalen Gerichts – wie in der Rs. *Banco de Santander* – geprüft hat.

122 Zu dieser Erkenntnis siehe Jelić/Kapetanakis (Fn. 15), 61; Platon (Fn. 58), 1863 ff.; Kadlec/Kosař (Fn. 49), 1842 und 1845. Bislang wurden lediglich vier Vertragsverletzungsklagen im Kontext der Justizreformen in Polen beurteilt, weshalb die praktische Bedeutung dieser Verfahrensart bislang gering ist.

IV. Methodischer Ansatz des EuGH im Umgang mit der Rechtsprechung des EGMR

A. Art und Weise der Bezugnahme auf den EGMR

1. Direkte Verweise

Der EuGH ist eher zurückhaltend, wenn es darum geht, die EMRK und die Urteile des EGMR in seine Entscheidfindung einzubeziehen.[123] Die Verweise des EuGH auf die Rechtsprechung des EGMR sind häufig knapp und oberflächlich, ohne dass er sich eingehend mit der zugrundeliegenden Argumentation auseinandersetzt.[124] Nicht selten verzichtet der Gerichtshof sogar gänzlich darauf, den EGMR zu referenzieren, obwohl er Art. 6 EMRK zusammen mit Art. 47 GRCh erwähnt.[125] Aber auch in diesen Fällen bleibt der Einfluss der EGMR-Praxis erkennbar. So hat etwa der vom EGMR entwickelte «Abschreckungseffekt» Eingang in die Rechtsprechung des EuGH gefunden, ohne dass dabei ein direkter Bezug zum EGMR hergestellt wurde.[126]

In der Regel wird der EGMR nur *en passant* erwähnt, um die Schlussfolgerungen des EuGH zu untermauern und den eigenen Urteilen eine Art «Legitimation» durch den EGMR zu verleihen.[127] Diese Vorgehensweise ermöglicht es dem EuGH, den Vorwurf des «*judicial activism*» zu entkräften und stattdessen hervorzuheben, dass seine Rechtsprechung im Einklang mit jener des EGMR steht.[128] Allerdings erwähnt der EuGH nicht, ob die herangezogenen Urteile des EGMR von einer Kammer oder der Grossen Kammer stammen oder ob sie

---

123 Vgl. dazu im Allgemeinen Krommendijk (Fn. 8), 250 ff., der eine systematische Darstellung der Art und Weise der Bezugnahme des EuGH auf die Rechtsprechung des EGMR bietet.

124 Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 16. November 2021 in den verbundenen Rechtssachen C-748/19 bis C-754/19, ECLI:EU:C:2021:931 – Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim, Rz. 72; EuGH, C-487/19 (Fn. 80), Rz. 116 und 124 f.; allgemein dazu Harpaz (Fn. 4), 109 und 112; Glas/Krommendijk (Fn. 2), 574 f.

125 Siehe z.B. EuGH, C-64/16 (Fn. 18), Rz. 35; EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 49.

126 EuGH, EuGH, C-558/18, C-563/18 (Fn. 57), Rz. 58; EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 229; EuGH, C-83/19 et al. (Fn. 51), Rz. 199.

127 Insb. wird dies dadurch deutlich, dass der EuGH auf den EGMR mit Formulierungen wie «vgl. hierzu auch den EGMR», «siehe übrigens auch den EGMR», «vgl. u.a. EGMR» oder «vgl. in diesem Sinne EGMR» verweist. Für Beispiele siehe EuGH, Urteil vom 19. September 2006 in der Rechtssache C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 – Wilson, Rz. 51, 53 und 57; EuGH, C-542/18 RX-II, C-543/18 RX-II (Fn. 85), Rz. 73 f.; EuGH, C-487/19 (Fn. 80), Rz. 116; EuGH, C-748/19 et al. (Fn. 124), Rz. 72; EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 83.

128 So auch Frese/Olsen (Fn. 6), 439; Tinière (Fn. 7), 327 ff., mit Bezug auf EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 165 ff. Zum «judicial activism» vgl. Oesch Matthias, Der EuGH und die Schweiz, Zürich 2023, Rz. 50 ff.

abweichende oder zustimmende Meinungen einzelner Richterinnen und Richter enthalten.

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des EGMR findet nur vereinzelt statt. In der Rs. A.K. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts*) würdigte der EuGH die EGMR-Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK – insb. zum richterlichen Ernennungsverfahren – eingehend, um Art. 47 Abs. 2 GRCh auszulegen und zu präzisieren.[129] Auch im materiellen Teil des Urteils in *Getin Noble Bank* zog der EuGH die EGMR-Praxis heran, um mögliche Verstösse gegen die Zusammensetzung des Gerichts zu bewerten.[130] Ebenso verwies der EuGH in *Krajowa Rada Sądownictwa* (*Maintien en fonctions d'un juge*) mehrfach auf den EGMR, um ein Vorlagegesuch abzuweisen.[131] Diese Einbindung der EGMR-Praxis ist zwar zu positiv zu bewerten, bleibt aber die Ausnahme.

In diesem Kontext ist hervorzuheben, dass auch der EGMR die Expertise des EuGH in umfangreicher Weise berücksichtigt. So schloss er sich im Fall *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polen* vollständig der Argumentation des EuGH in der Rs. W.Ż. an.[132] Ebenso wies der EGMR in *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island* darauf hin, dass der EuGH in seiner Entscheidung in *Réexamen Simpson/Rat* auf ein früheres Kammerurteil Bezug genommen hatte.[133] Diese Urteile verdeutlichen den wechselseitigen Einfluss und die Wertschätzung zwischen den beiden europäischen Höchstgerichten.[134]

Die Analyse zeigt jedoch, dass die Bezugnahme des EuGH auf die Praxis des EGMR insgesamt uneinheitlich ist. Direkte Verweise auf Rechtsakte der Venedig-Kommission sind sogar noch seltener und folgen einem ähnlichen Muster. Zwar finden die Gutachten der Kommission gelegentlich Beachtung, bleiben jedoch meist unerwähnt, selbst wenn der EuGH zu ähnlichen Schlussfolge-

---

129 EuGH, EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 126. Die Verweise auf die EGMR-Praxis erstrecken sich auf über 10 Abschnitte.

130 EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 117, 120 und 128. Dies darf nicht mit der Zulässigkeitsfrage verwechselt werden (vgl. hierzu Kapitel III.B.).

131 EuGH, C-718/21 (Fn. 103), Rz. 45 ff. und 70 ff.

132 EGMR, Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polen (Fn. 88), Rz. 327.

133 EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 228, unter Bezugnahme auf EuGH, C-542/18 RX-II, C-543/18 RX-II (Fn. 85), Rz. 74 f. Zudem gibt der EGMR die Rechtsprechung des EuGH wieder, bevor die Analyse der spezifischen Rechtsfrage eingeleitet wird, siehe hierzu statt vieler EGMR, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island (Fn. 73), Rz. 131 ff.

134 Siehe allgemein dazu Harpaz (Fn. 4), 115; Frese/Olsen (Fn. 6), 449 ff.; Rosas Allan, The Court of Justice of the European Union: A Human Rights Institution?, Journal of Human Rights Practice 2022, 204 ff., 209.

rungen gelangt.[135] Damit wird deutlich, dass die Venedig-Kommission im Vergleich zum EGMR in der Rechtsprechung des EuGH bislang nur eine untergeordnete Rolle einnimmt.

2. Indirekte Einflüsse

Die Generalanwältinnen und -anwälte des EuGH leisten einen wesentlichen Beitrag dazu, dass die vom EGMR entwickelten Grundsätze indirekt in die Rechtsprechung des EuGH Eingang finden.[136] Ihre Schlussanträge sind in der Regel ausführlich begründet und bieten dem Gerichtshof einen umfassenden Überblick über die einschlägige Praxis des EGMR.[137] Auf diese Weise tragen sie massgeblich zur Angleichung der Rechtsprechung des EuGH an diejenige des EGMR bei.

In ihren Schlussanträgen nehmen die Generalanwältinnen und -anwälte nicht nur auf Urteile des EGMR, sondern auch auf Rechtsakte der Venedig-Kommission Bezug.[138] Dabei dient die Rechtsprechung des EGMR als zusätzliches Mittel, durch welches die Expertise der Venedig-Kommission in die Urteilsfindung des EuGH einfliesst. Dies lässt sich etwa am Fall W.Ż. veranschaulichen, in dem der EuGH das Urteil *Bilgen v. Türkei* zitierte. Hierbei betonte der EuGH, dass der EGMR «verschiedene internationale Rechtsinstrumente» – einschliesslich der Gutachten der Venedig-Kommission – berücksichtigt hatte.[139] Dies unterstreicht den zwar unauffälligen, aber dennoch bedeutsamen Einfluss der Venedig-Kommission auf die Rechtsprechung des EuGH.

---

135 Vgl. EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 82, wo der EuGH ausschliesslich zur Bestätigung seiner Subsumtion auf die Venedig-Kommission verweist, ohne seine Rechtsprechung an deren Anforderungen anzupassen. Siehe zudem auch EuGH, C-896/19 (Fn. 21), Rz. 43, wo ein Gutachten der Kommission lediglich als Antwort auf das Vorbringen einer Partei erwähnt wird, jedoch nicht weiter thematisiert wird.

136 Vgl. z.B. EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-192/18 (Fn. 39), Rz. 96, 106 und 111 f.; EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-83/19, C-127/19, C-195/19 (Fn. 66), Rz. 265, 268, 271 und 328 ff.; EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 4. März 2021 in den verbundenen Rechtssachen C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19, C840/19, ECLI:EU:C:2021:170, Rz. 139 ff.

137 So im Allgemeinen Douglas-Scott (Fn. 2), 647; Oesch (Fn. 128), Rz. 14, jedoch ohne Bezug zur Rechtsprechung des EGMR.

138 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 18. Mai 2017 in der Rechtssache C-64/16, ECLI:EU:C:2017:395, Rz. 46; EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 75) Rz. 126 und 134 ff.; EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-192/18 (Fn. 39), Rz. 109 und 112 f.; EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-791/19 (Fn. 55), Rz. 80.

139 EuGH, C-487/19 (Fn. 80), Rz. 116, verweisend auf EGMR, Urteil vom 9. März 2021 in der Rechtssache 1571/07 – Bilgen v. Türkei, Rz. 34 f., 63 und 96.

Nicht zu unterschätzen ist auch der Einfluss der Verfahrensbeteiligten selbst.[140] Häufig bringen sie die wegweisenden Urteile des EGMR und die Stellungnahmen der Venedig-Kommission in das Verfahren ein. Insb. in den Vertragsverletzungsklagen gegen Polen hat sich die Europäische Kommission wiederholt auf beide Quellen berufen, um die Unvereinbarkeit der polnischen Justizreformen mit dem Unionsrecht zu untermauern.[141] Darüber hinaus können sich auch andere Mitgliedstaaten oder europäische Institutionen – die nicht unmittelbar am Verfahren beteiligt sind – einbringen, um den Ausgang des Verfahrens zu steuern.[142]

Eine weitere Einflussmöglichkeit erfolgt durch die nationalen Gerichte, die den EuGH in ihren Vorabentscheidungsersuchen auf die einschlägige Praxis des EGMR oder die Gutachten der Venedig-Kommission hinweisen.[143] So verwiesen etwa die rumänischen Gerichte im Fall *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»* und das Oberste Gericht Polens in der Rs. A.K. (*Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts*) auf entsprechende Gutachten der Venedig-Kommission.[144] Auch wenn sich der EuGH mit diesen Gutachten nicht eingehend auseinandergesetzt hat, entsprechen die von ihm entwickelten Prüfkriterien den darin formulierten Empfehlungen. Dies deutet darauf hin, dass der Gerichtshof die Expertise der Venedig-Kommission zumindest implizit berücksichtigt hat. Der genaue Umfang dieses Einflusses lässt sich allerdings nicht mit Sicherheit bestimmen, da aus den Urteilsbegründungen nicht eindeutig hervorgeht, inwieweit die Gutachten der Venedig-Kommission die Entscheidungsfindung des EuGH tatsächlich geprägt haben.

---

140 Damit sind alle Parteien gemeint, die in irgendeiner Rolle vor dem EuGH auftreten, einschliesslich Kläger, Beklagte, Streithelfer und sonstige Verfahrensbeteiligte, die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens schriftliche Erklärungen einreichen.

141 Siehe insb. EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 82; EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 66 und 173; weiterführend dazu Cameron Iain, The Role of the Venice Commission in Strengthening the Rule of Law, in: Engelbrekt Antonina Bakardjieva/Moberg Andreas/Nergelius Joakim (Hrsg.), Rule of Law in the EU, 30 Years After the Fall of the Berlin Wall, Oxford 2021, 147 ff., 171 ff. Auch im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens wird die Kommission auf die Rechtsprechung des EGMR zurückgreifen, vgl. z.B. EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 75) Rz. 71.

142 Beispielhaft EuGH, C-791/19 (Fn. 51), Rz. 79; EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 24. September 2019 in den verbundenen Rechtssachen C-558/18, C-563/18, ECLI:EU:C:2019:775, Rz. 77.

143 Siehe bspw. EuGH, Urteil vom 23. November 2021 in der Rechtssache C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949 – IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi), Rz. 36, mit Hinweis auf den EGMR; EuGH, C-357/19 et al. (Fn. 71), Rz. 78, mit Hinweis auf die Venedig-Kommission.

144 EuGH, C-83/19 et al. (Fn. 51), Rz. 49, 78 und 90; EuGH, C-585/18, C-624/18, C-625/18 (Fn. 20), Rz. 41.

B. Gründe für die Vorgehensweise des EuGH

1. Wahrung der Autonomie des EU-Rechts und des EuGH

Die ausgewählten Entscheide verdeutlichen, dass die Bezugnahme des EuGH auf die Rechtsprechung des EGMR keineswegs einheitlich erfolgt. Der zögerliche Umgang des Gerichtshofs mit der Fallpraxis des EGMR unterstreicht dessen Bestreben, Art. 47 Abs. 2 GRCh eigenständig zu interpretieren. Dieser sog. «*charter centrism*» ist Ausdruck der «Autonomie» des Unionsrechts und zielt insb. darauf ab, den Einfluss des EGMR bei der Auslegung der GRCh zu begrenzen.[145] Da die EU inzwischen über einen eigenen Grundrechtskatalog verfügt, ist es naheliegend, dass sich der EuGH primär auf die GRCh stützt, bevor er auf die EMRK und deren Interpretation durch den EGMR zurückgreift.[146] Die Rechtsprechung des EGMR wird daher nur dann herangezogen, wenn sie im konkreten Fall einen erkennbaren Mehrwert bietet, oder für die Auslegung der GRCh entscheidend ist.[147]

Zwar soll mit Art. 52 Abs. 3 GRCh die «notwendige Kohärenz» zwischen der GRCh und der EMRK herbeigeführt werden, jedoch nur insoweit, als dies die «Eigenständigkeit des Unionsrechts» nicht beeinträchtigt.[148] Dies erklärt, warum Verweise auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK in den Erwägungen des EuGH eher selten sind, ohne dass dies einen Bedeutungsverlust des EGMR implizieren würde. Wie die Rechtsprechungsanalyse gezeigt hat, bleibt die Rechtsprechung des EGMR weiterhin einflussreich, selbst wenn der EuGH nicht regelmässig ausdrücklich auf sie verweist.[149]

Der EuGH vermeidet dadurch eine scheinbare Abhängigkeit, die seine institutionelle Autorität untergraben könnte.[150] Statt einem reinen «*copy-paste*»-Ansatz, lässt sich der EuGH von der EGMR-Praxis inspirieren und arbeitet zugleich eigene Grundsätze und Prüfungsmassstäbe heraus.[151] Ein Beispiel

---

145 Krommendijk (Fn. 8), 245 und 257; vgl. hierzu EuGH, Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rz. 170.

146 Dazu allgemein Tinière (Fn. 7), 327, m.w.H.

147 Ebenso im Allgemeinen Krommendijk (Fn. 8), 250.

148 EuGH, C-558/18, C-563/18 (Fn. 57), Rz. 55; EuGH, C-487/19 (Fn. 80), Rz. 123; EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 71 und 116. Zur Autonomie des Unionsrechts im Allgemeinen siehe Oesch (Fn. 128), Rz. 126.

149 So auch Pech (Fn. 84), Rz. 47.310; siehe hierzu die Ausführungen in IV.A.1.

150 Douglas-Scott (Fn. 2), 655; Craig Paul/de Búrca Gráinne, EU Law, Text, Cases, and Materials, 8. A., Oxford 2024, 457.

151 Siehe allgemein dazu Rosas (Fn. 134), 209; Haltern Ulrich, Europarecht, Dogmatik im Kontext, Bd. 2, 3. A., Tübingen 2017, Rz. 1442 und 1487, mit der Anmerkung, dass der EuGH die Rechtsprechung des EGMR z.T. unkritisch übernimmt.

hierfür bildet das vom EGMR abweichende Verständnis der inneren Dimension richterlicher Unabhängigkeit.[152] Dadurch wird eine vollständige Vereinheitlichung des Grundrechtsschutzes zwischen dem Unionsrecht und der EMRK verhindert.[153] Diese Überlegungen gelten *mutatis mutandis* auch für den Umgang mit der Venedig-Kommission.[154]

Indem der EuGH die Rechtsprechung des EGMR nicht *tel quel* übernimmt, sondern kritisch reflektiert, trägt er wesentlich zur Weiterentwicklung des Menschenrechtsschutzes in Europa bei. Die kritische Reflexion und die punktuellen Abweichungen von der etablierten Praxis des EGMR fördern einen juristischen Dialog zwischen den Gerichtshöfen.[155] Dies kann v.a. dazu führen, dass der EGMR seine eigenen Urteile im Licht seiner bekannten «dynamischen Interpretation» der EMRK überdenkt. Eine vollständige Überstimmung der Rechtsprechung beider Gerichte wäre daher weder realistisch noch erstrebenswert, da gerade die Auslegungsunterschiede und wechselseitige Einflussnahme zwischen den beiden Gerichtshöfen den europäischen Grundrechtsschutz bereichern.[156]

2. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Die unterschiedlichen Verfahrensarten bestimmen ebenfalls mit, wie der EuGH die Praxis des EGMR berücksichtigt.[157] Der EGMR prüft Individualbeschwerden nach Ausschöpfung des nationalen Instanzenzugs und kann der betroffenen Partei eine gerechte Entschädigung zusprechen.[158] In seiner

152 Vgl. dazu EuGH, C-506/04 (Fn. 127), Rz. 51 und 53; EGMR, Urteil vom 6. Oktober 2011 in der Rechtssache 23465/03 – Agrokompleks v. Ukraine, Rz. 137. Für eine umfassende Auseinandersetzung mit der inneren Dimension der richterlichen Unabhängigkeit siehe Sillen Joost, The Concept of 'Internal Judicial Independence' in the Case Law of the European Court of Human Rights, European Constitutional Law Review 2019, 104 ff.

153 Schorkopf Frank, Europäischer Konstitutionalismus oder die normative Behauptung des «European way of life», NJW 2019, 3418 ff., 3419, mit Bezug auf EuGH, Gutachten 2/13 (Fn. 145), Rz. 157 f.; Lock (Fn. 10), 177.

154 Siehe hierzu Cameron (Fn. 141), 173, der jedoch auch weitere, politische Gründe für die Grenzen der Berücksichtigung der Expertise der Venedig-Kommission identifiziert.

155 Aus diesem Austausch ergeben sich drei Konstellationen: gleiche, abweichende und methodisch unterschiedlich ausgelegte Normen, vgl. hierzu allgemein Callewaert Johan, Convention Control Over the Application of Union Law by National Judges: The Case for a Wholistic Approach to Fundamental Rights, European Papers 2023, 331 ff., 338 ff.

156 Zum Ganzen siehe Lock (Fn. 10), 178, m.w.H.; gl.A. Haltern (Fn. 151), Rz. 1375 und 1487, der das Ergebnis der komplexen Spannungen als eine «*race to the top*» bezeichnet.

157 Zwar wird im Folgenden auf die Venedig-Kommission nicht näher eingegangen, jedoch lässt sich zusammenfassend sagen, dass sie Gesetzesentwürfe nur abstrakt, also vor deren Verabschiedung, analysiert. Der EuGH hingegen beurteilt konkrete Verstösse gegen EU-Recht. Daher ist es nicht immer möglich, ihre Rechtsakte als Erkenntnisquelle zu berücksichtigen.

158 Art. 34 und 41 EMRK; weiterführend dazu Rosas (Fn. 134), 211 f.; Haltern (Fn. 151), Rz. 1651.

Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK hat der Gerichtshof den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit fortlaufend weiterentwickelt. Das Verfahren vor dem EGMR ist jedoch nicht darauf ausgerichtet, strukturelle bzw. systemische Defizite in den Justizsystemen der Konventionsstaaten zu ahnden.[159]

Im Gegensatz dazu verfügt der EuGH über kein vergleichbares System zur Entgegennahme solcher Beschwerden. Er befasst sich hauptsächlich mit Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte und mit Vertragsverletzungsverfahren, die jedoch nicht von Einzelpersonen eingeleitet werden können.[160] Beide Verfahrensarten eröffnen ihm dennoch die Möglichkeit – abhängig von der jeweiligen Sachlage – systemische Mängel zu adressieren und sie zu korrigieren.[161]

Aufgrund der prozessualen Besonderheiten und der verschiedenen Perspektiven, aus denen die beiden Gerichte Fälle beurteilen, sind «Importe» aus der Rechtsprechung des EGMR in jene des EuGH oft nicht ohne Weiteres möglich. Dies wird etwa an den zwei Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen deutlich, die die Herabsetzung des Ruhestandsalters von Richterinnen und Richter betrafen. Der EuGH untersuchte dort den tatsächlichen Zweck der Justizreformen und stellte strukturelle Verstösse fest, die weitreichende Auswirkungen auf das gesamte Gerichtswesen hatten.[162] Allerdings fehlte diesen Klagen eine grundrechtliche Dimension.[163] Demgegenüber konnte der EGMR im Fall *Baka v. Ungarn* die Rechtswidrigkeit der Zwangspensionierung nicht im Zusammenhang mit der Entlassung des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs beurteilen, da dies nicht dem Zweck der Individualbeschwerde entsprach.[164] Zwar hätte der EuGH theoretisch auf den EGMR zurückgreifen können, doch wäre dies höchstens zur Hervorhebung der Unterschiede sinnvoll gewesen. Ein inhaltlicher Mehrwert hätte sich daraus kaum ergeben.

Insgesamt zeigt sich, dass nicht nur der institutionelle Kontext bzw. die jeweilige Verfahrensart, sondern insb. auch die verschiedenen Urteilsstile beider Gerichte entscheidend dafür sind, in welchem Umfang eine Bezugnahme er-

---

159 Vincze (Fn. 46), 451; Bustos Gisbert (Fn. 24), 600 f.; Venedig-Kommission, Studie 494/2008 (Fn. 23), Rz. 13; a.A. Tsampi (Fn. 110), 701 f.; Smulders (Fn. 87), 108, welche davon ausgehen, dass der EGMR seinen Ansatz geändert hat und nun die Unabhängigkeit des Justizsystems insgesamt und nicht nur einzelner Gerichte bewertet.

160 Für eine detaillierte Übersicht der verschiedenen Verfahrensarten vor dem EuGH siehe ferner Rosas (Fn. 134), 211 f.; Oesch (Fn. 128), Rz. 16 ff.

161 So im Allgemeinen Leloup Mathieu, The Untapped Potential of the Systemic Criterion in the ECJ's Case Law on Judicial Independence, German Law Journal 2023, 995 ff.; exemplarisch hierfür EuGH, Schlussanträge Generalanwalt, C-558/18, C-563/18 (Fn. 142).

162 EuGH, C-619/18 (Fn. 21), Rz. 87; EuGH, C-192/18 (Fn. 37), Rz. 121 ff.

163 So im Allgemeinen auch Lenaerts (Fn. 112), 335 und 348.

164 Vincze (Fn. 46), 451 ff.; vgl. dazu bereits die Ausführungen in III.A.1.

folgt. Der EGMR ist bekannt für seine ausführlichen, jedoch nicht immer kohärenten Urteile.[165] Im Gegensatz dazu zeichnen sich die Entscheidungen des EuGH durch ihre Kürze aus. Dieser Urteilsstil lässt wenig Raum für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR.[166]

3. Aufrechterhaltung des Dialogs mit den mitgliedstaatlichen Gerichten

Darüber hinaus zielt der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens darauf ab, in einen Dialog mit möglichst vielen nationalen Gerichtsinstanzen zu treten, um die einheitliche Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen. Dies schliesst auch Antworten auf Vorlagen offensichtlich unrechtmässig ernannter Richterinnen und Richter ein, wie der Fall *Getin Noble Bank* illustriert. Die Aufrechterhaltung dieses Dialogs – selbst auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit und der richterlichen Unabhängigkeit – ist problematisch, zumal der EuGH dadurch faktisch die Legitimität eines unregelmässig besetzten Gerichts bestätigen kann.[167]

Grundsätzlich geht der EuGH davon aus, dass das anfragende Gericht die Anforderung der Unabhängigkeit erfüllt und verzichtet daher regelmässig darauf, die Rechtmässigkeit des Vorlagebeschlusses zu hinterfragen.[168] Diese Vermutung der Unabhängigkeit kann jedoch durch ein rechtskräftiges Urteil des EGMR, das zum zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bereits vorliegt, widerlegt werden.[169] Die Entscheidung des EuGH, relevante Urteile des EGMR nur bis zum Abschluss des mündlichen Verfahrens zu berücksichtigen, erscheint jedoch schwer nachvollziehbar und wird im Schrifttum weitum kritisiert.[170] Insb. kann dieses übermässig formalistische Vorgehen zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, wie die Rs. *Getin Noble Bank* bereits gezeigt hat. Zugleich verdeutlicht es die Grenzen der Bereitschaft des EuGH, die Rechtsprechung des EGMR bei der Urteilsfindung herbeizuziehen. Offenbar

---

165 Haltern (Fn. 151), Rz. 1486; exemplarisch hierfür EGMR, Tuleya v. Polen (Fn. 62), mit 563 Abschnitten.

166 Oesch (Fn. 128), Rz. 13; Craig/de Búrca (Fn. 150), 92; Haltern (Fn. 151), Rz. 40.

167 Grabowska-Moroz (Fn. 93), 818; Kochenov/Bárd (Fn. 92), 153.

168 EuGH, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 69 ff.; Krajewski (Fn. 64), 64; vgl. auch die vorherigen Ausführungen unter III.B.

169 Siehe dazu EuGH, C-718/21 (Fn. 103), Rz. 44 ff. und 78, wo er die Vermutung umgestossen hat. Trotz des rechtskräftigen Urteils des EGMR im Fall *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polen* plädierte der Generalanwalt für die Aufrechterhaltung dieser Vermutung, vgl. hierzu EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 2. März 2023 in der Rechtssache C-718/21, ECLI:EU:C:2023:150, Rz. 35 f. Der EuGH folgte diesem Vorschlag nicht.

170 Kochenov/Bárd (Fn. 92), 151 und 153 f.; Grabowska-Moroz (Fn. 93), 810 ff. und 814; Filipek (Fn. 90); Bogdanowicz/Taborowski (Fn. 97), 794; a.A. Smulders (Fn. 87), 126.

versucht der EuGH, die formelle Anerkennung der rechtswidrigen Zusammensetzung des anfragenden Gerichts hinauszuzögern, um den institutionellen Dialog mit diesem Gericht aufrechtzuerhalten und Vorlagefragen weiterhin beantworten zu können.

Die grosszügige Praxis des EuGH fusst letztlich auf der Überlegung, dass eine zu enge Anwendung der Zulässigkeitskriterien – insb. der Unabhängigkeitsanforderung – den Grundrechtsschutz innerhalb der Union paradoxerweise schwächen könnte. Würde nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten der Zugang zum Gerichtshof verwehrt, verlöre der EuGH zugleich die Möglichkeit, sich mit materiellen Fragen des Unionsrechts zu befassen und die Garantien aus Art. 19 EUV und Art. 47 GRCh fortzuentwickeln.[171] Auch wenn das Ergebnis vorläufig die Frage der unrechtmässigen Besetzung ausklammert, wird deutlich, dass der EuGH gegenteilige Interessen austarieren muss: die Wahrung des gerichtlichen Dialogs und seiner Zuständigkeiten einerseits und die Sicherung rechtsstaatlicher Grundsätze andererseits. Vor diesem Hintergrund erscheint die Kritik, die Rechtsprechung des EuGH stehe im Widerspruch zu den grundlegenden Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK, nur bedingt nachvollziehbar.[172]

V. Schlussbetrachtung

Der EuGH und der EGMR stehen gleichermassen vor der Herausforderung, die richterliche Unabhängigkeit in Europa zu wahren. Angesichts zunehmender politischer Eingriffe in die Judikative verschiedener europäischer Staaten hat diese Aufgabe erheblich an Bedeutung gewonnen. Beide Gerichte sind zwar institutionell unabhängig voneinander, verfolgen jedoch dasselbe Ziel und beeinflussen sich gegenseitig. Der EGMR hatte dabei eine führende Rolle übernommen und die massgeblichen Prinzipien richterlicher Unabhängigkeit entwickelt, die der EuGH in seiner Rechtsprechung schrittweise integriert hat.

Die Bezugnahme des EuGH auf die Rechtsprechung des EGMR ist allerdings nicht einheitlich. Häufig fallen die Verweise knapp und oberflächlich aus, mitunter fehlen sie gänzlich. Die Gründe hierfür sind vielfältig und nachvollziehbar, zumal sich der EuGH seit Inkrafttreten der GRCh darum bemüht, dieser einen eigenständigen Stellenwert zu verschaffen. Daher versucht der

---

171 Zum Ganzen siehe EuGH, Schlussanträge Generalanwalt, C-718/21 (Fn. 169), Rz. 22 und Fn. 38, m.w.H.; vgl. zudem EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-132/20 (Fn. 90), Rz. 61 und 65 ff., in denen der Generalanwalt die Bedeutung dieses Dialogs hervorhebt.

172 Zu den Kritikpunkten siehe Kochenov/Bárd (Fn. 92), 154 und 159; Grabowska-Moroz (Fn. 93), 810.

Gerichtshof, sich methodisch vom EGMR zu lösen und eine «autonome» Grundrechtsdogmatik zu entwickeln. Doch der prägende Einfluss des EGMR auf den EuGH ist unverkennbar, auch wenn der methodische Ansatz des EuGH nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führt. Der Vorwurf des «*charter centrism*» erscheint daher nicht gerechtfertigt. Die Rechtsprechung des EGMR wird auch künftig eine zentrale Referenz für den EuGH bleiben, insb. im Hinblick auf den möglichen Beitritt der Union zur EMRK.[173] Eine grundlegende Änderung in der Rechtsprechung des EuGH zur Unabhängigkeit der Justiz ist indes nicht zu erwarten, da bereits eine starke Übereinstimmung mit der Strassburger Fallpraxis besteht.

[173] Weiterführend dazu HALTERN (Fn. 151), Rz. 1647; LOCK (Fn. 10), 218 ff.

Regulatory Flexibility and the Separation of Powers in the post-Loper Bright U.S.

A brief Swiss commentary

Daniel M. Meier*

Content

I. Introduction 227

II. Setting the scene: The separation of powers and delegated law-making in Switzerland 229
A. The separation of powers and principle of legality 229
B. Requirements of delegated law-making on the federal level 230

III. The shift across the pond: From Chevron to Loper Bright 231
A. The past: Chevron and judicial deference 231
1. The facts 231
2. Holding and implications 231
B. The present: Loper Bright 232

IV. The uncertainty: Normative implications 233
A. Deregulation through judicialisation? 233
B. Implicit delegations: Nothing new on the horizon? 234
C. Elastic separation of powers as a democratic deficit? 235

V. The future: Conclusion and outlook 236

I. Introduction

In today's era of increasingly accelerating technological innovation, there is a constant need for regulation, necessitating swift and pragmatic solutions. The traditional parliamentary legislative process is categorically rigid and protracted – particularly so in Switzerland due to the possibility of referendums[1], which hinders immediate and adequate regulatory responses to

* I would like to cordially thank Liva Gavranić for her kind help in proofreading this paper.

1 See for further reference Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11th ed., Zurich/Geneva 2024, Rz. 2233 *et seqq*.

current developments[2]. On the other hand, overly broad delegations of legislative power to executive bodies naturally entail a potential threat to the separation of powers[3].

With *Chevron*[4], the U.S. Supreme Court took a path towards broad legislative delegations in favour of the executive branch. This constellation allowed for relatively dynamic regulatory intervention in response to current developments without overly stringent requirements regarding the precision of a legislative delegation norm. In 2024, however, the Court overturned that landmark ruling with *Loper Bright*[5], thereby curtailing executive leeway in the exercise of secondary law-making power. The latter decision led to considerable disappointment and uncertainty, particularly among progressive circles, as many fundamental environmental regulations have since rested on precarious ground in light of this development[6]. It appears therefore that the decade-long established balance of regulatory mechanisms has been disrupted[7].

This short paper seeks to provide a brief commentary on the *Loper Bright* decision from a Swiss perspective by firstly introducing the legal situation in Switzerland, secondly outlining the jurisprudential shift in the U.S., thirdly expounding the normative implications thereof in comparison with the Swiss legal situation and lastly offering a perspective into the perceived regulatory deadlock.

---

2 This issue is also known as the *Pacing Problem*, for further reference see Marchant Gary E., The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law, in: Merchant Gary E./Allenby Braden R./Herkert Joseph R. (eds.), The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem, Dordrecht/Heidelberg/London/New York 2011, 19 *et seqq*.

3 Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8th ed., Zurich 2020, Rz. 367.

4 Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

5 Loper Bright Enterprises v. Raimondo, 603 U.S. 369 (2024).

6 See Cantley Beckett/Dietrich Geoffrey, Loper v. Raimondo: The U.S. Supreme Court's Potential Extension of its Anti-Regulatory Direction to Overturning Chevron Deference, Journal of Land Use & Environmental Law, Vol. 39 No. 1 (2023), 81 *et seqq*.; Liptak Adam, Justices Limit Power of Federal Agencies, Imperiling an Array of Regulations, The New York Times, 28 June 2024, <https://www.nytimes.com/2024/06/28/us/supreme-court-chevron-ruling.html>; Stern Shai/Biton Itay, The Regulatory Triad: Reimagining Environmental Law in the Post-Chevron Era, Villanova Environmental Law Journal, Vol. 36 No. 1 (2025), 3 *et seqq*.; Zarghamee Reza/Brenner Steve R., The End of Chevron Deference Could Spell Trouble for EPA's PFAS "Hazardous Substance" Rule, PFAS Observer, 4 September 2024, <https://pfas.pillsburylaw.com/chevron-deference-epas-pfas-hazardous-substance-rule/>.

7 In the sense of the notion of "Schieflage" as the guiding theme of this book.

II. Setting the scene: The separation of powers and delegated law-making in Switzerland

A. The separation of powers and principle of legality

Perhaps obviously, the principle of separation of powers as a democratic safeguard entails the legislative primacy in the realm of law-making which – (Swiss) direct democratic instruments aside – categorically represents an element of popular sovereignty[8]. In Switzerland, that principle is intrinsically linked to the principle of legality according to Article 5 para. 1 as well as Article 36 para. 1 and Article 164 Cst.[9] which forms a crucial rule of law element within the Swiss legal system[10]. It binds the state to the law by requiring the adherence thereto[11] and encapsulates the separation of powers by foreseeing the requirement of the adequate quality of law[12].

Concretely, legal bases in *essential matters* must be laid out in a parliamentary act[13]. While the notion is elusive and contingent on the context at hand[14], this requirement ensures the due democratic legitimisation of state action[15]. Also, in order for a legal provision to be capable of forming the basis for state action, it must be sufficiently precise (*normatively dense*) so as to allow people to be able to orientate their behaviour accordingly and reasonably foresee the legal consequences of disobedience with an adequate degree of certainty[16].

Those principles which underpin the importance of popular sovereignty, however, arguably come with a caveat: some forms of regulation may prove

---

8 ALLAN ROBERT SEAWARD, The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law, 2013 Oxford, 156; HÄFELIN et al. (Fn. 1), Rz. 146 *et seqq.*; see also TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5th ed., Bern 2021, Rz. 1021, 1024.

9 Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Cst., SC 101).

10 EPINEY ASTRID, Article 5, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (eds.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2nd ed., Basel 2025, Rz. 16 *et seqq.*; HÄFELIN et al. (Fn. 1), N 142; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 3), Rz. 328.

11 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 3), Rz. 325; WYTTENBACH JUDITH/WYSS KARL-MARC, Article 164, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (eds.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2nd ed., Basel 2025, Rz. 4.

12 EPINEY (Fn. 10), Rz. 14, 48; TSCHANNEN (Fn. 8), Rz. 1027.

13 WYTTENBACH/WYSS (Fn. 11), Rz. 4.

14 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 3), Rz. 353; TSCHANNEN (Fn. 8), Rz. 358, 1582; WYTTENBACH/WYSS (Fn. 11), Rz. 8 *et seqq.*

15 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 3), Rz. 333; TSCHANNEN (Fn. 8), Rz. 1582; WYTTENBACH/WYSS (Fn. 11), Rz. 4 (with further references).

16 BGE 141 I 201 E. 4.6 p. 209; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 3), Rz. 343; TSCHANNEN (Fn. 8), Rz. 1582.

overly technical[17] for the regular law-making process and by virtue of the possibility of referenda, which may significantly delay the implementation of regulatory measures, the Swiss direct democratic system arguably particularly embodies the protractedness of legislative law-making processes which may at worst even potentially defeat the very purpose of technical regulation at large[18]. A solution which is capable of balancing the aforementioned safeguards and the need for regulatory flexibility is delegated law-making[19].

B. Requirements of delegated law-making on the federal level

As shown in the following, the requirements of delegated law-making resemble an alteration of the principle of legality: First of all, owing to the hierarchy of types of law which requires the adherence of legislation with the Constitution, a delegation of law-making powers may pursuant to Article 164 para. 4 Cst. not by itself be precluded by the Constitution[20].

Perhaps most importantly, the matter to be delegated must be limited and specifically proscribed in a delegating norm which takes the form of a parliamentary act[21]. This requirement serves as a safeguard against the erosion of democratic rule given that blanket delegations to the executive – which could otherwise legislate with limited public participation and particularly without direct democratic scrutiny – are impermissible[22].

Lastly, said parliamentary act must conform to the requirement of normative density by already containing the broad strokes ("*Grundzüge*") of the matter to be delegated[23]. This requirement serves the purpose of legal certainty as well as the protection of parliamentary primacy in law-making given that parliament retains its authority by having to *explicitly and clearly* delegate normatively limited technicalities to the executive[24].

---

17 Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 3), Rz. 359; Tschannen (Fn. 8), Rz. 1025.

18 See Marchant (Fn. 2), 19 *et seqq.*

19 Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 3), Rz. 394.

20 Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 3), Rz. 368; Tschannen (Fn. 8), Rz. 164; Wyttenbach/Wyss (Fn. 11), Rz. 51.

21 Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 3), Rz. 368; Tschannen (Fn. 8), Rz. 1031; Wyttenbach/Wyss (Fn. 11), Rz. 52 *et seq.*

22 BGE 133 II 331 E. 7.2.1 p. 347; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 3), Rz. 367; Tschannen (Fn. 8), Rz. 1032; Wyttenbach/Wyss (Fn. 11), Rz. 53.

23 Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 3), Rz. 368; Tschannen (Fn. 8), Rz. 1029, 1033; Wyttenbach/Wyss (Fn. 11), Rz. 26 *et seqq.*, 49, 53.

24 See also Tschannen (Fn. 8), Rz. 1033.

III. The shift across the pond: From Chevron to Loper Bright

A. The past: Chevron and judicial deference

1. The facts

The Chevron case revolved around the exercise of agency law-making powers on the basis of the *Clean Air Act*. In 1977, Congress amended the act under which specific rules had to be created to regulate sources of air pollution. Initially, the *Environmental Protection Agency (EPA)* defined a stationary source as any single device within a manufacturing plant that generated pollutants. However, in 1981, the *EPA* revised its regulation to the effect that it interpreted the term "stationary source" more broadly, treating a whole industrial plant as a "bubble" whose overall emissions may not increase, while the environmental impact of individual devices would not be evaluated separately[25].

Ultimately, the U.S. Supreme Court had to establish whether the *EPA* had been authorised to enact said regulation on the basis of the wording of the *Clean Air Act*[26].

2. Holding and implications

Principally, the Supreme Court confirmed the long-established position that the executive branch may generally enact secondary legislation if statutory language is ambiguous, entailing the possibility of implicit delegations[27].

It further laid out a two-tier test: firstly, in order for the question of ambiguity to arise, it is to be established whether Congress has clearly addressed the issue at hand. If the legislative intent is clear, the test fails, and there is no room for the executive to engage in secondary law-making. If the statute is however ambiguous or even silent on the issue, the court is bound by the agency's interpretation if it is *reasonable*.

This entails a relatively large margin of discretion at the hands of the executive which thereby proactively assumes a gap-filling function. This relatively

---

25 Chevron (Fn. 4), 837 *et seqq*.

26 Chevron (Fn. 4), 842 *et seq*.

27 Chevron (Fn. 4), 844; see also SUNSTEIN CASS R., Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law is, Yale Law Journal, Vol. 115 (2006), 2602 *et seq*.; on explicit delegations see Morton v. Ruiz, 415 U.S. 199 (1974), 231 *et seqq*.

dominant *Administrative State*[28] is thus able to shape regulatory policy in pursuit of regulatory exhaustiveness and efficiency, given that it is able to break political deadlock and is generally better-suited at including technical expertise in a field[29]. This possibility of implicit legislative delegations, however, arguably categorically questions legislative primacy in (regulatory) law-making given that the executive engages in secondary law-making activities in default of a clear mandate given by Congress, thus interfering with the legislative branch's key domain.

From a systemic perspective of the judiciary, the *Chevron* deference embodies a two-faced sword: on the one hand, the judicial deference in the face of the *prima facie* executive intrusion into the legislative domain represents an abdication of its role as a guardian of the separation of powers which *ipso facto* weakens it[30]. On the other hand, it represents an exercise of the separation of powers itself by refraining from interfering with (and thus judicialising) the political domain at large in regulatory matters[31]. While, within the determination of whether the (principle of the) separation of powers is weakened, in my own opinion, the former element outweighs the latter given the prevalence of inherent duties of the branches of state power to supervise and thus limit each other (which is particularly grave in the case of the judiciary given the cardinal role of the tool of judicial review within the constitutional order[32]), it is nevertheless clear that the separation of powers model takes an *elastic* form.

B. The present: Loper Bright

The Loper Bright case involved a challenge of a regulation of the *National Marine Fisheries Service* (*NMFS*). The regulation, which was based on the *Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act* included a rule which required operators of fishing vessels to pay for government-mandated at-sea observers[33].

---

28 See WALDO DWIGHT, The Administrative State: A Study Of The Political Theory Of American Public Administration, New York 1948, 47 *et seqq*.

29 STERN/BITON (Fn. 6), 23 *et seqq*.

30 See also in the Swiss context TSCHANNEN (Fn. 8), Rz. 1037.

31 See also in the Swiss context TSCHANNEN (Fn. 8), Rz. 1019.

32 See *e.g.* Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), 177 *et seqq*. as well as GRIMM DIETER, Types of Constitutions, in: Rosenfeld Michel/Sajó András (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 104 *et seq*.

33 Loper Bright (Fn. 5), 2 *et seqq*.; for a thorough outline of the majority opinion see OBIOHA CAMERON K., Rituals of Reluctance: How Loper Bright Further Obscures Civil Rights' Place in the Modern Administrative State, Mercer Law Review, Vol. 76 No. 2 (2025), 839 *et seqq*.

A group of commercial herring fishermen, including *Loper Bright Enterprises*, challenged the rule, arguing that, given that the act in question refers to multiple groups of fishing activity, of which herring fishery isn't one, the NMFS lacked the legal basis and thus authority to enact such a rule[34].

In the end, instead of comprehensively ascertaining whether the NMFS acted lawfully in analogously applying said rule to herring fishery, the U.S. Supreme Court limited its review to the question whether *Chevron* should be overturned or clarified[35].

The majority overruled *Chevron*, *inter alia* referring to the judicial branch's inherent supreme authority in the domain of statutory interpretation[36].

IV. The uncertainty: Normative implications

A. Deregulation through judicialisation?

The jurisprudential shift from judicial deference through the reasonability test to pure textualism caused considerable concern within politically left-leaning and environmental protection organisations given that agency law-making played a cardinal role in the imposition of measures to combat climate change[37].

While the strengthening of the judiciary's role as the guardian of the separation of powers – in my own opinion – categorically revitalises the principle itself, the worries of deregulation are indeed not entirely unwarranted in light of the risk of judicial obstruction posed by forum shopping and politically-biased judges[38].

The increased judicial scrutiny will force lawmakers to use clearer legislative language in order for agency interpretations thereof to be more likely to withstand judicial review. Another possibility could be the inclusion of

---

34 Loper Bright (Fn. 5), 4 *et seq.*

35 Loper Bright (Fn. 5), 6.

36 Loper Bright (Fn. 5), 34 *et seq.*

37 See Fn. 6.

38 On that phenomenon see Dimenstein Libby/Goodson Donald L. R./Szeto Tyler, Major Rules in the Courts: An Empirical Study of Challenges to Federal Agencies' Major Rules, Texas A&M Law Review, Vol. 13 Issue 1 (2025), 65 which indicates that 41.8% of all challenges to major rules during the Biden Presidency were initially filed in the conservative-led Fifth Circuit.

technical expertise in the drafting phase of bills, reminiscent of the consultation procedure in Switzerland[39].

Also, while a jurisprudential (semi-)return to *Chevron* looks unlikely in the forthcoming future, the topic of judicial deference to administrative interpretation is not fully off the table: while *Chevron* has been overruled, another doctrine which grants the executive judicial deference is *Skidmore*[40]. Accordingly, executive interpretation and thus agency law-making is afforded deference if it "constitute[s] a body of experience and informed judgement to which courts and litigants may properly resort for guidance", which entails a determination of multiple factors such as thoroughness, persuasiveness and consistency in the interpretation at hand[41]. While it is arguably questionable how "executive-friendly" the current U.S. Supreme Court will apply the doctrine, it is nevertheless important to state that the Skidmore deference doctrine is still valid[42].

B. Implicit delegations: Nothing new on the horizon?

The most striking difference to the Swiss regime is the possibility of implicit delegations. As outlined above, the executive hereby by virtue assumes a gap-filling function which categorically questions the legislative primacy in the realm of regulation.

The *prima facie* assumption that Loper Bright curtailed the executive's interpretative discretion so as to reinforce legislative primacy in the realm of regulation in a normative shift towards Swiss doctrine proves categorically untrue as the possibility of implicit legislative delegations remains intact, thereby keeping the separation of powers relatively elastic and pragmatic in comparison to Switzerland.

However, given the textualist approach of the U.S. Supreme Court which – as outlined above – forces the legislative to use more precise language, the legislative has indeed gained a significant steering power with which it indirectly attained a primary role by which it may shape, restrict and fully inhibit agency law-making through the choice of specific wording. In that regard, the legislative branch has clearly seen an increase in authority, which,

---

39 MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX/HÖFLER STEFAN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 4th ed., Rz. 175 *et seqq*.

40 See John Skidmore et al. v. Swift & Company, 323 U.S. 134 (1944).

41 Skidmore (Fn. 40), 140.

42 See furthermore HICKMAN KRISTIN E., Anticipating a New Modern Skidmore Standard, Duke Law Journal Online, Vol. 74 (2025), 125 *et seqq*.

from a normative perspective, moves somewhat towards the Swiss regime of legislative delegation.

C. Elastic separation of powers as a democratic deficit?

Viewing through a prism of Swiss doctrine, the above-outlined elastic separation of powers in the U.S. resulting from the possibility of implicit delegations of law-making power *prima facie* begs the question of a possible democratic deficit of regulations.

In light of the above observation on the heightened authority at the hands of Congress, it is to be kept in mind that Congress retains the power to outright outlaw implicit delegations and itself reinforce its authority. From an opportunistic perspective, that would, however, prove strategically unwise given the expectation that executive authority may be used in the favour of a political agenda which could otherwise not be achieved through Congressional consensus[43]. Insofar, the American executive arguably *inter alia* assumes a function which serves as a functional extension of the (democratically-elected) legislative – which is conversely obviously not the case in Switzerland.

In conjunction with the fact that the U.S. President is elected by the people and not appointed by Congress, thus affording the position a layer of democratic legitimisation, it is apparent that there is a somewhat stark conceptual and functional contrast to the Swiss Federal Council which is elected by the Federal Assembly and accordingly expected to only perform inherently executive tasks unless (as outlined above) explicitly commissioned otherwise[44].

While the question of whether the democratic legitimisation of a presidency and legislative opportunism completely compensate a possible democratic deficit inherent in implicit legislative delegations is not the focus of this paper, it is nevertheless noteworthy to highlight that the relevance of the question differs depending on the legal order and tradition at hand[45].

---

43 STERN/BITON (Fn. 6), 25; this embodies an example of imperfect contracting, see furthermore TABELLINI GUIDO, Incomplete Contracting and the Design of Constitutions, in: Aghion Philippe et al. (eds.), The Impact of Incomplete Contracts on Economics, Oxford 2016, 339 *et seqq*.

44 HÄFELIN et al. (Fn. 1), Rz. 1751 *et seqq*.; TSCHANNEN (Fn. 8), Rz. 1013 *et seq*.

45 Which would render a strict comparison (without the inclusion of contextual parameters) scientifically unsound, see FRANKENBERG GÜNTER, Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit, Cheltenham/Northampton 2018, 71 *et seq.* and furthermore 84, 92 *et seq.*

V. The future: Conclusion and outlook

As outlined in the foregoing, the jurisprudential shift from *Chevron* to *Loper Bright* represents a great shift towards stricter judicial scrutiny over executive law-making. From a Swiss perspective, said shift appears less monumental than it *prima facie* appears. The general possibility of implicit delegations of law-making power which entails an elastic separation of powers whose categorical normative-democratic ramifications are arguably compensated by a great degree of democratic legitimisation through the election of the president remains unchanged.

In terms of the consequences of the new scope of judicial review of agency regulations, the greater emphasis on textualism will, however, in turn force Congress to use more precise legislative language in order to more proactively steer the policy direction it wishes the executive to conduct itself in regulatory matters. Another possible measure could be the inclusion of technical expertise during the drafting of bills – reminiscent of the Swiss peculiarity of consultations[46]. From a systemic perspective, it can be inferred that the U.S. legislative thereby indeed indirectly gained a stronger position within the balance of state power. In that regard, the jurisprudential shift at hand indeed represents a – albeit unintentional – small indirect normative step towards the direction of the Swiss regime of limited and explicit legislative delegations with a relatively static separation of powers.

At last, it is clear that fears of legislative and/or judicial supremacy to the detriment of regulatory flexibility are entirely unwarranted given the prevalence of the *Skidmore deference doctrine*. In closing, while it remains to be seen how the new-found judicial authority will influence the exercise of executive law-making and in turn regulatory flexibility at large, it is thus surely anything but incongruous to conclude that the American Administrative State is still alive and kicking.

46 MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER (Fn. 39), Rz. 175 *et seqq*.

Das Individuum zwischen Erwartung und Enttäuschung

Schieflagen im System der sozialen Sicherheit?

Die Existenzsicherung bei Invalidität, Alter und Armut

Elias Gaberthüel/Lara Galli/Robin Suter*

Inhalt

I. Einleitung 240

II. Die Existenzsicherung bei Invalidität 242
- A. Aktuelle Rechtslage 242
  - 1. Das soziale Risiko Invalidität 242
  - 2. Rentenleistungen bei Invalidität 243
    - a. … in der Invalidenversicherung 243
    - b. … in der beruflichen Vorsorge 244
    - c. … in der Unfallversicherung 246
    - d. … in der Militärversicherung 248
    - e. … in der privaten Vorsorge 249
  - 3. Leistungsumfang und -koordination bei Invalidität 249
  - 4. Zwischenfazit 250
- B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte 251
- C. Schieflage 256
  - 1. Invalidisierende Ursache und Versicherungsunterstellung 256
  - 2. Beispiel: Die Selbständigerwerbende 259

III. Die Existenzsicherung im Alter 260
- A. Aktuelle Rechtslage 260
  - 1. Die drei Säulen der Schweizer Altersvorsorge 260
    - a. Die Alters- und Hinterlassenenversicherung AHV 261
    - b. Die berufliche Vorsorge bV 262
    - c. Die dritte Säule 265
  - 2. Die Zusatzinstitutionen, insbesondere die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV 266
- B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte 267
- C. Schieflage 269
  - 1. Die enttäuschte Erwartung der versicherungsbasierten Existenzsicherung im Alter 270
  - 2. Beispiel: Die Juristin mit Teilzeitpensen 272

* Wir danken Herrn Dr. iur. RA Michael E. Meier für die Durchsicht sowie die wertvollen Anmerkungen und unseren geschätzten Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen für die bereichernden Gespräche.

IV. Die Existenzsicherung bei Armut 274
A. Aktuelle Rechtslage 274
1. Das soziale Risiko Armut 274
2. Die bedarfsabhängigen Leistungen 274
a. Die Sozialhilfe 274
b. Die Nothilfe 277
c. Die Ergänzungsleistungen 278
3. Das Verhältnis der existenzsichernden Systeme 279
B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte 280
C. Schieflage 284
1. Der Vermögensverzicht in den EL und der Sozialhilfe 284
2. Beispiel: Die Pflegebedürftigen 287
3. Missbrauchsbekämpfung und Systemfunktion 290

V. Fazit, Ausblick und Änderungsvorschläge 292

I. Einleitung

Das schweizerische System der sozialen Sicherheit ist historisch gewachsen und geprägt vom politischen Diskurs. Daher präsentiert es sich teils komplex und für den Laien unübersichtlich. Die Findung von mehrheitstauglichen Kompromissen sowie wiederholte punktuelle Anpassungen haben verschiedentlich dazu geführt, dass auf den ersten Blick ähnlich erscheinende Situationen in der Absicherung ihrer Folgen stark divergieren. Im Sinne des Leitthemas des vorliegenden Bandes «Gegenwärtige Schieflagen» soll der vorliegende Beitrag ausgewählte (vermeintliche) Schieflagen der sozialen Absicherung beleuchten.

Der erste Teil widmet sich der Invalidität als soziales Risiko in den verschiedenen Sozialversicherungszweigen. Betrachtet werden die Invaliden*renten*leistungen der jeweiligen Versicherungen, weshalb weitere – teils nicht unerhebliche – Differenzen im Leistungsumfang unberücksichtigt bleiben.[1] Insbesondere soll die unterschiedliche Absicherung bei invalidisierenden Geburtsgebrechen und Krankheiten gegenüber derjenigen bei Unfällen erörtert werden. Indes ist die Absicherung bei Unfällen uneinheitlich. Aufgrund der obligatorischen subsidiären Unfallversicherung in der Krankenversicherung

[1] Zu nennen wären beispielsweise die deutlich höheren Hilflosenentschädigungen der UV gegenüber denjenigen der IV, die Integritätsentschädigung, welche sich in der IV nicht findet oder die Kostenbeteiligung (Franchise, Selbstbehalt, Spitalbeitrag) nach Art. 64 KVG (Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10) an Heilungs- und Pflegekosten, welche bei fehlender UV aufgrund der Tragung durch die KV auch bei Unfallfolgen anfällt.

(KV), könnte die (falsche) Erwartung entstehen, auch ohne Unfallversicherung (UV) nach UVG[2] im Falle eines Unfalls ausreichend bzw. im selben Umfang abgesichert zu sein. Betroffen hiervon sind insbesondere Nichterwerbstätige, wie Schüler und Studentinnen. Gerade junge Menschen sind deshalb oft nicht nach UVG unfallversichert. Schreckliche Ereignisse, wie das Inferno von Crans-Montana in der vergangenen Neujahrsnacht, haben für viele der überlebenden Opfer lebenslange gesundheitliche Auswirkungen. Zahlreiche Opfer waren aufgrund ihres jungen Alters noch nicht erwerbstätig und folglich nicht nach UVG versichert und haben im Falle einer Invalidität keinen Anspruch auf eine Invalidenrente der UV, während die Unfallversicherungsdeckung in der KV keine solche vorsieht. Daneben werden auch die Invalidenleistungen der Invalidenversicherung (IV), der beruflichen Vorsorge (bV) und der Militärversicherung (MV) betrachtet. Der historisch gewachsene, ungleiche Schutz abhängig von Erwerbsstatus und invalidisierender Ursache soll erläutert werden.

Im zweiten Teil wird aufgezeigt, dass die Leistungen der 1. Säule der Altersvorsorge (Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHV) allein, entgegen der verfassungsrechtlich vermittelten Erwartung von Art. 112 Abs. 2 lit. b BV[3], nicht zur Existenzsicherung ausreichen. Häufig decken die Altersleistungen nicht einmal zusammen mit der 2. Säule (bV) den Lebensbedarf im Rentenalter, so dass die Versicherten auf staatliche Bedarfsleistungen (Ergänzungsleistungen, EL) angewiesen sind. Dies ist insbesondere aus dem Grund problematisch, dass die aktuelle Ausgestaltung der bV Menschen mit tiefem Einkommen, Teilzeitarbeitnehmende und Selbständigerwerbende oft vollständig vom System der 2. Säule ausschliesst. Sind die Betroffenen unverheiratet, werden sie zusätzlich durch das Erbrecht benachteiligt und müssen ohne letztwillige Verfügung regelmässig auf ihre eigenen Ersparnisse zugreifen, um im Alter ihre Existenz zu sichern.

Der letzte Teil befasst sich mit der Existenzsicherung durch die bedarfsabhängigen, gegenüber den Sozialversicherungen subsidiären, Systeme. Dabei bildet die Sozialhilfe das unterste Netz der sozialen Sicherheit in der Schweiz. Daneben wird insbesondere auf die EL und die Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV, welche die elementaren menschlichen Bedürfnisse sichert und diejenigen Personen auffängt, die weder von den Sozialversicherungen noch von der Sozialhilfe unterstützt werden, eingegangen. Es sollen die Unterschiede sowie das Verhältnis dieser Systeme zueinander untersucht werden. Dabei stellen sich insbesondere Fragen im Hinblick auf die in den letzten Jahren in manchen Kantonen eingeführten oder verschärften Bestimmungen zum Vermögens-

---

2 Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20).

3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

verzicht, welche auch vor der Anspruchsbegründung erfolgte Vermögensverzichte berücksichtigen und zu Leistungsverweigerungen oder -kürzungen führen können.

Abschliessend werden zukünftige Entwicklungen skizziert und Änderungsvorschläge diskutiert, wie die soziale Absicherung der behandelten Risiken auf ein stabileres Fundament gestellt werden kann.

II. Die Existenzsicherung bei Invalidität

A. Aktuelle Rechtslage

1. Das soziale Risiko Invalidität

Das soziale Risiko Invalidität[4] findet seine Legaldefinition in Art. 8 Abs. 1 ATSG[5]. Demzufolge ist Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Wobei Erwerbsunfähigkeit als der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach Behandlung und Eingliederung ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt definiert ist (Art. 7 Abs. 1 ATSG). Der Begriff verlangt eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche sich auf die (verbleibenden) wirtschaftlichen Möglichkeiten, nicht auf die gesundheitlichen Beeinträchtigungen stützt.[6] Dies äussert sich auch darin, dass der Invaliditätsgrad bei Erwerbstätigen gemäss Art. 16 ATSG durch einen Einkommensvergleich bemessen wird. Die konkrete Bemessung – welche in verschiedener Hinsicht problembehaftet ist – ist indes nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags.[7]

Zumindest für Invalidenrenten ist der Invaliditätsbegriff einheitlich.[8] Er gilt für alle hiernach behandelten Sozialversicherungen, auch für die obligatori-

---

4 Vgl. zum Begriff der Invalidität Biaggini Giovanni, Art. 111, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Rz. 1b m.w.H.

5 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1).

6 Locher Thomas/Gächter Thomas, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. A., Bern 2014, § 38 Rz. 2.

7 Hierzu Egli Philipp et al., Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, Zürich 2021; sowie jüngst zum Urteil des Bundesgerichts 8C_823/2023 vom 8. Juli 2024 und der angepassten Verordnungsbestimmung Meier Michael E./Gächter Thomas, So nicht! Bundesgericht stoppt BSV, Jusletter, 7. Oktober 2024.

8 Anders als beim einheitlichen rentenrelevanten Invaliditätsbegriff, findet sich in den Einzelgesetzen ein unterschiedlicher sogenannter leistungsspezifischer Invaliditätsbegriff; Siki

sche bV (Art. 23 BVG[9] i.V.m. Art. 4 IVG[10] i.V.m. Art. 8 ATSG).[11] Die Ursache ist für den Begriff der Invalidität nicht von Bedeutung. Dies bedeutet allerdings keineswegs, dass die sich daraus ergebenden Leistungen hiervon nicht berührt würden, da abhängig von der Ursache unterschiedliche Sozialversicherungen Leistungen vorsehen. Als mögliche invalidisierende Ursachen sind Krankheiten, Unfälle und Geburtsgebrechen zu nennen. Als Unfall gemäss Art. 4 ATSG gilt eine plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, welche eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. Demgegenüber gilt (subsidiär) jede Beeinträchtigung der Gesundheit mit einer gewissen Gewichtigkeit, welche nicht als Folge eines Unfalles qualifiziert, als Krankheit nach Art. 3 Abs. 1 ATSG.[12] Zu den Krankheiten sind auch die Geburtsgebrechen zu zählen. Diese tragen lediglich das zusätzliche Merkmal, dass sie bereits bei vollendeter Geburt bestehen (Art. 3 Abs. 2 ATSG). Auf die vorliegende Betrachtung hat dies allerdings keine Auswirkungen, weshalb im Folgenden lediglich zwischen Unfällen und Krankheiten unterschieden wird, wobei die Ausführungen zu Letzteren auch für Geburtsgebrechen gelten.

2. Rentenleistungen bei Invalidität

Rentenleistungen bei Invalidität finden sich in der IV, der bV, der UV und der MV. Ergänzend zu den (teil-)obligatorischen Sozialversicherungen sind Invalidenrenten in der privaten Vorsorge zu finden. Die genannten Sozialversicherungen unterscheiden sich vornehmlich im Kreis der versicherten Personen als auch im Umfang der versicherten Leistungen bei Invalidität. Welche Sozialversicherungen greifen, hängt von den jeweiligen Gegebenheiten ab. Insofern mehrere Versicherungen Leistungen vorsehen, sind diese zu koordinieren.

a. … in der Invalidenversicherung

Die IV bildet zusammen mit der AHV und den EL die 1. Säule des schweizerischen Dreisäulenvorsorgesystems. Sie ist als sogenannte «Volksversicherung» ausgestaltet, welche grundsätzlich die gesamte Wohnbevölkerung versichert, also neben den Arbeitnehmenden auch die Selbständigerwerbenden und «so-

---

Eva, Invalidität und Sozialversicherung, Diss. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2012, XIX f., 139 f.; Locher/Gächter (Fn. 6), § 10 Rz. 3.

9 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40).

10 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20).

11 Stauffer Hans-Ulrich, Berufliche Vorsorge, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 989 f.

12 Locher/Gächter (Fn. 6), § 6 Rz. 3 ff., 9.

gar» die Nichterwerbstätigen.[13] Unabhängig davon, ob die jeweiligen Personen erwerbstätig sind, zählen insbesondere alle natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz zu den Versicherten (Art. 1*b* IVG i.V.m. Art. 1*a* Abs. 1 lit. a AHVG[14]).

Ist keine Eingliederung möglich, gewährt die IV nach einer Frist von einem Jahr mit mindestens 40%iger Arbeitsunfähigkeit und ab einem Invaliditätsgrad von 40% Invalidenrenten (Art. 28 IVG). Ob ein Unfall oder eine Krankheit Ursache der Invalidität war, ist in der IV als final ausgestaltete Sozialversicherung unerheblich.

Die höchste mögliche Rente der IV beträgt aktuell CHF 2'520 monatlich (Art. 37 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 und 5 AHVG). Dies ergibt eine jährliche Rente von CHF 30'240. Die minimale Rente (bei vollständiger Beitragsdauer) beträgt demgegenüber die Hälfte, also CHF 1'260 im Monat bzw. CHF 15'120 im Jahr. Im konkreten Fall wird die Rentenhöhe bei einer vollständigen Beitragsdauer innerhalb des genannten Rahmens abhängig vom massgebenden durchschnittlichen Jahreseinkommen berechnet (Art. 29bis ff. AHVG). Die so errechneten ganzen Renten der IV werden ab einem Invaliditätsgrad von mindestens 70% ausgerichtet (Art. 28*b* Abs. 3 IVG). Bei einem tieferen Invaliditätsgrad zwischen 40 und 70% ergibt sich die anteilsmässige Abstufung ausgehend von dieser ganzen Rente aus Art. 28*b* IVG. Bei einem Invaliditätsgrad unter 40% besteht kein Anspruch auf eine Rente der IV.[15]

b. … in der beruflichen Vorsorge

Abweichend von der IV handelt es sich bei der bV (2. Säule) um eine sogenannte «Klassenversicherung».[16] Obligatorisch versichert sind gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG (lediglich) Arbeitnehmende die älter als 17 Jahre alt sind und ab ei-

---

13 Maurer Alfred, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 1983, 263.

14 Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10).

15 Die teilweise umstrittenen Berechnungsmethoden des Invaliditätsgrades verschärfen die Situation insofern, als dass die 40% Schwelle regelmässig nicht erreicht wird. Ausführlich zur Invaliditätsbemessung Egli et al. (Fn. 7). Seit dem 1. Januar 2024 werden gemäss Art. 26bis Abs. 3 IVV (Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961, SR 831.201) Pauschalabzüge von maximal 20% von den Tabellenlöhnen abgezogen (AS 2023 635), wobei nach dem Urteil des Bundesgerichts 8C_823/2023 vom 8. Juli 2024 u.E. fraglich erscheint, ob diese erneut überarbeitete Verordnungsbestimmung gesetzeskonform ist.

16 Scartazzini Gustavo/Hürzeler Marc, Bundessozialversicherungsrecht, 4. A., Basel 2012, § 11 Rz. 14, sprechen von einer «Gruppenversicherung», was in der Schweiz der bevorzugte Ausdruck sei.

nem gewissen Jahreslohn.[17] Sie wird deshalb auch als Arbeitnehmendenversicherung beschrieben.[18] Selbständigerwerbende[19] sind demgegenüber nicht obligatorisch in der bV versichert, können sich aber freiwillig versichern lassen (Art. 4 Abs. 1 BVG). Von der in Art. 3 BVG vorgesehenen Möglichkeit, Berufsgruppen von Selbständigerwerbenden der obligatorischen Versicherung zu unterstellen, hat der Bundesrat bisher keinen Gebrauch gemacht. Weder obligatorisch noch freiwillig versichern können sich Nichterwerbstätige sowie Erwerbstätige, welche die Eintrittsschwelle von aktuell CHF 22'680 Jahreslohn nicht erreichen (Art. 4 Abs. 2 BVG).[20]

Erreicht eine Person mit mehreren Arbeitsverhältnissen in der Summe einen Jahreslohn über der Eintrittsschwelle, erlaubt Art. 46 Abs. 1 BVG immerhin eine freiwillige Unterstellung bei einer der Vorsorgeeinrichtungen, welcher einer ihrer Arbeitgeber angeschlossen ist, allerdings nur, wenn deren reglementarische Bestimmungen dies erlauben. Ist dies nicht vorgesehen, bleibt die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung bei der Auffangeinrichtung.[21] Insofern dies nicht aktiv abgeschlossen wird, bleiben auch Arbeitnehmende, welche – verteilt auf mehrere Arbeitgebende – in der Summe u.U. deutlich mehr als CHF 22'680 im Jahr verdienen, in der bV unversichert.[22]

Versichert ist in der obligatorischen bV maximal ein koordinierter Jahreslohn von CHF 64'260 (Art. 8 Abs. 1 BVG). Der minimale koordinierte Lohn beträgt demgegenüber CHF 3'780 (Art. 8 Abs. 2 BVG). Gestützt auf das hieraus geäufnete Altersguthaben – ohne Berücksichtigung einer künftigen Lohnentwicklung – wird gemäss Art. 24 BVG die Höhe einer allfälligen Invalidenrente berechnet (Beitragsprimat). In der Praxis ist für Invalidenrenten eine Festsetzung der Invalidenrente im Leistungsprimat und damit eine von Art. 24 BVG ab-

---

17 Wobei gemäss Art. 1j Abs. 1 BVV 2 (Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984, SR 831.441.1) auch gewisse Gruppen von Arbeitnehmenden von der obligatorischen Versicherung ausgenommen wurden.

18 Kieser Ueli, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 3/144; Scartazzini/Hürzeler (Fn. 16), § 15 Rz. 2.

19 Zur sozialversicherungsrechtlichen Unterscheidung zwischen Selbständig- und Unselbständigerwerbenden Locher/Gächter (Fn. 6), § 24.

20 Stauffer (Fn. 11), Rz. 691. Die freiwillige Versicherung ist allerdings von der weitergehenden beruflichen Vorsorge zu unterscheiden. Art. 4 BVG steht einem Vorsorgeplan nicht entgegen, welcher Arbeitnehmende bereits bei Einkommen versichert, die die gesetzliche Eintrittsschwelle nicht erreichen. Einen solchen bietet neu auch die Auffangeinrichtung an, siehe hierzu Gamba Marc, Jeder Lohn zählt: Vorsorgeplan für Teilzeitbeschäftigte, Soziale Sicherheit CHSS, 20. Mai 2026.

21 Vgl. auch Art. 46 Abs. 2 BVG für den Fall, dass bei mindestens einem Arbeitgeber die Eintrittsschwelle erreicht wird.

22 Die freiwillige Unterstellung ist demnach dem überobligatorischen Bereich der bV zuzuordnen; Stauffer (Fn. 11), Rz. 688.

weichende Berechnungsweise verbreitet.[23] Hiernach wird die Höhe in Prozent (beispielsweise 60% in der BVK)[24] des versicherten Lohns errechnet.[25] Die sich daraus ergebenden höheren Renten sind dem Überobligatorium zuzurechnen. Die Höhe der Invalidenrenten kann demnach, abhängig vom versicherten Lohn bzw. dem Alterskapital, stark variieren.

Bezüglich des Invaliditätsgrades ist die Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich an die Feststellung der IV gebunden.[26] Auch der IV entsprechend werden Invalidenrenten (zumindest im Obligatorium) erst ab einem Invaliditätsgrad von 40% gesprochen (Art. 23 lit. a BVG).[27] Ob die Invalidität Folge eines Unfalls oder einer Krankheit ist, ist im Obligatorium der bV nicht relevant. Bedeutend für die Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung ist allerdings der sachliche Konnex, welcher verlangt, dass die invalidisierende Ursache dieselbe ist wie diejenige, welche zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat.[28]

c. … in der Unfallversicherung

Auch die UV nach UVG ist als Klassen- bzw. Arbeitnehmendenversicherung ausgestaltet. Obligatorisch versichert sind in erster Linie die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmenden (Art. 1*a* Abs. 1 lit. a UVG). Daneben sind Personen, welche eine Arbeitslosenentschädigung gemäss AVIG[29] beziehen, und gewisse Personen in einem arbeitsvertragsähnlichen Verhältnis obligatorisch nach dem UVG versichert (Art. 1*a* Abs. 1 lit. b und c sowie Abs. 2 UVG). Selbständigerwerbende sind von dem Versicherungsobligatorium nicht erfasst, sie können sich jedoch gemäss Art. 4 Abs. 1 UVG freiwillig versichern lassen, insofern der versicherte Verdienst mindestens CHF 66'690 beträgt (Art. 138 Satz 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 UVV[30]).[31]

---

23 STAUFFER (Fn. 11), Rz. 447.

24 Art. 46 Abs. 1 Vorsorgereglement der BVK, Stand 1. Januar 2026, <https://bvk.ch/fileadmin/dam/forms/Rechtsgrundlagen/Vorsorgereglement_2026_4.pdf>.

25 In der Regel ergibt dies eine Leistung, welche höher ausfällt, als wenn diese nach Art. 24 BVG berechnet würde (Stichwort: Schattenrechnung). Solange dies der Fall ist, ist eine solche Berechnung gesetzeskonform. Hierzu MEIER MICHAEL E., Das Anrechnungsprinzip in der beruflichen Vorsorge, Diss. Zürich 2019, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 360 und 78.

26 Zur sog. Bindungswirkung STAUFFER (Fn. 11), Rz. 1016 ff.; statt vieler BGE 143 V 434 E. 2.2 S. 437.

27 Zum Zusammenspiel der ersten beiden Säulen unten III.A.1. erster Abschnitt.

28 STAUFFER (Fn. 11), Rz. 1042 ff.

29 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz, SR 837.0).

30 Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202).

31 Die vom Bundesrat vorgeschlagene Senkung auf CHF 44'460 befindet sich bis zum 2. April 2026 in der Vernehmlassung. Durch die Änderung würde die freiwillige UV für mehr Selbständigerwerbende zugänglich, da aktuell rund 75% die Eintrittsschwelle nicht erreichen;

Anders als in den vorstehend betrachteten Sozialversicherungen setzen Invalidenrenten aus der UV gemäss Art. 18 Abs. 1 UVG einen Unfall gemäss Art. 4 ATSG als Ursache der Invalidität voraus. Berufskrankheiten werden nach Art. 9 Abs. 3 UVG einem Unfall gleichgestellt. Als solche gelten Krankheiten, welche bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind (Art. 9 Abs. 1 UVG).[32] Alle übrigen Krankheiten werden von der UV nicht erfasst.

Weiter wird zwischen Berufs- (Art. 7 UVG) und Nichtberufsunfällen (Art. 8 UVG) unterschieden, wobei diese Differenzierung lediglich für Teilzeitbeschäftigte eine Rolle spielt, deren wöchentliche Arbeitszeit bei einem Arbeitgeber weniger als acht Stunden pro Woche beträgt. Diese sind nicht gegen Nichtberufsunfälle versichert (Art. 13 Abs. 1 UVV *e contrario*; Art. 8 Abs. 2 UVG) dafür zählen für sie Unfälle auf dem Arbeitsweg als Berufsunfälle (Art. 7 Abs. 2 UVG).

Im Falle einer Invalidität wird von der UV bereits ab einem Invaliditätsgrad von 10% eine Rente bezahlt (Art. 18 Abs. 1 UVG). Bei einem Invaliditätsgrad von 100% beträgt die Höhe der Rente 80% des versicherten Verdienstes (Art. 20 Abs. 1 UVG), allerdings maximal CHF 148'200 im Jahr (Art. 22 Abs. 1 UVV).

Eine spezielle, privilegierte Regelung findet sich in Art. 24 Abs. 3 UVV für Versicherte in Ausbildung. Diese sieht vor, dass der versicherte Verdienst bei Versicherten, welche aufgrund beruflicher (Grund-)Ausbildung nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit derselben Berufsart bezogen, aufgrund des Lohns des anvisierten Berufs festgesetzt wird. Keine Anwendung findet diese Bestimmung wegen des fehlenden unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Erwerbstätigkeit und Ausbildung allerdings auf Studierende mit einem Nebenjob[33] oder in Teilzeit an Universitäten angestellte Doktorierende.[34]

Mit Erreichen des AHV-Referenzalters wird die Invalidenrente der UV nicht zu einer Altersrente umgewandelt, sondern weiterbezahlt. Seit der 1. UVG-Revision, in Kraft seit dem 1. Januar 2017, ist bei invalidisierenden Unfällen von über 45-Jährigen indes eine Kürzung der Invalidenrenten vorgesehen (Art. 20

Erläuternder Bericht des BAG zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung der UVV, Senkung und Flexibilisierung der Eintrittsschwelle zur freiwilligen Unfallversicherung, Bern Dezember 2025, <https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2025/105/cons_1>.

32 Welche Stoffe als schädigend und welche Erkrankungen als arbeitsbedingt i.S.v. Art. 9 Abs. 1 UVG gelten, ergibt sich aus Anhang 1 UVV.

33 Kritisch hierzu Riemer-Kafka Gabriela, Bildung, Ausbildung und Weiterbildung aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, SZS 2004, 220 ff., 226, welche eine Ausdehnung auf alle Personen in Ausbildung fordert.

34 BGer 8C_112/2024 vom 13. März 2025 E. 5.

Abs. 2ter UVG). Damit sollen allfällige Überentschädigungen (namentlich beim Zusammenfallen mit Altersrenten der 1. und 2. Säule) verhindert werden.[35] Ereignet sich der Unfall hingegen nach Erreichen des Referenzalters, besteht gemäss Art. 18 Abs. 1 UVG kein Anspruch auf eine Invalidenrente der UV.[36]

Keine UV nach UVG stellt demgegenüber die «Unfallversicherung» in der KV dar. Diese gewährt zwar Leistungen bei Unfall, soweit dafür keine UV aufkommt (Art. 1*a* Abs. 2 lit. b KVG) und deckt damit das Unfallrisiko grundsätzlich ab. Allerdings richten sich die Leistungen nach dem KVG. Es werden daher die gleichen Leistungen erbracht wie bei einer Krankheit (Art. 28 KVG). Geldleistungen, insbesondere Invalidenrenten, sind in der obligatorischen KV keine vorgesehen.

d. … in der Militärversicherung

Der Kreis der versicherten Personen ist in der MV noch enger gezogen als in den voranstehend betrachteten Klassenversicherungen. Versichert sind primär Personen, die Dienste (Militär-, Zivilschutz- und Zivildienst) leisten, sowie Bundesangestellte in militärischen Funktionen. Eine Liste aller versicherten Personen findet sich in Art. 1*a* Abs. 1 MVG[37].

Während ein Grossteil der Leistungen nahe an denen der UV stehen, sind – anders als in der UV – auch krankheitsbedingte Gesundheitsschäden versichert. Abhängig vom Zeitpunkt der Feststellung der Gesundheitsschädigung «haftet» die MV (Art. 5–7 MVG). Bei jeder Gesundheitsschädigung, welche während des Dienstes in Erscheinung tritt, gemeldet oder sonst wie festgestellt wird, erbringt die MV Leistungen (Art. 5 Abs. 1 MVG). Die weiteren Fälle, welche zu Leistungen der MV führen, ergeben sich aus Art. 6 f. MVG.

Invalidenrenten sind in Art. 40 ff. MVG vorgesehen. Abweichend von der UV präsentiert sich die MV nicht nur indem auch krankheitsbedingte Invalidenrenten erbracht werden. Weiter werden Invalidenrenten bereits ab einem Invaliditätsgrad von weniger als 10% gesprochen.[38] Der unfallversicherungsrechtlichen Regelung entsprechend beträgt die Invalidenrente bei vollständiger Invalidität 80%

---

35 Vgl. hierzu Zusatzbotschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 19. September 2014, BBl 2014 7923 ff.

36 Zur sozialversicherungsrechtlichen Stellung von Arbeitnehmenden nach Erreichen des AHV-Referenzalters GÄCHTER THOMAS/SUTER ROBIN, Arbeiten nach 65, in: Gsell Beate/Rüfner Thomas/Babusiaux Ulrike (Hrsg.), Die unverzichtbare Wissenschaft – The Indispensable Science, Festschrift für Wolfgang Ernst zum 70. Geburtstag, Tübingen 2026, 293 ff.

37 Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (SR 833.1).

38 Wobei Invalidenrenten bei einem Invaliditätsgrad von nicht mehr als 10% nach ihrem Barwert ausgekauft werden können (Art. 46 Abs. 1 MVG).

des versicherten Verdienstes, welche bei teilweiser Invalidität entsprechend herabgesetzt wird (Art. 40 Abs. 2 MVG). Abweichend ist demgegenüber der höher angesetzte Höchstbetrag des versicherten Jahresverdienstes von CHF 163'722 (Art. 15 Abs. 1 MVV[39]).[40]

Mit dem Bezug einer ganzen AHV-Altersrente bzw. spätestens mit Erreichen des Referenzalters werden Invalidenrenten der MV um die Hälfte reduziert und als Altersrenten weiter ausgerichtet (Art. 47 Abs. 1 MVG). Eine Kürzung wie in der UV bei Eintritt der Invalidität in den Jahren vor dem Referenzalter findet sich in der MV demgegenüber keine.

e. … in der privaten Vorsorge

Ergänzend zu den betrachteten (obligatorischen) Versicherungen sind in der privaten Vorsorge, also in der gebundenen und steuerbegünstigten Säule 3a nach Art. 82 BVG[41] – welche allen Erwerbstätigen offensteht – sowie in der steuerlich nicht begünstigten, freien Vorsorge (Säule 3b) – welche auch Nichterwerbstätigen zugänglich ist –, verschiedenste ergänzende Vorsorge- und Versicherungsangebote möglich, welche beispielsweise in Form von Lebensversicherungen auch Rentenleistungen im Invaliditätsfall vorsehen können.

3. Leistungsumfang und -koordination bei Invalidität

Abhängig von der jeweiligen Konstellation sind von mehreren Sozialversicherungen gleichartige Leistungen vorgesehen. Diese sind zu koordinieren. Unter Vorbehalt einer allfälligen Überentschädigung werden Renten verschiedener Sozialversicherungen kumulativ gewährt (Art. 66 Abs. 1 ATSG). Aufgrund der expliziten Bezugnahme auf die bV nach BVG, ist die weitergehende bV von der Regelung in Art. 66 Abs. 2 ATSG nicht erfasst, wohl aber das Obligatorium, was sich auch aus Art. 34*a* Abs. 2 BVG ergibt.[42]

Die Kaskadenordnung in Art. 66 Abs. 2 ATSG sieht für Invalidenrentenleistungen folgende Reihenfolge für die Gewährung der einzelnen Sozialversicherungen vor:

---

39 Verordnung über die Militärversicherung vom 10. November 1993 (SR 833.11).

40 Daneben kennt die MV eine Integritätsschaden*rente* gemäss Art. 48 ff., wogegen in der UV eine einmalige Integritätsentschädigung vorgesehen ist (Art. 24 f. UVG).

41 Die eingehende Regelung der Säule 3a findet sich in der Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen vom 13. November 1985 (BVV 3, SR 831.461.3).

42 Hürzeler Marc, Art. 66, in: Frésard-Fellay Ghislaine/Klett Barbara/Leuzinger Susanne (Hrsg.), Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2. A., 2025, Rz. 18.

1. Invalidenversicherung (1. Säule)
2. Unfallversicherung oder Militärversicherung
3. Berufliche Vorsorge (2. Säule)

Würde eine Kumulation zu einer Überentschädigung führen, nimmt die in dieser Kaskadenordnung nachrangige Versicherung – anhand der für sie massgebenden Überentschädigungsregelungen – eine Kürzung ihrer Leistungen vor. Folglich werden die Leistungen bis zur höchsten vorgesehenen Überentschädigungsgrenze kumuliert.[43] Diese beträgt in der UV 90% des versicherten Verdienstes (Art. 20 Abs. 2 UVG) und wird durch Komplementärrenten zur IV-Rente erreicht. In der bV beträgt die Überentschädigungsgrenze 90% des mutmasslich entgangenen Verdienstes (Art. 34*a* Abs. 1 BVG). Das MVG enthält keine eigene Überentschädigungsregelung, weshalb dort Art. 69 ATSG zur Anwendung gelangt. Diese sieht eine höhere Überentschädigungsgrenze vor, da sie keine derartige Begrenzung auf 90% vorsieht, wie sich diese in der UV und bV findet.[44]

4. Zwischenfazit

Insbesondere abhängig vom Erwerbsstatus einer Person ergeben sich unterschiedliche Kombinationen. So ist neben einer alleinigen Versicherung in der IV oder einer Versicherung in allen drei Zweigen auch möglich, dass eine Person neben der Versicherung in der IV nur in der bV oder nur in der UV versichert ist. Diese Konstellationen ergeben sich sowohl bei Selbständigerwerbenden – welchen die UV, wie auch die bV freiwillig offenstehen – als auch bei Arbeitnehmenden, welche die Eintrittsschwelle der bV nicht erreichen, aber in der UV versichert sind.

Möglich sind ferner Fälle, in welchen kein Anspruch auf Invalidenrenten der IV (und der bV) besteht, aber ein solcher auf Invalidenrenten der UV. Diese Situation ergibt sich, wenn der Grad der Invalidität zwischen 10% und 39% liegt und – damit die UV überhaupt leistungspflichtig wird – ein Unfall oder eine Berufskrankheit für den Eintritt der Invalidität ursächlich war.[45]

---

43 HÜRZELER, Art. 66, BSK ATSG, Rz. 8.

44 Eine Überentschädigung liegt hiernach in dem Masse vor, als die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen den wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen übersteigen (Art. 69 Abs. 2 ATSG).

45 In diesen Fällen betragen die Invalidenrenten 80% des versicherten Verdienstes, gekürzt entsprechend des Invaliditätsgrades (Art. 20 Abs. 1 UVG bzw. Art. 40 Abs. 2 MVG).

Ist eine Person demgegenüber nicht unfallversichert oder präsentiert sich eine (Nichtberufs-)Krankheit – insbesondere auch Geburtsgebrechen – als invalidisierende Ursache und ist die Person nicht in der bV (oder in der MV) versichert, hat sie ausschliesslich in der IV einen Anspruch auf Invalidenrenten. Diese vermögen das Existenzminimum regelmässig nicht zu decken, weshalb betroffene Personen oftmals auf EL angewiesen sind.[46]

B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte

Wie im voranstehenden Kapitel erläutert, wird das interessierende Risiko der Invalidität überschneidend von mehreren Sozialversicherungszweigen abgedeckt. Die damit einhergehenden Doppelspurigkeiten, unterschiedlichen Leistungsniveaus und Koordinationsbedürfnisse sind historisch gewachsen und lassen sich nur vor diesem Hintergrund erklären.[47]

Vor der Schaffung der ersten Sozialversicherungen wurde die soziale Absicherung vorwiegend durch die Familie oder Sippschaft gewährleistet. Daneben wurde eine gewisse Fürsorge durch die Kirche geboten und verschiedene Selbsthilfeorganisationen bildeten sich.[48] Mit der Industrialisierung gingen ein gesellschaftlicher Wandel und veränderte Arbeits- und Lebensweisen einher, was bestehende Sicherheiten infrage stellte. Neben genossenschaftlich organisierten Krankenkassen entstanden erste Pensionskassen für Beamte. Auf kantonaler Ebene wurde in Glarus bereits 1904 die erste obligatorische Alters- und Invalidenversicherung geschaffen, welche die gesamte Bevölkerung einschloss.[49]

Auf Bundesebene wurde zum Schutz von Arbeitnehmenden eine Kausalhaftung der Arbeitgebenden bei Berufsunfällen eingeführt. Sie findet sich erstmals in Art. 5 des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877.[50] Dieser verweist bereits auf ein dazumal noch zu erlassendes Bundesgesetz zur Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Nachdem ebendieses Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881[51] folgte – welches lediglich auf Fabrikbetreiber Anwendung fand – wurde die Arbeitge-

---

46 Hierzu unten III.A.2. zweiter Abschnitt.

47 Zur Entstehungsgeschichte der Sozialversicherungen MAURER ALFRED, Geschichte des schweizerischen Sozialversicherungsrechts, Berlin 1981; MAURER (Fn. 13), 81 ff.; LOCHER/GÄCHTER (Fn. 6), § 3; MEYER ULRICH, Allgemeine Einführung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. A., Basel 2016, 1 ff., Rz. 1 ff.

48 MAURER (Fn. 13), 81 f.; LOCHER/GÄCHTER (Fn. 6), § 3 Rz. 2 ff.

49 MAURER (Fn. 13), 92 f.

50 BBl 1877 II 483; HÜRZELER MARC/USINGER-EGGER PATRICIA, Einführung in das schweizerische Unfallversicherungsrecht, Bern 2021, 1 f.

51 BBl 1881 III 549.

berhaftung bereits im Jahr 1887 auf weitere Gewerbe ausgedehnt[52] und neben Berufsunfällen wurden für gewisse Industrien auch Berufskrankheiten als haftungsbegründend anerkannt.[53] Zumindest für die Arbeitnehmenden von betroffenen Arbeitgebenden bedeutete dies grundsätzlich eine Verbesserung, da sie bei Berufsunfällen oder Berufskrankheiten einen Anspruch gegenüber ihren Arbeitgebenden geltend machen konnten (bzw. mussten).[54]

In der Volksabstimmung vom 26. Oktober 1890 wurde Art. 34bis aBV[55] mit über 75% der Stimmen in die Verfassung eingeführt.[56] Diese Verfassungsgrundlage sah vor, dass der Bund auf dem Wege der Gesetzgebung und unter Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen,[57] eine Kranken- und Unfallversicherung einrichtet und diese allgemein oder für einzelne «Bevölkerungsklassen» obligatorisch erklären kann.

