

169 **Spezialisten oder Generalisten am Bundesgericht?**  
*Peter Karlen*

---

171 **«Einfach nur Recht sprechen»? Gerichte zwischen Politik und Richterrecht.**  
*Lorenz Langer*

---

## Rechtsprechung

194 Gewerberecht. Zürich. Bundesgericht, Urteil 2C\_230/2020 vom 25. März 2021. Taxigewerbe, Limousinendienste; abstrakte Normenkontrolle. Kommentar (*Johannes Reich*)

213 Schul- und Bildungswesen. Freiburg. Bundesgericht, Urteil 2D\_24/2021 vom 5. November 2021. Bewertung einer Diplomarbeit. Kommentar (*Benjamin Schindler*)

222 Planungs- und Baurecht – Verfahrensrecht. Luzern. Bundesgericht, Urteil 1C\_682/2020 vom 14. Januar 2022. Legitimation zur Anfechtung von Planungsentscheiden; raumplanungsrechtliches Konzentrationsprinzip.

---

## Besprechung

226 *Luka Markić*: Das kantonale Rechtsschutzverfahren im Bereich der politischen Rechte (*Goran Seferovic*)

# Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)

## Redaktion

Prof. Dr. Benjamin Schindler, Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, Speicher  
Prof. Dr. Giovanni Biaggini, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der  
Universität Zürich, Zürich  
Dr. Christoph Auer, Staatsschreiber des Kantons Bern, Lehrbeauftragter für Bernisches  
Staatsrecht an der Universität Bern, Bern  
Dr. Markus Rüssli, Rechtsanwalt, Zürich  
Stephan Haag, Bundesrichter, Lausanne  
Prof. Dr. Daniela Thurnherr, Professorin für öffentliches Verfahrensrecht, Verfassungsrecht und  
Verwaltungsrecht an der Universität Basel, Basel

## Redaktionelle Mitarbeitende für Entscheide der Gerichte des Bundes

Dr. Gerold Steinmann, Bern (Bundesgericht); Dr. Franz Kessler Coendet, Männedorf (Bundes-  
gericht); Dr. Adrian Mattle, Gockhausen (Bundesgericht); Dr. Jacqueline Dambeck, Lausanne/  
Baden (Bundesgericht)

## Redaktionelle Mitarbeitende für Urteilsbesprechungen

Dr. Ueli Friederich, Rechtsanwalt, Bern; Prof. Dr. Andreas Glaser, Universität Zürich; Prof. Dr.  
Peter Hettich, Universität St. Gallen; Prof. Dr. Andreas Kley, Universität Zürich; Prof. Dr. Markus  
Müller, Universität Bern; Prof. Dr. Johannes Reich, Universität Zürich; Prof. Dr. Markus Schott,  
Rechtsanwalt, Zürich

## Redaktionssekretariat

Lehrstuhl Prof. Dr. Benjamin Schindler, Tigerbergstrasse 21, CH-9000 St. Gallen,  
Zentralblatt@unisg.ch

## Verlag

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)  
Geschäftsführender Verleger: Firas Kharrat  
Redaktion: Dr. iur. Maria Anna Rea-Frauchiger (Lektorat)  
Produktmanagement: Dr. phil. Laura Diegel  
Digitale Medien: Marcel Häfner  
Marketing: Marko-Filip Ninkov  
Vertrieb: Christoph Blömer

## Kundenservice

[service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com)  
Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28  
Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich

## Bezugsbedingungen

Jahresabonnement: CHF 188 (für Studierende CHF 118)  
Einzelheft: CHF 26, zzgl. Versandkosten  
Alle Abo-Preise inkl. 2,5% MWST, zzgl. Versandkosten von CHF 20 innerhalb der Schweiz  
(Versandkosten für Lieferung ins Ausland: CHF 50). Studentenpreis gegen Vorlage eines  
gültigen Nachweises. Abonnementkündigungen sind mit einer Frist von 8 Wochen zum Ende  
des berechneten Bezugsjahres möglich.