Beeinflusst von den Entwicklungen unter Reichskanzler Otto von Bismarck im deutschen Kaiserreich – namentlich der Einführung der weltweit ersten staatlichen UV –[58] kam mit der sogenannten «Lex Forrer»[59] eine koordinierte Gesamtordnung zur Volksabstimmung. Diese hätte die Kranken-, Unfall- und Militärversicherung in einem in sich geschlossenen System geregelt und für Arbeitnehmende – unabhängig von deren Berufszweig – mit einem Jahresgehalt bis zu CHF 5'000 eine obligatorische KV (Art. 1 ff. Lex Forrer) sowie eine obligatorische UV (Art. 237 Lex Forrer) vorgesehen, welche unter anderem Invalidenrenten erbracht hätte (Art. 252 ff. Lex Forrer). Am 20. Mai 1900 kam es an der Urne jedoch mit beinahe 70% Nein-Stimmen zu einer deutlichen Ablehnung, womit der Verfassungsauftrag aus Art. 34bis aBV vorerst unerfüllt blieb.[60]

---

52 Bundesgesetz betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881 vom 26. April 1887, BBl 1887 III 1.

53 Bereits Art. 5 lit. d des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 sah vor, dass sich die Haftung für durch den Bundesrat zu bezeichnende Industrien auch auf Berufskrankheiten erstreckt. Der Bundesrat hat diese durch Bundesratsbeschlüsse (BBl 1887 IV 877; 1901 I 83) festgelegt.

54 Allerdings war der Betrag gesetzlich auf maximal CHF 6'000 begrenzt (Art. 6 Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, BBl 1881 III 551), was zumindest für schwerere Fälle unzureichend erscheint; MAURER (Fn. 13), 94.

55 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101).

56 BBl 1890 IV 1127; 1889 IV 825.

57 Bereits aus der Erwähnung der bestehenden Krankenkassen im Verfassungstext, ergibt sich deren politischer Einfluss, welcher sich sodann auch in der Ablehnung der sogenannten «Lex Forrer» äusserte. Hierzu sogleich.

58 Hierzu MAURER (Fn. 13), 86 ff.

59 Bundesgesetz betreffend die Kranken- und Unfallversicherung mit Einschluss der Militärversicherung vom 5. Oktober 1899, BBl 1899 IV 853.

60 BBl 1900 III 293.

In der Folge wurde bereits 1901 das Militärversicherungsgesetz[61] – als erstes Sozialversicherungsgesetz des Bundes –[62] erlassen, wobei der Kreis der versicherten Personen lediglich Militärpersonen umfasste. Als Bestandteil der Lex Forrer war die MV nicht umstritten, weshalb diese einzeln ohne Widerstand eingeführt werden konnte.[63] Diese Auftrennung in Einzelgesetze legte den Grundstein für die bis heute bestehende Zersplitterung des Sozialversicherungsrechts. So kann die Ablehnung der Lex Forrer als Ursprung der unterschiedlichen Behandlung und Versicherungsunterstellung bei Unfall und Krankheit sowie deren Folgen verstanden werden.[64]

In einer weiteren Volksabstimmung vom 4. Februar 1912 wurde sodann das KUVG[65] mit rund 54% Ja-Stimmen angenommen.[66] Damit erfuhren die KV und die UV zwar eine Regelung in einem gemeinsamen Gesetz, wurden ansonsten aber grundlegend unterschiedlich aufgebaut. Im Sinne einer mehrheitsfähigen Lösung wurden für die Durchführung der KV die bereits bestehenden Krankenkassen als Versicherungsträgerinnen beibehalten.[67] Als einzige Versicherungsträgerin der UV wurde die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) geschaffen.

Mit dem KUVG wurde die Haftpflicht der Arbeitgebenden durch eine (teil-)obligatorische UV ersetzt. Für die betroffenen Arbeitnehmenden war diese Entwicklung zu begrüssen, da im Falle des Risikoeintritts ein Anspruch auf Versicherungsleistungen entstand. Indem gemäss Art. 60 Ziff. 1–4 KUVG allerdings nur Arbeitnehmende in Berufen mit erhöhten Arbeitsrisiken – vorwiegend Industrie- und Fabrikarbeitende – der obligatorischen Versicherung unterstellt wurden, wurde der Kreis der obligatorisch Versicherten deutlich enger gezogen, als dies die Lex Forrer vorgesehen hätte. Immerhin fanden sich in Art. 76 ff. KUVG – abgesehen von der MV – erstmals Invalidenrentenleistungen in einer obligatorischen Versicherung. Für die KV war hingegen kein Obligatorium mehr vorgesehen.[68]

---

61 Bundesgesetz betreffend Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall vom 28. Juni 1901, BBl 1901 III 965. Dieses Gesetz wurde durch das Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 20. September 1949 aufgebhoben (AS 1949 1671; Art. 64 Abs. 1 lit. a), welches wiederum mit Inkrafttreten 1994 durch das bis heute in Kraft stehende MVG ersetzt wurde.

62 Wobei die MV die Kriterien des Versicherungsbegriffs nicht erfüllt. Hierzu MEYER (Fn. 47), Fn. 15 zu Rz. 5 m.w.H.

63 MAURER (Fn. 13), 95.

64 MEYER (Fn. 47), Rz. 13.

65 Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911, BBl 1911 III 523.

66 BBl 1912 I 425.

67 MEYER (Fn. 47), Rz. 12; LOCHER/GÄCHTER (Fn. 6), § 3 Rz. 7.

68 Anders als die Lex Forrer, welche in Art. 1 eine obligatorische KV für Arbeitnehmende vorsah.

Bereits am 6. Dezember 1925 wurde die Verfassungsgrundlage für die AHV und die IV in Art. 34^{quater} aBV vom Volk genehmigt.[69] Diesmal beeinflusst vom Vereinigten Königreich und dessen Beveridge-Plan erfolgte die Inkraftsetzung des AHVG per 1948,[70] welches die Risiken Alter und Tod für die gesamte Bevölkerung versicherte. Nochmals zwölf Jahre später – für einmal ohne Referendum – folgte das IVG mit Inkraftsetzung per 1. Januar 1960.[71] Dieses lehnt sich an das AHVG an und stellt durch Verweise auf dieses ab.

Mit der IV wurde erstmalig eine Sozialversicherung geschaffen, welche als Volksversicherung auch Nichterwerbstätige und Selbständigerwerbende bei Invalidität versichert. Bis zu diesem Zeitpunkt fand sich eine obligatorische Versicherung des Invaliditätsrisikos nur in Klassenversicherungen, namentlich der UV. Als finale Sozialversicherung erbringt die IV Leistungen unabhängig von der invalidisierenden Ursache.

Mit der Inkraftsetzung des aELG[72] 1966 wurden die EL eingeführt. Dies war nötig, um den Verfassungsauftrag – die AHV- und IV-Renten sollen den Existenzbedarf angemessen decken (Art. 34^{quater} Abs. 2 Satz 3 aBV) – zu erfüllen, da die AHV- und IV-Renten bereits zu diesem Zeitpunkt nicht existenzsichernd waren.[73]

Mit der Revision des Art. 34^{quater} aBV (heute: Art. 111 BV) wurde das Dreisäulensystem durch Annahme in der Volksabstimmung vom 3. Dezember 1972 in der Verfassung verankert[74] und die Grundlage für ein gesetzliches Obligatorium in der bV geschaffen (Art. 34^{quater} Abs. 3 lit. a aBV; heute: Art. 113 Abs. 2 lit. b BV). Zwar verfügten einige Unternehmen bereits im 19. Jahrhundert über Kassen, welche deren Angestellte gegen verschiedene Risiken absichern sollten.[75] Dies erfolgte jedoch ausschliesslich freiwillig. Mit Inkrafttreten des BVG im Jahr 1985 wurden nun alle Arbeitnehmenden ab einer gewissen Jahreslohnhöhe, die das 17. Altersjahr überschritten haben, gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG ob-

---

69 BBl 1926 I 1.

70 Nach dem Scheitern der sogenannten «Lex Schulthess» im Jahr 1931 (BBl 1932 I 1; 1931 I 1000) trat das AHVG (erst) 1948 – nach Annahme in einer Volksabstimmung mit beeindruckenden 80% Ja-Stimmen (BBl 1947 III 176) – in Kraft (Art. 154 Abs. 1 AHVG).

71 AS 1959 853; BBl 1958 II 1137.

72 Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 19. März 1965 (SR 831.30).

73 BBl 1964 II 681. Gemäss der Botschaft vermochten die Rentenbeträge «nur im Bereich der Maximalrenten ein einigermassen existenzsicherndes Einkommen zu gewährleisten», BBl 1964 II 682. Hierzu unten III.A.1.

74 AS 1973 429; BBl 1971 II 1597; 1973 I 73.

75 Daneben bestanden vorwiegend Pensionskassen für Beamte sowie Selbsthilfeorganisationen der Arbeitnehmenden; STAUFFER (Fn. 11), Rz. 1 ff.

ligatorisch in der bV versichert.[76] Weiter wurden die bestehenden Leistungen bei Kassen verbessert, deren Leistungen noch nicht den Anforderungen des BVG entsprachen.[77]

Die Senkung der Eintrittsschwelle (von CHF 25'320 auf CHF 18'990 Jahreslohn)[78] im Rahmen der 1. BVG-Revision im Jahr 2005 hat zu einer Ausweitung der obligatorischen Versicherung in der bV auf eine grössere Anzahl Arbeitnehmender geführt. Eine weitere BVG-Reform wurde vom Volk am 22. September 2024 abgelehnt.[79] Unter anderem hätte diese die Eintrittsschwelle nochmals gesenkt, wodurch schätzungsweise 70'000 weitere – bisher nicht versicherte – Personen vom Obligatorium der 2. Säule erfasst worden wären.[80]

Ein wichtiger Schritt in der UV erfolgte mit Inkrafttreten des UVG im Jahr 1984. Damit wurde die Regelung der UV aus dem KUVG in ein eigenes – ausschliesslich die UV betreffendes – Gesetz überführt. Neben der Einführung der Mehrfachträgerschaft wurde der Kreis der obligatorisch Versicherten auf alle Arbeitnehmenden ausgedehnt.[81] Dadurch wurden deutlich mehr Personen von der obligatorischen UV erfasst, was eine gewichtige Verbesserung der Absicherung der unselbständig erwerbstätigen Bevölkerung bei Berufsunfällen, Berufskrankheiten sowie Nichtberufsunfällen darstellt, welche bis heute anhält. Weiterhin nicht obligatorisch versichert blieben Selbständigerwerbende sowie Nichterwerbstätige.

Nach mehreren gescheiterten Reformversuchen des KUVG hat das Volk am 4. Dezember 1994 das bis heute gültige KVG – mit weniger als 52% Ja-Stimmen eher knapp – angenommen,[82] welches das KUVG ablöst. Erst mit dessen Inkrafttreten am 1. Januar 1996 erhielt die Schweiz eine obligatorische KV für die gesamte Bevölkerung. Einzig das – auch im KVG geregelte – Krankentaggeld blieb weiterhin freiwillig. Bestand hat auch, dass keine Invalidenrenten vorgesehen sind.

Die behandelnde Kommission des Ständerates hielt 1990 fest, dass es einer gesamtheitlichen Ordnung ermangele, womit die Regelungen für die Bürger komplex und wenig durchschaubar erschienen.[83] Die Schaffung eines koor-

---

76 AS 1983 797; BBl 1976 I 149.

77 Tschudi Hans Peter, Das Drei-Säulen-Prinzip, SZS 1987, 1 ff., 5.

78 Heute beträgt die Eintrittsschwelle CHF 22'680, da diese einer Anpassung an die Erhöhungen der AHV-Renten durch den Bundesrat gemäss Art. 9 BVG unterliegt.

79 BBl 2025 1534.

80 Basaglia Silvia/Rudaz Jean-François, Reform der beruflichen Vorsorge auf der Zielgeraden, Soziale Sicherheit CHSS, 30. Mai 2023.

81 BBl 1976 III 141; Hürzeler/Usinger-Egger (Fn. 50), 6 f.

82 BBl 1995 I 278.

83 BBl 1991 II 235 f.

dinierenden Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts sollte Abhilfe schaffen. Nach rund 15-jähriger Behandlung und wiederholter Überarbeitung trat das ATSG («light») am 1. Januar 2003 in Kraft.[84] Seither regelt dieses zweigübergreifend das Verfahrensrecht sowie die Leistungskoordination und bietet einheitliche Legaldefinitionen für gemeinsame Begriffe.[85] Die Regelung des materiellen Sozialversicherungsrechts, bleibt allerdings den Einzelgesetzen überlassen und unterliegt damit weiterhin den sozialpolitischen Auseinandersetzungen.[86] Die h.L. ist sich einig, dass noch immer Verbesserungspotential besteht.[87]

Zusammenfassend sind die heutigen Gegebenheiten, namentlich die ungleiche Absicherung bei Krankheiten gegenüber derjenigen bei Unfällen, mit Blick auf die Entstehungsgeschichte zu verstehen. Erfolgreiche Referenden haben wiederholt Entwicklungen verhindert und die politischen und gesellschaftlichen Gegebenheiten verlangten nach Kompromissen. Infolge der Ablehnung der «Lex Forrer» wurden die Versicherungen und damit die versicherten Risiken getrennt geregelt. So konnten politisch weniger umstrittene Versicherungen (wie die MV) früher eingeführt werden, während andere deutlich länger brauchten, um mehrheitsfähig zu werden. Folglich waren Entwicklungen aufgrund der sich daraus ergebenden systematischen Konzeption oft auf einzelne Sozialversicherungszweige beschränkt. Die Anzahl (obligatorisch) versicherter Personen wurde in den betrachteten Versicherungen indes wiederholt erweitert.

C. Schieflage

1. Invalidisierende Ursache und Versicherungsunterstellung

Heute erbringt die IV als einzige Volksversicherung Invalidenrenten, während es sich bei den weiteren Sozialversicherungen, welche Invalidenrenten kennen – also der UV, der MV und der bV –, um Klassenversicherungen handelt. Nur in der IV ist folglich die gesamte Bevölkerung versichert. Abhängig vom Erwerbsstatus wird diese ergänzt durch weitere Sozialversicherungen.

---

84 AS 2002 3371, 3393; BBl 1991 II 185; 1991 II 910; 1994 V 921. Zur Entstehungsgeschichte des ATSG Berner Hadorn Regina, Die lange Entstehungsgeschichte des ATSG, Soziale Sicherheit CHSS 5/2002, 265 ff.

85 Hauptsächlich einer politischen Mehrheitsfähigkeit geschuldet, gilt das ATSG nicht für die bV. Ansonsten werden alle Sozialversicherungszweige erfasst.

86 BBl 1991 II 238 f.

87 Locher/Gächter (Fn. 6), § 1 Rz. 6 ff.; Meyer (Fn. 47), Rz. 24; Kieser (Fn. 18), Rz. 3/10 ff.; Scartazzini/Hürzeler (Fn. 16), § 1 Rz. 23; Frésard-Fellay Ghislaine, Allgemeine Einführung, BSK ATSG, Rz. 35.

Auffällig ist die Ungleichbehandlung von invalidisierenden Krankheiten gegenüber Unfällen,[88] weshalb die Qualifikation einer invalidisierenden Beeinträchtigung der Gesundheit als Krankheit oder Unfall weitreichende Auswirkungen nach sich ziehen kann. Die deutliche Besserstellung von Personen, welche aufgrund eines Unfalls (oder einer Berufskrankheit) invalid geworden sind, gegenüber Personen, bei welchen eine Krankheit als invalidisierende Ursache erscheint, lässt sich zwar historisch erklären, erscheint u.E. aber nicht zu rechtfertigen und wird in der Lehre bereits seit Langem kritisiert.[89] Exemplarisch zeigt sich dies darin, dass die Folgen eines Nichtberufsunfalls bei Arbeitnehmenden obligatorisch versichert werden, nicht aber diejenigen einer «Nichtberufskrankheit», obwohl die Ursachen in beiden Fällen keinen Bezug zur Arbeit aufweisen.[90]

Teilweise wird verlangt, dass im Sinne einer Harmonisierung, unabhängig von Ursache und Sozialversicherungszweig, in Art und Umfang dieselben Leistungen erbracht werden sollten.[91] So skizziert beispielsweise STEINER eine «Einheitsversicherung» durch die Abschaffung der Unfallversicherung als mögliche Lösung.[92] In diesem Sinne hat sich anfangs auch RIEMER-KAFKA geäussert.[93] Später hat sie diese Lösung aber als nicht durchführbar verworfen.[94] Von TSCHUDI wurde eine solche «monströse Einheitsversicherung» demgegenüber bereits 1985 als unangemessen und utopisch abgetan.[95] Auch er fordert indes eine Harmonisierung und kritisiert die «krasse Schlechterstellung Kranker gegenüber Verunfallten».[96]

Auch bei Unfällen sind die Leistungsniveaus nicht einheitlich. Die subsidiäre «Unfallversicherung» in der KV kann aufgrund des Leistungsumfangs keineswegs mit der UV nach UVG verglichen werden. Die unzutreffende Annahme

---

88 Als Ausnahmen sind Berufskrankheiten sowie Krankheiten zu nennen, welche von der Militärversicherung gedeckt werden.

89 NAEF HANS, Krankheit und Unfall in der schweizerischen Sozialversicherung, SZS 1973, 265; TSCHUDI HANS PETER, Vereinheitlichung des Sozialversicherungsrechts, SZS 1985, 14; STEINER OLIVIER, Die Abschaffung der Unfallversicherung, Zürich/Basel/Genf 2007, 129.

90 Aus diesem Grund schlägt RIEMER-KAFKA GABRIELA, Vereinfachungen im System der schweizerischen Sozialversicherungen, Bern 2014, 3, 196 ff., vor, Nichtbetriebsunfälle aus der UV auszunehmen und der KV zuzuordnen. Dies würde faktisch einen Leistungsabbau bedeuten, im Gegenzug aber die Unterscheidung zwischen Unfall und Krankheit in einer Vielzahl der Fälle erübrigen.

91 RIEMER-KAFKA GABRIELA, Eine finale Volks- und Allriskversicherung – ein Traum?, SZS 4/2002, 334 ff., 360 f.

92 STEINER (Fn. 89), 183 ff.

93 RIEMER-KAFKA (Fn. 91), 334 ff., 369.

94 RIEMER-KAFKA (Fn. 90), 197 f.

95 TSCHUDI (Fn. 89), 15, 6 ff.

96 TSCHUDI (Fn. 89), 14.

scheint verbreitet, dass man bei fehlender UV in der KV gleichwertig versichert ist. Die Leistungen der UV nach UVG sind jedoch deutlich umfangreicher ausgestaltet als diejenigen der «Unfallversicherung» nach KVG. Es gilt zu betonen, dass in der obligatorischen KV keine Geldleistungen, im Besonderen Invalidenrenten, sondern lediglich dieselben Leistungen wie bei einer Krankheit vorgesehen sind.

Unzureichend oder zumindest problematisch erscheint folglich die Absicherung bei invalidisierenden Krankheiten sowie bei Unfällen von Personen, welche nicht nach UVG versichert sind. Dies sind insbesondere Selbständigerwerbende – zumindest insofern sich diese nicht freiwillig versichern –, Teilzeiterwerbstätige und Nichterwerbstätige (beispielsweise Studierende). Jedenfalls ist es wichtig, dass sich diese Personen über deren Versicherungssituation bewusst sind. Sorgen sie nicht anderweitig vor, sind sie im Falle einer Invalidität nur in der IV versichert. Bei einer höhergradigen Invalidität wären sie daher in aller Regel auf EL angewiesen.

Dass die IV in erster Linie auf eine Eingliederung und damit auf eine Verhinderung des Eintritts einer Invalidität ausgerichtet ist, entspricht deren Auftrag und ist nicht zu kritisieren. Es darf jedoch nicht vergessen gehen, dass nicht in allen Fällen eine (vollständige) Eingliederung möglich ist. Es ist denn auch begriffsimmanent, dass es sich erst nach erfolgten Eingliederungsmassnahmen um eine Invalidität handelt (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 ATSG). In diesen Fällen, insbesondere wenn keine UV, bV oder MV leistungspflichtig ist, bleiben die Renten und damit auch die IV als Rentenversicherung – und nicht nur als Eingliederungsversicherung – relevant.

Aus dem ungleichen Leistungsumfang der betrachteten Sozialversicherungen ergibt sich, dass abhängig von der konkreten Situation deutliche Differenzen in Bezug auf die Höhe von Invalidenrenten bestehen können. Die Absicherung bei Invalidität fällt folglich sehr unterschiedlich aus. Das Leistungsniveau hängt im konkreten Fall insbesondere von der beruflichen Situation und der damit einhergehenden Versicherungsunterstellung sowie der invalidisierenden Ursache und dem Invaliditätsgrad ab. Dies führt zu einer Komplexität, welche für einen grossen Teil der Bevölkerung nur schwer verständlich ist.

Die aktuelle Rechtslage führt u.a. dazu, dass die aus einer unzureichenden Vorsorge von Selbständigerwerbenden entstehenden Kosten letztlich durch steuerfinanzierte Systeme, insbesondere EL und Sozialhilfe, zu tragen sind. Dieser Problematik könnte mit einer Ausdehnung des Obligatoriums in der

UV und bV auf alle Erwerbstätigen begegnet werden.[97] Während ein Obligatorium für Selbständigerwerbende in der UV mit dem Wortlaut der Verfassung (Art. 117 Abs. 2 BV) vereinbar erscheint, würde ein solches in der bV einer Verfassungsänderung bedürfen (vgl. Art. 113 Abs. 2 lit. b, d und e BV).

2. Beispiel: Die Selbständigerwerbende

An einem realitätsnahen Beispiel soll dies veranschaulicht werden. Stellen wir uns eine selbständigerwerbende Coiffeuse vor. Direkt nach erfolgreichem Abschluss ihrer Lehre wagte sie den mutigen Schritt und eröffnete ihren eigenen Coiffeursalon. Dieser lief teils besser, teils schlechter, jedoch immer so, dass sie damit leben und auch etwas Geld auf die Seite legen konnte. Im Schnitt hat sie ein Bruttojahreseinkommen von CHF 45'000 erwirtschaftet. Um die laufenden Kosten tief zu halten, hat sie weder eine 2. Säule noch eine UV abgeschlossen, da diese für sie als Selbständigerwerbende nur freiwillig abzuschliessen sind und gegen Unfälle glaubt sie bereits in der KV hinreichend abgesichert zu sein.

48-jährig erkrankt sie schwer, weshalb sie ihrer Arbeit nicht mehr nachgehen kann. Auch nach medizinischer Behandlung und Eingliederungsmassnahmen kann sie aufgrund ihrer schweren Einschränkungen keine Erwerbstätigkeit ausüben. In diesem Sinne stellt die IV bei ihr einen Invaliditätsgrad von über 70% fest, was gemäss Art. 28*b* Abs 3 IVG zu einem Anspruch auf eine ganze IV-Rente führt. Da sie immer ihre Beiträge bezahlt hat, steht ihr eine Vollrente zu. Gestützt auf ihr durchschnittliches Jahreseinkommen berechnet die IV eine monatliche Rente in der Höhe von CHF 1'915.[98] Da sie damit ihren Lebensunterhalt nicht decken kann und keinen Anspruch auf Invalidenrenten von anderen Versicherungen hat, bedarf sie zusätzlich EL.

Wäre die invalidisierende Ursache im vorliegenden Fall keine Krankheit, sondern ein Unfall gewesen, hätte dies indes keinen Unterschied gemacht, da sie auch in der UV nicht versichert war. Aufgrund der Eintrittsschwelle von CHF 66'690 wäre ihr der Abschluss einer UV nach UVG ohnehin verwehrt ge-

---

97 Dies befürwortend Riemer-Kafka (Fn. 90), 224 ff. m.w.H. Mit einem Versicherungsobligatorium in der UV würden auch die teils schlechteren Konditionen der freiwilligen Unfallversicherung für Selbständigerwerbende entfallen. Vgl. hierzu Mosimann Grégory, Unfallversicherung: Schlechtere Konditionen für Selbstständige, Soziale Sicherheit CHSS, 22. August 2023.

98 Bei CHF 45'000 massgebenden durchschnittlichen Jahreseinkommen gemäss den Rententabellen, Monatliche Vollrenten, Skala 44, gültig ab 1. Januar 2025, <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6850>.

blieben.[99] Hingegen erreicht sie die Eintrittsschwelle der bV von CHF 22'680, weshalb sie sich freiwillig in der bV versichern hätte können, welche auch bei invalidisierender Krankheit Renten erbringt. Hätte sie demgegenüber als Arbeitnehmerin in einem Coiffeursalon gearbeitet, wäre sie obligatorisch sowohl in der UV als auch in der bV versichert gewesen und hätte einen Anspruch auf die entsprechenden Invalidenleistungen.

III. Die Existenzsicherung im Alter

A. Aktuelle Rechtslage

1. Die drei Säulen der Schweizer Altersvorsorge

Das System der Schweizer Altersvorsorge ist gemäss Art. 111 Abs. 1 BV auf drei Säulen aufgebaut: der Alters- und Hinterlassenenversicherung AHV (1. Säule), der beruflichen Vorsorge bV (2. Säule) und der Selbstvorsorge (3. Säule). Während die 1. Säule die Deckung des Existenzbedarfs im Alter garantieren soll, hat die 2. Säule die Weiterführung des gewohnten Lebensstandards in angemessener Weise sicherzustellen und die 3. Säule individuelle Zusatzwünsche zu erfüllen.[100] Die Zielvorstellung des Systems ist, dass die ersten beiden Säulen zusammen circa 60% des letzten Brutto-Vorruhestandseinkommens bzw. circa 70% des entgangenen Nettolohnes sichern.[101] Das Dreisäulenprinzip selbst vermittelt keine konkreten individuellen Rechtsansprüche[102] und erfasst nur einzelne, wenn auch zentrale, soziale Risiken.[103] Es ist jedoch für die Schweizer Sozialversicherungen ein prägendes, auf Dauer angelegtes System, das ohne Verfassungsrevision nicht geändert werden kann.[104]

Der Begriff der (Alters-)«Vorsorge» (prévoyance, previdenza) wird in einem breiteren und unschärferen Sinn verwendet als der Begriff der «Versicherung» (assurance, assicurazione) – die Altersvorsorge hat als Teil der sozialen Sicherheit zum Ziel, die Bevölkerung gegen die wirtschaftlichen Folgen des Al-

---

99 Kommt es zur vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderung des Art. 138 UVV, würde die Eintrittsschwelle auf CHF 44'460 sinken, womit ihr die freiwillige UV zugänglich würde.

100 Locher/Gächter (Fn. 6), § 1 Rz. 32.

101 Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 1975 an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BBl 1976 I 149, 157.

102 Urteil des Bundesgerichts 9C_833/2019 vom 20. Januar 2020 E. 1 Abs. 4.

103 Kieser Ueli, Art. 111, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. A., 2023, Rz. 5.

104 Kieser (Fn. 18), Rz. 2/3.

ters (bzw. des altersbedingten Rückzugs aus dem Erwerbsleben)[105] im Sinne von Art. 41 Abs. 2 BV abzusichern.[106] Sie wird grösstenteils durch Sozialversicherungen realisiert (1. und 2. Säule), welche Personen für das soziale Risiko «Alter» zu Versichertengemeinschaften zusammenschliessen, die genug gross sind, damit das Gesetz der grossen Zahl zur Anwendung kommt.[107]

Für den vorliegenden Beitrag sind insbesondere die 1. und die 2. Säule von Interesse, welche im Wesentlichen durch Art. 111 ff. BV und das AHVG bzw. das BVG normiert werden. Die 3. Säule, unterteilt in die steuerbegünstigte gebundene Säule 3a und die freie Säule 3b, soll die Schliessung oder Reduktion von Vorsorgelücken aus den ersten beiden Säulen ermöglichen.[108] Ihre ausführliche Behandlung inklusive des Lebensversicherungsrechts würde den Rahmen dieses Beitrags jedoch sprengen.

a. Die Alters- und Hinterlassenenversicherung AHV

Neben Vorschriften zur IV hat der Bund gemäss Art. 112 Abs. 1 BV solche über die AHV zu erlassen. Die AHV ist als «Symbol und Bastion schweizerischer Sozialpolitik»[109] eine Referenz für das gesamte System der sozialen Sicherheit in der Schweiz.[110] Ihre Regulierung hat unter Beachtung der Grundsätze in Art. 112 Abs. 2 BV zu erfolgen, welche unter anderem vorschreiben, dass die Versicherung obligatorisch ist und die Renten «den Existenzbedarf angemessen zu decken» haben. Obligatorisch in der AHV versichert sind gemäss Art. 1*a* Abs. 1 AHVG insbesondere alle natürlichen Personen, die in der Schweiz entweder Wohnsitz haben oder eine Erwerbstätigkeit ausüben. Diese obligatorisch Versicherten haben AHV-Beiträge zu leisten, sofern sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen oder zwischen 21 und 65 Jahre alt sind (Art. 3 Abs. 1 f. AHVG).[111]

Die Altersrenten der AHV werden gemäss Art. 21 AHVG an alle Versicherten, die das 65. Altersjahr vollendet haben (Referenzalter), ohne Abzüge und Zu-

---

105 Riemer-Kafka Gabriela, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 7. A., Bern 2019, Rz. 2.07.

106 Pétremand Sylvie, Art. 111, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Consitution fédérale, 2021, Rz. 12.

107 Gächter Thomas/Meier Michael E., Art. 111, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 16 f.

108 Scartazzini/Hürzeler (Fn. 16), § 15a Rz. 1.

109 Carigiet Erwin/Opielka Michael, Deutsche Arbeitnehmer – Schweizer Bürger?, in: Carigiet Erwin et al. (Hrsg.), Wohlstand durch Gerechtigkeit, Deutschland und die Schweiz im sozialpolitischen Vergleich, Zürich 2006, 15 ff., 33.

110 Carigiet Erwin/Koch Uwe, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 10.

111 Scartazzini/Hürzeler (Fn. 16), § 12 Rz. 133 ff.

schläge ausbezahlt, wobei der Anspruch mit dem Tod erlischt. Die Höhe der Rente wird bei Erreichen des Referenzalters berechnet (Art. 29bis Abs. 1 AHVG). Dabei werden die Anzahl der Jahre, in denen man AHV-Beiträge geleistet hat (Beitragsjahre, Art. 29ter AHVG), und das massgebende durchschnittliche Jahreseinkommen (Art. 29^{quater} AHVG) berücksichtigt. Jede versicherte Person kann maximal 44 Beitragsjahre aufweisen, in diesem Fall erhält sie (statt einer Teilrente) eine Vollrente, welche aufgrund des massgebenden durchschnittlichen Jahreseinkommens (worin neben dem Erwerbseinkommen der massgebenden Beitragsjahre auch Erziehungs- und Betreuungsgutschriften nach Art. 29^{sexties} f. AHVG enthalten sind) berechnet wird.[112] Der Bundesrat hat Vorschriften zur Berechnung der Renten zu erlassen (Art. 30bis AHVG), was er in Art. 53 Abs. 1 AHVV[113] teilweise an das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV delegiert hat und diesem die Kompetenz verleiht, verbindliche Rententabellen mit 44 Skalen[114] aufzustellen.

Im Folgenden ist für uns relevant, was der absolute Mindest- und Höchstbetrag einer AHV-Altersrente ist. Die maximale volle Altersrente der AHV beträgt aktuell CHF 2'520 pro Monat, der Minimalbetrag für eine volle monatliche AHV-Altersrente ist auf CHF 1'260 festgesetzt (Art. 34 Abs. 3–5 AHVG). Bei grossen Beitragslücken können die Teilaltersrenten jedoch im Extremfall auf lediglich CHF 29 pro Monat absinken.[115]

b. Die berufliche Vorsorge bV

Art. 113 Abs. 1 BV schreibt dem Bund vor, die berufliche Vorsorge zu regeln. Sie hat zusammen mit der 1. Säule die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise zu ermöglichen (Art. 113 Abs. 2 lit. a BV). Damit wird nicht eine Leistungsgarantie postuliert, sondern ein Leistungs*ziel*, auf dessen Erfüllung kein konkreter, klagbarer Anspruch besteht.[116] Das Leistungsziel hat keine bestimmte Höhe, sondern wird abstrakt definiert mittels unbestimmter Rechtsbegriffe – es ist insbesondere nur ein Teil des weggefallenen Erwerbseinkommens zu kompensieren, da ein Teil durch die 1. Säule gedeckt ist und in Bezug auf einen anderen Teil zumindest Raum für Selbstvorsorge gelassen

---

112 Kieser (Fn. 18), Rz. 3/56 f.

113 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101).

114 Die Rententabellen sind auf <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6850> zu finden.

115 Monatliche Altersteilrente der Skala 1 bei weniger als CHF 15'120 massgebendem durchschnittlichem Jahreseinkommen.

116 Cardinaux Basile, Art. 113, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 28.

werden muss.[117] Als grobe Zielvorstellung ist eine Absicherung von 60% des letzten Bruttolohnes durch die ersten beiden Säulen vorgesehen[118] – was derzeit in vielen Fällen, wo die Gesamtersatzquote ca. 45–55% beträgt, deutlich verfehlt wird.[119]

Im Gegensatz zur AHV sind nicht alle Erwerbstätigen in der bV versichert: Der obligatorischen Versicherung sind gemäss Art. 7 Abs. 1 BVG nur diejenigen Unselbständigerwerbenden (Arbeitnehmende gemäss Art. 2 BVG, wobei die Kriterien des AHV-Rechts herangezogen werden)[120] unterstellt, die einen Jahreslohn von CHF 22'680 oder mehr beziehen. Zu diesem Mindestjahreslohn als Eintrittsschwelle kommt die Voraussetzung des Erreichens des Mindestalters hinzu (Vollendung des 24. Altersjahres für das Risiko Alter).[121] Drei wesentliche Bevölkerungsgruppen sind demnach nicht obligatorisch für das Risiko Alter in der bV versichert: alle Unter-24-Jährigen, alle Geringverdienenden mit einem Bruttojahreslohn von unter CHF 22'680 und alle Selbständigerwerbenden. Immerhin gibt es neben der obligatorischen zwei Arten von freiwilliger Versicherung (Art. 4 BVG), diejenige für Selbständigerwerbende und diejenige für Teilzeitarbeitnehmende.[122] Selbständigerwerbende mit einem Jahreslohn über der Mindestschwelle haben ein Recht auf eine Versicherung in der bV (Art. 44 BVG). Den nicht obligatorisch versicherten unselbständigen Arbeitnehmenden steht gemäss Art. 46 BVG die Möglichkeit offen, sich freiwillig zu versichern, wenn entweder die Löhne bei mehreren Arbeitgeberinnen zusammen die Mindestschwelle überschreiten (Abs. 1; in diesem Fall muss es das Reglement einer Vorsorgeeinrichtung vorsehen) oder wenn bereits eine obligatorische Versicherung besteht, aber zusätzlich ein Lohn unter der Mindestschwelle von einer anderen Arbeitgeberin ausbezahlt wird (Abs. 2; in diesem Fall darf es das Reglement der obligatorisch angeschlossen Vorsorgeeinrichtung nicht ausschliessen).[123]

Art. 8 Abs. 1 BVG schreibt vor, dass nur der Teil des Jahreslohnes zwischen CHF 26'460 und 90'720 zu versichern ist, wobei dieser versicherte Verdienst

---

117 Cardinaux, Art. 113, BSK BV, Rz. 30.

118 Hierzu oben, III.A.1. erster Abschnitt.

119 Siehe hierzu <https://www.srf.ch/news/schweiz/ein-fuenftel-weniger-weniger-geld-im-alter-rentenguthaben-sind-deutlich-gesunken>.

120 BGE 129 V 237 E. 3 S. 240.

121 Glättli Elisabeth, Art. 7 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, 2021, Rz. 1.

122 Hürzeler Marc, Art. 4 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, 2021, Rz. 2.

123 Geiser Thomas/Senti Christoph, Art. 46 BVG, in: Schneider Jacques-André/Geiser Thomas/Gächter Thomas, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. A., 2019, Rz. 6 und 9 ff.

koordinierter Lohn genannt wird. Dieser Konstellation liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Teil des Leistungsziels bereits durch die 1. Säule garantiert wird, so dass nicht der ganze Lohn nochmals in der bV versichert werden muss – dazu werden 7/8 der einfachen maximalen AHV-Rente (was aktuell CHF 26'460 entspricht), der sogenannte Koordinationsabzug, vom versicherten Verdienst abgezogen.[124] Die Altersleistungen der bV sind im Kapitaldeckungsverfahren organisiert,[125] wobei jede versicherte Person durch Beiträge (Art. 65 Abs. 2 BVG) während ihrer Aktivzeit ihre späteren Vorsorgeleistungen vorfinanziert – das angesparte Deckungskapital wird während des Leistungsbezugs verbraucht.[126] Die jährliche Rente der obligatorischen bV wird sodann berechnet, indem das angesparte Altersguthaben mit dem Umwandlungssatz multipliziert wird, der aktuelle Mindestumwandlungssatz für das Referenzalter 65 beträgt 6,8% (Art. 14 Abs. 1 und 2 BVG). Der Mindestumwandlungssatz gilt indes nur für die obligatorische berufliche Vorsorge, bei Vorliegen einer überobligatorischen Vorsorge (Art. 49 Abs. 2 BVG)[127] können beide Altersguthaben auch mit einem einheitlichen Pensionskassen-reglementarischen Umwandlungssatz verrentet werden – mittels der sogenannten Schattenrechnung wird diesfalls das obligatorische Altersguthaben mit dem gesetzlichen Umwandlungssatz multipliziert, was den obligatorischen Leistungsanspruch darstellt, der in jedem Fall zu gewährleisten ist.[128]

Anders als die AHV-Altersrenten (Art. 33ter AHVG) werden die bV-Altersrenten nicht automatisch der Preisentwicklung angepasst, sondern grundsätzlich im Moment der Pensionierung festgesetzt, sie unterliegen nur im Rahmen der «finanziellen Möglichkeiten der Vorsorgeeinrichtung» der teuerungsbedingten Anpassung (Art. 36 Abs. 2 BVG).[129] Ob die finanziellen Möglichkeiten eine solche Anpassung der Altersrenten zulassen, ist ein Ermessensentscheid, den das oberste Organ der Pensionskasse zu treffen hat, ohne dass die betroffenen Rentnerinnen und Rentner über ein Mitspracherecht verfügen.[130] Das oberste Organ hat bei seinem Entscheid die gesamte Vermögenssituation seiner Vorsorgeeinrichtung zu berücksichtigen und dafür zu sorgen, dass die Sicherheit

---

124 Glättli, Art. 8 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, 2021, Rz. 5. Hierzu unten, III.B. dritter Abschnitt.

125 BBl 1976 I 149, 159 f.

126 Brechbühl Jürg/Fretz Lara, Art. 65 BVG, in: Schneider Jacques-André/Geiser Thomas/Gächter Thomas, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. A., 2019, Rz. 25.

127 Hierzu unten, III.A.2. dritter Abschnitt.

128 Stauffer, Art. 14 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, 2021, Rz. 20.

129 Cardinaux, Art. 113, BSK BV, Rz. 33.

130 Geckeler-Hunziker Maya, Leistungsabbau durch Nichtanpassung der Altersrenten an die Preisentwicklung, SZS 4/2014, 334 ff., 337 ff.

der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist (Art. 71 Abs. 1 BVG und Art. 50 Abs. 2 BVV 2).

c. Die dritte Säule

Im Gegensatz zu den beiden ersten Säulen, die im Grundsatz obligatorische Versicherungen vorsehen, ist die 3. Säule komplett freiwillig und zeichnet sich aus durch ihren Charakter als «complément facultatif».[131] In der Logik der Schweizer Sozialverfassung ist nur ausnahmsweise und begründet von der Eigenverantwortung als verfassungsrechtlichem Grundprinzip (Art. 6 BV) abzuweichen.[132] Darin liegt auch die vorsorgerechtliche Begründung, dass das in der bV versicherbare Einkommen sowohl in der obligatorischen[133] als auch in der überobligatorischen Versicherung (Art. 79c BVG) nach oben begrenzt ist: Die bV soll die eigenverantwortliche individuelle Selbstvorsorge nicht vollständig verdrängen.[134] Die 3. Säule ist im Bereich der Altersvorsorge klar am stärksten durch die Eigenverantwortung geprägt, da es zulässig und nicht selten ist, dass Versicherte ganz auf eine 3. Säule verzichten – im Gegensatz zur AHV und obligatorischen bV wird in diesem Fall keine Sozialversicherung eingreifen und die Errichtung einer Selbstvorsorge erzwingen. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BVV 3 beträgt der Maximalbetrag für die steuerlich abzugsberechtigte jährliche Einzahlung in die Säule 3a 8% des oberen Grenzbetrags in Art. 8 Abs. 1 BVG, aktuell CHF 7'258 (bzw. 40% davon [CHF 36'288] für Personen, die keiner bV-Vorsorgeeinrichtung angehören). Dieser gebundene Betrag ist ausschliesslich und unwiderruflich für die Zwecke der Altersvorsorge zu verwenden (Art. 1 Abs. 2 und 3 BVV 3). Es besteht auch die Möglichkeit, weniger oder mehr einzuzahlen als die zum Abzug berechtigenden Beträge, im letzteren Fall entfällt für den das Maximum übersteigenden Betrag die steuerliche Abzugsberechtigung.[135] In jedem Fall endet die Möglichkeit, in die Säule 3a einzuzahlen, fünf Jahre nach Erreichen des Referenzalters (Art. 7 Abs. 3 BVV 3).

---

131 PÉTREMAND, Art. 111, CR BV, Rz. 14, 28.

132 DUPONT ANNE-SYLVIE, La constitution sociale, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Band 3, VIII.2, Zürich/Basel/Genf 2020, 2091 ff., Rz. 1.

133 Hierzu oben, III.A.1.b. dritter Abschnitt.

134 CARDINAUX, Art. 113, BSK BV, Rz. 30.

135 Siehe jedoch seit 2025 die Regelung in Art. 7*a* BVV 3.

2. Die Zusatzinstitutionen, insbesondere die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV

Das Dreisäulensystem der Altersvorsorge ist als Grundstruktur zu betrachten, deren drei Säulen mit jeweils eigenen Zusatzinstitutionen ergänzt werden: den EL bei der ersten Säule, der weitergehenden oder überobligatorischen beruflichen Vorsorge bei der zweiten und dem freien Vorsorgen und Sparen (Säule 3b) bei der dritten.[136] Da die Primärsysteme der beiden ersten Säulen obligatorisch ausgestaltet sind, muss für die optimale Zielerreichung (vgl. Art. 41 Abs. 2 BV) die Hauptlast auf diesen Sozialversicherungen liegen und den Zusatzinstrumenten sowie insbesondere den privaten Initiativen ein subsidiärer Charakter zukommen.[137]

Art. 112*a* BV ist die Verfassungsgrundlage für die Ausrichtung von EL nach dem ELG[138] an Personen, deren Existenzbedarf durch die Leistungen der vorgelagerten drei Säulen nicht gedeckt ist.[139] Somit bilden diese eine existenzsichernde «Säule 1b»[140] bzw. 4. Säule[141]. Die EL stellen ein zusätzliches Sicherheitsnetz für eine besondere Personengruppe dar: Art. 4 Abs. 1 ELG sieht für Bezügerinnen und Bezüger von AHV- oder IV-Leistungen – insbesondere für alle Personen mit Anspruch auf eine AHV-Altersrente (lit. a) – einen Ergänzungsleistungsanspruch vor. Jener garantiert diesen einen anhand des im konkreten Einzelfall berechneten Ausgabenüberschusses definierten Existenzbedarf, welcher meistens deutlich über den Standards der Nothilfe und der Sozialhilfe[142] wie auch über dem betreibungsrechtlichen Existenzminimum nach Art. 93 SchKG[143] liegt.[144] Die EL haben sicherzustellen, dass die Beziehenden mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln eine wirtschaftliche und zweckmässige Lebensführung unterhalten können.[145] Die Gewährung von EL

---

136 Gächter/Meier, Art. 111, BSK BV, Rz. 13 f.

137 Gächter/Meier, Art. 111, BSK BV, Rz. 15; Gächter Thomas/Werder Gregori, Art. 41, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 29.

138 Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (SR 831.30).

139 Balmer René, Bedeutung und Perspektiven der Ergänzungsleistungen im Rahmen der AHI-Vorsorge, SZS 3/2011, 265 ff., 279.

140 BGE 129 III 305 E. 2.5 S. 310.

141 Balmer (Fn. 139), 279.

142 Hierzu unten, IV.A.2.

143 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1).

144 Gächter Thomas/Filippo Martina, Art. 112*a*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 13.

145 Landolt Hardy, Art. 112*a*, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. A., 2023, Rz. 12.

soll verhindern, dass AHV- oder IV-rentenberechtigte Personen Sozialhilfe beziehen müssen.[146] Auch wenn das Bundesgericht offenliess, ob dies auch seit dem Inkrafttreten von Art. 112*a* BV am 1. Januar 2008 weiterhin dem verfassungsgeberischen Willen entspricht,[147] ist richtigerweise davon auszugehen, dass die Verhinderung der Sozialhilfeabhängigkeit von Ergänzungsleistungsbeziehenden Ziel und Wille des Verfassungsgebers ist.[148] Seine Absicht, die EL-Bezügerinnen und -Bezüger zu schützen und nicht schlechter zu stellen, zeigt sich auch darin, dass die 13. AHV-Rente «weder zu einer Reduktion der EL noch zum Verlust des Anspruchs auf diese Leistungen» führen darf (Art. 197 Ziff. 16 Abs. 3 BV).[149]

Die 2. Säule, die obligatorische bV, wird durch die überobligatorische (oder auch weitergehende) bV ergänzt. Art. 49 Abs. 1 BVG sieht den sogenannten Selbständigkeitsbereich vor, in welchem Vorsorgeeinrichtungen bezüglich Ausgestaltung ihrer Leistungen, Finanzierung und Organisation frei sind.[150] Die Leistungen der überobligatorischen Vorsorge können jene des Obligatoriums deutlich übertreffen.[151] Art. 79*c* BVG begrenzt jedoch den reglementarisch versicherbaren Lohn auf den zehnfachen oberen Grenzbetrag von Art. 8 Abs. 1 BVG, aktuell also CHF 907'200. Schliesslich ist neben der Säule 3a auch freiwillige Selbstvorsorge ohne staatliche Unterstützung möglich (Säule 3b, z.B. durch individuelles Sparen oder privatrechtliche Lebensversicherungen).[152]

B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte

Das Dreisäulensystem wurde in Art. 34^{quater} aBV, Vorgängernorm von und Grundlage für den heutigen Art. 111 BV, nicht ausdrücklich genannt.[153] In der Gesellschaft war es freilich bereits Jahrzehnte vor Inkrafttreten des BVG im Jahr 1985 gelebte Praxis: Die AHV wurde 1948 und somit im Vergleich zu anderen Ländern eher spät eingeführt, weshalb die Versicherten für eine ausreichende Vorsorge neben den weitverbreiteten privatrechtlichen Pensionskassen (als Vorläuferinnen der 2. Säule) stets auf weitere Einnahmen aus der

146 BGE 130 V 185 E. 4.3.3 S. 188.

147 BGE 143 V 9 E. 6.2 S. 14 f.

148 So sieht Art. 10 Abs. 2 lit. a ELG ausdrücklich vor, dass «durch den Aufenthalt in einem anerkannten Pflegeheim in der Regel keine Abhängigkeit von der Sozialhilfe» entstehen soll. Siehe hierzu Landolt, Art. 112*a*, SGK BV, Rz. 12 f.

149 Gächter Thomas/Gaberthüel Elias, Art. 197 Ziff. 16, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 4.

150 Walser Hermann, Weitergehende berufliche Vorsorge, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. A., Basel 2016, 2167 ff., Rz. 2.

151 Gächter/Meier, Art. 111, BSK BV, Rz. 14.

152 Kieser, Art. 111, SGK BV, Rz. 29.

153 Biaggini, Art. 111, OFK BV, Rz. 1 und 2.

«Säule 3b» angewiesen waren.[154] Die Einführung einer alle drei Säulen übergreifenden Einheitsversicherung kam aufgrund dieser Schöpfung durch die soziale Praxis nie infrage.[155] Private Fürsorge in unterschiedlichster Form (z.B. Unterstützung durch gemeinnützige oder kirchliche Organisationen) war stets relevant und ist es heute noch dort, wo und soweit die staatlichen Sicherheitsnetze nicht zu greifen vermögen.[156]

Die Einführung des AHVG wurde am 6. Juli 1947 in der Referendumsabstimmung mit 862'036 Ja- zu 215'496 Nein-Stimmen angenommen.[157] Dieser Ja-Anteil von 80% war zu diesem Zeitpunkt das grösste je gezählte Volksmehr auf Bundesebene der Schweizer Geschichte.[158] Die ursprünglichen Renten, die monatlich CHF 40 als Minimum und CHF 125 als Maximum vorsahen, reichten auch beim damaligen Preisniveau nicht zum Leben – die AHV war somit ursprünglich als Basisversicherung konzipiert, die durch zusätzliche Einnahmen auf ein existenzsicherndes Niveau ergänzt werden musste.[159] In den Sechzigerjahren anerkannte der Bundesrat jedoch, dass viele Versicherte «keine genügenden Ersparnisse anlegen oder Versicherungen abschliessen»[160] können. Mit der 1973 in Kraft getretenen 8. AHV-Revision wurden die Renten daraufhin stark erhöht, so dass sie zwischenzeitlich in vielen Fällen die Existenz alleine sichern konnten.[161] Die AHV wurde damit von einer Basisversicherung zu einer existenzsichernden Versicherung ausgebaut.[162]

Nach diesem Wechsel und der Einführung der obligatorischen bV mit dem BVG 1985[163] wurde die Mindestschwelle und der Koordinationsabzug eingeführt. Ein Teil des Leistungsziels, die gewohnte Lebenshaltung im Alter fortzusetzen, wird durch die AHV-Rente gewährleistet – daher muss der Lohnanteil,

---

154 Kieser, Art. 111, SGK BV, Rz. 17.

155 Tschudi (Fn. 77), 1 ff., 4.

156 Egli Patricia/Schweizer Rainer J., Art. 41, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. A., 2023, Rz. 44.

157 Bundesratsbeschluss betreffend die Erwahrung des Ergebnisses der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 betreffend das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. September 1947, BBl 1947 III 176.

158 Maurer (Fn. 47), 71 [801].

159 Tschudi (Fn. 77), 5.

160 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung und zum Volksbegehren für die Erhöhung der Renten der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung zur Sicherung eines genügenden Existenzminimums vom 16. September 1963, BBl 1963 II 517, 520.

161 Maurer (Fn. 47), 73 [803].

162 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die achte Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 11. Oktober 1971, BBl 1971 II 1057, 1068.

163 Hierzu oben, II.B.

der Anspruch auf eine AHV-Rente verleiht, nicht (nochmals) versichert werden.[164] Bei tiefen Einkommen soll das Ziel der Fortsetzung des gewohnten Lebensstandards demzufolge nur durch die 1. Säule erreicht werden, weshalb der Koordinationsabzug an die AHV-Vollrente gekoppelt ist.[165] Wenn keine oder keine genug starke 2. Säule vorhanden ist, kann die 1. Säule jedoch allein nicht genügend tragen, so dass die EL als «Pensionskasse» der Geringverdienenden die Leistung der 1. Säule auf den existenzsichernden Betrag ergänzt.[166]

Die Verfassungsgrundlage für die EL war zunächst bei den Übergangsbestimmungen angesiedelt, da aus damaliger Perspektive mit einem sukzessiven Ausbau der 1. Säule zu einem komplett existenzsichernden System gerechnet wurde, das die EL überflüssig machen sollte.[167] Die EL entwickelten sich jedoch rasch zu einem staatlich garantierten Mindesteinkommen für alle vom Armutsrisiko betroffenen Rentenbeziehenden der AHV/IV.[168] Mit der Einführung der selbständigen Verfassungsgrundlage von Art. 112*a* BV 2008 wurde die Entwicklung der EL zu einem eigenständigen Sozialversicherungszweig formell bestätigt.[169] Das Bundesgericht anerkannte zwar, dass den EL als Bedarfsleistungen ein gewisser sozialhilferechtlicher Charakter zuteilwird,[170] dennoch dürfen EL als Sozialversicherungsleistungen und Sozialhilfe[171] nicht vermengt werden.[172] Aufgrund der gestiegenen Lebenserwartung und der dadurch gesteigerten Heimpensions- sowie Langzeitpflegekosten, welche in vielen Fällen wegen des Ausgabenüberschusses von den EL übernommen werden, entwickelten sich die EL vermehrt zu einer Auffangpflegeversicherung.[173]

C. Schieflage

War man in der Schweiz ein Arbeitsleben lang erwerbstätig und konstant bei den obligatorischen Sozialversicherungen versichert, so erwartet man, dass

164 Glättli, Art. 7 BVG, BSK Berufliche Vorsorge, Rz. 2.

165 Friedauer Susanne, Art. 46 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, 2021, Rz. 1.

166 Carigiet Erwin, Existenzsicherung durch Ergänzungsleistungen – Modell und Vorbild, in: Sozialdepartement der Stadt Zürich (Hrsg.), Jetzt reicht es, Leben mit Zusatzleistungen zur AHV in der Stadt Zürich, Zürich 2005, 198 ff., 202.

167 Gächter/Filippo, Art. 112*a*, BSK BV, Rz. 4.

168 Jöhl Ralph/Usinger-Egger Patricia, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. A., Basel 2016, 1681 ff., Rz. 4 f.

169 Jöhl/Usinger-Egger (Fn. 168), Rz. 8.

170 BGE 146 V 306 E. 2.6.2 S. 311.

171 Zur Sozialhilfe unten, IV.A.2.a.

172 BGE 146 V 306 E. 2.6.2 S. 311; Botschaft vom 14. November 2001 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA), BBl 2002 2291, 2436.

173 Landolt Hardy, Die EL als Pflegeversicherung, SZS 2/2011, 184 ff., 189 ff.

man nach der Pensionierung ein genügendes Einkommen hat, ohne dafür im Rentenalter arbeiten zu müssen. Die meisten Versicherten werden zudem davon ausgehen, dass zumindest die Kombination aller drei Säulen der Altersvorsorge ausreicht, um ihr Leben im Alter zu finanzieren. Die Bundesverfassung garantiert ihnen in einem gewissen Rahmen diese Erwartung gar in Bezug auf die 1. Säule allein – die Altersenten der AHV haben gemäss Art. 112 Abs. 2 lit. b BV den Existenzbedarf angemessen zu decken. Diese durch die Bundesverfassung geweckte Erwartung wird jedoch in der Realität enttäuscht.

1. Die enttäuschte Erwartung der versicherungsbasierten Existenzsicherung im Alter

In den 1990er-Jahren mögen zumindest die maximalen Vollrenten der AHV (von ca. CHF 2'000 im Monat pro Person) in einfachen, ländlichen Verhältnissen tatsächlich zur Deckung des Lebensunterhalts ausgereicht haben.[174] Schon damals mit deutlich tieferen Heim-, Wohn- und Pflegekosten war jedoch einerseits die Deckung des Existenzbedarfs der in Städten wohnhaften Versicherten nicht realistisch und andererseits absehbar, dass die EL aufgrund steigender Wohnungsmieten und Heimtarife weiter erhöht werden müssen.[175] Heutzutage ist es selbst mit der maximalen AHV-Vollrente von CHF 2'520 pro Monat (geschweige denn mit der Durchschnittsrente von CHF 1'915 pro Monat[176]) wohl in keinem Landesteil möglich, nur mit den Leistungen der 1. Säule den Existenzbedarf zu decken – so entspricht dieser Betrag beispielsweise nur knapp mehr als 60% des kantonalgesetzlichen *Mindest*-Lohns im Kanton Neuchâtel gemäss Art. 32*d* LEmpl/NE[177] und reicht in aller Regel nicht einmal für die Deckung des betreibungsrechtlich garantierten Existenzminimums gemäss Art. 93 SchKG[178]. Spätestens beim Heimeintritt ist die Existenzsicherung durch die AHV-Rente ohne zusätzliche Leistungen der EL oder der anderen beiden Säulen aufgrund der Höhe der Tarife ausgeschlossen. Somit ist

174 So Tschudi Hans Peter, Bestätigung der Drei-Säulen-Konzeption, SZS 1991, 281 ff., 285.

175 Tschudi (Fn. 174), 285 f.

176 Bundesamt für Sozialversicherungen, AHV-Statistik 2024 (erschienen Mai 2025), 4 (abrufbar unter: <https://www.bsv.admin.ch/de/statistik-ahv>); ausländische Staatsangehörige erhielten sogar durchschnittlich nur CHF 1'505 pro Monat).

177 Loi sur l'emploi et l'assurance-chômage de la République et Canton de Neuchâtel du 25 mai 2004 (RSN 813.10).

178 Siehe für dessen Höhe Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Richtlinien zur Berechnung des Existenzminimums vom 1. Juli 2009, BlSchK 2009, 193 ff. und weiterführend Vonder Mühll Georges, Art. 93, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., 2021, Rz. 22 ff.

die 1. Säule für sich allein, selbst im Optimalfall der maximalen Vollrente, weit entfernt von ihrer Zielvorgabe.[179]

Mangels anderer, politisch mehrheitsfähig finanzierbarer Lösungen wird die Existenzsicherung im Alter somit *de facto* an das EL-System delegiert (wenn keine tragfähige berufliche Vorsorge besteht).[180] Die EL sind jedoch Bedarfsleistungen und werden aus Steuermitteln finanziert (Art. 13 ELG), nicht aus von den Versicherten bezahlten Beiträgen.[181] Dies macht sie einerseits unberechenbarer für die Planung der Staatsausgaben sowie anfälliger für budgetbedingte Kürzungen. Andererseits wird die Privatautonomie der Versicherten und deren Wille zur Selbstvorsorge geschwächt, da sie oft schlussendlich sowieso auf EL angewiesen sein werden, weil die 2. oder 3. Säule früher oder später nicht reicht.[182] Die bedarfsorientierten EL werden seit der EL-Reform 2021 erst ausgerichtet, wenn das eigene Privatvermögen auf unter CHF 100'000 aufgebraucht ist (Art. 9*a* Abs. 1 lit. a ELG) und sind auch bei rechtmässigem Bezug rückerstattungspflichtig (Art. 16*a* f. ELG). Damit haben sich die EL zu rückzahlungspflichtigen Vorschüssen gewandelt und es wurde dadurch in vielen Fällen das Ziel der Deckung des angemessenen Existenzbedarfs mit Versicherungsleistungen verunmöglicht.[183] Die verfassungsrechtliche Garantie, dass die Existenz im Alter durch Versicherungsleistungen der 1. Säule gesichert wird, steht jedoch nicht unter dem Subsidiaritätsvorbehalt von Art. 41 Abs. 1 BV[184] und wird u.E. durch diese Ausgestaltung verletzt. Diese Verletzung fällt umso schwerer ins Gewicht, als die Finanzierungsverfahren für die Versicherungsleistungen der ersten beiden Säulen (Umlageverfahren bzw. Deckungskapitalverfahren) sinnvoll und sorgfältig aufeinander abgestimmt sind.[185]

Da die EL als subsidiäre Leistungen ausgestaltet sind, werden sie erst ausgerichtet, wenn alle anderen zur Verfügung stehenden Leistungen nicht aus-

---

179 Meier Michael E./Renker Jana, Eckpunkte und Probleme der EL-Reform, SZS 1/2020, 1 ff., 13 f.

180 Dupont Anne-Sylvie, Art. 112, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Consitution fédérale, 2021, Rz. 31.

181 Gächter/Filippo, Art. 112*a*, BSK BV, Rz. 15.

182 Vgl. Gächter Thomas, Wozu noch Erbrecht? Gedanken zu aktuellen Entwicklungen in der Pflegefinanzierung, Pflegerecht 2/2019, 70 ff., 72 f.

183 Gächter (Fn. 182), 75; vgl. Meier Michael E., Der Vorbezug von Freizügigkeitsguthaben in der Sozialhilfe Subsidiaritätsprinzip contra Vorsorgeschutz, Jusletter, 15. Mai 2023, Rz. 51, wonach die EL zu einer ausgebauten Sozialhilfe (Sozialhilfe+) herabgestuft wurden.

184 Gächter Thomas/Lienhard Carlo, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV und Vermögensplanung im Hinblick auf das Alter, in: Dagron Stéphanie/Dupont Anne-Sylvie/Lempen Karine (Hrsg.), Seniors et droit social. Défis actuels, Zürich 2023, 214 ff., 217, 218 f.

185 BBl 1976 I 149, 159 f.

reichen.[186] Die bV-Leistungen gehen ihnen demnach vor, sind jedoch gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. a BV dem Ziel der Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise gewidmet. Dieses verfassungsmässige Ziel ist zunehmend gefährdet, da Altersrentenbeziehende immer öfter ihre Pensionskassenleistungen für die Existenzsicherung statt für die Erhaltung des Lebensstandards aufwenden müssen, weil die EL subsidiär sind.[187] Zudem sind die Rentenbeziehenden in der 2. Säule dem Risiko des Leistungsabbaus durch Nichtanpassung der Renten an die Inflation ausgesetzt.[188]

Die jährlichen Einkommensüberschüsse für die Einzahlung in die 3. Säule schliesslich muss man erst einmal regelmässig zur Verfügung haben, weshalb Versicherte mit tiefem bis mittlerem Einkommen hier kaum substantiell Vorsorgevermögen aufbauen können. Selbstverständlich steht es ihnen offen, geringere Beträge in die 3. Säule einzuzahlen – diese fehlen jedoch vor der Pensionierung für die laufenden Lebenshaltungskosten und werden danach in der Regel keine grosse finanzielle Entlastung bringen.

Es zeigt sich, dass ein finanziell nicht tragfähiges Fundament in der 1. Säule nicht nur ein Problem der «kleinen Leute» ist. Vielmehr führt es dazu, dass die Säulen der Altersvorsorge auch in Kombination nicht mehr ausreichend stützen können und so das ganze Dreisäulensystem in Schieflage gerät. Versicherte aller Einkommensstufen werden kaum je genügend freie Mittel haben, um die Unterdeckung der 1. Säule ausgleichen zu können.

2. Beispiel: Die Juristin mit Teilzeitpensen

Gehen wir von einer Juristin aus, die sich nach dem Studium gegen die Anwaltsprüfung entscheidet und dann an drei Orten Teilzeit arbeitet. Nach der Geburt ihres Kinds reduziert sie ihre Teilzeitpensen zunächst weiter und arbeitet später einen Moment gar nicht, da sie den Haushalt führt. Ihr Lebenspartner ist zwar in der 2. Säule versichert, kann sie jedoch nicht mit einer Hinterlassenenrente begünstigen, da seine Pensionskasse dies in ihrem Reglement nicht vorsieht (vgl. Art. 20*a* Abs. 1 lit. a BVG). Da beide aus persönlichen Gründen nicht heiraten wollen, wird sie, wenn sie ihren Lebenspartner überlebt, ohne letztwillige Verfügung leer ausgehen bei der Erbteilung, da sie als unverheiratete Lebenspartnerin weder über einen Pflichtteil noch über einen gesetzlichen Erbteil am Nachlass ihres Lebenspartners verfügt (Art. 462 *e contrario* und Art. 470 Abs. 2 ZGB[189]). Somit besteht die realistische Möglichkeit,

186 Meier/Renker (Fn. 179), 14.
187 Meier/Renker (Fn. 179), 14.
188 Hierzu oben, III.A.1.b. fünfter Abschnitt.
189 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

dass sie, wie alleinstehende Pensionierte, für die Finanzierung ihres Lebensabends vorwiegend oder ausschliesslich auf die Leistungen der drei Säulen ihrer eigenen Altersvorsorge zugreifen muss.

Wie oben gesehen,[190] werden die Leistungen der 1. Säule allein nicht zum Leben ausreichen. Zudem besteht bei unverheirateten Versicherten kein Anspruch auf eine Hinterlassenenrente (Art. 23 Abs. 1 AHVG *e contrario*).

Die Juristin hatte in ihrem Erwerbsleben nach der Mutterschaft pro Teilzeitpensum zu tiefe Einkommen, als dass sie mit einem ihrer Jahreslöhne allein die Mindestschwelle von Art. 7 BVG hätte überschreiten können. Ihr würde nun die Möglichkeit offenstehen, sich freiwillig zu versichern gemäss Art. 46 BVG, da ihre zusammengerechneten Jahreslöhne die Mindestschwelle deutlich überschreiten. Sie entschied sich jedoch dagegen, sich bei der Pensionskasse einer ihrer Arbeitgeberinnen oder bei der Auffangeinrichtung zu versichern. Diesen Entscheid traf sie aus nachvollziehbaren Gründen: Während ihres Erwerbslebens wären ihr von ihrem Lohn beträchtliche Geldsummen für die bV-Beiträge abgezogen worden, die jedoch aufgrund des festgelegten Umwandlungssatzes keine bedeutenden Verbesserungen ihres Pensionseinkommens nach sich gezogen hätten. Insbesondere ist es verständlich, wenn sie ihr Geld dann verwenden möchte, wenn sie es tatsächlich braucht für den Aufbau eines gemeinsamen Familienhaushalts. Der Anreiz, für das Alter mit dem Aufbau einer 2. Säule vorzusorgen, schwindet zudem stark, wenn der Bezug von EL früher oder später ohnehin absehbar ist.

Die 3. Säule schliesslich hätte im Alter hilfreich sein können, die Juristin benötigte jedoch während des Erwerbslebens ihr Geld für die Lebenshaltungskosten der Familie und wollte, auch wenn ein gewisser Betrag vorhanden war, diesen nicht auf ein Konto einzahlen, auf das sie bis zur Pensionierung nicht zugreifen kann. Hat sie keine Ersparnisse oder sonstige Vorsorgesummen in der Säule 3b, ist spätestens beim Heimeintritt mit den damit verbundenen Langzeitpflegekosten der Bezug von EL unvermeidbar.

Menschen mit tiefen bis mittleren Einkommen, insbesondere unverheiratete Teilzeitarbeitnehmende, werden durch die aktuelle Ausgestaltung des Dreisäulensystems benachteiligt. Überproportional oft betrifft dies Frauen, da diese trotz der flankierenden Massnahmen zu Art. 8 Abs. 3 BV beim Lohn noch immer nicht gleichgestellt sind[191] und den Grossteil der unentgeltlichen Care-Arbeit leisten[192] sowie Selbständigerwerbende, da diese nicht obligatorisch in

---

190 Hierzu oben, III.C.1.

191 WALDMANN BERNHARD, Art. 8, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 123.

192 CARIGIET (Fn. 166), 203.

der 2. Säule versichert sind. Ziel und Sinn des Dreisäulensystems sollte es sein, das soziale Risiko Alter mit Versicherungsleistungen abzusichern und nicht auf das bedarfsorientierte EL-System zu verweisen.

IV. Die Existenzsicherung bei Armut

A. Aktuelle Rechtslage

1. Das soziale Risiko Armut

Abschliessend werden bedarfsabhängige Leistungen der sozialen Sicherheit[193] betrachtet. Die Sozialhilfe, die Nothilfe und die EL weichen als bedarfsabhängige Leistungen in vielerlei Aspekten von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen ab.[194] Es handelt sich um subsidiäre Systeme, die zum Tragen kommen, wenn die Existenzsicherung nicht anderweitig gewährleistet werden kann.[195] Sozialhilfe, Nothilfe und EL unterscheiden sich aber sowohl in ihrem Hintergrund als auch ihrer Funktion und deren Leistungsumfang. Das Verhältnis dieser drei Existenzsicherungssysteme bleibt in gewissen Bereichen ungeklärt, was Fragen im Hinblick auf die Zulässigkeit von Leistungsverweigerungen bzw. -kürzungen aufgrund von Vermögensverzichten aufwirft. Untersucht werden soll insbesondere die Systemkonformität solcher Regelungen.

2. Die bedarfsabhängigen Leistungen

a. Die Sozialhilfe

Die Sozialhilfe greift als unterstes Netz bei Bedürftigkeit und ist im Unterschied zu den übrigen bedarfsabhängigen Sozialleistungen (wie z.B. Stipendien, EL) nicht risikospezifisch ausgerichtet.[196] Die Sozialhilfe ist nach Art. 115

193 Zum Begriff der «sozialen Sicherheit» und der Abgrenzung von Sozialversicherung und Sozialhilfe: Gächter/Werder, Art. 41, BSK BV, Rz. 30; Biaggini Giovanni, Art. 41, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Rz. 1; Tschudi Hans Peter, Sozialversicherung und Sozialfürsorge, SZS 1984, 1 ff.; Coullery Pascal, Das Recht auf Sozialhilfe, Bern/Stuttgart 1993, 42.

194 Zu den Unterschieden vgl. Biaggini Giovanni, Art. 115, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Rz. 3; Coullery (Fn. 193), 43 f., 139; Wolffers Felix, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. A., Bern 1999, 24; Wizent Guido, Sozialhilferecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2023, Rz. 82.

195 Coullery (Fn. 193), 43.

196 Wizent (Fn. 194), Rz. 86; Wizent Guido, Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit, Zürich 2014, 432.

BV Sache der Kantone.[197] Es ist an ihnen, die Höhe und Modalitäten der Leistungen festzusetzen. Die Verfassung verpflichtet die Kantone eine Sozialhilfe vorzusehen, die Bedürftige in einem über Art. 12 BV hinausgehenden Masse unterstützt.[198] Den Kantonen bleibt aber ein relativ grosser Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung.[199] Dabei orientieren sich die Kantone an den Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe.[200] Trotz der harmonisierenden Wirkung der SKOS-Richtlinien gibt es grosse kantonale Unterschiede in der Ausgestaltung der Sozialhilfe, da sie nur Empfehlungen darstellen und die Kantone in verschiedenen Bereichen davon abweichen.[201] Die Sozialhilfe ist zudem von Strukturprinzipien geprägt, die sich aus ihrer Funktion und dem engen Zusammenhang mit der Verwirklichung der Grundrechte, insbesondere der Menschenwürde (Art. 7 BV), ergeben.[202]

Die Bedürftigkeit ist die primäre Anspruchsvoraussetzung für die Unterstützungsaufnahme.[203] Bedürftig ist, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann.[204] Eine Bedürftigkeit ist somit vordergründig aus eigenen Kräften zu beheben, indem vorhandenes Einkommen oder Vermögen eingesetzt wird.[205] Dies ist Ausdruck der Pflicht zur (zumutbaren) Selbsthilfe.[206] Eigenmittel, Leistungen aus an-

---

197 GÄCHTER THOMAS/FILIPPO MARTINA, Art. 115, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 1.

198 GÄCHTER/FILIPPO, Art. 115, BSK BV, Rz. 20; BIAGGINI, Art. 115, OFK BV, Rz. 4; MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, 179.

199 GÄCHTER/FILIPPO, Art. 115, BSK BV, Rz. 19; RIEDI HUNOLD DOROTHEA, Art. 115, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. A., 2023, Rz. 20; PÄRLI KURT, Die Auswirkungen des Grundrechts auf neuere Sozialhilfemodelle, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, 95 ff., 109.

200 GÄCHTER/FILIPPO, Art. 115, BSK BV, Rz. 19; RIEDI HUNOLD, Art. 115, SGK BV, Rz. 10. Die SKOS-Richtlinien sind Empfehlungen der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), einem privatrechtlich organisierten Fachverband.

201 GÄCHTER/FILIPPO, Art. 115, BSK BV, Rz. 19; RIEDI HUNOLD, Art. 115, SGK BV, Rz. 10; TECKLENBURG UELI, Integrationsmassnahmen: Zwang oder Anreiz, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, 89 ff., 90. Zu den Abweichungen vgl. SKOS, Bericht «Monitoring Sozialhilfe 2024» vom Januar 2025, 5.

202 COULLERY (Fn. 193), 116 f.; WIZENT (Fn. 196), 55; WIZENT (Fn. 194), Rz. 389 ff. Zu den Strukturprinzipien unten IV.B. und SKOS-Richtlinien A.3. Im Folgenden wird in Klammern auf die Strukturprinzipien verwiesen.

203 WIZENT (Fn. 194), Rz. 55. Zuständig für die Unterstützung ist der Wohnkanton, wo sich der Bedürftige mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält (Art. 4 ZUG, Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 [Zuständigkeitsgesetz, SR 852.1]).

204 Vgl. Art. 2 Abs. 1 ZUG.

205 WOLFFERS (Fn. 194), 71 f.; WIZENT (Fn. 194), Rz. 2; COULLERY (Fn. 193), 76.

206 WIZENT (Fn. 196), 233.

deren Systemen der sozialen Sicherheit, familienrechtliche Unterstützungsbeiträge sowie weitere Leistungsverpflichtungen Dritter sind entsprechend vorrangig auszuschöpfen (Subsidiaritätsprinzip) oder es besteht mit anderen Worten im Umfang der vorhandenen Eigenmittel gar keine Bedürftigkeit im sozialhilferechtlichen Sinne.[207] Für die Beurteilung der Bedürftigkeit sind die tatsächlich verfügbaren oder kurzfristig realisierbaren Mittel massgebend (Tatsächlichkeitsprinzip).[208] Im Unterschied zu den anderen sozialen Sicherungssystemen spielt die Ursache der Bedürftigkeit bei der Frage der Anspruchsberechtigung keine Rolle (Finalprinzip).[209] Somit ist auch ein allfälliges (Mit-)Verschulden an der Bedürftigkeit unbeachtlich.[210]

Der Bedarf ist auch für die konkrete Bemessung der Sozialhilfeleistungen von Bedeutung. Die Sozialhilfeleistungen haben den individuell angemessenen Bedarf zu decken (Bedarfsdeckungsprinzip) und bemessen sich nach den konkreten Bedürfnissen der betroffenen Person (Individualisierungsprinzip).[211] Es erfolgt eine einzelfallbezogene Gesamtabwägung, wobei die Berechnung anhand der Differenz zwischen anrechenbaren Ausgaben und Eigenmitteln (bestehend aus Einnahmen und Vermögen) erfolgt.[212] Richtlinie für den Umfang der Sozialhilfeleistungen bildet das soziale Existenzminimum. Dieses basiert auf einem relativen Armutsbegriff, demzufolge jene Personen als arm gelten, die unterhalb des gesellschaftlich anerkannten Lebensstandards leben, entsprechend soziale Ausgrenzung erleben und keine Möglichkeit haben ein selbstbestimmtes Leben zu führen.[213] Vom sozialen Existenzminimum ist nicht nur das für ein menschenwürdiges Leben Notwendige erfasst,[214] sondern auch weitergehende Leistungen wie eine eigene Wohnung, kulturelle Bedürfnisse, sportliche Aktivitäten, Aus- und Weiterbildung sowie Integrationszulagen.[215] Der nach SKOS-Richtlinien festgesetzte Grundbedarf für Einzelpersonen beträgt CHF 1'061.[216] Dazu tritt noch der Unterkunftsbedarf, die medizinische Grundversorgung sowie der besondere Lebensunterhalt.[217] Neben der mate-

---

207 Wizent (Fn. 196), 230, 233; Wolffers (Fn. 194), 72; Wizent (Fn. 194), Rz. 741. Zum Subsidiaritätsprinzip als Koordinationsprinzip: Wizent (Fn. 196), 229 ff.

208 Wizent (Fn. 196), 211 m.w.H.

209 Wizent (Fn. 196), 218; Wizent (Fn. 194), Rz. 408; Wolffers (Fn. 194), 34.

210 Wizent (Fn. 196), 218.

211 Bei der Bemessung der Sozialhilfeleistungen besteht im Vergleich zu Sozialversicherungsleistungen ein starker Fokus auf die konkreten Bedürfnisse der betroffenen Person (Wizent [Fn. 194], Rz. 454; Wizent [Fn. 196], 217; Wolffers [Fn. 194], 35).

212 Wizent (Fn. 194), Rz. 717.

213 Wolffers (Fn. 194), 70; Wizent (Fn. 196), 55 f.; Wizent (Fn. 194), Rz. 456 f.

214 Vgl. Nothilfe nach Art. 12 BV.

215 Gächter/Filippo, Art. 115, BSK BV, Rz. 11.

216 SKOS-Richtlinien C.3.1 Abs. 2.

217 Wizent (Fn. 194), Rz. 468 ff.

riellen Grundsicherung trägt die Sozialhilfe auch zur Förderung der gesellschaftlichen und beruflichen Integration und Selbständigkeit der betroffenen Personen bei.[218]

Die Finanzierung der Sozialhilfe erfolgt durch allgemeine Steuermittel.[219] Die Kosten tragen die Kantone und Gemeinden.[220] Der Bund beteiligt sich nur an der Sozialhilfe für Asylsuchende, für die er auch zuständig ist.[221] Dabei unterscheidet sich die Sozialhilfe im Asylbereich neben der Regelung durch den Bund auch durch tiefere Geldleistungen und den Fokus auf Sachleistungen von der übrigen Sozialhilfe.[222]

b. Die Nothilfe

Die Nothilfe garantiert jedem Menschen, der sich in der Schweiz aufhält und sich in einer Notlage befindet, diejenige Hilfe und Betreuung, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind (Art. 12 BV). Es handelt sich um ein soziales Grund- und Menschenrecht, das justiziabel und damit subjektiv durchsetzbar ist.[223] Voraussetzung für den Anspruch ist, dass jemand aus eigener Kraft die elementarsten menschlichen Grundbedürfnisse nicht mehr decken kann.[224] Somit fängt das Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV diejenigen bedürftigen Personen auf, die sich selbst nicht helfen können und weder von den Sozialversicherungen noch von der Sozialhilfe unterstützt werden.[225] Die Nothilfe ist damit primär für Personen relevant, die keine Sozialhilfe erhalten. Praktisch betrifft dies insbesondere Personen, die rechtskräftig aus der

---

218 WIZENT (Fn. 194), Rz. 552 ff.; WOLFFERS (Fn. 194), 25.

219 RIEDI HUNOLD, Art. 115, SGK BV, Rz. 8; BIAGGINI, Art. 115, OFK BV, Rz. 3; RÜEGG CHRISTOPH, Organisation, Träger, Zuständigkeiten und Finanzierung, in: Häfeli Christopf (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, 323 ff., 334.

220 RÜEGG (Fn. 219), 334.

221 RÜEGG (Fn. 219), 334.

222 GYSIN CHARLOTTE, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Basel/Genf 1999, 130; 135; 243; COULLERY PASCAL/STUDER MELANIE, Verfassungs- und völkerrechtliche Rahmung des schweizerischen Sozialhilferechts: Stand der Debatte und Denkanstösse, ZBl 125/2024, 287 ff., 293. Zum Ganzen: GORDZIELIK TERESIA, Sozialhilfe im Asylbereich, Zwischen Migrationskontrolle und menschenwürdiger Existenzsicherung, Zürich 2020.

223 GÄCHTER/FILIPPO, Art. 115, BSK BV, Rz. 20; RIEDI HUNOLD, Art. 115, SGK BV, Rz. 9; GÄCHTER THOMAS/WERDER GREGORI, Art. 12, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 6.

224 RÜEGG (Fn. 219), 51; AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung: Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Bern 2002, 159 ff.

225 GÄCHTER/WERDER, Art. 12, BSK BV, Rz. 5; AMSTUTZ (Fn. 224), 172.

Schweiz weggewiesen worden sind und gemäss Art. 82 Abs. 1 AsylG[226] von der Sozialhilfe ausgeschlossen wurden.[227]

Das Recht auf Hilfe in Notlagen umfasst als Minimalgarantie lediglich die Deckung der elementarsten menschlichen Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung.[228] Ausgezahlt werden in der Regel um die CHF 10 pro Tag, während die restlichen Bedürfnisse wie die Kleidung nur in Naturalien ausgegeben werden. Umstritten ist, inwieweit auch eine gewisse soziale Teilhabe an der Gesellschaft von der Nothilfe umfasst ist.[229] Für die Leistungsbemessung kommt es entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls an und besondere Bedarfssituationen aufgrund des Alters oder Gesundheitszustands sind zu berücksichtigen.[230] Auch zu berücksichtigen ist die voraussichtliche Dauer der Notlage: Je länger diese andauert, desto mehr ist am sozialhilferechtlichen Standard anzuknüpfen.[231] Das Leistungsniveau der Nothilfe ist somit deutlich tiefer als diejenigen der Sozialhilfe und der EL.[232] Als Minimalgarantie fällt deren gesamter Schutzbereich mit dem Kerngehalt zusammen, sodass keine Kürzungen möglich sind.[233] Die Nothilfe ist ebenfalls kantonal geregelt und wird steuerfinanziert.[234]

c. Die Ergänzungsleistungen

Wie bereits erläutert handelt es sich bei den EL um subsidiäre und aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht atypische Leistungen. Anspruchsberechtigt sind Personen, die Anspruch auf Leistungen der AHV oder IV haben und nicht über genügend Mittel zur Existenzsicherung verfügen (vgl. Art. 11 ELG).[235] Die jährlichen EL ergeben sich aus der Differenz zwischen den anerkannten Ausgaben und den anrechenbaren Einnahmen (Art. 9 Abs. 1 ELG). Zu den Ausgaben zählen insbesondere die allgemeinen Lebenskosten, die Mietkosten (bis zu ei-

226 Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31).

227 GÄCHTER/WERDER, Art. 12, BSK BV, Rz. 9 m.w.V.

228 Das Bundesgericht hält für geboten, was für ein «menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag» (BGE 121 I 367 E. 2.c S. 373).

229 Dafür: GYSIN (Fn. 222), 229; AMSTUTZ (Fn. 224), 64; 111; kritisch: RÜEGG (Fn. 219), 55 m.w.H.

230 RÜEGG (Fn. 219), 56; vgl. GYSIN (Fn. 222), 228.

231 BGE 121 I 367 E. 2.d S. 374; AMSTUTZ (Fn. 224), 145 m.w.H.; BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Nothilfe, Ein Recht mit unbestimmtem Inhalt?, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS für Erwin Murer, Bern 2010, 31 ff., 59.

232 RÜEGG (Fn. 219), 58.

233 GÄCHTER/WERDER, Art. 12, BSK BV, Rz. 8.

234 Ausgenommen ist die Nothilfe im Asylbereich, wo es bundesrechtliche Vorgaben gibt.

235 Zu den weiteren Anspruchsvoraussetzungen Art. 4 und 9*a* ELG.

nem Maximalbetrag) und Prämien für die Sozialversicherungen (Art. 10 ELG). Die Kosten werden steuerfinanziert und zu fünf Achteln vom Bund und zu drei Achteln von den Kantonen übernommen (Art. 13 Abs. 1 ELG).[236]

3. Das Verhältnis der existenzsichernden Systeme

Die staatliche Hilfe greift sekundär. Primär wird den Menschen – im freiheitlichen, sozialen Rechtsstaat – zugetraut für sich selbst sorgen zu können.[237] Beim Eintritt eines sozialversicherungsrechtlich relevanten Risikos stehen die entsprechenden Leistungen der Sozialversicherungen im Vordergrund.[238] Besteht für eine konkrete Situation kein sozialversicherungsrechtlicher Schutz oder reichen die sozialversicherungsrechtlichen Leistungen nicht aus, kommen die bedarfsabhängigen sozialen Sicherungssysteme zur Anwendung. Personen, die Renten der AHV/IV erhalten und deren gesetzlich anerkannten Ausgaben ihre anrechenbaren Einnahmen übersteigen, erhalten EL. Besteht kein oder nur ein reduzierter Anspruch auf EL oder reichen diese nicht aus, um das sozialhilferechtliche Existenzminimum zu decken, greift die Sozialhilfe. Aufgrund kausaler Anknüpfungen und versicherungsmässiger Voraussetzungen in den Sozialversicherungen, gibt es Lücken bei Risiken, die ungedeckt bleiben, aber auch Lücken durch die fehlende Unterstellung gewisser Personengruppen oder die zeitliche Begrenzung gewisser Leistungen.[239] Deshalb bedarf es der Sozialhilfe als letztem Auffangsystem, das die Sozialversicherungen komplementär ergänzt[240] und ursachenunabhängig auf die Bedürftigkeit abstellt.[241] Die Nothilfe nach Art. 12 BV hingegen greift für Personen, die aus etwelchen Gründen keinen oder einen stark gekürzten Sozialhilfeanspruch haben. In der Praxis handelt es sich hauptsächlich um Personen ohne Aufenthaltsbewilligung zur Anwendung, da diese nicht zum Bezug von Sozialhilfeleistungen berechtigt sind. Somit besteht gewissermassen eine Kaskadenordnung der bedarfsabhängigen Systeme. Von den Leistungen her ist das EL-Existenzminimum das höchste.[242] Der Grundbedarf in der Sozialhilfe ist

---

236 Für die Heimkosten bestehen Sonderbestimmungen nach Art. 13 Abs. 2 ELG; vgl. CARIGIET/KOCH (Fn. 110), Rz. 180.

237 Vgl. Art. 6 BV; Art. 41 Abs. 1 BV; GÄCHTER THOMAS/TRUONG THUY XUAN/RENOLD-BURCH STEPHANIE, Art. 6, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 11; GÄCHTER THOMAS, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme, SZS 2018, 693 ff.; WALDMANN BERNHARD, Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, ZBl 2006, 341 ff., 346.

238 GYSIN (Fn. 222), 70 f.

239 GYSIN (Fn. 222), 74 ff.; TSCHUDI (Fn. 193), 10.

240 GYSIN (Fn. 222), 78; TSCHUDI (Fn. 193), 10.

241 GYSIN (Fn. 222), 71.

242 CARIGIET/KOCH (Fn. 110), Rz. 29; CARIGIET ERWIN, Gesellschaftliche Solidarität, Basel 2001, 88 m.w.H.

hingegen sehr bescheiden bemessen und liegt unter dem betreibungsrechtlichen Existenzminimum und die Nothilfeleistungen sind noch tiefer.[243]

B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte

Die Ursprünge des heutigen Sozialhilfesystems gehen auf die kirchliche Armenfürsorge zurück.[244] Diese Aufgabe wurde sodann ab dem 16. Jahrhundert von den Gemeinwesen übernommen.[245] Bereits Anfangs des 20. Jahrhunderts bestand die Vorstellung, dass die Unterstützung bedürftiger Personen als eine der staatlichen Elementaraufgaben gilt, die zur Sicherung der Menschenwürde beiträgt und die Wahrnehmung der anderen Grundrechte ermöglicht.[246] Der Begriff des sozialen Existenzminimums entstand in den 1950er Jahren.[247] Demnach soll die Sozialhilfe über die materielle Existenzsicherung hinaus auch die Befriedigung der Bedürfnisse nach Kommunikation, Mobilität, Kultur und Information sowie die Pflege von sozialen und familiären Kontakten und das Halten einer eigenen Wohnung erlauben.[248] Nur so kann die tatsächliche Ausübung der grundrechtlichen Freiheiten gewährleistet werden.[249] Zweck der Sozialhilfe ist über die materielle Existenzsicherung hinaus auch die Förderung der wirtschaftlichen und persönlichen Selbständigkeit sowie die soziale und berufliche Integration.[250] Ursprünglich war die Sozialhilfe als Überbrückungshilfe gedacht.[251] Tatsächlich ist der Bezug von Sozialhilfe häufig nicht nur von kurzer Dauer, sondern oftmals langjährig.[252]

Art. 112 Abs. 2 lit. b BV legt als Grundsatz der AHV und IV fest, dass die Renten den Existenzbedarf angemessen zu decken haben.[253] Die Einführung der EL erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Renten der AHV und IV diesem Ziel nicht genügten.[254] Grundlage des heutigen EL-Systems bildeten die kantona-

---

243 Wizent (Fn. 194), Rz. 481.

244 Wizent (Fn. 194), Rz. 1; Coullery (Fn. 193), 62 f.; für einen vertieften historischen Rückblick zur Sozialhilfe: Wizent (Fn. 194), Rz. 25 ff.

245 Vgl. Müller Jörg Paul, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 1973, 687 ff., 897 Fn. 679; Wizent (Fn. 194), Rz. 27.

246 BGE 40 I 409 E. 2 S. 413 f.; 50 I 294 einzige E. S. 297; Gächter/Werder, Art. 12, BSK BV, Rz. 1; Wizent (Fn. 194), Rz. 5; 147 ff.; Wizent (Fn. 196), 123; vgl. zu den Zielen der Sozialhilfe SKOS-Richtlinien A.2.

247 Wizent (Fn. 194), Rz. 472 m.w.H. auf die historische Entwicklung.

248 Wizent (Fn. 194), Rz. 6.

249 Wizent (Fn. 194), Rz. 163.

250 Wizent (Fn. 194), Rz. 7; vgl. SKOS-Richtlinien A.2. Abs. 3.

251 Wizent (Fn. 194), Rz. 3.

252 Wizent (Fn. 194), Rz. 3 f.

253 Hierzu oben III.A.2.

254 Gächter/Filippo, Art. 112*a*, BSK BV, Rz. 7; Carigiet/Koch (Fn. 110), Rz. 164.

len und kommunalen Regelungen der Alters- und Invalidenfürsorge.[255] Die EL wurden 1966 eingeführt um insbesondere die Altersarmut zu bekämpfen.[256] Damit sollte die Sozialhilfe entlastet und verhindert werden, dass AHV- oder IV-rentenberechtigte Personen Sozialhilfe beziehen müssen.[257] Als Leistungsniveau wurde festgelegt, dass ein «einfacher, aber menschenwürdiger Lebensabend»[258] gewährleistet wird, womit das Leistungsniveau über die materielle Grundsicherung hinausgeht.[259] Besonders relevant sind EL bei betreuungs- und pflegebedürftigen AHV/IV-Rentenbeziehenden, da die AHV/IV-Renten oftmals nicht ausreichen, um diese Kosten zu decken.[260] Entsprechend haben sich die EL zu einer Pflegeversicherung entwickelt und in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen.[261]

Der Anspruch auf Nothilfe wurde 1995 vom Bundesgericht als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt.[262] Das Bundesgericht ging bereits zuvor von einer staatlichen Pflicht aus, Menschen vor dem physischen Verderben zu bewahren.[263] Das Grundrecht wurde menschenrechtlich, speziell in Verbindung mit der Menschenwürde, begründet.[264] Der Anspruch ergebe sich gemäss Bundesgericht aus der Zweckbestimmung des modernen Staates und ermögliche die tatsächliche Ausübung der weiteren Grundrechte.[265] In der neuen Bundesverfassung wurde der vom Bundesgericht als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht aner-

---

255 Wolffers (Fn. 194), 26; Tschudi Hans Peter, Ergänzungsleistungen zur Sozialversicherung, SZS 1991, 57 ff., 57.

256 Carigiet/Koch (Fn. 110), Rz. 26; Gächter/Filippo, Art. 112*a*, BSK BV, Rz. 7.

257 Carigiet/Koch (Fn. 110), Rz. 62; 140. Vgl. BGE 130 V 185 E. 4.3.3 S. 188.

258 BBl 1971 II 1597 m.V.a. Bericht der Kommission für Altersfragen, 160.

259 Botschaft vom 10. November 1971 zum Entwurf betreffend die Änderung der Bundesverfassung auf dem Gebiete der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge und Bericht über das Volksbegehren für eine wirkliche Volkspension, BBl 1971 II 1597, 1616. Ziel war, mit den EL das gleiche Leistungsniveau wie die Sozialhilfe i.S. eines sozialen Existenzminimums zu erreichen (Erläuternder Bericht vom 25. November 2015 zur Teilrevision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [EL-Reform], 11).

260 Landolt, Art. 112*a*, SGK BV, Rz. 9.

261 Gächter/Filippo, Art. 112*a*, BSK BV, Rz. 10; Carigiet/Koch (Fn. 110), Rz. 34.

262 BGE 121 I 367. Die Lehre sprach sich schon zuvor weitgehend für einen solchen Anspruch aus: Aubert Jean-François, Un droit social encadré, ZSR 1991, 157 ff., 165; Müller (Fn. 245), 897; Kieser Ueli, Gewährleistet die Bundesverfassung ein ungeschriebenes Recht auf Sozialhilfe, 189 ff., 200; Zur Entstehungsgeschichte Hartmann Karl, Vom Recht auf Existenzsicherung – eine Chronologie, ZBl 2005, 410 ff.

263 Vgl. BGE 121 I 367 E. 2.b S. 371; 51 I 325 E. 3 S. 329; 50 I 294 einzige E. S. 297; 40 I 409 E. 2 S. 413 f.

264 Amstutz (Fn. 224), 19 ff. Der enge Bezug zur Menschenwürde ergibt sich bereits aus dem (heutigen) Verfassungsartikel Art. 12 BV.

265 BGE 40 I 409 E. 2. S. 413 f.; vgl. Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung 1996, BBl 1997 I 1 ff., 150; Gächter/Werder, Art. 12, BSK BV, Rz. 10 f.; Amstutz (Fn. 224), 78, 111.

kannte Anspruch aufgenommen.[266] Der genaue Wortlaut der Bestimmung wurde dabei mehrfach angepasst. Das vom Bundesgericht als «Grundrecht auf Existenzsicherung» beschriebene Recht, wurde im bundesrätlichen Vorentwurf von 1995 als ein «Recht auf menschenwürdiges Dasein» bezeichnet und dann von den Kommissionen des National- und Ständerates auf ein «Recht auf Hilfe in Notlagen» abgeändert.[267] Mit diesen Anpassungen und dem Einschub «und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» sollte die Eigenverantwortung und Subsidiarität stärker betont sowie klargestellt werden, dass kein garantiertes Mindesteinkommen geschaffen würde.[268] Der Vorschlag der SGK, welcher eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Sozialhilfe vorsah und ein Recht auf Existenzsicherung in Art. 48 BV verankern wollte, wurde nicht weiterverfolgt, sodass die neue Bundesverfassung betreffend Sozialhilfe weiterhin lediglich die interkantonale Zuständigkeit regelt.[269] Auch begrifflich wurde zur Sozialhilfe Abstand genommen, indem Art. 12 BV anstelle der «Bedürftigen» den Begriff der Personen in «Not» verwendet.[270] Diese Entscheidungen verdeutlichen, dass sich die Anwendungsbereiche der Not- und der Sozialhilfe nicht decken.[271]

Dies ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts. So standen die Entscheide zur staatlichen Pflicht, Menschen vor dem physischen Verderben zu bewahren (vor 1995) im Zusammenhang mit Personen, die keine Schweizer Staatsbürgerschaft besassen und aus unterschiedlichen Gründen nicht ausreisen konnten oder wollten.[272] Auch der Entscheid, in dem das Bundesgericht das Grundrecht anerkannte, betraf Personen ohne Schweizer Staatsbürgerschaft, die sich ohne geregelten Aufenthaltsstatus in der Schweiz

---

266 BBl 1997 I 1, 151; AMSTUTZ (Fn. 224), 33; MÜLLER LUCIEN, Art. 12, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. A., 2023, Rz. 3. Zum Zeitpunkt des Bundegerichtsentscheides war der Anspruch bereits im Entwurf der neuen BV vorgesehen (vgl. BGE 121 I 367 E. 2.a).

267 Verfassungsentwurf des Bundesrates von 1995, 12 (zit. Vorentwurf 1995); Verfassungsentwürfe der nationalrätlichen Verfassungskommission vom 21. November 1971 und der ständerätlichen Verfassungskommission vom 27. November 1997, 10, 84 (zit. Verfassungsentwürfe); vgl. BGE 121 I 367 E. 2.c S. 373.

268 GYSIN (Fn. 222), 56; AMSTUTZ (Fn. 224), 35; MÜLLER (Fn. 198), 176.

269 Art. 48 aBV 1874 regelte die Zuständigkeit und Kostentragung durch den Wohnkanton (neu Art. 115 BV). Vgl. GYSIN (Fn. 222), 53 m.V.a. den erläuternden Bericht der Subkommission SGK zum Entwurf für eine Änderung von Artikel 48, 11.; vgl. auch den Vorschlag der Minderheit I des NR «Jede Person in Notlage hat Anspruch auf die für ein menschenwürdiges Leben erforderliche Sozialhilfe», Verfassungsentwürfe, 10.

270 GYSIN (Fn. 222), 58; AB NR 1998 1005, Votum Baumann.

271 GYSIN (Fn. 222), 58; COULLERY PASCAL, Der Verfassungsanspruch auf existenzsichernde Leistungen, Jusletter, 25. März 2019, 9 f.

272 BGE 40 I 409; 51 I 325; 50 I 294, betreffend eine Schweizerin, die sich nicht in ihrem Wohnsitzkanton aufhielt, aber bedürftig war.

befanden und deren Ausschaffung nicht möglich war.[273] Es ging in diesen Entscheiden somit hauptsächlich um Personen, die aufgrund ihres ausländerrechtlichen Status keine Sozialhilfe erhielten. In diesen Fällen bot und bietet die Nothilfe – subsidiär und losgelöst von sozialhilferechtlichen Leistungen – einen minimalen Schutz, der gerade auch Personen ohne Schweizer Staatsbürgerschaft zusteht, da das Grundrecht menschenrechtlich begründet ist.[274]

Das Verhältnis von Not- und Sozialhilfe bleibt weitgehend ungeklärt.[275] Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass Art. 12 BV vordergründig eine minimale Sicherung für alle sich in der Schweiz befindenden Personen darstellt, die keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben.[276] Im Rahmen dieser Funktion lässt sich die Nothilfe von der Sozialhilfe klar abgrenzen, da sie gerade greift, wenn kein Anspruch auf Sozialhilfe besteht. Ein weiterer Aspekt von Art. 12 BV[277] ist im Sinne eines Minimalstandards festzulegen, was die unterste Grenze der sozialen Sicherung durch den Staat sein muss.[278] Als Mindestgarantie kann somit ein Bezug zur Sozialhilfe hergestellt werden, indem Art. 12 BV festlegt, dass Sozialhilfeleistungen über das Niveau der Nothilfe hinauszugehen haben.[279] Praktisch greift die Garantie insbesondere als unterste Grenze für Leistungskürzungen in der Sozialhilfe. In der ersten beschriebenen Funktion – als Leistungsanspruch für Personen ohne Sozialhilfeanspruch – nimmt die Nothilfe die Funktion der Sozialhilfe als unterstes Netz ein. Sozial- und Nothilfe verbindet somit neben der Bedürftigkeitsbezogenheit letztlich der gleiche Zweck: Die Menschenwürde in einer Notlage zu sichern.[280] Es greifen entsprechend auch die gleichen Strukturprinzipien (insbesondere Finalität), die gerade im Hinblick auf diesen Zweck angelegt sind.[281] Obwohl der Ursprung und die finale Ausrichtung gleich sind, gibt es dennoch Unterschiede in den dahinterstehenden Vorstellungen, die sich insbesondere auch in der Praxis der Bemessung auswirken. Da die Nothilfe temporärer Natur und als Überbrückungshilfe gedacht ist, kann sie weniger hohen Standards gerecht werden.[282]

---

273 BGE 121 I 367 E. 3.a S. 374 f.; vgl. AMSTUTZ (Fn. 224), 21 ff. zu BGE 121 I 367.

274 Vgl. BGE 121 I 367 E. 2.c S. 373.

275 Vgl. COULLERY (Fn. 193), 138; BELSER EVA MARIA/BÄCHLER THEA, Das Grundrecht auf Sozialhilfe – Von der Notwendigkeit, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen, das über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht, ZBl 9/2020, 463 ff., 476 m.w.H.

276 Vgl. BGE 121 I 367 E. 2.c S. 373; AMSTUTZ (Fn. 224), 11 f., 21 ff.; GÄCHTER/WERDER, Art. 12, BSK BV, Rz. 5, 8.

277 Aus Art. 12 BV lassen sich auch ein Abwehranspruch (AMSTUTZ [Fn. 224], 61 ff.; GYSIN [Fn. 222], 28) sowie weitere Verpflichtungsgehalte (vgl. AMSTUTZ [Fn. 224], 70 m.w.H.) ableiten.

278 BGE 121 I 367 E. 2.c S. 373; AMSTUTZ (Fn. 224), 11 f., 21 ff.

279 GÄCHTER/FILIPPO, Art. 115, BSK BV, Rz. 20; BELSER/BÄCHLER (Fn. 275), 465.

280 Vgl WIZENT (Fn. 194), Rz. 5; vgl. BGE 121 I 367 E. 3.b S. 375.

281 WIZENT (Fn. 196), 209.

282 Vgl. BGE 121 I 367; MÜLLER (Fn. 198), 178; BELSER/WALDMANN (Fn. 231), 59.

Anhand dieses Hintergrundes wird ersichtlich, dass EL und Nothilfe als bedarfsabhängige Leistungen für besondere Personengruppen konzipiert sind. Die EL kommen für AHV/IV-Leistungsberechtigte zur Anwendung wohingegen die Nothilfe allen Personen zusteht, die durch das Sozialhilfenetz fallen, primär abgewiesene Asylsuchende i.S.v. Art. 82 Abs. 1 AslyG.[283] Der Sozialhilfe kommt hingegen die Aufgabe des universellen Grundsicherungssystems im Schweizerischen Sozialstaat zu.[284] So plädieren etwa BELSER/BÄCHLER für die Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts auf Sozialhilfe.[285] Dieses Recht leiten sie aus der Entstehungsgeschichte von Art. 12 BV ab.[286] Hauptsächlich wird aber darauf abgestellt, dass nur die Sozialhilfe – nicht jedoch die Nothilfe – es erlaubt, die anderen Grundrechte der Bundesverfassung und des Völkerrechts (längerfristig) auch tatsächlich wahrzunehmen. Somit stellt die Sozialhilfe einen unentbehrlichen Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung dar.[287]

C. Schieflage

1. Der Vermögensverzicht in den EL und der Sozialhilfe

Zur Verhinderung von Missbräuchen werden bei der Berechnung der EL Vermögenswerte, auf die freiwillig und ohne gleichwertige Gegenleistung verzichtet wurde, als (hypothetische) Einnahmen angerechnet, sodass der EL-Anspruch entsprechend reduziert wird (Art. 11*a* Abs. 2 ELG; Art. 17*b* lit. a ELV). Es ist unerheblich wie lange die Verzichtshandlung zurückliegt.[288] Der anzurechnende Betrag wird jährlich um CHF 10'000 vermindert (Art. 17*e* ELV). Zusätzlich wird auch ein Vermögensverbrauch von mehr als 10% pro Jahr in den letzten zehn Jahren vor Entstehung des Anspruchs als Vermögensverzicht berücksichtigt (Art. 11*a* Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 ELG; Art. 17*b* lit. b ELV). Die Berücksichtigung eines übermässigen Vermögensverbrauchs wurde mit der EL-Reform 2021 eingeführt und stark kritisiert, da damit eine Lebensführungskontrolle vorgenommen wird.[289] Die Bestimmungen kommen vor allem bei Schenkun-

283 GYSIN (Fn. 222), 240; MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 780; vgl. Art. 82 Abs. 1 AsylG.

284 GYSIN (Fn. 222), 241; vgl. WIZENT (Fn. 194), Rz. 57.

285 BELSER/BÄCHLER (Fn. 275), 463 ff.; COULLERY/STUDER (Fn. 222), 309; vgl. MÜLLER (Fn. 198), 179.

286 Das vom Bundesgericht 1995 als Recht auf Existenzsicherung anerkannte Grundrechte sei im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung auf ein Recht auf Hilfe in Notlagen reduziert worden (BELSER/BÄCHLER [Fn. 275], 465, 474).

287 BELSER/BÄCHLER (Fn. 275), 466, 478 ff.; MÜLLER (Fn. 198), 172 ff.

288 CARIGIET/KOCH (Fn. 110), 245.

289 CARIGIET/KOCH (Fn. 110), 243; MEIER/RENKER (Fn. 179), 7 f.; JÖHL/USINGER-EGGER (Fn. 168), Rz. 202.

gen und Erbvorbezügen zur Anwendung und haben dazu geführt, dass die Anzahl der EL-Beziehenden, die Sozialhilfe benötigen, gestiegen ist.[290] Diese Verschiebung in die Sozialhilfe widerspricht der eigentlichen Zielsetzung der EL, wonach diese Personen gerade keine Sozialhilfe beziehen sollen.[291]

Verschiedene Kantone haben in den letzten Jahren auch in der Sozialhilfe Bestimmungen eingeführt, die sich an die EL-Bestimmungen zum Vermögensverzicht anlehnen und vergangene Vermögensverzichte berücksichtigen:

- Im *Luzerner* Sozialhilfegesetz von 2015 eine Bestimmung eingeführt, die vorsieht, dass Vermögenswerte, auf die in den letzten fünf Jahren vor Einreichung des Sozialhilfegesuchs verzichtet worden ist, bei der Berechnung des Anspruchs auf Sozialhilfe angerechnet werden (§ 32 SHG/LU[292]; § 13 Abs. 1 SHV/LU[293]). Dabei werden jährlich CHF 10'000 als Einnahmen angerechnet (§ 13 Abs. 3 SHV/LU) und der Wert des Vermögens jährlich um CHF 10'000 reduziert (§ 13 Abs. 4 SHV/LU).
- Auch das *Wallis* sieht im Sozialhilfegesetz von 2020 vor, dass auch Vermögenswerte berücksichtigt werden, die vor Einreichung des Sozialhilfegesuchs entäussert wurden (Art. 32 Abs. 1 GES/VS[294]). Für die Regelung der weiteren Details wird auf das ELG verwiesen (Art. 32 Abs. 1 GES/VS). Damit wird die für die EL relevante Berechnungsmethode angewandt und es gelten die gleichen Fristen und Abschläge.[295]
- Im Kanton *Freiburg* wurde im Sozialhilfegesetz von 2024, welches seit dem 1. Januar 2026 in Kraft ist, ebenfalls eine Bestimmung eingeführt, welche die Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen vorsieht, auf welche verzichtet wurde (Art. 19 Abs. 3 SHG/FR[296]). Die Einzelheiten für die Berechnung der Einkommen und des Vermögens sowie das Ausmass der Berücksichtigung des hypothetischen Einkommens und Vermögens sollen vom Staatsrat festgelegt werden (Art. 19 Abs. 5 SHG/FR). Ausgenommen sind Personen, die sich dauerhaft in einem Pflegeheim aufhalten müssen (Art. 19 Abs. 4 SHG/FR).

---

290 Brotschi Markus, Wer sein Haus verschenkt, erhält keine Sozialhilfe mehr, Tages Anzeiger vom 14. Mai 2025; Carigiet/Koch (Fn. 110), 244.

291 Hierzu oben III.A.2.

292 Sozialhilfegesetz des Kantons Luzern vom 16. März 2015 (SRL 892).

293 Sozialhilfeverordnung des Kantons Luzern vom 24. November 2015 (SRL 892a).

294 Gesetz über die Eingliederung und die Sozialhilfe des Kantons Wallis vom 10. September 2020 (SGS 850.1).

295 Departement für Gesundheit, Soziales und Kultur, Kanton Wallis, Weisung zur Anwendung des Gesetzes über die Eingliederung und die Sozialhilfe vom 1. Januar 2026, Ziff. 22.3.1 b) (zit. Weisung GES).

296 Sozialhilfegesetz des Kantons Freiburg vom 9. Oktober 2024 (SGF 831.0.1).

- Im Kanton *Uri* ist die Revision des Sozialhilfegesetzes in der Volksabstimmung vom 18. Mai 2025 knapp gescheitert.[297] Auf der Grundlage des in der Abstimmung gescheiterten Vorschlages wurde eine neue, angepasste Vorlage erstellt, die sich bis am 18. Februar 2026 in Vernehmlassung befindet. Diesmal ist nicht nur eine Vermögensverzichts-, sondern auch eine Vermögensverzehr-Regelung vorgesehen (Art. 26 Abs. 1 und 2 eSHG/UR[298]). Weiter wurde der berücksichtigte Zeitraum von zehn auf drei Jahre gesenkt und die Bestimmung soll nur bei «missbräuchlichem» d.h. absichtlichem Vorgehen zur Anwendung kommen (Art. 26 Abs. 1 und 2 eSHG/UR).[299] Als Verzehr wird der Verbrauch von Vermögen durch übermässige oder nicht notwendige Ausgaben beschrieben.[300]

Die jüngere Tendenz, vergangene Vermögensverzichte und als übermässig qualifizierter Verbrauch in der Sozialhilfe zu berücksichtigen, ist u.E. kritisch zu hinterfragen. Der Bedarf wird in der Sozialhilfe als realer Wert anhand der aktuell tatsächlich verfügbaren Vermögenswerte und Einnahmen ermittelt. Dabei wird die Verwertung des aktuell vorhandenen und anrechenbaren Vermögens vorausgesetzt.[301] Wird während des laufenden Sozialhilfebezugs (somit nach Unterstützungsaufnahme) auf Vermögenswerte schuldhaft verzichtet, werden diese hypothetisch angerechnet und der Bedarf in dem Umfang reduziert.[302] Gestützt auf das Finalprinzip, Tatsächlichkeitsprinzip und Bedarfsdeckungsprinzip bleibt in der Sozialhilfe kein Raum für die Berücksichtigung von Vermögensverzichten, die vor dem Sozialhilfebezug erfolgt sind. Durch diese kantonalen Bestimmungen erfolgt gewissermassen eine Verschiebung von der Sozial- in die Nothilfe.

Die Bestimmungen lehnen sich stark an das ELG an und verweisen teilweise gar direkt darauf.[303] Dabei sind diejenigen Bestimmungen, die näher an denjenigen des ELG sind (beispielsweise im GES/VS), einschneidender, da sie

---

297 <https://www.ur.ch/abstimmungen/termine/65818#abstimmung_4636>; Die Vorlage ist unter anderem wegen der Vermögensverzichtsbestimmung gescheitert (Amt für Soziales, Kanton Uri, Erläuternder Bericht für die Vernehmlassung zur Gesamtrevision des Gesetzes über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz) vom 13. November 2025, 6 (zit. Bericht Gesamtrevision).

298 Entwurf, Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, <https://www.ur.ch/exekutivgeschaefte/131183>.

299 Bericht Gesamtrevision (Fn. 297), 16.

300 Bericht Gesamtrevision (Fn. 297), 17.

301 WIZENT (Fn. 194), Rz. 654.

302 WIZENT (Fn. 194), Rz. 611 f.

303 Bspw. wird im Kanton Wallis für die Regelung der Details auf die ELG-Bestimmungen zum Vermögensverzicht verwiesen (Art. 32 Abs. 1 GES/VS) und im Kanton Luzern wird für die Bewertung des Vermögens auf das ELG verwiesen (§ 13 Abs. 2 und Abs. 4 SHV/LU).

Vermögensverzichte über einen grösseren Zeitraum berücksichtigen und den vollen Verzichtsbetrag anrechnen. Viele der kantonalen Bestimmungen sind unbestimmt und offen formuliert.[304] Im Kanton Wallis stehen überdies Kürzungsumfang und -dauer im Ermessen der Behörde.[305] Die Bestimmungen enthalten auch viele unbestimmte Begriffe wie dies beispielsweise im Entwurf des Kantons Uri der Fall ist, wo der Verzehr als Verbrauch von Vermögen durch «übermässige oder nicht notwendige Ausgaben» beschrieben wird.[306] Die Möglichkeit, auf Einzelfälle einzugehen, entspricht zwar dem Individualisierungsprinzip, welches die Sozialhilfe prägt, erschwert aber eine rechtsgleiche Beurteilung und belässt den rechtsanwendenden Behörden ein grosses Ermessen. Dies erschwert auch die Planbarkeit für potenziell Betroffene. Ebenfalls fällt auf, dass in den jeweiligen Sozialhilfegesetzen nur die Grundzüge geregelt sind und teils wichtige Bereiche an den Verordnungsgeber delegiert werden.[307] Somit ist die Rechtslage je nach Kanton sehr verschieden und teilweise unberechenbar.

2. Beispiel: Die Pflegebedürftigen

An konkreten Beispielen pflegebedürftiger Personen lässt sich die Verschiebung von einem bedarfsabhängigen System in das nächste nachvollziehen. Das Bundesgericht hat im Oktober 2025 einen Fall entschieden, der sich im Kanton Freiburg, jedoch noch vor Inkraftsetzung des neuen Sozialhilfegesetzes inklusive der Vermögensverzichtsbestimmung, ereignete.[308] Dabei ging es um eine Frau, die im Alter von 85 Jahren ihre Wohnung verkaufte und sofort einen Grossteil des Verkaufserlöses (CHF 300'000) an ihre Kinder weitergab, wobei sie selbst CHF 30'000 behielt (E. 6.2). Zum Zeitpunkt der Schenkung lebte die Frau in einer Seniorenresidenz und konnte die laufenden Kosten selbst decken (E. 6.2). Später wurde sie jedoch pflegebedürftig und vermochte die Kosten für das Pflegeheim aus eigenen Mitteln nicht zu stemmen (E. 6.2). Aufgrund

304 Siehe auch Art. 36 des Gesetzes über die öffentliche Sozialhilfe des Kantons Bern vom 11. Juni 2001 (BSG 860.1), der festlegt, dass die Sozialhilfe bei selbstverschuldeter Bedürftigkeit gekürzt wird. Die Gesundheits-, Sozial-, und Integrationsdirektion hat ausgeführt, dass mit Art. 36 SHG/BE auch ein zurückliegendes Fehlverhalten sanktioniert werden kann (Beschwerdeentscheid der Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion 2019.GEF.1397 des Kantons Bern vom 11. März 2020 E. 2.6 Abs. 2).

305 Weisung GES, Ziff. 22.3.3.

306 Bericht Gesamtrevision (Fn. 297), 17.

307 Bspw. die berücksichtigte Zeitspanne im Kanton Luzern (§ 13 Abs. 1 SHV/LU), Regelung der Einzelheiten wie Berechnung und Ausmass der Berücksichtigung im Kanton Freiburg (Art. 19 Abs. 5 SHG/FR), Möglichkeit des Staatsrates im Kanton Freiburg Freibeträge auf das Einkommen und Vermögen oder andere Anreize vorsehen zu können (Art. 19 Abs. 5 SHG/FR).

308 Urteil des Bundesgerichts 8C_357/2025 vom 8. Oktober 2025.

des Vermögensverzichts bestand kein Anspruch auf EL und die Sozialkommission verweigerte den Anspruch auf Sozialhilfeleistungen ebenfalls. Sie machte geltend, dass die Frau den Sozialhilfebedarf bewusst herbeigeführt habe, da sie mit einem Eintritt ins Pflegeheim hätte rechnen und hätte wissen müssen, dass ihr Einkommen und Vermögen nicht ausreichen würden, um ihre Pflegeheimkosten zu decken (E. 6.3). Mit diesem Verhalten habe sie eindeutig den Willen gezeigt, ihr Vermögen ihren Kindern zu vermachen, anstatt es für die Kosten des Pflegeheims zu verwenden und somit rechtsmissbräuchlich gehandelt (E. 6.3). Das Bundesgericht stimmte zwar zu, dass mit diesem Vorgehen ein Mangel an Weitsicht gezeigt wurde, ging aber nicht von einem Rechtsmissbrauch aus, da zum Zeitpunkt der Schenkung ein Aufenthalt in einem Pflegeheim nicht in Betracht gezogen wurde und sie mit ihrem Gesundheitszustand zu dem Zeitpunkt genügend Unterstützung in der Seniorenresidenz erhielt, in der sie wohnte (E. 6.4). Erst aufgrund der Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach einem Sturz ein Jahr später sei der Transfer in ein Pflegeheim zwingend gewesen (E. 6.4). Entsprechend sei im Zeitpunkt der Schenkung keine Absicht erwiesen, durch die Schenkung das Gesetz zu umgehen (E. 6.4).

Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage berief sich die kantonale Behörde vorliegend auf das Rechtsmissbrauchsverbot. Das Bundesgericht hat bisher offengelassen, ob ein Rechtsmissbrauch in der Sozial- bzw. Nothilfe möglich ist und festgehalten, dass ein solcher nur unter «restriktiven» Voraussetzungen denkbar wäre und zwar dann, wenn eine Handlung direkt und einzig auf den Empfang von Sozialhilfeleistungen abziele.[309] Die Absicht müsse klar und unbestreitbar sein.[310] Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht die Vorstellung abgelehnt, dass man im Alter von 85 Jahren und eingeschränkter Mobilität geradezu mit einem Aufenthalt in einem Pflegeheim rechnen muss, sodass eine Schenkung in einem solchen Zeitpunkt im Hinblick auf eine zukünftige Sozialhilfebedürftigkeit als rechtsmissbräuchlich zu betrachten wäre. Die Lehre schliesst insbesondere im Bereich der Nothilfe die Möglichkeit von rechtsmissbräuchlichem Verhalten aus.[311] Auch im Hinblick auf die Sozialhilfe kann und soll (Mit-)Verantwortung oder Schuld an der Be-

309 BGer 8C_357/2025 vom 8. Oktober 2025 E. 6.1, 6.4; vgl. BGE 134 I 65.

310 BGer 8C_357/2025 vom 8. Oktober 2025 E. 6.1.

311 Amstutz (Fn. 224), 28 f.; Gächter/Werder, Art. 12, BSK BV, Rz. 40, 310; Wizent (Fn. 194), Rz. 413 ff.; Waldmann (Fn. 237), 362; Uebersax Peter, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, in: Tschudi Carlo (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2005, 33 ff., 55; vgl. Gächter Thomas, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2005, 7 ff.

dürftigkeit gerade nicht zum Anspruchsverlust führen (Finalprinzip).[312] Fraglich bleibt, wie das Bundesgericht entschieden hätte, wenn die Vermögensverzichtsbestimmung bereits in Kraft gewesen wäre.

Einen ähnlichen Fall hatte das Kantonsgericht Wallis im Mai 2025 zu beurteilen, wobei die Vermögensverzichtbestimmung bereits in Kraft war.[313] Es differenzierte zwischen der nach kantonalem Recht gewährten Sozialhilfe und der verfassungsmässig gewährleisteten Nothilfe und verortete die aufgrund des Vermögensverzichts gekürzte Hilfe «zwischen» der ordentlichen Sozialhilfe und der Nothilfe (E. 4.3.3 f.). Das Gericht hielt fest, dass die betroffene Frau auf Unterstützung angewiesen und entsprechend eine Unterbringung in einem Pflegeheim nicht zu beanstanden sei (E. 5.5). Weiter berücksichtigte es im Hinblick auf ihre psychische Integrität den Standort des Pflegeheims, welches sich am Wohnort ihrer einzig verbleibenden Bezugsperson befindet (E. 5.5). An diesem Beispiel zeigt sich, dass es bei einem bestehenden Unterstützungsbedürfnis keine Alternativen zur Unterbringung im Pflegeheim gibt. Ausserdem ist oftmals ein Umzug in ein kostengünstigeres Pflegeheim aufgrund verschiedener Faktoren, wie persönlichen Beziehungen, dem Gesundheitszustand oder dem Alter, nicht zumutbar. Somit muss bei reduzierten Sozialhilfeleistungen der verbleibende Bedarf durch Nothilfeleistungen gedeckt werden und es kommt trotz anwendbaren Vermögensverzichtsbestimmungen zu keiner Kostenersparnis für das Gemeinwesen. Grund dafür ist, dass alle drei Systeme auf die Bedürftigkeit abstellen. Es werden zwar je nach System verschieden hohe Leistungen ausgezahlt, aber EL, Sozial- und Nothilfe dienen allesamt dazu, die Lücke zwischen den Eigenmitteln und dem tatsächlichen Bedarf zu schliessen. Gerade für Personen in höherem Alter oder angeschlagenem Gesundheitszustand gibt es kaum zumutbare Möglichkeiten, den Bedarf zu reduzieren, sodass sich hinsichtlich der Kosten durch die Verschiebung in ein anderes bedarfsabhängiges System – abgesehen von der unterschiedlichen Finanzierung von EL und Sozial- und Nothilfe – gesamthaft dasselbe Ergebnis ergibt. Auf der Behördenseite entsteht aber ein beträchtlicher Verwaltungsaufwand, da die Vermögensverzichte und der Verbrauch eruiert, bewiesen und in die konkrete Berechnung eingebracht werden müssen.

---

312 Payot Peter Mösch, «Sozialhilfemissbrauch?!», in: Häfeli Christopf (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, Bern 2005, 279 ff., 287; Wizent (Fn. 196), 236; vgl. BGE 121 I 367 E. 3.b. S. 375.

313 Urteil des Kantonsgerichts Wallis A1 24 119 vom 26. Mai 2025. Jedoch kam eine Bestimmung aus der Weisung des Staatsrats nicht zur Anwendung, welche vorsah, dass die Berücksichtigung des hypothetischen Einkommens nicht länger als ein Jahr anhalten solle, da diese mit der gesetzgeberischen Vorstellung nicht zu vereinbaren war (KGer VS A1 24 119 E. 5.7 ff.).

3. Missbrauchsbekämpfung und Systemfunktion

Die Kantone berufen sich auf das Subsidiaritätsprinzip und die Missbrauchsbekämpfung, um solche Verzichtsbestimmungen in der Sozialhilfe einzuführen.[314] Dabei ist fraglich, ob es sich nicht eher um einen Versuch handelt, das Problem der Pflegefinanzierung anzugehen bzw. abzuwälzen.[315] In keinem Fall darf Missbrauchsbekämpfung zur Untergrabung des Systems und der Funktionen der verschiedenen bedarfsabhängigen Institute führen. Die Verschärfung der EL-Verzichtsbestimmungen hat zu einer Mehrbelastung der Sozialhilfe geführt, obwohl die Einführung der EL gerade auf die Entlastung der Kantone abzielte.[316] Die Einführung entsprechender Bestimmungen in der Sozialhilfe wird wiederum zur Einschränkung der Sozialhilfeleistungen bis hin zum Nothilfe-Niveau führen. Dies kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass den Betroffenen noch die Nothilfe bliebe.[317] Die Nothilfe ist als vorübergehende Überbrückungshilfe für Personen ohne Sozialhilfeanspruch zu verstehen und kann nicht als Ersatz der Sozialhilfe dienen.[318] Die Berücksichtigung von in der Vergangenheit liegenden Sachverhalten stellt eine Verschuldensverortung dar, die weder mit den sozialhilferechtlichen Strukturprinzipien, noch mit der Nothilfe vereinbar ist und somit die Funktion dieser Systeme beeinträchtigt.[319]

Auch erscheint fraglich, ob eine Kürzung der Sozialhilfe zulässig wäre und die regulären Kürzungsvoraussetzungen der Sozialhilfe überhaupt angewendet werden können, wenn Leistungsverweigerungen bzw. -kürzungen sachlich vom in

---

314 Vgl. Kanton Luzern, Merkblatt Sozialhilfebezug infolge Vermögensverzicht vom 30. Juni 2023 (aktualisiert am 23. Oktober 2024); Art. 30 Abs. 1 GES/VS zum Subsidiaritätsprinzip, wo auf die Berücksichtigung von Mitteln und Vermögenswerten, auf die verzichtet wurde, verwiesen wird.

315 Interessant ist in dem Zusammenhang die Bestimmung des Kantons Freiburg, welche Personen, die sich dauerhaft in einem Pflegeheim aufhalten müssen von der Vermögensverzichtsregelung ausnimmt (Art. 19 Abs. 4 SHG/FR). In diesem Zusammenhang stellen sich auch zusätzliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Verwandtenunterstützung nach Art. 328 ZGB und von Rückzahlungspflichten, da die Vermögensverzichte oftmals zugunsten der Nachkommen bzw. Erben erfolgen. Zur Verwandtenunterstützungspflicht im Zusammenhang mit Vermögensverzichten in der Sozialhilfe wurden im Kanton Bern («Auswirkungen eines Vermögensverzichts regeln», Vorstoss-Nr. 236-2015 vom 9. September 2015) und Kanton Schwyz («Bezug Sozialhilfe als Folge früherer Vermögensverzichte», Motion M 17/19 vom 18. September 2019) Motionen eingereicht.

316 Carigiet/Koch (Fn. 110), Rz. 80.

317 Vgl. Arnold Christian zit. in Brotschi (Fn. 290).

318 Vgl. Müller/Schefer (Fn. 283), 781.

319 Wizent (Fn. 194), Rz. 409 ff., 744 ff.; zur Unterscheidung der Anspruchs- und Pflichtebene. Für die Nothilfe vom Bundesgericht ausdrücklich ausgeschlossen in BGE 134 I 65 E. 3.3 S. 70.

der Sozialhilfe vorherrschenden Bedarfsdeckungsprinzip abweichen.[320] Das Bundesgericht erachtet Kürzungen aufgrund der Weigerung an Beschäftigungs- und Integrationsprogrammen teilzunehmen für zulässig.[321] Im Gegensatz dazu besteht bei Kürzungen infolge von vergangenen Vermögensverzichten kein Zusammenhang mit einer gegenwärtigen oder zukünftigen Erhöhung der Einnahmen und damit einhergehend einer Reduktion des sozialhilferechtlichen Bedarfs. Noch problematischer sind Bestimmungen wie diejenigen des Kantons Uri, die neben Vermögensverzichten auch den Vermögensverzehr berücksichtigen, da sie einen weitergehenden Eingriff in die persönliche Freiheit darstellen und auch im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit problematisch erscheinen.[322]

Betreffend die Vorgaben für Kürzungstatbestände in der Sozialhilfe ist ebenfalls anzumerken, dass die formell-gesetzliche Grundlage solcher Bestimmungen hinreichend bestimmt sein muss, was insbesondere die Regelung der maximalen Höhe und Dauer der Kürzung beinhaltet.[323] Es erscheint zweifelhaft, ob die erwähnten kantonalen Bestimmungen diesen Ansprüchen genügen. Wichtig ist neben dem Umfang der Kürzung auch deren Dauer genau festzuhalten, da die Einschränkung mit zunehmender Dauer im Hinblick auf die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben und die Ausübung der Grundrechte schwerer wiegt.[324]

Fraglich ist letztlich, wo die Grenzen der zulässigen Ausgestaltung der Sozialhilfe durch die Kantone verlaufen und wo die zwingenden Vorgaben aus der Verfassung beginnen.[325] Die Kantone haben die von Art. 115 BV übertragene Aufgabe im Rahmen des übergeordneten Rechts wahrzunehmen.[326] Zum einen hat die Rechtssetzung unter Berücksichtigung der zwingenden, aber auch der programmatischen Vorgaben des übergeordneten Rechts zu erfolgen.[327] Des

---

320 Vgl. COULLERY (Fn. 271), 16; vgl. GÄCHTER THOMAS, Soziale Grundrechte: Das nackte Überleben oder mehr?, ius full 2007, 19 ff., 22.

321 GÄCHTER (Fn. 319), 23. Vgl. zur Thematik sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnisse: STUDER MELANIE, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit, Basel 2021; WIZENT (Fn. 196), 249 ff.; vgl. zu den Sanktionen die SKOS-Richtlinien F.2.

322 Vgl. zum Vermögensverzehr in den EL: MEIER/RENKER (Fn. 179), 7 ff.; vgl. RIEMER-KAFKA GARBIELA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung: Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Freiburg 1999, 241 f.

323 COULLERY (Fn. 271), 15.

324 COULLERY (Fn. 271), 8, 11, 15.

325 Vgl. zum Ganzen COULLERY/STUDER (Fn. 222), 287 ff.; COULLERY (Fn. 271), 1 ff.; PÄRLI KURT, Verfassungsrechtliche Aspekte neuer Modelle in der Sozialhilfe, AJP 1/2004, 45 ff.; WIZENT (Fn. 194), Rz. 411 ff.

326 BELSER/BÄCHLER (Fn. 275), 464.

327 Vgl. WIZENT (Fn. 196), 209.

Weiteren ist auch eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung der Sozialhilfegesetze vorzunehmen.[328] Aus dem übergeordneten Recht lassen sich unter anderem aus der Menschenwürde (Art. 7 BV), der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) Vorgaben zum minimalen Leistungsumfang der Sozialhilfe ableiten.[329] So folgt aus diesen Grundrechten insbesondere, dass ein Mindestmass an sozialer und kultureller Teilhabe ermöglicht werden muss, um den Ausschluss aus der Gemeinschaft zu verhindern und die tatsächliche Wahrnehmung vieler Grundrechte überhaupt erst zu ermöglichen.[330] Bereits die aktuellen (ungekürzten) Sozialhilfestandards werden kritisiert und es wird angezweifelt, ob sie einen – im Hinblick auf die Wahrnehmung der Grundrechte – angemessenen Lebensstandard gewähren.[331] Auch der aktuell von der Rechtsprechung anerkannte Schutzbereich von Art. 12 BV wird als zu restriktiv betrachtet, um gerade beim Bezug von Nothilfe über längere Zeit die Grundrechtswahrnehmung zu ermöglichen.[332] Damit ist u.E. fraglich, ob eine Kürzung der Sozialhilfe auf das gemäss aktueller Rechtsprechung anerkannte Nothilfeniveau in vielen Fällen überhaupt mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.

V. Fazit, Ausblick und Änderungsvorschläge

Nach der Betrachtung der sozialen Risiken Invalidität, Alter und Armut kommen wir zum Schluss, dass der Begriff der «Existenzsicherung» im System der sozialen Sicherheit der Schweiz sehr unterschiedlich verstanden wird. Die Nothilfe gemäss Art. 12 BV wird allen Menschen in der Schweiz zugestanden, sichert jedoch nur ein rudimentäres Überleben in Notlagen ab. Sie darf nicht zum Normalfall werden, da ansonsten die Notlage zur Normalität erklärt wird. Darüber hinaus garantiert die Sozialhilfe weitergehende Leistungen, welche aber beträchtlichen kantonalen Unterschieden unterworfen sind. Die EL sichern einen höheren Standard ab, können jedoch nur von Personen mit laufenden AHV- oder IV-Leistungen bezogen werden.

Somit werden im Schweizer Sozialrechtssystem alle Existenzen gesichert, wenn auch in sehr unterschiedlichem Umfang. Der Hintergrund dieser Differenzen in der Absicherung liegt in den meisten Fällen in der Entstehungs-

328 Coullery (Fn. 271), 3.

329 Coullery/Studer (Fn. 222), 297 ff.; Coullery (Fn. 271), 4 ff. Neben den Grundrechten sind auch die Programmnormen und die sozialstaatliche Grundausrichtung der Bundesverfassung zu beachten, vgl. Coullery/Studer (Fn. 222), 300 ff.

330 Coullery/Studer (Fn. 222), 297 ff.; Coullery (Fn. 271), 4 ff.

331 Coullery (Fn. 271), 13; Coullery/Studer (Fn. 222), 299 f.

332 Coullery/Studer (Fn. 222), 298, 308; Pärli (Fn. 324), 48; Coullery (Fn. 271), 10, 17 ff.; vgl. Gächter (Fn. 319), 23.

geschichte der verschiedenen Zweige des Systems. So wurden Krankheit und Unfall stets durch getrennte Versicherungen erfasst, die Selbstvorsorge für das Alter als zentrales Standbein hochgehalten und die Sozialhilfe den Kantonen belassen. U.E. ist die entscheidende Frage, ob sich die Unterschiede, die bedeutende Teile des sozialen Sicherungssystems betreffen, heutzutage rechtfertigen lassen. Im vorliegenden Beitrag haben wir Personengruppen aufgezeigt, die von den Differenzierungen besonders betroffen und im Vergleich schlechter gestellt sind: Selbständigerwerbende, Teilzeitarbeitnehmende, Unverheiratete, Frauen, (abgewiesene) Asylsuchende, Heimbewohnende und Kranke. Je nach Bereich wandeln sich die Unterschiede zu regelrechten Schieflagen. Gerade bei Sozialleistungen, die von Faktoren abhängig sind, auf die man keinen Einfluss hat, ist dies regelmässig der Fall.

Gewisse Ungleichbehandlungen mögen im historischen Kontext der Entstehungszeit des Sicherungssystems Sinn ergeben haben, sollten jedoch heute überdacht werden. Dies betrifft insbesondere alle Konstellationen, in welchen das Versicherungsobligatorium eingeschränkt wird. Ein funktionierendes Versicherungsprinzip bewahrt die steuerfinanzierten Systeme von EL, Sozialhilfe und Nothilfe vor einem für den Staatshaushalt gefährlichen Andrang und stärkt die Eigenverantwortung der Versicherten. Die bedarfsorientierten Systeme von EL und Sozialhilfe werden aktuell durch die Langzeitpflegekosten, die insbesondere in Alters- und Pflegeheimen anfallen, belastet, sobald die Betroffenen die Kosten nicht mehr aus dem eigenen Vermögen begleichen können. Ein solch massives soziales Risiko mit dermassen hohen Kosten sollte weder der Selbstverantwortung der Versicherten noch Bedarfssystemen wie den EL oder der Sozialhilfe aufgebürdet werden.[333] Vielmehr ist das Risiko im Versicherungsprinzip (mit seiner sozial- und wirtschaftsverträglichen Kombination von Solidarität und Selbstverantwortung)[334] abzusichern. Unser erster Verbesserungsansatz ist deshalb, die Einführung einer Langzeitpflegeversicherung[335] anzustreben, welche die Pflegekosten in einem Versicherungssystem auffangen würde. Hier existieren bereits diverse Vorschläge, wie eine solche ausgestaltet werden könnte.[336]

---

333 GÄCHTER (Fn. 179), 77.

334 GÄCHTER THOMAS, Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit, ZSR 2014 II – Schweizerischer Juristentag 2014, 5 ff., 71 ff.

335 So auch LANDOLT HARDY, Plädoyer für die Einführung einer Pflegeversicherung, Pflegerecht 3/2014, 130 ff., 136 ff.; GÄCHTER (Fn. 179), 77; GABERTHÜEL ELIAS, Berechnung des rückerstattungspflichtigen Nachlasses im Ergänzungsleistungsrecht (Art. 16*a* Abs. 1 ELG, Art. 27*a* Abs. 1 ELV), Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, IV. öffentlich-rechtliche Abteilung, vom 1. April 2025 (8C_669/2023) (zur Publikation vorgesehen), Pflegerecht 3/2025, 154 ff., 156.

336 So z.B. HUGGLER MARION A., Langzeitpflegeversicherung und das Potential digitaler Leistungen in der Langzeitpflege – Eine rechtliche und ethische Betrachtung, Diss. Zürich 2025.

Unser zweiter Änderungsvorschlag für eine breitere versicherungsgestützte Absicherung ist die Ausweitung des UV- und bV-Obligatoriums auf alle Erwerbstätigen, also auch die Selbständigerwerbenden.[337] Die Versicherungssysteme der UV und bV würden durch die Ausweitung des Obligatoriums gestärkt.

Drittens wäre schliesslich eine allgemeine Vereinfachung der Prozesse im System der sozialen Sicherheit zu begrüssen. Das historisch gewachsene Sozialsystem der Schweiz bildet insgesamt eine gute Absicherung, eine zweigübergreifende Gesamtsicht auf das System mit allen Unterstrukturen ist allerdings unerlässlich. Hier sollten alle betroffenen Stellen verpflichtet werden, stets umfassend zu beraten, so dass sämtliche einschlägigen Sozialnetze auch tatsächlich auffangen. Beispielsweise sollte der Zugang zu EL-Informationen niederschwellig bei jedem Antrag auf AHV- oder IV-Leistungen ermöglicht werden. Dies könnte durch eine erweiternde Nachführung von Art. 29 Abs. 2 ATSG erreicht werden, welcher aktuell vorschreibt, dass unentgeltlich Anmeldeformulare abzugeben sind.

Nach unserem Dafürhalten sind insgesamt einige Schieflagen im Schweizer Sozialrechtssystem vorhanden, welche ausgeglichen werden sollten. Mit der Stärkung des Versicherungsprinzips durch die Ausdehnung der Obligatorien, der Einführung einer Langzeitpflegeversicherung und einer allgemeinen Vereinfachung würde das Schweizer System der sozialen Sicherheit auf ein stabiles Fundament für die Zukunft gestellt.

337 Durch die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung der UVV (hierzu oben, Fn. 31) würde aufgrund der Senkung der Eintrittsschwelle die freiwillige UV für mehr Selbständigerwerbende zumindest zugänglich.

Die Defizite der Interessenabwägung nach Art. 56 Abs. 2 StGB

Enttäuschung einer gesetzgeberischen Erwartung?

Arik Röthlisberger*

Inhalt

I. Einleitung 296
- A. Problem: Schuldüberschreitender Freiheitsentzug 296
- B. Lösung: Begrenzung durch Interessenabwägung 297
- C. Erwartung und Skepsis: Leistung der Interessenabwägung 299
- D. Rahmen der Untersuchung: Frage, Eingrenzung und Vorgehen 302

II. Defizite der Abwägung 304
- A. Bestimmung der Gegenstände der Abwägung 304
  - 1. Uneindeutigkeit 305
  - 2. Asymmetrische Kumulation 309
    - a. Unbestimmte Substitution oder Addition 309
    - b. Unzulässige Extension 316
      - i. Behandlungsaspekte 316
      - ii. Sicherungsbedürfnisse 319
- B. Bestimmung der Parameter und Massstäbe der Abwägung 320
  - 1. Uneindeutigkeit 320
  - 2. Asymmetrische Reduktion 326
    - a. Intensität, Dauer, Wahrscheinlichkeit und Anzahl 326
    - b. Abstrakter Rang des Rechtsguts 327
  - 3. Unvollständigkeit? 330
- C. Bestimmung der Regeln der Abwägung 331
  - 1. Uneindeutigkeit 332
    - a. Gewichtsverhältnis 332
    - b. Gewichtungsvorgang 334
    - c. Gewichtungsschwellen 343
  - 2. Extension der Wertungsspielräume 351

III. Fazit 353

* Für die Recherche sowie die sprachliche und inhaltliche Überarbeitung wurden die Large Language Models Claude Opus 4.6 und 4.8 verwendet; sämtliche generierten Ergebnisse wurden auf Korrektheit überprüft. MLaw Vivian Stein und MA in Translation Katharina Tschopp Tarquini wird herzlich für die Durchsicht und die hilfreichen Korrekturen sowie Anmerkungen gedankt.

I. Einleitung

A. Problem: Schuldüberschreitender Freiheitsentzug

Das schweizerische StGB statuiert ein dualistisches Sanktionensystem.[1] Gemäss Art. 57 StGB haben Strafgerichte bei gegebenen Voraussetzungen in den Dispositiven ihrer Strafurteile sowohl den strafrechtlichen als auch den massnahmenrechtlichen Freiheitsentzug anzuordnen.[2] Nicht nur die Anordnung, sondern auch die Fortführung des massnahmenrechtlichen Freiheitsentzugs dient primär der Verhinderung weiterer Straftaten.[3] Dementsprechend knüpfen die Art. 59 Abs. 4 StGB, Art. 62 Abs. 1 StGB und Art. 64a Abs. 1 StGB für die Fortführung des massnahmenrechtlichen Freiheitsentzugs nicht an die Schuld resp. das Verschulden des Straftäters[4] oder eine absolute Zeitbegrenzung, sondern die Erwartung an, dieser werde bei einer (bedingten) Entlassung aus dem Vollzug weitere Straftaten begehen (sog. Rückfallgefahr). Der massnahmenrechtliche Freiheitsentzug dauert so lange an, wie eine Rückfallgefahr besteht.[5] Die Dauer der stationären therapeutischen Behandlung be-

---

1 Urteil des Bundesgerichts 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.3.

2 Der Vollzug einer Freiheitsstrafe ist bei tatbestandsmässigem und rechtswidrigem Verhalten sowie zumindest teilweiser Schuldfähigkeit des Straftäters auszusprechen. Der Vollzug einer freiheitsentziehenden Massnahme nach Art. 59 ff. StGB ist hingegen selbst bei fehlender Schuldfähigkeit anzuordnen. Für die Anordnung des Vollzugs genügt hier ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten einer gewissen Schwere, das mit einer psychischen Störung (oder den Persönlichkeitsmerkmalen des Täters, den Tatumständen und seinen gesamten Lebensumständen) sowie einer Rückfallgefahr in Zusammenhang steht. Die Reihenfolge des Vollzugs zweier gleichzeitig ausgesprochener Sanktionen bemisst sich nach Art. 57 Abs. 2 StGB und Art. 64 Abs. 2 StGB.

3 BGE 141 IV 236 E. 3.7 f., wonach die Besserung des Straftäters nur insoweit von Bedeutung ist, wie sie sich im Zweck der Rückfallverhinderung auswirkt. Sie ist ein Mittel zur Rückfallverhinderung; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 6B_796/2019 vom 16. Oktober 2019 E. 3.2.2.

4 Im vorliegenden Beitrag wird das generische Maskulinum verwendet, weil die überwiegende Mehrheit der Menschen, die straffällig werden, Personen männlichen Geschlechts ist.

5 Zum Ganzen BGE 142 IV 105 E. 5.4 S. 112 und BGE 145 IV 65 E. 2.3.3 S. 71, für die Fortführung des Vollzugs einer Massnahme nach Art. 59 StGB; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.3.2; relativiert in Urteil des Bundesgerichts 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.1, wonach im Rahmen der Abwägung das Verhältnis zwischen der Schwere der Anlasstaten und der Dauer des Massnahmenvollzugs zu berücksichtigen ist; Urteil des Bundesgerichts 6B_796/2009 vom 25. Januar 2010 E. 2.5 und BGE 137 IV 201 E. 1.2, für die Fortführung des Vollzugs der ordentlichen Verwahrung nach Art. 64 StGB; relativiert in Urteil des Bundesgerichts 6B_746/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 1.4, wonach im Rahmen der Abwägung das Verhältnis zwischen der Dauer der schuldangemessenen Freiheitsstrafe und der Dauer des Massnahmenvollzugs zu berücksichtigen ist; relativierend Urwyler Thierry et al., Handbuch, Strafrecht, Psychiatrie, Psychologie, Ba-

trägt nach Art. 59 Abs. 4 StGB in der Regel höchstens fünf Jahre und kann bei weiterbestehender Rückfallgefahr beliebig oft um fünf weitere Jahre verlängert werden.[6] Die Dauer der ordentlichen Verwahrung ist im Grundsatz nicht beschränkt und muss nicht verlängert werden, ist aber gemäss Art. 64b Abs. 1 lit. a StGB nach Ablauf von zwei Jahren jährlich zu überprüfen. Aus der Abhängigkeit der Dauer von der Rückfallgefahr ergibt sich, dass der Vollzug im Einzelfall länger anhalten *kann* (aber nicht notwendigerweise muss) als der im Dispositiv des Strafurteils für die Anlasstat ausgesprochene, schuldangemessene Freiheitsentzug.[7] Darin liegt das Problem begründet, mit dem sich der vorliegende Beitrag auseinandersetzt.

B. Lösung: Begrenzung durch Interessenabwägung

Am Bestehen der Möglichkeit des schuldüberschreitenden Freiheitsentzugs hat sich mit der umfassenden Teilrevision des Strafgesetzbuchs, deren An-

---

sel 2022, 734; für weiterführende Literatur: Albrecht Peter, Zur Bedeutung der Anlasstat für die Legitimation freiheitsentziehender strafrechtlicher Massnahmen, in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin: zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007; Studer Rafael, Thesen zur Ungefährlichkeitsvermutung, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernhard Stephan (Hrsg.), Risikobeurteilung, Bern 2024, 8 f.

6 BGE 142 IV 105 E. 5.3 ff. und E. 5.6; BGE 145 IV 65 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 6B_969/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.3: Mit der zeitlichen Beschränkung des Freiheitsentzugs wird nach der gesetzgeberischen Zielsetzung dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen. Die gerichtliche Überprüfung der Massnahme nach fünf Jahren soll ein Gleichgewicht zwischen den Interessen des Betroffenen und den Sicherheitsinteressen der Öffentlichkeit schaffen. Mit ihr wird die regelmässige Überprüfung der Verhältnismässigkeit sichergestellt; siehe für eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik: Heer Marianne, Die Dauer therapeutischer Massnahmen und die Tücken deren Berechnung, fp 2018, 185; siehe für weitere Grundsätze zur Berechnung der Frist: BGE 135 IV 139 E. 2.4 S. 143 ff.; BGE 142 IV 105 E. 5 und E. 5.9; BGE 145 IV 65 E. 2; BGE 147 IV 205 E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_1213/2016 vom 8. März 2017 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1203/2017 vom 1. November 2017 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 7B_137/2024 vom 3. April 2024 E. 3.1.

7 Heer Marianne, Art. 56, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. A., 2019, Rz. 16 und 23; Urwyler et al., 734; verschärft wird diese Tendenz dadurch, dass gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB das Strafmass bei verminderter Schuldfähigkeit zu mildern ist; relativiert wird diese Tendenz durch den Ausnahmecharakter der Verlängerung nach einer gewissen Zeitspanne: siehe hierzu Art. 59 Abs. 4 StGB und oben, Fn. 6; siehe zudem Bundesamt für Statistik, Tabelle 19.04.02.43, Entlassungsart und Aufenthaltsdauer im Massnahmenvollzug, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht.assetdetail.32809117.html>, wonach die mittlere Aufenthaltsdauer im Massnahmenvollzug bei Entlassung seit dem Jahr 1984 zugenommen hat und im Jahr 2023 im Mittelwert 2034 Tage betrug. Art. 59 StGB erfasst auch Vergehen, die nach Art. 10 Abs. 2 StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht sind, womit in diesen Fällen eine Überschreitung der schuldangemessenen Dauer der Freiheitsstrafe nahe liegt.

passungen am 1. Januar 2007 in Kraft traten, nichts geändert. Der Bundesrat sprach sich im Rahmen dieser Teilrevision gegen die Einführung einer absoluten Höchstdauer des Vollzugs aus.[8] Zugleich identifizierte er die Möglichkeit des schuldüberschreitenden Freiheitsentzugs als Problem und erkannte diesbezüglich ein Regelungsdefizit. Dementsprechend hielt er in seiner Botschaft aus dem Jahr 1998 fest, dass im Massnahmenrecht ein dem strafrechtlichen Schuldprinzip äquivalentes Prinzip fehle, das die schuldüberschreitende Dauer des Freiheitsentzugs begrenze.[9] Um dieses Regelungsdefizit zu beheben, unterbreitete er den eidgenössischen Räten den Vorschlag, das in Art. 36 Abs. 3 BV statuierte Verhältnismässigkeitsprinzip separat in einer allgemeinen Bestimmung des Massnahmenrechts zu statuieren und bereichsspezifisch zu konkretisieren.[10] Mit dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Art. 56 Abs. 2 StGB setzten die eidgenössischen Räte den Vorschlag des Bundesrats um. Art. 56 Abs. 2 StGB setzt voraus, dass der mit der Anordnung des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Massnahme verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Straftäters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist. Keine zwei Jahre nach Inkrafttreten konkretisierte das Bundesgericht die Funktion und weitete den Geltungsbereich von Art. 56 Abs. 2 StGB systematisch-verfassungskonform aber *contra legem* aus: Demnach erfülle Art. 56 Abs. 2 StGB – ähnlich wie das Schuldprinzip bei den Freiheitsstrafen – die zentrale Funktion der Begrenzung des mit der Massnahme einhergehenden Freiheitsentzugs. Er gelte im gesamten Massnahmenrecht, nicht nur bei der Anordnung, sondern auch bei sämtlichen Folgeentscheidungen wie der Fortführung des Freiheitsentzugs.[11]

---

8 Botschaft des Bundesrates vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1998, 2078 f. und 2098; dies obwohl Art. 61 Abs. 2 des Vorentwurfs zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege noch eine absolute Schranke von fünf Jahren für die Massnahme an geistig Abnormen vorsah.

9 BBl 1998, 2070; siehe zudem, Heer, Art. 56, BSK StGB, Rz. 34, wonach Massnahmen, die vom Verschulden unabhängig sind, eines limitierenden Korrektivs bedürften und das Verhältnismässigkeitsprinzip in Art. 56 Abs. 2 StGB besonders hervorgehoben werde.

10 BBl 1998, 2069 f.; BGE 142 IV 105 E. 5.4 S. 112, wonach der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Art. 56 Abs. 2 StGB konkretisiert wird; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4.5; siehe zur Konkretisierung offener Normen die Hinweise bei Vontobel-Lareida Eva, Umsetzung der Verhältnismässigkeitsprüfung im Gesetzes- und Verordnungsrecht, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2019, 62.

11 Zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.1; BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2.2 (nicht publ. in BGE 141 IV 203); BGE 142 IV 105 E. 5.4; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 6B_699/2019 vom 16. Januar 2020 E. 2.3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1172/2020 vom 21. Dezember 2020 E. 1.7.3.

Insofern haben auch Vollzugsbehörden und Rechtsmittelinstanzen anhand einer Interessenabwägung nach Art. 56 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 62d Abs. 1 StGB oder Art. 64b Abs. 1 StGB die Frage zu beurteilen, ob die Fortführung eines massnahmenrechtlichen Freiheitsentzugs unangemessen ist,[12] und gegebenenfalls nach Art. 62 Abs. 1 StGB oder Art. 64a Abs. 1 StGB eine bedingte Entlassung auszusprechen.[13]

C. Erwartung und Skepsis: Leistung der Interessenabwägung

Die gesetzgeberischen Ausführungen dürften Ausdruck einer hohen Erwartung an die Leistungsfähigkeit und -wirksamkeit zur Begrenzung des Freiheitsentzugs der nach Art. 56 Abs. 2 StGB durchzuführenden Interessenabwägung sein. Nach einer ersten Konsultation der juristischen Literatur stellt sich allerdings initiale Skepsis ein: Zwar hat sich das Prinzip der Verhältnismässigkeit seit den 1970er-Jahren international verbreitet.[14] Aber im Zuge dieser Entwicklung und kontrastierend zu ihr wurde und wird in der verfassungsrechtlichen Literatur die Leistungsfähigkeit seines methodischen Kerns – der Interessenabwägung – an-

---

12 Exemplarisch Urteil des Bundesgerichts 6B_1147/2018 vom 25. März 2019 E. 2.4 und BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4.5 für die Überprüfung der ordentlichen Verwahrung; Urteil des Bundesgerichts 6B_1045/2018 vom 1. Februar 2019 E. 1.3.2 und Urteil des Bundesgerichts 6B_218/2022 vom 6. Februar 2023 E. 1.4.3.2 und E. 1.5: Nimmt die zuständige Behörde keine Prüfung vor, begnügt sie sich mit der Feststellung, dass fraglich sein dürfte, ob sich eine Fortführung unter rechtlichen Aspekten begründen lasse oder unterlässt sie eine hinreichende Begründung, ist die Sache zur erneuten Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen; siehe für die Anforderungen an die Begründung der Entscheide von kantonalen Rechtsmittelinstanzen Urteil des Bundesgerichts 6B_280/2021 vom 27. Mai 2021 E. 3.3.2 ff.; zudem Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, 227, wonach es für den Fehlernachweis bei zumindest teilweise unterlassener Verhältnismässigkeitsprüfung bereits genüge, wenn die Interessenabwägung in der Begründung nicht nachgezeichnet werde.

13 BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2 (nicht publ. in BGE 141 IV 203), wonach sich aus Art. 56 Abs. 6 StGB ergebe, dass eine freiheitsentziehende Massnahme nicht fortgeführt werden darf, wenn die Voraussetzungen nach Art. 56 Abs. 2 StGB nachträglich wegfallen; bestätigt in BGer 6B_280/2021 vom 27. Mai 2021 E. 3.3.3; siehe aber Urteil des Bundesgerichts 6B_144/2008 vom 9. September 2008 E. 1.1.2.2, wonach der Grundsatz nach Art. 56 Abs. 6 StGB durch Art. 64a Abs. 1 StGB konkretisiert werde; bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.2.1; siehe zudem BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4.5; siehe sodann Heer Marianne, Beendigung therapeutischer Massnahmen: Zuständigkeiten und Verfahren, AJP 2017, 592 ff. und Urwyler et al., 878; a.A. Manetsch-Imholz Rahel, Endstation Verwahrung? Wege aus der ordentlichen Verwahrung und was aus rechtsstaatlicher Sicht zu fordern ist, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2020, 14 ff.

14 Klatt Matthias/Meister Moritz, Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip, Der Staat 2012, 159 f.

gezweifelt und kritisiert.[15] Der erste Strang der Kritik richtet sich gegen die *Rationalität* der Interessenabwägung.[16] Bei ihr handle es sich nicht um eine zur Rechtsfindung geeignete Methode,[17] weil sie nicht begründbar, nachvollziehbar und überprüfbar sei.[18] Sie sei eine Leerformel[19] und Blackbox.[20] An der Stelle harter Direktiven, Massstäbe und Strukturen würden im Zuge einer Überbetonung des Prinzips weiche Topoi eingesetzt.[21] Sie beruhe auf subjektiven, dezisionistischen, politischen und willkürlichen Werturteilen.[22] Der zweite Strang der Kri-

---

15 Poscher Ralf, Verhältnismässigkeit und Inkommensurabilität, in: Lübbe Weyma/Grosse-Wilde Thomas (Hrsg.), Abwägung, Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden, Paderborn 2022, 288; siehe D'Avoine Marc, Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, insb. gegen Ende des 18. Jahrhunderts, Diss. Wuppertal 1994, 31, zu den in der Lehre beschriebenen Gefahren.

16 Exemplarisch Rütsche Bernhard, Zwischen Rationalität und Werturteil: Begriff und Methodik der Interessenabwägung, ZSR 2024, 9; für die deutsche Lehre: Ossenbühl Fritz, Masshalten mit dem Übermassverbot, in: Badura Peter/Scholz Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, 157.

17 Druey Jean Nicolas, Interessenabwägung – Eine Methode?, in: Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften/St. Gallischer Juristenverein (Hrsg.), Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bern/Stuttgart 1981, 148; a.A. Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 9 f., 45 ff.; Hofstetter David, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Diss., Bern 2014, 168 f.; Müller Markus, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. A., Bern 2023, 27; Seiler Hansjörg, Praktische Rechtsanwendung, Was leistet die Methodenlehre in der Praxis?, Bern 2009, 61 ff.; in der deutschen Lehre bejahend: Klatt Matthias/Meister Moritz, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford 2012, 45 ff.

18 Siehe Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 9 m.H. auf verneinende Ansichten aus der Lehre; a.A. Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. A., Bern 2024, 127; in der deutschen Lehre bejahend: Alexy Robert, Die Gewichtsformel, in: Jickeli Peter/Kreut Peter/Reuter Dieter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin/Boston 2000, 773 ff.; Hwang Shu-Perng, Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?, Zugleich eine Kritik der Alexyschen formellen Prinzipien, AÖR 2008, 608; in der deutschen Lehre im Ansatz verneinend: Hubmann Heinrich, Die Methode der Abwägung, in: Hubmann Heinrich/Hübner Heinz (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, 26. Januar 1973, Köln 1972, 175.

19 D'Avoine, 18; in der deutschen Lehre bejahend: Gern Alfons, Güterabwägung als Auslegungsprinzip des öffentlichen Rechts, DÖV 1986, 464 m.H.; Ossenbühl, Masshalten mit dem Übermassverbot, 157 m.H.; in der deutschen Lehre verneinend: Von Arnauld Andreas, Zur Rhetorik der Verhältnismässigkeit, in: Jestaedt Matthias/Lepsius Oliver (Hrsg.), Verhältnismässigkeit, Tübingen 2015, 291.

20 Druey, 135; Tschannen Pierre, Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorgaben, URP 2018, 114; in der deutschen Lehre: Windisch Florian, «Abwägung»: Total, Formal oder Strukturiert?, Ansätze einer Methodik rechtsgebundener Wertzumessung, Rechtstheorie 2013, 71; in der nicht deutschsprachigen Lehre: Tsakyrakis Stavros, Proportionality: An assault on human rights?, International Journal of Constitutional Law 2009, 482.

21 Ossenbühl, Masshalten mit dem Übermassverbot, 157.

22 Hofstetter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip, 157, siehe allerdings 169; Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 47; siehe Rütsche, Zwischen Rationalität und

tik richtet sich gegen die *Kommensurabilität der Abwägungsgegenstände*: Es existierten keine einheitliche Eigenschaft und kein einheitlicher Massstab, damit sie (quantifiziert und) miteinander verglichen werden könnten.[23] Der dritte Strang der Kritik richtet sich gegen die Verlässlichkeit der Interessenabwägung: Sie sei unzuverlässig, unberechenbar[24] und trage zur Rechtsunsicherheit bei.[25] Mit ihr könne keine (präjudizielle) Regel geschaffen werden, vielmehr erschöpfe sich ihr Ergebnis in seinem Bezug zum Einzelfall mit den besonderen und nicht wiederholbaren Umständen.[26] Insb. in der massnahmenrechtlichen Literatur wird nicht nur die *Leistungsfähigkeit* der Interessenabwägung, sondern auch ihre Leistungswirksamkeit in Frage gestellt. Demnach könne sie den Erwartungen nicht gerecht werden.[27] Ihr komme in der Praxis nicht die gebührende Bedeutung zu, weil sie selten einen Einfluss auf Entscheide ausübe oder gar ausgehebelt werde.[28] Letztlich habe sie sich insb. bei der Begrenzung der Dauer des massnahmenrechtlichen Freiheitsentzugs als zahnlos erwiesen.[29]

Werturteil, 60; SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 91; in der deutschen Lehre: MÜLLER FRIEDRICH, Normstruktur und Normaktivität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt aus Fragen der Verfassungsinterpretation, Diss. Berlin 1966, 208 f.; SCHLINK BERNHARD, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 462; siehe VON ARNAULD, 278.

23 DRUEY, 142 ff.; siehe RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 60; a.A. SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 93 f.; in der deutschen Lehre: POSCHER, 288; QUISPE JORGE, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation, Diss. Kiel 2014, 125 f. m.H.a. ALEINIKOFF ALEXANDER, Constitutional Law in the Age of Balancing, The Yale Law Journal 1987, 972 ff.

24 Siehe TSCHANNEN, Interessenabwägung, 124; siehe auch SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 62 und 70; in der deutschen Lehre: MÜLLER GEORG, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, 352; siehe OSSENBÜHL FRITZ, Abwägung im Verfassungsrecht, in: Erbguth Wilfried/Oebbecke Janbernd/Rengeling Hans-Werner/Schulte Martin (Hrsg.), Abwägung im Recht, Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlass seiner Emeritierung, Köln 1996, 34 f. m.H.

25 Vgl. KUNZ PETER, Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für die Interessenabwägung sowie zur Business Judgement Rule, in: Schweizer Rainer/Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 456; in der deutschen Lehre: MÜLLER, Normstruktur und Normaktivität, 208 f.; OSSENBÜHL, Masshalten mit dem Übermassverbot, 157; QUISPE, 121; VON ARNAULD, 291; vgl. ENDERLEIN WOLFGANG, Abwägung in Recht und Moral, Diss. Frankfurt a.M., Freiburg i.B. 1992, 111.

26 RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 50.

27 SEILER HANSJÖRG, Glanz und Elend des Verhältnismässigkeitsprinzips: aus der Sicht der Gerichtspraxis, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris? Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz – 10 Jahre Bachelor of Law, Bern 2015, 220 und insb. 222.

28 HEER, Art. 56, BSK StGB, Rz. 16, 37 und 37b; ähnlich URWYLER THIERRY, Untermassverbot bei therapeutischen Massnahmen nach Art. 59-61 und 63 StGB, AJP 2018, 1478.

29 CONINX ANNA, Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch – Analyse, Kritik, Lösungsvorschläge, Basel 2024, 456.

D. Rahmen der Untersuchung: Frage, Eingrenzung und Vorgehen

Vor dem Hintergrund der Erwartungen und initialen Skepsis wird im vorliegenden Beitrag die Frage untersucht, ob die Interessenabwägung nach Art. 56 Abs. 2 StGB Defizite aufweist, die ihre Leistungsfähigkeit und -wirksamkeit zur Begrenzung der Dauer des massnahmenrechtlichen Freiheitsentzugs beeinträchtigen. Der Untersuchungsgegenstand ist zunächst in sachlicher und daraus folgend typologischer sowie quellenspezifischer Hinsicht näher einzugrenzen. In sachlicher Hinsicht fokussiert die Untersuchung auf *normative* Defizite der Interessenabwägung beim Entscheid über die *Fortführung des Freiheitsentzugs*, der mit der *stationären therapeutischen Behandlung nach Art. 59 StGB* und der *ordentlichen Verwahrung nach Art. 64 StGB* einhergeht. In typologischer Hinsicht fokussiert sie infolgedessen auf einzelfall- und rechtsfolgenbezogene Interessenabwägungen.[30] In quellenspezifischer Hinsicht beschränkt sich die Untersuchung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die seit dem Inkrafttreten des Art. 56 Abs. 2 StGB am 1. Januar 2007 ergangen ist, und die vorwiegend schweizerische sowie ergänzend deutsche Literatur mit Bezug zur Interessenabwägung. Über die Datenbank des Bundesgerichts konnten 46 einschlägige Urteile identifiziert werden, die 43 unterschiedliche Fälle betreffen. 33 dieser Urteile betreffen die Fortführung der stationären therapeutischen Behandlung nach Art. 59 StGB, 13 Urteile betreffen die Fortführung der ordentlichen Verwahrung nach Art. 64 StGB.[31] Mit der Eingren-

30 Siehe zur Differenzierung der Abwägungstypen RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 29 ff.; ähnlich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, 226 f.; in der deutschen Lehre: KLATT/MEISTER, The Constitutional Structure of Proportionality, 338.

31 Suche über die Urteilsdatenbanken des Bundesgerichts unter dem Titel «Alle Urteile» (ab 2007, grösstenteils ab 2000), abrufbar unter <https://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.html>; verwendete Suchbegriffe: «Verhältnismässigkeit Massnahme» und «Verhältnismässigkeit Massnahme bedingte Entlassung»; verwendete Filterkriterien: öffentlich- und strafrechtliche Abteilung; in die Auswahl wurden nur Urteile aufgenommen, die rechtliche Ausführungen zur Verhältnismässigkeit und Angaben zur Rechtsfolge enthielten; über die Datenbank des Bundesgerichts konnten nur die ersten 100 Sucheinträge angezeigt werden. Gefundene Urteile: BGE 135 IV 139; Urteile des Bundesgerichts 6B_838/2008 vom 8. Januar 2009 (gleicher Fall wie BGE 135 IV 139); 6B_796/2009 vom 25. Januar 2010; 6B_951/2009 vom 26. Februar 2010; 6B_489/2010 vom 4. Oktober 2010 (gleicher Fall wie 6B_951/2009); 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011; 6B_593/2012 vom 10. Juni 2013; 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013; 6B_1050/2013 vom 8. September 2014; 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015; 6B_822/2015 vom 7. Dezember 2015; 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015; 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016; 6B_1070/2016 vom 23. Mai 2017; 6B_513/2017 vom 24. August 2017; 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017; 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017; 6B_969/2017 vom 25. Oktober 2017; 6B_172/2017 vom 16. November 2017; 6B_1155/2017 vom 1. Dezember 2017; 6B_930/2018 vom 21. Januar 2019; 6B_272/2018 vom 15. Mai 2018; 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018; 6B_347/2018 vom 28. Juni

zung der Untersuchung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist ein Selektionsbias verbunden: An das Bundesgericht gelangen nur Fälle, in denen die vom Freiheitsentzug betroffenen Personen gegen vorinstanzliche Entscheide Rechtsmittel erhoben haben. Die Untersuchung basiert damit auf einer Stichprobe an Urteilen, die für die Grundgesamtheit der Urteile zu dieser Thematik in der Schweiz nicht repräsentativ ist. Die Untersuchung kann insofern keinerlei Defizite erfassen, die nur in der Praxis unterer Instanzen (oder in anderen Rechtsbereichen) auftreten. Insofern erhebt die Untersuchung keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Das Untersuchungsvorgehen orientiert sich an einer Struktur, die sich aus den normativen Prüfungsschritten der Interessenabwägung ergibt. In der schweizerischen Lehre wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass sich die Interessenabwägung im weiteren Sinn aus der Ermittlung der Tatsachen, der Gewichtung, des Vergleichs und des Entscheids zusammensetzt.[32] Diese Prüfung setzt allerdings *normative* Schritte voraus, die sie nicht ausdrücklich benennt. Die Ermittlung der relevanten Tatsachen,[33] die Gewichtung und der Vergleich können nur erfolgen, wenn zuvor die Gegenstände, Parameter, Massstäbe und Regeln festgelegt wurden. Die Untersuchung orientiert sich an der Reihenfolge der

2018; 6B_643/2018 vom 5. September 2018; 6B_823/2018 vom 12. September 2018; 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019; 6B_699/2019 vom 16. Januar 2020; 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020; 6B_1187/2019 vom 7. Juli 2020; 6B_115/2020 vom 30. April 2020; 6B_458/2020 vom 23. Juni 2020; 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020; 6B_124/2021 vom 24. März 2021; 6B_168/2021 vom 21. April 2021; 6B_1190/2021 vom 28. März 2022; 6B_77/2022 vom 23. November 2022; 6B_779/2022 vom 29. November 2022; 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023; 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023; 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 (gleicher Fall wie 6B_1050/2013); 7B_356/2023 vom 20. September 2023; 7B_137/2024 vom 3. April 2024; 6B_376/2024 vom 5. Juni 2024; 6B_464/2024 vom 13. August 2024; 7B_676/2024 vom 27. August 2024.

32 Hofstetter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip, 168 ff. und 171 ff.; Morand Charles-Albert, Pesée d'intérêts et décisions complexes, in: Morand Charles-Albert (Hrsg.), La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, Basel/Frankfurt am Main 1996, 67 f.; Müller Markus, Verhältnismässigkeit, Ein Verfassungsprinzip zwischen Rechtsregel und Metaregel, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2019, 13 ff.; Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 45 ff.; Seiler, Praktische Rechtsanwendung, 61 f.; Tschannen, Interessenabwägung, 120; Wullschleger Stephan, Interessenabwägung im Umweltrecht, URP 1992, 75 und 80 f.; in der deutschen Lehre: Hubmann, Die Methode der Abwägung, 177; Müller Georg, 347 ff.; Riehm Thomas, Die Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, RW 2013, 3 und 11 f.; a.A. Borowski Martin, Die rechtliche Abwägung, in: Lübbe Weyma/Grosse-Wilde Thomas (Hrsg.), Abwägung, Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden, Paderborn 2022, 272; Clérico Laura, Die Struktur der Verhältnismässigkeit, Diss. Kiel 2000, 165.

33 Zum Zeitpunkt, in dem die Tatsachen vorliegen müssen: BGer 6B_930/2018 vom 21. Januar 2019 E. 1.5; die Zuständigkeit zur Ermittlung der Tatsachen und die Beweislast liegen nach dem Untersuchungsgrundsatz grundsätzlich bei den rechtsanwendenden Behörden.

Prüfung dieser drei *normativen* Schritte: (II.A.) Bestimmung der Abwägungsgegenstände; (II.B.) Bestimmung der Abwägungsparameter und -massstäbe; (II.C.) Bestimmung der Abwägungsregeln. Innerhalb derselben werden zunächst gestützt auf eine Analyse der genannten Quellen mögliche Defizite erschlossen. Im ersten Schritt wird jedes der identifizierten Defizite anhand der einschlägigen Literatur und bundesgerichtlichen Rechtsprechung daraufhin untersucht, inwiefern es sich auf der theoretischen und/oder auf der praktischen Ebene materialisiert. Je nach Materialisierungsort ist mit Blick auf eine allfällige Übertragbarkeit des Defizits auf die Praxis unterer Instanzen und/oder andere Rechtsbereiche zu unterscheiden. Defizite der Interessenabwägung, die sich nur auf theoretischer Ebene materialisieren, sind ihr als solcher inhärent: Sie treten in der Praxis unabhängig von der Stufe der entscheidenden Instanz und vom betroffenen Rechtsbereich auf. Damit sind sie vollständig übertragbar. Demgegenüber sind Defizite, die sich aus der bundesgerichtlichen Praxis ergeben, nicht zwingend übertragbar. Die bundesgerichtliche Praxis entfaltet aber trotz fehlender formeller Bindungswirkung zumindest faktische Leitwirkung auf die Praxis unterer Instanzen.[34] Zudem prüft das Bundesgericht Rügen der Verletzung von Art. 56 Abs. 2 StGB mit voller Kognition. Damit liegt die Vermutung nahe, dass Defizite, die sich in der bundesgerichtlichen Praxis materialisieren, zumindest auch die Praxis unterer Instanzen mit Bezug zum hier interessierenden Themenbereich prägen. Nach der Untersuchung der Materialisierung auf den zwei Ebenen wird in einem zweiten Schritt jeweils eine eigene Position entwickelt. Letztere ist als Anregung zur Auseinandersetzung im Rahmen eines Diskurses und nicht als abschliessendes Lösungsmodell zu verstehen. Sie bleibt insofern stellenweise – mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer tiefergehenden Untersuchung – rudimentär.

II. Defizite der Abwägung

A. Bestimmung der Gegenstände der Abwägung

Im ersten Schritt der Interessenabwägung sind in normativer Hinsicht[35] die Gegenstände zu bestimmen, die gegeneinander abzuwägen sind.[36] In der

---

34 Raselli Niccolò, Präjudizien, Justice – Justiz – Giustizia 2020, Rz. 22 ff.; zu den Anforderungen an eine Praxisänderung: BGE 143 IV 1 E. 5.2.

35 Siehe aber Druey, 136, wonach unklar sei, ob es sich bei der Feststellung der Abwägungsgegenstände um eine Tat- oder Rechtsfrage handle; siehe zudem Tschannen/Zimmerli/Müller, 228, wonach ein Ermittlungsfehler vorliege, wenn die relevanten Gegenstände nicht oder nur unvollständig ermittelt werden.

36 Vgl. Druey, 146 f.; Häfelin Ulrich et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. A., Zürich/Genf 2024, 99; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 117 und 122; Müller, Verhältnismässigkeit, Ge-

Lehre wird darauf hingewiesen, dass es sich bei ihnen um die Orientierungspunkte handle,[37] die der Interessenabwägung Substanz gäben,[38] ihren Ausgang vorprägten,[39] deren Festlegung die rechtsanwendenden Behörden aber mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontierten.[40] Diese resultierten daraus, dass es für die Gesetzgebung[41] aufgrund fehlender Methoden und Richtlinien in einem Vorschritt nicht möglich sei, die Gegenstände (mit der hinreichenden Genauigkeit) festzulegen.[42] Deshalb sei es umso wichtiger, dass die rechtsanwendende Behörde die Gegenstände festlege und diese Festlegung nachvollziehbar sowie schriftlich begründe.[43] Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass die Abwägungsgegenstände a) uneindeutig und b) asymmetrisch akkumulativ bestimmt werden.

1. Uneindeutigkeit

Unklar ist schon in der Theorie, was als Gegenstand in die Interessenabwägung einzustellen ist.[44] In der Lehre werden diesbezüglich vier Ansichten ge-

---

danken zu einem Zauberwürfel, 32; SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 61 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, 169; in der deutschen Lehre: HUBMANN, Die Methode der Abwägung, 177; MÜLLER GEORG, 347.

37 MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 18; siehe in der deutschen Lehre: KLOEPFER MICHAEL, Die Entfaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips, in: Schmidt-Assmann Eberhard et al. (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln/Berlin/Bonn/München 2003, 338, m.H., wonach mit der Austauschbarkeit der Abwägungsgegenstände die Bezugsgrösse der Verhältnismässigkeit variabel werde.

38 OSSENBÜHL, Abwägung im Verfassungsrecht, 36.

39 Vgl. in der nicht deutschsprachigen Lehre: WEBBER GRÉGOIRE, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, Canadian Journal of Law & Jurisprudence 2010, 192.

40 SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 57 f. und 90; vgl. in der nicht deutschsprachigen Lehre ALEINIKOFF, 977 f.

41 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 118 m.H.a. BGE 147 I 103 E. 14.3, wonach der Abwägungsgegenstand nicht ausdrücklich im Gesetz statuiert sein müsse und sich die Verfassung nicht zum Kreis der relevanten, öffentlichen Interessen äussere; in der deutschen Lehre: MÜLLER GEORG, 341; in der nicht deutschsprachigen Lehre: WEBBER, 191, wonach dabei keine Entmoralisierung und -politisierung gewährleistet werde.

42 HÄFELIN et al., 96; vgl. in der deutschen Lehre: GENTZ MANFRED, Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1602.

43 HÄFELIN et al., 96; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, 107; vgl. MACHERET AUGUSTIN, La proportionnalité des actes étatiques: une appréciation difficile, RFJ 2002, 197; MOOR PIERRE, Intérêts publics et intérêts privés, in: Morand Charles-Albert (Hrsg.), La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, Basel/Frankfurt am Main 1996, 22 f.

44 Siehe die Aufzählung möglicher Gegenstände in der deutschen Lehre: CLÉRICO, 146; HUBMANN, Die Methode der Abwägung, 173 und OSSENBÜHL, Abwägung im Verfassungsrecht, 31.

äussert. Die wohl überwiegende Lehre vertritt die Ansicht, dass Interessen[45] oder Eingriffe und Zwecke gegeneinander abzuwägen seien,[46] und dass dabei die Grundrechtsbestimmungen die Massstäbe für die Gewichtung darstellten.[47] Dementgegen vertreten drei Minderheitsansichten, dass nicht sie, sondern stattdessen Rechtsgüter,[48] Grundrechtsnormen mit Prinzipienstruktur[49]

---

45 Zum Begriff des Interesses: Interessen werden als Willenszustände, Anteilnahmen oder Begehren eines oder mehrerer Subjekte in Bezug auf die Realisierung von Rechtsgütern verstanden; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 108, wonach mit Interessen die Ziele des staatlichen Handelns festgelegt würden; in der deutschen Lehre: GERN, 464 ff., der aber darauf hinweist, dass es sich bei den Interessen um Güter handle; LARENZ KARL, Methodische Aspekte der «Güterabwägung», in: Hauss Fritz/Schmidt Reimer (Hrsg.), Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974, 236 f., wonach ein Interesse ein subjektives Begehren an einem Gegenstand sei; MÜLLER GEORG, 339, wonach ein Interesse entstehe, indem ein Gegenstand für ein Subjekt relevant und wertvoll werde, dabei aber zwischen faktischen und subjektiven einerseits sowie wahren, objektiven Interessen andererseits zu unterscheiden sei; siehe WINDISCH, 86 ff., wonach bei den Interessen nicht im Vordergrund stehe, was die Streitparteien wirklich wollten und es sich bei den Interessen nicht um prozessuale Interessen handle; zudem WINDISCH, 94, wonach Interessen in den folgenden Nexus zu stellen seien: Subjekt, Interesse, Ziel und Rechtsgut.

46 BIAGGINI GIOVANNI, Art. 36, Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., 2018, Rz. 23; EPINEY ASTRID, Art. 5 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 71; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 126; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 114 f. und 125; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 16; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016, 145; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, 168; UHLMANN FELIX/BUKOVAC JASMINA, Das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2019, 45; WULLSCHLEGER, 86; ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Versuch einer Standortbestimmung, Basel 1978, 9 und 16; in der deutschen Lehre: KLOEPFER, 330 und 336 m.H.a. die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts; MÖLLER KAI, Proportionality: Challenging the Critics, International Journal of Constitutional Law 2012, 710; SCHLINK BERNHARD, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, in: Badura Peter/Dreier Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen 2001, 453; GENTZ, 1600; GERN, 469; VON ARNAULD, 278; exemplarisch in der nicht deutschsprachigen Lehre: ALEINIKOFF, 945.

47 In der deutschen Lehre: WINDISCH, 101.

48 Wohl HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip, 160; SEILER HANSJÖRG, Corona-Massnahmen und Verhältnismässigkeit, Bern 2024, 287; in der deutschen Lehre: CLASSEN CLAUS, Das Prinzip der Verhältnismässigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklung, in: Sachs Michael/Siekmann Helmut (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, 652 ff.; STERN KLAUS, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Badura Peter/Dreier Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Tübingen 2001, 34; zur Definition des Begriffs des Rechtsguts: GERN, 465, wonach es sich dabei um ein Gut von (im-)materieller Existenz handle, das zugleich rechtlich positiv bewertet und geschützt werde.

49 In der deutschen Lehre: ALEXY, Die Gewichtsformel, 771 ff. und 780; ALEXY ROBERT, Theorie der Grundrechte, Diss., Frankfurt am Main 1994, 71 ff.; wohl auch CLÉRICO, 20; KLATT MATTHIAS/SCHMIDT JOHANNES, Abwägung unter Unsicherheit, AÖR 2012, 551 ff.; teilweise ist in diesem

oder die Auswirkungen des Eintritts einer Rechtsfolge auf Rechtsgüter[50] resp. die Realisierungsgrade[51] gegeneinander abzuwägen seien. Gemäss der letztgenannten Minderheitsansicht könnten die Auswirkungen des Eintritts einer Rechtsfolge auf Rechtsgüter oder Rechte ohne Schwierigkeiten in Interessen übersetzt werden. Bei den Interessen, Rechtsgütern und Grundrechtsnormen handle es sich nicht um die Gegenstände, sondern um die Massstäbe resp. Messgrössen der Interessenabwägung.[52]

Das Bundesgericht bestimmt die Abwägungsgegenstände für beide Seiten der Interessenabwägung über die Fortführung des Freiheitsentzugs (nicht nur urteilsübergreifend) ebenfalls uneindeutig. Für die eine Seite der Interessenabwägung kommen gemäss seiner Rechtsprechung die Sicherheitsbelange, Sicherheitsinteressen oder Sicherungsinteressen der Allgemeinheit,[53] das öffentliche Interesse an der Verhinderung künftiger Straftaten,[54] der damit verbundene Zweck,[55] die vom Betroffenen ausgehende Gefahr resp. Gefährlichkeit[56] oder die Auswirkungen auf diese Gefahr[57] als Gegenstände der Interessenabwägung in Frage. Für die andere Seite kommen hingegen die mit der Fortführung des Freiheitsentzugs verbundene Freiheitsbeschränkung, der Eingriff in die Persönlichkeits- resp. Freiheitsrechte oder der Freiheitsanspruch der betroffenen Person in Frage.[58]

Zusammenhang auch von grundrechtlich geschützten Werten die Rede: LERCHE PETER, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: Badura Peter/Dreier Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Tübingen 2001, 350.

50 RÜTSCHE BERNHARD, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Bern 2020, 1055; RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 21 f.; wohl auch TSCHANNEN, Interessenabwägung, 121.

51 In der deutschen Lehre: POSCHER, 287 ff. und 292, wonach der Grad der Zweckerreichung und Rechtsbeeinträchtigung (die Realisierungsgrade) bei gedachter staatlicher Massnahme zueinander ins Verhältnis zu setzen seien; ähnlich auch BARAK AHARON, Proportionality, in: Rosenfeld Michel/Sajo Andras (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 745.

52 Zum Ganzen RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 21 ff.

53 Exemplarisch BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.2 (Sicherheitsbelange); bestätigt in BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2; BGer 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015 E. 3.2 und 4.2 (Sicherungsinteresse); BGer 6B_1155/2017 vom 1. Dezember 2017 E. 2.6.1 (Sicherungsaspekt); BGer 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020 E. 1.3.2 (Sicherheitsinteresse), bestätigt in BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.3 und E. 3.4.1.