## Anzeigenverkauf und -beratung

Fachmedien Zürichsee Werbe AG, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa  
Tel. +41 (0)44 928 56 17, [marc.schaettin@fachmedien.ch](mailto:marc.schaettin@fachmedien.ch)

## Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Urheber-  
rechtsschutz gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheide und ihre Leitsätze, da sie vom  
Autor oder vom Redaktor erarbeitet oder redigiert worden sind. Ausserhalb der engen gesetz-  
lichen Schranken des Urheberrechts darf kein Teil dieser Zeitschrift ohne schriftliche Geneh-  
migung des Verlages vervielfältigt, bearbeitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich  
gemacht, auf Datenträgern gespeichert, in Datenbanken aufgenommen oder in anderer Weise  
elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

## Erscheinungsweise

Das ZBl erscheint 12-mal jährlich (jeden 15. eines Monats), 124. Jahrgang

## Zitierweise

ZBl 124/2023 S. 10

## Internet

[www.zbl-online.ch](http://www.zbl-online.ch)

ISSN 1422-0709

## Spezialisten oder Generalisten am Bundesgericht?

Die Wahl neuer Mitglieder des amerikanischen Supreme Courts erregte in den vergangenen Jahren wiederholt weltweite Aufmerksamkeit. Diese galt vor allem der politischen Einstellung der Kandidierenden und weniger deren Fachkompetenz. Das ist insofern verständlich, als das oberste Gericht in den USA über zentrale Fragen der Politik entscheidet (vgl. den Beitrag von *Lorenz Langer*, «Einfach nur Recht sprechen»? Gerichte zwischen Politik und Richterrecht, in diesem Heft S. 171 ff.). Auch in der Schweiz spielt die Parteizugehörigkeit bei den Wahlen in das Bundesgericht eine massgebliche Rolle. Um der Fachkompetenz gegenüber der politischen Einstellung ein grösseres Gewicht zu verschaffen, sind in dieser Zeitschrift für das Bundesgericht jüngst *abteilungsspezifische Wahlen* vorgeschlagen worden. Bei Vakanzen solle die Ausschreibung für eine bestimmte Stelle in einer Abteilung erfolgen mit einem darauf zugeschnittenen fachlichen Anforderungsprofil. Generalisten eigneten sich nicht für eine Tätigkeit am Bundesgericht, es bedürfe dafür spezifischer Fachkompetenzen (*Arthur Brunner/Regina Kiener*, Reform der Richterwahlen im Bund: Abteilungsspezifische Wahl aufgrund von Fachkompetenz, ZBl 123/2022, S. 513 f.).

Der eingangs erfolgte Hinweis auf die Wahlen in den Supreme Court zeigt, dass das Anforderungsprofil für eine Richterstelle von den dem Gericht zugewiesenen Funktionen abhängt. Das Bundesgericht ist abgesehen vom Militärkassationsgericht das einzige oberste Gericht der Schweiz und beurteilt dementsprechend mit gewissen Ausnahmen Streitigkeiten aus allen Rechtsgebieten. Die Schweiz unterscheidet sich in dieser Hinsicht von ihren Nachbarländern. Dort ist die oberste Gerichtsbarkeit mehreren spezialisierten Organen (Fachgerichten) übertragen, beispielsweise in Deutschland dem Bundesgerichtshof, dem Bundesarbeits-, dem Bundesverwaltungs- und dem Bundessozialgericht sowie dem Bundesfinanzhof und dem mit einem besonderen Status versehenen Bundesverfassungsgericht (Art. 93–95 des Grundgesetzes). Am Bundesgericht findet zwar eine Spezialisierung der Rechtsprechung auf der Stufe der Abteilungen statt, doch reicht sie weniger weit als bei Fachgerichten. Das hat zur Folge, dass Bundesrichter *Generalisten* sein müssen, die in der Lage sind, auch in Rechtsgebieten mitzuwirken, die sie nicht aufgrund langjähriger Erfahrung kennen. Das gilt ganz besonders für die Gerichtsmitglieder französischer und italienischer Sprache.