54 BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.2.

55 Exemplarisch BGer 6B_930/2018 vom 21. Januar 2019 E. 1.2.3; bestätigt in BGer 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.3.5.

56 Exemplarisch BGE 135 IV 139 E. 2.4.2; BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2; bestätigt in BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2 und BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.1.

57 Exemplarisch BGer 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020 E. 1.3.2; bestätigt in BGer 6B_464/2024 vom 13. August 2024 E. 3.3.

58 Exemplarisch BGE 135 IV 139 E. 2.4.2 (Freiheitsbeschränkung), bestätigt in BGer 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.3.3; BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2 (Eingriff

Von den in der Lehre vertretenen Ansichten überzeugt diejenige, wonach die *Auswirkungen des Eintritts einer Rechtsfolge auf Rechtsgüter* gegeneinander abzuwägen sind. Gegen die Berücksichtigung der *Interessen* als Gegenstände spricht, dass damit Interessen einer ganz spezifischen Personengruppe einzustellen wären, wobei fraglich bliebe, welche: diejenigen der potenziellen Opfer eines Rückfalls, der Massnahmenbetroffenen, ihrer Angehörigen, der rechtsanwendenden Behörde oder der Gesellschaft als Ganzes? Handelt es sich bei Interessen um subjektive Begehren an einem Gegenstand,[59] würden mit der Berücksichtigung derselben die subjektiven Werthaltungen sowie Präferenzen eingestellt. Mit der Berücksichtigung der *Auswirkungen des Eintritts einer Rechtsfolge auf Rechtsgüter* wird klarer, dass nicht Interessen einer spezifischen Personengruppe, sondern objektiv und möglichst losgelöst von subjektiven Anteilen zu beurteilende Aspekte einzustellen sind. Gegen die Berücksichtigung von *Rechtsgütern* oder *Grundrechtsnormen mit Prinzipienstruktur* spricht, dass sich diese nur abstrakt, nicht aber anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls gewichten lassen. Hingegen lassen sich die *Auswirkungen des Eintritts einer Rechtsfolge auf Rechtsgüter* konkret gewichten, womit der Anforderung entsprochen werden kann, die im Einzelfall vorliegenden, konkreten Umstände zu würdigen. Schliesslich hat die hier vertretene Ansicht den Vorzug, dass für die Gewichtung an den präzisesten Gegenstand und das letzte Glied einer Kette im Rahmen eines grösseren Zusammenhangs angeknüpft wird. Die (Nicht-)Fortführung des Freiheitsentzugs zeitigt (allenfalls) Auswirkungen auf Rechtsgüter der einen oder anderen Seite. Der rechtsanwendenden Behörde kommt eine Verpflichtung zu deren Abwehr durch Verfassungs- oder Grundrechtsnormen zu. Aus ihrer Verpflichtung wiederum lassen sich ihre Aufgabe und ihr Ziel, diese Auswirkungen zu verhindern, ableiten. Der Nexus sieht folgendermassen aus: Rechtsordnung; Grundrechts- und Gesetzesbestimmung; Verpflichtung; Interesse oder besser Aufgaben, mit dem Ziel der Verhinderung von Auswirkungen auf Rechtsgüter. Damit sind also Auswirkungen auf Rechtsgüter in die Abwägung einzustellen.

Fraglich bleibt, was unter dem Begriff der Auswirkungen zu verstehen ist und welche Relevanz den anderen Elementen im Nexus zukommt: Entgegen der in der Lehre vereinzelt anzutreffenden Ansicht sind einander nicht die *negativen* Auswirkungen (Beeinträchtigungen) und die *positiven* Auswirkungen (Verwirklichungen) auf Rechtsgüter, die mit einem staatlichen Akt einhergehen, gegenüberzustellen. Beeinträchtigungen drücken den Schaden an einem

in die Persönlichkeitsrechte); bestätigt in BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2; BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.2 und E. 4.4.4 (Freiheitsanspruch); bestätigt in BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2.

59 Siehe hierzu oben, Fn. 45.

Rechtsgut und Verwirklichungen den Nutzen für ein Rechtsgut aus. Auf beiden Seiten der Interessenabwägung sind die *negativen* Auswirkungen auf Rechtsgüter – *die Beeinträchtigungen* von Rechtsgütern – einzustellen: auf der einen Seite die Beeinträchtigungen von Rechtsgütern, die bei der Nichtfortführung des Freiheitsentzugs zu befürchten sind, auf der anderen Seite diejenigen Beeinträchtigungen von Rechtsgütern, die sich aus der Fortführung des Freiheitsentzugs ergäben.[60] Nur diese Präzisierung des Begriffs der Auswirkungen entspricht der aus Art. 36 Abs. 2 BV abzuleitenden Anforderung, für die Prüfung der Angemessenheit an eine Beeinträchtigung eines Grundrechts resp. eines Rechtsguts anzuknüpfen. Würde auf der einen Seite die mit der Fortführung einhergehende Beeinträchtigung und auf der anderen Seite die mit der Fortführung einhergehende Verwirklichung eingestellt, zöge dies das Problem nach sich, dass eine Vergleichbarkeit nicht oder nur schwer hergestellt werden könnte. Zudem würde damit nicht abgewogen, was für beide Seiten bei der jeweils schlechteren Ausgangslage auf dem Spiel steht. Bei den Grundrechtsnormen handelt es sich *nicht* um die Messgrössen und Massstäbe der Gewichtung. Sie bilden die potenziellen Medien, aus denen sich die Messgrössen und Massstäbe für die Gewichtung der Abwägungsgegenstände ableiten lassen. Die Rechtsgüter sind lediglich die Bezugsgegenstände der Beeinträchtigungen. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, im Folgenden nicht mehr von der *Interessen*abwägung, sondern der *Abwägung* zu sprechen.

2. Asymmetrische Kumulation

a. Unbestimmte Substitution oder Addition

Mit Blick auf die vorgenannte Festlegung in der Frage, was als Gegenstand der Abwägung zu gelten hat,[61] stellen sich zwei Anschlussfragen: Erstens, ob unter Anwendung dieses Begriffs öffentliche Interessen resp. Kollektivrechtsgüter in die Abwägung miteinbezogen werden sollen. Zweitens, ob für jede Beeinträchtigung und jedes einzelne Rechtsgut nur ein Gegenstand in dieselbe Abwägung einzustellen ist. Beide Fragen sind für die Abwägung nach Art. 56 Abs. 2 StGB von Bedeutung, weil die Gefahr besteht, dass die rechtsanwendenden Behörden den öffentlichen Interessen und Kollektivrechtsgütern gerade aufgrund der Vielzahl der an ihnen *anteilnehmenden* Personen oder der *betroffenen* Personen *unbegründet* einen Vorrang einräumen.

---

60 Siehe in der deutschen Lehre: ALEXY, Die Gewichtsformel, 780, wonach es bei der Unterlassung einer Rechtsfolge um einen hypothetischen Eingriff gehe.

61 Siehe hierzu oben, II.A.1.

In der Lehre wird anhand mehrerer Kriterien zwischen öffentlichen und privaten Interessen unterschieden.[62] Der wohl überwiegende Teil vertritt einen quantitativen Ansatz, wonach ein Interesse dann als öffentlich gilt, wenn es der Rechtsgemeinschaft, dem Gemeinwesen oder einer Vielzahl von Personen zugerechnet werden kann und insofern als übereinstimmende, kollektive Anteilnahme[63] oder Summe von privaten Interessen[64] erscheint. Nach anderen Ansätzen gilt ein Interesse hingegen (zusätzlich erst dann) als öffentlich, wenn der Gegenstand, auf den es sich richtet, sozial oder wirtschaftlich nicht hinreichend geschützt wird[65] oder wenn es (zusätzlich zur Zurechnung an eine Vielzahl) über den Weg der demokratischen Willensbildung in die Normen Eingang gefunden hat.[66] Als Beispiele für öffentliche Interessen werden Interessen genannt, die sich auf Polizeigüter beziehen und in den Aufgabennormen der BV sowie den Ziel- und Zweckartikeln der Aufgabengesetze verankert sind.[67] Von besonderer Bedeutung ist im vorliegenden Kontext das öffentliche Interesse an der Sicherheit. Die Sicherheit wird definiert als Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter des Staates sowie des Einzelnen.[68] Kontrovers diskutiert wird indes, ob eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen überhaupt relevant ist und erfolgen kann. Die Befürwortenden argumentieren, dass einer grossen Anzahl von Individuen eine mehr oder weniger übereinstimmende Anteilnahme an einem Rechtsgut zugerechnet werden könne.[69] Die Gegnerinnen und Gegner halten fest, dass auf beiden Seiten der Abwägung stets öffentliche und private Interessen vorhanden seien.[70] Private Interessen liessen sich als öffentliche Interessen qualifizieren, sei es, weil der Schutz von Freiheitsrechten einen unabdingbaren Bestandteil des Rechtsstaats ausmache,[71] eine Vielzahl an

---

62 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 118 und 127; Wullschleger, 79 f.; in der deutschen Lehre: Müller Georg, 340; in der nicht deutschsprachigen Lehre: Aleinikoff, 982 f.

63 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 118; Häfelin et al., 95; Häfelin/Müller/Uhlmann, 107; Moor, 23; Tschannen, Staatsrecht, 143; Wullschleger, 78; in der deutschen Lehre: Müller Georg, 339 f.

64 In der deutschen Lehre: Bleckmann Albert, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzips, JuS 1994, 182.

65 Moor, 23.

66 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 118; Tschannen, Staatsrecht, 143; vgl. Wullschleger, 79 m.H.; in der deutschen Lehre: Müller Georg, 341 f.

67 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 118; Häfelin et al., 95; Häfelin/Müller/Uhlmann, 109; Tschannen, Staatsrecht, 143.

68 Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard, Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2021, 164; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 118.

69 In der deutschen Lehre: Müller Georg, 339 f.

70 Wullschleger, 79; ähnlich in der nicht deutschsprachigen Lehre: Aleinikoff, 982.

71 Epiney, Art. 5, BSK BV, Rz. 65.

Personen an ihnen Anteil nehme[72] oder die Gewährleistung privater Rechte dem sozialen Frieden diene.[73] Umgekehrt liessen sich öffentliche Interessen als private Interessen qualifizieren, sei es, weil jedes öffentliche Interesse mehr oder weniger das partikulare Interesse einer sozialen Gruppe darstelle,[74] sich die Anliegen des Gemeinwohls oftmals mit denen Einzelner deckten[75] oder weil das Kollektivrechtsgut immer auch die Individualrechtsgüter abdecke.[76] Da unter der Sicherheit die Sicherheit der Freiheit verstanden werde, konfundierten die öffentlichen mit den privaten Interessen.[77] Mit Blick auf diese Unterscheidungsschwierigkeiten wird in der Lehre der Lösungsansatz vorgeschlagen, dass die zuständigen Behörden die Interessen nur auf einer, aber derselben Ebene gegeneinander abwägen sollten, was allerdings dazu führen würde, dass die andere Ebene unberücksichtigt bleibe.[78] Ein zweiter Lösungsansatz bestünde darin, auf beiden Seiten der Abwägung sowohl die individuellen als auch kollektiven Interessen zu berücksichtigen.[79] Teilweise wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass die Rechtsfolge je nach Ebene resp. dem damit verbundenen Abstraktionsmass in ganz unterschiedlichem Mass zur Erfüllung eines Interesses beitrage.[80]

Die in der Lehre geführte Diskussion um die Relevanz und Möglichkeit der Vornahme dieser Unterscheidung wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ausdrücklich aufgenommen und entschieden. Mit Blick auf die Seite des privaten Interesses besteht insoweit Klarheit, als das Bundesgericht hier nur das individuelle Interesse resp. das Individualrechtsgut der von der Fortführung des Freiheitsentzugs betroffenen Person berücksichtigt. In keinem der untersuchten Urteile wurde auf dieser Seite das öffentliche Interesse an der Freiheit oder ein Kollektivrechtsgut der Freiheit in die Abwägung eingestellt. Mit Blick auf die andere Seite bleibt unklar, ob das Bundesgericht entweder das Kollektivrechtsgut der Sicherheit durch Individualrechtsgüter potenzieller Opfer resp. das Interesse der Allgemeinheit durch das Interesse potenzieller Opfer ersetzt oder ob es die individuellen Aspekte zusätzlich in die Abwägung einstellt. Zudem quantifiziert das Bundesgericht allfällige Indivi-

72 In der deutschen Lehre: Gern, 465.

73 In der deutschen Lehre: Gentz, 1602; ähnlich Schindler Benjamin/Tschumi Thomas, Art. 5 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., 2023, Rz. 49.

74 Moor, 25.

75 Epiney, Art. 5, BSK BV, Rz. 65.

76 Vgl. Wullschleger, 79; vgl. in der nicht deutschsprachigen Lehre: Aleinikoff, 982.

77 In der deutschen Lehre: Poscher, 314.

78 In der nicht deutschsprachigen Lehre: Aleinikoff, 981 f.

79 Unklar: Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 67.

80 Poscher, 312.

dualinteressen und Individualrechtsgüter potenzieller Opfer nicht, womit deren Anzahl unbestimmt bleibt.[81]

Die Frage, ob öffentliche Interessen resp. Kollektivrechtsgüter in die Abwägung miteinbezogen werden sollen, ist zu verneinen: Ob ein öffentliches Interesse besteht, also eine Vielzahl an Personen an der Verhinderung der Beeinträchtigung eines Rechtsguts Anteil nimmt, ist ein Umstand, der nicht im Rahmen der Abwägung, sondern im Rahmen des ihr vorgelagerten Schrittes der Prüfung des öffentlichen Interesses resp. des Grundrechtsschutzes Dritter nach Art. 36 Abs. 2 BV zu prüfen ist. Falls das zu verneinen ist, findet keine Abwägung statt. Öffentliche Interessen erfüllen damit auf einer anderen Prüfungsebene eine von den Abwägungsgegenständen abweichende Funktion. Zudem nimmt an der Verhinderung der Beeinträchtigung eines Kollektivrechtsguts oder Individualrechtsguts stets eine Vielzahl an Personen Anteil. Insofern sind öffentliche Interessen auf keiner Seite der Abwägung zu berücksichtigen. Wenn im Folgenden von privaten und öffentlichen Interessen die Rede ist, dann nur, um einfacher zu verdeutlichen, welche Seite der Abwägung im klassischen Sinne gemeint ist.

Die Beeinträchtigung des Kollektivrechtsguts der Sicherheit weist keinen normativen Gehalt auf, der über denjenigen der Beeinträchtigung(en) eines Individualrechtsguts hinausgeht. Der Hinweis auf das Kollektivrechtsgut ist lediglich Ausdruck eines anderen Abstraktionsgrades und normativen Blickwinkels auf ein und denselben Umstand. Verdeutlichen lässt sich das an der Definition des Begriffs der Sicherheit: Unter der Sicherheit wird die Unverletzlichkeit der *objektiven Rechtsordnung*, der *Rechtsgüter des Staates* und *der Einzelpersonen* verstanden.[82] Bei einer Fortführung des Freiheitsentzugs lässt sich die sich daraus ergebende Folge je nach gewähltem Abstraktionsgrad und normativem Blickwinkel als Beeinträchtigung (der Unverletzlichkeit) der Rechtsordnung resp. Norm oder als Beeinträchtigungen eines Allgemeinrechtsguts (nicht aber der Sicherheit, da ansonsten ein *circulus in definiendo* vorläge) oder als Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern ausformulieren. Auf die Ausführung, weshalb Grundrechtsnormen keine Abwägungsgegenstände, sondern Medien von Massstäben zur Gewichtung sind, kann verwiesen werden.[83] Bezöge man

---

81 Zum Ganzen BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.2; BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2; BGer 6B_1147/2018 vom 25. März 2019 E. 2.4; BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 1.2 und E. 2.2; BGer 6B_1147/2018 vom 25. März 2019 E. 2.4; BGer 6B_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2.6.3; BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.6.4 und E. 2.7.3; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.1 und E. 3.4.2; BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.3 f.; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.1 und E. 3.3.4.

82 Siehe hierzu oben, II.A.2.a.

83 Siehe hierzu oben, II.A.1.

die Beeinträchtigung (der Unverletzlichkeit) der Rechtsordnung resp. Norm gemeinsam mit den anderen als eigenständige Gegenstände in die Abwägung mit ein, würde derselbe Umstand unter abweichendem Abstraktionsgrad doppelt berücksichtigt. Setzt sich das Kollektivrechtsgut, an dessen Beeinträchtigung der Begriff der Sicherheit anknüpft, aus einer Summe aus Individualrechtsgütern zusammen, ist besser nur auf die Beeinträchtigungen eines Individualrechtsguts abzustellen, weil damit ein höherer Konkretisierungsgrad und ein präziserer, normativer Blickwinkel eingenommen wird. Zudem wird damit verhindert, dass der Gegenstand aufgrund der damit assoziierten höheren Anzahl anteilnehmender Personen abstrakt höher *vor*gewichtet wird. Sodann lassen sich Beeinträchtigungen eines Individualrechtsguts besser mit der Beeinträchtigung eines anderen Individualrechtsguts vergleichen. Schliesslich lässt sich auch die Bestimmung der Intensität einer Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts besser operationalisieren als die Intensität der Beeinträchtigung eines Kollektivrechtsguts. Damit ist diesbezüglich festzuhalten, dass in die Abwägung *Beeinträchtigungen eines Individualrechtsguts* einzustellen sind, was allerdings im Folgenden einer vertiefteren Betrachtung bedarf.

Hinsichtlich der Frage, ob für jede einzelne Beeinträchtigung und jedes einzelne Rechtsgut nur ein Gegenstand in dieselbe Abwägung einzustellen ist, ist festzuhalten, was folgt: Gemäss der geltenden Grundrechtsdogmatik ist für *jeden staatlichen (Teil-)Akt* eine separate und eigenständige Prüfung der Verhältnismässigkeit sowie eine separate Abwägung vorzunehmen.[84] Deshalb kommen als Abwägungsgegenstände nur Beeinträchtigungen von Individualrechtsgütern in Frage, die mit der Fortführung des *Freiheitsentzugs* in einem Zusammenhang stehen. Gehen mit diesem (Teil-)Akt die Beeinträchtigungen *von Grundrechten unterschiedlicher Typen* des Straftäters einher, deren Schutzbereiche sich überschneiden, liegt ein Fall der unechten Grundrechtskonkurrenz vor. Diesfalls verdrängt das spezielle Grundrecht das allgemeine. Das zurücktretende Grundrecht ist nur dann zu prüfen, wenn es einen über das ihm vorgehende Grundrecht hinausreichenden, eigenständigen Schutzgehalt aufweist. Gehen mit der Fortführung des Freiheitsentzugs hingegen Beeinträchtigungen von Grundrechten *unterschiedlicher Typen* des Straftäters einher, deren Schutzbereiche sich nicht überschneiden, liegt ein Fall der echten Grundrechtskonkurrenz vor. Diesfalls hat – beginnend mit dem Grundrecht, das als am zentralsten erscheint – für jedes einzelne Grundrecht eine eigenständige, separate Prüfung zu erfolgen (sog. Grundrechtskumulation oder kumulative Prüfung).[85] Die Grundrechtskonformität der Fortführung des Frei-

---

84 Belser/Waldmann, 195; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 83.

85 Zum Ganzen Belser/Waldmann, 196 und 201; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 83; BGE 137 I 167 E. 3.7.

heitsentzugs ist zu verneinen, wenn im Rahmen einer dieser Prüfungen eine Verletzung festgestellt wird.[86] Die Grundrechtskumulation basiert auf dem Prinzip, dass Grundrechte eigene Schutzbereiche haben, die nebeneinander bestehen, und dass deshalb für jedes Grundrecht eines Typus eine eigenständige Prüfung sowie Abwägung stattzufinden hat. Dieses Prinzip ist mit Blick auf die hier vertretene Definition der Abwägungsgegenstände zu präzisieren: Massgebend ist nicht nur, ob mit der Fortführung des Freiheitsentzugs *Grundrechte* unterschiedlicher Typen berührt werden, sondern ob *Individualrechtsgüter* unterschiedlicher Typen beeinträchtigt werden, die sich nicht überschneidenden Schutzbereichen zuzuordnen sind. Falls ja, ist für jedes Individualrechtsgut eine eigenständige Prüfung und Abwägung durchzuführen. Nach dem Bundesgericht und der hier vertretenen Ansicht ist für die Beurteilung der Frage, welches als das zentralste Grundrecht resp. Individualrechtsgut anzusehen ist, nicht auf eine Hierarchie der abstrakten Ränge abzustellen.[87] Zu beginnen ist mit demjenigen Individualrechtsgut, dessen Beeinträchtigung *prima facie* das höchste Gewicht aufweist. Damit kann festgehalten werden, dass auf der Seite des Interesses des Straftäters ein Abwägungsgegenstand einzustellen ist, der die *Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts* umfasst. Dabei interessiert in erster Linie die *Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit*.

Zumal auch auf der Seite des öffentlichen Interesses Beeinträchtigungen eines Individualrechtsguts zu berücksichtigen sind und nicht die Beeinträchtigung eines Kollektivrechtsguts,[88] liegt ein Fall der Grundrechtskollision vor: Die rechtsanwendende Behörde hat Grundrechte des Opfers resp. potenzieller Opfer zu schützen und das Grundrecht des Straftäters mit diesen in einen Ausgleich zu bringen, so dass sich die Grundrechte optimal verwirklichen können (praktische Konkordanz).[89] Dem trägt Art. 36 Abs. 2 BV Rechnung, indem er als Grund für die Rechtfertigung der Beeinträchtigung des einen Grundrechts den Schutz der Grundrechte anderer anerkennt. Gibt man das der Grundrechtskumulation zugrundeliegende Prinzip nicht auf, ergibt sich für die Konstellation der Grundrechtskollision, dass für jedes Grundrecht resp. Individualrechtsgut (*gemeint ist wiederum der Typus*) eine separate, eigenständige Prüfung vorzunehmen ist. Drohen aufgrund der Nichtfortführung des Freiheitsentzugs Beeinträchtigungen, die ein Individualrechtsgut eines *anderen*

---

86 Kiener/Kälin/Wyttenbach, 83.

87 Siehe BGE 137 I 167 E. 3.7 und zum Ausschluss der Berücksichtigung des abstrakten Rangs unten, II.B.2.b.

88 Siehe hierzu oben, II.A.2.a.

89 Belser/Waldmann, 203 ff.; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 127; Schweizer Rainer/Krebs Alina, Art. 36, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., 2023, Rz. 51.

Typus desselben oder verschiedener, potenzieller Opfer betreffen, ist für jedes dieser Individualrechtsgüter eine separate, eigenständige Prüfung sowie Abwägung vorzunehmen.

Es ist möglich, dass bei der Nichtfortführung des Freiheitsentzugs mehrere (zeitversetzte) Beeinträchtigungen drohen, die sich zwar gegen ein- und denselben Individualrechtsgutstypus richten, aber gegen unterschiedliche, potenzielle Opfer richten (z.B. Beeinträchtigung der körperlichen Integrität der Person A; Beeinträchtigung der körperlichen Integrität der Person B usw.). Teilweise wird in der Lehre die Ansicht vertreten, die Anzahl der Beeinträchtigungen sei zwar im Rahmen ein- und derselben Prüfung sowie Abwägung zu berücksichtigen, dort aber nicht über eine Aufsummierung der Abwägungsgegenstände, sondern im Rahmen der Gewichtung der *Intensität* des einzelnen, eingestellten Abwägungsgegenstands.[90] Nach der hier vertretenen Auffassung umfasst die Intensität der Beeinträchtigung aber nur den Gehalt resp. Umfang der Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts und ist insofern vom *Gewicht* der Beeinträchtigung, welches auch aber nicht nur die Intensität umfasst, abzugrenzen. Teilweise wird in der Lehre mit Blick auf den Miteinbezug der Anzahl der Beeinträchtigungen (resp. Interessen) befürchtet, dass man einer höchst naiven Pluralismusvorstellung verfalle und die Abwägung jede Orientierungslinie verliere, so dass sich letztlich die grössere Gruppe von Individuen durchsetze.[91] Dieses Argument geht in dieselbe Richtung wie dasjenige, wonach die Berücksichtigung der Anzahl der Beeinträchtigungen gegen den Zweck verstiesse, mit den Grundrechten ein Gegengewicht zur utilitaristischen Nutzenmaximierung zu bilden.[92] Ergänzend könnte gegen den Miteinbezug der Anzahl der Beeinträchtigungen argumentiert werden, dass er auch gegen den Zweck der Grundrechte verstiesse, einen Schutz nur der individuellen Position zu gewährleisten.[93] Schliesslich ist gegen den Miteinbezug der Anzahl der Beeinträchtigungen anzuführen, dass nach dem der Grundrechtskumulation zugrundeliegenden Prinzip auch Beeinträchtigungen desselben Individualrechtsguts unterschiedlicher Personen separat zu prüfen sind. Denn ein jedes Individualrechtsgut einer jeden Person weist einen eigenen Schutzbereich auf, der nicht zu einem Gesamtschutzbereich zusammengefasst werden darf. Schliesst man sich dieser Kritik an, ist für jede der drohenden Be-

---

90 RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 69 und 72; SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006, 27 f.; ähnlich WULLSCHLEGER, 83; in der deutschen Lehre: GERN, 467.

91 DRUEY, 139 m.H.a. STRUCK GERHARD, Interessenabwägung als Methode, in: Dubischar Roland (Hrsg.), Festgabe für Josef Esser, Kronberg/Taunus 1975, 183.

92 SEILER HANSJÖRG, Individualrisiko und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft und im Recht, R&R 2023, 28; RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 69 und 89.

93 SEILER, Individualrisiko, 29.

einträchtigungen, die sich gegen denselben Individualrechtsgutstypus, aber gegen unterschiedliche Opfer richtet, eine eigenständige Prüfung sowie Abwägung durchzuführen. Schliesst man sich dieser Kritik nicht an, weil man einen utilitaristischen Ansatz vertritt, könnte zudem auf das Argument zurückgegriffen werden, dass nur über eine Berücksichtigung der Anzahl an Beeinträchtigungen der Sachverhalt adäquat abgebildet wird, wonach von einem Straftäter allenfalls auch mehrere Rückfälle, die sich gegen denselben Individualrechtsgutstypus, aber gegen unterschiedliche Opfer richten, zu befürchten sind. Unabhängig davon, welchem Ansatz man folgt, ist auf der Seite des öffentlichen Interesses nur *ein* Gegenstand einzustellen: Nach der ersten Ansicht, wonach die Anzahl der Beeinträchtigungen nicht einzustellen ist, die Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts, andernfalls die Beeinträchtigung*en* eines Individualrechtsguts. Zu beginnen ist auch hier mit der Prüfung der *prima facie* am schwersten wiegende(n) Beeinträchtigung(en). Im Folgenden wird im Rahmen der Ausführungen zu den Abwägungsparametern und den Abwägungsregeln auf die Anzahl der Beeinträchtigungen im Rahmen der Gewichtung weiterhin eingegangen, ohne dass damit ein Bekenntnis zu der einen oder anderen Ansicht erfolgt. Die Entscheidung, welcher Ansicht zu folgen ist, muss bis zur Durchführung einer tiefergehenden Untersuchung aufgeschoben werden.[94] Die diesbezüglichen Ausführungen im weiteren Gang des Beitrags treffen nur unter der Prämisse zu, dass Beeinträchtigungen eines Individualrechtsguts als Abwägungsgegenstand eingestellt werden.

b. Unzulässige Extension

In der Lehre wird vereinzelt kritisiert, dass in die Abwägung auch Gegenstände miteinbezogen würden, die nicht gegeneinander abgewogen werden dürften.[95] Mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, Behandlungsaspekte und das Sicherungsbedürfnis als Gegenstände in die Abwägung über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs einzustellen.

i. Behandlungsaspekte

Die Anordnung des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Massnahme setzt nach Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB ein Behandlungsbedürfnis oder die Erforderlichkeit auf-

---

94 Darauf werde ich im Rahmen meiner Doktorarbeit mit dem Arbeitstitel «Die Prognoseunsicherheit im Massnahmenrecht – Rechtsdogmatische Verortung zwischen Beweiswürdigung und Interessenabwägung» eingehen.

95 Vgl. in der nicht deutschsprachigen Lehre: TSAKYRAKIS, 482 ff. und 489.

grund der öffentlichen Sicherheit voraus.[96] Konsequenterweise müsste Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB auch für die Fortführung des Vollzugs gelten. In der Lehre wird die Frage nach dem Miteinbezug von Behandlungsaspekten in die Abwägung nur implizit im Rahmen der Diskussion über die Legitimation freiheitsentziehender Massnahmen, insb. der stationären, therapeutischen Behandlung thematisiert. Dabei ist umstritten, ob das Behandlungsbedürfnis der betroffenen Person einen Legitimationsgrund darstellt. Ein Teil der Lehre bejaht diese Frage mit dem Vorbehalt, dass das Behandlungsbedürfnis als wohlverstandenes Interesse zumindest in Kombination mit der Sicherung des Straftäters einen zulässigen Rechtfertigungsgrund darstelle. Begründet wird diese Ansicht damit, dass man (dem Bedürfnis) einer psychisch kranken Person am besten gerecht werden könne.[97] Ein anderer Teil der Lehre hingegen verneint diese Frage, mit der Begründung, dass den betroffenen Personen ein intrapersonaler Konflikt mit wohlverstandenem Interesse an einer Therapie unterstellt werde, damit man sich nicht mit dem Einwand der Instrumentalisierung des Straftäters durch den Staat auseinandersetzen müsse. Die Anordnung des Vollzugs der stationären therapeutischen Behandlung müsse vielmehr als Freiheitsentzug und nicht als Therapie begriffen werden. Der Freiheitsentzug könne nur mit dem Schutz von Drittpersonen, die Vollzugsform hingegen nur mit der Behandlungsbedürftigkeit des Straftäters legitimiert werden.[98]

Schuldüberschreitende, stationäre therapeutische Behandlungen nach Art. 59 StGB sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann zulässig, wenn mit ihnen neben dem Sicherungsinteresse auch tatsächlich eine adäquate Be-

---

96 Siehe diesbezüglich den Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege der Expertenkommission aus dem Jahr 1993, 82, worin ausgeführt wird, dass nach den dort genannten Voraussetzungen die freiheitsentziehende Massnahme häufig im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen liegen dürfte, weshalb sie keine erhöhte Rückfallgefahr voraussetze; ähnlich BBl 1998, 2070, wonach eine bessernde Einwirkung auf den Täter zulässig sei, wenn die mit ihr verbundene Freiheitsbeschränkung bei Nichtüberschreiten der schuldangemessenen Strafe im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen liege und das Behandlungsbedürfnis so zu verstehen sei, dass bei Anordnung einer bessernden Massnahme von den beim Täter liegenden Defiziten und Behinderungen auszugehen ist, deren Beseitigung der Betroffene um seiner selbst willen wünschen müsste. Demgegenüber könne bei der Anordnung einer Verwahrung nach Art. 64 E-StGB nicht mehr in erster Linie das Behandlungsbedürfnis massgebend sein, sondern das überwiegende öffentliche Interesse, vor einem bestimmten Täter geschützt zu werden.

97 Zum Ganzen Heer, Vor Art. 56, BSK StGB, Rz. 4 und 7; vgl. Albrecht Peter, Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten, Basel 1981, 32; Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht AT II: Strafen und Massnahmen, 3. A., Bern 2020, § 7 Rz. 12; vgl. Urwyler et al., 739.

98 Zum Ganzen Coninx, Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 220 ff.

handlung verbunden ist.[99] Auf der Seite des öffentlichen Interesses sind neben der Wahrscheinlichkeit, dass der Täter weitere Straftaten begeht, auch die Notwendigkeit einer Behandlung[100] und das Behandlungsbedürfnis[101] relevant. Dabei bleibt allerdings unklar, ob das Bundesgericht diese Aspekte als *Gegenstände* der Abwägung oder als *Parameter zur Gewichtung* ansieht. Die Antwort darauf lässt sich einem Urteil entnehmen, in dem das Bundesgericht unmissverständlich festgehalten hat, dass sich das der stationären therapeutischen Massnahme inhärente *Therapieziel in derselben Waagschale* niederschlage wie das öffentliche Interesse an der Verhinderung weiterer Straftaten.[102]

Gemäss der geltenden Grundrechtsdogmatik ist wie erwähnt für jede staatliche Massnahme resp. genauer für jeden staatlichen (Teil-)Akt eine separate, eigenständige Prüfung der Verhältnismässigkeit und Abwägung vorzunehmen.[103] Die Fortführung des Freiheitsentzugs und die Fortführung der Behandlung sind eigenständige staatliche Teilakte. Mit der Fortführung des Freiheitsentzugs wird primär das Ziel verfolgt, den Straftäter während der Dauer des Freiheitsentzugs von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Erstere ist primär mit einem Eingriff in den sachlichen Schutzbereich der Bewegungsfreiheit verbunden. Mit der Fortführung der Behandlung wird demgegenüber das Ziel verfolgt, das bei einem Straftäter bestehende Rückfallrisiko zu vermindern. Sie ist primär mit einem Eingriff in den sachlichen Schutzbereich der physischen und psychischen Unversehrtheit verbunden. Zwar stellt sie ein staatliches Angebot dar, dennoch kann sie inhärent mit einem gewissen Zwang verbunden sein, weil nur durch Annahme des Angebots eine Progression des Vollzugs erfolgen kann. Die Behandlung als staatlicher Akt ist Anknüpfungspunkt für eine separate, eigenständige Prüfung, in die allenfalls das Behandlungsbedürfnis eingeht, wenn man den Standpunkt vertritt, dass Bedürfnisse überhaupt berücksichtigt werden sollten. Die Notwendigkeit einer Behandlung bezeichnet im Rahmen dieser Prüfung den Prüfungsschritt der Erforderlichkeit, der vor der Zumutbarkeit zu prüfen ist. Das Behandlungsziel kann im dargelegten Nexus verortet werden. Damit sind die Behandlungsaspekte nicht als Gegenstände in die Abwägung über die Fortführung des Freiheitsentzugs miteinzubeziehen. Sofern darüber hinaus keine weiteren Argumente ersicht-

---

99 Exemplarisch BGer 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015 E. 3.2.

100 BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.1; BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 E. 5.1; BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 2.1; BGer 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.3.3.

101 BGer 6B_822/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 4.3; BGer 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020 E. 1.3.2; BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.2.3; BGer 6B_464/2024 vom 13. August 2024 E. 3.3.

102 Urteil des Bundesgerichts 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 4.3.2.

103 Siehe hierzu oben, II.A.2.a.

lich sind, ergibt sich daraus, dass die Anordnung und die Fortführung des Freiheitsentzugs nach Art. 59 StGB denselben Anforderungen (Prüfungskriterien) unterliegen müssen, wie die Anordnung und die Fortführung des Freiheitsentzug nach Art. 64 StGB.

ii. Sicherungsbedürfnisse

Die Frage des Miteinbezugs stellt sich auch mit Blick auf das Sicherungs*bedürfnis* der Allgemeinheit. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt das Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsanspruch des Massnahmeunterworfenen und dem Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen nach einem vertretbaren Ausgleich.[104] Es ist unklar, was das Bundesgericht unter den Begriff des Sicherungsbedürfnisses fasst. Sollte es unter ihm lediglich ein Synonym für Sicherheitsinteressen, Sicherheitsbelange oder Sicherungsinteressen verstehen, wäre die Begriffswahl zwar inkonsistent, in der Sache aber nur deshalb problematisch, weil es sich bei ihnen – wie ausgeführt[105] – nicht um *Abwägungsgegenstände* handelt. Die Sicherungsbedürfnisse der Allgemeinheit dürfen aber auch andernfalls – sofern es sich dabei nicht um ein Synonym für die genannten Begriffe handelt – nicht als Gegenstand oder Bezugsgegenstand in die Abwägung miteinbezogen werden. Wie ausgeführt gelten nach der hier vertretenen Auffassung nur Beeinträchtigungen eines Individualrechtsguts als Gegenstände der Abwägung: Das Sicherungsbedürfnis stellt keine Beeinträchtigung dar. Zudem handelt es sich bei ihm auch nicht um ein in der BV und im Gesetz anerkanntes Rechtsgut. Sowohl in der BV als auch in Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB wird lediglich die öffentliche Sicherheit genannt, nicht aber das *Bedürfnis* nach Sicherheit. Ein weiteres Argument spricht in Kombination mit dem klassischen Argument der die Menschenwürde tangierenden Instrumentalisierung des Straftäters (das allerdings auch die Spezialprävention beschlägt) ganz grundsätzlich gegen den Miteinbezug des Sicherungsbedürfnisses der Allgemeinheit. Mit dem Bedürfnis wird der Zustand oder das Erleben eines Mangels, verbunden mit dem Wunsch, diesen Mangel zu beheben, bezeichnet.[106] Dieser Zustand des Erlebens knüpft aber nicht primär an das tatsächli-

---

104 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.4; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.1 und E. 3.2.2; BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2; sämtliche dieser Urteile betreffen die Fortführung einer ordentlichen Verwahrung; siehe zudem BGer 6B_951/2009 vom 26. Februar 2010 E. 3.4, welches die Fortführung einer stationären therapeutischen Behandlung betrifft und stattdessen den Begriff des Schutzbedürfnisses verwendet.

105 Siehe hierzu oben, II.A.1.

106 DORSCH, Lexikon der Psychologie, abrufbar unter <https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/beduerfnis>.

che, sondern an die medial und gesellschaftlich verzerrte Empfindung des Kriminalitätsgeschehens an, womit die Abwägung an diese ausgeliefert würde.

B. Bestimmung der Parameter und Massstäbe der Abwägung

Die Abwägungsparameter sind diejenigen Kriterien, anhand derer die Gewichtung der Abwägungsgegenstände zu erfolgen hat. Neben dem Begriff *Parameter* werden in der Lehre auch die Begriffe *Bewertungsprinzipien*, *Gesichtspunkte*, *Kriterien oder Faktoren* verwendet.[107] Vorliegend wird dem Begriff der Abwägungsparameter gefolgt. Die Abwägungsparameter werden durch die Gesetzgebung aufgezählt oder induktiv durch die Rechtsprechung entwickelt.[108] Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass die Abwägungsparameter a) uneindeutig und b) asymmetrisch reduktiv bestimmt werden, wobei fraglich bleibt, ob c) die Bestimmung vollständig erfolgt.

1. Uneindeutigkeit

In der Lehre wird vereinzelt darauf hingewiesen, dass nicht (nur) die Abwägungsgegenstände, sondern auch die Abwägungsparameter zu gewichten seien.[109] Die Mehrheit in der Lehre geht indes davon aus, dass die Abwägungsgegenstände zu gewichten sind. Als Abwägungsparameter zur Gewichtung werden mehrheitlich die Intensität – auch als Ausmass oder Schwere bezeichnet[110] – und die Wahrscheinlichkeit[111] der Beeinträchtigung angesehen. Zur Ermittlung der Intensität werden die Art und Form, der Umfang, die Dauer, die Irreversibilität der Beeinträchtigung sowie die Rechtsgutsbetroffenheit heran-

---

107 Druey, 137 (Bewertungsprinzipien des Sachverhalts); Kramer Ernst/Arnet Ruth, Juristische Methodenlehre, 7. A., Bern 2024, 321 (Sachkriterien); Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 27 (Faktoren); Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 25 m.H.a. Hänni Julia, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts. Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidfindung, Habil. Luzern, Zürich 2022, 170 (Gesichtspunkte); Seiler, Praktische Rechtsanwendung, 70 (Parameter).

108 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 25.

109 Vgl. Borowski, 282.

110 Druey, 137 f. m.H. und 145 (Intensität); Kiener/Kälin/Wyttenbach, 97 (Intensität); Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 66 ff. und 71 ff. (Intensität und Ausmass); Schefer, 26 f. (Intensität); Wullschleger, 83 (Mass); Zimmerli, 23 (Eingriffsintensität und Gewicht); in der deutschen Lehre: Gern, 463 und 467 (Intensität); Poscher, 287.

111 Druey, 137 f. m.H.; Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 67 und 71, wonach es sich hinsichtlich der Beeinträchtigung des Individualrechtsguts ganz im Gegensatz zur Beeinträchtigung des Kollektivrechtsguts in der Regel um eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit handeln dürfte; in der deutschen Lehre: Müller Georg, 349.

gezogen.[112] Sodann wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass auch die (mittelbaren) Folgen einen Abwägungsgesichtspunkt darstellten.[113] Darüber hinaus wird mehrheitlich mit Blick auf die beiden Seiten der Abwägung differenziert. Auf der Seite des öffentlichen Interesses sei die Anzahl der Betroffenen resp. gefährdeten Rechtsgüter zu berücksichtigen.[114] Auf der Seite des privaten Interesses seien hingegen zusätzlich die persönlichen Verhältnisse im Sinne der Empfindlichkeit der von der Beeinträchtigung betroffenen Person, namentlich ihre Schutzbedürftigkeit resp. Verletzlichkeit, zu berücksichtigen.[115]

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind auf der Seite des öffentlichen Interesses die Grösse, der Grad, die Schwere oder das Ausmass und die Art der vom Täter ausgehenden Gefahr oder Gefährlichkeit[116] resp. die Wahrscheinlichkeit, Erheblichkeit resp. Schwere der (begangenen und) drohenden Straftaten[117] sowie die Art, das Gewicht, die Wertigkeit und die Pluralität der betroffenen Rechtsgüter[118] zu berücksichtigen. Für die Beurteilung der Erheblichkeit resp. Schwere der (begangenen und) drohenden Straftaten wird teilweise Bezug auf die Deliktstypologie, die konkrete Tatausgestaltung, den Katalog nach Art. 64 Abs. 1 StGB, die Strafart und das Strafmass genom-

---

112 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 97; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 33; RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 66 ff.; SCHEFER, 27 ff.; ähnlich URWYLER et al., 735 ff., spezifisch mit Blick auf Abwägungen im Massnahmenrecht.

113 WULLSCHLEGER, 83 und 86; in der deutschen Lehre: WOLFERS ARTHUR, Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, ZBJV 1977, 310 f.

114 Siehe hierzu oben, II.A.2.a., wobei teilweise davon ausgegangen wird, dass diese auf beiden Seiten oder gar nicht zu berücksichtigen sind.

115 Relativierend wohl DRUEY, 141 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 97, wonach die persönlichen Verhältnisse aber nicht anhand des subjektiven Empfindens der betroffenen Person beurteilt würden; vgl. RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 66 ff. und 71 ff.; URWYLER et al., 740, spezifisch mit Blick auf das Massnahmenrecht; in der deutschen Lehre: GERN, 467, der allerdings hinsichtlich der Berücksichtigung nicht zwischen Kollektiv- und Individualrechtsgut unterscheidet; LARENZ, 244, wonach die Schutzbedürftigkeit abnehme, sofern die Person die staatliche Massnahme herausgefordert habe.

116 Exemplarisch: BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.1 (Grösse der Gefahr); BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2 (Grad der Gefahr); BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.1 (Schwere der Gefahr), bestätigt in BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 E. 5.1; BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.4 (Art und Mass der drohenden Gefahr); bestätigt in BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2.

117 Exemplarisch: BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.1 und 4.4.3 (Wahrscheinlichkeit und Schwere der drohenden Straftaten); bestätigt in BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.1 (Erheblichkeit); BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6 (Anlasstaten), bestätigt in BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2.

118 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.3 und 4.4.6; bestätigt in BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.4.

men.[119] Die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit wird entweder aus dem Gutachten entnommen oder es werden die Angaben im Gutachten ordinal uminterpretiert,[120] wobei aber nur vereinzelt eine numerische Angabe in Prozent erfolgt.[121] Darüber hinaus sind dabei auch die Gesichtspunkte von gefährdeten Opfern wie etwa deren Alter, Verletzlichkeit, Schutzbedürfnis[122] und – wie bereits ausgeführt[123] – auf der Seite des öffentlichten Interesses bei Abwägungen über die Fortführung von therapeutischen Massnahmen die Notwendigkeit einer Behandlung oder das Behandlungsbedürfnis des Straftäters miteinzubeziehen. Demgegenüber sind auf der Seite des privaten Interesses die Schwere, die Wichtigkeit oder das Gewicht des Eingriffs in die Freiheitsrechte,[124] die Dauer des erlittenen Freiheitsentzugs[125] oder desjenigen Teils, um den der Freiheitsentzug verlängert wird,[126] die Modalitäten des Vollzugs – wie Lockerungen, Nutzung zu Therapiezwecken, die Erleichterungen des institutionellen Rahmens, ein schleppender Verlauf[127] – die persönlichen Verhältnisse –

---

119 Deliktstypologie: BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.1; konkrete Ausgestaltung der Tat: BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.1; BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.3.1 ff.; Katalog nach Art. 64 StGB: BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6; BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4.3; Art des Verfahrens, gewählte Strafart und konkretes Strafmass: BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.1.

120 BGer 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.5; BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 1.2; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.1; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.2 und E. 2.4.2; BGer 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.4.5.

121 Exemplarisch BGer 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.4.5: nicht unbeachtlich, im Gutachten als sehr hoch beschrieben und mit Prozentangaben versehen, von 29,6% bei Gewaltdelikten und 50,4% bei Nichtgewaltdelikten.

122 Exemplarisch BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2.

123 Siehe hierzu oben, II.A.2.b.i.

124 Exemplarisch: BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.1 und 4.4.3 (Schwere des Eingriffs in die Freiheitsrechte); bestätigt in BGer 6B_464/2024 vom 13. August 2024 E. 3.3; BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.2 (Gewicht des Freiheitsanspruchs); bestätigt in BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 3.3; BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.1; bestätigt in BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 2.1 (Wichtigkeit des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte).

125 BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2; BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.2 ff.; BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.7.3 (widersprüchlich); BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.2.2; siehe BGer 6B_582/2017 Urteil vom 19. Juni 2018 E. 4.3.2, wonach bei der Verwahrung auch die prospektive Langfristigkeit zu berücksichtigen sei.

126 Urteile betreffend Art. 59 Abs. 4 StGB: BGE 135 IV 139 S. 144 E. 2.4; BGer 6B_951/2009 vom 26. Februar 2003 E. 3; 6B_489/2010 vom 4. Oktober 2010 E. 3.3 ff.; BGer 6B_172/2017 vom 16. November 2017 E. 1.3.3; BGer 6B_376/2024 vom 5. Juni 2024 E. 2.4.4.

127 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.5; BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.1; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.2; BGer 6B_172/2017 vom 16. November 2017 E. 1.3.1; BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.1; BGer 6B_347/2018 vom 28. Juni 2018 E. 4.2; BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 2.2; BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4.5; BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 E. 5.1.

wie die Verweigerungshaltung hinsichtlich der Therapie,[128] das Alter[129] und der Gesundheitszustand,[130] die Verletzlichkeit der betroffenen Person[131] und das Recht auf eine realistische Resozialisierungschance[132] – zu berücksichtigen. Für die Beurteilung der Dauer des Freiheitsentzugs wird teilweise Bezug auf das Verhältnis zur ausgefällten Strafe oder zur Deliktsschwere, auf die Höchstdauer einer Freiheitsstrafe nach Art. 40 Abs. 2 StGB und die Normdauer nach Art. 59 Abs. 4 StGB genommen.[133]

Das Bundesgericht benennt diese Gesichtspunkte allerdings in keinem der untersuchten Urteile explizit als Abwägungsparameter. Zudem gewichtet es sowohl die Abwägungsgegenstände als auch Abwägungsgesichtspunkte. Das lässt sich beispielsweise daran erkennen, dass es auf der einen Seite der Abwägung den Eingriff in die Freiheitsrechte des Straftäters gewichtet, auf der anderen Seite der Abwägung aber nicht etwa (oder nicht nur) die Grösse der Gefahr, sondern (darüber hinaus auch) die Werthaftigkeit der bedrohten Rechtsgüter, die Schwere der Straftaten und den Grad der Wahrscheinlichkeit selbst.[134] Sodann hält das Bundesgericht die Begriffe teilweise nicht trennscharf auseinander, so etwa wenn es die Intensität der Rechtsgutsverletzung und die Art des Rechtsguts unter den Begriff der Schwere der Anlasstaten und der in Freiheit zu erwartenden Taten fasst.[135] Unklar bleibt *summa summarum*, ob es sich bei den im davorstehenden Absatz genannten Gesichtspunkten um Abwägungsgegenstände, Abwägungsparameter oder Abwägungsmassstäbe

---

128 BGer 6B_1155/2017 vom 1. Dezember 2017 E. 2.9; BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.2 und E. 2.4.2 f.

129 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.5; BGer 6B_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2.6.1 und 2.6.3; vgl. BGer 6B_168/2021 vom 21. April 2021 E. 1.4.2 f.; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.1 f.; BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.3.2.

130 BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.2; vgl. BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.3.2.

131 BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.6.

132 BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.3, wobei unklar ist, ob darunter nicht die Vollzugsbedingungen verstanden werden.

133 Verhältnis zur ausgefällten Strafe: BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6; BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.1; BGer 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015 E. 4.2; BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.6; BGer 6B_699/2019 vom 16. Januar 2020 E. 2.4; BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.7.1; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2; Deliktsschwere: BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.2; Höchstdauer der Freiheitsstrafe: BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.4; BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.5; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2; Normdauer von 5 Jahren: BGE 135 IV 139 E. 2.4.2; BGer 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.5; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.1.

134 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.1 ff.; ähnlich BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.1 ff.

135 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.1 ff.; BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2.

handelt. Abwägungsmassstäbe dienen der Skalierung der Messgrössen der Abwägungsparameter. Unklar bleibt auch, wie sich die einzelnen Begriffe zusammensetzen, in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen und ob sie sich nicht allenfalls inkonsistent über mehrere Ebenen hinweg mehrfach auf das Ergebnis der Abwägung auswirken.

Zwischen den Abwägungsparametern, Abwägungsgegenständen und Abwägungsmassstäben muss eine Abgrenzung vorgenommen werden. Diese Abgrenzung kann anhand des Bilds der Abwägung und der Definition des Begriffs des Abwägungsgegenstands[136] erfolgen. Sollen die beiden Seiten der Abwägung miteinander verglichen werden, muss das Gewicht jedes einzelnen Abwägungsgegenstands – das Gewicht der Beeinträchtigung(en) des Individualrechtsguts – auf jeder Seite feststehen. Dieses Gewicht ist anhand der folgenden Abwägungsparameter zu eruieren: des *Ausmasses*, *der Anzahl* und der *Wahrscheinlichkeit*. Das Ausmass umfasst die *Intensität* und *Dauer*. Die in der Lehre und Rechtsprechung darüber hinaus genannten Gesichtspunkte stellen keine Abwägungsparameter dar. Im Folgenden werden die Begriffe, mit denen die Abwägungsparameter bezeichnet werden, definiert und für jeden Parameter separat erläutert, was dessen Gewichtungsgrösse ist und wie die Parameter von Massstäben zur Skalierung der Messgrössen oder anderen Aspekten abzugrenzen sind. Auf die Art und Wertigkeit des Rechtsguts ist im darauffolgenden Unterkapitel gesondert einzugehen.

Unter der *Intensität* der Beeinträchtigung ist das Mass zu verstehen, mit dem *der Gehalt oder Umfang* eines Individualrechtsguts (Messgrösse) beeinträchtigt wird. Der Gehalt oder Umfang erstreckt sich auf einer Skala. Bei der Festlegung ordinaler Schwellen auf einer Skala der Intensität der Beeinträchtigung kann man sich an einem Massstab orientieren, der alle möglichen Intensitäten von der Belassung bis zur Tangierung des Kerngehalts, umfasst. Die Skala ist bei der Bewegungsfreiheit anhand der Art und des Umfangs der Vollzugsmodalitäten wie Lockerungen, Urlaube, Geschlossenheit, Offenheit usw. aufzuspannen. Die Vollzugsmodalitäten selbst sind also keine Abwägungsparameter, sondern Abwägungsmassstäbe. Die Skala ist bei der körperlichen Integrität anhand der Art der Verletzung aufzuspannen. Die Rechtsgutsbetroffenheit ist nicht mit dem Parameter der Intensität, sondern mit dem Abwägungsgegenstand der Rechtsgutsbeeinträchtigung gleichzusetzen. Die Verletzlichkeit der Person ist kein Abwägungsparameter und auch kein Abwägungsmassstab. Mit dem Hinweis auf die Verletzlichkeit einer Person wird auf Beeinträchtigungen ihrer psychischen Integrität Bezug genommen. Beeinträchtigungen der psychischen Integrität des Straftäters und der potenziellen Opfer sind auf-

136 Siehe hierzu oben, II.A.1.

grund des der Grundrechtskumulation zugrunde liegenden Prinzips, wonach Grundrechte je einzeln zu prüfen sind, nicht als Gegenstände in dieselbe Abwägung miteinzubeziehen, sondern separat zu prüfen.[137] Die Verletzlichkeit wäre – wollte man auf die individuelle Empfindung der betroffenen Person oder durchschnittliche Empfindung betroffener Personen abstellen – im Rahmen dieser eigenständigen Prüfung bei der Eruierung der Intensität der Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Dieser Ausschluss gilt auch für mittelbare Folgen des staatlichen (Teil-)Akts resp. des drohenden Rückfalls, sofern es sich bei ihnen um Beeinträchtigungen anderer Individualrechtsgüter ein- und derselben Person handelt.

Unter der *Dauer* der Beeinträchtigung ist das Mass zu verstehen, mit dem eine Beeinträchtigung einer gewissen Intensität in zeitlicher Hinsicht anhält. Bei der Festlegung der Skala der Dauer dürften normative Massstäbe für die Bewegungsfreiheit in der lebenslänglichen Freiheitsstrafe, der ausgesprochenen Anlassstrafe und der Grundsatzdauer von fünf Jahren nach Art. 59 Abs. 4 StGB zu finden sein. Geht es nur um den schuldüberschiessenden Freiheitsentzug, so wäre die Dauer der für das Anlassdelikt ausgesprochenen Freiheitsstrafe hinwegzudenken. Zudem sollte nicht nur der bisher erlittene Freiheitsentzug, sondern auch derjenige Anteil, der bis zur nächsten Überprüfung hinzutritt, resp. um den er verlängert wird, berücksichtig werden.[138] Bei der Festlegung der Skala für die Dauer der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität könnte man sich nach oben hin beispielsweise am empirischen Massstab der durchschnittlichen Lebenserwartung und/oder der Heilungsdauer orientieren. Die Irreversibilität der Beeinträchtigung ist kein Abwägungsparameter, sondern eine Ausprägung der Dauer. Ist die Beeinträchtigung irreversibel, dauert sie lebenslänglich an, womit sie auf der entsprechenden Skala das Maximum markiert.

Unter der *Wahrscheinlichkeit* der Beeinträchtigung ist das Mass der relativen Häufigkeit gegenüber einer Grundgesamtheit zu verstehen, mit dem eine Beeinträchtigung eines gewissen Ausmasses eintritt. Neben der absoluten, sollte auch die relative Wahrscheinlichkeit in Bezug auf eine Referenzgruppe berücksichtigt werden. Prädiktoren, welche in einem korrelativen oder kausalen Zusammenhang mit dem Rückfall stehen sind keine Abwägungsparameter. So stellt etwa das beispielhaft genannte Alter der begutachteten Person einen zentralen Prädiktor dar. Der Zeitraum, in dem die Wahrscheinlichkeit besteht, müsste normativ klar festgelegt werden. Die Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung des Individualrechtsguts eines Opfers bei Nichtfortführung des

137 Siehe hierzu oben, II.A.2.a.

138 Siehe hierzu BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.7.3, wonach unklar bleibt, ob nur der bisher erlittene Freiheitsentzug zu berücksichtigen ist.

Freiheitsentzugs variiert je nach festgelegtem Zeitraum (Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls in einem Zeitraum von 5 oder 10 Jahren?).

Es wurde bereits ausgeführt, dass auf den Umgang mit der Anzahl der Beeinträchtigungen eines Individualrechtsguts noch einzugehen sein wird, unter der Prämisse, dass diese überhaupt zu berücksichtigen ist.[139] Die Anzahl der Beeinträchtigungen bedarf keiner tiefergehenden Erläuterung, da klar ist, was unter ihr zu verstehen ist. Fraglich bleibt mit Blick auf die Seite des öffentlichen Interesses, anhand welchen Massstabs sie nach oben zu beurteilen ist. Hier könnte auf den Massstab eines Prinzips des abnehmenden Grenzgewichts (degressive Berücksichtigung) zurückgegriffen werden, wollte man die Konsequenz der utilitaristischen Nutzenmaximierung abschwächen.

2. Asymmetrische Reduktion

a. Intensität, Dauer, Wahrscheinlichkeit und Anzahl

Die Parameter der Intensität, Dauer, Wahrscheinlichkeit und Anzahl sollten symmetrisch ausgeglichen, auf beiden Seiten der Abwägung und einander auf derselben Ebene gegenüberliegend berücksichtigt werden, damit eine möglichst gute Vergleichbarkeit gewährleistet wird. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird allerdings auf der Seite des öffentlichen Interesses die Dauer der Beeinträchtigung nicht als eigenständiger Abwägungsgesichtspunkt erwähnt.[140] Die nach der Nichtfortführung des Freiheitsentzugs drohende Beeinträchtigung des Individualrechtsguts eines potenziellen Opfers – etwa der körperlichen Integrität, der sexuellen Integrität oder der Bewegungsfreiheit – kann aber je nach Fallkonstellation unterschiedlich lange anhalten. Auf der Seite des privaten Interesses erwähnt das Bundesgericht hingegen die Intensität, Wahrscheinlichkeit und Anzahl der Beeinträchtigung nicht als *eigenständige* Gesichtspunkte.[141] Die durch die Fortführung des Freiheitsentzugs drohende Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit kann aber je nach Fallkonstellation eine unterschiedliche Intensität annehmen. In gewissem Umfang dürfte das Bundesgericht der Intensität mit der Berücksichtigung der Vollzugsmodalitäten Rechnung tragen. Die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit tritt bei der Fortführung einer freiheitsentziehenden Massnahme mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein, womit einer praktischen Handhabe folgend der Maximalwert einzustellen ist. Die Anzahl

---

139 Siehe hierzu oben, II.A.2.a.

140 Exemplarisch BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5 *e contrario*.

141 Exemplarisch: BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.5; BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5 *e contrario*.

dürfte auf der Seite des privaten Interesses bei eins stehen. Da es sich hierbei um konstante Grössen handelt, erfolgt seitens des Bundesgerichts allenfalls kein expliziter Hinweis in der Begründung. Dieser ist aber notwendig, damit ein allfälliges Ungleichgewicht im Vergleich mit denselben Abwägungsparametern auf der anderen Seite der Abwägung ersichtlich wird.

b. Abstrakter Rang des Rechtsguts

In der Lehre ist umstritten, ob eine abstrakte Ordnung besteht, nach welcher der Wertigkeit der Rechtsgüter anhand ihrer Art ein abstrakter Rang zuzuweisen wäre.[142] Die Mehrheit der schweizerischen Lehre verneint das Bestehen einer solchen Ordnung mit Blick auf das Verhältnis unter Individualrechtsgütern und das Verhältnis unter Individual- und Kollektivrechtsgütern.[143] Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung[144] wird diesbezüglich die Ansicht vertreten, es bestünde eine Vermutung, dass die Rechtsgüter *denselben* abstrakten Rang der Wertigkeit aufwiesen. Diese Vermutung werde durch den absoluten Schutz der Menschenwürde und der Kerngehalte nicht umgestossen, denn würden diese beeinträchtigt, finde keine Abwägung statt. Sie stelle sicher, dass die Abwägungsgegenstände kommensurabel seien.[145] Eine Minderheit in der Lehre weist dementgegen darauf hin, dass eine abstrakte Ordnung zumindest insofern bestehe, als dem Rechtsgut des Lebens ein höherer abstrakter Rang der Wertigkeit als anderen Rechtsgütern zuzuordnen sei.[146]

---

142 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 61 ff., der dies verneint; in der deutschen Lehre bejahend: Alexy, Die Gewichtsformel, 789; Clérico, 168 ff.; Klatt/Schmidt, 552; bejahend in der nicht deutschsprachigen Lehre wohl auch Barak, 745 f., der allerdings stattdessen den Begriff der sozialen Bedeutung verwendet.

143 Häfelin/Müller/Uhlmann, 125 f.; Hofstetter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip, 172 f.; Hotz Werner Friedrich, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, Diss. Zürich, Zürich 1977, 39; Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 68 f.; Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 61 ff.; Tschannen Pierre, Der Richtplan und die Abstimmung raumwirksamer Aufgaben, Diss., Bern 1986, Rz. 431; Wullschleger, 81.

144 BGE 139 I 16 E. 4.2.1 S. 24; BGE 22 I 1012 E. 5 S. 1020, wonach sämtliche Grundsätze des Verfassungsrechtes mit gleicher Rechtskraft nebeneinander stehen; BGE 140 I 201 E. 6.7 S. 213, wonach keine Hierarchie zwischen den Grundrechten bestehe; BGE 105 Ia 330 E. 3c S. 336; BGE 128 II 1 E. 3d S. 10 f.; BGE 149 I 182 E. 3.3.1 S. 189.

145 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 62 ff.

146 Druey, 144 ff., wonach, abgesehen vom Vorrang des Lebens, keine abstrakte Wertordnung bestehe; wohl Epiney Astrid, Art. 36 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. A., 2025, Rz. 57 m.H., wonach für die Gewichtung die Nähe zur Menschenwürde eine Rolle spiele; a.A. Müller Jörg Paul, Praktische Konkordanz in der Verfassungsinterpretation, in: Bernard Frédéric/Hertig Randall Maya/Bovet Christian/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Le droit au service de l'humanité, Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier, Genf/Zürich 2023, 336.

Im Gegensatz zur Mehrheit der schweizerischen Lehre vertritt die Mehrheit der deutschen Lehre die Ansicht, dass sich aus dem Grundgesetz eine abstrakte Ordnung ableiten lasse.[147] Uneinig ist sie sich nur in der Frage, welche Folgen sich aus dem Bestehen einer solchen Ordnung ergeben. Ein Teil der deutschen Lehre geht davon aus, dass Rechtsgüter mit ungleichwertigem, abstraktem Rang inkommensurabel und damit nicht abwägungsfähig seien. Würden diese gegeneinander abgewogen, führe dies dazu, dass die Kollektiv- die Individualrechtsgüter typischerweise überwögen, womit die Abwägung vorstrukturiert und entrelationiert sowie die Rechtsbereiche entsubjektiviert würden.[148] Ein anderer Teil der deutschen Lehre gelangt zum gegenteiligen Schluss, wonach der abstrakte Rang der Wertigkeit der Rechtsgüter – resp. der Grundrechtsbestimmungen mit Prinzipienstruktur – als abstraktes Gewicht in die Abwägung einzustellen sei.[149] Infolgedessen könnten rangungleiche Rechtsgüter über einen einheitlichen Massstab miteinander verglichen und die Verminderung der normativen (Durchsetzungs-)Kraft der Grundrechte sowie die Erodierung eines effektiven Grundrechtsschutzes vermieden werden.[150] In der nicht deutschsprachigen Lehre findet sich schliesslich der Gedanke, dass ein Recht, das als Voraussetzung für das Bestehen und die Ausübung eines anderen Rechts diene, in abstrakter Hinsicht gewichtiger als dieses sei.[151]

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Wertigkeit der betroffenen Individualrechtsgüter[152] als Abwägungsgesichtspunkt zu berücksichtigen. Das Bundesgericht ordnet den Individualrechtsgütern unterschiedliche abstrakte Ränge zu. Demnach stellen das Leben und der Leib die höchsten Rechtsgüter überhaupt dar.[153] Die körperliche resp. gesundheitliche Integrität, die sexuelle Selbstbestimmung und die ungestörte sexuelle Entwicklung seien hochwertige Rechtsgüter.[154] Dementgegen ordnet das Bundesgericht dem

147 Exemplarisch Alexy, Die Gewichtsformel, 778; Hofmann Ekkehard, Abwägung im Recht, Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht, Habil. Hamburg, Tübingen 2007, 268 und 278 ff.; a.A. Ossenbühl, Abwägung im Verfassungsrecht, 30.

148 Vgl. zum Ganzen Lepsius Oliver, Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, in: Jestaedt Matthias/Lepsius Oliver (Hrsg.), Verhältnismässigkeit, Tübingen 2015, 34 f.; siehe auch Gern, 463, wonach wesentliche Gemeinschaftsgüter den Individualrechtsgütern grundsätzlich vorgingen.

149 Alexy, Die Gewichtsformel, 778 und 788; a.A. wohl Quispe, 132, wonach die Abwägung die Unmöglichkeit abstrakter Vorrangrelationen voraussetze.

150 Klatt/Meister, Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip, 5 ff., 8 ff., 17 und 19.

151 Barak, 745 f.

152 Siehe hierzu oben, II.B.1.

153 BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.4.

154 Zur Hochwertigkeit der körperlichen Integrität BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.1 f.; zur Hochwertigkeit der sexuellen Selbstbestimmung und der ungestörten sexu-

Rechtsgut der Bewegungsfreiheit keinen abstrakten Rang zu und berücksichtigt dieses – zumindest explizit – nicht auf der Seite des privaten Interesses. Daraus könnte sich *e contrario* ergeben, dass ihm eine abstrakt tiefere Wertigkeit als den vorgenannten Individualrechtsgütern zugeordnet wird. Die vom Bundesgericht teilweise verwendeten Komparative (höherwertiger) beziehen sich auf Rechtsgüter, denen ein neutraler Rang zukommen dürfte. Diesbezüglich ist von einer asymmetrischen Reduktion auszugehen.

Fraglich ist indes, ob der Ansatz des Bundesgerichts sowohl hinsichtlich der Schaffung einer abstrakten Wertordnung als auch des Miteinbezugs des abstrakten Rangs in die Abwägung überzeugt. Was die Schaffung einer abstrakten Wertordnung betrifft, ist dem Bundesgericht teilweise zuzustimmen. In Ansätzen besteht eine abstrakte Wertordnung der Rechtsgüter, nach der zumindest dem Rechtsgut des Lebens ein höherer abstrakter Rang als anderen Individualrechtsgütern zuzuordnen ist. Dieser Vorrang ergibt sich daraus, dass das Rechtsgut des Lebens die existenzielle Bedingung aller anderen Rechtsgüter darstellt. Mit dem Tod eines Menschen entfallen – von den umstrittenen Fallkonstellationen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes einmal abgesehen – die anderen Individualrechtsgüter dieses Menschen oder sie werden übertragen. Das Argument der existenziellen Bedingung trägt aber darüber hinaus einen Vorrang anderer Rechtsgüter nicht. Mit ihm lässt sich ein Vorrang der körperlichen und psychischen Integrität, der sexuellen Selbstbestimmung und der sexuell ungestörten Entwicklung vor der persönlichen Freiheit resp. Bewegungsfreiheit nicht begründen. Es ist auch nicht ersichtlich, mit welchen anderen Argumenten ein solcher Vorrang begründet oder die Vermutung der verfassungsrechtlichen Gleichwertigkeit umgestossen werden könnte.

Was den Miteinbezug des abstrakten Rangs in die Abwägung angeht, ist vorweg festzuhalten, dass dieser bei Konstellationen der echten Grundrechtskonkurrenz kein Kriterium zur Bestimmung der Frage darstellt, welches als das am zentralsten erscheinende Individualrechtsgut anzusehen ist, dessen Beeinträchtigung zuerst zu prüfen wäre.[155] Dennoch wären Beeinträchtigungen des Lebens einzustellen. Werden Beeinträchtigungen des Lebens als Abwägungsgegenstand auf der Seite des öffentlichen Interesses eingestellt, steht man vor dem Problem, dass das Ausmass der einzelnen Beeinträchtigung – deren Intensität und Dauer – nicht beurteilt werden kann. Die Intensität der Beeinträchtigung des Lebens ist weder ordinal noch kardinal auf einer Skala abstufbar. Es gibt weder eine leichte, mittlere oder schwere Intensität, noch eine numerisch ausdrückbare Intensität der Beeinträchtigung des Lebens. Zudem gibt es weder eine tiefe, mittlere

ellen Entwicklung von Kindern: BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2; bestätigt in BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.7.2 f.

155 Siehe hierzu oben, II.A.2.a.

oder hohe, noch eine numerisch ausdrückbare Dauer der Beeinträchtigung des Lebens. In Fallkonstellationen, in denen Beeinträchtigungen des Lebens drohen, sollte mit Blick auf die Konfundierung des Lebens und der körperlichen Integrität stets die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität als Abwägungsgegenstand eingestellt werden. Der höhere abstrakte Rang der Wertigkeit des Lebens sollte nicht über einen eigenen Abwägungsgegenstand im Sinne der Beeinträchtigungen des Lebens, oder einen Abwägungsparameter des höheren abstrakten Gewichts (der mit dem Ausmass zu verrechnen wäre), sondern über die maximale Bemessung der Intensität und Dauer (und damit des Ausmasses) der Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität in die Abwägung einfliessen. Dort markiert es das Maximum der Skalen.

3. Unvollständigkeit?

Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Bestimmung der Abwägungsparameter vollständig erfolgt. In der Lehre ist umstritten, ob die Prognoseunsicherheit als Abwägungsgesichtspunkt miteinzubeziehen ist. Ein Teil der Lehre bejaht diese Frage.[156] Ein anderer Teil der Lehre verneint sie und möchte sie stattdessen bei der Beurteilung der Frage nach dem Erreichen des Beweismasses nach erfolgter Beweiswürdigung im Rahmen der Tatsachenfeststellung berücksichtigen. Dies mit der Begründung, bei ihr handle es sich um das Mass, mit dem die Wahrscheinlichkeit (als Tatsache) nicht abschliessend feststehe.[157] Teilweise wird darauf hingewiesen, dass die für den Entscheid zuständige Behörde den Sachverhalt nur so weit zu ermitteln habe, dass ihm eine maximal mögliche Annäherung an die Wahrheit im Sinne der Berücksichtigung maximaler wissenschaftlicher Plausibilität zugrunde gelegt werden könne.[158] Darüber hinaus wird in der deutschen Lehre die Ansicht vertreten, dass die für den Entscheid zuständige Behörde nur eine pflichtgemässe aber keine wahre Prognose abzugeben habe, wobei ihr dabei ein weiter Ermessensspielraum zustehe.[159]

---

156 Im Prinzip wohl allgemein bei Abwägungen ebenfalls bejahend D'Avoine, 16; in der deutschen Lehre allgemein für die Abwägung bejahend: Alexy, Die Gewichtsformel, 785 und 789 (empirische Sicherheit der Annahmen über die Realisierung und Nichtrealisierung eines Prinzips durch die in Frage stehende Massnahme, wobei es aber dennoch nur um die Kollision von zwei Prinzipien gehe); Klatt Matthias, Abwägung im Erkenntnisvakuum, in: Bäcker Carsten (Hrsg.), Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff: Elemente einer diskursiven Theorie fundamentaler Rechte. Symposium zum 75. Geburtstag von Robert Alexy, Tübingen 2022, 287 ff.; Klatt/Schmidt, 545 ff.; spezifisch für das Massnahmenrecht: Coninx Anna, Das Strafparadigma der Gegenwart: Was bedeutet das alles, und wohin führt es?, recht 2019, 31; Urwyler et al., 713 und 746; Studer Rafael, Die Ungefährlichkeitsvermutung im Massnahmenrecht, Diss., Bern 2026, 78.

157 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 73 ff.

158 Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 132 f.

159 Ossenbühl, Masshalten mit dem Übermassverbot, 158 f.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Prognoseunsicherheit im Rahmen der Abwägung nicht zu berücksichtigen.[160] Zwar seien Prognosen naturgemäss unsicher und schwierig.[161] Die Unzulänglichkeit sei aber vor allem auf wissenschaftstheoretische Gründe zurückzuführen, die nicht wesentlich korrigiert werden könnten.[162] Jede Beurteilung bleibe zwangsläufig provisorisch, weil sie auf dem aktuellen Stand des Wissens beruhe. Staatliche Behörden hätten ihren Wissensstand deswegen fortlaufend zu erweitern. Dabei habe der Gesetzgeber allenfalls auch die Massnahmen anzupassen. Mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzugs stiegen die Anforderungen an die empirische Evidenz, auf der die Risikoabschätzung beruhe. Eine Massnahme könne nicht schon deshalb als unverhältnismässig betrachtet werden, weil sie bei besserer Kenntnis aus der Retrospektive allenfalls nicht als optimal erscheine. Andernfalls beginge die rechtsanwendende Behörde einen unzulässigen Rückschaufehler.[163]

Im Rahmen des vorliegenden Beitrags wird auf die Frage nach der (Un-)Vollständigkeit der Bestimmung der Abwägungsparameter aufgrund der Nichtberücksichtigung der Prognoseunsicherheit nicht näher eingegangen. Stattdessen verbleibt der Hinweis auf die geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung und die anhaltende Untersuchung der Frage nach der dogmatischen Verortung der Prognoseunsicherheit im Rahmen einer Doktorarbeit.[164]

C. Bestimmung der Regeln der Abwägung

Nachdem die Gegenstände, Parameter und Massstäbe der Abwägung bestimmt wurden, ist im dritten Schritt zu klären, nach welchen Regeln die Gewichtung und der Vergleich durchzuführen sind. Bei der Gewichtung handelt es sich um den schwierigsten Schritt der Abwägung.[165] In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass sie für das Ergebnis der Abwägung entscheidend sei.[166] Dennoch fehlen rechtliche Vorgaben oder eine Einigkeit[167] zur Bestimmung der strukturierenden Regeln. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen auf, dass die Abwägungsregeln, das bedeutet das Gewichtsverhältnis, der Ge-

160 Das ergibt sich *e contrario* aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.
161 Urteil des Bundesgerichts 6B_1051/2021 vom 3. März 2022 E. 3.3.4.
162 Urteil des Bundesgerichts 6B_1343/2017 vom 9. April 2018 E. 2.6.
163 BGE 147 I 450 E. 3.2.7.
164 Der Untersuchung dieser Frage widme ich mich im Rahmen meiner Doktorarbeit mit dem Arbeitstitel «Die Prognoseunsicherheit im Massnahmenrecht – Rechtsdogmatische Verortung zwischen Beweiswürdigung und Interessenabwägung».
165 RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 48.
166 Vgl. TSCHANNEN, Interessenabwägung, 120.
167 Vgl. SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 90.

wichtungsvorgang und die Gewichtungsschwellen 1. uneindeutig und uneinheitlich bestimmt sowie dabei 2. die Wertungsspielräume ausgeweitet werden.

1. Uneindeutigkeit

Der Abgleich mit dem Gewichtsverhältnis knüpft zwar an die bereits erfolgte Gewichtung der Abwägungsgegenstände an. Allerdings ist es aus didaktischen Gründen notwendig, das Gewichtsverhältnis davor zu behandeln.

a. Gewichtsverhältnis

Steht das Gewicht der einzelnen Abwägungsgegenstände auf jeder Seite der Abwägung fest, muss auf Basis einer Gegenüberstellung festgestellt werden, ob und gegebenenfalls inwiefern ein Gewicht das andere überwiegt und ob das für den Eintritt einer Rechtsfolge resp. die Feststellung einer Rechtsverletzung ausreicht.[168] Aus dem Überwiegen des Gewichts eines Abwägungsgegenstands folgt nicht zwingend die Unrechtmässigkeit des staatlichen Akts resp. die Feststellung einer Rechtsverletzung.[169] Entscheidend ist vielmehr die Frage, welches Verhältnis die Gewichte der Abwägungsgegenstände aufweisen müssen.[170] Regelmässig wird die Frage nach diesem Verhältnis in der Lehre im Zusammenhang mit der Frage nach der positiven oder negativen Ausformulierung der Funktion der Abwägung diskutiert.[171] Dabei wird darauf hingewiesen, dass sich diese zwei Fragen mit der Frage deckten, mit welcher Kognition und unter welchem Rügegrund eine Instanz die Abwägung der Vorinstanz überprüfe. Die Angemessenheit eines staatlichen Akts werde regelmässig vor der verwaltungsinternen Instanz, dem erstinstanzlichen Gericht und allenfalls auch dem zweitinstanzlichen Gericht überprüft. Ein *geringfügiges Missverhältnis* der Gewichte der Abwägungsgegenstände genüge hier, um von der Unangemessenheit des staatlichen Akts auszugehen.[172] Mit der positiv ausformulierten Funktion der Abwägung, die in der praktischen Konkordanz – im Sinne einer Optimierung der Abwägungsgegenstände in Relation zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten des Einzelfalls[173] – liege, dürfte

---

168 RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 49 und 76; in der deutschen Lehre: RIEHM, 11 f. und 16.

169 RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 36; siehe aber in der deutschen Lehre: WINDISCH, 89 und 99, wonach es sich bei der Abwägung als solcher nur noch um eine logische Trivialität handle und die Aufgabe der Abwägung unter Berücksichtigung des Abwägungsverhältnisses mit der Gewichtung eigentlich bereits erfüllt worden sei.

170 In der deutschen Lehre: HUBMANN, Die Methode der Abwägung, 190; WINDISCH, 99.

171 In der deutschen Lehre: POSCHER, 305.

172 Zum Ganzen RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 36 und 81.

173 DRUEY, 133 (Optimierung unter Beachtung aller Einzelheiten); SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 61 (Optimierungsfrage); TSCHANNEN, Interessenabwägung, 120 (Optimierung); in

dieses geringfügige Missverhältnis gemeint sein. Teilweise wird mit Blick auf die Herstellung eines solchen Optimums ein Verhältnis von eins zu eins vorausgesetzt (Parität).[174] In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die Angemessenheit vor Bundesgericht keinen Beschwerdegrund darstelle. Nur ein klares Missverhältnis (Unverhältnismässigkeit) oder ein grobes Missverhältnis (Willkür) der Gewichte der Abwägungsgegenstände führten im Rahmen der Rüge einer Rechtsverletzung zur Feststellung der Unrechtmässigkeit des vorinstanzlichen Akts.[175] Teilweise wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass ein klares Missverhältnis bei einer Abweichung auf einer triadisch-ordinalen Skala von einer Stufe (etwa schwer zu mittelschwer) und ein grobes Missverhältnis bei einer Abweichung von zwei Stufen (etwa schwer zu leicht) vorliege.[176] Andererseits wird vertreten, dass ein *offensichtliches* Missverhältnis bei ungefähr einem Verhältnis von eins zu neun vorliege.[177] Mit der positiv ausformulierten Funktion der Abwägung, die in der Herstellung eines vernünftigen, angemessenen, schonenden oder ausgewogenen sowie offensichtlichen Verhältnisses liege,[178] dürfte die Abwesenheit eines *klaren* Missverhältnisses gemeint sein.

---

der deutschen Lehre: Alexy, Die Gewichtsformel, 771 (Optimierungsgebote zur Herstellung einer hohen Realisierung unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten); Clérico, 20 (Optimierungsgebote zur Herstellung einer hohen Realisierung unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten); Gern, 469 (Optimale Wirksamkeit); Poscher, 305; Stern, 34; in der nicht deutschsprachigen Lehre: Webber, 194 (Optimization).

174 In der deutschen Lehre: Poscher, 305.

175 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 89; siehe zur Anforderung eines solchen Missverhältnisses: Biaggini, Art. 5, OFK BV, Rz. 21; ähnlich D'Avoine, 17 (nicht ausser Verhältnis zum angestrebten Zweck); Epiney, Art. 5, BSK BV, Rz. 70 m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (kein Missverhältnis); Macheret, 193 und 197 (pas être un préjudice démesuré/pas être excessive, disproportionnée); Häfelin et al., 97 (kein Missverhältnis); Häfelin/Müller/Uhlmann, 119 (nicht in einem Missverhältnis); Vontobel-Lareida, 58 (kein Missverhältnis); in der deutschen Lehre: Gentz, 1604 und 1606 (nicht offensichtlich ausser Verhältnis); Kloepfer, 336 (nicht ausser Verhältnis); Stern, 33 f.

176 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 81.

177 In der deutschen Lehre: Poscher, 306.

178 Bonnard Alexandre, Le principe de proportionnalité en droit public suisse, in: Stark Emil (Hrsg.), Recueil des travaux suisses présentés au Xe Congrès international de droit comparé, Basel 1979, 203; D'Avoine, 17 (angemessenes Verhältnis); Häfelin/Müller/Uhlmann, 125 (vernünftiges Verhältnis); Hunger Regula, Verhältnismässigkeit staatlicher Sanktionen, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2019, 96 (vernünftiges Verhältnis); Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 22 (angemessener, schonender Ausgleich), siehe aber 13 f.; Rütsche, Verhältnismässigkeitsprinzip, 1056, siehe aber 1057 (Massstab für vernünftiges Handeln); Vontobel-Lareida, 59 (vernünftiges Verhältnis); Zimmerli, 23 (vernünftige Relation); in der deutschen Lehre: Gern, 469 (ausgewogenes Verhältnis); Ossenbühl, Abwägung im Verfassungsrecht, 29 (angemessenes Verhältnis); Stern, 33 f.

Das Bundesgericht folgt bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Gewichten keiner einheitlichen Begriffsbestimmung. Es hält abstrakt in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art. 56 Abs. 2 StGB fest, dass die Gewichte *nicht unverhältnismässig* sein dürften.[179] Mit Blick hierauf konkretisiert es das Begriffspaar *nicht unverhältnismässig* einerseits dahingehend, dass die Gewichte zueinander in einem vertretbaren,[180] angemessenen[181] oder vernünftigen[182] Verhältnis stehen müssten (positive Ausformulierung der Funktion). Andererseits hält es fest, dass zwischen den Gewichten kein offensichtliches Missverhältnis bestehen dürfe (negative Ausformulierung der Funktion).[183] Damit bestimmt das Bundesgericht begrifflich uneinheitlich, welches Verhältnis zwischen den von ihm nominal eingestuften Gewichten vorliegen muss. Zudem bleibt unklar, welches Verhältnis genau vorausgesetzt wird. Die Optimierung im Sinne der Voraussetzung eines Verhältnisses der Gewichte von eins zu eins dürfte wohl nicht gemeint sein. Ein vertretbares, angemessenes oder vernünftiges Verhältnis resp. ein klares Missverhältnis dürfte hingegen bei *einem* Stufenunterschied auf der ordinalen Skala (etwa schwer zu mittelschwer) zu bejahen sein. Welches Verhältnis in numerischer Hinsicht vorausgesetzt wird, ist unklar, allerdings dürfte die Forderung eines Verhältnisses von eins zu neun überzogen sein. Stattdessen dürfte bereits bei einem Verhältnis von eins zu drei ein hinreichendes Missverhältnis vorliegen. Diese Konkretisierungen sind bei Anwendung eines ordinalen oder kardinalen Gewichtungsansatzes von Relevanz.

b. Gewichtungsvorgang

In der verfassungsrechtlichen Lehre macht ein erster Teil der Lehre die Gewichtung und/oder den Vergleich von der Voraussetzung abhängig, dass die

---

179 BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.2.2; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.3.

180 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.4; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.1; BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.2.2.

181 BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.1; BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 2.1; BGer 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020 E. 1.3.2; BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 E. 5.1.

182 BGer 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.5; BGer 6B_930/2018 vom 21. Januar 2019 E. 1.2.3; BGer 6B_699/2019 vom 16. Januar 2020 E. 2.3.2; BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4; BGer 6B_1187/2019 vom 7. Juli 2020 E. 1.2.2; BGer 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.3.5; BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.2.3; BGer 6B_77/2022 vom 23. November 2022 E. 3.1.1; BGer 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.3.3; BGer 6B_376/2024 vom 5. Juni 2024 E. 2.2.2; BGer 6B_464/2024 vom 13. August 2024 E. 3.3; BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2.

183 Exemplarisch BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2.

Abwägungsgegenstände ein gemeinsames Vergleichsdrittes – ein sog. *tertium comparationis* – aufwiesen, das sich anhand eines geeigneten Massstabs bestimmen lasse.[184] Dabei werden zahlreiche Eigenschaften genannt, die als mögliche Vergleichsdritte in Frage kommen könnten: die (soziale) Bedeutung, Nichterfüllung, Beeinträchtigung, Verwirklichung, Wichtigkeit (der Erfüllung), Schwere (des Eingriffs), Höhe, Stärke, Intensität, Betroffenheit, Schutzwürdigkeit, relative Werthaftigkeit, Qualität, das Berührtsein, Gewicht, Ausmass oder der (objektive) Wert und Nutzen.[185] Teilweise wird die Voraussetzung des gemeinsamen Vergleichsdritten mit dem Postulat präzisiert, bei ihm müsse es sich um eine kardinale Eigenschaft der Abwägungsgegenstände handeln, wobei allerdings Uneinigkeit darüber besteht, ob eine solche existiere[186] oder über Regeln, einen Wert oder ein Punktesystem konstruierbar sei.[187] Diejenigen, welche die Existenz einer kardinalen Eigenschaft verneinen, schluss-

---

184 DRUEY, 131, 142 und 148; vgl. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 34; TSCHANNEN, Interessenabwägung, 120 f.; in der deutschen Lehre: siehe CLÉRICO, 142; DECHSLING RAINER, Das Verhältnismässigkeitsgebot, Eine Bestandesaufnahme der Literatur zur Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns, München 1989, 13; HIRSCHBERG LOTHAR, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Habil., Göttingen 1981, 79; HUBMANN, Die Methode der Abwägung, 178 f.; vgl. OSSENBÜHL, Abwägung im Verfassungsrecht, 33 (zur Massstabsbedürftigkeit der Gewichtung, ohne ausdrückliche Anknüpfung an ein *tertium comparationis*); POSCHER, 289 und 297 f.; siehe QUISPE, 129; WINDISCH, 62 f.; in der nicht deutschsprachigen Lehre: ALEINIKOFF, 972 ff.; BARAK, 750; siehe SCHAUER FREDERICK, Commensurability and Its Constitutional Consequences, 45 Hastings L.J. 1994, 785; WEBBER, 194.

185 DRUEY, 138 und 154 f. (Schutzwürdigkeit); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 125 (Bedeutung und Gewicht); MACHERET, 197 (Bedeutung); MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 19 (Wichtigkeit, gesellschaftliche Bedeutung); RÜTSCHE, Zwischen Rationalität und Werturteil, 22, 48, 54, 59 und 66 (Betroffenheit, Beeinträchtigung oder Verwirklichung, Intensität); VONTOBEL-LAREIDA, 59 (Schwere des Eingriffs); in der deutschen Lehre: ALEXY, Die Gewichtsformel, 772 und 777 (Nichterfüllung, Beeinträchtigung und Wichtigkeit der Erfüllung, Intensität des Eingriffs); CLÉRICO, 147 (Gewicht); HUBMANN, Die Methode der Abwägung, 178 (Schutzwürdigkeit oder Bedeutung für die Rechtsfrage); KLOEPFER, 336 (Schwere und Gewicht); LARENZ, 240 und 244 (Berührtsein und Betroffensein); MÜLLER GEORG, 342 und 350 (objektiver Wert, Gewicht, Qualität, Ausmass, Höhe, Stärke) und 349 (Berührtsein); siehe die Übersicht bei SCHLINK, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, 445; POSCHER, 289 f. (relative Werthaftigkeit und Realisierungsgrade der Zweckerreichung sowie Rechtsbeeinträchtigung); WINDISCH, 95 (Wert); in der nicht deutschsprachigen Lehre: BARAK, 745 f., wonach mit dem Kriterium der sozialen Bedeutung der gesellschaftlichen Perspektive auf die Abwägungsgegenstände Ausdruck verliehen werden solle; SCHAUER, 788 (Nutzen).

186 Exemplarisch DRUEY, 131 ff., 142 ff. und 148, die Existenz einer kardinalen Eigenschaft im Sinne einer Messgrösse verneinend; in der deutschen Lehre: HUBMANN, Die Methode der Abwägung, 178 ff., die Existenz letztlich bejahend, weil die eigentlich nominale Eigenschaft der Schutzwürdigkeit und Bedeutung für die Rechtsfrage in ein quantitatives Mass übersetzt werden könne; die Voraussetzung eines kardinalen *Massstabs* bejahend: OSSENBÜHL, Abwägung im Verfassungsrecht, 33, wonach eine Saldierung stattzufinden habe.

187 KUNZ, 458; SEILER, Praktische Rechtsanwendung, 90 ff.

folgern daraus, dass die Abwägungsgegenstände inkommensurabel seien.[188] Deshalb könnten sie weder gegeneinander abgewogen noch miteinander verglichen werden.[189] Andererseits wird teilweise im Kern zwar die Ansicht geteilt, dass eine kardinale Eigenschaft nicht existiere. Allerdings wird dabei deren Existenz nicht als Voraussetzung für die Kommensurabilität der Abwägungsgegenstände angesehen.[190] Die Kommensurabilität bestehe schon allein deshalb, weil *normative* Eigenschaften existierten, namentlich die Bedeutung, Wichtigkeit, Beeinträchtigung und der Wert, die mithilfe normativer Massstäbe wie der Verfassung, den Interessen, Prinzipien und Rechtsgütern ordinal eingestuft und miteinander verglichen werden könnten.[191] Die Gewichtung der Abwägungsgegenstände könne dabei mittels einer strukturierten Argumentation und Rechtfertigung[192] anhand einer groben, ordinalen Skala – mit den Abstufungen *leicht*, *mittel oder schwer* – erfolgen.[193] Nur damit würde die Gewichtung intersubjektiv anerkannt.[194] Ein zweiter Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass die Abwägungsgegenstände lediglich schwach inkommensurabel seien und die Gewichtung und der Vergleich selbst bei einem fehlenden Vergleichsdritten etwa mittels (moralischer) Argumentation möglich sei.[195] In der nicht deutschsprachigen Lehre wird darauf hingewiesen, dass das Problem der Vergleichbarkeit nicht im Fehlen eines *tertium comparationis*, sondern im Fehlen einer Ableitung von Massstäben zur Umrechnung des Werts der Abwägungsgegenstände bestehe.[196] Zusammengefasst ist in der Lehre umstritten, ob ein *tertium comparationis* für die Gewichtung und den Vergleich vorauszusetzen ist, wobei zwischen einem kardinalen und einem ordinalen Ansatz unterschieden wird.

---

188 Exemplarisch Druey, 131 ff., 142 ff. und 148.

189 Druey, 131 ff., 142 ff. und 148; siehe in der nicht deutschsprachigen Lehre: Aleinikoff, 974 ff., wonach Gerichte das Fehlen einer Bewertungsskala überspielten, indem sie Kosten-Nutzen-Begriffe verwendeten, den Wert eines Abwägungsgegenstands minderten, blind Präjudizien folgten oder die Gewichtung der Abwägungsgegenstände nicht begründeten.

190 Wohl Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 34; wohl Tschannen, Interessenabwägung, 120; vgl. in der deutschen Lehre: Poscher, 309 ff.

191 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 21 ff.; in der deutschen Lehre: Alexy, Die Gewichtsformel, 781; Poscher, 309; Quispe, 129; Windisch, 62 f., wonach die Interessen über eine Umrechnungstabelle auf ein Einheitsmass zurückgeführt werden müssten, siehe aber 94, 98 und 99, wonach das Recht die Konkordanztabelle sei; Barak, 745 und 750.

192 Quispe, 134.

193 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 79; in der deutschen Lehre: Alexy, Die Gewichtsformel, 781.

194 Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 79; in der deutschen Lehre: Poscher, 292 und 309 ff.

195 In der nicht deutschsprachigen Lehre: Tsakyrakis, 473 f. m.H.a. Waldron Jeremy, Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer, 45 Hastings L.J. 1994; in der deutschen Lehre: Möller, 722.

196 Aleinikoff, 973.

Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung lassen sich anhand des Vorgehens und der Art sowie Tiefe der Gewichtungs- und Vergleichskontrolle resp. deren Begründung zwei Urteilsgruppen bilden: In den Urteilen der ersten Gruppe nimmt das Bundesgericht keine Gewichtung und keinen Vergleich im eigentlichen Sinne vor resp. es begründet zumindest keine solchen. Stattdessen stellt es mit rudimentären Ergänzungen fest, dass die vorinstanzliche Verhältnismässigkeitsprüfung vor Bundesrecht standhalte,[197] die Gefahr mit Blick auf das öffentliche Interesse die Freiheitsbeschränkung zu rechtfertigen vermöge beziehungsweise überschreite[198] oder keine hinreichende Reduktion der Prädiktoren oder Rückfallgefahr eingetreten sei.[199] In den Urteilen der zweiten Gruppe nimmt das Bundesgericht dementgegen eine Gewichtungs- und Vergleichskontrolle vor resp. begründet es diese ausführlicher. Dabei zählt es zwar mehrheitlich einen Grossteil der Abwägungsgesichtspunkte auf, gewichtet *diese* dann aber nur teilweise oder gar nicht anhand eines Massstabs sowie einer Skala und stellt – falls überhaupt – jeweils nur für eine Seite der Abwägung abschliessend auf derselben Ebene fest, wie schwer der betreffende Abwägungsgegenstand wiegt.[200] Nur in wenigen Urteilen der zweiten Gruppe hält das Bundesgericht abschliessend fest, wie schwer jeder Abwägungsgegenstand wiegt und welcher schlussendlich überwiegt.[201]

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht sowohl die Abwägungsgegenstände als auch die Abwägungsgesichtspunkte gewichtet.[202] Für die Gewichtung verwendet es dabei durchgehend ordinale Skalen. Das öffent-

---

197 Exemplarisch: BGer 6B_699/2019 vom 16. Januar 2020 E. 2.4; BGer 6B_115/2020 vom 30. April 2020 E. 2.4; BGer 6B_77/2022 vom 23. November 2022 E. 3.3.4 und E. 3.4; BGer 6B_464/2024 vom 13. August 2024 E. 4.4; vgl. BGer 6B_489/2010 vom 4. Oktober 2010 E. 3.5.

198 Exemplarisch: BGE 135 IV 139 E. 2.4.2 S. 144 f.; BGer 6B_951/2009 vom 26. Februar 2010 E. 3.4; BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 3.2; BGer 6B_376/2024 vom 5. Juni 2024 E. 2.4.4; umgekehrt aber vom Ansatz her dennoch ähnlich: BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.2; BGer 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020 E. 1.8.3.

199 Exemplarisch: BGer 6B_593/2012 vom 10. Juni 2013 E. 4.3; BGer 6B_822/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 4.3; BGer 6B_1070/2016 vom 23. Mai 2017 E. 2.4; BGer 6B_969/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.3.4; BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 1.2 und E. 2.2; BGer 6B_1187/2019 vom 7. Juli 2020 E. 1.4; BGer 6B_168/2021 vom 21. April 2021 E. 1.4.2.

200 Exemplarisch: BGer 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015 E. 4.2; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.1 ff.; BGer 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.5; BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.3; BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4; BGer 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.5.3; BGer 6B_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2.6.3; BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.7.1 f.; BGer 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.4.5; BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 E. 5.2.

201 Exemplarisch: BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.5 ff.; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.1.

202 Siehe oben, II.B.1.

liche Interesse resp. die Gefahr wird auf einer Skala von erheblich, eminent oder hoch eingeordnet.[203] Die Schwere der drohenden Straftaten wird auf einer Skala von relativ geringfügig oder geringfügig, über leicht, mittelschwer und schwer bis sehr schwer, massiv sowie gravierend eingeordnet.[204] Die Wertigkeit des bedrohten Rechtsguts wird auf einer Skala von bedeutend über wertvoll, hochwertig, bis am höchsten eingeordnet.[205] Die Wahrscheinlichkeit wird auf einer Skala von nicht unerheblich über moderat bis deutlich, erhöht,

---

203 BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.7.2 (erhebliche öffentliche Interessen) und 2.7.3 (eminentes öffentliches Interesse); BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.1 (hohes öffentliches Sicherungsinteresse).

204 BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.2: relativ geringfügige Delinquenz im unteren Bereich (Tätlichkeiten, einfache Körperverletzungen, Drohung, Nötigung); BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4.3: im unteren Bereich, aber nicht zu bagatellisieren (Verurteilung wegen Tätlichkeiten, mehrfachen, mit besonderer Gefährlichkeit begangenen, qualifizierten Raubes, Raubes, mehrfachen Diebstahls, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs, Diebstahls, Erpressung, Freiheitsberaubung, Hinderung einer Amtshandlung, mehrfacher Nötigung, Drohung und Widerhandlung gegen das Waffengesetz); BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2: im unteren Bereich, also mittelschwer, aber Möglichkeit der schweren körperlichen Schädigung des Opfers (mehrfach versuchte schwere Körperverletzung, Gewalt und Drohung gegen Beamte); BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.5: im unteren bis mittleren Bereich der Skala des Schweregrads von Straftaten (körperliche Übergriffe); BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.3: nicht geringfügig (einfache Körperverletzung); BGer 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.5: nicht schwer (Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, Drohung und mehrfaches Vergehen gegen das Waffengesetz); BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.3.1: leicht bis mittelschwer (Straftaten nach Art. 187 StGB); BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6: schwere Straftaten, mässig schwer und im unteren Bereich des erforderlichen Tatschweregrads (Straftaten nach Art. 187 StGB); BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.7.2: schwere Straftaten (mehrfache versuchte, teilweise qualifizierte Vergewaltigung, mehrfach versuchte und vollendete, teilweise qualifizierte sexuellen Nötigung sowie mehrfache versuchte Nötigung); BGer 6B_1070/2016 vom 23. Mai 2017 E. 2.4: schwere Straftaten (einfache Körperverletzung, Gewalt und Drohung gegen Beamte); BGer 6B_168/2021 vom 21. April 2021 E. 1.4.2: schwere Gewaltdelikte (Mord und weitere Delikte); BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.1: schwere Gewaltstraftaten (Mord und weitere Delikte); BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.4: schwerwiegende Gewaltdelikte (Freiheitsberaubung, Körperverletzung, Gefährdung des Lebens); BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.3.3: besonders schwere Straftaten (Oralverkehr); BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.1: schwere, gravierende Straftaten (mehrfache sexuelle Handlungen und Nötigungen gegenüber Kindern mit Oralverkehr); BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.6: sehr schwer/massiv (sexuelle Handlungen mit Kindern); BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5: gravierende oder erhebliche Gewaltdelikte (Freiheitsberaubung, Körperverletzungen, Gefährdung des Lebens).

205 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6 und E. 4.4.7; BGer 6B_593/2012 vom 10. Juni 2013 E. 4.3; BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.2; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.2; BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2; BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.7.2; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.4.

überdurchschnittlich, stark erhöht bis hoch und sehr hoch eingeordnet.[206] Der Eingriff in die Freiheitsrechte wird auf einer Skala von empfindlich, einschneidend, erheblich, über äusserst schwer, sehr schwer bis hin zu massiv eingeordnet.[207] Die Dauer des Freiheitsentzugs wird auf einer Skala von relativ kurz, über lang, sehr lang, ausgesprochen lang bis aussergewöhnlich lang eingeordnet.[208] Die Anzahl der drohenden Beeinträchtigungen resp. der bedrohten Individualrechtsgüter wird in keinem Urteil anhand eines Massstabs über eine Skala eingeordnet. Stattdessen wird implizit von einer unbestimmten Anzahl potenzieller Opfer resp. einer unbestimmten Pluralität ausgegangen.[209]

---

206 BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.2 und E. 2.4.2: deutlich bis sehr hoch (Gutachten) oder moderat bis deutlich (normativ); BGer 6B_593/2012 vom 10. Juni 2013 E. 4.3: deutlich; BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 E. 2.7.2: deutlich überdurchschnittlich bis deutlich erhöht; BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 4.2: überdurchschnittlich; BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.2: nicht unerheblich; BGer 6B_779/2022 vom 29. November 2022 E. 6.4.5: nicht unbeachtlich, im Gutachten als sehr hoch beschrieben und mit Prozentangaben versehen, von 29,6% bei Gewaltdelikten und 50,4% bei Nichtgewaltdelikten; BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2: erheblich; BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5: moderat oder hoch; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2: moderat bis deutlich; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.1: moderat bis deutlich; BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.4: erhöht; BGer 6B_1070/2016 vom 23. Mai 2017 E. 2.3: stark erhöht; BGer 6B_969/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2.2 f. und 2.3.2 f.: deutlich bis sehr hoch resp. ausgeprägt; BGer 6B_458/2020 vom 23. Juni 2020 E. 1.5: hoch; BGer 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.5.3: erheblich und hoch; BGer 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.5: hoch und deutlich erhöht; BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 E. 1.2: hoch (aus dem Gutachten übernommen); BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 E. 5.2: hoch; BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2: hoch; BGer 6B_822/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 4.3: hoch.

207 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.5 (äusserst schwer); BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.1 (sehr schwer); BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.6 (sehr schwer und einschneidend); BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.3 (schwer); BGer 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020 E. 1.8.3 (empfindlich); BGer 6B_168/2021 vom 21. April 2021 E. 1.4.3 (massiv); BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.1 (besonders schwer); BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.4 (erheblich).

208 BGer 6B_1070/2016 vom 23. Mai 2017 E. 2.4: relativ kurz (6,5 Jahre); BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.2: lang (11 Jahre); BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.3.2: lang (19 Jahre); BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5: sehr lang (14 Jahre); BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.1: mit Blick auf die Schwere der relativ geringfügigen Delinquenz sehr lang (3 Jahre und 4 Monate); BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.2: äusserst lang (21 Jahre); BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.2: sehr lang (37 Jahre); BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.4: ausgesprochen lang (24 Jahre); BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.5: aussergewöhnlich lang (20 Jahre); BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.4.2: aussergewöhnlich lang (21 Jahre).

209 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6: die einmalige Anwendung körperlicher Gewalt war laut Gutachten singulär; BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5: Anspruch potenzieller Opfer auf Schutz (Anzahl unbestimmt); BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2: Vielzahl sexueller Übergriffe (Anzahl unbestimmt); BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.4: Anspruch möglicher Opfer (Anzahl unbestimmt).

Das Bundesgericht setzt sich mit der in der Lehre geführten Diskussion nicht auseinander und definiert in keinem Urteil, ob es für die Gewichtung und den Vergleich ein *tertium comparationis* der Abwägungsgegenstände voraussetzt und gegebenenfalls, was es als solches ansieht sowie welche Anforderungen es an dieses stellt. Bei der ordinalen Skalierung der Abwägungsgegenstände und Abwägungsgesichtspunkte formuliert es die nominalen Begriffe, mit denen die Bereiche und Schwellen der Skalen bezeichnet werden, nicht einheitlich positiv oder negativ aus. Zudem weichen die Bereiche und Schwellen der Skalen über die Abwägungsgegenstände und Abwägungsgesichtspunkte in ihrer Anzahl und ihrer Umschreibung voneinander ab. Sodann ist unklar, in welcher Reihenfolge die nominalen Begriffe der einzelnen Skalen zu bringen sind. Die hier wiedergegebene Reihenfolge wurde anhand der in den Urteilen verwendeten Adjektive selbst gebildet. Im Weiteren definiert das Bundesgericht die Bereiche und Schwellen der Skalen nicht abschliessend, womit unklar bleibt, bei welcher Tatsachenlage auf den Skalen die Bereiche resp. Schwellen erreicht werden. Schliesslich verwendet das Bundesgericht teilweise dieselben nominalen Begriffe zur Einordnung unterschiedlicher Tatsachenlagen. Aus der durchgehend ordinalen Skalierung ergibt sich, dass das Bundesgericht im Prinzip einem ordinalen Gewichtungsansatz folgt.

Es bedarf klarer Regeln, mit denen festgelegt wird, ob ein Vergleichsdrittes vorauszusetzen ist, was das Vergleichsdritte ist, welche Anforderungen an es zu stellen sind und wie es anhand der Abwägungsparameter zu bestimmen ist. Mit dem *Gewicht* der Beeinträchtigung(en) eines Individualrechtsguts stünde ein *tertium comparationis* zur Verfügung. Weil der abstrakte Rang der in Frage stehenden Individualrechtsgüter derselbe ist,[210] wird die Kommensurabilität der Abwägungsgegenstände durch die Variabilität ihrer Bezugsgegenstände nicht in Frage gestellt. Das *Gewicht* der Beeinträchtigung(en) eines Individualrechtsguts kann anhand der vier Abwägungsparameter – Intensität, Dauer, Wahrscheinlichkeit und Anzahl – beurteilt werden. Diese Abwägungsparameter können wiederum anhand der bereits genannten Massstäbe eingeordnet werden.[211] Das Gewicht der Beeinträchtigung(en) eines Individualrechtsguts ist allerdings nur eine Metapher. Es handelt sich dabei nicht im physikalischen Sinne um das Gewicht, das sich aus dem Produkt der Masse und der Anziehungskraft zum Erdmittelpunkt zusammensetzt. Bei dieser Ausgangslage ist fraglich, nach welchem Ansatz das *Gewicht* der Beeinträchtigung(en) eines Individualrechtsguts ermittelt werden kann. Dafür sind drei Ansätze näher zu betrachten.

---

210 Siehe hierzu oben, II.B.2.b.

211 Siehe hierzu oben, II.B.1.

Der kardinale Ansatz bestünde darin, die kardinalen Abwägungsparameter zum Gewicht des Abwägungsgegenstands zu aggregieren. Die vier Abwägungsparameter könnten hierzu multiplikativ miteinander verknüpft werden, worin allerdings eine normative Wertung läge. Das Gewicht des Abwägungsgegenstands stellte dann das Produkt der vier Abwägungsparameter dar: Intensität mal Dauer mal Anzahl mal Wahrscheinlichkeit. Käme einem dieser Abwägungsparameter der Wert 0 zu, betrüge auch das Produkt und damit das Gewicht des Abwägungsgegenstands einen Wert von 0. Stünde das Produkt für beide Abwägungsgegenstände fest, könnte der Quotient aus den Produkten numerisch festgelegt und mit dem Gewichtsverhältnis abgeglichen werden. Die Schwelle für eine Fortführung des Freiheitsentzugs ergäbe sich beim kardinalen Ansatz aus der Aggregation und dem Vergleich der aggregierten Gewichte der Abwägungsgegenstände unter Berücksichtigung des jeweils geltenden Gewichtsverhältnisses. Der kardinale Ansatz bietet den Vorteil, dass mit ihm das Verhältnis zwischen den Abwägungsparametern über die Multiplikationsregel am präzisesten zum Ausdruck gebracht werden kann. Sein Nachteil liegt allerdings darin, dass er nur dort anwendbar ist, wo alle Abwägungsparameter eine kardinale Natur aufweisen. Von den vier Abwägungsparametern liessen sich die Dauer, Wahrscheinlichkeit und Anzahl miteinander multiplizieren. Dementgegen ist die Intensität der Beeinträchtigung ordinaler Natur. Hier stösst man also auf ein Verrechnungsproblem. Wollte man die Intensität in die Rechnung einstellen, müsste man ihr über ein Punktesystem einen numerischen Wert zuweisen. Je nach Zuweisung würde das dann aber zu abweichenden Produkten und Abwägungsergebnissen führen. Ob eine Metrisierung der Intensität unter der Bedingung der nachfolgenden Multiplikation überhaupt möglich und sinnvoll ist, bedürfte einer vertieften Untersuchung. Der kardinale Ansatz ist bei dieser Ausgangslage nicht weiter zu verfolgen. Aus ihm lassen sich aber Erkenntnisse für das Verhältnis der Abwägungsparameter untereinander gewinnen.

Der ordinale Ansatz bestünde darin, die kardinalen Abwägungsparameter in ordinale umzuwandeln. Damit würden alle vier Abwägungsparameter ordinal abgebildet. Diesem Ansatz dürfte prinzipiell das Bundesgericht folgen. Wollte man den ordinalen Ansatz anwenden, müsste klar und einheitlich bestimmt werden, wo die Schwellen resp. Bereiche auf den Skalen verlaufen und welche Tatsachen welchen Schwellen resp. Bereichen zuzuordnen sind. Es müsste beispielsweise bestimmt werden, ab welcher Ausprägung die Wahrscheinlichkeit als «leicht», «mittel» oder «schwer» einzustufen ist. Zudem müsste klar und einheitlich bestimmt werden, ob man einer triadischen Skala folgt oder einer anderen. Stünden die Zuordnungen anhand einer ordinalen Skala fest, müssten die im Einzelfall erfolgten Einordnungen wiederum ordinal über eine Regel zum Gewicht der Abwägungsgegenstände zusammengeführt werden.

Mit dieser Regel müsste bestimmt werden, in welchem Verhältnis die Abwägungsparameter zueinanderstehen. Die Einordnung des Gewichts des Abwägungsgegenstands könnte dann wiederum ordinal über eine Skala angegeben werden. Der Vorteil des ordinalen Ansatzes besteht darin, dass sämtliche Abwägungsparameter – auch die kardinalen – über ordinale Skalen erfasst werden können. Sein Nachteil liegt allerdings darin, dass das Verhältnis zwischen den Abwägungsparametern nicht über eine Multiplikation erfasst werden kann und die Tatsachen, bei denen unter Berücksichtigung des Gewichtsverhältnisses eine Fortführung des Freiheitsentzugs zu erfolgen hat, mit den ordinalen Begriffen verdeckt werden können. Damit bleibt für die Gewichtung der ordinale Ansatz bestehen. Dem letztgenannten Nachteil könnte damit begegnet werden, dass die Skalierung gegenüber Drittpersonen offengelegt und die Tatsachen klar ausgewiesen werden.

Dennoch stellt sich die Frage, ob es einen anderen Ansatz gibt, der dem ordinalen Ansatz vorzuziehen ist. Als solcher erscheint der Schwellenansatz. Es ist möglich, auf eine kardinale oder ordinale Aggregation der Abwägungsparameter zum Gewicht der Beeinträchtigung(en) zu verzichten und stattdessen normativ für jeden Abwägungsparameter separat auf seiner jeweiligen kardinalen oder ordinalen Skala eine disjunktive Schwelle oder stattdessen konjunktive Schwellen zu definieren, mit deren Über- oder Unterschreitung vom Überwiegen resp. dem Bestehen eines hinreichenden Gewichtsverhältnisses zwischen den Abwägungsgegenständen auszugehen ist. Jeder Abwägungsparameter würde auf seiner kardinalen oder ordinalen Skala anhand der Tatsachen auf die Erreichung eines solchen Schwellenwerts überprüft. Der Schwellenansatz weist zwar denselben Nachteil wie der ordinale Ansatz auf, nämlich dass das Verhältnis der Abwägungsparameter nicht über eine Multiplikation erfasst werden kann. Zudem weist er den Nachteil auf, dass ein Defizit bei einem Abwägungsparameter nicht durch einen Überschuss bei einem anderen Abwägungsparameter numerisch aufgewogen werden könnte. Diesem zweiten Nachteil könnte aber mit der Einführung von Regeln begegnet werden, wonach ein Defizit bei einem Abwägungsparameter durch ein Mehr bei einem anderen Abwägungsparameter nominal kompensiert wird. Das Bundesgericht verfährt selbst nach einer solchen Regel, wobei es diese mit einer zweiten Regel einschränkt, worauf noch einzugehen ist. Der Schwellenansatz weist im Gegensatz zum ordinalen Ansatz den Vorteil auf, dass bei den kardinalen Abwägungsparametern die Tatsachen nicht durch eine ordinale Umwandlung verdeckt werden können, womit die Schwellen, bei denen eine Fortführung des Freiheitsentzugs zu ergehen hat, durch Drittpersonen ohne weitere Hinweise nachvollzogen werden können. Zudem könnte mit dem Schwellenansatz der dynamischen Entwicklung der unter die Abwägungsparameter zu subsumierenden Tatsachen Rechnung getragen werden. Weil auf der Seite des

privaten Interesses zwei von vier Abwägungsparameter konstant gleich hoch bleiben dürften (Wahrscheinlichkeit und Anzahl), könnte in Abhängigkeit von der Veränderung der dynamischen Abwägungsparameter der Intensität und Dauer gestaffelte Schwellen für die Abwägungsparameter auf der Seite des öffentlichen Interesses definiert werden. Damit ist abschliessend festzuhalten, dass für die Gewichtung und den Vergleich nicht dem ordinalen Ansatz, sondern dem Schwellenansatz gefolgt werden sollte, womit die Gewichtung und der Vergleich durch eine normative, argumentative Schwellensetzung ersetzt werden. Damit wäre das Gewicht der Abwägungsgegenstände nicht das *tertium comparationis*, sondern lediglich das verbindende Element zwischen dem Gewichtsverhältnis, den Abwägungsgegenständen und den Abwägungsparametern.

c. Gewichtungsschwellen

Im Bereich des Massnahmenrechts verwendet ein Teil der Lehre den Begriff der *Rückfallgefahr*. Mit der Rückfallgefahr wird dort die normative Voraussetzung bezeichnet, ab der ein Rückfallrisiko in quantitativer und qualitativer Hinsicht in einem gewissen Zeitrahmen das vertretbare Restrisiko überschreitet, damit eine Rechtsfolge wie die Fortführung des Freiheitsentzugs ergeht.[212] Bei der Frage, wo die Schwelle(n) zur Rückfallgefahr zu verorten sind und ob sie überschritten werden, handelt es sich um eine Rechtsfrage.[213] Der Begriff der Rückfallgefahr muss vom Begriff des Rückfallrisikos abgegrenzt werden.[214] Das Rückfallrisiko stellt die Wahrscheinlichkeit dar, mit der ein Rückfall einer gewissen Schwere in einem gewissen Zeitraum nach der Nichtfortführung des Freiheitsentzugs auftreten wird.[215] Bei der Frage nach dem Rückfallrisiko handelt es sich um eine Tatfrage.[216] Für die Ermittlung des Rückfallrisikos haben die für den Entscheid zuständigen Behörden aufgrund des ihnen fehlenden Sachverstands eine sachverständige Person beizuziehen.[217] Das gilt bei frei-

---

212 Exemplarisch: Noll Thomas, Rückfallgefahr bei Gewalt- und Sexualstraftätern, Statistisches Risk Assessment, 2. A., Bern 2012, 28; Studer, Thesen zur Ungefährlichkeitsvermutung, 3 f.; Urwyler et al., 145 f.

213 Exemplarisch: Urwyler et al., 145.

214 Siehe Häfelin/Müller/Uhlmann, 120, wonach die Verhältnismässigkeitsprüfung vom rechtlichen und tatsächlichen Umfeld abhängig sei.

215 Exemplarisch: Noll, 28; Studer, Thesen zur Ungefährlichkeitsvermutung, 3 f.; Urwyler et al., 145.

216 Urwyler et al., 145.

217 Siehe beispielsweise Art. 56 Abs. 3 StGB, Art. 62d Abs. 2 StGB und Art. 182 ff. StPO; grundlegend zum Beizug einer sachverständigen Person: Hofstetter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip, 170; Müller Markus, Überforderung im öffentlichen Recht?, ZBJV 2010, 360; Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 44 f., wonach der Beizug insb. zur Beurteilung der Wirkungsweise einer Massnahme notwendig sei.

heitsentziehenden Massnahmen zumindest für die auf Gesuch hin oder von Amtes wegen eingeleiteten, jährlichen Überprüfung des Vollzugs der therapeutischen Behandlung nach Art. 62d Abs. 2 StGB und der ordentlichen Verwahrung nach Art. 64b Abs. 2 lit. b StGB.

Das Bundesgericht setzt zusätzlich zum bereits genannten Vorgehen – der ordinalen Einordnung der Abwägungsgesichtspunkte anhand gewisser Massstäbe und Zusammenführung zu einem ordinalen Gesamtgewicht – erstens eine disjunktive Mindestschwelle für die Schwere der drohenden Delikte fest, deren Unterschreitung die Fortführung ausschliesst. Diesbezüglich hält es fest, dass nur die Gefahr *relativ schwerer Delikte* eine Fortführung des Freiheitsentzugs rechtfertigen könne.[218] Unter den Begriff der relativ schweren Delikte seien etwa auch schon sich wiederholende, einfache Körperverletzungen[219] oder vor dem Hintergrund der psychischen Störung des Betroffenen Drohungen in Kombination mit Widerhandlungen gegen das WG und BetmG,[220] zu subsumieren. Dementgegen erfasse dieser Begriff etwa den Grossteil der unter Art. 187 StGB fallenden Handlungen nicht.[221] Zweitens formuliert das Bundesgericht drei Regeln. Die erste Regel betrifft nur die Seite des öffentlichen Interesses und dort wiederum nur das Verhältnis zwischen der Art und Schwere drohender Delikte einerseits sowie der Wahrscheinlichkeit andererseits: Gemäss dem Bundesgericht kann die Wahrscheinlichkeit desto geringer sein, je schwerer die Delikte wiegen und umgekehrt.[222] Die zweite Regel betrifft ebenfalls nur die Seite des öffentlichen Interesses, dort aber das Verhältnis zwischen der Art und Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter einerseits und der Wahrscheinlichkeit sowie Art und Schwere drohender Delikte andererseits: Gemäss dem Bundesgericht kann das Rückfallrisiko desto geringer sein, je höherwertiger die gefährdeten Rechtsgüter sind und umgekehrt.[223] Die dritte Regel betrifft hingegen nicht nur die Seite des öffentlichen Interesses, sondern wirkt über die Seiten der Abwägung hinweg: Gemäss dem Bundesgericht gewinnt der Freiheitsanspruch der eingewiesenen Person auf der Seite des privaten Interesses bei langandauernder Unterbrin-

218 BGE 135 IV 139 E. 2.4 und BGer 6B_838/2008 vom 8. Januar 2009 E. 2.4; BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 E. 5.1.

219 BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 E. 3.3.

220 BGer 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.3.3.

221 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.3.1 ff.; siehe zudem BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5 und BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.6.

222 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.3; BGer 6B_1147/2018 vom 25. März 2019 E. 2.3; BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 E. 2.4; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.3.2.

223 BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2; BGer 6B_593/2012 vom 10. Juni 2013 E. 3; BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 3.3; BGer 6B_172/2017 vom 16. November 2017 E. 1.1.1; BGer 6B_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2.3.

gung zunehmend an Gewicht.[224] Je länger ein Freiheitsentzug dauere, umso strengere Anforderungen seien an die Art und Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten auf der Seite des öffentlichen Interesses zu stellen.[225] Mit zunehmender Vollzugsdauer könne die Schwere der drohenden Straftaten, welche die Anordnung gerechtfertigt habe, nicht mehr ausreichen, um eine Fortführung zu rechtfertigen. Bei der Gewichtung sei allerdings ein strenger Massstab anzusetzen.[226] Eine stationäre therapeutische Massnahme von mittlerweile mehrjähriger Dauer dürfe nicht unbesehen fortgeführt werden, wenn lediglich die Gefahr von Straftaten drohe, welche die öffentliche Sicherheit nicht in schwerer Weise zu gefährden vermöchten. Vielmehr sei erforderlich, dass die nahe Gefahr resp. das ernsthafte Risiko schwerwiegender Delinquenz vorliege. Es reichten nur die nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit der Begehung von weiteren gravierenden Straftaten und die Beeinträchtigung bedeutender resp. hochwertiger Rechtsgüter aus, um einen weiteren Freiheitsentzug zu rechtfertigen.[227]

Das Bundesgericht relativiert allerdings die Relevanz der dritten Regeln, indem es wiederum eine disjunktive Schwelle einsetzt, ab deren Überschreiten eine Fortführung des Freiheitsentzugs zu erfolgen hat: Der Einfluss des gewichtiger werdenden Freiheitsanspruchs stosse dort an die Grenzen, wo es nach Art und Mass der drohenden Gefahren für die Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit nicht mehr vertretbar erscheine, den Massnahmeunterworfenen bedingt in die Freiheit zu entlassen.[228] Erreiche die Gefährlichkeit einen Grad, der im Fall der Unbehandelbarkeit eine Verwahrung rechtfertigen könne, sei das Kriterium der Dauer des Freiheitsentzugs irrelevant resp. nur von beschränkter Tragweite.[229] Damit werde offensichtlich, dass bei der Abwägung

---

224 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.2; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.3; BGer 6B_930/2018 vom 21. Januar 2019 E. 1.2.3; BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.2.2; BGer 6B_699/2019 vom 16. Januar 2020 E. 2.3.2; BGer 6B_115/2020 vom 30. April 2020 E. 2.3; BGer 6B_1187/2019 vom 7. Juli 2020 E. 1.2.2; BGer 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.3.5; BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 E. 3.4.3; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.2.2; BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2.

225 BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.3; BGer 6B_347/2018 vom 28. Juni 2018 E. 4.1.3; BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.2.2; BGer 6B_115/2020 vom 30. April 2020 E. 2.3.

226 BGer 6B_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2.3.

227 BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.

228 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.4; BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2.2; BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 3.3; BGer 6B_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2.3; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.2.2; BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2.

229 BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2; BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.2.2; BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 E. 4.1.2.

durch den Gesetzgeber das Recht des Täters auf persönliche Freiheit, bei einer für eine Anordnung der Verwahrung hinreichenden Gefährlichkeit, keinen Vorrang vor dem öffentlichen Interesse an der Sicherheit habe.[230] Die Verhältnismässigkeit der Verwahrung sei so lange zu bejahen, wie sich die seit der Anordnung bestehenden Risikofaktoren nicht massgeblich verändert hätten.[231]

Unter den 46 untersuchten Urteilen lassen sich mit BGer 6B_109/2013 und BGer 6B_798/2014 insgesamt zwei Urteile finden, in denen eine Entlassung aus dem Freiheitsentzug erging (Erfolgsquote = ca. 4,35%). Weil die Dauer des Freiheitsentzugs nicht in allen Urteilen explizit ausgewiesen wurde, mussten sie teilweise ausgehend von den Ausführungen zum Sachverhalt und zur Prozessgeschichte eigenständig berechnet werden. Zudem wurde entsprechend der inkonsistenten Rechtsprechung des Bundesgerichts uneinheitlich entweder auf den bisher erlittenen Freiheitsentzug oder den erlittenen Freiheitsentzug plus denjenigen Anteil, um den verlängert wird, abgestellt. In sieben der 46 Urteile, denen Fälle mit einer Vollzugsdauer von über 20 Jahren bis hin zu 37 Jahren zugrunde lagen, erging keine Entlassung. In fünf dieser sieben Urteile war von einer hohen resp. erhöhten Wahrscheinlichkeit der Begehung von Straftaten gegen Leib, Leben oder die sexuelle Selbstbestimmung auszugehen.[232] In den anderen beiden Urteilen lag eine moderate bis deutliche Wahrscheinlichkeit der Begehung von Delikten gegen ebensolche Rechtsgüter vor.[233] In den 12 Urteilen, denen Fälle mit einer Vollzugsdauer von über zehn bis hin zu 20 Jahren zugrunde lagen, erging mit BGer 6B_109/2013 eine bedingte Entlassung. Sie wurde damit begründet, dass trotz (sehr) hohen Rückfallrisikos die Schwere der drohenden, sexuellen Handlungen mit Kindern ohne höhergradige Integritätsverletzung im unteren Bereich des erforderlichen Schweregrads liege und der Betroffene ein hohes Alter aufweise, wobei

230 BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2.

231 BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 E. 3.5.

232 BGer 6B_1155/2017 vom 1. Dezember 2017 (über 30 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität und Freiheit; keine über Hafturlaube hinausgehenden Lockerungen; Art. 64 StGB); BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 (über 20 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen das Leben, die körperliche Integrität und sexuelle Integrität; bestehende Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 (22 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Integrität; Art. 64 StGB); BGer 6B_1068/2022 vom 8. Februar 2023 (über 21 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität; keine Vollzugslockerungen; Art. 64 StGB); BGer 6B_1500/2022 vom 9. Februar 2023 (24 Jahre; erhöhte Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen Leben, Leib und Freiheit; keine Vollzugslockerungen; Art. 64 StGB).

233 BGer 6B_168/2021 vom 21. April 2021 (über 30 Jahre; moderate bis deutliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen Leben, Leib und weitere; bestehende Vollzugslockerungen; Art. 64 StGB); BGer 7B_356/2023 vom 20. September 2023 (37 Jahre; moderate bis deutliche Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen Leben und Leib; kein offenes Setting; Art. 64 StGB).

es ihm nicht möglich sei, den Vollzug für die Therapie zu nutzen.[234] In acht der verbleibenden 11 dieser 12 Urteile war von einer hohen Wahrscheinlichkeit für die Begehung von Delikten gegen Leib, Leben, die sexuelle Selbstbestimmung oder die ungestörte Entwicklung der sexuellen Integrität auszugehen.[235] In den drei übrigen Fällen lag eine nicht hohe Wahrscheinlichkeit – moderat bis deutlich, mittel – für die Begehung von Straftaten vor, die sich gegen Leib und Leben richteten.[236] In einem dieser drei übrigen Urteile, BGer 6B_150/2019, erging ebenfalls keine bedingte Entlassung, obwohl bei einer Vollzugsdauer von ca. 14 Jahren aber doppelbegleiteten Ausgängen nur noch eine moderate bis deutliche Wahrscheinlichkeit für Straftaten im unteren Bereich des für die Verwahrung erforderlichen Tatschweregrades vorlag.[237] In den 13 Urteilen, in welchen von einer Vollzugsdauer von fünf bis 10 Jahren und drohenden Straftaten gegen Leib, Leben oder die sexuelle Selbstbestimmung auszugehen war, erging ebenfalls keine bedingte Entlassung. In neun dieser Urteile war von einer hohen, erheblichen oder hinreichenden Wahrscheinlichkeit,[238]

---

234 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4, insb. E. 4.1.2 und E. 4.4.5 ff. (knapp 20 Jahre; hohe/sehr hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern; keine Nutzung des Vollzugs für die Therapie; Art. 64 StGB).

235 BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 (knapp 20 Jahre; überdurchschnittlich/hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Integrität; Normalvollzug; Art. 64 StGB); BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 (11 Jahre; deutliche bis sehr hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die ungestörte sexuelle Entwicklung; schleppender Vollzugsverlauf; Art. 59 StGB); BGer 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 (ca. 13 Jahre; erhebliche/hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern; Vollzugslockerungen unklar; Art. 59 StGB); BGer 6B_930/2018 vom 21. Januar 2019 (14 bis 17 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen Leib, körperliche Integrität und Freiheit; keine Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_823/2018 vom 12. September 2018 (22 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Integrität; Vollzugslockerungen unklar; Art. 64 StGB); BGer 6B_124/2021 vom 24. März 2021 (14 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern; keine Vollzugslockerungen; Art. 64 StGB); BGer 6B_1190/2021 vom 28. März 2022 (20 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung; offenes Setting; Art. 59 StGB); BGer 7B_676/2024 vom 27. August 2024 (19 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung; Vollzugslockerungen unklar; Art. 64 StGB).

236 BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 6.5 (knapp 14 Jahre; moderate bis deutliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen Leben, Leib und Freiheit; Vollzugslockerungen unklar; Art. 64 StGB); BGer 6B_347/2018 vom 28. Juni 2018 (17 Jahre; mittlere Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen das Leben, die körperliche Integrität und sexuelle Integrität; Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 (ca. 14,5 Jahre; moderate Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die Freiheit; Vollzugslockerungen von wenigen doppelbegleiteten Ausgängen; Art. 64 StGB).

237 BGer 6B_150/2019 vom 19. Juni 2019 (ca. 14,5 Jahre; moderate Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die Freiheit; Vollzugslockerungen von wenigen doppelbegleiteten Ausgängen; Art. 64 StGB).

238 BGer 6B_796/2009 vom 25. Januar 2010 (ca. 7,5 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen die körperliche Integrität; keine Lockerungen; Art. 64 StGB); BGer 6B_489/2010 vom

in einem von einer moderaten bis deutlichen Wahrscheinlichkeit[239] und in zwei Urteilen von einer unbeträchtlichen Wahrscheinlichkeit[240] auszugehen. In einem Urteil wurde die Wahrscheinlichkeit nicht klar ausgewiesen.[241] In den 14 Urteilen, in denen Vollzugsdauern von bis zu fünf Jahren vorlagen, ergingen bis auf eine Ausnahme keine bedingten Entlassungen. In BGer 6B_798/2014 wurde die bedingte Entlassung damit begründet, dass eine Vollzugsdauer von drei Jahren und vier Monaten, eine nur teilweise Nutzung des Vollzugs für die Therapie und ein nicht erhebliches Risiko für Straftaten im unteren Bereich der Kriminalität wie Tätlichkeiten, einfacher Körperverletzung sowie Drohung und Nötigung vorlägen.[242] In den verbleibenden 13 dieser 14 Urteile war von einer hohen Wahrscheinlichkeit der Begehung von Straftaten gegen Leben, Leib, die sexuelle Selbstbestimmung oder die Freiheit und weitere Rechtsgüter auszugehen.[243] In den Urteilen lassen sich keine Fälle finden, in denen von ei-

4. Oktober 2010 (ca. 10 Jahre; hinreichende Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen die körperliche Integrität; Vollzugslockerungen unklar; Art. 64 StGB); BGer 6B_951/2009 vom 26. Februar 2010 (gleicher Fall wie BGer 6B_489/2010; ca. 5 Jahre; hinreichende Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen die körperliche Integrität; Vollzugslockerungen unklar; Art. 64 StGB); BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 (ca. 8 Jahre; erhebliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die Freiheit und körperliche Integrität; keine Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_969/2017 vom 25. Oktober 2017 (ca. 5 Jahre; unverändert hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen Leben und Leib; keine Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_172/2017 vom 16. November 2017 (ca. 5 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen die körperliche Integrität und das Leben; Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_699/2019 vom 16. Januar 2020 (mehr als 7,5 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen die körperliche Integrität; Progressionsstufe A; Art. 59 StGB); BGer 6B_1247/2022 vom 19. Januar 2023 (ca. 6,5 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen die körperliche Integrität; noch in keiner offenen Einrichtung; Art. 59 StGB); BGer 6B_376/2024 vom 5. Juni 2024 (ca. 6 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität und Freiheit; keine Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB).

239 BGer 6B_1165/2019 vom 30. Januar 2020 (ca. 9 Jahre; moderate bis deutliche/überwiegende Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen Leben und Leib; Vollzugslockerungen unklar; Art. 59 StGB).

240 BGE 135 IV 139 (9 Jahre; unbeträchtliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Integrität; Unterbringung in einem Therapiezentrum; Art. 59 StGB); BGer 6B_838/2008 vom 8. Januar 2009 (gleicher Fall wie BGE 135 IV 139; 9 Jahre; unbeträchtliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Integrität; Unterbringung in einem Therapiezentrum; Art. 59 StGB).

241 BGer 7B_137/2024 vom 3. April 2024 (ca. 6 Jahre; unklare Wahrscheinlichkeit von Straftaten gegen die körperliche Integrität; keine Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB).

242 BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 (2 Jahre und 5 Monate; unerhebliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen Leib und Freiheit; keine Nutzung des Vollzugs für die Therapie; Art. 59 StGB).

243 BGer 6B_593/2012 vom 10. Juni 2013 (knapp 4 Jahre; hohe/deutliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die Freiheit; Normalvollzug; Art. 59 StGB); BGer 6B_822/2015 vom 7. Dezember 2015 (2 Jahre und 5 Monate; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Integrität; Vollzugslockerungen unklar; Art. 59 StGB); BGer 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015 (ca. 4 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit für Delikte gegen Leben, Leib, Ver-

ner hohen Vollzugsdauer, einer hohen Wahrscheinlichkeit und einer geringen Schwere der Tat resp. weniger wertigen Rechtsgütern auszugehen wäre. Diese Kombination dürfte jedoch tendenziell zu einer bedingten Entlassung führen. Dasselbe dürfte a fortiori auch auf die Fälle mit hoher Vollzugsdauer, geringer Wahrscheinlichkeit und geringer Schwere der Straftaten resp. unbedeutenden Rechtsgütern zutreffen, die in den Urteilen ebenfalls nicht aufzufinden sind. Darüber hinaus lassen sich in den Urteilen keine Fälle finden, in denen die Vollzugsdauer hoch, die drohenden Straftaten schwer resp. die bedrohten Rechtsgüter wertig und die Wahrscheinlichkeit gering waren.

Das Bundesgericht unterscheidet in seinen Urteilen nicht trennscharf zwischen den Begriffen der Rückfallgefahr und dem Rückfallrisiko.[244] Deshalb fehlt die Grundlage dafür, dass die Rückfallgefahr verstanden und festgelegt werden kann. Ist unklar, dass es sich bei der Rückfallgefahr um eine Rechtsfrage handelt, folgt daraus notwendigerweise, dass auch unklar bleiben muss, *wo* die normativen Schwellen für eine Fortführung zu verorten sind. Den Urteilen des Bundesgerichts lässt sich abgesehen von der einigermassen klar

---

mögen usw.; Normalvollzug; Art. 59 StGB); BGer 6B_1070/2016 vom 23. Mai 2017 (2 Jahre und 5 Monate; stark erhöhte Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität und Freiheit; Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 (3 Jahre; hohe/deutlich erhöhte Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität und Freiheit; Einzelsetting; Art. 59 StGB); BGer 6B_272/2018 vom 15. Mai 2018 (ca. 4 Jahre und 8 Monate; deutlich bis sehr hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität und das Leben; keine Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_1317/2017 vom 22. Mai 2018 (ca. 5 Jahre; verstärkte Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität und Freiheit; geschlossener Vollzug; Art. 59 StGB); BGer 6B_115/2020 vom 30. April 2020 (3 Jahre; erhöhte Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die sexuelle Integrität; offener Vollzug; Art. 59 StGB); BGer 6B_1187/2019 vom 7. Juli 2020 (knapp 2 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die Freiheit; erste Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_458/2020 vom 23. Juni 2020 (ca. 2 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die Freiheit; geschlossener Vollzug; Art. 59 StGB); BGer 6B_850/2020 vom 8. Oktober 2020 (mehr als 2,5 Jahre; sehr hohe/erhebliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die körperliche Integrität; Normalvollzug; Art. 59 StGB); BGer 6B_77/2022 vom 23. November 2022 (ca. 3 Jahre; erhebliche Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen die Freiheit; erste Vollzugsöffnungen; Art. 59 StGB); BGer 6B_464/2024 vom 13. August 2024 (ca. 1,5 Jahre; hohe Wahrscheinlichkeit von Delikten gegen das Leben; keine Vollzugslockerungen; Art. 59 StGB).

244 Exemplarisch BGE 135 IV 139 E. 2.2.4 und E. 2.4.2; BGer 6B_796/2009 vom 25. Januar 2010 E. 2.5; BGer 6B_951/2009 vom 26. Februar 2010 E. 3.4, wobei darin darauf hingewiesen wird, dass keine normative Bewertung durch das Gericht stattgefunden habe; BGer 6B_854/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2; BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.3 f.; BGer 6B_1050/2013 vom 8. September 2014 E. 5.1 und 6.5; BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.2; BGer 6B_822/2015 vom 7. Dezember 2015 E. 4.3; BGer 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015 E. 4.2; BGer 6B_90/2016 vom 18. Mai 2016 E. 3.3 und E. 5.2; BGer 6B_1070/2016 vom 23. Mai 2017 E. 2.2 ff.; BGer 6B_513/2017 vom 24. August 2017 E. 2.4.

umrissenen Mindestschwelle (relativ schwere Delikte) keine klar definierte Rückfallgefahr (Schwellen) entnehmen, ab welcher eine Fortführung des Freiheitsentzugs zulässig ist. Daran ändern die aufgestellten Regeln nichts. Die dritte Regel nimmt auf die nicht näher umrissenen Begriffe der nahen Gefahr, des ernsthaften Risikos schwerwiegender Delinquenz, der unerheblichen Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer gravierender Straftaten und der Beeinträchtigung bedeutender resp. hochwertiger Rechtsgüter Bezug. Die Einschränkung der dritten Regel nimmt auf den Grad der Gefährlichkeit, der im Fall der Unbehandelbarkeit eine Verwahrung rechtfertigt, Bezug. Wie genau diese Begriffe zu bestimmen sind, und wo die Grenze im Einzelfall verläuft, bleibt unklar. Das Problem liegt insb. darin, dass die Wahrscheinlichkeit nur auf der ordinalen nicht aber einer numerischen Skala angegeben wird. So bleibt etwa in den Urteilen BGer 6B_109/2013,[245] BGer 6B_798/2014[246] und BGer 6B_643/2018[247] unklar, wie die Höhe der Wahrscheinlichkeit auf der Seite des öffentlichen Interesses numerisch auszudrücken wäre. Diese Angabe müsste aber bekannt sein, damit die Rückfallgefahr bei einer gewissen Ausprägung der Abwägungsparameter insb. der Dauer und Intensität auf der Seite des individuellen Interesses feststände.

Die Rückfallgefahr ist nicht nur vom Rückfallrisiko, sondern auch vom Gewichtsverhältnis[248] abzugrenzen. Mit beiden Begriffen wird zwar angegeben, ab welchen normativen Voraussetzungen eine Rechtsfolge wie die Fortführung des Freiheitsentzugs einzutreten hat. Allerdings beziehen sie sich auf unterschiedliche Ebenen der Abwägung. Mit dem Gewichtsverhältnis wird die normative Voraussetzung auf der Ebene der Gewichte der Abwägungsgegenstände über die Seiten der Abwägung hinweg beschrieben, die erreicht werden muss, damit eine Rechtsfolge eintritt resp. eine vorinstanzliche Rechtsverletzung festgestellt wird. Der Begriff der Rückfallgefahr bezieht sich hingegen auf die Ebene der Abwägungsparameter und beschreibt die normativen Voraussetzungen, die unter Anwendung der jeweiligen (ordinalen) Skala erfüllt sein müssen, damit *unter Miteinbezug des Gewichtsverhältnisses* und der *Ausprägung der Abwägungsparameter* auf der Seite des individuellen Interesses eine Rechtsfolge eintritt. Die Rückfallgefahr kann sich im Sinne einer disjunktiven Schwelle auf einen Abwägungsparameter beziehen oder im Sinne konjunktiver Schwellen auf mehrere Abwägungsparameter, dies jedoch stets in Abhängigkeit von den Ausprägungen der Abwägungsparametern auf der anderen Seite, dort insb. der Intensität und Dauer des Freiheitsentzugs. Insofern gibt es nicht die eine Rückfallgefahr. Sodann ist

245 BGer 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.7.
246 BGer 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 3.3.2.
247 BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.7.3.
248 Siehe hierzu oben, II.C.1.a.

nicht nur mit Blick auf die Rückfallgefahr und das Rückfallrisiko begrifflich zwischen Rechts- und Tatsache zu unterscheiden. Für beide Seiten der Abwägung muss hinsichtlich sämtlicher Abwägungsparameter und Abwägungsmassstäbe zwischen Rechts- und Tatsache unterschieden werden. Eine eigenständige, normative Begründung der Rückfallgefahr – im Sinne von einer Schwelle oder mehrerer Schwellen auf der Seite des öffentlichen Interesses, die von der Intensität und Dauer des Freiheitsentzugs abhängig sind – kann mit Blick auf den Umfang des vorliegenden Beitrags hier nicht geleistet werden. Es verbleibt der Hinweis auf eine Untersuchung an der Universität Zürich, die sich mit dieser Thematik vertieft auseinandersetzt.[249] Fraglich ist, ob die dritte Regel des Bundesgerichts mit einer Deckelung der Wirkung der Dauer bei gegebenen Voraussetzungen für die Anordnung einer Verwahrung ausser Kraft gesetzt werden sollte. Da der Freiheitsentzug sowohl nach Art. 59 StGB als auch nach Art. 64 StGB denselben verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegen muss, kann die dritte Regel nicht mit dem Hinweis auf die Verwahrungsanforderungen begründet werden. Nimmt die Dauer des Freiheitsentzugs (allenfalls unter geringfügiger Abnahme der Intensität infolge Vollzugsöffnungen) seit dem Zeitpunkt der Anordnung des Freiheitsentzugs zu und steigt mit ihr damit das Gewicht der Seite des privaten Interesses, müsste – damit die Waage im vorausgesetzten Verhältnis bleibt – jedenfalls bei gewissen Fallkonstellationen im Mittelbereich selbst unter Anwendung der ersten und zweiten Regel des Bundesgerichts, ab einem gewissen Zeitpunkt auch auf der Seite des öffentlichen Interesses einer der Abwägungsparameter ansteigen, damit die Waage im vorausgesetzten Verhältnis bleibt. Dieser Feststellung liesse sich dadurch Rechnung tragen, dass die Rückfallgefahr für die Anordnungskonstellation klar definiert und davon ausgehend die Anforderungen an die Abwägungsparameter auf der Seite des öffentlichen Interesses gestaffelt angehoben würden.

2. Extension der Wertungsspielräume

In der Lehre wird kritisiert, dass die Abwägung unvermeidbar von moralischen, rechtspolitischen und subjektiven Werturteilen abhänge.[250] Sie könne

---

249 Siehe Urwyler Thierry, Gefahr und Risikonachweis im Präventionsstrafrecht, Eine Untersuchung zur stationären Massnahme nach Art. 59 StGB.

250 D'Avoine, 33; Druey, 140 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, 125; Kiener/Kälin/Wyttenbach, 126; Müller, Verhältnismässigkeit, 15; Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 46; Rütsche, Verhältnismässigkeitsprinzip, 1055; siehe Rütsche, Zwischen Rationalität und Werturteil, 60; für die deutsche Lehre: Gentz, 1601; Hwang, 607; siehe Larenz, 236 f. m.H.; Müller Georg, 347; Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr, 462; siehe in der nicht deutschsprachigen Lehre hingegen Webber, 191, wonach die Abwägung gerade versuche, die moralischen und rechtspolitischen Bewertungen in technische Fragen von Gewicht und Balance umzuwandeln.

durch persönliche Gefühle, Neigungen, Geschmäcke, Lebenseinstellungen, Wertschätzungen[251] und Vorverständnisse sowie Erfahrungen[252] beeinflusst werden. Um diesen Einfluss zu vermindern, sollten zunächst alle im Recht angelegten Hinweise ausgeschöpft werden. Zudem müssten Werturteile reflektiert und transparent gemacht werden.[253] Nur auf diese Weise könne die Gewichtung als Ergebnis eines strukturierten, rationalen Vorgangs nachvollzogen werden.[254] Diese Kritik an der Rationalität der Abwägung wird in der Lehre teilweise relativiert. Der subjektive Einschlag sei nicht der Abwägung als Methode, sondern dem Menschen, der sie durchführe, zuzurechnen.[255] Die Gefahr beliebigen Gewichtens könne durch sekundäre Regeln der juristischen Argumentation gemildert werden.[256] Zudem müsse zwischen der inneren Motivation und der äusseren Argumentation unterschieden werden. Das Rationalisierungs- und Kontrollgebot gelte nur für die äussere Argumentation und damit die schriftliche Begründung der Gewichtung, nicht aber für die innere Motivation und den inneren Vorgang.[257] Es bestünden keine Gründe für die Annahme, der Spielraum reiche bei der Gewichtung weiter als bei alternativen Methoden.[258]

Bei der Frage nach der Verhältnismässigkeit der Fortsetzung des Freiheitsentzugs handelt es sich um eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht auf die Rüge der Rechtsverletzung hin mit freier Kognition überprüft. Das Rationalisierungsgebot bezieht sich *zumindest* auf die schriftliche Begründung der Gewichtung und Abwägung. Für Rationalität der Begründung wird nicht die vollständige Abwesenheit subjektiv-dezisionistischer Wertung vorausgesetzt, sondern die vollständige und korrekte Ausschöpfung der im Recht angelegten Hinweise, insb. nach Art. 36 Abs. 3 BV und Art. 56 ff. StGB, sowie die Offenlegung der sich im Umkehrschluss daraus ergebenden Wertungsreste sowie der juristischen Argumentation. Die Wertungsspielräume sind nicht mit Ermessensfragen zu verwechseln, die sich auf die Rechtsfolgen beziehen. Bei ih-

---

251 In der deutschen Lehre: LARENZ, 237; GENTZ, 1601.

252 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 125 f.

253 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 126 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 125, wonach die Tiefe der Begründung mit Blick auf die Komplexität der Rechtsfragen und der Betroffenheit der involvierten Personen angemessen sein müsse; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 48; in der deutschen Lehre: VON ARNAULD, 285 f.

254 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 127.

255 MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 47.

256 In der deutschen Lehre: vgl. ALEXY, Die Gewichtsformel, 776; vgl. CLÉRICO, 163; vgl. QUISPE, 119 f.; vgl. VON ARNAULD, 291 f.

257 In der deutschen Lehre: HWANG, 608 ff.; RIEHM, 27, wonach nur die Entscheidbegründung als möglicher Kontrollgegenstand in Frage komme; zur Unterscheidung von Herstellungs- und Darstellungsebene: VON ARNAULD, 282 f.

258 In der nicht deutschsprachigen Lehre: BARAK, 750.

nen handelt es sich um Spielräume zur Konkretisierung des Tatbestands nach Art. 36 Abs. 3 BV und Art. 56 Abs. 2 StGB. Dem Bundesgericht kommen aufgrund der festgestellten Defizite im Rahmen der Abwägung bei der Bestimmung der Abwägungsgegenstände, Abwägungsparameter und Abwägungsmassstäbe reduzierbare Konkretisierungsspielräume zu, die allerdings aus einer Drittperspektive nachvollzieh- und kontrollierbar sind. Diese Spielräume beruhen auf einer unterlassenen oder fehlerhaften Konkretisierung, mit der wiederum normative Folgewertungen auf der nächsten Prüfungsebene geschaffen werden. Indem das Bundesgericht darüber hinaus das Gewichtsverhältnis, den Gewichtungsvorgang, die Skalierung der Abwägungsparameter und die Rückfallgefahr unbestimmt definiert, extendiert es den ihm zustehenden Wertungsspielraum. Wie dieser ausgefüllt wird, ist aus einer Drittperspektive nicht (oder nur teilweise) nachvollzieh- und kontrollierbar.

Diese Ausweitung des Wertungsspielraums durch das Bundesgericht ist reduzierbar, indem die im Recht angelegten Hinweise von Anfang an durch den gesamten Prüfungsverlauf hindurch ausgeschöpft werden. Selbst bei rechtlich zutreffender und vollständiger Konkretisierung verbleibt allerdings bei der Gewichtung und Abwägung letztlich stets ein Wertungsrest, der eine normative Begründung und Argumentation voraussetzt, sowie die Abwägung zumindest sekundär von subjektiven Werturteilen abhängig macht. So müssten nach dem Ansatz des Bundesgerichts auch die Festlegung der Skalen der Abwägungsparameter und Rückfallgefahr normativ begründet werden. Die diesbezügliche Argumentation unterliegt selbst einem Wertungsrest, da jedes normative Argument wiederum gewichtet und mit anderen Argumenten in ein Verhältnis gebracht werden müsste. Die komplett wertungsfreie, juristische Argumentation würde eine Begründung ad infinitum voraussetzen. Da dies praktisch nicht einlösbar ist, können subjektive Werturteile nie komplett ausgeschlossen werden. Selbst beim Schwellenansatz bestünde die Notwendigkeit der Vornahme einer normativen Wertung mit Blick auf die Festlegung der einzelnen Startniveaus der Schwellen, ihrer disjunktiven oder konjunktiven Natur und ihrer Auswirkungen aufeinander.

III. Fazit

Mit der Untersuchung wurden auf drei Ebenen die folgenden Defizite der Abwägung identifiziert und Reformansätze entwickelt:

Die Lehre und das Bundesgericht bestimmen die Abwägungsgegenstände uneindeutig. Es bleibt unklar, ob Interessen, Rechtsgüter, Prinzipien oder Auswirkungen gegeneinander abzuwägen sind. Zudem bestimmt das Bundesgericht die Abwägungsgegenstände asymmetrisch kumulativ. Es substituiert auf

der Seite des öffentlichen Interesses kollektive durch individuelle Interessen resp. Rechtsgüter oder ergänzt erstere durch zweitere, wobei die genaue Anzahl der eingestellten, individuellen Aspekte unbestimmt bleibt. Auf der Seite des privaten Interesses stellt das Bundesgericht hingegen nur *ein* individuelles Interesse resp. Individualrechtsgut ein. Zudem sieht das Bundesgericht das Therapieziel auf der Seite des öffentlichen Interesses als Abwägungsgegenstand an, obwohl das aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig ist. Aspekte der Therapie sind in die Abwägung über die Rechtmässigkeit der Behandlung als eigenständige Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern einzustellen. Unklar bleibt, ob es auch das Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit als Abwägungsgegenstand ansieht. Gegen den Miteinbezug desselben in die Abwägung spricht, dass es sich bei ihm nicht um ein von der Rechtsordnung anerkanntes Rechtsgut handelt und die Abwägung damit an Bedürfnisse und somit medial dargestellte sowie verzerrte Empfindungen des Kriminalitätsgeschehens ausgeliefert würde. Entgegen dem bisherigen Vorgehen sollte auf beiden Seiten der Abwägung nur je ein Abwägungsgegenstand eingestellt werden: die Beeinträchtigung(en) eines Individualrechtsguts. Ob die Anzahl der Beeinträchtigungen in der Abwägung zu berücksichtigen ist, bleibt bis zur Durchführung einer tiefer gehenden Untersuchung offen. Im weiteren Gang der Untersuchung wurde ohne definitive Festlegung in dieser Sache der Prämisse gefolgt, dass die Anzahl in die Gewichtung miteinzubeziehen ist.

Die Lehre und das Bundesgericht bestimmen das, was zu gewichten ist sowie die Abwägungsparameter und -massstäbe uneindeutig. Das Bundesgericht bezieht eine Vielzahl an Abwägungsgesichtspunkten in die Abwägung ein, ohne diese explizit als Abwägungsparameter zu definieren und diese einer klaren Funktion auf einer spezifischen Ebene zuzuordnen. Zudem vermischt es die Abwägungsgesichtspunkte teilweise miteinander. Unklar bleibt sodann, woraus sich die einzelnen Abwägungsgesichtspunkte zusammensetzen, auf welche Tatsachen sie Bezug nehmen, in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen und ob sie sich nicht allenfalls inkonsistent über mehrere Ebenen hinweg auswirken. Im Weiteren bestimmt das Bundesgericht die Abwägungsparameter nicht nur uneindeutig, sondern asymmetrisch reduktiv. Auf der Seite des öffentlichen Interesses stellt es die Dauer der Beeinträchtigungen nicht explizit in die Abwägung ein. Auf der Seite des privaten Interesses stellt es die Intensität, Wahrscheinlichkeit und Anzahl der Beeinträchtigungen nicht explizit in die Abwägung ein. In gewissem Umfang dürfte es allerdings der Intensität der Beeinträchtigungen mit der Berücksichtigung der Vollzugsmodalitäten Rechnung tragen. Hinzu tritt, dass das Bundesgericht auf der Seite des öffentlichen Interesses den Rechtsgütern explizit abstrakte Ränge zuordnet und diese in die Abwägung einfliessen lässt, ohne auf der anderen Seite äquivalent zu verfahren und ohne die verfassungsmässige Vermutung der Gleichwertigkeit der

Rechtsgüter mit einer überzeugenden Begründung umzustossen. Es ist von einer Gleichwertigkeit der Individualrechtsgüter auszugehen. Drohen Beeinträchtigungen des Lebens ist dem durch eine maximale Bemessung der Intensität und Dauer der Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität Rechnung zu tragen. Auf beiden Seiten der Abwägung sollten dieselben vier Abwägungsparameter mit ihren eigenen Massstäben, die sich wiederum aus der Rechtsordnung ergeben, berücksichtigt werden: die Intensität, Dauer, Wahrscheinlichkeit und Anzahl. Schliesslich bleibt in diesem Zusammenhang ungeklärt, ob die Abwägungsparameter in der Lehre und Praxis vollständig bestimmt werden. Untersucht wird in diesem Zusammenhang im Rahmen einer separaten Arbeit, ob die Prognoseunsicherheit ebenfalls in die Abwägung miteinzubeziehen ist oder nicht und gegebenenfalls wie.

Die Lehre und das Bundesgericht bestimmen die Abwägungsregeln uneindeutig und teils uneinheitlich. Erstens konkretisieren sie nicht abschliessend, von welchem Verhältnis zwischen den Gewichten der Abwägungsgegenstände für die bundesgerichtliche Kontrolle des vorinstanzlichen Abwägungsergebnisses auszugehen ist. Zweitens bestimmen sie nicht abschliessend, ob für die Gewichtung und den Vergleich ein *tertium comparationis* vorauszusetzen ist, was darunter zu verstehen ist und welche Anforderungen an es zu stellen sind. Das Bundesgericht folgt in seinen Urteilen keiner einheitlichen Methodik der Kontrolle resp. Begründung der Abwägungen. Die Kontrolle erstreckt sich von einer blossen Feststellung des Überwiegens mit rudimentären Ergänzungen, über eine Prüfung von Mindestanforderungen, eine bloss selektive bis hin zu einer fast vollwertigen Kontrolle. Drittens definiert das Bundesgericht die ordinalen Skalenschwellen und -bereiche nicht eindeutig und nicht einheitlich anhand einer Reihenfolge, mit der eine konsistente und nachvollziehbare Einordnung der Tatsachen gelingen kann. Viertens definiert es die Anforderungen an die Rückfallgefahr nicht abschliessend, was daran liegt, dass es durchgehend und insb. für die Wiedergabe der Wahrscheinlichkeit das nominale Kommunikationsformat verwendet. Mit der unklaren Bestimmung der Abwägungsregeln geht eine Extension der Wertungsspielräume in Bezug auf das Gewichtsverhältnis, den Gewichtungsvorgang, die Skalierung der Abwägungsparameter und die Rückfallgefahr einher, die im Prinzip reduzierbar ist. Für die bundesgerichtliche Kontrolle des vorinstanzlichen Abwägungsverhältnisses sollte, wenn man einem ordinalen Ansatz folgen möchte, ein klar definiertes Missverhältnis vorausgesetzt werden, was numerisch bereits bei einem Gewicht von eins zu drei, nominal bei einem Gewicht von leicht zu schwer vorliegen dürfte. Als *tertium comparationis* erscheint das *Gewicht* der Beeinträchtigung(en) eines Individualrechtsguts. Hierbei handelt es sich allerdings um eine Metapher. Vorliegend wird vorgeschlagen, nicht einem ordinalen Ansatz, sondern stattdessen einem Schwellenansatz zu folgen. Dies, weil

die kardinale Aggregation der Abwägungsparameter zu einem Gewicht der Beeinträchtigungen an der kardinalen Erfassung der ordinalen Intensität scheitert, bei der ordinalen Umwandlung und Gewichtung die kardinalen Werte verdeckt werden können und mit dem Schwellenansatz der Entwicklung dynamischer Abwägungsparameter präziser Rechnung getragen werden kann. Dementsprechend sind für die Seite des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Gewichtsverhältnisses abhängig von der Intensität und zunehmenden Dauer des Freiheitsentzugs disjunktive oder konjunktive Schwellen zu definieren, die wiederum voneinander abhängig gemacht werden können. Konkret dürften an die Abwägungsparameter auf der Seite des öffentlichen Interesses mit der Entwicklung der Intensität und Dauer der mit dem Freiheitsentzug einhergehenden Beeinträchtigung zunehmend höhere Anforderungen zu stellen sein, die erreicht werden müssten, damit eine Fortführung des Freiheitsentzugs noch als rechtmässig erscheint.

Abschliessend ist die zu Beginn der Untersuchung geäusserte Erwartung in Bezug auf die Leistungsfähigkeit und Leistungswirksamkeit, wenn nicht zu enttäuschen, dann doch zumindest stark zu relativieren. Die Abwägung weist auf sämtlichen Stufen Defizite auf, welche die Leistungsfähigkeit und Leistungswirksamkeit zur Begrenzung der Dauer des Freiheitsentzugs beeinträchtigen (können). Mit den Reformansätzen wurde in Umrissen ein Modell skizziert, mit dem die Defizite neutralisiert und die Leistungsfähigkeit sowie Leistungswirksamkeit der Abwägung gestärkt werden können, ohne sich dafür primär am Schuldprinzip orientieren und absolute Fristen für die Fortführung des Freiheitsentzugs einführen zu müssen.

Zur Zession der betriebenen Forderung während des Schuldbetreibungsverfahrens

Lennart Deutschmann

Inhalt

I. Hinführung 357

II. Die Einzelrechtsnachfolge des Zessionars in das Schuldbetreibungsverfahren 357
A. Verfahrenseintritt: ipso iure oder per declarationem? 358
B. Teilweise Abtretung der betriebenen Forderung 361

III. Rechtsschutzmöglichkeiten des Betriebenen 361
A. Verhältnis des nachträglichen Rechtsvorschlags (Art. 77 SchKG) zum materiellen Schuldnerschutz 362
B. Bedeutung von Art. 83 ZPO im schuldbetreibungsrechtlichen Verfahren 363

IV. Exkurs: Schuldübernahme während des Betreibungsverfahrens 364

V. Fazit 364

I. Hinführung

Nicht nur auf hoher See kann es durch unvorhergesehene Stürme zu Schieflagen kommen, sondern auch im Betreibungsverfahren können plötzlich unerwartete Wendungen eintreten: So etwa, wenn die betriebene Forderung während des Schuldbetreibungsverfahrens abgetreten wird. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang eine Kurskorrektur erforderlich ist und welche Handlungsoptionen der betriebenen Partei offenstehen. Diesen rechtlichen Fragestellungen geht dieser Beitrag auf den Grund.

II. Die Einzelrechtsnachfolge des Zessionars in das Schuldbetreibungsverfahren

Der Fall, dass die betriebene Forderung während des Schuldbetreibungsverfahrens zediert wird, ist von demjenigen zu unterscheiden, in dem eine Forderung das Vollstreckungssubstrat darstellt und zur Gläubigerbefriedigung ihrerseits gepfändet wird (siehe Art. 95 Abs. 1, 99 f. SchKG). Mit der Zession der betriebenen Forderung findet ein Gläubigerwechsel statt (Art. 164 ff. OR). Im Schuldbetreibungsverfahren wird gestützt auf Art. 170 OR allgemein ange-

nommen, dass mit der Zession der Zessionar zugleich die «Legitimation zum Verfahren» scil. die betreibungsverfahrensrechtliche Rechtsposition des (präsumtiven) Gläubigers erwirbt.[1] Die Betreibungsrechte (betreibungsrechtliche Befugnisse) werden als «Vorzugs- und Nebenrechte» i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR betrachtet.[2]

A. Verfahrenseintritt: *ipso iure* oder *per declarationem*?

Wenn mit der Abtretung die betreibungsverfahrensrechtliche Rechtsposition auf den Neugläubiger übergeht, so scheint es so zu sein, dass eine besondere Erklärung seitens des Zessionars, dass er nun in das Schuldbetreibungsverfahren eintritt, nicht nötig ist. Allerdings wäre dies nicht unproblematisch, denn man würde den Zessionar u.U. ungewollt in ein Verfahren drängen. Man könnte zwar annehmen, dass er – wenn er nicht auch Rechtsnachfolger in der betreibungsverfahrensrechtlichen Stellung des Zedenten werden möchte – mit dem Zedenten den Übergang dieser Position mit der Forderungszession einfach ausschliessen könnte, doch kann es auch Fälle geben, in denen der Zessionar gar nicht um das Bestehen eines laufenden Betreibungsverfahrens weiss, weil der Zedent ihm dies verschweigt. In diesen Fällen würde der Zessionar gar in Unkenntnis davon in die ursprüngliche Stellung des Zedenten im Betreibungsverfahren gedrängt werden, ähnlich wie dies ein Erbe kraft Gesamtrechtsnachfolge (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB) wird. Es wäre hier dann eine Änderung der Parteien des Betreibungsverfahrens von Amtes wegen durch das Betreibungsamt vorzunehmen, so wie dies auch der Fall wäre, wenn das Betreibungsamt vom Tod des Betreibenden erfahren würde und die Erbfolge dem Betreibungsamt bekannt wäre. Ein solches Verfahren wäre bei einer Einzelrechtsnachfolge nur gerechtfertigt, wenn Art. 170 Abs. 1 OR hinsichtlich der betreibungsverfahrensrechtlichen Rechtsposition indisponibel wäre und es mit der Zession sohin zwingend zu einem Mitübergang der betreibungsverfahrensrechtlichen Stellung käme. Ist eine privatrechtliche Norm indisponibel bzw. wird sie in dieser Weise ausgelegt und angewendet, bedeutet dies einen Eingriff in die Privatautonomie (Art. 27 und 10 BV[3]), der schon aus verfassungsrechtlichen Gründen einer besonderen Rechtfertigung bedarf (Art. 36 Abs. 2 BV). Während bei der Einzelrechtsnachfolge im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren ein zwingender Eintritt des Zessionars in das Verfahren gerechtfer-

1 St. Rspr., siehe bloss: BGE 140 III 372 E. 3.3.1 m.w.N.

2 BGE 140 III 372 E. 3.3.1; Vock Dominik/Aepli-Wirz Martina, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Kommentar zum SchKG, 4. Aufl., Zürich 2017, Art. 77 Rz. 2.

3 Die Vertragsfreiheit wird der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zugeordnet, siehe nur: BGE 130 I 26 E. 4.3, teils unter zusätzlicher Bezugnahme auf die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV, siehe etwa: BGE 102 Ia 533 E. 10a.

tigt erscheint,[4] um den Abtretungsgegner vor einer «Flucht in die Veräusserung»[5] zu schützen, kommen hier die Unterschiede und die Besonderheiten des Schuldbetreibungsverfahrens zum Tragen: Mit Erhebung des Rechtsvorschlags, der grundsätzlich keine Begründung enthalten muss (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 SchKG) und auch im Übrigen schriftlich als auch mündlich möglich ist (Art. 74 Abs. 1 SchKG)[6], hat der Betriebene die Rechtsmacht, das Betreibungsverfahren einseitig einzustellen (Art. 78 Abs. 1 SchKG). Die Betreibung nimmt erst dann wieder ihren Fortgang, wenn ein Erkenntnisverfahren nachgeholt und der Rechtsvorschlag beseitigt wurde,[7] sei es im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG) oder sei es auf dem ordentlichen Prozessweg (Art. 79, 153 Abs. 4 und 186 SchKG).[8] Die Wirkungen des Rechtsvorschlags sind ausschliesslich betreibungsverfahrensrechtlicher Art[9] und treffen keine Aussage über den Bestand bzw. Nichtbestand der betriebenen Forderung.

Gestützt auf Art. 77 Abs. 1 SchKG steht dem Schuldner im Fall eines Gläubigerwechsels gar bis zur Verteilung des Verwertungserlöses oder bis zur Konkurseröffnung das Recht zur Erhebung eines nachträglichen Rechtsvorschlags zu.[10] Allerdings stellt das Gesetz einige abweichende Voraussetzungen an einen solch nachträglichen Rechtsvorschlag: Er muss nach Art. 77 Abs. 2 SchKG schriftlich und begründet angebracht werden.[11] Hierbei können nur Einwände vorgebracht werden, die im Gläubigerwechsel ihren Grund haben.[12] Das sind

---

4 Hinsichtlich des Mitübergangs der zivilprozessualen Rechtsstellung sollte also Art. 170 Abs. 1 OR als zwingend angesehen werden, sodass eine Trennung von Forderung und Prozessstellung grundsätzlich nicht möglich ist (hierzu ausführlich: Deutschmann Lennart, Die Veräusserung des Streitobjekts während des zivilverfahrensrechtlichen Erkenntnisverfahrens nach Art. 83 ZPO, ZBJV 2026, 131 ff.

5 Gemeint ist hiermit der Fall, dass in einem Forderungsprozess der Kläger die Forderung an einen Dritten zediert, sobald sich ein Unterliegen im Prozess abzeichnet, um so einer Klageabweisung zu entgehen, die den Nichtbestand der Forderung rechtskräftig stellt.

6 Siehe bloss: BGE 120 III 117 E. 2.b.

7 Siehe bloss: Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 8.

8 Kren Kostkiewicz Jolanta, in: Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 78 Rz. 1.

9 BGer 4A_385/2012 vom 8. November 2012 E. 2.3.

10 Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 18 Rz. 30 und § 20 Rz. 14.

11 Bessenich Balthasar/Fink Stefan, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 77 Rz. 9; KUKO SchKG-Malacrida Ralph/Roesler Lukas P., Hunkeler Daniel (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2025, Art. 77 Rz. 5.

12 Bessenich/Fink, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), BSK-SchKG (Fn. 11), Art. 77 Rz. 5; Botschaft SchKG 1991, 64.

nicht nur Einreden gegen den neuen Gläubiger, sondern auch Mängel der Übertragung oder des dem Übergang zugrunde liegenden Rechtsgrunds.[13]

Trotz dieser strengeren Voraussetzungen kann der Betriebene das Verfahren selbst zur Einstellung bewegen. Damit ist eine Auslegung von Art. 170 Abs. 1 OR in der Weise, dass die Vorschrift insoweit indisponibel ist und der Zessionar zwingend und *ipso iure* in das Betreibungsverfahren eintritt, nicht gerechtfertigt. Aus der Warte der Schutzbedürftigkeit des Veräusserungsgegners ist die erkenntnisverfahrensrechtliche von der betreibungsverfahrensrechtlichen Rechtsposition grundlegend verschieden. Obsiegen – und um die Sicherstellung eines sich möglicherweise abzeichnenden Obsiegens geht es bei der Frage nach der Schutzbedürftigkeit des Veräusserungsgegners – könnte der Veräusserungsgegner ohnehin erst im nachgeholten Erkenntnisverfahren.

Da ein automatischer Eintritt des Zessionars (*ipso iure*) nicht erfolgt, kann Letzterer, wenn der Mitübergang der betreibungsverfahrensrechtlichen Position nicht ausgeschlossen wurde (hier hätte er die Option zum Verfahrenseintritt nicht miterworben), explizit einen Eintritt in das Betreibungsverfahren erklären.[14] Die mitübergehende betreibungsverfahrensrechtliche Stellung ist für ihn lediglich ein Optionsrecht. Erfolgt ein Eintritt in das Betreibungsverfahren durch Erklärung gegenüber dem Betreibungsamt, so zeigt dieses dem Schuldner den Gläubigerwechsel sodann an (Art. 77 Abs. 5 SchKG). Erst nach Eintrittserklärung wird der neue, übernehmende Gläubiger Beteiligter im Betreibungsverfahren und kann folglich auch erst ab diesem Zeitpunkt etwa ein Rechtsöffnungsgesuch, ein Fortsetzungsbegehren oder ein Verwertungsbegehren stellen.[15] Mit der Vornahme solcher Handlungen erklärt er regelmässig aber konkludent seinen Eintritt in das Betreibungsverfahren.

Unterbleibt dies, bleibt der Zedent, der nun nicht mehr materiell-rechtlich Forderungsinhaber ist, Partei des Betreibungsverfahrens. Sobald der Veräusserungsgegner von der Abtretung in Kenntnis gesetzt wurde, kann er nicht mehr mit Erfüllungswirkung an den Zedenten leisten (*e contrario* Art. 167 OR). Der Betriebene ist nun angehalten durch Erhebung eines Rechtsvorschlags die Einstellung der Betreibung zu bewirken, wenn eine Rücknahme des Betreibungsbegehrens nicht seitens des Zedenten erfolgt.[16]

---

13 Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich 2018, 85 m.w.N.; Botschaft SchKG 1991, 64.

14 Siehe auch: BGE 91 III 7, 10: «[Der] Zessionar […] *kann* die Betreibung in dem Stadium, in das sie getreten war, nun in eigenem Namen fortsetzen.»

15 Vock/Aepli-Wirz, in Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum SchKG (Fn. 2), Art. 77 Rz. 10.

16 Siehe zu weiteren Möglichkeiten des Schuldnerschutzes unter III.

B. Teilweise Abtretung der betriebenen Forderung

Unklar ist, wie sich eine teilweise Veräusserung der betriebenen Forderung auswirkt. Grundsätzlich ist auch eine Teilabtretung einer Forderung möglich.[17] Durch Partialzession entstehen zwei Forderungen, die unabhängig voneinander sind und verschiedene Schicksale haben (können).[18] Man wird wohl davon ausgehen müssen, dass auch die betreibungsverfahrensrechtliche Position zerfällt: Der Zedent verbleibt für den bei ihm materiell verbleibenden Forderungsteil in der betreibungsverfahrensrechtlichen Gläubigerposition; der Zessionar *kann* in Anbetracht der zedierten Teilforderung in die betreibungsverfahrensrechtliche Gläubigerposition eintreten, *wenn* und *soweit* er mit dem materiellen Forderungserwerb auch die betreibungsverfahrensrechtliche Position als Neben- und Optionsrecht i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR mitübertragen bekommen hat. Dass dies zulässig sein muss, ergibt sich schon aus der Möglichkeit eines Teilrechtsvorschlags (siehe: Art. 74 Abs. 2 SchKG).

Das Betreibungsamt wird dem Betriebenen den teilweisen Gläubigerwechsel von Amtes wegen anzeigen, sobald es hiervon Kenntnis erlangt (Art. 77 Abs. 5 SchKG).

Hat der Zessionar von seinem materiellen Eintrittsrecht Gebrauch gemacht und ist er auch in das Betreibungsverfahren eingetreten, so könnte er den Zedenten – oder umgekehrt der Zedent den Zessionar – bevollmächtigen, die jeweilige Forderung in einer einzigen, nämlich der bereits eingeleiteten, Betreibung geltend zu machen; ebenso könnten beide jeweils eine dritte Person hierzu bevollmächtigen.[19] Unterbleibt letzteres, so erscheint es sachgerecht, mit dem Eintritt des Zessionars in das Betreibungsverfahren jenes zu trennen: Ein Rechtsöffnungsgesuch oder ein Fortsetzungsbegehren können Zessionar und Zedent nunmehr nur in Bezug auf die ihnen jeweils zustehende Forderung stellen.

III. Rechtsschutzmöglichkeiten des Betriebenen

Für den Fall einer Forderungsabtretung während des schuldbetreibungsrechtlichen Verfahrens existiert – wie bereits dargelegt – eine besondere Vorschrift in Gestalt von Art. 77 SchKG. Kommt es zu einem Gläubigerwechsel während des laufenden Betreibungsverfahrens, kann der Betriebene nachträglich bis

---

17 Statt aller: BGer 4A_125/2010 vom 12. August 2010 E. 2.2 m.w.N.; KUHN HANS, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 2023, Rz. 1256 ff.

18 BGer 4A_125/2010 vom 12. August 2010 E. 2.2.

19 Siehe hierzu: BGE 35 I 820; BGE 58 III 115.

zur Verteilung oder Konkurseröffnung Rechtsvorschlag anbringen (Art. 77 Abs. 1 SchKG), jedoch nur innert der zehntägigen Frist nach Art. 77 Abs. 2 SchKG.

A. Verhältnis des nachträglichen Rechtsvorschlags (Art. 77 SchKG) zum materiellen Schuldnerschutz

Umstritten ist, ob der Betriebene, der sich gegen die Fortsetzung einer Betreibung durch einen Zedenten wehren will, nicht vorrangig nach Art. 85 f. SchKG vorzugehen hat.[20]

Dem Wortlaut nach behandelt Art. 85 SchKG nur die richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreibung bei Tilgung oder Stundung, sodass ein Begehren auf Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG wohl abzuweisen ist, wenn die betriebene Forderung nicht untergegangen, sondern bloss an einen Dritten abgetreten worden ist.[21]

Ein Vorgehen nach Art. 85a Abs. 1 SchKG scheint demgegenüber nicht ausgeschlossen zu sein, schliesslich besteht die Forderung nicht mehr in der Form, dass der Betreibende Gläubiger ist. Doch kann dieser Rechtsbehelf des materiellen Schuldnerschutzes nach dem expliziten Wortlaut der Norm «ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages» erhoben werden (Art. 85a Abs. 1 SchKG). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die angenommen hat, bei Art. 85a SchKG handele es sich um einen «Notbehelf»[22], der einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl voraussetze, ist mit der Einfügung des Passus «ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlages» in Art. 85a Abs. 1 SchKG[23] obsolet geworden. Insofern steht die Möglichkeit, einen nachträglichen Rechtsvorschlag nach Art. 77 SchKG erheben zu können, gleichwertig neben den Rechtsbehelfen des materiellen Schuldnerschutzes.

Sofern in der Kommentarliteratur die Möglichkeit eines nachträglichen Rechtsvorschlags mit dem Argument verneint wird, der Zedent sei nicht mehr Partei des Betreibungsverfahrens und damit nicht passivlegimitiert,[24] so wird dort verkannt, dass unter jener Prämisse eine Passivlegitimation des Zedenten

---

20 So etwa aber: Bessenich/Fink, in: Staehelin/Bauer/Lorandi (Hrsg.), BSK-SchKG (Fn. 11), Art. 77 Rz. 6a m.w.N. und einem Verweis auf (angebliche) frühere Rechtsprechung.

21 BGE 96 I 1 E. 2; Kren Kostkiewicz, in: Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Fn. 8), Art. 85 Rz. 9.

22 St. Rspr., siehe nur: BGE 140 III 41 E. 3.2.3 m.w.N.

23 Eingefügt durch das BG vom 16. Dezember 2016, in Kraft seit 1. Januar 2019 (AS 2018 4583; BBl 2015 3209 5785 8897)

24 Vock/Aepli-Wirz, in: Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum SchKG (Fn. 2), Art. 77 Rz. 11.

wohl auch nicht mehr im Klageverfahren nach Art. 85 f. SchKG bestehen dürfte.[25] Ausserdem bleibt der Zedent so lange Partei des Betreibungsverfahrens, bis der Zessionar die betreibungsverfahrensrechtliche Position des Betreibenden eingenommen hat. Schliesslich erfolgt ein Verfahrenseintritt des Zessionars nicht *ipso iure*.[26] Führt der Zedent also das Betreibungsverfahren fort, ist er nach wie vor Partei des Betreibungsverfahrens und damit auch im Verfahren betreffend die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags.

B. Bedeutung von Art. 83 ZPO im schuldbetreibungsrechtlichen Verfahren

Schliesslich bleibt noch die Frage, ob Art. 83 Abs. 1 ZPO im Betreibungsverfahren ebenso eine Relevanz hat. Dieser normiert ein Eintrittsrecht des Erwerbers bei Veräusserung eines «Streitobjekts» während des Zivilprozesses.

Grundsätzlich werden alle *gerichtlichen* Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts von der ZPO erfasst, sofern es sich hierbei um ein Verfahren vor einer kantonalen Instanz handelt (Art. 1 lit. c ZPO).[27] Das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern sowie den ausseramtlichen Vollstreckungsorganen ist jedoch ausschliesslich im SchKG geregelt.[28] Es handelt sich bei solchen Angelegenheiten ja auch nicht um *gerichtliche*. Insofern findet in diesem Verfahrensstadium folglich gleichermassen Art. 83 ZPO keine Anwendung.

Kommt es aber zum Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG) oder zum ordentlichen Prozess (Art. 79 SchKG), so finden ab diesem Stadium aber die Vorschriften der Zivilprozessordnung Anwendung. Da es sich hierbei an sich um ein gewöhnliches, auf Verschaffung eines Vollstreckungstitels gerichtetes zivilgerichtliches Erkenntnisverfahren handelt, gilt hier bei einer Forderungsabtretung während des Prozesses auch Art. 83 ZPO. Die Norm des Art. 77 SchKG spielt hier keine Rolle, wie sich schon daraus ergibt, dass sie ausschliesslich den Verfahrensabschnitt vor dem Betreibungsamt betrifft. Insofern schliesst sich eine zeitgleich parallele Anwendung von Art. 83 ZPO und Art. 77 SchKG aus.

---

25 Insofern widersprüchlich: Vock/Aepli-Wirz, in Kren Kostkiewicz/Vock (Hrsg.), Kommentar zum SchKG (Fn. 2), Art. 85 Rz. 9, die annehmen, der Betreibende oder dessen Rechtsnachfolger sei passivlegitimiert. (Einzel)Rechtsnachfolger ist aber nun der Zessionar.

26 Ad II.A.

27 Siehe auch Botschaft ZPO 2006, 7258.

28 Statt aller: Urbach Guido E., in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Gehri Myriam A./Jent-Sørensen Ingrid/Sarbach Martin (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2023, Art. 1 Rz. 12 m.w.N.

IV. Exkurs: Schuldübernahme während des Betreibungsverfahrens

Ausserhalb des eigentlichen Gegenstands dieser Abhandlung steht der Fall, wenn während des Betreibungsverfahrens ein Wechsel auf der Schuldnerseite stattfindet. Dies meint den Fall einer privativen (befreienden) Schuldübernahme (Art. 175 ff. OR). Die gesetzlich nicht näher geregelte[29] kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt) führt hingegen nicht zum Untergang der Schuldnereigenschaft des Betriebenen.

Findet nun eine privative Schuldübernahme statt, führt der Gläubiger aber das Betreibungsverfahren gegen den Altschuldner fort, wird der Betriebene keinen nachträglichen Rechtsvorschlag nach Art. 77 SchKG erheben können, weil hier ja gerade kein Gläubiger-, sondern ein Schuldnerwechsel stattfindet. Insofern liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen nach Art. 77 Abs. 1 SchKG nicht vor.

Dem Betriebenen steht aber selbstverständlich nach wie vor die Möglichkeit offen, einen «gewöhnlichen» (begründungslosen) Rechtsvorschlag zu erheben (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 SchKG), sofern dessen Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere die Frist nach Art. 74 Abs. 1 SchKG noch nicht abgelaufen ist. Daneben besteht die Möglichkeit eines materiellen Schuldnerschutzes durch eine Klage gemäss Art. 85a SchKG. Ein Vorgehen nach Art. 85 SchKG, das jedoch nicht zu einer in Rechtskraft erwachsenden Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand der Forderung führt, scheint ebenfalls möglich zu sein, zumal nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch derjenige, der nach dem Wortlaut der Norm betrieben wurde, vorbringen kann, die Schuld bestehe gar nicht:[30] Derjenige, der für eine nicht (mehr) gegen ihn bestehende Forderung betrieben wurde, dürfe nicht schlechter gestellt sein als derjenige, der eine Forderung bereits bezahlt hat oder dessen Forderung getilgt wurde.

V. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Die betreibungsverfahrensrechtliche Position geht nicht *ipso iure* auf den Erwerber über, da hier eine Auslegung von Art. 170 Abs. 1 OR als indisponible Vorschrift für einen effektiven Schutz des Betriebenen nicht erforderlich und gerechtfertigt ist. Der Zessionar hat

---

29 Ernst Wolfgang/Zelger Ulrich, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Basel 2014, Vor Art. 492-512 Rz. 5.

30 BGE 140 III 41 E. 3.3.1.

das Recht zum Verfahrenseintritt, nicht aber ohne Weiteres die Pflicht gegenüber dem (vermeintlichen) Gläubiger (Betriebenen) hierzu.