Die Neuordnung der Justiz in der Bundesverfassung im Jahre 2000 und das Bundesgerichtsgesetz von 2005 (BGG) lösten die oberste Gerichtsbarkeit noch stärker von fachspezifischen Eigenheiten. So wurde das auf das Sozialversicherungsrecht spezialisierte Eidgenössische Versicherungsgericht in das Bundesgericht integriert und der Rechtsweg an das Bundesgericht mit der Einführung der Einheitsbeschwerde für alle Materien möglichst gleich ausgestaltet. Der Gesetzgeber übersah aber nicht, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung auch *Spezialisten* benötigt. Er schuf deshalb Art. 18 Abs. 2 BGG, wonach bei der Bestellung der Abteilungen die fachlichen Kenntnisse der Richter und Richterinnen angemessen zu berücksichti-

gen sind. Die Norm hat bisher jedoch nur wenig Wirkung gezeitigt. Heute sind in einzelnen Abteilungen die Spezialkenntnisse, die für die Entwicklung einer wegweisenden Rechtsprechung erforderlich sind, kaum in genügendem Masse vorhanden. Das liegt vor allem daran, dass weiterhin rund ein Viertel der Gerichtsmitglieder nicht in jener Abteilung tätig sind, in die sie nach ihren fachspezifischen Kenntnissen und beruflichen Erfahrungen eigentlich gehörten. Das ist umso störender, als die Ausserachtlassung der Spezialkompetenzen nicht einmal unter anderen Gesichtspunkten zu einer ausgewogenen Zusammensetzung der Abteilungen geführt hat. So besteht die I. öffentlich-rechtliche Abteilung seit dem 1. Januar 2023 ausschliesslich aus Männern, die I. zivilrechtliche Abteilung dagegen aus vier Frauen und einem Mann. Auch die parteipolitische Zusammensetzung der Abteilungen ist unausgewogenen (vgl. *Katharina Fontana*, Politische Schlagseite am höchsten Gericht, NZZ vom 14. Februar 2023, S. 7). Der gegenwärtige Zustand ist zudem unwirtschaftlich. Einer meiner Kollegen, der – obwohl früher immer im öffentlichen Recht tätig – am Bundesgericht einer Zivilabteilung zugeteilt wurde, bemerkte lakonisch, er sei nun der teuerste Lehrling der Schweiz.

Auch wenn Bundesrichter Generalisten sein müssen, sollten sie zumindest in einzelnen Gebieten auch Spezialisten sein. Es ist höchste Zeit, dass das Bundesgericht die bei seinen Mitgliedern vorhandenen fachspezifischen Kompetenzen durch eine entsprechende Abteilungsbildung besser nutzt. Demgegenüber sind die vorgeschlagenen abteilungsspezifischen Wahlen kein taugliches Mittel zur Behebung der festgestellten Defizite. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann nicht durchgehend in die Hände von Spezialisten gelegt werden, weil sich mangels genügender Fallzahlen und aufgrund der sprachlichen Verhältnisse die dafür erforderlichen spezialisierten Spruchkammern nicht in zweckmässiger Weise bilden liessen. Bei strikter Durchführung des Vorschlags verkäme das Gericht zu einer blossen Ansammlung selbständig agierender Abteilungen, womit die vom Gesetzgeber beabsichtigte Stärkung und Vereinheitlichung der obersten Gerichtsbarkeit rückgängig gemacht würde. Die von den Mitgliedern des Bundesgerichts verlangte Doppelrolle als Generalisten und Spezialisten ist Herausforderung, aber auch Chance. Denn die höchstrichterliche Tätigkeit verlangt nicht nur fachspezifische Kenntnisse, sondern ebenfalls den Sinn für die übergeordneten Grundsätze und Zusammenhänge des Rechts. *Benjamin Schindler* weist bei der Würdigung des Wirkens von Bundesrichter *Alexander Reichel* darauf hin, dass dessen vernetzte und interdisziplinäre Denkweise gerade in einer Zeit fortschreitender Spezialisierung Vorbildcharakter haben könnte (Recht, Politik und Musik – Zum 150. Geburtstag von Alexander Reichel [1853–1921], ZSR 122/2003, S. 620).