Möchte der Zessionar in das Betreibungsverfahren eintreten, muss er erstens einen Rechtsübergang der betreibungsverfahrensrechtlichen Stellung mit dem Zedenten vereinbaren (ein solcher wird grundsätzlich nach Art. 170 Abs. 1 OR vermutet). Hiermit erwirbt er das Optionsrecht, in das Verfahren eintreten bzw. die schuldbetreibungsverfahrensrechtliche Stellung des Zedenten übernehmen zu *können*. Und zweitens muss er gegenüber dem Betreibungsamt die Übernahme des Betreibungsverfahrens erklären, um auf diese Weise dann auch die betreibungsverfahrensrechtliche Stellung des Zedenten tatsächlich einzunehmen und so von seiner Eintrittsoption Gebrauch zu machen. Das Betreibungsamt wird sodann den Betriebenen hiervon in Kenntnis versetzen (Art. 77 Abs. 5 SchKG).

Dem Betriebenen steht im Fall eines Nichteintritts des Zessionars in das Betreibungsverfahren – und einer Fortführung durch den Zedenten – sowohl die Möglichkeit offen, sich durch Einlegung eines Rechtsvorschlags (auch eines nachträglichen nach Art. 77 SchKG) als auch durch eine Klage gemäss Art. 85a SchKG zu wehren. Diese Rechtsbehelfe stehen in Idealkonkurrenz zueinander. Genau wie im Schiffbau gilt auch hier, dass ein doppelter Boden so manche Havarie – und damit das Entstehen einer Schieflage – schon vermieden hat.

Wurde bereits gezahlt, steht dem Betriebenen die Möglichkeit einer Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG offen, sofern die Zahlung nicht bereits schuldbefreiende Wirkung gegenüber dem Zessionar hatte (Art. 167 OR).

Savigny's Path from the *titulus-modus*-Doctrine to an Abstract Transfer Theory

Some Considerations Based on Selected Sources from the Early Codifications to the BGB and Beyond

Giulio Francesco Biaggini

Content

I. Introduction 367

II. The transfer of ownership in Early Codifications 369

III. Savigny's lectures on transfer of ownership (1803/1804, 1815/1816, 1820/1821) 371
- A. The 1803/1804 lectures: challenging the *titulus-modus*-doctrine 372
- B. The 1815/1816 lectures: new paths 372
- C. The 1820/1821 lectures: hinting at practical consequences 375
- D. The final steps to the fully developed abstract transfer theory 377

IV. Early contours, contemporary reception and new approaches 380
- A. Past: early contours 380
- B. Present: Savigny's theory in modern legislation and contemporary legal science 382
- C. Future: drafts for new legislations and their ownership transfer systems 384

V. Conclusion 384

I. Introduction

The transfer of ownership has been aptly characterized—by none other than the eminent German jurist and scholar FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779–1861)—as one of the most important transactions of the entire "*Rechtsverkehr*".[1] While many market participants are unlikely to be aware of the theoretical depths of such a common transaction, dissecting the legal concepts of the transfer of ownership has been a disputed endeavor for

[1] VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, Berlin 1853, 254: "Diese [die Tradition] gehört unter die wichtigsten Geschäfte des gesammten Rechtsverkehrs". For a short outline of the significance of SAVIGNY see SCHLOSSER HANS, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, Privat- und Strafrecht vom Mittelalter bis zur Moderne, third edition, Munich 2017, 259 f., margin no. 15–17.

European jurists from Late Antiquity until today.[2] Throughout the eras, many approaches to the issue have been discussed on the basis of Roman Law in European legal science.[3] The Era of Codifications marks a shift towards a new approach of a systematization of the transfer of ownership in legal science and legislated law. In this context, SAVIGNY developed his own theory of transfer of ownership, which claims that the transfer of ownership by delivery is a separate legal act, specifically a real agreement ("ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher"[4]), whose validity is independent (i.e., abstract) from an underlying obligatory contract.[5] This abstract transfer theory has later been promulgated in the German "*Bürgerliches Gesetzbuch*" (hereinafter: *BGB*) and still stands today as the basis of transfer of ownership in the German legal system, giving rise to expectations and disillusionments alike in contemporary legal science.

This paper aims to open new perspectives into the development and reception of SAVIGNY's theory from a historical perspective. As a brief overview of the starting point for SAVIGNY, the transfer of ownership in two early codifications is outlined (Chapter II.). Thereupon, the discussion will focus on the development of SAVIGNY's own theory of transfer of ownership in his lectures on Roman law of 1803/1804, 1815/1816 and 1820/1821 (Chapter III.). Additionally, some of the later writings by SAVIGNY and a 1854 lecture by SAVIGNY's former student RUDOLF VON GNEIST (1816-1895) are consulted, where the abstract transfer theory appears in a condensed form.[6] In order to assess the theory in a broader historical context an 11th century byzantine *scholion*, the *BGB* and the Swiss Civil Code ("*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*", hereinafter: *ZGB*) as well as endeavors of a proposed legislation are discussed (Chapter IV.). This leads to concluding remarks (Chapter V.).

---

2 Cf. RANIERI FILIPPO, Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien, third edition, Vienna and New York 2009, 1047–1051. Cf. MEISSEL FRANZ-STEFAN, JULIAN und die Entdeckung des dinglichen Vertrages, in: Falk Ulrich/Luminati Michele/Schmoeckel Matthias (eds.), Fälle aus der Rechtsgeschichte, Munich 2008, 62–76, 68–76.

3 Cf. HONSELL HEINRICH, Römisches Recht, 4th edition, Berlin and Heidelberg 1997, 56; for an overview cf. LABORENZ MARTIN, Solutio als causa? Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht, Köln 2014, 60–89.

4 SAVIGNY (fn. 1), 257n.

5 For the abstract transfer theory cf. HÄCKER BIRKE, Consequences of Impaired Consent Transfers, Tübingen 2009, 49.

6 Cf. the lecture notes by GNEIST's student ESSER ROBERT, Pandekten, Erbrecht, Vorlesung Wintersemester 1854/1855, Königliche Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, in: Eßer Dirk (ed.), Gneist als Zivilrechtslehrer, Die Pandektenvorlesung des Wintersemesters 1854/1855, Mit kommentierter Edition der Vorlesungsnachschrift von ROBERT ESSER, Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft vol. 105, Paderborn, München, Wien and Zürich 2004, 184–186.

II. The transfer of ownership in Early Codifications

Before the Age of Codifications, legal historians were confronted with a "highly fragmented and inconsistent picture"[7] on the requirements of ownership transfer in legal science. No *communis opinio* had prevailed in previous eras, as LARS P. W. VAN VLIET points out.[8] With the influence of Law of Reason on the Early Codifications such as the Prussian "*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*" (hereinafter: *ALR*) from 1794, there is a conceivable notion to systematize the transfer of ownership.[9] Granting protection and establishing limits of individual rights, the regulations on ownership transfer in the *ALR* are aimed at practical usage, while its formulation—in particular the inclusion of Latin terminology (*Modus adquirendi*) in Part I. Tit. 9, § 1 *ALR* on acquisition of ownership—reveals not only ties to Roman law but hints at elaborate legal scientific developments that have led to this structure of transfer of ownership.[10]

The *ALR* lists two requirements of derivative ownership acquisition: an external act (Part I. Tit. 9, § 1 *ALR*) and a legal ground (Part I. Tit. 9, § 2 *ALR*). This codification thus emphasizes two separate requirements of ownership transfer where the validity of transfer of ownership is linked causally to a legal ground.[11] It is remarkable to note that from a fairly different (territorial, temporal, political) starting point, the Austrian "*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*" (hereinafter: *ABGB*) from 1811 encompasses the same distinction for ownership transfer. In its characteristically principle-oriented fashion, the *ABGB* states under the heading 'Acquisition of property by appropriation' in § 380 that "[o]hne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentum erlangt werden." Thus, both codifications presuppose a valid obligatory transaction as well as a transfer of the object itself for ownership to be transferred.[12]

---

7 VAN VLIET LARS P. W., Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law, European Review of Private Law 2003, 342–378, 360, VAN VLIET mentions in particular the requirement of a *justa causa*: "before the beginning of the 19th century no transfer theories existed" (361).

8 VAN VLIET (fn. 7), 343, cf. RANIERI (fn. 2), 1047.

9 LABORENZ (fn. 3), 81; cf. STEIN PETER, Roman Law in European History, Cambridge (first published 1999) 2004, 112; LUIG KLAUS, Das Privatrecht im 'Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten' von 1794, Archiv für die civilistische Praxis 1994, 521–542, 524 and 537. At the same time, the *ALR* is influenced by Roman Law, particularly in the norms on property, as STEIN points out, cf. STEIN (fn. 9), 112.

10 LUIG (fn. 9), 526.

11 As becomes clear by the wording of Part I. Tit. 9, § 2 Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten: "Der gesetzliche Grund, vermöge deßen die äusseren Handlungen die Kraft haben". Cf. RANIERI (fn. 2), 1055.

12 Cf. FELGENTRAEGER WILHELM, Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, Diss. Georg August-Universität zu Göttingen, Lucka 1927, 21 f.; cf. RANIERI (fn. 2), 1054 f.

The elaborate system of interaction of title and mode in the ALR and ABGB are rooted in the *titulus–modus*-doctrine which was prevailing in—and limited to—the German "*Rechtskreis*" of the 17th until the early 19th century.[13] The *titulus–modus*-doctrine as it had been utilized in the early codifications does not stem from Roman Law directly, but from its reception in legal science as already the German legal scholar ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT (1772–1840), the leading early proponent for a proper German Codification, noted in 1817.[14] THIBAUT states that the contemporary use of the terminology of *titulus* and *modus acquirendi* could not be that of the roman jurists ("nicht die Begriffe der Römer"[15]). He maintained that the Romans did in fact use the terms, but only in a much narrower scope than contemporary jurists, who had broadened the terms to all kinds of ownership acquisition including original and real rights.[16] THIBAUT links the new usage of the terms to the school of the German philosopher and jurist CHRISTIAN WOLFF (1679-1754).[17] The 'proper and peculiar terms' ("eigne und sonderbare Begriffe"[18]) criticized by THIBAUT do go back to WOLFF insofar, as that the philosopher did make a distinction of *titulus* and

---

13 Cf. FUCHS JOHANNES GEORG, Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft, Basel 1952, 71; cf. LABORENZ (fn. 3), 19 and 81; cf. VAN VLIET (fn. 7), 361; cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 4; cf. FORTUNATO SÉRGIO FERNANDES, Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ZJS 2009, 328–338, 327; cf. KARNER ERNST, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen, Vienna and New York 2006, 135; cf. LABORENZ (fn. 3), 79. Despite the frequent use of the terms, it was disputed namely if a *causa putativa* sufficed as a *titulus*, cf. VAN VLIET (fn. 7), 362, cf. RANIERI (fn. 2), 1053. Following FELGENTRAEGER (fn. 12) and RANIERI (fn. 2), the requirement of a *titulus* was understood—as early as the Roman jurists themselves and later with the reception of Roman Law too—as an obligatory contract, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 4, cf. RANIERI (fn. 2), 1051. Cf. FUCHS (fn. 13), 72, where the *titulus* is mentioned as a term of a broader meaning. Some scholars maintain that in Roman Law the transfer of ownership by *traditio* generally is causally linked to a valid *justa causa* but there were exceptions, cf. HONSELL (fn. 3), 55; however, the status of the traditio as causal or abstract has long been debated, cf. EHRHARDT ARNOLD, Justa Causa Traditionis, Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht, Berlin 1930, 1, cf. MOUSOURAKIS GEORGE, Fundamentals of Roman Private Law, Heidelberg et al. 2012, 131.

14 Cf. THIBAUT ANTON FRIEDRICH JUSTUS, Elfte Abhandlung. Ueber den eigentlichen Unterschied zwischen titulus und modus acquirendi, in: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, second edition, Jena 1817, 184–190, 184. Before him, Gustav Hugos critique of the doctrine paved the way, cf. LABORENZ (fn. 3), 84, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 21. For the reception cf. LABORENZ (fn. 3), 78; for THIBAUT's role in the codification debate and his opponent SAVIGNY cf. FORTUNATO (fn. 13), 328 f.

15 THIBAUT (fn. 14), 184.

16 Cf. THIBAUT (fn. 14), 186; THIBAUT (fn. 14), 187: "Nur bey der traditio und usucapio sprechen die Römer von einem titulo und einem modo acquirendi.", cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 3, cf. LABORENZ (fn. 3), 84.

17 THIBAUT (fn. 14), 184: "Philosopheme der wolfischen Schule". Cf. HOFMANN FRANZ, Die Lehre vom titulus und modus adquirendi, und von der iusta causa traditionis, Wien 1873, 4.

18 THIBAUT (fn. 14), 184.

modus acquirendi in the scope of his method of perpetually substantiating deductions from *possibilitas* (under which falls the *titulus*) to *actualitas* (under which falls the *modus*).[19] The development of the terms into a doctrine, however, goes back beyond WOLFF to the early 17th century with the systematic approaches of Natural Law theorists JOHANN APEL and DETHARD HORST.[20]

III. Savigny's lectures on transfer of ownership (1803/1804, 1815/1816, 1820/1821)

This cosmos of the *titulus–modus*-doctrine as positive law and of Roman Law "applied as a secondary source of law"[21] is the legal backdrop onto which the German jurist FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1779–1861) builds his own understanding of transfer of ownership.[22] His lectures on Roman law of 1803/1804, 1815/1816 and 1820/1821 leading to his later publications reveal his dislocation from the *titulus–modus*-doctrine, the (re-)establishment of the terms *justa causa* and *traditio* and the development of his own theory. The method with which SAVIGNY approached this endeavor is reminiscent of that of the German "*Historische Rechtsschule*" that he founded. The focus of said school, as our scholar had promulgated it in his 1814 publication "*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*"[23], was studying the Roman legal sources in the light of contemporary needs.[24] SAVIGNY saw the task of legal science as systematizing the law originating from the people using the historical-systematic method, which understood law not originating in a legislative act alone, but built upon a societal and historical pedigree.[25] The following lecture notes provide an insight into how the historical and systematic aspects are used in order to gain an understanding of ownership transfer while dissecting the 'one and the same great work' that Roman Law represented to SAVIGNY.[26] FUCHS warns us to be cautious with the lecture notes

---

19 Cf. LABORENZ (fn. 3), 80, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 16 f., cf. HOFMANN (fn. 17), 4.

20 KARNER (fn. 13), 135, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 6 f., cf. LABORENZ (fn. 3), 79, cf. FUCHS (fn. 13), 72.

21 VAN VLIET (fn. 7), 363.

22 Cf. EMPELL HANS MICHAEL, In causis vero dissentiamus, Exegese eines folgenreichen JULIAN-Fragments (D. 41,1,36), Zugleich ein Plädoyer gegen die Lehre von der solutio als causa, Tübingen 2020, 6, cf. TROMBETTA ANGELA, Il contratto e la traditio nel "sistema" di Savigny, Il Foro Italiano 1981, 269–282, 273.

23 VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, *passim*.

24 Cf. FORTUNATO (fn. 13), 330, cf. VAN VLIET (fn. 7), 363 f.

25 SAVIGNY (fn. 23), 11 f., 29; cf. SCHLOSSER (fn. 1), 262, margin no. 25-27 and STEIN (fn. 9), 117.

26 SAVIGNY (fn. 23), 29.

of SAVIGNY's students as they do not stem from the scholar directly.[27] Still, they give insights into the development of SAVIGNY's ideas that otherwise would have been lost.

A. The 1803/1804 lectures: challenging the *titulus-modus*-doctrine

In his 1803/1804 lectures on the JUSTINIAN *Institutiones*, SAVIGNY's teachings are shaped by an engagement with the old *titulus–modus*-doctrine, albeit with critical attitude.[28] In the lecture notes written by his student WILHELM K. GRIMM we read: "Man sagt es ist ein justus titulus (justa causa) und modus acquirendi [...] nöthig. Dieses ist durch die Verwechsel[u]ng verschiedener Begriffe entstanden".[29] SAVIGNY here already criticizes *titulus* and *modus acquirendi* as having strayed from their original meaning in Roman Law.[30] As for the prerequisite of a *justa traditionis causa* SAVIGNY at this moment maintains that there needs to be an obligatory transaction.[31] As early as these lectures, SAVIGNY emphasizes the importance of the prerequisite of intention to transfer ownership, which in the following years becomes a cornerstone of his own theory.[32]

B. The 1815/1816 lectures: new paths

The 1815/1816 lectures on the Digests ("*Vorlesung über das Pandektenrecht*"[33], transmitted by the lecture notes of his student GEORG CHRISTIAN BURCHARDI) mark a turning point in SAVIGNY's argumentation.[34] He builds his own assertion

---

27 FUCHS (fn. 13), 83.

28 Cf. LABORENZ (fn. 3), 86 and FELGENTRAEGER (fn. 12), 26.

29 GRIMM WILH[ELM] K., Fried. Carl v. Savigny, Dr. und a. o. Professor zu Marburg, Vorlesungen über die justinianischen Institutionen vom 7. XI. 1803 bis 3. III. 1804, in: Felgentraeger Wilhelm, Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, Diss. Georg August-Universität zu Göttingen, Lucka 1927, 27–30, 28: "Es ist eine Erfindung der neuern Juristen wie auch die Ausdrücke Justus titulus und modus acq.".

30 GRIMM (fn. 29), 28.

31 GRIMM (fn. 29), 29: "es muß irgend ein Obligaz.-Verhältnis [...] vorgefallen seyn, wodurch nach dem Willen des Eigenthümers Eigenthum übertragen wird". Further, he claims that the *justa causa* could occur before, during, or after the *traditio*. Cf. FUCHS (fn. 13), 83.

32 GRIMM (fn. 29), 30: "nur muß Willen hinzukommen, bei Zwang ist keine traditio begründet [...]".

33 BURCHARDI G[EORG] C[HRISTIAN], Vorlesungen über das Pandektenrecht, gehalten von Dr. F. C. v. Savigny, ordentl. Prof. zu Berlin, zu Westenbergs Principia juris. Angefangen den 26. Oktober 1815, in: Felgentraeger Wilhelm, Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, Diss. Georg August-Universität zu Göttingen, Lucka 1927, 32–34, 32.

34 Cf. FUCHS (fn. 13), 84.

of ownership transfer upon his reading of the Roman *traditio*, in particular on the basis of the Roman sources Paul.–D. 41.1.31 and I. 2.1.40.[35] SAVIGNY's new understanding of the transfer of ownership is based on the special constellation of the so-called "*Handschenkung*", a gift from hand to hand that he defines as having no preceding obligation.[36] The "*Handschenkung*" stands as an example that—in contrast to the contemporary legislation in the *ALR* and the *ABGB*—a legal ground i.e. *justa causa* and an external act i.e. *traditio* as they had been understood before SAVIGNY, must in fact not always concur.[37] SAVIGNY claims that with a "*Handschenkung*" the factual *traditio* already successfully transfers ownership without any preceding obligation, thus a requirement of a *iusta causa* could not be an obligatory contract.[38] He concludes that the intention of the giver suffices for ownership to pass ("die Absicht des Gebers macht den Beschenkten zum Eigenthümer, nichts anderes").[39] In this reading, *justa causa* is only the intention of the giver to transfer ownership.[40] SAVIGNY claims that this intention of the giver is the general term of *justa causa* that fits all transactions in all cases ("der allgemeine Begriff [...] der bei allen Geschäften in allen Fällen passt").[41] Here, SAVIGNY's efforts to systematize the law become evident.[42] The example of the "*Handschenkung*" as understood by SAVIGNY does show that the *justa causa* can not only encompass preceding obligatory contracts and must be realized in a broader way. However, the induction from a specific exceptional case (the "*Handschenkung*") to a generalization as such is disputable. Firstly, it had been theorized as far back as the Romans that an obligatory contract as *justa causa* was never the only possibility.[43] Secondly, as VAN VLIET pointed out, for a "*Handschenkung*" a

35 Cf. VAN VLIET (fn. 7), 362 f., For I. 2.1.40 and Paul.–D. 41.1.31 see Corpus Iuris Civilis, Volumen Primum. Institutiones. Digesta, ed. by Paulus Krueger, 25th edition (reprint of the 17th edition, Berlin 1963), Hildesheim 1993, 12 f. and 694.

36 BURCHARDI (fn. 33), 33.

37 From the phrasing alone it remains unclear whether SAVIGNY refers to a temporal or logical succession. BURCHARDI (fn. 33), 33: "Da [bei der Schenkung] ist ja gar kein obligator. Verhältnis"; cf. ibid.: "es [ist] irrig anzunehmen, dass immer justa causa und traditio concurrieren müßten".

38 Cf. BURCHARDI (fn. 33), 33, cf. VAN VLIET (fn. 7), 363.

39 BURCHARDI (fn. 33), 32.

40 Cf. BURCHARDI (fn. 33), 34. FELGENTRAEGER links this to the *animus transferendi dominii*, but SAVIGNY does not use that term of Roman law here, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 34.

41 BURCHARDI (fn. 33), 34. SAVIGNY further claims that the obligatory contract would only be coincidental, not essential as BURCHARDI's notes further show ("jenes Verhältnis ist nur etwas Zufälliges [...], nichts [...] Wesentliches"). This path had been prepared notably by Gustav Hugo and his criticism of the old doctrines, cf. LABORENZ (fn. 3), 85n.

42 Cf. FUCHS (fn. 13), 85.

43 Cf. HAUSMANINGER HERBERT/SELB WALTER, Römisches Privatrecht. With collaboration of Richard Gamauf. 9th edition. Vienna, Cologne, Weimar 2001, 152 margin no. 69, cf. LABORENZ (fn. 3), 16, 19, cf. VAN VLIET (fn. 7), 364.

second agreement that the transferred object should be a gift is still necessary.[44] SAVIGNY, or rather the lecture notes by GEORG CHRISTIAN BURCHARDI, do not address these concerns. After establishing his new interpretation of the *justa causa*, SAVIGNY claims that his approach is in line with the Roman sources.[45]

The renunciation of a preceding obligatory contract and the newly found interpretation of *justa causa* as the intention to transfer ownership by delivery leads our scholar to take up a hitherto unheard-of argument of the *traditio* itself being a separate legal act, specifically a real agreement.[46] SAVIGNY claims:

> "Hierauf gründet sich der Satz, dass jede Tradition ihrer Natur nach ein wahrer Vertrag ist u. dass die justa causa nichts als diesen Vertrag ausdrückt. Aber es braucht nicht ein obligatorischer Vertrag zu seyn, sonst würden wir wieder in den gerügten Fehler verfallen, sondern sie ist ein wahrer dinglicher Vertrag, ein Vertrag des Sachenrechts."[47]

Here, SAVIGNY steps on a new path. The *traditio* is not to be thought of as a mere dispository transaction but as a real agreement in and of itself.[48] The effects of this paradigm shift are not discussed by SAVIGNY in this section of the lecture notes. We gain no insight as to how he understood the legal consequences of his newly acquired "*dinglicher Vertrag*".[49] A reason for SAVIGNY's silence on the effects of this formation of the *traditio* as a separate

---

44 Cf. VAN VLIET (fn. 7), 364.

45 BURCHARDI (fn. 33), 34: "Unsre Theorie ist nun auch ganz den Quellen gemäss, besonders dem § 40 Inst. de rerum divisione [= I. 2.1.40]". Hugo Grotius took a different turn from the same source, cf. MEISSEL (fn. 2), 70. FELGENTRAEGER states, that the source mentioned by SAVIGNY is not apt to emphasize his argument, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 23. On the other hand citing this source that doesn't mention the *justa causa* might exactly show SAVIGNY's approach to systematize the law.

46 Cf. VAN VLIET (fn. 7), 366.

47 BURCHARDI (fn. 33), 34.

48 The prerequisites of ownership of the *tradens* and legal capacity remain unchanged with SAVIGNY, cf. BURCHARDI (fn. 33), 33. LABORENZ (fn. 3), 22 claims regarding the quote above: "Savigny bezeichnete bisweilen die dingliche Einigung selbst als *iusta causa*". This interpretation is not followed here: SAVIGNY states that *justa causa* only expresses the real agreement, not that it is the real agreement itself – as such he only defines the *traditio* as a whole as becomes evident from the cited passage above, cf. BURCHARDI (fn. 33), 34. Further, what had been theorized since the time of the *Glossatores* as an *animus transferendi dominii* with SAVIGNY gains the dimension of reciprocity to what FUCHS describes as an *animus dominii transferendi et accipiendi*, cf. LABORENZ (fn. 3), 64 f., cf. FUCHS (fn. 13), 85. The *glossatores* and later the *commentatores* already emphasized the notion of intent and transfer with the figure of *causa proxima* but without claiming it to be a separate legal act, cf. FUCHS (fn. 13), 43, cf. LABORENZ (fn. 3), 285.

49 Defects of will such as errors or the consequences of defective transactions are also not addressed.

legal act may be that, although he has redefined the *justa causa* at this point, he has not yet expressly mentioned whether e.g. an invalid sale, gift, dowry or loan affects the validity of the *traditio* as a real agreement.[50] The conception of the *traditio* is both a generalization and a concretization: On the one hand, the meaning of the term *justa causa* is detached from a solely obligatory sphere to an essential understanding that encompasses the parties' intention in general. On the other hand, SAVIGNY promotes a separation of the sphere of obligatory law from that of property law with the formation of the *traditio* as a separate legal act. This will become a crucial prerequisite for the subsequent formulation of an abstract transfer theory.

C. The 1820/1821 lectures: hinting at practical consequences

In his 1820/1821 lectures on JUSTINIAN's *Institutiones*, SAVIGNY stays in line with his argumentation from five years earlier with the *traditio* as a real agreement.[51] As the lecture notes by WILHELM THEODOR KRAUT specify, ownership is only transferred when the *justa causa*—i.e., the intention to transfer ownership—is present.[52] SAVIGNY further indicates—again with the example of a donation without any preceding obligation (i.e., the "*Handschenkung*")—that the *justa causa* as the intention to transfer ownership by delivery can be specified either as *solvendi causa*, *obligandi causa* or *donandi causa*.[53] Other than an obligation and a donation, then, the *justa causa* may be, as had been theorized before SAVIGNY, a satisfaction of a debt.[54]

Our scholar maintains that the Roman jurists do not exactly refer to an intention, when they speak of a *justa causa* ("Wenn die römischen Juristen von dieser iusta causa sprechen, so nennen sie nicht gerade so diese Absicht").[55]

---

50 Cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 34: "[…] aber noch fehlte die Darstellung, wie denn diese justa causa zu dem Übereignungsakt stehe". Cf. LABORENZ (fn. 3), 86 f.

51 KRAUT WILHELM THEODOR, Friedrich Carl v. Savigny, Institutionen, Rechtsgeschichte und Antiquitäten. Vorlesung Winter 1820/21, in: Felgentraeger Wilhelm, Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, Diss. Georg August-Universität zu Göttingen, Lucka 1927, 35 f., 35: "justa causa ist also nichts weiter als die Absicht der Eigenthumsübertragung. Die Tradition muss also, um Eigenthum zu übertragen, in der Absicht, dies zu thun, geschehn".

52 Cf. KRAUT (fn. 51), 36.

53 KRAUT (fn. 51), 36.

54 Cf. LABORENZ (fn. 3), 70f. and 91. SAVIGNY further states that the *justa causa* may precede the *traditio*, coincide with it or succeed it, cf. KRAUT (fn. 51), 36. A systematization of several (temporal) possibilities of the *justa causa* may be an early sign that soon his concept of the *justa causa* would be refined.

55 Cf. KRAUT (fn. 51), 36. Notably, Inst. 2.1.40 does not speak of a *justa causa*, cf. LABORENZ (fn. 3), 23.

The weight of the phrase here seems to rely on the wording 'not exactly' ("nicht gerade so"), signifying that the Roman sources are not at all opposed to his interpretations, it just had not been stated in the way that SAVIGNY thought of the *justa causa* exactly.[56] By reformulating the *justa causa*, SAVIGNY had now grasped its essence. He then claims: 'But practically this is quite the same as that' ("Praktisch ist dies aber ganz dasselbe wie jenes").[57] The references to 'this' and 'that' grammatically remain somewhat obscure. 'This' seems to refer to his definition of *justa causa* as the intention to transfer ownership through the newly theorized real agreement, while 'that' implies the understanding of a *justa causa* as an obligatory contract (as he had claimed it was understood before him).[58] There are a number of cases, in which these two interpretations do practically have the same effect, making SAVIGNY's distinction of theoretical character. In cases of sales, gifts, dowries and loans at the basis of transferring ownership, intention of both parties must be there for the respective obligatory agreement to be reached.[59] And quite the same way, intention must be there for the *traditio*, understood by SAVIGNY as a separate legal act to be established. In either case, when there is the intention to transfer ownership, it passes. Similarly, when there is no intention of the parties for ownership to pass, such as cases of detention, rent and loan for use, in both interpretations of the *justa causa* ownership does not pass, simply because there is no will for it to pass.[60]

Crucially, there is one case, where ownership does not pass under the interpretation of the *justa causa* before SAVIGNY and how he had defined it: it is the case mentioned by JULIAN in the Digests (Iul.–D. 41.1.36), out of which arose the notorious antinomy of JULIAN and ULPIAN.[61] ULPIAN (Ulp.–D. 12.1.18) disagrees with JULIAN's interpretation of a case in which—*in nuce*—*ego* and *tu* disagree on the *causa* (donation or loan) of the transfer of money from *ego* to *tu*.[62] In JULIAN's view there is a *dissensus in causa*, no obligation is reached

---

56 Cf. KRAUT (fn. 51), 36. Had the wording been "gerade nicht so" instead of "nicht gerade so", it might have seemed that SAVIGNY had expressed an opposing view.

57 KRAUT (fn. 51), 36.

58 Cf. GRIMM (fn. 29), 30: "Man hat geglaubt, wie auch Hugo ehemals – dass eine obl. civilis bei der justa causa nöthig sey". SAVIGNY later still maintains this stance, cf. SAVIGNY (fn. 1), 256.

59 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 257, cf. HAUSMANINGER/SELB (fn. 43), 152 margin no. 69.

60 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 256 f., cf. HAUSMANINGER/SELB (fn. 43), 152, margin no. 69.

61 Cf. Ulp.–D. 12.1.18, cf. Iul.–D. 41.1.36, see Corpus Iuris Civilis, Volumen Primum. Institutiones. Digesta, ed. by Paulus Krueger, 25th edition (reprint of the 17th edition, Berlin 1963), Hildesheim 1993, 192 and 694. JULIAN's interpretation is seen by some as the starting point of an abstract transfer theory, cf. EMPELL (fn. 22), 4 f., for a critical view cf. MEISSEL (fn. 2), 71.

62 Cf. Ulp.–D. 12.1.18; cf. Iul.–D. 41.1.36. Cf. MEISSEL (fn. 2), 62 f. The scope of both interpretations is disputed in legal science even today, cf. EHRHARDT (fn. 13), 8 f., cf. MEISSEL (fn. 2), 66, cf. LABORENZ (fn. 3), 35 f. For the nature of the *donatio* in Roman law, cf. PFEIFER

and still ownership passes. SAVIGNY's understanding of the *justa causa* as the intention to transfer ownership would clarify JULIAN's interpretation, giving SAVIGNY a foundation for his newly acquired systematization of transferring ownership.[63] But SAVIGNY, who had not mentioned the antinomy in previous lectures, does not mention JULIAN's case—or ULPIAN's opinion—here either.[64] SAVIGNY—seemingly didactically motivated—here only mentions those cases, where as he claimed, his interpretation of a *justa causa* was practically quite the same as those prior to him.[65]

D. The final steps to the fully developed abstract transfer theory

The elements of the transfer of ownership presented in the aforementioned lectures are published by SAVIGNY only more than twenty years later, after the ideas had already been disseminated by his students.[66] In SAVIGNY's eight volumes of the "*System des heutigen Römischen Rechts*" from the 1840s, the transfer of ownership is remarkably only mentioned in passing.[67] In the third

---

GUIDO, *Causa* als Erwerbsvoraussetzung in: Handbuch des Römischen Privatrechts. Babusiaux Ulrike/Baldus Christian/Ernst, Wolfgang/Meissel Franz-Stefan/Platzschek Johannes/Rüfner Thomas (eds.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Tübingen 2023, 1145–1151, 1147 f., margin no. 9 f. In JULIAN's as well as in ULPIAN's interpretation, the two parties may end up effectively reaching the same result: one of controversially discussed solutions would be that in both cases—for different reasons—the recipient may keep the money, cf. HUPKA JOSEF, Der dissensus in causa und die moderne Textkritik, ZRGR 1932, 1–30, 24. A return of the money is not mentioned by JULIAN and ULPIAN grants the new owner a defense against a *condictio*.

63 SAVIGNY later maintains that both Roman jurists do not discuss the same issue, see Chapter IV.A.

64 As will be discussed in Chapter IV.A. he addresses the antinomy in VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen Römischen Rechts, Vierter Band, Berlin, 1841, 156–165.

65 But in regard to the *traditio* there are fundamental differences between SAVIGNY's idea of a separate legal act and how it had been understood before him. For example, with SAVIGNY, the acquirer's creditors are greatly favored through the *inter-omnes*-effect of property law. Only years later, SAVIGNY makes a remark on this in the context of the defects of will where the *traditio* is regarded as valid independently of the underlying transaction, cf. VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen Römischen Rechts, Dritter Band, Berlin, 1840, 355: "In dieser regelmässigen Unwirksamkeit des Irrthums liegt sogar die einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenlose Unsicherheit und Willkühr". FUCHS remains reluctant if this even was an argument for SAVIGNY, cf. FUCHS (fn. 13), 91. FELGENTRAEGER mentions it in passing, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 40. STAGL claims the argumentation for "*Rechtsverkehr*" is a tautology as the vendor should be considered to be part of it, cf. STAGL JAKOB FORTUNAT, Eigentumsübertragung beim Kauf beweglicher Sachen im DCFR und CESL, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2015, 1–35, 22 f.

66 Cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 37, cf. LABORENZ (fn. 3), 86.

67 Cf. LABORENZ (fn. 3), 88.

volume SAVIGNY maintains: the *traditio* is a contract, which is quite different ("ganz verschiede[n]"[68])—but not yet phrased as 'abstract'—from an underlying obligatory transaction. SAVIGNY now focuses in particular on the legal consequences of deficiencies of will and the dissolution by means of *condictio*—which next to the case of the "*Handschenkung*" become a key argu&shy:ment for the abstract transfer theory.[69] He claims that the *traditio* remains valid, even if there is a defect of will in an underlying contract.[70] Here, the independence, i.e., the abstraction, of the *traditio* from any underlying obligation materializes.

In his second volume of the "*Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*" of 1853, the meaning of the *justa causa* is refined to mean the indicator of the intention to transfer ownership by delivery, which lies in the legal transaction accompanying the *traditio*.[71] In this way it can be determined with certainty whether the intention was to transfer ownership or not, SAVIGNY maintains.[72] With this refinement of the *justa causa*, SAVIGNY also unifies seemingly contradictory sources of Roman law,—in particular Paul.–D. 41, 1, 31 and I. 2.1.40—which, as he claims, only describe the same matter from different angles.[73] Here the historic as well as the systematic method of SAVIGNY become apparent. As he had already stated in the 1840s, SAVIGNY reiterates in his 1853 publication that the defects of will do not invalidate the *traditio*, but he now illustrates that in such a case the transfer of ownership can be challenged by a *condictio*.[74] He specifies only in a footnote that the *traditio* is to be distinguished from an underlying obligatory contract, which may be—and indeed usually is, he states—the basis of the *traditio*.[75] But nowhere in his own writing does the abstract transfer theory appear with a compelling clarity.

---

68 SAVIGNY (fn. 65), 312 f.

69 Cf. SAVIGNY (fn. 65), 316, 354 and 359 f.; cf. RANIERI (fn. 2), 1057 and 1089.

70 SAVIGNY (fn. 65), 354 f.

71 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 257, 259 and 260. Cf. LABORENZ (fn. 3), 87.

72 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 258 f. SAVIGNY claims that in doubtful cases, the 'circumstances, intentions, purposes' of the legal transaction which are related to the *traditio* are used to determine whether the *justa causa* was there or not, as it is not customary to expressively state that intention, cf. FUCHS (fn. 13), 86. The refinement seems to have already taken its first steps in a lecture of 1827, in which SAVIGNY – in contrast to his lectures of 1820/1821 – stated that *justa causa* is not the intention to transfer ownership, cf. KRAUT (fn. 51), 36. Cf. VAN VLIET (fn. 7), 364.

73 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 259, Cf. Paul.–D. 41, 1, 31 cf. I. 2.1.40.

74 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 261. He again mentions the "*Handschenkung*" on page 256.

75 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 257n: "der [einer *traditio*] zum Grunde liegen kann, und meist wirklich zum Grunde liegt".

This is where SAVIGNY's students played a decisive role in realizing and disseminating his theory.[76] The lectures of RUDOLF VON GNEIST, a former student of SAVIGNY turned professor, illustrate how SAVIGNY's ideas had become the prevailing doctrine and yet were further refined.[77] In GNEIST's lectures of 1854, like his former professor, he speaks of the *traditio* as a real agreement and specifically mentions the double declaration of will.[78] Going beyond SAVIGNY, GNEIST places the *justa causa*—which he takes to mean the legal transaction containing the will of the parties to transfer property—under the prerequisite of intention to transfer ownership itself that he refers to as the *animus transferendi dominii*.[79] A year prior, SAVIGNY expressed in his "*Obligationenrecht*" that the *justa causa* is not the *animus transferendi dominii*.[80] This term had often been used in Roman law as a one-sided expression.[81] For SAVIGNY the *animus* might not reflect the reciprocity that was crucial for understanding the *traditio* as a two-sided contract and thus he may have opted not to use it in this regard. With GNEIST the two-sided element is reflected by once referring to a "consensus transferendi dominii".[82] These different weightings on the *justa causa* are indicative of the early dissemination of the theory.[83]

In GNEIST's lectures the systematization of the derivative ownership acquisition becomes tangible in a concise form, which really merits the name 'abstract transfer theory' that legal science uses today.[84] He states that the *traditio* as a separate legal act of property law is independent from the validity of any

---

76 Cf. FUCHS (fn. 13), 82 f.; cf. HOFMANN (fn. 17), 61, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 37 and 41 f., cf. KUNKEL WOLFGANG, Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht, in: JuristenZeitung 1962, p. 457–463, 462.

77 Cf. the lecture notes by GNEIST's student ESSER, *passim*; Cf. VAN VLIET (fn. 7), 366, the theory had its opposition too, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 45, cf. RANIERI (fn. 2), 1061, cf. FUCHS (fn. 13), 106-118, cf. TROMBETTA (fn. 22), 277.

78 Cf. ESSER (fn. 6), 185. Cf. SAVIGNY (fn. 65), 312. Cf. SAVIGNY (fn. 1), 257.

79 Cf. ESSER (fn. 6), 184 "die justa causa ist also das Rechtsgeschäft, welches den übereinstimmenden Willen das Eigenthum zu übertragen enthält"; cf. SAVIGNY (fn. 1), Obligationenrecht, 259 f. The term *animus transferendi dominii* is mentioned regarding intention to transfer ownership going back as far as 11th century Byzantine jurists, the Glossatores and 16th century natural law theorist Donellus, cf. EHRHARDT (fn. 13), 192 f. and 199, cf. VAN VLIET (fn. 7), 353 f., cf. MEISSEL (fn. 2), 70, cf. LABORENZ (fn. 3), 66.

80 Cf. SAVIGNY (fn. 1), 258 f.

81 Cf. SAVIGNY (fn. 65), 312; cf. EHRHARDT (fn. 13), 190. Cf. MAC CORMACK GEOFFREY, The Role of Animus in the Classical Law of Possession, in: ZRGR 1969, 105-145, 105: "defining what exactly is meant by *animus* has proved particularly intractable". Examples of *animus* being used as a one-sided expression: *animus possidendi*, *animus negotia aliena gerendi*, and *animus furiosus* cf. HONSELL (fn. 3), 50 and 145, cf. MAC CORMACK, 116.

82 Cf. ESSER (fn. 6), 184: "Wesentlich ist also auch die Einwilligung des Empfängers".

83 After SAVIGNY other nuanced definitions of the *justa causa* were made, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 44.

84 RANIERI (fn. 2), 1056.

underlying contract ("es kommt daher nicht auf die Gültigkeit des zu Grunde liegenden Geschäfts an").[85] He then quotes the aforementioned interpretation of JULIAN of the case in which property is transferred despite a *dissensus in causa*. At this point, SAVIGNY's ideas had been disseminated, and GNEIST now didactically points at exactly that case, where the differences between SAVIGNY's newly gained approach and that of earlier jurists becomes clear.

IV. Early contours, contemporary reception and new approaches

In addition to the development of SAVIGNY's idea, some complementary perspectives shall be illustrated here. Firstly, early contours of SAVIGNY's idea in the past; secondly, the actualization of his theory in legislated law still in force today; which leads us, thirdly, to the question of a future of the abstract transfer theory in legislation.

A. Past: early contours

An 11th century Byzantine commentary has been linked by modern scholars with the idea of an abstract transfer of ownership before SAVIGNY.[86] It is the *scholion* to the Basilika 23.1.18 by the Byzantine jurist NIKAIOS (alias NICAEUS).[87] In that *scholion* the aforementioned antinomy of JULIAN and ULPIAN is discussed.[88] NIKAIOS asserts that there is no contradiction with JULIAN's (Iul.–D. 41.1.36) and ULPIAN's (Ulp.–D. 12.1.18) interpretation.[89] No preceding obligation is reached, NIKAIOS maintains, and still "ownership is transferred undisputedly,

85 ESSER (fn. 6), 185. Cf. SAVIGNY (fn. 1), 257, cf. MEISSEL (fn. 2), 71.

86 Cf. FUCHS (fn. 13), 22, cf. KARNER (fn. 13), 136, cf. HUPKA (fn. 62), 2, cf. EHRHARDT (fn. 13), 12 and 180.

87 For an overview of Byzantine Law, the Basilika and the new scholia cf. DE JONG HYLKJE, Using the Basilica, ZRGR 2016, 286–321, 291 f. Not much is known about NIKAIOS, cf. PENNA DAPHNE, Studying the 'new' Basilica scholia: a first evaluation, in: Schreiner Peter, Laut Jens Peter and Biliarsky Ivan (ed.), Byzantinische Rechtsgeschichte im internationalen Kontext: Akten einer Tagung der Akademien der Wissenschaften zu Göttingen und Sofia (28.9.–1.10.2021), Berlin and Boston 2024, 131–142, 136 and FUCHS (fn. 13), 22–26. Modern legal science controversially discusses whether NIKAIOS' opinion is influenced by JUSTINIAN directly or by later byzantine scholars. Cf. LABORENZ (fn. 3), 56 and PENNA DAPHNE, The eleventh-century Byzantine jurist NICAEUS. His scholia on the Basilica laws and his connection to the Meditatio de nudis pactis, in: Brandes Wolfram (ed.), Fontes Minores XIII, Berlin and Boston 2021, 111–132, 117.

88 Cf. PENNA (fn. 87), 115.

89 Cf. the case in chapter III.C. Cf. [NIKAIOS], [Scholion to the Basilika 23.1.18 (= D. 12.1.18)], in: Scheltema Herman Jan/Holwerda Douwe (eds.). Basilicorum Libri LX. Series B. Volumen 4. Scholia in libr. XXI–XXIII. Bad Feilnbach 2013 (reprint of Groningen: J.B. Wolters 1959), 1537 f., 1539: "οὐ γάρ ἐστιν ἐναντίον", cf. Iul.–D. 41.1.36, cf. Ulp.–D. 12.1.18.

because both parties consent to the object to be delivered and their will concurs in the transfer of ownership".[90] To NIKAIOS ULPIAN took the initial contract as an issue, whereas JULIAN is concerned with the transfer of ownership. NIKAIOS sees in both interpretations the transfer of ownership as unproblematic according to his above-mentioned understanding of the nature of the *traditio*.[91] While NIKAIOS does seem to disrupt the dependability of a valid underlying obligation to a transfer of ownership by *traditio*, he crucially does not yet claim the *traditio* to be a separate legal act as SAVIGNY did.[92]

While it is not certain if SAVIGNY knew of this *scholion*, FUCHS claims this to be very probable.[93] In his "*System des heutigen Römischen Rechts*" SAVIGNY comments on the antinomy under a systematic point of view, discussing the contract of donation, focusing on the question if a donation was reached.[94] He maintains like NIKAIOS that both Roman jurists discuss different topics.[95] He accepts JULIAN's view that ownership has been transferred—like JULIAN himself—as indisputable ("unzweifelhaft"[96]) even without an underlying obligation.[97] For SAVIGNY (and for NIKAIOS too, albeit from a different methodological standpoint) ULPIAN's solution presents no contradiction as the "*nummos accipientis non fieri*"[98] is not taken as an argument against ownership acquisition but as relating to the obligation in question.[99] For SAVIGNY (from the perspective of the *traditio* as a separate legal act) it is not certain whether ULPIAN also denies the transfer of ownership in addition to denying the loan

---

90 [NIKAIOS], 1539: "[…] ὅτι ἡ δεσποτεία ἀμάχως μεταφέρεται, ἐπειδὴ καὶ ἄμφο περὶ τὸ παραδιδόμενον σῶμα συναινοῦσιν, καὶ ἑκατέρων αἱ θελήσεις συντρέχουσιν εἰς τὴν τῆς δεσποτείας μετάθεσιν".

91 Cf. [NIKAIOS], 1539. According to FUCHS, NIKAIOS is concerned with the question of validity of the initial contract more so than with the transfer of ownership, cf. FUCHS (fn. 13), 23. HUPKA maintains that NIKAIOS' interpretation is based on finding a practical solution, cf. HUPKA (fn. 62), 26. This results in NIKAIOS' assertion that the question of repayment (already in ULPIAN) is made dependent on whether the money has already been spent. Here a practical argumentation becomes clear: if the new owner has spent the money, he should not have to give it back to someone who was more generous than the new owner initially wanted to allow, cf. HUPKA (fn. 62), 24 f.

92 Cf. FUCHS (fn. 13), 25.

93 Cf. FUCHS (fn. 13), 23.

94 Cf. SAVIGNY (fn. 64), 156–165.

95 Cf. SAVIGNY (fn. 64), 159, cf. [NIKAIOS], 1539.

96 SAVIGNY (fn. 64), 159.

97 In the context of the legal consequences, SAVIGNY eliminates ULPIAN's supposed contradiction as both interpretations lead to the same goal despite different procedural prerequisites. This is reminiscent of SAVIGNY's statement from 1820/1821, according to which different paths have practically the same consequence, cf. SAVIGNY (fn. 64), 160.

98 Ulp.–D. 12.1.18.

99 Cf. SAVIGNY (fn. 64), 160, cf. [NIKAIOS], 1539. NIKAIOS might refer to the idea that the receiving party may be confronted with a *condictio* suit, cf. FUCHS (fn. 13), 61 and 87.

agreement.[100] From SAVIGNY's point of view an invalid loan agreement would not affect the transfer of ownership.[101] Yet he also recognizes that ULPIAN presupposes an intention based on a certain ground for the transfer of ownership. Ultimately, he avoids a clear statement on ULPIAN's idea from the perspective of the newly acquired *traditio* as a real agreement by stating that ULPIAN discusses the question of a valid contract.[102] SAVIGNY then turns to the 'practical outcome of the whole matter' ("praktischen Ausgang der ganzen Sache"), which he considers to be the most important part: the legal consequences in JULIAN's and ULPIAN's interpretation could practically be the same despite all differences.[103] Here the circle to SAVIGNY's assertion in the 1820/1821 lectures closes.[104]

B. Present: *Savigny*'s theory in modern legislation and contemporary legal science

When the need in the German Empire for a unification of the law and thus a codification of private law outweighed the reservations that had existed for decades SAVIGNY's student BERNHARD WINDSCHEID (1817–1892) was involved in drafting the *BGB*.[105] SAVIGNY's theory—a product of legal science—lies at the basis of the principle of ownership transfer in § 929 sentence 1 *BGB* which still is in force today.[106] Here it is specified that there needs to be delivery of the object and intention to transfer ownership.[107] This constitutes a real agreement whose validity is abstract from any underlying contract.[108] In Switzerland, however, the *ZGB* from 1912—elaborated by its intellectual

100 Cf. SAVIGNY (fn. 64), 164.

101 Cf. SAVIGNY (fn. 64), 164.

102 Cf. SAVIGNY (fn. 64), 160: "Jedoch diese ganze, das Eigenthum betreffende, Frage liegt hier außer den Gränzen unsrer Untersuchung, und wir lassen sie an dieser Stelle auf sich beruhen. […]".

103 SAVIGNY (fn. 64), 161.

104 See chapter III.C.

105 Cf. FORTUNATO (fn. 13), 332; even earlier codifications in Bavaria, Prussia and Saxony adopted the abstract system, cf. KARNER (fn. 13), 138.

106 Cf. LABORENZ (fn. 3), 22, cf. EMPELL (fn. 22), 5, cf. RANIERI (fn. 2), 1056.

107 HONSELL HEINRICH, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, in: Bucher Eugen/Canaris Claus-Wilhelm/Honsell Heinrich/Koller Thomas (eds.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern and Munich 2005, 349–372, 350.

108 The French Civil Code from 1804 (*Code Civil*, hereinafter: *CC*) stems from an entirely different tradition that follows the natural laws principle of intention where delivery is not required to transfer ownership. Cf. HONSELL (fn. 3), 54, cf. RANIERI (fn. 2), 1076 f., cf. STAGL (fn. 65), 5 f.

progenitor EUGEN HUBER—deliberately did not follow SAVIGNY's theory.[109] The Swiss Civil Code explicitly follows the causal transfer system for real estate (Art. 974 Abs. 2 ZGB), where (much like the ALR and ABGB) an obligatory transaction and, in place of delivery, an entry of a right in rem is needed. This was extended to moveable property by the Federal Supreme Court in 1929.[110] Art. 974 Abs. 1 and 3 ZGB additionally address the issue of "*Rechtsverkehrsschutz*", something that, as previously mentioned, the abstract system already implies in itself by way of the *inter omnes* principle of real rights. Yet the legislators of the BGB made sure to include a separate norm on good faith purchase (§ 932 BGB) as well.[111] Both systems differ in terms of the balancing of interests and the legal consequences of contractual dissolution. The BGB combines de facto possession and ownership as far as possible through the real agreement.[112] This protects legal transactions and the creditors of the acquirer.[113] In the case of contractual reversal, the disposer can seek a *condictio*.[114] The ZGB, on the other hand, protects the disposer, who retains ownership in the event of defects can use the *rei vindication* to regain his object.[115] Despite all differences there are a number of similarities between the diametrically different theorized systems. Both operate with a separate obligatory transaction and dispository transaction; both, in the case of the ZGB more in legal science than legislation, know of a real agreement.[116] Both have separate norms for good faith protection.[117] But only the BGB recognizes the real agreement as independent from an underlying obligation.[118]

In German legal practice, SAVIGNY's principle of abstraction is weakened: the instrument of "*Fehleridentität*" is used to extend a defect in the underlying obligatory transaction to the real agreement, making the two interdependent

---

109 Cf. HUBER EUGEN, Schweizerisches Civilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Drittes Heft. Das Sachenrecht. Bern 1902, 389 f., cf. RANIERI (fn. 2), 1070.

110 Cf. RANIERI (fn. 2), 1067 and 1070; BGE 55 II 302. Cf. STAGL (fn. 65), 7. RANIERI maintains that the previous Swiss "*Obligationenrecht*" form 1881 did follow an abstract transfer theory despite it not being stated expressively in the code as became evident by decisions of the Swiss Federal Supreme Court, cf. RANIERI (fn. 2), 1067–1069.

111 Cf. VAN VLIET (fn. 7), 368.

112 Cf. VAN VLIET (fn. 7), 367, cf. KARNER (fn. 13), 135 and 138.

113 Cf. RANIERI (fn. 2), 1057.

114 Cf. RANIERI (fn. 2), 1089.

115 Cf. RANIERI (fn. 2), 1089, cf. STAGL (fn. 65), 24 f., cf. HONSELL (fn. 107), 356–358, to recover a payment, the *condictio* is to be used cf. HONSELL (fn. 107), 358–360.

116 Cf. KARNER (fn. 13), 139, cf. STAGL (fn. 65), 7. In the ZGB, it has namely implications for the retention of property, Cf. STAGL (fn. 65), 24, cf. HONSELL (fn. 107), 351 f.

117 In the BGB it is in practice less important, cf. VAN VLIET (fn. 7), 368.

118 Cf. HÄCKER (fn. 5), 49.

after all.[119] The *BGB* can further be modified by using conditions (§ 139 *BGB*) and reservation of ownership (§ 455 *BGB*) in such a way that it closely resembles the causal system.[120] Consequentially, VAN VLIET maintains: "the abstract system is *ius dispositivum*."[121] Today SAVIGNY's theory remains controversial in legal science.[122] This becomes evident with the role of legal science in proposing new legislation, as will be briefly addressed in the following remarks in terms of an outlook.

C. Future: drafts for new legislations and their ownership transfer systems

The different approaches of the current codifications to the transfer of ownership are emblematic for their respective regionally diverging historical developments.[123] Ownership transfer theories remain an ongoing endeavor for legal science and future legislation alike. For instance, the EU commissioned *Draft Common Frame of Reference* (*DCFR*), opts for a causal system; the proposed (and later withdrawn) *Common European Sales Law* (*CESL*) adheres to the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, delegating the discussion to the private international law of the member states.[124]

V. Conclusion

Roman Law, as it has been transmitted to us by JUSTINIAN, was thought to be condensed in such a way that what endured—as DANTE ALIGHIERI expressed in literary terms—was neither abundant nor vain.[125] The same cannot be said of the *BGB*, whose abstract transfer theory is based on SAVIGNY's concepts:

---

119 Cf. HÄCKER (fn. 5), 62, cf. RANIERI (fn. 2), 1065 f.

120 The drafts of the *BGB* make clear that the legislators did not want to favor conditions of real agreements as they supposedly lead to uncertainty, cf. MUGDAN B[ENNO], Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Herausgegeben und bearbeitet von B. MUGDAN, Kammergerichtsrath. III. Band: Sachenrecht, Berlin 1899, 186; cf. HÄCKER (fn. 5), 62, cf. VAN VLIET (fn. 7), 377 and cf. STAGL (fn. 65), 6.

121 Cf. VAN VLIET (fn. 7), 378.

122 Suffice it to mention here one proponent and one opponent. The strengths of the abstract system are promoted by HONSELL (fn. 107), *passim*; the weaknesses are mentioned by STAGL (fn. 65), *passim*.

123 Cf. STAGL (fn. 65), 8.

124 Cf. STAGL (fn. 65), 32 f.

125 ALIGHIERI DANTE, La Commedia. Die Göttliche Komödie. III. Paradiso / Paradies, ed. by and transl. by Hartmut Köhler, Stuttgart 2012, Paradiso (6, 12): "d'entro le leggi trassi il troppo e 'l vano".

the real agreement can be altered too much (e.g., with conditions) to a point where its core principle—the abstraction form an underlying obligation—is dissolved.[126] Still, SAVIGNY's scientific achievement of defining derivative ownership acquisition by way of the *traditio* as a separate legal act (and thus implementing a strict separation of property law and obligatory law) stands as an accomplishment in and of itself. Beyond classifying the abstract transfer theory as either fulfilling expectations or causing disillusionment—which remains an open case in today's controversial debate surrounding SAVIGNY's theory—the current reception exemplifies how legal history continues to play a decisive role in the making of law as well as in legal research.

The abstract transfer theory was made available for a private law codification only through its theorization in legal science on the foundation of the works of SAVIGNY and thus stands as a prime example for the influence of legal science into legislated law all while displaying the systematic-historic methods of SAVIGNY's "*Historische Rechtsschule*". In his 1814 proclamation "*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*" SAVIGNY claims that the law—once it passes from the consciousness of the entire nation to the consciousness of the jurists—becomes more artificial and intricate ("künstlicher und verwickelter").[127] It would be enticing then to regard his own ownership transfer theory—despite, or really in accordance with, the claims of being practically not that different from the approaches before him—as emphatically "*künstlich*" in the sense of a constructive, even creative, science.[128]

126 Cf. VAN VLIET (fn. 7), 376 f.

127 SAVIGNY (fn. 23), 12. However, on p. 161 he talks about an "organisch fortschreitend[e] Rechtswissenschaft" as the right means.

128 Cf. KUNKEL (fn. 76), 463: "Savigny war einer der größten juristischen Künstler aller Zeiten". Cf. VAN VLIET (fn. 7), 376, cf. LABORENZ (fn. 3), 85, cf. FELGENTRAEGER (fn. 12), 31 and 45, cf. RANIERI (fn. 2), 1057.

Recht und Digitalisierung – neue Herausforderungen und Erwartungen

Analoges Strafrecht, digitale Kriminalität oder (Don't) Shoot the Messenger?

Strafrechtliche Verantwortung digitaler Vermittlungsdienste für die Verbreitung nutzergenerierter Inhalte

Niklaus Julian Sempach

Inhalt

I. Einleitung 389

II. Das medienstrafrechtliche Gerüst 392
- A. Digitale Vermittlungsdienste als Medien im Sinne von Art. 28 StGB 393
- B. Veröffentlichung in sozialen Medien 395
- C. Persönlicher Geltungsbereich 396

III. Täterschaft und Teilnahme 398
- A. Digitale Vermittlungsdienste als Mittäter 398
- B. Gehilfenschaft durch Zurverfügungstellen digitaler Vermittlungsdienste 400

IV. Unterlassungsstrafbarkeit digitaler Vermittlungsdienste als Garanten gegen illegale Inhalte im Internet 401

V. Licht am Ende des Tunnels? 403

VI. Fazit 405

I. Einleitung

«Das Internet ist für uns alle Neuland.»[1] Bereits vor über einem Jahrzehnt warnte Altkanzlerin Angela Merkel die Gesellschaft vor der von kriminellen Akteuren im Internet ausgehenden Gefahr, denn so das vielbelächelte Zitat weiter: «[…] und es ermöglicht auch Feinden und Gegnern unserer demokratischen Grundordnung, mit völlig neuen Möglichkeiten und völlig neuen Herangehensweisen unsere Art zu leben in Gefahr zu bringen»[2]. Rückblickend

1 Beuth Patrick, Die Kanzlerin von Neuland, Die Zeit vom 19. Juni 2013.
2 Beuth (Fn. 1).

zeigt sich, dass sich diese Prophezeiung bewahrheiten sollte, denn besonders mit Blick auf soziale Medien[3], wurde aus dem Neuland bald ein Wilder Westen.[4]

Das niederschwellige Angebot sowie die weite Verbreitung sozialer Medien[5] führten sodann zum Aufkommen von neuer – besonders medienwirksamer – Formen der Kriminalität, so bspw. «TikTok-Dschihadisten»[6], Gewaltaufrufen, Ehrverletzungen und diskriminierenden Äusserungen[7] oder Drogenhandel in Sozialen Medien[8].

---

3 Nachfolgend auch: digitale Vermittlungsdienste, vgl. zur Terminologie: Art. 2 Abs. 1, Art. 3 lit. g/iii und Art. 6 der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, ABl L 277 vom 27. Oktober 2022, S. 1–102 (Gesetz über die Digitalen Dienste, GdD).

4 Gyarmatti Nikolaus, Phänomen Cybercrime und seine Bekämpfung, SZK 1-2/2019, 90; vgl. Bundi Marco, Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz – mit rechtsvergleichendem Blick auf Deutschland und die USA, Diss. Bern 2008, Rz. 365; Kernen Alexander, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Diss. Bern 2014, Rz. 2; Tremble Catherine, Wild Westworld: Section 230 of the CDA and Social Networks' Use of Machine-Learning Algorithms, Fordham Law Review 86(2) 2017, 829.

5 Bericht des Bundesrates vom 19. Juni 2024, Wie fit sind die Kantone in der Cyber-Strafverfolgung?, 13; Arnold Neele et al., Von Bären und Tradwives: Frauenbild rechter Influencerinnen auf Instagram, in: Krug Maximilian (Hrsg.), Zwischen Hausfrau und Hetze: Rechte Influencerinnen im digitalen Raum, Essen 2025, 6; Gyarmatti (Fn. 4), 89; vgl. Faverio Michelle/Sidoti Olivia, Teens, Social Media and Technology 2024, o.O. 2024, 4 f.; Kemp Simon, Digital 2025: Global Overview Report, online unter: <https://datareportal.com/reports/digital-2025-global-overview-report> (besucht 31.10.2025); IGEM, Factsheet Digimonitor 2025, Zürich 2025.

6 Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2024.52 vom 13. November 2024, E. 4.2.4.1; SK.2021.22 vom 11. November 2021, E. 2.4.1; Heimgartner Stefan/Inhelder Elena, Strafbarkeit dschihadistischer Propaganda, AJP 2022, 1222; vgl. Swaton Chiara/Tulej Aleksandra, Selbstversuch: Unter Möchtegern-Dschihadisten und Neo-Nazis, Wiener Zeitung vom 06. Mai 2025.

7 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_440/2019 vom 18. November 2020; 6B_627/2015 vom 04. November 2015; Frenkel Sheera, The storming of Capitol Hill was organized on social media, New York Times vom 06. Januar 2021; Meili Andreas/Galfano Michèle, Medienrechtliche und medienethische Schranken für Online-Leserkommentare, medialex 2016, Rz. 7 ff.; Murmann Thomas/Roth Simon, Nr. 25 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. April 2015 i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B_256/2014 [zur Publikation vorgesehen], forumpoenale 4/2015, 200; Oranburg Seth, Social Media and Democracy after the Capitol Riot, or, a Cautionary Tale of the Giant Goldfish, Mercer Law Review 73(2) 2022, 591; Selman Sine/Simmler Monika, «Shitstorm» – strafrechtliche Dimensionen eines neuen Phänomens, ZStrR 2018, 267.

8 Coomber Ross et al., Social Media Applications and 'Surface Web' Mediated Supply of Illicit Drugs: Emergent and Established Market Risks and Contradictions, in: Tzanetakis Meropi/South Nigel (Hrsg.), Digital Transformations of Illicit Drug Markets: Reconfiguration and Continuity, Bingley 2023, 17 f.; Demant Jakob et al., Drug dealing on Facebook, Snapchat and Instagram: A qualitative analysis of novel drug markets in the Nordic countries, Drug and Alcohol Review 38(4) 2019, 379 ff.; Fuller Ashly et al., Platforms, risk perceptions, and reporting: the impact of illicit drug advertisements on social media among UK secondary stu-

Die Identifizierung und Verfolgung dieser Täter:innen stellt die Strafverfolgung vor erhebliche Probleme, sodass Cyberstrafverfahren häufig ins Leere laufen.[9] Dennoch scheinen die Strafverfolgugsbehörden den Plattformen, welche die strafbaren Handlungen ermöglichen und von diesen wirtschaftlich profitieren,[10] keine Aufmerksamkeit zu schenken. Besonders eklatant wird diese Problematik, wenn man sich vor Augen führt, dass der wirtschaftliche Erfolg digitaler Vermittlungsdienste nicht davon abhängig ist, ob ein Inhalt gefährlich oder gar illegal ist.[11] Vielmehr ist das Verbreiten solcher Inhalte wirtschaftlich förderlich, da diese kontrovers sind und somit bedeutende Aufmerksamkeit und Engagement, *mit anderen Worten Einnahmen*, generieren.

Das mangelnde Engagement gegen strafbaren Handlungen seitens der Plattformen liegt wohl insbesondere daran, dass das Bundesgericht bereits 2007 die Haftung von Betreibern von – den modernen digitalen Vermittlungsdiensten ähnlichen – Diskussionsforen grundsätzlich verneinte,[12] und ohnehin keine klaren gesetzlichen Grundlagen zur strafrechtlichen Verantwortungszuweisung für die Verbreitung nutzergenerierter Inhalte im Internet existieren. Ende Oktober 2025 nahm sich der Bundesrat diesem Problem an und präsentierte einen Vorentwurf zum Bundesgesetz über Kommunikationsplattformen und Suchmaschinen mit dem Ziel, Transparenz zu fördern und die Verbreitung

---

dents, Harm Reduction Journal 22:154 2025, 6 ff.; zum Ganzen: Sempach Niklaus Julian, Social Media and the Sale of Illicit Substances, Zürich 2024, *passim*.

9 Gyarmatti (Fn. 4), 89 f.; Isenring Bernhard/Maybud Roy/Quiblier Laura, Phänomen Cybercrime – Herausforderungen und Grenzen des Straf- und Strafprozessrechts im Überblick, SJZ 2019, 443 u. 446; Knodel Tanja/Münch Gregor, Konflikte und Verzögerung im Wirtschaftsstrafprozess aus Sicht der Verteidigung, in: Jean-Richard Marc/Zolliger David (Hrsg.), Parteienkrieg und Verzögerungsbomben im Wirtschaftsstrafprozess, Zürich 2024, 54 f.; vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 5), 36 ff.; Bundesamt für Statistik (BFS), Digitale Kriminalität, online unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/polizei/digitale-kriminalitaet.html> (besucht 30.10.2025).

10 Bergman Matthew, Assaulting the citadel of section 230 immunity: products liability, social media, and the youth mental health crisis, Lewis & Clark Law Review 26(4) 2023, 1163; Buiten Miriam, The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 12(5) 2021, 361; Oranburg (Fn. 7), 595; Sadowski Jathan, When data is capital: Datafication, accumulation, and extraction, Big Data & Society 6(1) 2019, 1.

11 Bergman (Fn. 10), 1164; Citron Danielle, How to Fix Section 230, Boston University Law Review 103(3) 2023, 728 f.; Yi Liu/Yildirim Pinar/Zhang John, Implications of Revenue Models and Technology for Content Moderation Strategies, Marketing Science 41(4) 2022, 844; Oranburg (Fn. 7), 608 f.

12 Urteil des Bundesgerichts 6B_645/2007 vom 02.08.2008, E. 7.3.4.4.2; vgl. de Werra Jacques, Défis du droit d'auteur dans un monde connecté, Sic! 2014, 199; aber: Bericht des Bundesrates vom 29. September 2011, Rechtliche Basis für Social Media, 62 f.

gesetzeswidriger Inhalte via soziale Medien zu bekämpfen.[13] Die Effektivität des Gesetzes muss sich jedoch erst zeigen. Der Vollständigkeit halber sei der vorliegenden Diskussion vorgeschickt, dass das grösste praktische Problem bei der Verfolgung und Aufklärung von Cyberkriminalität im Allgemeinen sowie Platformbetreiber:innen im Speziellen wohl in der Tatsache liegt, dass die Verfolgung mit Blick auf die global agierenden Sozialen Medien bereits an territorialen Problemen scheitert.[14] Dennoch ist festzuhalten, dass auch Schweizer Anbieter solcher Dienstleistungen existieren und dass natürliche Personen in der Schweiz für diese Unternehmen tätig sind, bspw. für Google mit einer Niederlassung in Zürich.

Gegenstand des Aufsatzes ist nun die Frage, ob sich in Anbetracht des geltenden rechtlichen Rahmens, bestehend aus dem Medienstrafrecht, individualstrafrechtlichen Prinzipien (insb. den Systemen von Täterschaft und Teilnahme), der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB[15] sowie dem Vorentwurf zum KomPG[16] eine strafrechtliche Verantwortung von Plattformen bzw. den für die Plattform operativ tätigen natürlichen Personen für die Verbreitung strafbarer nutzergenerierter Inhalte dogmatisch begründen lässt, respektive welche gesetzlichen Hindernisse für eine solche Haftungskonstruktion bestehen.

II. Das medienstrafrechtliche Gerüst

Erster Anhaltspunkt einer strafrechtlichen Verantwortungszuweisung für das Verbreiten illegaler Inhalte findet sich in Art. 28 StGB. Dieser statuiert für Delikte, welche in einem Medium begangen werden und sich in der Veröffentlichung erschöpfen, eine Kaskadenhaftung.[17] Primär haftet für strafbare

---

13 BAKOM, Erläutender Bericht zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über Kommunikationsplattformen und Suchmaschinen (VE-KomPG) vom 29. Oktober 2025, 5 f.

14 Bericht des Bundesrates (Fn. 12), 61; Isenring/Maybud/Quiblier (Fn. 9), 443; vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 5), 37; Jaklin Franziskus, Kryptophones und das Territorialitätsprinzip, AJP 2025, 1012 ff.; Simmler Monika, Gegenüberstellung des Schweizer Rechts und der E-Evidence-Gesetzgebung der EU – eine Auslegeordnung, forumpoenale 2025, 132; Zeller Frank, Art. 28, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, 4. A. 2019, Rz. 103a.

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

16 Vorentwurf zum Bundesgesetz über Kommunikationsplattformen und Suchmaschinen (KomPG), online unter: <https://www.news.admin.ch/de/newnsb/6TmEAde4htulaWG9CWYtK> (besucht am 03.11.2025).

17 Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Art. 28, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher, Praxiskommentar StGB, 5. A. 2025, Rz. 1; Selman/Simmler (Fn. 7), 262; Zeller, Art. 28, BSK StGB, Rz. 92; vgl. BGE 128 IV 53 E. 5c S. 65 f.

Inhalte einzig der:die Autor:in nach Art. 28 Abs. 1 StGB.[18] Kann diese:r nicht ermittelt werden oder gelingt der Zugriff auf diese:n nicht, haften die nach Art. 28 Abs. 2 StGB vorgesehenen Personen, das heisst der:die verantwortliche Redaktor:in oder die für die Veröffentlichung verantwortliche Person, gemäss Art. 322bis StGB.[19] In der Konsequenz bedeutet dies, dass alle weiteren Beteiligten entgegen der allgemeinen Lehre von Täterschaft und Teilnahme *straffrei davon kommen*.[20] Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob eine Verantwortungszuweisung dieser Art nun auch auf Plattformbetreiber:innen vorzunehmen ist. Konkret stellen sich die Fragen: ob digitale Vermittlungsdienste den Medienbegriff in Art. 28 StGB erfüllen (A.), welche Delikte sich in der Veröffentlichung erschöpfen (B.) und inwiefern sich Betreiber:innen sozialer Netzwerke in die medienstrafrechtliche Kaskade einordnen lassen (C.).

A. Digitale Vermittlungsdienste als Medien im Sinne von Art. 28 StGB

Der sachliche Geltungsbereich von Art. 28 StGB erstreckt sich auf Delikte, welche durch *Veröffentlichung in einem Medium* begangen werden. Bereits 1996 erkannte der Gesetzgeber die Schnelllebigkeit der Medienwelt und revidierte die Bestimmung ausgehend von einem weiten Medienbegriff, wobei die terminologischen Einzelheiten bis heute nicht abschliessend geklärt sind.[21] Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es ursprünglich, die Medienlandschaft als Ganzes zu erfassen und auch Raum für technologische Entwicklung zu lassen.[22] Rechtsprechung und herrschende Lehre sind sich in Anbetracht dessen

18 BGE 147 IV 65 E. 5.3 S. 68; 128 IV 53 E. 5e S. 66 f.; Meili/Galfano (Fn. 7), Rz. 5; Werly Stéphane, Art. 28, in: Moreillon Laurent et al., Commentaire Romand Code pénal I, 2. A. 2021 Rz. 3; Zeller, Art. 28, BSK StGB, Rz. 73.

19 Meili/Galfano (Fn. 7), Rz. 5; Uhrmeister Patrick/Konopatsch Cathrine, Art. 28, in: Graf Damian, Annotierter Kommentar StGB, 2. A. 2025, Rz. 7; Werly, Art. 28, CR CP, Rz. 11; Zeller, Art. 28, BSK StGB, Rz. 94; vgl. Urteil des Bezirksgericht Zürich GG150250 vom 26. Januar 2016 E. 4.7.

20 BGE 147 IV 65 E. 5.1, S. 67; 124 IV 188 E. 1b/aa S. 190 f.; 76 IV 65 E. 2 S. 68; Schwaibold Matthias, Lausanner Nebelpetarden zu Facebook, sui generis 2021, Rz. 6; Schwarzenegger Christian, Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2017, 221; Trechsel/Jean-Richard, Art. 28, PK StGB, Rz. 9 u. 11; Zeller, Art. 28, BSK StGB, Rz. 39.

21 Botschaft vom 17. Juni 1996 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht), BBl 1996 IV, 527 f. u. 549; BGE 147 IV 65 E. 5.4.2 f. S. 69 ff.; vgl. Schwarzenegger Christian, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322bis StGB) in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, 173 f.

22 BBl 1996 IV 526 ff.; AB 1997 N Rz. 389 f.; AB 1997 S 573 f.; *e contrario* aArt. 27 StGB, der sich explizit auf Erzeugnisse der Druckerpresse beschränkte.

einig, dass soziale Medien grundsätzlich als Medium i.S.v. Art. 28 StGB zu verstehen sind.[23] Diese Auffassung ist in zweierlei Hinsicht einzugrenzen. Einerseits erfasst Art. 28 StGB keinesfalls Individualkommunikation, gleichwohl ob diese digital oder analog erfolgt.[24] Andererseits ist die Bezeichnung von digitalen Vermittlungsdiensten als Medium missglückt und technisch zumindest unpräzise: denn nicht die Plattform als solche, sondern das jeweilige Profil und die auf diesem verbreiteten Gedankeninhalte sind als Medium zu verstehen.[25] Ebenso wäre es falsch, das Zeitungspapier, die TV-Satelliten oder gar das Internet als Ganzes als Medium zu klassifizieren.[26] Fraglich bleibt diesbezüglich hingegen, welche Rolle die Betreiber:innen von Plattformen einnehmen, wenn sie durch algorithmisches Sortieren und Vorschlagen von nutzergenerierten Inhalten eine automatisierte quasiredaktionelle Rolle einnehmen.[27] Die Beantwortung dieser Frage sprengt den Rahmen dieser Abhandlung, jedoch wäre auch in dem Fall die Anwendung der Sonderregelungen von Art. 28 StGB auf die Betreiber:innen ausgeschlossen, da nur Verhaltensweisen vor der Deliktsvollendung von Art. 28 StGB erfasst werden.[28]

Ein kleiner Teil der Lehre vertritt hingegen die Auffassung, dass digitale Vermittlungsdienste die Medieneigenschaft nicht innehaben, da der Begriff Medium mehr beinhalte, als einzig die Möglichkeit zur massenmässigen Verbreitung.[29] Dies scheint vor allem damit zusammenzuhängen, dass es den Gesetzgeber:innen keinesfalls möglich war, das Entstehen von digitalen Vermittlungsdiensten in ihrer heutigen Form vorherzusehen und die Anwendung

---

23 BGE 147 IV 65 E. 5.4.2 S. 69 f.; Roth Simon, Nr. 26 Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, Urteil vom 26. Januar 2016 i.S. Hermann Lei gegen B. –GG150250, forumpoenale 2017, 293; Schwarzenegger (Fn. 20), 223 f.; Wohlers Wolfgang, Art. 28, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 5. A. 2024, Rz. 2; Zeller, Art. 28, BSK StGB, Rz. 49; vgl. BGE 136 IV 145 E. 3.3 S. 150.

24 BGE 147 IV 65 E. 5.4.3 S. 60; Schwaibold Matthias, Warum «Twitter» kein Medium im Sinne des Strafrechts ist, sui generis 2017, Rz. 6; Zeller, Art. 28, BSK StGB, Rz. 42 ff. u. 49; vgl. Riklin Franz, Nr. 57 Obergericht Zürich, Urteil vom 3. Dezember 2007 i.S. G., St., Gil. gegen Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis – SB060649 (ZH), forumpoenale 2008, 274.

25 Vgl. Schwaibold (Fn. 24), Rz. 17.

26 Niggli Marcel Alexander/Schwarzenegger Christian, Strafbare Handlungen im Internet, SJZ 2002, 66; Schwarzenegger (Fn. 21), 174; Semken Hartmut, (Un)Möglichkeiten der Inhaltskontrolle mit technischen Mitteln im Internet, in: Cassani Ursula et al. (Hrsg.), Medien, Kriminalität und Justiz, Chur/Zürich 2001, 256.

27 Vgl. auch Sempach (Fn. 8), 60 ff.

28 BGE 147 IV 165 E. 5.5 S. 72; Schleiminger Doritt/Mettler Christoph, Strafbarkeit der Medienverantwortlichen im Falle von Rassendiskriminierung. Art. 27, Art. 261bis Abs. 4 StGB, AJP 2000, 1041; Schwarzenegger (Fn. 20), 224 f.; s. dazu Sempach Niklaus Julian, Von «Which Power Ranger are you?» zu «How to Build a Bomb?» – Strafrechtliche Verantwortung von Betreiberinnen und Betreibern sozialer Medien für die Verwendung von algorithmischen Inhaltsempfehlungssystemen, [erscheint voraussichtlich in der ex/ante 2/2026].

29 Schwaibold (Fn. 24), Rz. 10 ff.

von Art. 28 StGB Rechtsunsicherheit und im Ergebnis schwer nachvollziehbare Urteile produziert.[30] Dieser Auffassung ist zwar gänzlich zuzustimmen und es wäre eine Art medienstrafrechtliche Sondernorm für strafbare Handlungen mittels digitaler Vermittlungsdienste wünschenswert,[31] dennoch lassen der Gesetzestext und die Materialien den Schluss, dass diese von Art. 28 StGB ausgenommen wären, wohl nicht zu.

B. Veröffentlichung in sozialen Medien

Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB im Allgemeinen ist, ob das fragliche Delikt durch eine Veröffentlichung begangen wurde und sich in dieser erschöpft.[32] Als veröffentlicht gelten Inhalte, welche einem grösseren, nicht persönlich zusammenhängenden Personenkreis zugänglich gemacht werden.[33] Darunter fallen auch Äusserungen gegenüber einem begrenzten Adressatenkreis, solange dieser nicht durch persönliche Beziehungen verbunden ist und der Inhalt innerhalb des Kreises von allen interessierten Personen wahrgenommen werden kann.[34] Umstritten bleibt einzig, wie gross der Kreis der Personen sein muss, an welche sich die Äusserung richtet, jedenfalls verneinte das Bundesgericht die Öffentlichkeit des Versands eines ehrverletzenden Schreibens an 250 Vereinsmitglieder.[35] Inhalte, die via soziale Medien verbreitet werden, gelten demnach dann als veröffentlicht, wenn der Zugriff nicht durch die verfassende Person eingeschränkt wird, bspw. durch Account-Einstellungen.[36] Von keinerlei Bedeutung für die Veröffentlichung ist *die Kenntnisnahme des Inhalts durch eine Drittperson*.[37]

---

30 Schwaibold (Fn. 20), Rz. 15; Selman/Simmler (Fn. 7), 263 ff.; vgl. Schwarzenegger (Fn. 21), 230.

31 So bereits: Sempach Niklaus, Strafbarkeit von Gewaltaufrufen in sozialen Medien, medialex 2023, Rz. 36.

32 BGE 147 IV 65 E. 5.5 S. 72; Stratenwerth Günther/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. A., Bern 2024, § 13 Rz. 167.

33 BGE 130 IV 111 E. 5.2.2 119 f.; 128 IV 53 E. 5c S. 65 f.; 126 IV 176 E. 2b S. 177 f.; Niggli Marcel Alexander/Fiolka Gerhard, Das Private und das Politische, Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht am Beispiel der Bundesgerichtsentscheide vom 21. Juni 2000 und vom 23. August 2000 betreffend Rassendiskriminierung, AJP 2001, 539 f.; Werly, Art. 28, CR CP, Rz. 15.

34 BGE 128 IV 53 E. 5c S. 65 f.; Werly Stéphane, Droit de la communication, 2. A. Bern 2024, Rz. 1361; vgl. BGE 126 IV 20 E. 1d S. 26; BGer 6B_645/2007 vom 2. Mai 2008 E. 8.2.3.

35 BGE 125 IV 177 E. 4 S. 183 f.; vgl. BGE 130 IV 111 E. 6 S. 120; Urteil des Bundesgerichts 6B_303/2011 vom 16. Juni 2011 E. 1; Niggli/Fiolka (Fn. 30), 546; Werly (Fn. 31), Rz. 1361.

36 BGE 147 IV 65 E. 5.4.4 S. 72.; Musy Stéphanie, La répression du discours de haine sur les réseaux socieaux, SJ 2019, 9 ff.; Riedo Christof/Beglinger Robin, Ehrverletzungen im Internet – insbesondere auf Facebook, AJP 2021, 1261; Schwarzenegger (Fn. 20), 228 Fn. 46; vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2016 5A_195/2016 E. 5.3.

37 BGE 147 IV 65 E. 5.6 S. 73; Riedo/Beglinger (Fn. 36), 1260; Schwarzenegger (Fn. 21), 177; Schwarzenegger (Fn. 20), 228 Fn. 46.

Sodann erfordert Art. 28 StGB, dass sich die strafbare Handlung in der Veröffentlichung erschöpft, also bereits durch diese vollendet ist.[38] Erfasst wird ein deliktisches Verhalten auch dann, wenn über die Äusserung hinaus noch eine Kenntnisnahme erforderlich ist,[39] weitere Handlungen, bspw. die Vornahme einer Vermögensdisposition oder das Begehen einer Straftat, schliessen Art. 28 StGB hingegen aus.[40] Betrachtet man die eingangs erwähnten Phänomene, so erfüllen diese mehrheitlich Tatbestände, welche als *Gedankenäusserungsdelikte* von Art. 28 StGB erfasst werden.[41] Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass das Medienstrafrecht für ebendiese Delikte greift, auch wenn sie mittels digitaler Vermittlungsdienste begangen werden. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Bundesgericht die Kundgabe rassendiskriminierender Äusserungen gemäss Art. 261bis Abs. 4 StGB, die Publikation harter Pornographie nach Art. 197 Abs. 4 StGB und die Veröffentlichung von Gewaltdarstellungen im Sinne von Art. 135 StGB vom Anwendungsbereich von Art. 28 StGB, mit Verweis auf den expliziten Zweck dieser Bestimmungen, die Verbreitung bestimmter Inhalte zu verhindern, ausnimmt.[42] Diese Argumentation vermag gar nicht zu überzeugen und ist gänzlich inkonsequent, zu Ende gedacht würde sie das Medienstrafrecht als Ganzes aushebeln, weshalb sie durch die Lehre weitestgehend abgelehnt wird.[43]

C. Persönlicher Geltungsbereich

Um eine ausufernde Strafbefreiung durch Art. 28 Abs. 1 StGB zu verhindern, erfasst die Privilegierung einzig Personen, die sich *medienmässig*, das heisst innerhalb der typischen und vorgesehenen Produktions- und Verbreitungskette, an der *Herstellung oder Verbreitung des Medienerzeugnisses beteiligen*.[44] Wer im Einzelnen von der Privilegierung profitieren soll, ist wiederum unklar. Ein Teil der Lehre will insbesondere Personen, welche sich einzig an der Verbreitung eines Medienerzeugnisses beteiligen, ohne den Inhalt zu beeinflus-

---

38 SCHWARZENEGGER (Fn. 21), 178 f.; WOHLERS, Art. 28, HK StGB, Rz. 3; WERLY, Art. 28, CR CP, Rz. 16.

39 RIEDO/BEGLINGER (Fn. 36), 1260; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 13 Rz. 169; ZELLER, Art. 28, BSK StGB, Rz. 64; vgl. die Aufzählung in WERLY, Art. 28, CR CP, Rz. 16; a.A. SCHWARZENEGGER (Fn. 20), 230.

40 TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 28, PK StGB, Rz. 7; SCHWARZENEGGER (Fn. 21), 179; SEMPACH (Fn. 31), Rz. 29; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 13 Rz. 170.

41 U.a. Art. 173 ff. StGB, Art. 259 StGB, Art. 19 Abs. 1 lit. f BetmG; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 VE-KomPG.

42 BGE 125 IV 206 E. 3c S. 211 f.; vgl. MUSY (Fn. 36), 14 f.; ZELLER, Art. 28, BSK StGB Rz. 68.

43 Bundi (Fn. 4), Rz. 592; NIGGLI/FIOLKA (Fn. 33), 545; WOHLERS, Art. 28, HK StGB, Rz. 3; SCHWARZENEGGER (Fn. 21), 185 f.; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 13 Rz. 169; WERLY, Art. 28, CR CP, Rz. 20; a.A. wohl TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 28, PK StGB, Rz. 7 m.w.H.

44 BGE 128 IV 53, E. 5e S. 67 f.; ZELLER, Art. 28, BSK StGB, Rz. 57; vgl. MUSY (Fn. 36), 14.

sen, von Art. 28 Abs. 1 StGB ausnehmen, was grundsätzlich zu befürworten ist, da das Delikt mit der Veröffentlichung vollendet ist, und das Medienprivileg somit nicht auf eine darüber hinausgehende Verbreitung anzuwenden ist.[45] Dies hätte jedoch zur Folge, dass nicht im Medienunternehmen tätige Personen, wie Kioskverkäufer oder Zeitungsausträger keinesfalls von Art. 28 StGB profitieren könnten.[46] Im Umkehrschluss führt die in erster Linie vom Bundesgericht vertretene Auffassung hingegen dazu, dass auch sehr weit vom Schaffensprozess entfernte Personen, wie ein Buchhändler, der ein Werk mit nachweislich rassendiskriminierendem Inhalt importiert, von der Privilegierung nach Art. 28 StGB profitieren,[47] was m.E. wiederum zu weit geht. Im Ergebnis am zutreffendsten ist wohl eine vermittelnde Ansicht, wonach sich das Medienprivileg auf unmittelbare Veröffentlichungshandlungen, wie das Zeitungsaustragen oder Plakatieren erstreckt, nicht aber auf dem Delikt nachgelagerte Handlungen.[48]

Ungeachtet dieser Frage schliesst das Erfordernis einer medienmässigen Mitwirkung die Anwendung von Art. 28 StGB auf Betreiber:innen von digitalen Vermittlungsdiensten aus, da die Verbreitung von Inhalten hier nicht von Menschen gesteuert wird.[49] Dementsprechend stellen digitale Vermittlungsdienste zwar die Infrastruktur, mittels welcher Inhalte verbreitet werden, zur Verfügung, es findet aber keine medienmässige Mitwirkung an diesen statt, da überhaupt keine aktive Handlung gegeben ist. Insofern sind digitale Vermittlungsdienste vergleichbar mit der Strasse, auf welcher sich der:die Zeitungsausträger:in bewegt, oder einer Plakatsäule, auf die ein Plakat geklebt wird.[50] Folglich kann das Medienstrafrecht weder eine Verantwortungszuweisung an die Betreiber:innen sozialer Medien für die Verbreitung strafbarer Inhalte ermöglichen noch sie privilegieren.

---

45 Niggli/Schwarzenegger (Fn. 26), 65; Wohlers, Art. 28, HK StGB, Rz. 5; Schleiminger/Mettler (Fn. 28), 1041; Schwarzenegger (Fn. 20), 225; Stratenwerth/Bommer (Fn. 32), § 13 Rz. 171; a.A. BGE 128 IV 53, E. 5e S. 67 f., Trechsel/Jean-Richard, Art. 28, PK StGB, Rz. 9, vgl. BGE 125 IV 206.

46 Koller Daniel, Cybersex, Diss. Zürich 2007, 429; Schwarzenegger/Niggli (Fn. 26), 65 f.

47 BGE 128 IV 53 E. 5e S. 67; 125 IV 206; zustimmend: Trechsel/Jean-Richard, Art. 28, PK StGB, Rz. 9; Werly, Art. 28, CR CP, Rz. 24.

48 Zeller, Art. 28, BSK StGB, Rz. 59 f.

49 Vgl. Bakshy Eytan/Messing Solomon/Adamic Lada, Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook, Science 348(6239) 2015, 1130; Eslami Motahare, "I always assumed that I wasn't really that close to [her]": Reasoning about Invisible Algorithms in News Feeds, CHI '15: Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems 2015, 153; Metzler Hannah/Garcia David, Social Drivers and Algorithmic Mechanisms on Digital Media, Social Drivers and Algorithmic Mechanisms on Digital Media 19(5) 2024, 735.

50 Zum Internet ähnlich: Stratenwerth/Bommer (Fn. 32), § 13 Rz. 172.

III. Täterschaft und Teilnahme

Durch das Wegfallen des Medienprivilegs stellt sich nun die Frage, ob die generellen Systeme von Täterschaft und Teilnahme eine Verantwortungszurechnung an die Betreiber:innen ermöglicht. Im Folgenden wird diskutiert, ob sich eine Mittäterschaft (A.) oder Gehilfenschaft (B.) der jeweiligen Personen konstruieren lässt.

A. Mittäterschaft digitaler Vermittlungsdienste

Die Mittäterschaft ermöglicht die wechselseitige Zurechnung von Tatbestandselementen an alle Mittäter:innen, auch wenn diese jene nicht selbst verwirklicht haben.[51] Als Mittäter:in gilt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung «[…] wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht; dabei kommt es darauf an, 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.»[52] Daraus ergeben sich zwei Kriterien, welche für die Annahme von Mittäterschaft erforderlich sind.[53] Einerseits müssen die Täter:innen aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses handeln.[54] Dieser muss nicht explizit geäussert werden, eine konkludente Einigung zur gemeinsamen Tatbegehung reicht aus.[55] Darüber hinaus kann der gemeinsame Tatentschluss auch erst während der Tatbegehung, spätestens bis zur Deliktsvollendung, gefasst werden (sog. sukzessive Mittäterschaft).[56] Als gemeinsamer Tatenschluss reicht grundsätzlich der Eventualvorsatz aus, es sei denn, das Delikt fordere

---

51 Urteil des Bundesgerichts 6B_140/2021 vom 24. Februar 2022 E. 2.4; 6B_1437/2020 vom 22. September 2021 E. 1.2.2; 6B_27/2020 vom 20. April 2020 E. 1.3.2; vgl. Stratenwerth/Bommer (Fn. 32), § 13 Rz. 49.

52 BGE 149 IV 57 E.3.2.2 S. 80; 135 IV 152 E. 2.3.1 155 f.; 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; vgl. Selman/Simmler (Fn. 7), 277; Trechsel/Geth, Vor Art. 24, PK StGB, Rz. 12.

53 Vgl. Wohlers, Vor Art. 24, HK StGB, Rz. 16.

54 BGE 143 IV 361 E. 4.10 S. 371 f.; 120 IV 17 E. 2d S. 23; Forster, Vor Art. 24, BSK StGB, Rz. 12; Nydegger, Vor Art. 24, AK StGB, Rz. 17; Sträuli, Intro Art. 24, CR CP, Rz. 85; vgl. Selman/Simmler (Fn. 7), 278.

55 BGE 149 IV 57 E.3.2.2 80 f.; 143 IV 361 E. 4.10 S. 371 f.; 125 IV 134 E. 3a S. 136; 115 IV 161 E. 2 S. 162; Forster, Vor Art. 24, BSK StGB, Rz. 12; Stratenwerth/Bommer (Fn. 32), § 13 Rz. 54.

56 BGE 149 IV 57, E. 3.2.2 S. 80; 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; 125 IV 134 E. 3a S. 136; Urteil des Bundesgerichts 6B_1201/2019 vom 1. Mai 2020 E. 1.3.2; Forster Marc, Kollektive Kriminalität, Das Strafrecht vor der Herausforderung durch das organisierte Verbrechen, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 27, Basel 1998, 18 f.; Stäuli, Intro Art. 24, CR CP, Rz. 89.

selbst einen strengeren Vorsatzmassstab.[57] Des Weiteren setzt die Annahme der Mittäterschaft einen wesentlichen Tatbeitrag im Sinne der obengenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung voraus. Konkret ist ein Tatbeitrag vonnöten, ohne welchen der Taterfolg nicht oder jedenfalls nicht in ihrer spezifischen Art und Weise verwirklicht worden wäre.[58] Unstrittigerweise ist ein solcher in den Fällen gegeben, wo der:die Täter:in einzelne Tatbestandselemente oder die Tat in eigener Person erfüllt.[59]

Der Tatbeitrag muss nicht ein aktiver sein und kann auch in einem Unterlassen bestehen.[60] Diese Variante drängt sich im vorliegenden Fall auf, da der Vorwurf im Fall digitaler Vermittlungsdienste nicht lauten kann, dass sie illegale Inhalte veröffentlicht haben (das ist das Handeln des:der Nutzers:in), sondern ganz im Gegenteil, dass sie diese nicht nachträglich entfernt haben. Nach der Subsidiaritätstheorie ist diese Untätigkeit als potentiell strafrechtlich relevantes Unterlassen zu verstehen.[61]

Eine Mittäterschaft von Angestellten digitaler Vermittlungsdienste hat vorliegend aus mehreren Gründen ausser Betracht zu fallen. Auf der einen Seite lässt sich angesichts der exorbitant hohen Datenmengen, die täglich mittels solcher Dienste generiert und verbreitet werden,[62] unmöglich feststellen, dass eine Person wissentlich bestimmte illegale Inhalte nicht entfernt hat und einen deliktischen Erfolg wollte.[63] Darüber hinaus scheitert die Annahme der Mittäterschaft daran, dass die meisten Delikte, welche durch die Verbreitung illegaler Inhalte in sozialen Medien begangen werden, mit der Veröffentlichung oder spätestens der Kenntnisnahme bereits vollendet sind,[64] womit sowohl eine sukzessive Mittäterschaft als auch ein wesentlicher Tatbeitrag der digita-

---

57 BGE 149 IV 57 E. 3.2.2 S. 80; 126 IV 84 E. 2c/aa S. 88; 125 IV 134 E. 3a S. 136; Urteil des Bundesgerichts 6B_1201/2019 vom 1. Mai 2020 E. 1.3.2; 6B_389/2020 vom 24. Juni 2020 E. 2.1: 6S.426/2003 vom 1. März 2004 E. 2.3.

58 Wohlers, Vor Art. 24, HK StGB, Rz. 18; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.135/2005 vom 1. September 2005 E. 1.2.4; Forster, Art. 25, BSK StGB, Rz. 8 *e contrario*.

59 BGE 130 IV 58 E. 9.2.1 f. S. 66 f.; 118 IV 227 E. 5c/aa S. 230; Stratenwerth/Bommer (Fn. 32), § 13 Rz. 60; vgl. BGE 135 IV 152 E. 2.3.1. 155 f.; 101 IV 177 E. I.3 S. 190.

60 BGE 96 IV 155 E. I.7 169; Sträuli, Intro Art. 24, CR CP, Rz. 114; vgl. BGE 104 IV 167 E. 2a f. S. 169 f.; differenzierend: Dan Adrian, Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé, Diss. Genf 2015, Rz. 460; a.A. Graf, Art. 11, AK StGB, Rz. 5, der in diesen Fällen nur von Gehilfenschaft ausgeht.

61 Vgl. BGE 129 IV 119 E. 2.2 S. 122; 122 IV 145 E. 2 S. 146; Dan (Fn. 60), Rz. 174 ff.; Wohlers, Vor Art. 10, HK StGB, Rz. 15.

62 Loy Matt, How Much Data Is Generated Per Day, Digitalsilk vom 30. September 2025, online unter: <https://www.digitalsilk.com/digital-trends/how-much-data-is-generated-per-day/> (besucht am 06.11.2025).

63 Vgl. anstelle vieler Niggli/Muskens, Art. 11, BSK StGB, Rz. 145 f.; Niggli/Maeder, Art. 12, BSK StGB, Rz. 23 ff. u. 48 ff.

64 Zu den Gedankenäusserungsdelikten s.o. II.B.

len Vermittlungsdienste und für diese tätigen Personen faktisch ausgeschlossen ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass selbst wenn eine Person, welche digitale Vermittlungsdienste betreibt oder bei einem solchen angestellt ist, von der Verbreitung eines illegalen Inhaltes Kenntnis erhält und das Entfernen von diesem Zeitpunkt an vorsätzlich unterlässt, eine Mittäterschaft nur dann überhaupt in Frage kommt, wenn das auf diese Weise begangene Delikt als Dauerdelikt einzustufen ist.[65] Hier zeigt sich ein weiteres wesentliches Problem in der Verfolgung von Gedankenäusserungsdelikten im digitalen Raum. Diese Delikte sind zwar mit der Veröffentlichung in Sozialen Medien respektive der Kenntnisnahme be- und vollendet, verletzen aber auch über diesen Zeitpunkt hinaus gleichermassen die betroffenen Rechtsgüter.[66] Im Gegensatz zu einem analog, mittels Sprache oder Schrift, geäussertem Gedanken, bleibt die Äusserung im Internet, vorbehaltlich einer Löschung, endlos bestehen und beeinträchtigt die Rechtsgüter weiterhin gleichermassen. Die Gleichbehandlung der analogen und digitalen Welt erscheint im Ergebnis höchst stossend und illustriert erneut, dass das StGB in seiner jetzigen Fassung wesentlichen Aspekten des Internets, besonders in Bezug auf digitale Vermittlungsdienste, nicht gerecht wird.

B. Gehilfenschaft durch Zurverfügungstellen digitaler Vermittlungsdienste

Da eine Zurechnung über die Täterschaft scheitert, stellt sich demnach die Frage, ob sich diese über eine die Gehilfenschaft an der Verbreitung strafrechtlich relevanter Inhalte nach Art. 25 StGB vornehmen lässt. Einleitend lässt sich festhalten, dass die Gehilfenschaft dem Prinzip der *Akzessorietät* folgt und eine tatbestandsmässige und rechtswidrige, zumindest versuchte Haupttat voraussetzt.[67] Im Anbetracht der vorliegenden Fragestellung ist dieses Erfordernis zu bejahen, steht gerade die Verantwortung für die Verbreitung illegaler Inhalte zur Debatte. Aus den vorstehenden Überlegungen zur Mittäterschaft lässt sich ableiten, dass auch die Gehilfenschaft auf objektiver Seite ungeeignet ist, eine Verantwortungszurechnung an digitale Vermittlungsdienste vorzunehmen, was im Nachfolgenden kurz dargelegt wird.

---

65 SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Über die Strafbarkeit des Hyperlink-Setzers – Zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 2002, medialex 2003, 30; WOHLERS, Vor Art. 24, HK StGB, Rz. 20; vgl. zu den Dauerdelikten BGE 141 IV 205 E. 6.3 S. 213; 135 IV 6E. 3.2 S. 9; 132 IV 49 E. 3.1.2.2 S. 55.

66 Ähnlich bereits: SEMPACH (Fn. 32), Rz. 14 m.w.H.

67 BGE 138 IV 130 E. 2.3 S. 137; Urteil des Bundesgerichts 6B_961/2015 vom 5. April 2016 E. 2.4.1; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 13 Rz. 87 ff.; TRECHSEL/GETH, Vor Art. 24, PK StGB, Rz. 24 ff.

Auf objektiver Tatbestandsebene fordert die Gehilfenschaft keinen wesentlichen Tatbeitrag, der:die Gehilf:in muss die Tat lediglich fördern, das heisst deren Erfolgschancen erhöhen.[68] Daraus ergibt sich wiederum, dass auch eine Teilnahme an einem bereits vollendeten Delikt nicht möglich ist.[69]

Auch auf der subjektiven Seite scheitert die Anwendung der Gehilfenschaft. Die Gehilfenschaft setzt anstelle eines gemeinsamen Tatentschlusses lediglich den sog. *Doppelvorsatz* voraus, welcher aus dem (Eventual-)Vorsatz auf Vollendung der konkreten, bestimmt gearteten Haupttat einerseits und bezüglich der Hilfeleistung anderseits besteht.[70] Auch hier liesse sich ein Vorsatz nur nach der Veröffentlichung und durch Kenntnisnahme des illegalen Inhaltes feststellen. Besonders, da ein allgemein gehaltener Vorsatz, das Verhalten, namentlich das Betreiben eines sozialen Netzwerks, könne irgendeiner Drittperson zur Begehung irgendeiner Straftat dienlich sein, den subjektiven Tatbestand der Gehilfenschaft nicht erfüllt.[71] Demnach zeigen sich auch die Systeme von Täterschaft und Teilnahme als nicht geeignet, eine Verantwortungszuweisung an die Betreiber:innen oder Angestellten digitaler Vermittlungsdienste vorzunehmen.

IV. Unterlassungsstrafbarkeit digitaler Vermittlungsdienste als Garanten gegen illegale Inhalte im Internet

Wie bereits in der Diskussion zur Verantwortungszurechnung über Täterschaft und Teilnahme angesprochen, kann der Vorwurf gegenüber für digitale Vermittlungsdienste tätigen Personen nur darauf lauten, illegale Inhalte nach deren Veröffentlichung nicht entfernt zu haben. Knüpfe man an ein aktives Tun an, bspw. die Zurverfügungstellung der Netzinfrastruktur, so liesse sich der Vorsatz des:der Platformbetreiber:in und ihrer Angestellten nur bei vorgängiger Kenntnis der illegalen Inhalte etablieren, was in der Praxis kaum eintreten wird. Zivilrechtlich wird in diesem Fall in der älteren bundesgericht-

---

68 BGE 137 IV 153 E. 1.8 S. 158; 132 IV 49 E. 1.1 S. 51 f.; 129 IV 124 E. 3.2 S. 126; Urteil des Bundesgerichts 6B_116/2024 vom 24. Januar 2025 E. 2.4; Forster (Fn. 56), 20; Forster, Art. 25, BSK StGB, Rz. 10; Sträuli, Art. 25, CR CP, Rz. 10.

69 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_97/2019 vom 6. November 2019 E. 2.3; Schwarzenegger/Niggli (Fn. 65), 30; Sträuli, Art. 25, CR CP, Rz. 6; Stratenwerth/Bommer (Fn. 32), § 13 Rz. 91.

70 BGE 149 IV 57 E. 3.2.3 S. 81; 132 IV 49 E. 1.1 S. 52; 121 IV 109 E. 3a S. 12; Mele Valentina/Peters Rana, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_1437/2020 vom 22. September 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft und B., Vergewaltigung und sexuelle Nötigung, Täterschaft und Teilnahme, AJP 2022, 387; Nydegger, Art. 25, AK StGB, Rz. 9; Stratenwerth/Bommer (Fn. 32), § 13 Rz. 121.

71 BGE 121 IV 109 E. 3a S. 120; 117 IV 186 E. 3 S. 188; Urteil des Bundesgerichts 6B_1148/2017 vom 28. September 2018 E. 2.2.4; vgl. auch Sträuli, Art. 25, CR CP, Rz. 30.

lichen Rechtsprechung aufgeführt, dass ein Verschulden durch Verbreitung nichtbekannter Inhalte dann gegeben sein kann, wenn auf Grund von vergangenen und wiederholten Rechtsverletzungen ernsthaft mit solchen gerechnet werden muss.[72] Mit der strafrechtlichen Vorsatzkonzeption, die Wissen und Willen hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale fordert, ist eine solche Auffassung jedenfalls kaum vereinbar. Theoretisch denkbar wäre eine grobfahrlässige aktive Tatbegehung, was für die vorliegende Untersuchung jedoch bereits deshalb ausser Betracht fallen muss, weil die zur Diskussion stehenden Gedankenäusserungsdelikte allesamt nicht nicht vorsätzlich begangen werden können.

Vor diesem Hintergrund stellt sich demnach noch die Frage, ob das Nichtentfernen illegaler Inhalte eine eigenständige Strafbarkeit digitaler Vermittlungsdienste begründen kann. Elementares Erfordernis der Unterlassungsstrafbarkeit nach Art. 11 StGB ist, dass der:die Täter:in eine Garantenstellung innehat.[73] Die vorliegende Frage, nämlich ob der:die Betreiber:in eines Produktes, das sich auf dem Markt befindet, für das Nichtverhindern von durch das Produkt verursachten Schaden haftet, wird in Anlehnung an zwei deutsche Gerichtsurteile als strafrechtliche Produkthaftung diskutiert.[74] Die Garantenstellung stützt sich in diesen Fällen gleichermassen auf die Grundlagen in Art. 11 Abs. 2 StGB.[75] Bestehen gesetzliche Bestimmungen, welche die Produktesicherheit explizit regeln, so bspw. in Bezug auf Arzneimittel, ergibt sich die Garantenstellung aus Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB.[76] In Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung stützt sich diese gegebenenfalls auf die Ingerenz im Sinne von Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB.[77] Diese besagt, dass, wer eine Gefahr für ein Rechtsgut schafft oder erhöht, verpflichtet ist, alles nach den Umständen Gebotene

---

72 Vgl. BGE 126 III 161 5b/bb S. 167 ff. m.w.H.

73 Dan (Fn. 60), Rz. 211; Grubmiller Peter, Unterlassen im Strafrecht – Eine vergleichende Darstellung der gesetzlichen Regelungen in der Schweiz und in Deutschland, Diss. Zürich 2011, 121; Popp Peter, Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung, recht 2003, 24; vgl. BGE 113 IV 68 E: 7 S. 75 f.; Cassani/Villard, Art. 11, CR CP, Rz. 20 ff.

74 Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs 2 StR 221/94 vom 2. August 1995; 2 StR 549/89 vom 6. Juli 1990 BGHSt, 37, 106; Gless Sabine, Strafrechtliche Produkthaftung, recht 2013, 54 ff.; Spitz Philippe, Strafrechtliche Produkthaftung – Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweisen?: unter besonderer Berücksichtigung der Organisationshaftung in Straf- und Zivilrecht, Diss. Basel 2000; vgl. BGE 121 IV 10.

75 Vgl. im Allg. Cassani/Villard, Art. 11, CR CP, Rz. 26 ff.; Niggli/Muskens, Art. 11, BSK StGB, Rz. 76 ff.; Wohlers, Art. 11, HK StGB, Rz. 8 ff.

76 Geth Christopher, Off-label-use von Arzneimitteln und strafrechtliche Produkthaftung, recht 2013, 130 f.; vgl. auch Gless (Fn. 74), 59 f.; aber Art. 86 Abs. 1 HMG.

77 Geth (Fn. 76), 131 ff.; Gless (Fn. 74), 60; Gless Sabine/Wohlers Wolfgang, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für «smarte» Produkte, ZStrR 2019, 386; Simmler Monika, Strafrechtliche Verantwortung beim Zusammenwirken von Mensch und Maschine, Habil. St. Gallen 2025, 227.

zu unternehmen, um zu verhindern, dass sich diese Gefahr realisiert.[78] Sodann liesse sich die Produkthaftung auf die *Herrschaft über eine Gefahrenquelle stützen*, wobei eine Unterscheidung aus meiner Sicht nicht erforderlich ist. Handelt es sich bei dieser, nicht explizit in Art. 11 Abs. 2 StGB vorgesehenen Grundlage, um eine *ingerenzähnliche Garantenstellung*, welche letztlich gleich zu behandeln ist.[79] Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich demnach per analogiam auch auf die Herrschaft über eine Gefahrenquelle.

Die Ingerenz stellt wohl den kontroversesten gesetzlich vorgesehenen Entstehungsgrund einer Garantenstellung dar und kann, wird sie nicht sinnvoll eingegrenzt, zu einer vollkommen ausufernden Unterlassungsstrafbarkeit führen.[80] So kann sich die Ingerenz nach zutreffender Auffassung der herrschenden Lehre nur auf Risiken beziehen, welche von der geschaffenen Gefahr selbst ausgehen: *entscheidende Grenze der Unterlassungsstrafbarkeit ist somit die eigenverantwortlich begangene Straftat einer anderen Person.*[81] Somit lässt sich in der zur Debatte stehenden Konstellation bereits an dieser Stelle die eigenständige Nebentäterschaft durch Unterlassen verneinen, da die strafbare Handlung von dem:der Nutzer:in ausgeht, welche den Inhalt teilt.

V. Licht am Ende des Tunnels?

Die Erkenntnis, dass die Tätigkeit digitaler Vermittlungsdienste eine klare Regulierung erfordert, führte Ende Oktober 2025 zur Veröffentlichung eines Vorentwurfs einer gesetzlichen Regulierung der Tätigkeiten sehr grosser digitaler Vermittlungsdienste.[82] Das KomPG selbst sieht dabei keine gesonderten Strafbestimmungen vor,[83] es stellt sich jedoch die Frage, ob und inwiefern die Pflichten des KomPG die zuvor diskutierten Instrumente zur Verantwortungszuweisung beeinflussen könnten, worauf nachfolgend eingegangen wird.

---

78 BGE 134 IV 255 E. 4.2.2 S. 260 f.; DAN (Fn. 55), Rz. 247; SIMMLER (Fn. 77), 227; TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Art. 11, PK StGB, Rz. 14;

79 HEINIGER MATTHIAS, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Diss. Bern 2011, Rz. 189; SIMMLER (Fn. 77), 227; STARTENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 14 Rz. 30; vgl. Allg. BGE 141 IV 249 E. 1.4.1 S. 255; GLESS/WOHLERS (Fn. 77), 386; GRAF, Art. 11, AK StGB, Rz. 14.

80 CASSANI/VILLARD, Art. 11, CR CP, Rz. 42; NIGGLI/MUSKENS, Art. 11, BSK StGB, Rz. 95; SIMMLER (Fn. 77), 228; vgl. CONNIX ANNA, Eine Frau wird im Nebenzimmer vergewaltigt, und niemand hilft ihr, recht 2024, 190; DAN (Fn. 60), Rz. 250 f.

81 KIM YOOKEUN, Individuelle und kollektive Zurechnung, Diss. Basel 2007, 73; TRECHSEL/MOGHADAM, Art. 11, PK StGB, Rz. 14 f.; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 32), § 14 Rz. 22; demnach nicht nachvollziehbar: BGE 81 IV 197; 80 IV 184.

82 Vgl. Art. 2 VE-KomPG.

83 Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens: Vorentwurf des Bundesgesetzes über Kommunikationsplattformen und Suchmaschinen (VE-KomPG) vom 29. Oktober 2025, 10 f.

Vorab lässt sich festhalten, dass sich das KomPG stark am Gesetz über die digitalen Dienste der EU orientiert und letztlich eine abgeschwächte Form desselben darstellt.[84]

Art. 4 Abs. 1 VE-KomPG verpflichtet digitale Vermittlungsdienste, ein Meldeverfahren für digitale Hassrede einzurichten und diese nach Art. 5 VE-KomPG innerhalb angemessener Frist zu bearbeiten (*Notice and Take-down*).[85] In Anbetracht der vielschichtigen Bedrohungen für Rechtsgüter durch in sozialen Medien verbreitete Inhalte, leuchtet besonders die Beschränkung auf bestimmte Delikte nicht ein.[86] Darüber hinaus besteht keine Pflicht zum Entfernen illegaler Inhalte,[87] weshalb aus dem KomPG in seiner jetzigen Form keine neue gesetzliche Garantenpflicht zur Entfernung illegaler Inhalte entstehen kann.[88] Auch der aus strafrechtlicher Perspektive wichtigste Aspekt von Notice and Take-down Mechanismen, dass sie den *Vorsatznachweis institutionalisieren*, indem die digitalen Vermittlungsdienste respektive die dafür tätigen Personen durch die Meldung Kenntnis von der Existenz der illegalen Inhalte erhalten, führt zu keiner wesentlichen Verbesserung der Situation.[89] Die diskutierten Formen der Verantwortungszuweisung scheitern wie zuvor dargelegt jeweils nicht, oder nicht nur, an der fehlenden Fähigkeit den Vorsatz der handelnden Personen nach der Veröffentlichung nachzuweisen. Dennoch ist die Möglichkeit eines Vorsatznachweises, insbesondere mit Blick auf potentielle zukünftige Haftungskonzepte, positiv zu bewerten.

Es bleibt demnach abzuwarten und zu hoffen, dass die vom KomPG erfassten Platformbetreiber:innen ihren Pflichten zur Überprüfung gemeldeter Rechtsverletzungen nachkommen, und festgestellte Verletzungen auch ohne explizit strafbewehrte gesetzliche Pflicht entfernen lassen. Jedenfalls lässt sich diesen strafrechtlich auch weiterhin keine Verantwortung für das Weiterverbreiten respektive Nichtentfernen illegaler Inhalte zurechnen.

---

84 Erläuternder Bericht (Fn. 83), 9; vgl. Art. 6 GdD u. Art. 4 VE-KomPG, vgl. zum GdD im Allg. SEMPACH (Fn. 8), 43 ff.

85 Erläuternder Bericht (Fn. 83), 15 ff.

86 *E contrario* Art. 6 Abs. 1 GdD, wonach alle illegalen Inhalte erfasst werden, vgl. HUSOVEC MARTIN/ROCHE LAGUNA IRENE, Digital Services Act: A Short Primer, online unter: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4153796> (besucht am 07.11.2025), 11; WOLTERS PIETER/GELLERT RAPHAËL, Towards a better notice and action mechanism in the DSA, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 14(3) 2023, 404.

87 Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 83), 11.

88 Vgl. NIGGLI/MUSKENS, Art. 11, BSK StGB, Rz. 76 ff. m.w.H.

89 Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Mai 2023 in der Rechtssache 45581/15 Sanchez v. France, Rz. 94 f.; ferner SEMPACH (Fn. 8), 67 f.

VI. Fazit

Das Individualstrafrecht und die damit verbundenen Konzeptionen zur Verantwortungszuweisung sind für die Erfassung und Verfolgung von Plattformbetreiber:innen und deren Angestellten für das Ermöglichen und Nichtverhindern strafbarer Gedankenäusserungen in den sozialen Medien gänzlich ungeeignet. Schwer zu beweisende, teilweise unerreichbare, Vorsatzerfordernisse, die dem digitalen Raum nicht gerecht werdende Konzeption der Deliktsvollendung von Gedankenäusserungsdelikten und die Insuffizienz des Medienstrafrechts zur Erfassung digitaler Kriminalität führen dazu, dass selbst das *bewusste Nichtentfernen von offensichtlicherweise illegalen Inhalten keine Strafbarkeit nach sich zieht*. Daraus ergibt sich ebenfalls erschwerend, dass auch eine Strafbarkeit der jeweiligen Unternehmen nach Art. 102 Abs. 1 StGB entfallen muss, weil auch diese den Nachweis der Erfüllung aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale bei einer Person im Sinne des Individualstrafrechts erfordert.[90]

Die Tatsache, dass ein Strafrecht, welches unter dem Eindruck von Satellitenfernsehen und Festnetztelefonie konzipiert wurde, nicht mit den Verwirrungen der modernen Informationsgesellschaften umzugehen weiss, ist weder verwunderlich noch verwerflich, führt aber zu erheblichen Problemen in der gegenwärtigen Rechtsanwendung. Dieser Aufsatz demonstriert, dass digitale Vermittlungsdienste keine strafrechtliche Verantwortung für die Zurverfügungstellung der Infrastruktur zur Verbreitung illegaler Inhalte via soziale Netzwerke und ihren Profit daran zu fürchten haben. Auch der vorliegende Entwurf zum KomPG stellt zwar einen begrüssenswerten ersten Ansatz zur Regulierung digitaler Vermittlungsdienste dar, zieht jedoch für das Strafrecht keine ernsthaften Konsequenzen nach sich. Die dargelegten Probleme, wonach die Strafbarkeit in solchen Fällen insbesondere an fundamentalen Prinzipien des Individual- und Medienstrafrechts scheitert, sind nach meiner Auffassung nur dadurch zu lösen, dass ähnlich zu Art. 28 StGB eine besondere Zuweisungsnorm für Delikte, die mittels digitaler Vermittlungsdienste begangen werden, erlassen wird. Damit wird nicht nur eine Rechtslage geschaffen, die der tatsächlichen gesellschaftlichen Bedrohungslage durch Kriminalität im Raum der sozialen Medien gerecht wird, sondern auch die unschönen und inkonsequenten Verbiegungen des Medienstrafrechts, im Versuch dieses auch für die sozialen Medien anzuwenden, behoben.

---

90 BGE 142 IV 333, E. 4.1 u. 5.1 S. 336 ff. m.w.H.; Jeanneret Yvan, La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière, AJP 2004, 918 f.; Macaluso, Art. 102, CR CP, Rz. 40; Vasella Juana, Die originäre Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB, forumpoenale 1/2018, 58.

Künstliche Intelligenz und Urheberrecht

Serafina Peter

Inhalt

I. Einleitung 408

II. Technische Grundlagen der Künstlichen Intelligenz 409
- A. Künstliche Intelligenz und Terminologie 410
  - 1. Typen von Künstlicher Intelligenz 410
  - 2. Deep Learning und Machine Learning 410
  - 3. Urheberrechtliche Relevanz 412
- B. ChatGPT 413
  - 1. Allgemeines zu ChatGPT 413
  - 2. Trainingsprozess 413
  - 3. Beispiel mit ChatGPT 414
- C. Zwischenfazit 415

III. Das Training Künstlicher Intelligenz nach schweizerischem Urheberrecht 415
- A. Trainingsprozess und Art. 10 URG 416
  - 1. Sammeln und Downloaden 418
  - 2. Reproduktion: Vorübergehende Speicherung 419
  - 3. Zwischenfazit 423
- B. Eigengebrauch Art. 19 URG 423
  - 1. Betriebsinterner Gebrauch 424
  - 2. Zwischenfazit 427
- C. Vorübergehende Vervielfältigungen Art. 24a URG 427
  - 1. Voraussetzungen 428
  - 2. Zwischenfazit 432
- D. Wissenschaftsschranke Art. 24d URG 432
  - 1. Forschungszweck 433
  - 2. Anwendung technische Verfahren 435
  - 3. Rechtmässiger Zugang 436
  - 4. Zwischenfazit 439
- E. Analogie zu Art. 28 ZGB 440
  - 1. Herleitung: Urheberpersönlichkeitsrechte 440
  - 2. Herleitung: Persönlichkeitsschutz Art. 28 ZGB 442
  - 3. Umsetzung der Analogie 443
    - a. Persönlichkeitsverletzung 444
    - b. Rechtfertigung 445
    - c. Interessenabwägung 446
  - 4. Voraussetzungen 446

5. Anwendung 446
6. Kritik 447
7. Zwischenfazit 448

IV. Gesamtfazit 448

I. Einleitung

Die fortlaufenden technischen Entwicklungen im Bereich der Künstlichen Intelligenz (KI) führen dazu, dass das Recht in Schieflage gerät und sich neue juristische Fragen eröffnen.[1] Dies betrifft insbesondere auch das Urheberrecht.

Eine KI kann Ergebnisse erstellen oder Hilfe leisten beim Erzielen von Ergebnissen, welche früher nur Menschen durch ihren Denkprozess erreichen konnten.[2] Bspw. generiert eine KI wie ChatGPT aufgrund entsprechender Anweisung einen neuen Songtext.[3] Dieser Text könnte theoretisch ein literarisches Werk i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. a URG[4] darstellen. Gegenwärtige Schieflagen bzgl. KI-Systemen im Urheberrecht betreffen Fragen, wie bspw., ob ein Werk, welches durch eine KI geschaffen wurde, überhaupt durch das Schweizer Urheberrecht geschützt werden kann und wer als Urheber gelten könnte.[5]

Eine weitere Problematik besteht in der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke für das Training von KI.[6]

Derzeit stösst diese Problematik auch auf reges politisches Interesse. Die Motion Gössi «*Besserer Schutz des geistigen Eigentums vor KI-Missbrauch*» hat unter anderem zum Ziel, dass Urheberinnen und Urheber vor der ungefragten Nutzung ihrer Werke durch KI-Systeme geschützt werden.[7]

---

1 Marmy-Brändli Sandra/Oehri Isabelle, Das Training künstlicher Intelligenz, sic! 2023, 655 ff. (zit. Marmy-Brändli/Oehri, Training), 655; Städeli Matthias/Mary Lisa, Künstliche Intelligenz und Urheberrecht, SJZ 2024, 244 ff., 244.

2 Atilla Sögüt, Dealing with AI-generated works: lessons from the CDPA section 9(3), Journal of Intellectual Property Law & Practice 2024, 43 ff., 45.

3 Atilla (Fn. 2), 45.

4 Art. 2 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1).

5 Thouvenin Florent et al., Training von KI-Modellen und Urheberrecht: Technische Grundlagen, Stand der Diskussion und Lösungsansätze, sic! 2026, 105 ff. (zit. Thouvenin et al., Training), 106.

6 Städeli/Mary (Fn. 1), 248.

7 Konrad Sabrina, KI und Urheberrecht: Die Schweiz such eine Lösung, 03.02.2026, abrufbar unter <https://dievolkswirtschaft.ch/de/2026/02/ki-und-urheberrecht-die-schweiz-sucht-eine-loesung/>.

Im August 2025 stand in den USA ein Vergleich zur Diskussion, wobei das KI-Unternehmen Anthropic 1,5 Milliarden Dollar bot, damit eine Sammelklage beigelegt werden kann.[8] Bei der Sammelklage haben mehrere Autoren geklagt, da Anthropic urheberrechtlich geschützte Bücher für das Training ihres KI-Chatbots Claude verwendet hat.[9] Im Juni 2025 klagte Getty Images gegen Stability AI und machte geltend, dass das Training und die Entwicklung von Stable Diffusion ihre Urheberrechte verletzen würden.[10]

Mit letzterer Problematik wird sich diese Arbeit auseinandersetzen. Konkret stellt sich die folgende Forschungsfrage: Werden Rechte Dritter bzw. das Urheberrecht verletzt oder tangiert, wenn eine KI mit Daten trainiert wird, welche Werke i.S. der Legaldefinition von Art. 2 URG darstellen?

In der folgenden Arbeit wird diesbezüglich die Situation unter Einbezug des gesamten Trainingsprozesses erläutert.

II. Technische Grundlagen der Künstlichen Intelligenz

Computerprogramme, die auf KI-Systemen beruhen, werden als eine Technologie verstanden, welche sowohl Maschinen als auch Computern ermöglicht, menschliche Intelligenz, sowie menschliche Problemlösungsfähigkeiten zu simulieren.[11]

Bei sämtlichen Computerprogrammen, welche sich auf eine KI stützen, werden Daten eingespeist.[12] Bei diesen Daten, auch Input genannt, handelt es sich um ein notwendiges Training der KI. Ein solcher Input wird durch eine KI verarbeitet und das Ergebnis dieser Verarbeitung wird als Output bezeichnet.[13] Der Input bzw. die Trainingsdaten können dabei urheberrechtlich geschützte Werke i.S.v. Art. 2 Abs. 2 URG darstellen.

---

8 Wegweisende Urheberrechtsklage: KI-Firma Anthropic will Autoren 1,5 Milliarden Dollar zahlen, SPIEGEL Netzwelt vom 06. September 2025, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/anthropic-ki-firma-plant-nach-vorwuerfen-1-5-milliarden-dollar-entschaedigung-fuer-autoren-a-296e2077-7789-4f77-a3b7-1931830d25a6?xing_share=news>.

9 Wegweisende Urheberrechtsklage: KI-Firma Anthropic will Autoren 1,5 Milliarden Dollar zahlen, SPIEGEL Netzwelt vom 06. September 2025, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/anthropic-ki-firma-plant-nach-vorwuerfen-1-5-milliarden-dollar-entschaedigung-fuer-autoren-a-296e2077-7789-4f77-a3b7-1931830d25a6?xing_share=news>.

10 Thouvenin et al., Training (Fn. 5), 126.

11 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

12 Städeli/Mary (Fn. 1), 244.

13 Städeli/Mary (Fn. 1), 244 f.

A. Künstliche Intelligenz und Terminologie

1. Typen von Künstlicher Intelligenz

KI-Systeme lassen sich in generative und analytische KI-Systeme unterscheiden.[14] Der Schwerpunkt der Arbeit liegt auf der Generativen KI. Sie nimmt Bezug auf die sog. Deep-Learning-Modelle (siehe unten, II.A.2.), welche auf einen Befehl hin, aus Rohdaten lernen und daraus neue Ergebnisse erzeugen können.[15] Damit die KI ein neues Ergebnis erstellen kann, benötigt sie sog. Trainingsdaten.[16]

Rechtliche Fragen stellen sich insbesondere sobald eine generative KI mit urheberrechtlich geschützten Werken trainiert wird.[17] Dadurch könnten Rechte von Dritten tangiert bzw. gegen das Urheberrecht verstossen werden.[18] In der Arbeit wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass als Trainingsdaten urheberrechtlich geschützte Werke i.S.v. Art. 2 URG verwendet werden.

2. Deep Learning und Machine Learning

Zu den Trainingsmethoden einer KI gehört das Machine Learning (ML).[19] Das ML (auch maschinelles Lernen) stellt eine Teildisziplin von KI-Systemen dar.[20] Das Deep-Learning-Model ist eine spezielle Form des ML.[21]

---

14 Städeli/Mary (Fn. 1), 246.

15 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>; Jakob Stefan/Witte Jule, Generative, analytische und kognitive KI: So nutzen wir sie, 31.10.2023, abrufbar unter <https://www.micromata.de/blog/generative-analytische-kognitive-ki-richtig-nutzen/>.

16 Jakob/Witte (Fn.15).

17 Christen Markus et al., Wenn Algorithmen für uns entscheiden: Chancen und Risiken der künstlichen Intelligenz, in TA-Swiss Publikationsreihe (Hrsg.) Zürich 2020, 1 ff., 130 f.; Städeli/Mary (Fn. 1), 244.

18 Städeli/Mary (Fn. 1), 244.

19 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 656.

20 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>; Wuttke Laurenz, Machine Learning vs. Deep Learning: Wo ist der Unterschied?, 19.04.2024, abrufbar unter <https://datasolut.com/machine-learning-vs-deep-learning/#Was-ist-Machine-Learning> (zit. Wuttke, Machine Learning).

21 Städeli/Mary (Fn. 1), 246; Thouvenin et al. (Fn. 5), 107.

Beim ML lernt ein Algorithmus mittels Wiederholung selbständig Aufgaben zu erfüllen.[22] Dabei orientiert sich die KI an den Trainingsdaten und lernt selbständig die Struktur der Rohdaten zu erkennen.[23]

Das maschinelle Lernverfahren wird in drei Schritte unterteilt. Zunächst werden die Trainingsdaten (Input) durch den Menschen verbessert, indem er dem Algorithmus den gewollten Output angibt.[24] Als nächster Schritt muss ein Modul trainiert werden, welches die KI belohnt, wenn diese das richtige Ergebnis erzielt (siehe unten, II.B.2.)[25] Als letzter Schritt wird der Transformer aufgebaut.[26] Dabei kann der Transformer durch die Anwendung der erhaltenen Rückmeldung, den eigenen Output verbessern.[27]

Beim Deep Learning können künstliche neuronale Netzwerke (Algorithmen) aus grossen Datenmengen lernen.[28] Diese Neuronen müssen mittels Trainings mit grossen Datenmengen konfiguriert werden.[29] Aus dem Training der Neuronen resultiert ein sog. Deep-Learning Modell, dieses Modell kann nach seiner Konfiguration neue Daten selbständig verarbeiten.[30] Deep-Learning Modelle finden vor allem in der Sprach-, Bilder- und Texterkennung Anwendung.[31]

ML im allgemeinen und die spezielle Form davon, das Deep Learning, unterscheiden sich also einerseits durch ihre neuronalen Netze und andererseits durch den Umfang des menschlichen Eingreifens.[32] Algorithmen des ML verwenden neuronale Netze, die über eine sog. Eingabeschicht, auch Input-Schicht genannt und eine Ausgabeschicht (Output-Schicht) verfügen.[33] Beim ML im allgemeinen müssen die Input-Daten von menschlichen Experten

---

22 Roscher Karsten/Guderitz Anna/Hengl Hans-Thomas, Künstliche Intelligenz (KI) und maschinelles Lernen, München 2024, abrufbar unter <https://www.iks.fraunhofer.de/de/themen/kuenstliche-intelligenz.html>; Städeli/Mary (Fn. 1), 246.

23 Cherpillod Ivan, Intelligence artificielle et droit d'auteur, sic! 2023, 445 ff., 445; Roscher/Guderitz/Hengl (Fn. 22); Städeli/Mary (Fn. 1), 246.

24 Lenz Ulrich, Positionen, Generative Künstliche Intelligenz als Game Changer? in: Busse Stefan et al. (Hrsg.) Beiträge zur Beratung in der Arbeitswelt, Göttingen 2023, 1 ff., 3.

25 Lenz (Fn. 24), 3.

26 Lenz (Fn. 24), 3.

27 Lenz (Fn. 24), 3.

28 Wuttke, Machine Learning (Fn. 20); Städeli/Mary (Fn. 1), 246.

29 Was ist Deep Learning, Zürich 2025, abrufbar unter <https://www.oracle.com/ch-de/artificial-intelligence/machine-learning/what-is-deep-learning/>.

30 Was ist Deep Learning, Zürich 2025, abrufbar unter <https://www.oracle.com/ch-de/artificial-intelligence/machine-learning/what-is-deep-learning/>.

31 Wuttke, Machine Learning (Fn. 20).

32 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

33 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>; Städeli/Mary (Fn. 1), 246.

strukturiert bzw. beschriftet werden, damit die KI bestimmte Merkmale aus den Daten extrahieren kann.[34] Dieser Algorithmus ist somit auf das sog. überwachte Lernen beschränkt.[35]

Die Deep-Learning Algorithmen wenden tiefe neuronale Netze an.[36] Beim Deep-Learning handelt es sich um ein unüberwachtes Lernen, was eine automatische Extraktion von Merkmalen aus grossen, nicht beschrifteten, sowie unstrukturierten Datensätzen ermöglicht,[37] ohne dass ein menschliches Eingreifen notwendig ist.[38]

Für die Arbeit hier ist vor allem der Input relevant, insbesondere wenn die KI mit urheberrechtlich geschützten Werken trainiert wird und deren Verwendung das Urheberrecht tangiert.

Auf der Basis von Deep Learning Modellen mit menschlicher Sprache arbeiten die sog. Large Language Models, auch LLM genannt.[39] Dieser Algorithmus verwendet die Deep-Learning-Technik und grosse Datensätze, um Inhalte zu verstehen, zu generieren, zusammenzufassen oder vorherzusagen.[40] Solche Sprachmodelle, fallen unter die generative KI.[41]

3. Urheberrechtliche Relevanz

Aus juristischer Sicht müssen beim Training einer KI mit urheberrechtlich geschützten Daten verschiedene Prozesse unterschieden werden. Zum einen müssen die Daten gesammelt werden und zum anderen müssen diese Daten zu Trainingszwecken in ein System einer KI eingespeist werden.[42] Ausserdem ist zu beachten, dass Daten innerhalb des Trainingsprozesses reproduziert

---

34 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

35 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

36 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

37 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

38 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

39 Wuttke Laurenz, Large Language Model: Einblicke in die wichtigsten Konzepte und Beispiele, 27.06.2024, abrufbar unter <https://datasolut.com/was-ist-ein-large-language-model/> (zit. Wuttke, Large Language).

40 Wuttke, Large Language (Fn. 39).

41 Wuttke, Large Language (Fn. 39).

42 Städeli/Mary (Fn. 1), 247.

werden, dabei werden sie teilweise auch bearbeitet.[43] Die Trainingsdaten müssen urheberrechtlich geschützt sein, damit das Urheberrecht tangiert wird.[44]

B. ChatGPT

1. Allgemeines zu ChatGPT

Die Arbeit nimmt immer wieder Bezug auf ein Beispiel, welches mit der KI ChatGPT erstellt wurde. Bei ChatGPT handelt es sich um ein sog. auto-generatives KI-Chatbot-System, basierend auf dem Konzept des LLM und stellt somit ein Deep-Learning-Modell dar.[45] Die Trainingsdaten können aus Lehrbüchern, Websites und verschiedenen Artikeln bestehen, aber auch aus sozialen Medien.[46] Das bedeutet, ChatGPT kann grundsätzlich mit urheberrechtlich geschützten Werken trainiert werden.[47]

2. Trainingsprozess

Der Trainingsprozess von ChatGPT beinhaltet mehrere Phasen.[48] Die erste Phase umfasst die Datensammlung. Dies geschieht u.a. mittels Crawling, in den meisten Fällen mit anschliessendem Download der Daten. In der zweiten Phase geht es um das sog. Vortraining, dabei wird das neuronale Netzwerk mit den gesammelten Daten trainiert.[49] In der dritten Phase geschieht eine Feinabstimmung, wobei das Modell mit einem aufgabenspezifischen Datensatz weiter trainiert wird.[50] Als letzte Phase kommt eine iterative Verbesserung zur Anwendung, d.h. es erfolgt eine schrittweise Wiederholung der Rechengänge durch die KI, wobei das Modell trainiert, evaluiert und verbessert wird.[51] Die Trainingsdaten werden, während des Trainingsprozesses, nach dem Sammeln immer wieder reproduziert.[52] Dazu wird manchmal auch nur ein Teil der Trai-

---

43 Städeli/Mary (Fn. 1), 247.

44 Christen et al. (Fn. 17), 130 f.; Städeli/Mary (Fn. 1), 247.

45 Wuttke Laurenz, Was ist Künstliche Intelligenz?, 02.06.2024, abrufbar unter <https://datasolut.com/was-ist-kuenstliche-intelligenz/#Was-ist-Künstliche-Intelligenz> (zit. Wuttke, Künstliche Intelligenz).

46 ChatGPT: Die 14 wichtigsten Fragen + Antworten, abrufbar unter <https://www.moin.ai/chatbot-lexikon/chatgpt-chatbot>; Wuttke Laurenz, Was ist ChatGPT?, 26.06.2024, abrufbar unter, <https://datasolut.com/was-ist-chatgpt/> (zit. Wuttke, ChatGPT).

47 ChatGPT: Die 14 wichtigsten Fragen + Antworten, abrufbar unter <https://www.moin.ai/chatbot-lexikon/chatgpt-chatbot>.

48 Wuttke, ChatGPT (Fn. 46).

49 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657; Wuttke, ChatGPT (Fn. 46).

50 Wuttke, ChatGPT (Fn. 46).

51 Wuttke, ChatGPT (Fn. 46).

52 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.

ningsdaten kopiert.[53] Die Daten werden bei diesem Kopiervorgang nur im Arbeitsspeicher gespeichert und in der Regel nur vorübergehend.[54]

Vom Trainingsprozess eines KI-System ist das Sammeln der Daten zu unterscheiden (siehe unten, III.A.1.).

3. Beispiel mit ChatGPT

Als Beispiel wurde ChatGPT aufgetragen einen Songtext im Stil von Rihanna zu verfassen. Daraufhin hat ChatGPT ein Lied mit mehreren Strophen und dem Titel: «Can't stop me» als Output generiert.

Die erste Strophe, des Songtextes von ChatGPT lautete:

«I woke up, I'm feelin' like a queen,
Every move, I'm movin' to the beat,
Ain't no fear, just the rhythm in my veins,
I'm unstoppable, don't try to play me»[55].

ChatGPT antwortet auf die Frage, mit welchem Input der Output erstellt wurde, dass dazu typische Elemente verwendet wurden, welche in Songtexten von Rihanna zu finden sind, wie selbstbewusstes Empowerment, Tanzbarkeit und Club Vibes etc.

Wird ChatGPT gefragt, ob die für das Training verwendeten Lieder urheberrechtlich geschützt sind, lautet die Antwort nein. Gemäss ChatGPT basiert der Input auf einer Vielzahl von Quellen, wie u.a. Songtexte, Bücher, Webseiten etc., welche sicher urheberrechtlich geschützt sind. Somit widerspricht sich ChatGPT selbst.

Bei der Nutzung von ChatGPT wird zusätzlich darauf hingewiesen, dass dieses durchaus unzutreffende Informationen übermitteln kann. Aufgrund dieses Widerspruchs und des Nutzungshinweises der KI, wird für diese Arbeit angenommen, dass ChatGPT dennoch mit urheberrechtlich geschützten Songtexten von Rihanna trainiert wurde.

---

53 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.
54 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.
55 ChatGPT, abrufbar unter <https://chatgpt.com/>.

C. Zwischenfazit

Bei der KI muss zwischen der schwachen und starken KI unterschieden werden,[56] sowie zwischen der generativen und analytischen KI, wobei für die Arbeit die generative KI relevant ist.[57] Bei der generativen KI müssen weiter die Deep-Learning-Modelle und das ML auseinandergehalten werden.[58] In der Arbeit stehen ChatGPT als Deep-Learning-Modell und das Training von KI im Vordergrund. Insbesondere das Training mittels urheberrechtlich geschützten Werken.

III. Das Training Künstlicher Intelligenz nach schweizerischem Urheberrecht

Im folgenden Kapitel wird die rechtliche bzw. urheberrechtliche Situation in der Schweiz betrachtet, falls eine generative KI mit urheberrechtlich geschützten Werken (Trainingsdaten) trainiert wird.

Das Urheberrecht schützt Werke i.S.v. Art. 2 URG.[59] Art. 2 Abs. 1 URG beinhaltet eine Legaldefinition für den Begriff Werk: «*Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben*»[60]. Zu den Werken gehören u.a. Sprachwerke (Art. 2 Abs. 2 lit. a URG), Werke der Musik und andere akustische Werke (Art. 2 Abs. 2 lit. b URG), aber auch Bilder (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG).[61] Solche Werke können verwendet werden, um ChatGPT zu trainieren, wodurch das Urheberrecht tangiert werden könnte.[62]

Beim Training von ChatGPT muss zwischen den verschiedenen Phasen des Trainingsprozesses unterschieden werden, denn je nach Phase können unterschiedliche urheberrechtlich relevante Handlungen vorliegen (siehe oben, II.B.2.)[63] Im Rahmen des Trainingsprozess von ChatGPT könnte u.a. eine Ver-

---

56 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>; Städeli/Mary (Fn. 1), 245; Schwache vs. Starke KI, abrufbar unter <https://ki.thws.de/thematik/starke-vs-schwache-ki-eine-definition/>.

57 Jakob/Witte (Fn.15); Städeli/Mary (Fn. 1), 246.

58 Was ist Künstliche Intelligenz (KI)?, abrufbar unter <www.ibm.com/de-de/topics/artificial-intelligence>.

59 Marbach Eugen/Ducrey Patrik/Wild Gregor, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., Bern 2017, Rz. 241.

60 BGE 143 III 373 E. 2 S. 377; BGE 134 III 166 E. 2.1 S. 169; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 241.

61 BGE 134 III 166 E. 2.1 S. 169; Städeli/Mary (Fn. 1), 248.

62 Städeli/Mary (Fn. 1), 248.

63 Städeli/Mary (Fn. 1), 248.

letzung des Ausschliesslichkeitsrechts i.S.v. Art. 10 URG auftreten, insbesondere Vervielfältigungshandlungen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG.[64]

Jedoch können gesetzliche Ausnahmen durch Schrankenbestimmungen bestehen.[65] Durch solche Schranken können die Ausschliesslichkeitsrechte eines Rechtsinhabers eingeschränkt werden.[66] In dieser Arbeit werden deshalb u.a. Schrankenbestimmungen zum Eigengebrauch i.S.v. Art. 19 f. URG, vorübergehende Vervielfältigungen nach Art. 24a URG und die Verwendung zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung i.S.v. Art. 24d URG diskutiert.[67]

A. Trainingsprozess und Art. 10 URG

Das Urheberrecht gewährt einem Urheber ein Ausschliesslichkeitsrecht, an dem von ihm geschaffenen Werk.[68] Gemäss der Generalklausel, welche in Art. 10 Abs. 1 URG verankert ist, steht allein dem Urheber die Entscheidung zu, ob, wann und wie sein Werk verwendet werden soll.[69] Dem Urheber steht sowohl ein Verfügungsrecht als auch ein Abwehrrecht (Dritte von Nutzung ausschliessen) zu.[70]

Diese Arbeit befasst sich insbesondere mit der Frage, ob das Training von ChatGPT mit urheberrechtlich geschützten Werken ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG darstellt.

Gemäss dem Vervielfältigungsrecht steht allein dem Urheber das Recht zu, Kopien seines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen.[71] Er kann nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG Werkexemplare wie Druckerzeugnisse, Ton-, Tonbild-

---

64 BGE 143 II 617 E. 4.1 S. 621; Christen et al. (Fn. 17), 130 f.; Isler Michael, Text und Data Mining in der medizinischen Forschung, LSR 2022, 111 ff., 112; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 310 ff.; Städeli/Mary (Fn. 1), 248.

65 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 343.

66 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 343.

67 Gao Richard, Praxis des Immaterialgüterrechts in der Schweiz, sic! 2025, 63 ff., 67; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 659; Semmelmann Constanze, Künstliche Intelligenz und Urheberrecht: Stand zu Training und Output 2024, sic! 2024, 637 ff., 639 ff.

68 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 309; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.

69 BGE 143 II 617 E. 4.1 S. 621; BGE 140 III 616 E. 3.1 S. 618; Rehbinder Manfred/Haas Lorenz/Uhlig Kai-Peter, Art. 10, Orell Füssli Kommentar, Urheberrechtsgesetz mit weiteren Erlassen und internationalen Abkommen, 4. A. 2022, N 1; Isler (Fn. 64), 113; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 310; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.

70 Bötschi Corina, Bestimmung der Art und des Umfanges der Rechtseinräumung im Urheberrechtsvertrag, Ein Beitrag zur Methode der Vertragsauslegung, in: ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2021, 1 ff. 5; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.

71 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 312.

oder Datenträger herstellen.[72] Irrelevant ist, auf welche technische Weise diese Vervielfältigung erfolgt.[73] Die Trainingsdaten werden im Rahmen des Trainings von ChatGPT vervielfältigt, was eine Urheberrechtsverletzung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG darstellen kann,[74] wobei zwischen dem Download beim Sammeln der Daten und dem vorübergehenden Speichern der Daten unterschieden werden muss. Einige Literaturnachweise unterstützen die Meinung, dass durch das Training von ChatGPT ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht bestehen kann.[75]

Das Training von ChatGPT benötigt ein grosses Datenset.[76] Der Trainingsprozess von ChatGPT befasst sich in einer ersten Phase mit dem Sammeln von Daten, mit denen die KI in einer späteren Phase trainiert wird, d.h. mit der Erstellung des Datensets.[77] Gehen wir vom oben genannten Beispiel aus (siehe oben, II.B.3.), wird ChatGPT mit einem grossen Datenset trainiert, welches u.a. Songtexte von Rihanna beinhaltet. Diese müssen zunächst gesammelt werden, wodurch das Datenset erstellt wird.

Eine Vervielfältigung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG kann u.a. auch als eine digitale Speicherung erfolgen, als Kopie eines digitalen Trägermediums oder auch als Download aus dem Internet.[78] Dadurch können auch unkörperliche Kopien der Trainingsdaten entstehen.[79]

ChatGPT muss somit für das Datenset die Songtexte aus u.a. dem Internet downloaden.

---

72 Bötschi (Fn. 70), 18 ff.; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 312; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658.

73 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 312.

74 Christen et al. (Fn. 17), 130 f.

75 Kübler Phillip, Wie generative KI-Systeme Rechte nutzen, 06.06.2023, abrufbar unter <https://medialex.ch/2023/06/06/wie-generative-ki-systeme-rechte-nutzen/>, Rz. 5; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657 ff.

76 Ammann Viviane/Jenal Sinai, Nach der Revision ist vor der Revision, sic! 2023, 644 ff., 648.

77 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Thouvenin et al. (Fn. 5), Training), 131; Wuttke, ChatGPT (Fn. 46).

78 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 312; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Mühlemann Elias/Ritter Nicole, Teil 10: Urheberrecht und KI: Verantwortlichkeit von Anbietern und Nutzern, 19.03.2024, abrufbar unter <https://www.vischer.com/know-how/blog/teil-10-urheberrecht-und-ki-verantwortlichkeit-von-anbietern-und-nutzern/>; Semmelmann (Fn. 67), 639; Städeli/Mary (Fn. 1), 248 ff.; Thouvenin Florent, Immaterialgüterrecht, Zürich/St Gallen 2025, (zit. Thouvenin, Immaterialgüterrecht), Rz. 618.

79 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658.

1. Sammeln und Downloaden

Die Trainingsdaten werden oft mittels sog. Crawlern im World Wide Web gesammelt.[80] Der Crawler liest alle Inhalte einer Website und speichert deren Informationen anschliessend in einer Datenbank.[81] Der Betreiber der KI kann anschliessend auf die gecrawlten Daten durch Cloud-Computing zugreifen, wobei der Betreiber der KI einen direkten Zugriff auf die Cloud des Betreibers des Crawling Programms hat, oder der Betreiber der KI speichert die Daten auf seinem eigenen Server.[82]

Die Datenbeschaffung und das Training der KI kann somit in die Datensammlung, das Bereitstellen der Daten durch den Betreiber des Crawling Programms und die Verwendung dieser Daten zum Training der KI aufgeteilt werden.[83] In der ersten Phase, geht es jedoch zunächst nur um das Sammeln der Trainingsdaten mittels Crawler.

Werden die Crawling-Daten, welche urheberrechtlich geschützte Werke sind, durch den Betreiber der KI heruntergeladen, besteht klarerweise eine Vervielfältigungshandlung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG.[84] Durch den Download dieser Crawling-Daten wird ein weiteres Werkexemplar hergestellt.[85] Das bedeutet, dass der Download der Crawling-Daten gegen das Ausschliesslichkeitsrecht nach Art. 10 URG verstösst, sofern der bzw. die Urheber dieser Crawling-Daten für diesen Download/Vervielfältigung keine Zustimmung gibt/geben.[86]

Werden demnach z.B. Songtexte von Rihanna gecrawlt und haben Rihanna und ihr Team als eigentliche Urheber nicht ihr Einverständnis für den Down-

---

80 Cherpillod (Fn. 23), 445; Kübler (Fn. 75), Rz. 4; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 656; Städeli/Mary (Fn. 1), 247.

81 Kopp Olaf, Was sind Crawler? Was sind Spider? Was sind Bots?, 18.02.2011, abrufbar unter <https://www.sem-deutschland.de/seo-glossar/crawler-spider-bots/>.

82 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657; Städeli/Mary (Fn. 1), 247.

83 Städeli/Mary (Fn. 1), 247.

84 Barrelet Denis/Egloff Willi, Art. 10, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 4.e éd. 2021, N 16; Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 10, OFK URG, N 10; Benhamou Yaniv, Big Data and the Law: a holistic analysis based on a three-step approach-Mapping property-like rights, their exceptions and licensing practices, SZW 2020, 392 ff., 404 f.; Christen et al. (Fn. 17), 130 f.; Kübler (Fn. 75), Rz. 5; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 312; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Marti Claudia, Öffentliches Zurverfügungstellen eines Datensatzes zum Training von KI – Wie würden Schweizer Gerichte entscheiden?, sic! 2025, 145 ff., 147; Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

85 Barrelet/Egloff (Fn. 84), Art. 10, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins,N 16; Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

86 Kübler (Fn. 75), Rz. 5; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 310; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 659; Städeli/Mary (Fn. 1), 248 ff.

load bzw. die Vervielfältigung der Texte gegeben, besteht ein Verstoss gegen Art. 10 URG.

2. Reproduktion: Vorübergehende Speicherung

Der Betreiber der KI muss die Crawling-Daten nicht unbedingt downloaden. Er kann auf die Daten zugreifen, welche in einer Cloud gespeichert sind. Es werden dadurch keine eigentlichen Kopien hergestellt, da die Daten während eines Abrufvorgangs in einem Arbeitsspeicher nur vorübergehend gespeichert und später gelöscht werden.[87] Auch bei der anschliessend mehrfachen Reproduktion der Daten zu Trainingszwecken, erfolgt das Erstellen von Kopien in der Regel nur im Arbeitsspeicher und grundsätzlich von vorübergehender Dauer (siehe unten, III.C.).[88] Da die Datenreproduktionen jedoch oftmals nur teilweise vorgenommen werden, kann dadurch auch eine Bearbeitung oder Änderung i.S.v. Art. 11 Abs. 1 URG bestehen.[89]

Die Frage, ob eine vorübergehende Speicherung eine Kopie darstellt, die vom Vervielfältigungsrecht abgedeckt wird, ist umstritten. Nicht alle Juristen gehen automatisch davon aus, dass eine kurzzeitige Speicherung der Daten durch eine KI eine Urheberrechtsverletzung darstellt. So verneinen etwa STÄDELI und MARY eine Urheberrechtsverletzung, wenn auf Daten zugegriffen wird, welche in einer Cloud gespeichert wurden, jedoch vom Betreiber einer KI nicht gedownloadet werden.[90] Sie gehen davon aus, dass keine eigentliche Kopie hergestellt wird und somit kein eigentliches Werkexemplar, da die Daten bloss vorübergehend während des Abrufvorgangs im Arbeitsspeicher gespeichert und kurz darauf wieder gelöscht werden.[91] Auch die Daten, welche innerhalb des Trainingsprozesses immer wieder reproduziert werden und nur vorübergehend gespeichert sind, stellen somit nach dieser Meinung keine eigentlichen Kopien dar.[92] Damit die Kopie eine Vervielfältigungshandlung darstellt, muss eine Fixierung des Werkes auf einem Trägermedium bestehen, wobei eine minimale Dauerhaftigkeit vorausgesetzt wird.[93]

---

87 BECKER LARS, Web Scraper und Web Crawler: Ziele und Abwehrmöglichkeiten, 06.04.2022, abrufbar unter <https://www.it-daily.net/it-management/big-data-analytics/web-scraper-web-crawler>; GAO (Fn. 67), 67; STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.

88 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 657.

89 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 6; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 657.

90 STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.

91 STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.

92 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 657.

93 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 10, OFK URG, N 10; OERTLI REINHARD, Art. 24a, in: Müller Barbara K./Oertli Reinhard (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf

Gemäss dieser Interpretation könnte ChatGPT somit im Beispiel oben (siehe oben; II.B.3.) mit Songtexten von Rihanna trainiert werden, da auch keine minimale Dauerhaftigkeit erfüllt ist, zumal die Songtexte durch ChatGPT nach kurzer Zeit gelöscht werden. Würden in unserem Beispiel jedoch Songtexte durch ChatGPT gedownloadet, würde dies nach *Städeli* und *Mary* eine Vervielfältigungshandlung darstellen.[94]

Anderer Meinung sind Marmy-Brändli und Oehri. Demnach werden vom Vervielfältigungsrecht sämtliche körperliche und unkörperliche, sowie temporäre und dauerhafte Vervielfältigungen erfasst, die einem unmittelbaren oder mittelbaren Werkkonsum dienen.[95] Dabei wird erwähnt, dass u.a. der Up- und Download, das Speichern von zur Wiedergabe tauglichen Werkdatensätzen auf einem Datenträger oder auch vorübergehende Kopien im Rahmen einer elektronischen Datenverarbeitung als Vervielfältigung gelten.[96] Darunter wird gemäss h.L. das Laden in den Arbeitsspeicher, oder das Abrufen auf dem Bildschirm, ungeachtet ihres transitorischen Charakters verstanden.[97]

Wird die Ansicht von Marmy-Brändli und Oehri nun auf unser Beispiel übertragen, so nimmt ChatGPT eine Vervielfältigung vor. Als Konsequenz muss nun überprüft werden, ob diese einem unmittelbaren oder mittelbaren Werkkonsum dient.[98]

Der blosse Werkgenuss oder auch der blosse Werkkonsum bzw. unmittelbare Werkkonsum sind erlaubt, ohne gegen Art. 10 URG zu verstossen.[99] Das Ausschliesslichkeitsrecht zielt allerdings auf Vorgänge ab, welche notwendig sind um den Werkgenuss (z.B. das Lesen, Hören oder Anschauen eines Werkes) zu vermitteln (mittelbare Werkkonsum).[100]

EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, 2. A. 2012, N 2; Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

94 Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

95 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 10, OFK URG, N 9; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Rosenthal David/Veraldi Livio, Das Training von KI-Sprachmodellen mit fremden Inhalten und Daten aus rechtlicher Sicht, Jusletter, 3. Februar 2025, 14.

96 Barrelet/Egloff (Fn. 84), Art. 10, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, N 16; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658.

97 Barrelet/Egloff (Fn. 84), Art. 10, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, N 16; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658.

98 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Rosenthal/Veraldi (Fn. 95), 14.

99 Barrelet/Egloff (Fn. 84), Art. 10, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, N 8; Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 10, OFK URG, N 3; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Thouvenin et al. (Fn. 5), 131.

100 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 10, OFK URG, N 3; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Salvadé Vincent, Inteligence artificielle et droit d'auteur: de l'input à l'output, en passant par le droit international privé et la motion Gössi, sic! 2026, 1 ff., 2.

Unklar ist dabei, welche Arten von Kopien vom Vervielfältigungsrecht (Art. 10 URG) abgedeckt werden. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Konsum den Zweck der Kopie darstellt (Beispiel, wenn das Lesen des Songtextes der Zweck der Kopie wäre) oder, ob die Kopien den Konsum bloss ermöglichen, unabhängig davon, ob ein Werkkonsum auch tatsächlich erfolgt.[101]

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass das Vervielfältigungsrecht nur auf Vorgänge abziele, welche den Konsum ermöglichen, ohne einen tatsächlichen Konsum.[102] Bei unserem Beispiel werden Kopien von Songtexten hergestellt. Diese werden jedoch nicht gelesen, sondern erst der Songtext, welche ChatGPT als Output generiert, kann gelesen (konsumiert) werden. Dabei werden Vervielfältigungen hergestellt unabhängig davon, ob ein Werkgenuss tatsächlich stattfindet.

Folgt man der Meinung, dass ein Werkkonsum lediglich möglich ist, aber nicht notwendigerweise erfolgt, muss somit jede digitale Kopie eines urheberrechtlich geschützten Werkes, als eine Vervielfältigung angesehen werden.[103] Dabei gilt, dass bei jeder Kopie beim Erstellen des Datensets, sowie beim Training von ChatGPT, zwar kein Werkgenuss stattfindet oder bezweckt wird, jedoch ein Werkgenuss grundsätzlich möglich wäre.[104] D.h., dass auch eine vorübergehende Speicherung von Trainingsdaten, wie den Songtexten von Rihanna, im Trainingsprozess von ChatGPT gemäss Marmy-Brändli und Oehri grundsätzlich eine Vervielfältigung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG darstellt.

Cherpillod unterstützt diese Meinung und sagt, dass eine Kopie auf einem Arbeitsspeicher, also auch eine Kopie zu Trainingszwecken, immer eine Kopie und somit eine Vervielfältigung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG darstelle, dies unabhängig von der Dauer der Speicherung.[105]

Andere Stimmen sind der Meinung, dass eine Vervielfältigungshandlung nur dann vorliegt, wenn eine wirtschaftliche Verwertung des Werkes erfolgt.[106] Es ist zu berücksichtigen, dass Vervielfältigungshandlungen von vorübergehender oder zufälliger Natur einen wesentlichen Bestandteil von technischen Verfahren darstellen.[107] Diese Vervielfältigungen ermöglichen eine rechtmässige

---

101 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658.

102 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658.

103 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658.

104 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Semmelmann (Fn. 67), 639.

105 Cherpillod (Fn. 23), 446 f.

106 Benhamou (Fn. 84), 404 f.; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Schönberger Daniel, Deep Copyright: Up- and Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML), Zürich 2018, abrufbar unter <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3098315>, 16.

107 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 658; Schönberger (Fn. 106), 16.

Nutzung eines Werkes und besitzen keine eigenständige Bedeutung, da bei diesen vorübergehenden Kopien keine wirtschaftliche Verwertung erfolgt.[108] Demnach würde dies bedeuten, dass eine vorübergehende Speicherung von Trainingsdaten, wie den Songtexten von Rihanna, somit keine Vervielfältigung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG darstellt.

Meiner Meinung nach sollte die vorübergehende Speicherung von Trainingsdaten grundsätzlich eine Vervielfältigung nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG darstellen. Dabei müsste man den Begriff der Vervielfältigung weit auslegen, so dass auch die vorübergehenden Kopien auf einem Arbeitsspeicher erfasst werden. Meines Erachtens erscheint die Argumentation von MARMY-BRÄNDLI und OEHRI schlüssig, wonach das Ausschliesslichkeitsrecht auf Vorgänge abzielt, die einen Werkgenuss vermitteln.[109] Wobei ein Werkgenuss bei Vervielfältigungen nicht stattfinden oder bezweckt werden muss, jedoch grundsätzlich möglich wäre.[110] Diese Meinung wird dadurch begründet, dass ansonsten die Einführung der Schrankenbestimmungen von Art. 24a URG und Art. 24d URG überflüssig wären, weil die Kopien, welche z.B. im Rahmen von Text- und Data-Mining entstehen, nicht auf den Konsum abzielen.[111]

Demnach bin ich der Ansicht, dass die vorübergehende Speicherung von den urheberrechtlich geschützten Songtexten von Rihanna, im Rahmen des Trainingsprozesses von ChatGPT als eine Vervielfältigungshandlung zu qualifizieren ist.

Dies entspricht auch der überwiegenden Meinung, wonach das Training von KI (ChatGPT) mittels urheberrechtlich geschützten Werken, grundsätzlich das Vervielfältigungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG tangiert.[112] Sofern bei der Speicherung im Rahmen der Reproduktion der Daten innerhalb des Trainingsprozesses eine minimale Dauerhaftigkeit vorliegt.[113]

Greift ein Betreiber einer KI auf Daten zu, die sich in der Cloud des Betreibers eines Crawling-Programms befinden, wird ebenfalls eine vorübergehende Speicherung vorgenommen, die eine Kopie darstellt, welche als Vervielfältigungshandlung gilt. Somit fallen auch die Reproduktion von Daten und vorübergehende Vervielfältigungen innerhalb des Trainingsprozesses von ChatGPT unter Art. 10 Abs. 2 lit. a URG.

---

108 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 658; SCHÖNBERGER (Fn. 106), 16.
109 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 658.
110 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 658.
111 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 658; ROSENTHAL/VERALDI (Fn. 95), 14.
112 BENHAMOU (Fn. 84), 404 f.; CHRISTEN et al. (Fn. 17), 130 f.; SALVADÉ (Fn. 100), 7.
113 OERTLI (Fn. 93), Art. 24a, SHK URG, N 2.

3. Zwischenfazit

In der ersten Phase des Trainingsprozesses von ChatGPT verletzt der Download von Crawling-Daten, welche urheberrechtlich geschützte Werke sind, das Ausschliesslichkeitsrecht nach Art. 10 URG, da dies eine Vervielfältigungshandlung darstellt.[114]

Sowohl das Erstellen des Datensets für das Training von ChatGPT durch das Sammeln der Daten mittels Crawling und anschliessenden Download der Trainingsdaten wie auch die vorübergehende Speicherung der Daten bei der Reproduktion der Daten im Trainingsprozess, stellen Vervielfältigungshandlungen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG dar und sind somit ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht.[115] Damit keine Urheberrechtsverletzung besteht, wird entweder die Zustimmung des Urhebers benötigt, eine Lizenz müsste vorliegen oder eine Schrankenbestimmung müsste greifen.[116]

B. Eigengebrauch Art. 19 URG

Art. 19 Abs. 1 URG hält fest, dass veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden dürfen, wobei in Art. 19 Abs. 1 URG eine Aufzählung besteht, was als zulässiger Eigengebrauch gilt.[117] Durch diese Schranke kann das Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers eingeschränkt werden, darunter fällt insbesondere die Einschränkung des Vervielfältigungsrechts nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG.[118] Damit diese Schrankenbestimmung greift, muss es sich dabei um ein veröffentlichtes Werk i.S.v. Art. 9 Abs. 3 URG handeln.[119] Im Rahmen von Art. 19 URG benötigt eine Werkverwendung als Eigengebrauch keine Zustimmung des jeweiligen Urhebers.[120]

Im Falle unseres Beispiels, dem Training von ChatGPT, ist zu prüfen, ob die Schrankenbestimmung zum Eigengebrauch (Art. 19 URG) anwendbar ist (siehe oben, III.A.).[121] Die Anwendbarkeit des Privatgebrauchs nach Art. 19 Abs. 1

---

114 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 10, OFK URG, N 10; Christen et al. (Fn. 17), 130 f.; Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

115 Ammann/Jenal (Fn. 76), 648.

116 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 10, OFK URG, N 1; Gao (Fn. 67), 67; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 659.

117 BGE 140 III 616 E. 3.2 S. 620; Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 19, OFK URG, N 10; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 344; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 659.

118 BGE 140 III 616 E. 3.2 S. 620.

119 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 344.

120 BGE 140 III 616 E. 3.2 S. 620; Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 19, OFK URG, N 2; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 351.

121 Kübler (Fn. 75), Rz. 10.

lit. a URG und des Schulgebrauchs (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) im Rahmen des Trainings von ChatGPT sind gemäss dem Juristen KÜBLER in den meisten Fällen kaum denkbar,[122] da die Bedingung eines eingeschränkten Nutzerkreises bzw. Zwecks durch ChatGPT nicht erfüllt werden kann.[123] In Frage kommt hier lediglich der betriebsinterne Gebrauch i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. c URG.[124]

1. Betriebsinterner Gebrauch

Durch die Schrankenbestimmung nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG ist die Vervielfältigung von bereits veröffentlichten Werken in Betrieben, öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen für die interne Information/Dokumentation erlaubt.[125] Gemäss Art. 19 Abs. 2 URG dürfen Personen, welche zum Eigengebrauch berechtigt sind, die dafür erforderlichen Kopien auch von Dritten herstellen lassen.[126] Dabei müssen die Einschränkungen nach Art. 19 Abs. 3 URG und Art. 19 Abs. 4 URG berücksichtigt werden.[127] Der Vorbehalt nach Art. 19 Abs. 3bis URG muss beachtet werden, wonach Kopien, beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken ausgenommen sind.[128] Damit ein betriebsinterner Gebrauch vorliegt, wird vorausgesetzt, dass es sich beim Nutzer um einen Angehörigen der entsprechenden Einrichtung handelt.[129] Kunden dieser Einrichtung sind somit ausgenommen.[130]

In Fachkreisen besteht keine Einigkeit bzgl. der Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG auf den Trainingsprozess von ChatGPT.

Der Jurist KÜBLER vertritt die Ansicht, dass die Kopien bzw. Vervielfältigungen der Trainingsdaten von u.a. ChatGPT, nicht eine intern orientierte Information als Zweck haben, sondern eine extern orientierte Produktion.[131] Der Zweck der Schranke besteht im internen Wissen (intern orientierte Information),

122 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 11.
123 Siehe auch KÜBLER (Fn. 75), Rz. 11.
124 GAO (Fn. 67), 67.
125 BGE 140 III 616 E. 3.2 S. 620; Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 430 17 133 vom 8. August 2017 E. 3; MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 357; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 659; MÜHLEMANN/RITTER (Fn. 78); THOUVENIN (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 740; THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.
126 BGE 133 III 473 E. 4 S. 479; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 659; THOUVENIN (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 742.
127 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 659; THOUVENIN (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 742.
128 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 659.
129 MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 356.
130 MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 356; THOUVENIN (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 741.
131 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 12; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660.

ohne dass ein Urheber ungewollt zu einem Lieferanten in einer Wertschöpfungskette wird.[132] Durch Art. 19 Abs. 1 lit. c URG müssen sich Rechteinhaber gefallen lassen, dass ihre Werke für die interne Information im Betrieb von Organisationen vervielfältigt werden, aber nicht für eine extern orientierte Produktion.[133] Rechteinhaber müssten sich somit nicht gefallen lassen, dass ihre Werke zum Training von ChatGPT verwendet werden.[134] Da mit dem Training von ChatGPT eine extern orientierte Produktion angestrebt wird, welche nicht unter Art. 19 Abs. 1 lit. c URG fällt, kann das System von ChatGPT den Zweck der internen Information nicht beanspruchen.[135]

Ähnlicher Meinung ist SEMMELMANN. Er verneint die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG beim Training von KI mit der Begründung, dass Kopien nicht für interne Zwecke der Information und Dokumentation verwendet werden.[136] Die Kopien werden vielmehr für die nachgelagerte, externe und oft kommerzielle Anwendungen erstellt oder es werden vollständige Kopien von Handelsexemplaren erstellt, welche von vornherein von dieser Schranke nicht erfasst werden.[137]

THOUVENIN et al. sind der Auffassung, dass die Schranke zugunsten des internen Gebrauchs (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) das Training von KI nicht freistellen kann.[138] Werke werden beim Training einer KI grundsätzlich nicht für die interne Information und Dokumentation vervielfältigt, sondern für die Generierung eines Outputs.[139] Dieser Output wird im Normalfall auch an Dritte ausserhalb der Organisation gerichtet.[140]

Anderer Meinung ist SCHÖNBERGER. Seiner Meinung nach kann die Schrankenbestimmung möglicherweise die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke für das Training von ChatGPT erlauben. SCHÖNBERGER bezieht sich auf den BGE 133 III 473 zu betriebsinternen Pressespiegeln.[141] Die (externe) Vervielfältigung des betriebsinternen Pressespiegels, ist nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG und Art. 19 Abs. 2 URG zulässig.[142] SCHÖNBERGER argumentiert, dass die Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken in einem Pressespiegel einer Substitution des kreativen Gehalts von Werken viel näher-

132 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 12.
133 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 12; MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 357.
134 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 12.
135 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 12.
136 SEMMELMANN (Fn. 67), 640.
137 SEMMELMANN (Fn. 67), 640.
138 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.
139 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.
140 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.
141 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660.
142 BGE 133 III 473; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660.

komme als beim ML.[143] Der Jurist leitet von diesem Entscheid ab, dass das ML und somit das Training von KI, ebenfalls unter die Schrankenbestimmung nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG fallen müsse.[144] Zwar werden Aktivitäten mit einem kommerziellen Zweck vom Eigengebrauch ausgeschlossen, aber gemäss SCHÖNBERGER, sei es fast unvorstellbar, dass urheberrechtlich geschützte Werke von einem privatwirtschaftlichen Unternehmen ausschliesslich zu internen Informationszwecke genutzt werden, ohne dass ein wirtschaftlicher Hintergedanke bestehe.[145] Dadurch gelangt er zum Schluss, dass Art. 19 Abs. 1 lit. c URG auf urheberrechtlich geschützte Werke als Trainingsdaten anwendbar ist. Womit ChatGPT im betriebsinternen Gebrauch mit urheberrechtlich geschützten Werken seiner Meinung nach trainiert werden könne.

MARMY-BRÄNDLI und OEHRI schränken SCHÖNBERGERS Begründung weiter ein. Für die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG im Rahmen des Trainingsprozesses von KI kommt es auf die Auslegung des Zwecks an.[146] Vervielfältigungen sind nur zulässig, wenn sie der internen Information/Dokumentation dienen.[147] Dient das Training von ChatGPT der internen Information und Dokumentation, kommt die Schrankenbestimmung klarerweise zur Anwendung.[148] Falls die interne Information und Dokumentation als Zweck verfolgt wird, ist zu bemerken, dass gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a URG die (weitgehend) vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare ausserhalb des privaten Kreises nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG nicht zulässig ist.[149] Im Trainingsprozess von ChatGPT geht es in einer ersten Phase um das Erstellen des Datensets, dabei werden die Daten bzw. das Werk zumeist als Ganzes kopiert, wobei das System nicht nur Teilvervielfältigungen erstellt (siehe oben, II.B.2.)[150] D.h., wenn beim Training von ChatGPT das Werk als Ganzes kopiert wird, was der Regelfall ist, kommt Art. 19 Abs. 1 lit. c URG aufgrund von Art. 19 Abs. 3 lit. a URG nicht zur Anwendung. Demnach ist Art. 19 Abs. 1 lit. c URG nur in seltenen Ausnahmefällen beim Training von ChatGPT anwendbar und kann Vervielfältigungshandlungen in diesem Rahmen nur in Ausnahmefällen legitimieren.[151]

---

143 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 19, OFK URG, N 31; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660; SCHÖNBERGER (Fn. 106), 18.

144 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660; SCHÖNBERGER (Fn. 106), 18.

145 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660; SCHÖNBERGER (Fn. 106), 18.

146 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660.

147 MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 357.

148 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660.

149 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660; MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 353; MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 358.

150 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660.

151 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 660.

Meines Erachtens sollte beim Training von KI-Systemen auf den Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG Bezug genommen werden und die Schranke nur Anwendung finden, wenn der interne Gebrauch die interne Information und Dokumentation zum Zweck hat. Dabei darf das System beim Training jedoch nur Teilvervielfältigungen der Trainingsdaten (urheberrechtlich geschützte Werke) von vorübergehender Dauer erstellen (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG). Als Konsequenz sollten meiner Meinung nach diese Schrankenbestimmungen nur in äusserst seltenen Fällen anwendbar sein.

Beim genannten Beispiel mit ChatGPT (siehe oben, II.B.3.) wird diese Schranke kaum Anwendung finden. Die Generierung eines Songtextes im Stil von Rihanna wird kaum je nur den Zweck des internen Gebrauchs bzw. der internen Information und Dokumentation verfolgen. Es wird meist eher ein kommerzieller Zweck angestrebt oder zumindest die Veröffentlichung von Kunst. Insofern sind die Voraussetzungen der Anwendung von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG bei diesem Beispiel nicht erfüllt.

2. Zwischenfazit

Bzgl. der Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG bestehen unterschiedliche Meinungen. Dabei lehnen KÜBLER, SEMMELMANN und THOUVENIN et al. die Anwendung ab, während SCHÖNBERGER die Anwendung grundsätzlich bejaht und MARMY-BRÄNDLI und OEHRI die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG im Rahmen des Trainings von KI-Systemen, wie ChatGPT, nur in Ausnahmefällen bejahen.

C. Vorübergehende Vervielfältigungen Art. 24a URG

Eine weitere mögliche Schranke stellt Art. 24a URG dar. Werden Crawling-Daten nicht durch den Betreiber der KI heruntergeladen, sondern, greift dieser auf Daten zu, welche in einer Cloud gespeichert sind, werden keine eigentlichen Kopien hergestellt.[152] Solche Daten werden während eines Abrufvorgangs in einem Arbeitsspeicher vorübergehend gespeichert und später gelöscht.[153] Nach der ersten Phase werden die Daten immer wieder reproduziert, wobei die Kopien, in der Regel nur im Arbeitsspeicher erfolgen und grundsätzlich von vorübergehender Dauer sind.[154] Aus diesem Grund ist zu prüfen, ob Art. 24a URG zur Anwendung gelangen kann.

---

152 STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.
153 STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.
154 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 657.

1. Voraussetzungen

Gemäss Art. 24a URG ist eine vorübergehende Vervielfältigung von Werken erlaubt, sofern kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: die Vervielfältigung ist flüchtig oder begleitend (Art. 24a lit. a URG), sie stellt einen integralen oder wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens dar (Art. 24a lit. b URG), sie dient ausschliesslich der Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder einer rechtmässigen Nutzung (Art. 24a lit. c URG) und sie hat keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung (Art. 24a lit. d URG).[155]

Die erste Voraussetzung verlangt, dass die Vervielfältigung flüchtig sein muss, d.h. es muss eine besonders kurzlebige, rasch vergängliche Vervielfältigung sein.[156] Flüchtige Vervielfältigungen werden mit der Beendigung eines bestimmten technischen Vorgangs gleich wieder gelöscht.[157] Alternativ kann sie auch nur begleitend sein.[158] Begleitende Vervielfältigungen werden beiläufig im Rahmen eines technischen Verfahrens erstellt und dienen der Erleichterung eines anderen Nutzungsvorgangs.[159] Die erste Phase des Trainingsprozesses von ChatGPT wird demnach von dieser Schranke nicht erfasst, denn der Vorgang des Erstellens des Datensets wird regelmässig weder flüchtig noch begleitend sein, sofern ein Download stattfindet, handelt es sich demnach um eine dauernde Kopie (siehe oben, III.A.1.)[160] Von vorübergehender Dauer sind wie bereits erwähnt, die Reproduktion der Daten nach der ersten Phase, also im zweiten Schritt des Trainingsprozesses.[161] In diesem Schritt werden die Daten immer wieder reproduziert, wobei die Kopien, in der Regel

---

155 BGE 133 III 473 E. 4.4 S. 481; Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24a, OFK URG, N 3 ff.; Oertli (Fn. 93), Art. 24a, SHK URG, N 3; Ammann/Jenal (Fn. 76), 648; Isler (Fn. 64), 114; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 367; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 660; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Thouvenin (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 619; Thouvenin Florent, Retrieval-Agumented Generation (RAG)– ein urheberrechtliches 101, sic! 2025, 381 ff. (zit. Thouvenin, Retrieval), 385; Zanon Nicole B., Urheberrechtliche Herausforderungen beim Training von künstlicher Intelligenz (KI), 31.12.2024, abrufbar unter <https://haerting.ch/wissen/urheberrechtliche-herausforderungen-beim-training-von-kuenstlicher-intelligenz-ki/>.

156 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24a, OFK URG, N 3; Oertli (Fn. 93), Art. 24a, SHK URG, N 7; Thouvenin (Fn. 155), Retrieval, 385.

157 Thouvenin (Fn. 155), Retrieval, 385.

158 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24a, OFK URG, N 3; Oertli (Fn. 93), Art. 24a, SHK URG, N 7.

159 Thouvenin (Fn. 155), Retrieval, 385.

160 Ammann/Jenal (Fn. 76), 648; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 660; Mühlemann/Ritter (Fn. 78).

161 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.

nur im Arbeitsspeicher erfolgen und grundsätzlich von vorübergehender Dauer sind.[162]

Auch von vorübergehender Dauer sind Kopien von Daten, welche in einer Cloud gespeichert sind und auf die zugegriffen wird, diese Daten werden während des Abrufvorgangs im Arbeitsspeicher gespeichert und kurz darauf wieder gelöscht.[163] In beiden Fällen handelt es sich um Vervielfältigungen, die meistens als flüchtig oder begleitend qualifiziert werden können. Die anderen Kopien werden nach der Beendigung des technischen Vorgangs automatisch gelöscht.[164] Demnach ist die erste Voraussetzung gemäss Art. 24a lit. a URG für die vorübergehende Speicherung von Daten, bspw. den Songtexten von Rihanna, innerhalb des Trainingsprozesses von ChatGPT grundsätzlich erfüllt.

Allerdings sind THOUVENIN et al. anderer Auffassung. Sie sind der Ansicht, dass im Trainingsprozess einer KI keine vorübergehende Vervielfältigung stattfinde.[165] Denn eine historische Auslegung spreche gegen die Qualifikation als vorübergehende Vervielfältigung.[166] Ihnen zufolge sei bei der Einführung der Wissenschaftsschranke angenommen worden, dass die Vorgänge beim Text und Data Mining nicht unter Art. 24a URG fielen, weshalb die Einführung von Art. 24d URG erforderlich war.[167] Dasselbe gelte auch im Trainingsprozess einer KI.[168]

Die zweite Voraussetzung in Art. 24a lit. b URG verlangt, dass die Vervielfältigung einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellt.[169] Die vorübergehende Speicherung von Daten innerhalb des Trainingsprozesses einer KI stellt grundsätzlich eine Vervielfältigung dar, welche diese Voraussetzung erfüllt.[170] Da das Training von z.B. ChatGPT als ein technisches Verfahren zählt und die technischen Abläufe dieses Trainings ohne diese Kopien nicht möglich wären,[171] also essenziell sind, ist auch diese zweite Voraussetzung erfüllt.

Art. 24a lit. c URG verlangt, dass die Vervielfältigung ausschliesslich der Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder einer

---

162 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 657.
163 STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.
164 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 661.
165 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 132.
166 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 132.
167 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.
168 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.
169 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 661; CHERPILLOD (Fn. 23), 446.
170 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 661; CHERPILLOD (Fn. 23), 446.
171 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 661; REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24a, OFK URG, N 5.

rechtmässigen Nutzung dient.[172] Mehrere Stimmen in der Literatur sind sich einig, dass es beim Training einer KI nicht zur Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler kommt, auch nicht bei der Anwendung eines Crawlers.[173] Demnach kommt diese Variante i.c. nicht in Betracht. Es ist die ausschliessliche rechtmässige Nutzung zu prüfen. Bei einer solchen Nutzung (Art. 24a lit. c URG) muss der Rechteinhaber eingewilligt haben oder sie muss gesetzlich erlaubt sein, d.h. es besteht kein Ausschliesslichkeitsrecht, indem z.B. eine Schrankenbestimmung zur Anwendung kommt.[174] I.c. wird hier die Situation betrachtet, in der keine Zustimmung des Rechteinhabers, für die Nutzung der Trainingsdaten besteht, demnach besteht keine rechtmässige Nutzung durch eine Einwilligung. Die Gesetzliche Erlaubnis kann u.U. durch die Wissenschaftsschranke (Art. 24d URG) (siehe unten, III.D.) bestehen.[175] Die Eigengebrauchsschranke (Art. 19 URG) käme nur in äusserst seltenen Fällen in Betracht und ist demnach hier ausser Acht zu lassen.[176] In dem Fall in dem die Wissenschaftsschranke i.S.v. Art 24d URG zur Anwendung gelangt, kann somit eine ausschliessliche rechtmässige Nutzung nach Art. 24a lit. c URG bejaht werden.[177]

Art. 24a lit. d URG setzt voraus, dass den Kopien keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt.[178] Infolgedessen dürfen die Kopien keine quantitative oder qualitative andere Nutzung erlauben.[179] Demnach wird die Kopie ausgeschlossen, wenn diese anschliessend Dritten gegen Entgelt zugänglich gemacht wird.[180] Wer mit der Kopie Kosten vermeiden will, welche bei einer Beschaffung zusätzlicher Werkexemplare auftreten würden, kann sich nicht auf Art. 24a lit. d URG berufen.[181]

Dem Training einer KI kommt eine wirtschaftliche Bedeutung zu, denn momentan bestehen enorme Investitionen, die im Bereich des Trainings von KI bzw. ChatGPT getätigt werden.[182] Diese Investitionen werden hauptsächlich für die Weiterentwicklung der KI getätigt, um damit auch Gewinne zu erzielen.

---

172 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24a, OFK URG, N 7 f.; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 367; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661; Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

173 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

174 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24a, OFK URG, N 8; Oertli (Fn. 93), Art. 24a, SHK URG, N 11; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.

175 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.

176 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.

177 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.

178 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661; Oertli (Fn. 93), Art. 24a, SHK URG, N 12.

179 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661; Oertli (Fn. 93), Art. 24a, SHK URG, N 12.

180 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.

181 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.

182 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.