Dr. Peter Karlen, alt Bundesrichter

# «Einfach nur Recht sprechen»? Gerichte zwischen Politik und Richterrecht

Prof. Dr. Lorenz Langer, lic. phil. I, M.Phil., Rechtsanwalt, Zürich/Aarau\*

## Inhaltsverzeichnis

---

I. «Staying in your lane» .....	171
II. Das Bundesgericht: apolitisch <i>ab initio</i> .....	174
III. Ursprung und Entwicklung der Gewaltentrennung .....	177
IV. Politik, Richterrecht und <i>Aristocracy of the Robe</i> .....	178
V. «Damit die richterliche Gewalt sich nicht über die gesetzgebende erhebe» .....	181
VI. Judges for Future? .....	185
VII. Das Phänomen der «Judzialisierung» .....	186
VIII. ... und seine Grenzen .....	189
IX. Die Bedeutung der Perspektive.....	191

### I. «Staying in your lane»

Im April 2022 konnten wir zum wiederholten Male als Zaungäste mitverfolgen, wie ein vakanter Sitz am US-amerikanischen *Supreme Court* besetzt wird. Präsident Biden hatte *Ketani Brown Jackson* nominiert, die zuvor als Richterin an einem Bundes-Berufungsgericht amtierte. Während der Anhörungen bezeichneten demokratische Senatsmitglieder die erstmalige Nomination einer Afroamerikanerin als historisch;<sup>1</sup> von republikanischer Seite hingegen sah sich die Kandidatin heftigem Sperrfeuer ausgesetzt. Dabei waren einige der Fragen und Vorwürfe einiger-massen absurd: So wurde sie gefragt, was die Definition einer Frau sei, und auch zu einem Kinderbuch sollte sie sich äussern.<sup>2</sup>

Sachbezogener war dagegen der Vorwurf, die Kandidatin ermangele einer richterlichen Philosophie oder, besser, der richtigen Philosophie.<sup>3</sup> So sei sie keine «Originalistin», lasse sich also bei der Verfassungsauslegung nicht vom ursprüng-

\* Überarbeitete Schriftfassung der Antrittsvorlesung vom 9. Mai 2022 an der Universität Zürich. Mein Dank geht an den Dekan, Prof. Dr. Thomas Gächter, für seine freundliche Einführung bei dieser Gelegenheit, sowie an Prof. Dr. Giovanni Biaggini und Prof. Dr. Benjamin Schindler für wertvolle Hinweise und Kommentare.

1 Congressional Record 168/62, 7. April 2022, S. S2057.

2 Es handelte sich um das Buch «Anti-Racist Baby» von *Ibram X. Kendi* (vgl. *Ron Charles*, Kids' Literature Isn't Child's Play for Sen. Cruz, Washington Post vom 24. März 2022, C01).