Ein Beispiel wäre die Entwicklung von GPT-5 durch OpenAI,[183] weil im Rahmen des Trainings von ChatGPT Vervielfältigungen vorkommen, kommt auch diesen Kopien eine wirtschaftliche Bedeutung zu.[184] Zudem muss berücksichtigt werden, dass Rechtsinhaber bereits Lizenzen an ihren Werken vergeben, für die Nutzung im Rahmen des Trainings von KI.[185] Also besteht auch in diesem Rahmen eine Verwertungsmöglichkeit, was grundsätzlich für eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung jeglicher Vervielfältigungen während des Trainingsprozesses einer KI bzw. ChatGPT spricht.[186] Es ist zu beachten, dass mit KI-Systemen häufig ein Output generiert werden soll, welcher meist für eine kommerzielle Nutzung bestimmt ist, womit eine wirtschaftliche Bedeutung besteht.[187]

Ob die Voraussetzungen von Art. 24a lit. a URG und Art. 24a lit. b URG für das Beispiel mit dem Song im Stil von Rihanna erfüllt sind, ist irrelevant. Denn spätestens an der Voraussetzung nach Art. 24a lit. c URG wird die Schranke gemäss Art. 24a URG scheitern. Nach den oben genannten Ausführungen zu Art. 24a lit. c URG, ist diese Voraussetzung nur erfüllt, wenn Art. 24d URG zur Anwendung gelangt.[188] Dabei wird verlangt, dass die Vervielfältigung den Zweck der wissenschaftlichen Forschung verfolgt.[189] Dieser Zweck wird beim Erstellen eines Songs im Stil von Rihanna, kaum verfolgt werden (siehe unten, III.D.). Somit kann Art. 24a URG die Verwendung der Songtexte von Rihanna zum Training von ChatGPT nicht freistellen.

Diese Meinung wird dadurch bestärkt, dass Art. 24a URG auch beim Text- und Data-Mining keine Anwendung findet.[190] Diese Schranke ist Art. 5 Abs. 1 der InfoSoc-RL[191] nachempfunden.[192] Die Literatur zu diesem Artikel verneint die Anwendbarkeit der Schranke beim Training von KI-Systemen oder Erstellen des Datensets ebenfalls.[193]

183 Ammann/Jenal (Fn. 76), 648.
184 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661; Semmelmann (Fn. 67), 640.
185 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.
186 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661; Städeli/Mary (Fn. 1), 249.
187 Cherpillod (Fn. 23), 447; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Semmelmann (Fn. 67), 640.
188 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.
189 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 3.
190 Ammann/Jenal (Fn. 76), 648; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661.
191 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl L Nr. 167, 22. Juni 2001, S. 10 – 19).
192 Ammann/Jenal (Fn. 76), 648; Marti (Fn. 84), 147.
193 Ammann/Jenal (Fn. 76), 648.

2. Zwischenfazit

Die Schranke gemäss Art. 24a URG findet für vorübergehende Vervielfältigungen beim Erstellen des Datensets und beim Training von ChatGPT keine Anwendung.[194] Abschliessend kann somit gesagt werden, dass Art. 24a URG nicht geeignet ist, um die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken für den Trainingsprozess einer KI freizustellen.[195]

D. Wissenschaftsschranke Art. 24d URG

In Art. 24d URG ist die Verwendung von Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung geregelt. Die Schranke wird als Wissenschaftsschranke bezeichnet und umfasst das Vervielfältigungsrecht.[196] Gemäss dieser Schranke sind (vollständige) Vervielfältigungen von Werken in der Form der Erstellung und Speicherung von sog. analysetauglichen Datensätzen ohne Vergütung erlaubt.[197] Diese Schranke könnte möglicherweise die Nutzung von Werken u.a. zum Trainieren von KI-Systemen wie ChatGPT freistellen.[198]

Es müssen kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: Zunächst muss die Vervielfältigung dem Zweck der wissenschaftlichen Forschung dienen, diese muss durch die Anwendung eines technischen Verfahrens bedingt sein und zuletzt muss zu den zu vervielfältigenden Werken ein rechtmässiger Zugang bestehen.[199] Mit Ausnahme von Computerprogrammen nach Art. 24d

---

194 Ammann/Jenal (Fn. 76), 648; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Semmelmann (Fn. 67), 640; Städeli/Mary (Fn. 1), 249; Zanon (Fn. 155).

195 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Semmelmann (Fn. 67), 640.

196 Botschaft vom 22. November 2017 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung, BBl 2018, 591 ff., 629; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 661 f.; Picht Peter Georg/Brunner Valerie/Schmid Rena, Artificial Intelligence and Intellectual Property Law: From Diagnosis to Action, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 22-08, Zürich 2022, abrufbar unter <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4122985>, (zit. Picht/Brunner/Schmid, Artificial Intelligence), 32.

197 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 1; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 662.

198 Thouvenin (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 700; 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, 507 ff., (zit. Thouvenin/Picht, Empfehlungen), 517; Martin Noah, Herausforderung, Künstliche Intelligenz und Urheberrecht, 14.03.2024, abrufbar unter <https://blog.suisa.ch/de/kuenstliche-intelligenz-und-urheberrecht/>.

199 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 2 ff.; Ammann/Jenal (Fn. 76), 648; Brühwiler Stefan, Der Beizug Dritter zu gesetzlich erlaubten Werknutzungen, in: ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich 2021, Rz. 1 ff., Rz. 265; Hartmann Damian, Text

Abs. 3 URG können beliebige Werke Gegenstände der Vervielfältigung sein.[200] Im Unterschied zu Art. 24a URG umfasst die Wissenschaftsschranke sämtliche Forschungs- und Entwicklungsarbeiten inkl. solche zu kommerziellen Zwecken, einschliesslich aller technisch notwendigen Reproduktionen, d.h. auch dauerhafte Speicherung von Daten.[201] Anders als in der EU unterscheidet Art. 24d URG demnach nicht zwischen kommerzieller und nicht kommerzieller Forschung.[202] Dauerhafte Speicherungen sind nach dem Abschluss der wissenschaftlichen Forschung nur noch zu Archivierungs- und Sicherungszwecken erlaubt.[203] Die Vervielfältigung im Rahmen von Art. 24d URG umfasst zudem das Aufbereiten und Bereinigen der betreffenden Daten, die Umformatierung der Daten, sowie die gesonderte Abspeicherung oder Kennzeichnung.[204] Nicht eingeschlossen ist die Verwendung wie die Bearbeitung oder das Zugänglichmachen.[205]

1. Forschungszweck

Die Vervielfältigung ist erlaubt, sofern sie durch die Anwendung technischer Verfahren zu Forschungszwecken erfolgt.[206] Die wissenschaftliche Forschung wird als systematische Suche nach neuen Erkenntnissen innerhalb verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen und über deren Grenzen hinweg definiert.[207] Im Unterschied zur EU ist die Wissenschaftsschranke in der Schweiz in persönlicher Hinsicht nicht beschränkt und die Anwendung ist demnach unabhängig davon, wer forscht oder durch wen die Forschung finanziert

---

and Data Mining and Copyright in Switzerland and the European Union, sic! 2023, 157 ff., 161; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; MÜHLEMANN/RITTER (Fn. 78); ROSENTHAL/VERALDI (Fn. 95), 22 f.; STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249; THOUVENIN (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 699.

200 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 1; REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 10; BBl 2018 (Fn. 196), 629; THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.

201 BBl 2018 (Fn. 196), 628; HARTMANN (Fn. 199), 161; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133; THOUVENIN (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 701.

202 BBl 2018 (Fn. 196), 629.

203 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 8; BBl 2018 (Fn. 196), 629; HARTMANN (Fn. 199), 161; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662.

204 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 4; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; ROSENTHAL/VERALDI (Fn. 95), 23.

205 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 4; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662.

206 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 3; BRÜHWILER (Fn. 199), Rz. 265 ff.; HARTMANN (Fn. 199), 161; ZANON (Fn. 155).

207 BBl 2018 (Fn. 196), 628; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; MARTI (Fn. 84), 151; MÜHLEMANN/RITTER (Fn. 78); ISLER (Fn. 64), 116; PICHT/BRUNNER/SCHMID (Fn. 196), Artificial Intelligence, 32.

wird.[208] Dies hat zur Folge, dass sich neben Forschungsinstitutionen auch privatwirtschaftliche Unternehmen auf diese Schranke stützen können.[209] Gemäss Botschaft umfasst Art. 24d URG sowohl die kommerzielle, wie auch nicht kommerzielle Forschung, sofern der Hauptzweck die wissenschaftliche Forschung bildet.[210]

Aufgrund der ersten Voraussetzung, wonach eine Vervielfältigung hauptsächlich dem Zweck der wissenschaftlichen Forschung dienen muss, kann die Anwendbarkeit der Wissenschaftsschranke auf den Trainingsprozess von ChatGPT (oder KI-Systeme) weder pauschal bejaht noch verneint werden.[211] Es ist jeweils eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.[212] In den meisten Anwendungsfällen wird sich die Forschung und die kommerzielle Anwendung so verbinden lassen, dass ein hinreichender Forschungszweck zu bejahen ist.[213] Im Unterschied dazu stehen die generativen KI-Tools, die oft an dieser Voraussetzung scheitern werden, sofern kein konkreter und hauptsächlicher Forschungszweck nachgewiesen wird.[214] Vervielfältigungen, welche für das Training und Testen einer neu entwickelten KI vorgenommen werden, können unter Art. 24d URG fallen.[215] Wenn jedoch bereits bestehende KI mit urheberrechtlich geschützten Daten trainiert werden, ohne einen Forschungszweck zu verfolgen, findet die Schranke keine Anwendung.[216]

THOUVENIN et al. vertreten die Auffassung, dass Vervielfältigungen im Rahmen des Trainingsprozesses einer KI durch die Wissenschaftsschranke freigestellt werden können, sofern der Begriff der wissenschaftlichen Forschung weit ausgelegt wird.[217] Sie stellen jedoch in Frage, ob der Begriff der Forschung so weit ausgelegt werden könne, dass er auch die kommerzielle Entwicklung von KI-Modellen erfassen könnte.[218]

In Bezug auf das obere Beispiel (siehe oben, II.B.3.) wird kein Forschungszweck zu bejahen sein, denn ein Output, der ein Songtext im Stil von Rihanna dar-

---

208 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662.

209 BBl 2018 (Fn. 196), 629; ISLER (Fn. 64), 117; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; PICHT/BRUNNER/SCHMID (Fn. 196), Artificial Intelligence, 32.

210 BBl 2018 (Fn. 196), 629; AMMANN/JENAL (Fn. 76), 648 f.; HARTMANN (Fn. 199), 161; ISLER (Fn. 64), 117; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; ROSENTHAL/VERALDI (Fn. 95), 23; THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 133.

211 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; MARTIN (Fn. 198).

212 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662.

213 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662.

214 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 662; MARTIN (Fn. 198).

215 THOUVENIN/PICHT (Fn. 198), Empfehlungen, 516.

216 THOUVENIN/PICHT (Fn. 198), Empfehlungen, 516; MARTIN (Fn. 198).

217 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 135.

218 THOUVENIN et al. (Fn. 5), Training, 135.

stellt, verfolgt keinen Zweck der wissenschaftlichen Forschung. Ausserdem handelt es sich bei ChatGPT um eine bereits bestehende KI. Demnach ist Art. 24d URG auf das genannte Beispiel nicht anwendbar. Jedoch ist die Anwendbarkeit von Art. 24d URG beim Training einer KI nicht generell zu verneinen.

Ein Beispiel für die Anwendung von Art. 24d URG wären KI-Systeme, welche zur Erkennung von gut- und bösartigen Tumoren verwendet werden.[219] Dabei werden diese mit Bilddateien trainiert, welche urheberrechtlich geschützte Werke darstellen.[220]

Wann genau ein hauptsächlicher Forschungszweck nach Art. 24d URG vorliegt, ergibt sich weder aus der Botschaft noch aus dem Gesetz, was eine Rechtsunsicherheit u.a. für die KI-Betreiber wie ChatGPT darstellt.[221]

2. Anwendung technische Verfahren

Vervielfältigungen sind erlaubt, wenn sie durch Anwendung eines technischen Verfahrens bedingt sind und einen Forschungszweck verfolgen.[222] Dieser bewusst weite Wortlaut in Art. 24d Abs. 1 URG soll sich zum einen auf das Text-and-Data-Mining beziehen, zum andern soll auch eine Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke durch KI-Systeme sowohl im Forschungs- als auch im kommerziellen Bereich umfasst werden.[223] Die offene Formulierung soll zudem genügend Raum lassen um zukünftige vergleichbare Technologien zu erfassen.[224]

Der Fokus der Schranke liegt auf dem sog. Text-and-Data-Mining, worunter auch das Web-Crawling fällt.[225] Demnach kann davon ausgegangen werden, dass das Web-Crawling zum Erstellen eines Datensets, in einem wissenschaftlichen Kontext, grundsätzlich nach Art. 24d URG erlaubt ist.[226] Somit muss geprüft werden, ob Vervielfältigungen im Rahmen des übrigen Trainingsprozesses von KI-Systemen unter Art. 24d URG fallen können.

Als Text-and-Data-Mining wird ein Vorgehen bezeichnet, bei welchem mit der Hilfe von auf Algorithmen basierenden Analyseverfahren in einer unstruktu-

---

219 Isler (Fn. 64), 117.
220 Isler (Fn. 64), 117.
221 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 662.
222 Brühwiler (Fn. 199), Rz. 267; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Isler (Fn. 64), 116; Zanon (Fn. 155).
223 BBl 2018 (Fn. 196), 628; Isler (Fn. 64), 116; Thouvenin/Picht (Fn. 198), Empfehlungen, 515.
224 BBl 2018 (Fn. 196), 628; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 662 f.
225 Städeli/Mary (Fn. 1), 248 f.
226 Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

rierten, bis wenig strukturierten Datenmenge nach Mustern gesucht wird.[227] Es werden Vervielfältigungen erfasst, welche nach dem Kopieren tauglich sind in einem Analyseverfahren verwendet zu werden.[228] Dabei handelt es sich um Analyse- und Auswertungsmethoden, welche u.a. auf Algorithmen, neuronalen Netzwerken und maschinellem Lernen basieren, d.h. der Trainingsprozess eines KI-Systems fällt unter solche Analyseverfahren.[229]

3. Rechtmässiger Zugang

Es wird vorausgesetzt, dass Forschende einen sog. rechtmässigen Zugang zu den Werkdaten haben.[230] Demnach müssen Werke in einer erlaubten Weise zur Verfügung gestellt worden sein, d.h. sie müssen entweder gekauft, lizenziert, ausgeliehen oder rechtmässig heruntergeladen worden sein etc.[231] Denn gemäss dem Drei-Stufen-Test darf die normale Verwertung des Ausschliesslichkeitsrechts nicht beeinträchtigt werden.[232] Für diese Voraussetzung ist im Zusammenhang mit dem Trainingsprozess von einem KI-System eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.[233]

Thouvenin et al. vertreten die Auffassung, dass selbst eine weite Auslegung der Wissenschaftsschranke, welche auch die kommerzielle Entwicklung von KI-Modellen freistellt, sich nicht mit dem Drei-Stufen-Test vereinbaren lasse.[234] Werden die entstehenden Märkte berücksichtigt, auf denen grosse Rechteinhaber Lizenzen für die Nutzung ihrer Werke für das Training kommerzieller KI-Modelle erteilen, dürfte gemäss Thouvenin et al. die normale Verwertung der Werke durch eine volle Freistellung beeinträchtigt werden.[235]

Die Juristinnen Marmy-Brändli und Oehri sind der Meinung, dass beim rechtmässigen Zugang zu digitalen Inhalten im Zusammenhang mit dem Training von KI-Systemen weitere Fragestellungen auftreten.[236] Die erste Frage besteht in Bezug auf frei im Internet verfügbare Inhalte, damit sind Inhalte gemeint, deren Nutzung nicht durch Vertrag oder technische Massnahmen verboten

---

227 BBl 2018 (Fn. 196), 627; Städeli/Mary (Fn. 1), 248.

228 Isler (Fn. 64), 116.

229 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 3; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Semmelmann (Fn. 67), 640; Zanon (Fn. 155).

230 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 1; BBl 2018 (Fn. 196), 628; Cherpillod (Fn. 23), 447; Hartmann (Fn. 199), 162; Zanon (Fn. 155).

231 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 2; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.

232 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 2.

233 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.

234 Thouvenin et al. (Fn. 5), Training, 135.

235 Thouvenin et al. (Fn. 5), Training, 135.

236 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.

sind.[237] Die Frage stellt sich, ob der Download solcher Werke bzw. deren Crawling als rechtmässiger Zugang gelten kann.[238] Die Juristinnen sind der Meinung, dass die Schweiz sich an den ErwG 14 der DSM-RL[239] der EU halten soll.[240] Der ErwG 14 der DSM-RL besagt, dass der Zugang zu im Internet frei verfügbaren Inhalten ein rechtmässiger Zugang darstelle.[241] Marmy-Brändli und Oehri schränken dies weiter ein und sagen, dass ein rechtmässiger Zugang auf im Internet frei zugänglich verfügbare Inhalte bestehe, sofern der geschützte Inhalt vom Rechtsinhaber frei zugänglich gemacht wurde.[242] In der heutigen Zeit muss von einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden, da Rechtsinhaber davon ausgehen müssen, dass ihre Werke, welche mit ihrer Zustimmung online zur Verfügung gestellt wurden, für das Training von KI-Systemen wie ChatGPT benutzt werden.[243] Bei Werken, welche ohne Zustimmung des Rechtsinhaber online gestellt wurden, kann nicht von einem rechtmässigen Zugang gesprochen werden.[244] Demnach ist festzuhalten, dass wenn man sich auf den ErwG 14 der DSM-RL stützt, auch frei im Internet verfügbare Inhalte als rechtmässiger Zugang qualifiziert werden kann und demnach als Trainingsdaten verwendet werden können.

Des weiteren bestehen Unklarheiten, was bei vertraglichen Verboten gilt.[245] D.h. ob Art. 24d URG als (nicht) zwingend erachtet wird.[246] Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung ist der Meinung, dass sämtliche Schrankenbestimmungen des URG zwingend seien.[247] Ein anderer Teil der Lehre geht davon aus, dass durch Auslegung jeder Schranke einzeln bestimmt werden müsse, ob sie zwingend ist oder nicht.[248] Marmy-Brändli und Oehri stützen sich auf die h.L. und gehen davon aus, dass Art. 24d URG einen zwingenden Charakter aufweise.[249] Dies interpretieren sie aus dem folgenden Teil der Botschaft: «*Die Wissenschaftsschranke stellt im Interesse der Forschung sicher, dass Urheberin-*

237 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.
238 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.
239 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (ABl L, Nr. 130, 17. Mai 2019, S. 92–125).
240 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.
241 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663; Mühlemann/Ritter (Fn. 78).
242 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.
243 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663; Rosenthal/Veraldi (Fn. 95), 25.
244 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.
245 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.
246 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 663.
247 BGE 127 III 26 E. 4 S. 28; Brändli Sandra, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme, eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel digitaler Herausforderungen, Bern 2017, (zit. Brändli, digitaler Herausforderungen), Rz. 23.
248 Brändli (Fn. 247), digitaler Herausforderungen, Rz. 23 f.
249 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 664.

nen und Urheber das für das Text- und Data-Mining notwendige Kopieren nicht verbieten dürfen»[250]. Gemäss MARMY-BRÄNDLI und OEHRI ist ein rechtmässiger Zugang zu den urheberrechtlich geschützten Trainingsdaten aus urheberrechtlicher Sicht zu bejahen, auch im Falle eines vertraglichen Verbotes bspw. in den AGB des Rechteinhabers.[251] ISLER ist auch der Ansicht, dass Art. 24d URG zwingender Natur sei, unter der Bedingung, dass die Voraussetzung des rechtmässigen Zugangs erfüllt ist.[252] Er findet zudem, dass ein Vervielfältigungsverbot des Rechteinhabers auf dem Werk oder in den AGB für Text- und Data-Mining nicht durchsetzbar sei.[253] Gemäss beider zitierten Quellen besteht ein rechtmässiger Zugang zu den urheberrechtlich geschützten Trainingsdaten aus urheberrechtlicher Sicht, auch im Falle eines vertraglichen Verbotes des Rechteinhabers.[254]

Zusätzlich bestehen gemäss MARMY-BRÄNDLI und OEHRI Unklarheiten, was bei technischen Schutzmassnahmen gilt, welche zum Schutz der Werke gegen z.B. Crawling angewendet werden.[255] Die Frage die sich dabei stellt ist, ob bei der Umgehung dieser Schutzmassnahmen noch ein rechtmässiger Zugang bestehen kann.[256] Gewisse Stimmen sind der Ansicht, dass technische Schutzmassnahmen wirksam seien und die Umgehung solcher Schutzmassnahmen kein rechtmässiger Zugang i.S.v. Art. 24d URG darstellen würde.[257] Andere hingegen stützen sich auf Art. 39a URG und nehmen auch bei der Umgehung von technischen Schutzmassnahmen einen rechtmässigen Zugang an.[258] MARMY-BRÄNDLI und OEHRI sind der Meinung, dass aufgrund der gesetzgeberischen Wertung in Art. 39a URG auch bei der Umgehung von technischen Schutzmassnahmen ein rechtmässiger Zugang bestehe.[259] Demnach kann Art. 24d URG auch bei der Umgehung von technischen Schutzmassnahmen zur Anwendung kommen, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind und damit die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke für das Training von KI-Systemen erlaubt.[260]

---

250 BBl 2018 (Fn. 196), 602; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 664.
251 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 664.
252 ISLER (Fn. 64), 116.
253 ISLER (Fn. 64), 116.
254 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 664.
255 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 663.
256 ZANON (Fn. 155).
257 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 24d, OFK URG, N 2; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 664.
258 ISLER (Fn. 64), 116; ZANON (Fn. 155).
259 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 664.
260 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 664; ZANON (Fn. 155).

STÄDELI und MARY sind der Auffassung, dass grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass Web-Crawling in wissenschaftlichem Kontext erlaubt sei.[261] Demnach falle auch das Web-Crawling unter das Text-and-Data-Mining und wird somit von Art. 24d URG erfasst.[262]

Anders sieht dies SEMMELMANN und postuliert, dass es beim Training einer generativen KI wie bspw. ChatGPT, um die Programmierung eines Algorithmus aufgrund von vorbestehenden Daten und Wahrscheinlichkeiten aus der Vergangenheit ginge.[263] In Art. 24d URG sei aber vorgesehen die systematische Suche nach neuen Erkenntnissen freizustellen, was das Gegenteil des Trainings einer KI sei.[264] Er verneint somit die Anwendung von Art. 24d URG auf das Training von KI bzw. ChatGPT.

Ich favorisiere die Auslegung, wonach ein vertragliches Vervielfältigungsverbot bspw. in den AGBs nicht genügt, um einen rechtmässigen Zugang zu verneinen.[265] Jedoch sollte es dem Rechteinhaber weiterhin möglich sein mittels technischer Schutzmassnahmen ungewollte Vervielfältigungen seines Werkes durch automatische Analyseverfahren zu unterbinden.[266] Somit sollte nicht bereits durch jede Veröffentlichung im Internet ein rechtmässiger Zugang bejaht werden können. Zwar vertreten MARMY-BRÄNDLI und OEHRI den Standpunkt, dass aufgrund der gesetzgeberischen Wertung in Art. 39a URG auch bei der Umgehung von technischen Schutzmassnahmen ein rechtmässiger Zugang bestehe.[267] Jedoch muss beachtet werden, dass Art. 39a Abs. 4 URG der umgehenden Person ein sog. «right to hack» einräumt, welches in der Praxis nahezu unbedeutend ist.[268] Demnach wird meiner Meinung nach in der Praxis, bei der Umgehung von technischen Schutzmassnahmen wegen dem nahezu unbedeutenden Art. 39a Abs. 4 URG, kaum ein rechtmässiger Zugang bestehen.

4. Zwischenfazit

Es bestehen unterschiedliche Meinungen in der Lehre. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Wissenschaftsschranke nach Art. 24d URG das Training von KI-Systemen wie ChatGPT freistellen kann, unter der Voraussetzung,

261 STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.
262 STÄDELI/MARY (Fn. 1), 249.
263 SEMMELMANN (Fn. 67), 640.
264 SEMMELMANN (Fn. 67), 640.
265 ISLER (Fn. 64), 116.
266 ISLER (Fn. 64), 116.
267 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 664.
268 ISLER (Fn. 64), 116.

dass das Training die wissenschaftliche Forschung als Hauptzweck verfolgt.[269] Rechtsunsicherheiten können jedoch noch in Bezug auf den Zweck der wissenschaftlichen Forschung bestehen und was genau als rechtmässiger Zugang gilt.[270]

E. Analogie zu Art. 28 ZGB

Meines Erachtens könnte eine Analogie zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB[271] vorgenommen werden, fokussierend auf den Rechtfertigungsgrund des Schutzes von Personen des öffentlichen Lebens.[272]

Eine Analogie könnte darin bestehen, dass i.S. eines Rechtfertigungsgrundes, die Bekanntheit bzw. besondere Funktion/Stellung einer Person dazu führen kann, dass ein erhöhtes öffentliches Interesse der Bevölkerung an den Werken dieser Person besteht.[273] Als Folge könnten diese Personen einen geringeren Schutz bzgl. ihrer Werke beanspruchen. Dadurch könnte dieser Rechtfertigungsgrund als eine Schranke dienen und es ermöglichen, dass urheberrechtlich geschützte Werke u.a. für das Training von ChatGPT verwendet werden könnten, ohne gegen das Urheberrecht zu verstossen. Weiter wird betrachtet, ob die Einführung einer solchen neuen Schranke sinnvoll sein könnte. Dabei könnte der geringere Schutz, welche die Schranke ermöglicht, darin bestehen, dass die Schutzdauer nach Art. 29 Abs. 2 URG verkürzt würde. Dadurch könnten z.B. KI-Systeme mit aktuelleren Songtexten eines/einer berühmten Sängers/Sängerin, wie bspw. Rihanna trainiert werden, ohne gegen das Urheberrecht zu verstossen.

1. Herleitung: Urheberpersönlichkeitsrechte

Das URG enthält Urheberpersönlichkeitsrechte, welche über die Regeln des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinausgehen und die Beziehung des Urhebers zu seinem Werk regeln.[274] Urheber können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, letztere nur durch derivativen Erwerb von Urhe-

269 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 664; Mühlemann/Ritter (Fn. 78); Zanon (Fn. 155).

270 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 664; Thouvenin et al. (Fn. 5), Training, 135.

271 Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

272 Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Bern 2016, (zit. Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht), Rz. 12.137.

273 Aebi-Müller Regina E., Art. 28, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB – Partnerschaftsgesetz, 4. A. 2023, N 35; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.137.

274 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 321.

berrechten.[275] Die Urheberpersönlichkeitsrechte sind in Art. 9 URG und Art. 11 URG verankert.[276] Sie beinhalten das Recht auf Erstveröffentlichung (Art. 9 Abs. 2 URG), Recht auf Urhebernennung (Art. 9 Abs. 1 URG), Änderungs- und Bearbeitungsrecht (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG und Art. 11 Abs. 1 lit. b URG) und das Recht auf Werkintegrität (Art. 11 Abs. 2 URG).[277] Die Urheberpersönlichkeitsrechte sind werkbezogene ausschliessliche (absolute) Rechte.[278] Sie dienen vorwiegend dem Schutz von persönlichkeitsrechtlichen Interessen und können gegenüber jedermann geltend gemacht werden.[279] Nachfolgend wird der Fokus auf Art. 11 URG gelegt.

Beim Crawling von Daten zum Erstellen des Datensets und beim Download der Daten erfolgt eine vollständige Kopie,[280] ohne Veränderung der ursprünglichen Daten und somit findet Art. 11 URG keine Anwendung.[281]

Handelt es sich jedoch um eine inhaltsgenerierende KI wie ChatGPT, muss bei der Reproduktion innerhalb des Trainingsprozesses oftmals von einer Bearbeitung nach Art. 11 URG ausgegangen werden.[282] Daten werden auch nur teilweise kopiert und somit unvollständig übernommen.[283] Bspw. werden Texte innerhalb des Trainingsprozesses der KI übersetzt oder paraphrasiert, womit eine Bearbeitung der Trainingsdaten besteht.[284] Dadurch kann die Werkintegrität nach Art. 11 Abs. 2 URG verletzt werden, selbst wenn eine Drittperson vertraglich oder gesetzlich befugt ist das Werk zu ändern oder zu bearbeiten. Denn Art. 11 Abs. 2 URG umfasst den direkt entstellenden Eingriff in die Werkintegrität, worunter u.a. eine Änderung und Kürzung,[285] wie eine unvollständige Kopie verstanden wird. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a URG hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie ein Werk geändert werden darf und gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b URG hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen «*ob, wann und wie das Werk zur Schaffung eines Werks zweiter Hand verwendet oder in ein Sammelwerk aufgenommen*

275 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 288 ff.

276 Barrelet/Egloff (Fn. 84), Art. 10, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, N 4; Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 9, OFK URG, N 1; Bötschi (Fn. 70), 10; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 322 ff.

277 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 9, OFK URG, N 1; Bötschi (Fn. 70), 10; Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 322 ff.

278 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 9, OFK URG, N 1.

279 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 9, OFK URG, N 1.

280 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657; Städeli/Mary (Fn. 1), 249.

281 Kübler (Fn. 75), Rz. 6.

282 Kübler (Fn. 75), Rz. 6; Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.

283 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 657.

284 Kübler (Fn. 75), Rz. 6.

285 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 11, OFK URG, N 10.

werden darf»[286]. Inhaltsgenerierende KI können z.B. Texte verwenden, welche urheberrechtlich geschützte Werke darstellen und diese anschliessend übersetzen oder Bilder werden neu zusammengesetzt, was als Änderung bzw. Bearbeitung gelten kann (Art. 11 Abs. 1 lit. a URG und Art. 11 Abs. 1 lit. b URG).[287] Demnach stellt also das teilweise reproduzieren der urheberrechtlich geschützten Daten innerhalb des Trainingsprozesses von ChatGPT,[288] eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 URG und Art. 11 Abs. 2 URG dar.

Da Urheberpersönlichkeitsrechte bestehen, liegt es nahe, dass eine Analogie zu dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB bzw. dessen Rechtfertigungsgründen gezogen wird. Dies kann durch die ältere Rechtsprechung zum Urheberrechtsgesetz von 1922 begründet werden, wobei Urheberpersönlichkeitsrechte als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgefasst wurden.[289] Auch in der aktuellen Lehre findet die Anwendung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte i.S.v. Art. 27 ff. ZGB im Urheberrecht Unterstützung.[290]

2. Herleitung: Persönlichkeitsschutz Art. 28 ZGB

Der Begriff der Persönlichkeit wird im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB als die Gesamtheit der individuellen Grundwerte einer Person verstanden, bzw. die Gesamtheit derjenigen Werte, welche einer Person um ihrer selbst willen zustehen.[291]

Die Verletzung der Persönlichkeit i.S.v. Art. 28 ZGB kann irgendeine Verletzung des Persönlichkeitsrechts sein, die durch einen Dritten verursacht wird.[292] Da jegliche Arten von Verletzungen möglich sind, ist meiner Meinung nach anzunehmen, dass auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts innerhalb des Trainingsprozesses eines KI-Systems möglich ist. Eine solche Verletzung kann jedoch nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung der Persönlichkeit sein.[293] Die Verletzung muss objektiv eine gewisse Intensität aufweisen.[294]

---

286 BGE 142 III 387 E. 4.1 S. 392; REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 11, OFK URG, N 7 ff.; MARBACH/DUCREY/WILD (Fn. 59), Rz. 328.

287 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 6.

288 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 657.

289 BGE 96 II 409 E. 6 S. 420; BÖTSCHI (Fn. 70), 11.

290 THOUVENIN (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 642.

291 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 2.

292 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.06.

293 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 3; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.06.

294 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 3; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.06.

Eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB liegt dann vor, wenn kein Rechtfertigungsgrund, keine Einwilligung des Verletzten und kein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse vorliegt.[295] Ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt, muss mittels zweistufiger Vorgehensweise überprüft werden.[296] Als erstes muss geprüft werden, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt.[297] Wird dies bejaht, wird das Handeln grundsätzlich als widerrechtlich angesehen.[298] Als zweites muss geprüft werden, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.[299] In dieser Prüfung muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden.[300] Für Art. 11 Abs. 2 URG wird im Unterschied zu Art. 28 Abs. 2 ZGB keine Interessenabwägung verlangt.[301] Da Art. 28 Abs. 2 ZGB eine Interessenabwägung verlangt, kann die Analogie nur für Art. 11 Abs. 1 URG vorgenommen werden,[302] weil dieser eine Interessenabwägung nicht explizit ausschliesst, bzw. im Zweifelsfall fordert.[303]

3. Umsetzung der Analogie

Meines Erachtens könnte man bei der Analogie zu Art. 28 ZGB prüfen, ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt und anschliessend den Rechtfertigungsgrund des Schutzes von Personen des öffentlichen Lebens anwenden. Unter dem Prüfpunkt der Persönlichkeitsverletzung könnte man die Urheberpersönlichkeitsrechte miteinbeziehen und als Rechtfertigungsgründe diese von Art. 28 ZGB heranziehen, um die Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werkes «rechtfertigen» zu können i.S. einer Schrankenbestimmung. Zudem wird eine Einführung einer neuen Schranke, welche eine kürzere Schutzdauer, als in Art. 29 Abs. 2 URG rechtfertigen könnte, betrachtet.

---

295 Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006, 7001 ff., 7030; BGE 136 III 410 E. 2.2 S. 412; AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 29; COTTIER MICHELLE, La protection de la personnalité des résidents d'établissements médicosociaux, FamPra 2015, 370 ff., 381; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.12.

296 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.12.

297 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 29; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.13.

298 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 29.

299 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 29; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.13.

300 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.14.

301 REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 69), Art. 11, OFK URG, N 9.

302 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.14.

303 PFORTMÜLLER (Fn. 93), Art. 11, SHK URG, N 3.

a. Persönlichkeitsverletzung

Als eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB gilt grundsätzlich ein Verhalten eines Dritten, dass ein Persönlichkeitsgut des Betroffenen verletzt.[304] Für die Analogie könnten nun die Urheberpersönlichkeitsrechte herangezogen werden. Dies kann durch die ältere Rechtsprechung zum Urheberrechtsgesetz von 1922 begründet werden, wobei Urheberpersönlichkeitsrechte als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgefasst wurden.[305] Namentlich könnte gesagt werden, wenn eine Verletzung der Werkintegrität i.S.v. Art. 11 URG vorliegt, indem eine Änderung oder Bearbeitung innerhalb des Trainingsprozesses eines KI-Systems vorgenommen wird, besteht eine Persönlichkeitsverletzung analog zu Art. 28 ZGB. Dabei wird der Urheber des Werkes als betroffene Person betrachtet und das urheberrechtlich geschützte Werk stellt das Persönlichkeitsgut dar. Meines Erachtens kann das KI-System selbst nicht als Dritte gelten. Als Dritter müsste der Betreiber der KI gelten, welcher eine natürliche oder juristische Person ist.

Eine rechtlich relevante Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB beurteilt sich anhand eines objektiven Massstabs.[306] Art. 11 Abs. 1 URG sieht nicht explizit einen objektiven Massstab vor, demnach muss hier keiner angewendet werden. Dabei besteht eine Persönlichkeitsverletzung, wenn der Tatbestand von Art. 11 Abs. 1 lit. a URG oder Art. 11 Abs. 1 lit. b URG vorliegt. Die Verletzung muss objektiv eine gewisse Intensität erreichen.[307] Da Urheberpersönlichkeitsrechte über die allgemeinen Regeln des Persönlichkeitsrechts hinausgehen,[308] ist anzunehmen, dass bei einer Verletzung von Art. 11 URG grundsätzlich eine objektive Intensität gegeben ist.

Demnach kann meiner Meinung nach eine Verletzung der Werkintegrität i.S.v. Art. 11 URG, indem eine Änderung oder Bearbeitung innerhalb des Trainingsprozesses eines KI-Systems vorgenommen wird, eine Persönlichkeitsverletzung analog zu Art. 28 ZGB darstellen.

Bezogen auf das oben genannte Beispiel (siehe oben, II.B.3.) könnte angenommen werden, dass eine Änderung oder Bearbeitung i.S.v. Art. 11 Abs. 1 URG von Songtexten von Rihanna durch den Trainingsprozess von ChatGPT vorgenommen wurde. Dadurch bestünde eine Persönlichkeitsverletzung analog

---

304 Aebi-Müller (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 29; Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.13; Pedrazzini Mario M./Oberholzer Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993, 144.

305 BGE 96 II 409 E. 6 S. 420; Bötschi (Fn. 70), 11.

306 Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.07.

307 Aebi-Müller (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 3.

308 Marbach/Ducrey/Wild (Fn. 59), Rz. 321; Thouvenin (Fn. 78), Immaterialgüterrecht, Rz. 641.

zu Art. 28 ZGB. Da Rihanna und ihr Team, welches hinter ihren Produktionen steht, Inhaber der Urheberrechte an den verwendeten Songtexten sind, werden dadurch deren Persönlichkeitsrechte analog zu Art. 28 ZGB verletzt.

b. Rechtfertigung

Mögliche Rechtfertigungsgründe sind eine Einwilligung des Verletzten, oder ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, oder die Verletzung ist durch das Gesetz gerechtfertigt (Art. 28 Abs. 2 ZGB).[309] Bei einer Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB kann die Bekanntheit oder besondere Funktion bzw. Stellung einer Person zur Folge haben, dass die Öffentlichkeit ein erhöhtes Interesse an Informationen über diese Person und ggf. ihr nächstes Umfeld hat.[310] Dabei muss die Person gerade Kraft dieser Stellung, ihrer Funktion oder ihrer Leistung in das Blickfeld der Öffentlichkeit getreten sein, so dass ein legitimes Informationsinteresse an u.a. ihrer Person zu bejahen ist, z.B. Künstler, Wissenschaftler etc.[311] Im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB geniessen nicht die Personen als solche einen geringeren Schutz, sondern die diesbezüglichen Informationen können u.U. als besonders bedeutsam gelten.[312] Mit Informationen sind im Rahmen von Art. 28 ZGB Informationen über diese Person gemeint.[313] In der Analogie bzw. Schranke könnten statt solchen Informationen über diejenige Person, die urheberrechtlich geschützten Werke dieser Person gemeint sein. Demnach muss kein Informationsinteresse an der Person bestehen, sondern ein Interesse der Öffentlichkeit an der Verwendung des Werkes für z.B. das Training von KI-Systemen. Ein solches Interesse könnte meiner Meinung nach in der Forschung und Weiterentwicklung von z.B. KI-Systemen bestehen oder im Zusammenhang mit Musik, Literatur, Kunst, etc. könnte auch ein kulturelles Interesse der Öffentlichkeit daran bestehen, dass diese Werke/Daten innerhalb des Trainingsprozesses von ChatGPT vor Ablauf der Schutzdauer (Art. 29 Abs. 2 URG) verwendet werden, wobei die Daten i.S.v. Art. 11 Abs. 1 URG geändert bzw. bearbeitet werden.

Besteht keine Einwilligung des Urhebers, kann dadurch eine Verletzung des Urheberrechts bestehen. Nun kann diese Verletzung durch die Anwendung des Rechtfertigungsgrundes des Schutzes von Personen des öffentlichen Le-

---

309 BBl 2006 (Fn. 295), 7030; BGE 136 III 410 E. 2.2 S. 412; AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 29; COTTIER (Fn. 295), 381; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.12; PEDRAZZINI/OBERHOLZER (Fn. 304), 144.

310 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 35; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.137.

311 BGE 147 III 185 E. 4.3.3 S. 204; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.137.

312 AEBI-MÜLLER (Fn. 273), Art. 28, CHK ZGB, N 35.

313 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.137.

bens gerechtfertigt werden bspw. als Analogie oder i.S. einer Schrankenbestimmung.

c. *Interessenabwägung*

Sofern keine Einwilligung besteht, muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden.[314] Im Rahmen der Analogie muss das Interesse der Öffentlichkeit das Werk des Urhebers zu verändern/bearbeiten stärker wiegen als die Interessen des Urhebers (z.B. wirtschaftliche Interessen). Demnach muss das öffentliche Interesse am Training von KI-Systemen mit urheberrechtlich geschützten Werken stärker wiegen als die privaten Interessen des Urhebers.

4. Voraussetzungen

Die herausgearbeiteten Voraussetzungen beinhalten folgende: Als erste Voraussetzung muss eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegen, demnach eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 URG. Als zweite Voraussetzung muss der Rechtfertigungsgrund des Schutzes von Personen des öffentlichen Lebens erfüllt sein. Für diesen Rechtfertigungsgrund müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Der/Die Urheber*in ist eine Person des öffentlichen Lebens (z.B. Wissenschaftler*in, Künstler*in etc.);
- Es bestehet ein legitimes Interesse der Öffentlichkeit, dass die Werke geändert/bearbeitet werden (bspw. innerhalb des Trainingsprozesses von KI-Systemen);
- Die Schutzdauer nach Art. 29 Abs. 2 URG ist noch nicht abgelaufen;
- Das Interesse der Öffentlichkeit wiegt stärker als die Interessen des Urhebers (Bspw. wirtschaftliche Interessen), somit muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt kann ein KI-System mit urheberrechtlich geschützten Werken trainiert werden und diese dabei bearbeiten/verändern, ohne Zustimmung des Urhebers.

5. Anwendung

Urheberin der Originalsongtexte (siehe oben, II.B.3.) ist Rihanna und ihr Team, welche hinter den Produktionen stehen. Rihanna ist eine Person des öffentlichen Lebens, weshalb für sie persönlich die erste Voraussetzung erfüllt ist.

314 Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.14.

Das Problem besteht darin, dass das beteiligte Team nicht unbedingt aus Personen des öffentlichen Lebens besteht.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 URG stehen bei der Miturheberschaft allen Urhebern das Urheberrecht gemeinschaftlich zu. Demnach müsste Rihanna u.U. zwar eine Einschränkung durch diese Analogie tolerieren, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Aber da Miturheberschaft besteht und nicht alle Miturheber die Voraussetzungen der Analogie erfüllen, kann somit die Analogie eine Einschränkung der Urheberrechte durch das Training einer KI nicht rechtfertigen. Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen erübrigt sich.

Die Anwendung an diesem Beispiel zeigt, dass diese Analogie bzw. die Einführung einer neuen Schranke i.S. der Analogie nicht einfach plötzlich alle Reproduktionen (Abänderungen/Bearbeitungen) im Trainingsprozess von ChatGPT rechtfertigen. Es bestehen gewisse Voraussetzungen und weitere Einschränkungen wie bspw. die Miturheberschaft, da die meisten berühmten Sänger oftmals ein ganzes Team haben, welches bei der Herstellung eines Werkes involviert ist und Urheberrechte besitzt.

6. Kritik

Eine Unterscheidung zwischen Urhebern mit einer gewissen Bekanntheit bzw. besonderen Funktion/Stellung und Urhebern ohne diese Eigenschaft würde dazu führen, dass in einer Einzelfallbewertung eine stark wertungsabhängige Beurteilung vorgenommen werden müsste. Eine solche Beurteilung könnte bei einer Massennutzung beim Training von ChatGPT nicht zweckmässig realisiert werden.

Für Art. 11 Abs. 2 URG wird im Unterschied zu Art. 28 Abs. 2 ZGB keine Interessenabwägung verlangt.[315] Da Art. 28 Abs. 2 ZGB eine Interessenabwägung verlangt, kann die Analogie nur für Art. 11 Abs. 1 URG vorgenommen werden,[316] weil dieser eine Interessenabwägung nicht explizit ausschliesst, bzw. im Zweifelsfall fordert.[317] Dadurch besteht ein relativ eingeschränkter Anwendungsbereich der Analogie zu Art. 28 ZGB, wodurch die Massennutzung von Werken beim Training von ChatGPT kaum sinnvoll umsetzbar wäre.

315 Rehbinder/Haas/Uhlig (Fn. 69), Art. 11, OFK URG, N 9.
316 Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 272), Personenrecht, Rz. 12.14.
317 Pfortmüller (Fn. 93), Art. 11, SHK URG, N 3.

7. Zwischenfazit

Meiner Meinung nach ist es nicht möglich eine Analogie zu Art. 28 ZGB zu ziehen, bei einer Veränderung bzw. Bearbeitung i.S.v. Art. 11 Abs. 1 URG. Ein Rechtfertigungsgrund des Schutzes von Personen des öffentlichen Lebens könnte eine Veränderung/Bearbeitung eines Werkes im Trainingsprozess von KI-Systemen wie ChatGPT kaum rechtfertigen, da u.a. jedem Werk grundsätzlich der gleiche urheberrechtliche Schutz zukommt, unabhängig der Person des Urhebers.

IV. Gesamtfazit

Abschliessend ist zu erwähnen, dass das Erstellen des Datensets für das Training von ChatGPT durch das Sammeln der Daten mittels Crawling und anschliessendem Download der Trainingsdaten und die vorübergehende Speicherung der Daten bei der Reproduktion der Daten im Trainingsprozess, Vervielfältigungshandlungen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG darstellen und somit ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht sind.[318]

Die Anwendbarkeit der Schrankenbestimmung zum Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG und Art. 19 Abs. 1 lit. b URG, im Rahmen des Trainings von ChatGPT, ist in den meisten Fällen kaum denkbar.[319] Da die Bedingung eines eingeschränkten Nutzerkreises bzw. Zwecks durch ChatGPT nicht erfüllt werden kann.[320] Bzgl. der Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG bestehen unterschiedliche Meinungen, wobei KÜBLER, SEMMELMANN und THOUVENIN et al. die Anwendung ablehnen, während SCHÖNBERGER die Anwendung grundsätzlich bejaht und MARMY-BRÄNDLI und OEHRI die Anwendung von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG im Rahmen des Trainings von KI-Systemen wie ChatGPT nur in Ausnahmefällen bejahen. Meiner Meinung nach ist Art. 19 URG beim Trainingsprozess einer KI eher irrelevant und nur in wenigen Ausnahmefällen anwendbar. Der eigentliche Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG sollte im Zentrum stehen und die Schranke sollte nur Anwendung finden, wenn der interne Gebrauch tatsächlich die interne Information und Dokumentation zum Zweck hat.

Art. 24a URG ist grundsätzlich nicht geeignet, um die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken für den Trainingsprozess einer KI freizustellen.[321]

---

318 AMMANN/JENAL (Fn. 76), 648.
319 KÜBLER (Fn. 75), Rz. 11.
320 Siehe auch KÜBLER (Fn. 75), Rz. 11.
321 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (Fn. 1), Training, 661; SEMMELMANN (Fn. 67), 640.

Die Wissenschaftsschranke i.S.v. Art. 24d URG kann das Training von KI-Systemen wie ChatGPT unter der Voraussetzung, dass das Training die wissenschaftliche Forschung als Hauptzweck verfolgt, freistellen.[322] Rechtsunsicherheiten können jedoch noch in Bezug auf den Zweck der wissenschaftlichen Forschung bestehen und was genau als rechtmässiger Zugang gilt.[323] Es wäre demnach sinnvoll, diese Rechtsunsicherheiten zu beseitigen und den Zweck sowie den Begriff «rechtmässiger Zugang» genauer zu erläutern. Es würde sich anbieten die europarechtliche Definition des «rechtmässigen Zugangs» i.S.v. Art. 4 der DSM-RL zu übernehmen.

Es ist kaum möglich eine Analogie zu Art. 28 ZGB zu ziehen, bei einer Veränderung bzw. Bearbeitung i.S.v. Art. 11 Abs. 1 URG, da eine Unterscheidung zwischen Urhebern mit einer gewissen Bekanntheit bzw. besonderen Funktion/Stellung und Urhebern ohne diese Eigenschaft dazu führen würde, dass in einer Einzelfallbewertung eine stark wertungsabhängige Beurteilung vorgenommen werden müsste, welche bei einer Massennutzung beim Training von ChatGPT nicht zweckmässig realisiert werden könnte.

Somit ist grundsätzlich festzuhalten, dass das Training von ChatGPT und anderen KI-Systemen mit urheberrechtlich geschützten Werken, das Vervielfältigungsrecht verletzt und nur in wenigen Fällen eine Schrankenbestimmung Anwendung findet.

322 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 664.
323 Marmy-Brändli/Oehri (Fn. 1), Training, 664.

Generative künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Prüfungsrecht*

Jonas Aebi

Inhalt

I. Einleitung 451

II. Materielles Prüfungsrecht und KI-Nutzung 452
A. Allgemeines Verbot 453
B. Allgemeine Erlaubnis 454
C. Differenzierte Lösung 455

III. Durchsetzbarkeit 456
A. Technologische Komponente 456
B. Rechtliche Komponente 458
1. Täuschung und Anscheinsbeweis 458
2. Anscheinsbeweis bei KI-Verwendung 459
a. Beschluss des Verwaltungsgerichts München M 3 E 23.4371 vom 28. November 2023 459
b. Beschluss des Verwaltungsgerichts München M 3 E 24.1136 vom 8. Mai 2024 461

IV. Fazit 462

I. Einleitung

Bedeutende technologische Innovationen bringen es mit sich, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen einer gesellschaftlichen Institution oder Praxis in eine Schieflage geraten können – insbesondere dann, wenn Rechtsordnungen nicht rasch genug auf neue Entwicklungen reagieren oder infolge der Innovation ihre Bedeutung verlieren. Beispielsweise folgte eine solche Schieflage auf die Einführung des Automobils. Die Regulierung des Strassenverkehrs etablierte sich in vielen Aspekten erst spät, nachdem das Auto gesellschaftliche Realität geworden war.[1] In einer anderen Konstellation wird der bestehende

* Die Arbeit berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis zum 31. Oktober 2025.

1 Monheim Heiner, Wie es anfing, wie es läuft: Die Geschichte der Verkehrssicherheit in Deutschland, Runter vom Gas, 9. August 2022, <https://www.runtervomgas.de/menschen-und-geschichten/artikeluebersicht/wie-es-anfing-wie-es-laeuft-die-geschichte-der-verkehrssicherheit-in/#:~:text=Schaut man in die Statistik,als 2019 (3.046 Todesopfer).>.

rechtliche Rahmen durch technische Veränderungen überflüssig, da er ein neues Phänomen nicht mehr einzufangen vermag. Ein aktuelles Beispiel einer solchen Konstellation zeigt die Entwicklung selbstfahrender, autonomer Fahrzeuge auf. Sie stellt das traditionelle Haftpflichtrecht – das von menschlichem Handeln ausgeht – vor grosse Herausforderungen.[2]

Eine Technologie, die uns gemäss dieser Dynamik von Innovation und rechtlicher Reaktion gegenwärtig beschäftigt, ist die künstliche Intelligenz (KI). Während der gesamtgesellschaftliche Nutzen und die langfristige Bedeutung dieser Innovation noch schwer abzuschätzen sind, hat sich die künstliche Intelligenz im Bildungsbereich längst durchgesetzt.[3] Generative KI-Modelle können (in sich rasant verbessernder Qualität) von Literaturrecherche über Textgenerierung bis hin zur Textkorrektur alle Arbeitsschritte auf dem Weg zur schriftlichen Arbeit verrichten.[4] Neben urheber- und datenschutzrechtlichen Fragen, stellen sich im Bildungsbereich insbesondere prüfungsrechtliche Probleme rund um den Täuschungsversuch.[5] Ist KI-Verwendung als prüfungsrechtliche Täuschung zu qualifizieren? Kann eine Täuschung mit KI überhaupt technisch überprüft, geschweige denn juristisch bewiesen werden? Nachfolgend eine Darstellung einiger Aspekte, Fragestellungen und Antworten zum Verhältnis vom prüfungsrechtlichen Täuschungsversuch zur künstlichen Intelligenz.

II. Materielles Prüfungsrecht und KI-Nutzung

Eine Täuschungshandlung liegt vor, wenn ein dem Beweis zugänglicher Umstand falsch dargestellt wird.[6] Im Prüfungsrecht liegt eine Täuschungshandlung vor, wenn ein Prüfling eine Prüfungsleistung als eigenständige Leistung ausgibt, obwohl er bei der Erstellung auf unzulässige Hilfsmittel zurückgegriffen hat.[7] Subjektiv setzt die Täuschung voraus, dass ein Täuschungserfolg, also

---

2 Vgl. von Ungern-Sternberg Antje, Autonomous Driving: Regulatory Challenges Raised by Artificial Decision-Making and Tragic Choices, in: Barfield Woodrow/Pagallo Ugo (Hrsg.), Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Edward Elgar Publishing 2018.

3 Brünig Janique, KI als Herausforderung für das juristische Studium, Wie KI-gestützte Schreibwerkzeuge und Lerntools das juristische Studium verändern, ZDRW 2024, 294 ff.

4 Brünig (Fn. 3), 300; Reinmann Gabi/Watanabe Alice, KI in der universitären Lehre, Vom Spannungs- zum Gestaltungsfeld, in: Schreiber/Ohly (Hrsg.), KI:Text, Diskurse über KI-Textgeneratoren, Berlin 2024, 39 f.

5 Brünig (Fn. 3), 295 f.

6 Morgenroth Carsten, Hochschulstudienrecht und Hochschulprüfungsrecht, 2. A., Baden-Baden 2020, Rz. 457.

7 Entscheid der Erziehungsdirektion des Kantons Bern Nr. 350.37-17 vom 31. Oktober 2017 E. 2.2.2; Fischer Edgar/Jeremias Christoph/Dieterich Peter, Prüfungsrecht, 8. A., Nördlingen 2022, Rz. 223 ff.

eine Verzerrung der eigenen Leistung durch Verwendung unzulässiger Hilfsmittel, zumindest billigend in Kauf genommen wird.[8] Durch die Täuschung unterläuft der unredliche Prüfling den eigentlichen Zweck einer Prüfung, nämlich die Zurechnung einer bestimmten, eigenständig erbrachten Leistung zu einer bestimmten Person (Leistungs-Nachweis).[9]

Die Definition von Prüfungsspezifika, wie der Abgrenzung von erlaubten zu unerlaubten Hilfsmitteln, obliegt in der Schweiz gewöhnlich der jeweiligen Bildungsinstitution basierend auf kantonaler Gesetzgebung und wird nur teilweise durch bundesrechtliche Mindestvorgaben eingeschränkt.[10] Eine kantonale oder bundesgesetzliche Grundlage, die den Einsatz von KI im Bildungsbereich reguliert, gibt es nicht. Mangels höherer gesetzlicher Grundlage dient regelmässig die sogenannte Eigenständigkeits- oder Selbstständigkeitserklärung als Instrument, um das Prüfungsverhältnis zwischen Prüfling und Prüfer rechtlich zu strukturieren.[11] Der Prüfling verpflichtet sich, die Arbeit entsprechend bestimmter Vorgaben zu erstellen. Die prüfungsrechtliche Einordnung der Verwendung von KI hängt also von den rechtlichen Vorgaben im Prüfungsverhältnis – gemäss der jeweiligen Prüfungsordnung respektive Eigenständigkeitserklärung – ab.[12] Bei der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Vorgaben lassen sich typische Varianten mit jeweils unterschiedlichen Vor- und Nachteilen identifizieren.

A. Allgemeines Verbot

Wird KI-Nutzung für die Erstellung einer schriftlichen Arbeit allgemein verboten, ist damit nicht nur die Übernahme von KI-generierten Texten, sondern auch jede sonstige Verwendung von KI, zum Beispiel für Recherchearbeiten oder zur Korrektur eines bestehenden Texts, untersagt.[13] Diesen konservati-

---

8 ERZ BE Nr. 350.37-17 E. 2.2.2; Fischer/Jeremias/Dieterich (Fn. 7), Rz. 235.

9 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2018.40U vom 28. September 2018 E. 3.1; Schwartmann Rolf/Kurth Sonja/Köhler Moritz, Der Einsatz von KI an Hochschulen – eine rechtliche Betrachtung, OdW 2024, 162.

10 VGer BE Nr. 100.2018.40U E. 3.1.

11 Hoeren Thomas, Rechtsgutachten zum Umgang mit KI-Software im Hochschulkontext, in: Salden Peter/Leschke Jonas (Hrsg.), Didaktische und Rechtliche Perspektiven auf KI-gestütztes Schreiben in der Hochschulbildung, Bochum 2023, 33.

12 Hördegen Stephan, Der Einsatz von KI-Tools an Prüfungen verlangt klare Vorgaben, Lässt sich das Nutzen von ChatGPT mit prüfungsrechtlichen Grundsätzen vereinbaren?, 2023, <https://recht-schulisch.edubs.ch/der-einsatz-von-ki-tools-an-pruefungen-verlanft-klare-vorgaben>; Hufen Friedhelm, Grundrechte und Hochschulrecht: Beweislast für Täuschung durch KI-Einsatz bei Eignungsfeststellung, JuS 2024, 1092; Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 163.

13 Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 162.

ven Weg im Umgang mit KI haben bereits einige Hochschulen eingeschlagen.[14] Bei genauerer Betrachtung wird allerdings meist nur die unmarkierte Nutzung untersagt, so zum Beispiel beim KI-Verbot der Sciences Po in Paris.[15]

Ein allgemeines Verbot schafft Klarheit und gibt den Studierenden einen einheitlichen Leitrahmen vor. Gleichzeitig scheint ein generelles Verbot realitätsfremd zu sein. Ein Grossteil der Studierenden nutzt KI-Anwendungen bereits regelmässig.[16] Zudem ist eine Überprüfung auf KI-Nutzung sowohl technologisch als auch rechtlich schwierig.[17] Schliesslich verpasst eine Universität damit die Chance, den Studierenden KI-Kompetenzen zu vermitteln, die im späteren Berufsleben mit Sicherheit gefragt sein werden.[18]

B. Allgemeine Erlaubnis

Weitaus häufiger als ein allgemeines Verbot findet sich die Erlaubnis, KI zur Erstellung schriftlicher Arbeiten zu verwenden. Meistens unter dem Vorbehalt, dass die einzelnen Examinatoren die grundsätzliche Erlaubnis prüfungsspezifisch einschränken und gegebenenfalls modifizieren können. Eine allgemeine Erlaubnis bedeutet aus prüfungsrechtlicher Sicht, dass KI zur Erstellung einer schriftlichen Arbeit uneingeschränkt genutzt werden darf, ohne dass dem Prüfling der Vorwurf einer Täuschung droht. Auch durch KI generierte Textpassagen dürfen folglich in den eigenen Text eingebunden werden. Die Erlaubnis hat allerdings keinen Einfluss auf die Frage des Urheberrechts an KI-generierten Inhalten,[19] sondern lediglich auf den potenziellen Täuschungsversuch.

Der Ansatz sieht sich der Kritik ausgesetzt, dass das didaktische Ziel verfehlt werde, Schreibkompetenzen verloren gingen und eine entsprechende Verkümmerung der studentischen Fähigkeiten zu erwarten sei.[20] Problematisch ist auch das Verhältnis einer generellen Erlaubnis zum Gebot der allgemeinen Gleichbehandlung nach Art. 8 BV, das auch für das Prüfungsverhältnis weg-

---

14 Hoeren (Fn. 11), 39; Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 162; Weber-Wulff et al., Testing of detection tools for AI-generated text, IJEI 2023, 2.

15 De Clercq Geert, Top French university bans use of ChatGPT to prevent plagiarism, Reuters vom 27. Januar 2023, <https://www.reuters.com/technology/top-french-university-bans-use-chatgpt-prevent-plagiarism-2023-01-27/>.

16 In der Schweiz nutzen bereits 70% aller Jugendlichen KI-Anwendungen, vgl. Waller Gregor et al., JAMESfocus – Künstliche Intelligenz im Alltag von Jugendlichen, Zürich 2025: Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, 14.

17 Siehe unten, III.A.; III.B.

18 Brünig (Fn. 3), 305.

19 Vgl. Hoeren (Fn. 11), 25 f.

20 Brünig (Fn. 3), 311; Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 162.

weisend ist.[21] Durch die allgemeine Erlaubnis sind Studierende im Zugzwang, für ihre Arbeiten KI zu nutzen, um keinen Wettbewerbsnachteil zu erleiden. Da die Leistungsfähigkeit von KI-Modellen wie beispielsweise ChatGPT je nach Abonnement erheblich variiert, sind finanziell besser gestellte Studierende imstande, sich bessere Prüfungsleistungen durch die Nutzung teurer LMs (Language Models) zu erkaufen, was dem Grundsatz der Gleichbehandlung zuwiderläuft.[22] Um diesem Problem entgegenzuwirken, müssten die Hochschulen wohl kostenfreie Zugänge für die Studierenden anbieten, wie das heute schon bei Rechercheplattformen (Swisslex, legalis etc.) der Fall ist.

C. Differenzierte Lösung

Den Mittelweg zwischen Verbot und allgemeiner Bewilligung stellt die Erlaubnis unter bestimmten Vorbehalten dar. Entsprechend den vielfältigen Nutzmöglichkeiten generativer KI gibt es bei der Spezifizierung erlaubter und unerlaubter Nutzungen viel Spielraum. Häufig findet sich die Erlaubnis, KI zur Erstellung schriftlicher Arbeiten zu verwenden, verbunden mit der Auflage, jegliche Nutzung genau zu deklarieren.[23] Als deklarationspflichtig erklärt werden dabei neben dem durch KI erstellten Textteil oft auch die verwendeten Prompts, Art und Version des LM.[24] Noch spezifischere Vorgaben finden sich in Eigenständigkeitserklärungen, die neben Deklarationspflichten auch die konkret erlaubten Anwendungsmöglichkeiten vorgeben. So wird beispielsweise vorgegeben, dass generative KI (nur) zum Brainstorming und zur Ideenfindung genutzt werden darf.[25] Hier stellt sich neben der Problematik der technologischen Überprüfbarkeit zusätzlich die Frage, ob und wie Brainstorming von anderen Arbeitsschritten abzugrenzen ist, da solche Grenzen eher theoretischer Natur sind und in Realität verschiedene Arbeitsschritte fliessend ineinander übergehen.

---

21 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern Nr. 100.2019.426U vom 19. Februar 2021 E. 6.1.

22 Vgl. Positionspapier des Dachverbands Lehrerinnen und Lehrer Schweiz LCH, Künstliche Intelligenz in der Schule: Chancen nutzen, Herausforderungen meistern, Zürich 2024, 12.

23 Vgl. Fachhochschule der Nordwestschweiz, Merkblatt zur Verwendung von Künstlicher Intelligenz (KI) für Leistungsnachweise im Studiengang Betriebsökonomie, <https://www.fhnw.ch/plattformen/wirtschaft-studierendenprojekte/wp-content/uploads/sites/153/2023/05/HSW-FHNW_Merkblatt-Einsatz-von-KI-Tools_Studierende.pdf>.

24 Vgl. Empfehlungen der KSF zum Umgang mit künstlicher Intelligenz, Luzern 2023, <https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/ksf/Dekanat/dok/Reglemente_Merkblaetter_Formulare/Neuste_Versionen/Merkblaetter_und_Formulare/Empfehlungen_KI_KSF.pdf>; Hoeren (Fn. 11), 39.

25 Vgl. zur spezifischen Angabe von Brainstorming in der Eigenständigkeitserklärung, Humboldt Universität zu Berlin, Vorlage Eigenständigkeitserklärung-KI-Psychologie, <https://fakultaeten.hu-berlin.de/de/lewi/studiumlehre/PrfAng/downloads>.

III. Durchsetzbarkeit

Nachdem typische Varianten des prüfungsrechtlichen Umgangs mit KI aufgezeigt sind, bleibt die Durchsetzbarkeit dieser rechtlichen Vorgaben zu klären. Dem Prüfer obliegt es, unredliches Verhalten des Prüflings, so auch Täuschungsversuche, zu ahnden.[26] Dabei ist es verbreitet, schriftliche Arbeiten mittels Software zu überprüfen, die Plagiats- und Täuschungsversuche feststellen kann.[27] Gerade bei der Verfolgung von KI-gestützten Täuschungsversuchen spielt solche Software – sogenannte KI-Detektoren – eine besonders grosse Rolle. Die Funktionsweise von generativer KI, menschliches Denken, Lernen und Schreiben zu imitieren,[28] lässt die manuelle Unterscheidung von menschlich zu maschinell generiertem Text kaum zu.[29] Auch wenn die Letztentscheidung beim Menschen verbleibt, wird die rechtliche Würdigung und Beweiserbringung eines potenziellen Täuschungsversuchs in vielen Fällen auf Überprüfungssoftware angewiesen sein.[30] In solchen Konstellationen greifen Recht und Technologie ineinander: Die Beweisproblematik hat eine technologische und eine rechtliche Komponente.

A. Technologische Komponente

Generative KI erstellt Texte, indem sie die Wahrscheinlichkeit des jeweils folgenden Zeichens, Wortes (oder Wortfolge) auf Basis der Trainingsdaten errechnet und so das passendste Wort als Folgewort auswählt.[31] KI-Detektoren überprüfen einen Text, indem sie errechnen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Abfolge der gewählten Wörter ist. Je ungewöhnlicher der Bezug von Wörtern aufeinander ist («perplexity»), desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Text durch KI erstellt wurde.[32]

Studierende, die im Hinblick auf Rechtschreibung und Grammatik hervorragende Leistungen erbringen, werden dem Täuschungsverdacht also öfter ausgesetzt sein. Im Worst-Case-Szenario wird so durch falsch-positive Ergebnisse, also fälschlicherweise als KI gekennzeichnete Texte, der Anreiz zu guten

---

26 Fischer/Jeremias/Dieterich (Fn. 7), Rz. 356.

27 Milovanovic Petar/Pekmezovic Tatjana/Djuric Marija, Exploring the Need to Use "Plagiarism" Detection Software Rationally, MDPI Publications 2025, 1 ff.

28 Brünig (Fn. 3), 297 f.; Weber-Wulff et al. (Fn. 14), 2.

29 Weber-Wulff et al. (Fn. 14), 4.

30 Vgl. Schwarz Sybille, Kein Zugang zum Masterstudiengang nach Vorwurf der Täuschung mittels Künstlicher Intelligenz, RDi 2024, 460.

31 Weber-Wulff et al. (Fn. 14), 3.

32 Walters William H., The Effectiveness of Software Designed to Detect AI-Generated Writing: A Comparison of 16 AI Text Detectors, Open Information Science 2023, 1 f.

Leistungen unterminiert.[33] Anbieter solcher Software werben zwar oft damit, dass ihre Überprüfungssoftware KI-generierte Texte verlässlich erkennen kann, in der akademischen Literatur ist die Zuverlässigkeit jedoch höchst umstritten.[34] Kritisiert wird die Häufigkeit von fälschlicherweise positiv oder negativ angezeigten Textstellen, also die Fehlerrate, die auf die Software selbst zurückzuführen ist.[35] Zudem wird oft darauf hingewiesen, dass KI-Detektoren relativ einfach getäuscht werden können. Wird der generierte Text manuell oder maschinell paraphrasiert, sinkt die Erkennungsfähigkeit deutlich.[36] Die Nützlichkeit von Detektoren wird in vielen Studien bestätigt, jedoch immer als Hilfsmittel und nie als Standalone-Lösung.[37] Die Kritik an der Verlässlichkeit wird gewichtiger, sofern auf Basis softwaregestützter Erkenntnisse schriftliche Arbeiten bewertet oder sogar verwaltungsrechtliche Entscheide (zum Beispiel ein Studienausschluss) gefällt werden sollen.[38]

Ein anderer technologischer Ansatz zur Erkennung KI-generierter Inhalte ist das sogenannte Watermarking.[39] Dabei werden durch LMs generierte Texte mit versteckten Wasserzeichen versehen, die dann innerhalb des Texts entschlüsselt werden können.[40] Im Gegensatz zu KI-Detektoren verspricht diese Methode, einen Text eindeutig als KI-generiert zu identifizieren. Allerdings ist auch Watermarking im Moment noch relativ einfach auszuhebeln und würde zudem eine grosse Standardisierung der einschlägigen LMs voraussetzen, was im Moment nicht absehbar ist.[41]

---

33 Birnbaum Christian, Kein Zugang zum Masterstudium wegen Einreichens eines mittels KI erstellten Essays, NVwZ 2024, 608; Braegelmann Tom, Zuhilfenahme Künstlicher Intelligenz bei der Erstellung von Texten für die Universität, RDi 2024, 190.

34 Kritisch: Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 164; Weber-Wulff et al. (Fn. 14), 25; Optimistischer: Paustian Timothy/Slinger Betty, Students are using large language models and AI detectors can often detect their use, Frontiers in Education 2024, 10.

35 Braegelmann (Fn. 33), 191.

36 Weber-Wulff et al. (Fn. 14), 16.

37 Braegelmann (Fn. 33), 191; Paustian/Slinger (Fn. 34), 10.

38 Braegelmann (Fn. 33), 191.

39 Vgl. Cao Lele, Watermarking for AI Content Detection: A Review on Text, Visual, and Audio Modalities, Stockholm 2025.

40 Cao (Fn. 39), 4.

41 Cao (Fn. 39), 8.

B. Rechtliche Komponente

1. Täuschung und Anscheinsbeweis

Täuschungsversuche sind kein neues Problem, sondern gehören zu den Schwerpunkten des Prüfungsrechts.[42] Zum gerichtlichen Umgang mit «traditionellen Täuschungsversuchen» besteht insbesondere in Deutschland bereits viel Rechtsprechung.[43] Die Verbreitung generativer KI und die damit verbundenen Täuschungsmöglichkeiten stellen Gerichte jedoch vor neue Herausforderungen. Besonders die Frage der Einbindung von Technologie in das Beweisverfahren ist dabei kontrovers.[44] Gewisse Grundproblematiken der Täuschung bestehen aber auch im KI-Zeitalter unverändert fort: Da schriftliche Arbeiten gewöhnlich über längere Dauer und ohne Beaufsichtigung geschrieben werden, ist es oft nicht möglich, mit letzter Sicherheit abzuklären, ob unzulässige Hilfsmittel verwendet wurden.[45] Vielmehr muss über das Vorliegen von Indizien ein indirekter Beweis geführt werden.[46] Sofern in solchen Fällen Anzeichen vorliegen, die für eine Täuschung sprechen, kommt üblicherweise der Anscheinsbeweis zur Anwendung.[47]

Der Anscheinsbeweis hat zwei Voraussetzungen. Erstens muss eine behauptete Tatsache als wahr erscheinen, weil ein typischer Geschehensablauf vorliegt, der diesen Schluss rechtfertigt. Ob ein Geschehensablauf als typisch angesehen werden muss, beurteilt sich dabei nach allgemeinem Erfahrungswissen. Zweitens dürfen keine Umstände vorliegen, die ernsthaft auf einen atypischen Geschehensablauf schliessen lassen. Sieht das Gericht einen typischen Geschehensablauf vorliegen, so obliegt es dem Prüfling, dem Gericht zu erklären, weshalb ein atypischer Geschehensablauf plausibler ist.[48] Bei einer potenziellen Täuschung mit traditionellen Hilfsmitteln liegt ein solcher Anschein vor, wenn eine Prüfung in Bezug auf Gliederung, Gedankenführung oder Inhalt mit dem Lösungsmuster beinahe wörtlich übereinstimmt.[49] Auch

---

42 Hufen (Fn. 12), 1092.

43 Vgl. etwa Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts 6 B 67.17 vom 23. Januar 2018.

44 Braegelmann (Fn. 33), 191; Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 164; Schwarz (Fn. 30), 460.

45 Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 164.

46 Zur analogen Beweisproblematik und Anwendung des Anscheinsbeweises im Haftungsbereich vgl. BGE 4A_262/2016 E. 4.4.2.1.; Mettler Christoph, Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess, Zürich 2022, 19 ff.

47 ERZ BE Nr. 350.37-17 E. 2.2.2; BVerwG 6 B 67/17 Rz. 6; Fischer/Jeremias/Dieterich (Fn. 7), Rz. 237 f., 870 ff.

48 Zum Ganzen vgl. BGE 4A_262/2016 E. 4.4.2.1.; ERZ BE Nr. 350.37-17 E. 2.2.2; Fischer/Jeremias/Dieterich (Fn. 7), Rz. 237 f., 870 ff.

49 Fischer/Jeremias/Dieterich (Fn. 7), Rz. 237 f., 871.

beim Übereinstimmen einer abgegebenen Arbeit mit einschlägigen Internetseiten ist der Anschein im Sinne des Anscheinsbeweises erweckt.[50]

2. Anscheinsbeweis bei KI-Verwendung

Als erstes Gericht im deutschsprachigen Raum hat sich das Verwaltungsgericht München mit der Frage befasst, wie ein Täuschungsversuch durch KI zu bewerten ist. In einem Beschluss von 2023 wurde einem Studenten vorgeworfen, er habe seinen Bewerbungsessay für das Masterstudium entgegen seiner Versicherung mit einem LM verfasst.[51] Im folgenden Jahr entschied das Gericht dann einen ähnlich gelagerten Fall und hat dabei das Vorgehen des ersten Beschlusses grösstenteils bestätigt.[52] Beide Beschlüsse wurden vielfach kritisiert.[53] Neben den (wohl) kritikwürdigen Aspekten bieten die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts München aber auch ein erstes Beispiel dafür, wie man die prüfungsrechtlich verbotene Nutzung künstlicher Intelligenz gerichtlich beweisen und ahnden kann.

a. Beschluss des Verwaltungsgerichts München M 3 E 23.4371 vom 28. November 2023

Das Gericht wendete den Anscheinsbeweis analog dem bei traditionellen Täuschungsvorwürfen üblichen Muster auf die KI-Täuschung an.[54] Der Erstverdacht auf eine Täuschung ergab sich aus der Überprüfung des Essays durch einen KI-Detektor. Dieser hat angezeigt, dass der Essay mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit (gemäss dem Hersteller besteht eine 1%ige Irrtumswahrscheinlichkeit) zu 45% mittels künstlicher Intelligenz erstellt worden sei.[55] Dieses Ergebnis wurde als Indiz gewürdigt, das Anlass zur genaueren Untersuchung durch die Prüfer gab. Die nachfolgende menschliche Überprüfung des Essays ergab, dass sich die Arbeit in qualitativer Hinsicht auffällig von den Essays anderer Studierender sowie von einer früheren Arbeit des Bewerbers unterschied. Namentlich die sehr stark strukturierte Form, die grosse Inhaltsdichte bei gleichzeitiger Kürze und die Fehlerfreiheit bei Rechtschreibung und Zeichensetzung wichen nach der Erfahrung der Prüfer so stark vom erwartbaren Niveau ab, dass der Anschein einer Täuschung durch den Prüfling er-

50 Fischer/Jeremias/Dieterich (Fn. 7), Rz. 237 f., 871.

51 Beschluss des Verwaltungsgerichts München M 3 E 23.4371 vom 28. November 2023.

52 Beschluss des Verwaltungsgerichts München M 3 E 24.1136 vom 8. Mai 2024.

53 Zum ersten Beschluss vgl. Birnbaum (Fn. 33), 608; Braegelmann (Fn. 33), 189 ff.; Hufen (Fn. 12), 1092 f.; Rachut Sarah, Kein Zugang zum Masterstudium wegen Vorlage eines mittels KI erstellten Essays, 1057; Zum zweiten Beschluss vgl. Schwarz (Fn. 30), 459 f.

54 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 33.

55 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 16 f.

weckt war.[56] Die obengenannten Stärken des Essays korrespondieren dabei mit den typischen Stärken von KI-geschriebenen Texten, weshalb eine KI-gestützte Täuschung als typischer Geschehensablauf nahelag. Nachdem das Gericht diese Argumentation der Prüfer für überzeugend hielt, oblag es dem Prüfling, den Anschein der Täuschung zu entkräften. Der in Frage kommende atypische Geschehensablauf hätte darin bestehen können, dass der Prüfling sich seit seinem letzten Essay so stark verbessert hat, dass er den fraglichen Essay ohne Nutzung unzulässiger Hilfsmittel selbst schreiben konnte.

Der Bewerber brachte zu seiner Verteidigung vor, dass die Angaben der Detektor-Software nicht verlässlich seien: Die Software sei neu und es fehlen die Erfahrungswerte. Ausserdem würden nicht alle Angaben zur Funktionsweise genügend offengelegt, weshalb die Behauptungen der Prüfer nicht nachvollziehbar seien.[57] Weiter argumentierte er, dass die von ihm angeblich benutzte KI-Software keine Quellen zitieren könne, während im Essay diverse Quellen zitiert seien, was die Texterstellung durch genanntes KI-Programm ausschliesse.[58] Die ausserordentlich gute Qualität des Essays erklärte er mit seinem fünfmonatigen Aufenthalt an einer englischsprachigen Hochschule und seinem sehr guten bisherigen Notenschnitt.[59] Das Gericht sah in der Argumentation des Studenten «keine tatsächlichen Umstände ersichtlich, die ein atypisches Geschehen im Einzelfall ernsthaft möglich erscheinen lassen»[60]. Eine sehr gute Gesamtnote in Verbindung mit einem Auslandsaufenthalt liessen zwar einen Essay «am oberen Rand des Leistungsspektrums möglich erscheinen»[61], erklärten allerdings noch nicht eine Leistung, die derart aus dem restlichen Bewerberfeld herausragt. Was die Kritik am KI-Detektor anbelangt, stellte das Gericht fest, dass sich die Annahme einer Täuschung nicht auf das Ergebnis der Überprüfungssoftware stütze, sondern auf das Gutachten der Prüfer, weshalb es nicht auf eine perfekte Verlässlichkeit der Software ankomme.[62] Dass künstliche Intelligenz keine Quellen zitieren könne, sei unbeachtlich. Der entscheidende Teil der eigenständig zu erbringenden Leistung am Essay bestehe nicht bloss in der Recherche von Quellen, weshalb der Vorwurf der Täuschung auch dann fortbestehen würde, wenn die Quellen eigenständig recherchiert worden wären.[63]

---

56 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 35 ff.
57 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 16.
58 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 16.
59 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 45.
60 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 44.
61 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 45.
62 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 42.
63 VGer M 3 E 23.4371 Rz. 43.

b. Beschluss des Verwaltungsgerichts München M 3 E 24.1136 vom 8. Mai 2024

Auch im zweiten Fall von 2024 wurde ein Bewerber zum Masterstudium der unerlaubten KI-Verwendung bei der Erstellung seines Essays bezichtigt. Entsprechend dem ersten Beschluss erfolgte auch hier die Beweisführung mittels Anscheinsbeweis.[64] Die Argumentation der Prüfer und des Gerichts wich jedoch in Teilen vom ersten Beschluss ab.

Die Prüfer brachten vor, dass die Überprüfungssoftware einen KI-Index von 71% festgestellt habe und fokussierten darauf, dass die nicht markierten Textstellen ein wesentlich tieferes Niveau aufwiesen als die markierten Textstellen.[65] Die Stärken des Textes in den markierten Bereichen glichen dabei den typischen Stärken KI-generierter Texte in Struktur, Inhaltsdichte, sprachlicher Prägnanz und Fehlerfreiheit. Dagegen wiesen die nicht markierten Teile des Essays ein Niveau auf, das erwartbar sei und dem Können anderer Bewerber entspreche.[66] Das Gericht sah den Anschein einer Täuschung durch KI anhand dieser Argumentation als erwiesen an. Wie im ersten Beschluss betonte das Gericht, dass die Überprüfungssoftware lediglich als Indiz diene und es im Ergebnis auf die menschliche Überprüfung ankomme.[67] Im Gegensatz zum ersten Beschluss wurde mehr auf das Erfahrungswissen der Prüfer im Umgang mit von KI erstellten Essays eingegangen: Die Prüfer nutzten Erkennungssoftware seit dem Wintersemester 2023/2024 und konnten seit Einführung etwa 150 bis 180 verdächtige Essays überprüfen. Dabei habe die menschliche Prüfung durch die Auswahlkommission in fast allen Fällen die Befunde der Software bestätigt.[68] Es liege also eine breite Basis von vergleichbaren Fällen und Erfahrungen vor, welche die Prüfer qualifiziere, Täuschungen durch künstliche Intelligenz zu erkennen.[69]

Auch hier sah das Gericht keinen atypischen Geschehensablauf vorliegen. Der Bewerber brachte unter anderem vor, dass er entsprechende Englischkenntnisse habe, weil er einen dreijährigen Bacheloraufenthalt in englischer Sprache absolviert habe. Das Gericht argumentierte mit den auffälligen Unterschieden zwischen den verschiedenen Passagen und stellte fest, dass im Falle eines so

64 VGer M 3 E 24.1136 Rz. 31.
65 VGer M 3 E 24.1136 Rz. 37 f.
66 VGer M 3 E 24.1136 Rz. 39.
67 VGer M 3 E 24.1136 Rz. 34.
68 VGer M 3 E 24.1136 Rz. 44 f.
69 VGer M 3 E 24.1136 Rz. 46.

guten Englischniveaus des Bewerbers der ganze Text – nicht nur einzelne Teile – auf einem ähnlich hohen Level sein müsste.[70]

IV. Fazit

In der Gesamtschau zeigt sich, dass die Aufgabe des Prüfungsrechts, Täuschungsversuche in Prüfungssituationen zu erkennen, im Zeitalter generativer KI an Komplexität zunimmt. Dies insbesondere bei schriftlichen Arbeiten. Der rechtliche Umgang mit künstlicher Intelligenz im Hochschulbereich ist in der Schweiz weitgehend den einzelnen Bildungsinstitutionen überlassen, weshalb sich eine grosse Bandbreite unterschiedlicher Vorgehensweisen mit generativer KI abzeichnet. Die Wechselbeziehung beweisrechtlicher mit technologischen Problemstellungen zeigt sich besonders in der teilweisen Abhängigkeit der Beweisführung vom aktuellen technologischen Fortschritt in der KI-Erkennung.

Zwei Prozesse werden die Problematik in Zukunft wohl noch verstärken. LMs verfügen schon heute über enorme Möglichkeiten in der Texterstellung und -korrektur. Dem bisherigen Fortschritt zufolge ist abzusehen, dass sich diese Fähigkeiten in den nächsten Jahren nochmals stark verbessern werden. Die menschliche Unterscheidung einer eigenständigen von einer artifiziellen Leistung wird dadurch immer schwieriger werden. Besonders die schriftliche Arbeit wird dadurch wohl an Bedeutung verlieren.[71] Sofern in Zukunft auch analoge Prüfungsformate vermehrt digitalisiert werden, besteht zudem die Gefahr, dass sich die besprochene Problematik von der schriftlichen Arbeit auch auf andere Prüfungsformen überträgt.

Um diesen Entwicklungen entgegenzuwirken, werden in der Literatur verschiedene Ansätze vertreten. Ein allgemeines KI-Verbot wird dabei grossmehrheitlich abgelehnt.[72] Prominent werden die Etablierung alternativer Prüfungsformate sowie die Einbindung von KI in den Unterricht gefordert.[73] Viele Stimmen betonen, wie wichtig es sei, KI-Kompetenzen an der Hochschule zu vermitteln, um den Studierenden einen kritischen Blick darauf zu ermöglichen.[74] Auch eine verstärkte mündliche Überprüfung der Eigenständigkeit

---

70 VGer M 3 E 24.1136 Rz. 49.

71 Brünig (Fn. 3), 310 f.; vgl. Marche Stephen, The College Essay Is Dead, The Atlantic vom 6. Dezember 2022, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2022/12/chatgpt-ai-writing-college-student-essays/672371/>; Roberto Vito, Haben schriftliche Arbeiten in der Ausbildung eine Zukunft?, Jusletter, 6. Februar 2023.

72 Brünig (Fn. 3), 305; Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 162 f.; Rachut (Fn. 53), 1057.

73 Brünig (Fn. 3), 303 ff.; Schwartmann/Kurth/Köhler (Fn. 9), 163; Schwarz (Fn. 30), 460.

74 Etwa Brünig (Fn. 3), 302 f.

schriftlicher Leistungen, beispielsweise in Form von obligatorischen Nachbesprechungen, scheint sinnvoll.[75] Rechtliche Gegenmassnahmen sind ebenfalls nicht ausgeschlossen. Die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts München zeigen, dass die Ahndung von Täuschungsversuchen durch KI möglich ist und mit dem Anscheinsbeweis ein Instrument der Beweisführung zur Verfügung steht, dass sich gerade im Bereich schwierig überprüfbarer, technologiebasierter Täuschungen gut eignet.

[75] SCHWARTMANN/KURTH/KÖHLER (Fn. 9), 163.

Vergangene APARIUZ-Bände

Band XXVI (2025)	**Recht und Realität** Serdar Bayana, Barbara Borkowski, Mërgim Gutaj und Gishok Kiritharan (Hrsg.)
Band XXV (2024)	**Wie die Zeit vergeht** Jasmina Bukovac, Pia Hunkemöller und Clio Zubler (Hrsg.)
Band XXIV (2023)	**Der Prozess** Dominik Bopp, Alexander Kistler, Natalie Lisik und Kristof Reber (Hrsg.)
Band XXIII (2022)	**Recht in der Krise** Irina Lehner, Caroline Rausch, Lea Ina Schneider und Anna Elisa Stauffer (Hrsg.)
Band XXII (2021)	**Unter Gleichen** Lukas Hussmann, Nicole Nickerson, Arezoo Sang Bastian und Youlo Wujohktsang (Hrsg.)
Band XXI (2020)	**Recht und Innovation. Innovation durch Recht, im Recht und als Herausforderung für das Recht** Julia Meier, Nadine Zurkinden und Lukas Staffler (Hrsg.)
Band XX (2019)	**Digitalisierung – Gesellschaft – Recht** Alexandra Dal Molin-Kränzlin, Anne Mirjam Schneuwly und Jasna Stojanovic (Hrsg.)
Band XIX (2018)	**Sein und Schein von Gesetzgebung. Erwartungen – Auswirkungen – Kritik** Damiano Canapa, Robin Landolt und Nicola Müller (Hrsg.)
Band XVIII (2017)	**Prävention und freiheitliche Rechtsordnung** Anna Coninx, Gian Ege und Julian Mausbach (Hrsg.)
Band XVII (2016)	**Risiko und Verantwortlichkeit** Laura Marschner und Patrice Martin Zumsteg (Hrsg.)
Band XVI (2014)	**Menschenwürde und Selbstbestimmung** Roberto Andorno und Markus Thier (Hrsg.)
Band XV (2013)	**Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung** Lukas Fahrländer und Reto A. Heizmann (Hrsg.)
Band XIV (2012)	**Differenzierung als Legitimationsfrage** Leander D. Loacker und Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.)
Band XIII (2011)	**Kultur und Kunst** Sandra Hotz und Ulrich Zelger (Hrsg.)
Band XII (2010)	**Der Schutz polizeilicher Güter. Entwicklungen und Spannungsfelder** Omar Abo Youssef und Andrea Töndury (Hrsg.)
Band XI (2009)	**Brennpunkt Medienrecht. Das mediale Zeitalter als juristische Herausforderung** Julia Hänni und Daniela Kühne (Hrsg.)

Band X (2008)	**Freiheit ohne Grenzen – Grenzen der Freiheit** Guido Mühlemann und Annja Mannhart (Hrsg.)
Band IX (2007)	**Biomedizinrecht. Herausforderungen – Entwicklungen – Perspektiven** Bianka S. Dörr und Margot Michel (Hrsg.)
Band VIII (2006)	**Diskriminierung und Integration. (Rechts-)Geschichten in einem sozialen System.** Zum 60. Geburtstag von Frau Professor Marie Theres Fögen Beatrice Luginbühl und Juana Schmidt (Hrsg.)
Band VII (2005)	**Recht des Stärkeren – Recht des Schwächeren** Martin Eckner und Tina Kempin (Hrsg.)
Band VI (2004)	**Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis** Madeleine Camprubi (Hrsg.)
Band V (2003)	**Schweizerisches Ausländerrecht in Bewegung?** Patricia M. Schiess Rütimann (Hrsg.)
Band IV (2002)	**Aspekte der Gentechnologie im Ausserhumanbereich. Regelung – Bewilligung – Haftung** Bernhard Schmithüsen und Jörg Zachariae (Hrsg.)
Band III (2001)	**Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren** Benjamin Schindler und Regula Schlauri (Hrsg.)
Band II (2000)	**Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung** Thomas Gächter und Martin Bertschi (Hrsg.)
Band I (1999)	**Strafrecht als Herausforderung.** Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.)

Der XXVII. Band der Schriftenreihe APARIUZ steht unter dem Leitthema «Gegenwärtige Schieflagen – Über Erwartungen und Enttäuschungen im Recht». In 14 Beiträgen setzen sich Nachwuchsforschende der Universität Zürich mit aktuellen Herausforderungen auseinander, die bestehende Spannungsverhältnisse zwischen rechtlichen Ansprüchen und ihrer tatsächlichen Verwirklichung sichtbar machen. Die Autorinnen und Autoren untersuchen, inwiefern rechtliche Erwartungen auf internationaler, staatlicher und individueller Ebene erfüllt oder enttäuscht werden und welche Schieflagen sich daraus für Recht, Gesellschaft und Rechtsanwendung ergeben.

Die Beiträge widmen sich Fragen der internationalen Ordnung, der Rechtsstaatlichkeit und demokratischen Mitwirkung, den Erwartungen des Individuums an den Rechtsstaat sowie den Herausforderungen der Digitalisierung. Sie beleuchten bestehende Defizite, hinterfragen etablierte rechtliche Konzepte und entwickeln Lösungsansätze für gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen. Der Band zeigt auf, dass Schieflagen nicht nur Ausdruck gesellschaftlicher und rechtlicher Veränderungen sind, sondern zugleich Impulse für die kritische Weiterentwicklung des Rechts liefern.