3 Congressional Record 168/62, 7. April 2022, S. S2064 (Chuck Grassely, R-Iowa).

lichen Sinn der Verfassung leiten.<sup>4</sup> Stattdessen personifiziere *Ketanji Brown* richterlichen Aktivismus: Sie verfolge politische Ziele und würde sich, wenn bestätigt, als Gesetzgeberin auf der Richterbank gebärden.<sup>5</sup>

Die Kandidatin wies diese Vorhaltungen zurück. Sie sei sich, so ihre Antwort, ihrer beschränkten Aufgabe bewusst und würde deshalb als Richterin stets die Spur halten – *«always stay in my limited, judicial lane»*.<sup>6</sup> Und in Bezug auf die Verfassungsauslegung betonte sie, dass sie dabei immer von der ursprünglichen Absicht und Interpretation ausgehen würde, d.h. vom *«original intent»* und vom *«original public meaning of the words»*.<sup>7</sup>

*Ketanji Brown Jackson* wurde schliesslich knapp bestätigt.<sup>8</sup> Aber die Frage des richterlichen Aktivismus erhielt nicht ohne Grund so viel Aufmerksamkeit bei der Anhörung. In den USA werden zentrale Fragen der Politik immer wieder durch den obersten Gerichtshof, den *Supreme Court*, entschieden. Im Extremfall war dies der Ausgang einer Präsidentschaftswahl,<sup>9</sup> aber auch über den Inhalt grundlegender Regeln für den politischen Wettkampf entschied das Gericht.<sup>10</sup> In umstrittenen *gesellschaftspolitischen* Fragen hat der *Supreme Court* ebenfalls oft das letzte Wort. Die prominenteste und umstrittenste Rolle spielte und spielt der *Supreme Court* hier bei der Regelung bzw. dem Verbot von Schwangerschaftsabbrüchen. 1973 leitete er in *Roe v. Wade* aus dem verfassungsmässigen Recht auf Privatsphäre auch das Recht einer Frau auf Abtreibung ab;<sup>11</sup> im Juni 2022 kam der Gerichtshof nun zum gegenteiligen Schluss.<sup>12</sup> Andere kontroverse Urteile ergingen auch zum Schutz vor Rassendiskriminierung,<sup>13</sup> über die Ehe für alle,<sup>14</sup> zum Verhältnis von Staat und Religion<sup>15</sup> oder zum Recht, Waffen zu tragen.<sup>16</sup> Stets waren diese umstrittenen Fragen Gegenstand einer *Judicial Review*, also der höchstrichterlichen Überprüfung eines Gesetzes auf seine Verfassungsmässigkeit. Und stets wurden die Urteile von der unterlegenen Seite wie auch von der Gerichtsminderheit kriti-

4 Congressional Record 168/60, 5. April 2022, S. S1957 (Tom Cotton, R-Arkansas), S. S1973 (Joni Ernst, R-Iowa).

5 Congressional Record 168/57, 31. März 2022, S. S1896 (John Cornyn, R-Texas).

6 *Ketanji Brown Jackson*, Written Responses to Questions for the Record, Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 21. März 2022, S. 1, 55, 72, 78, 80, 150, 188, 234 und 239.

7 Zit. in Congressional Record 168/60, 5. April 2022, S. S1974.

8 Mit 53 zu 47 Stimmen: Congressional Record 168/62, 7. April 2022, S. S2069.

9 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

10 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

11 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), S. 153 ff.

12 *Dobbs et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, No. 19–1392, slip op. (2022), S. 6. Siehe dazu hinten, Abschnitt VIII.

13 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1953); *Loving v. Texas*, 388 U.S. 1 (1967).

14 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

15 *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, No. 16–111, slip op. (2018).

16 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *New York State Rifle & Pistol Association*, No. 20–843, slip op. (2022).

siert als ein Übergriff des Gerichtshofs auf die Politik, insbesondere auf die Gesetzgebung, und als eklatante Beispiele für *Legislation from the Bench*.<sup>17</sup>

Dieser Vorwurf wird nicht nur in den USA erhoben. In der Schweiz etwa wird ebenfalls über politische Rechtsprechung geklagt, wenn auch sehr viel weniger häufig und heftig. Neben den unterschiedlichen Gerichtskompetenzen ist ein Grund, dass es für solche Klagen keine so prominente Plattform gibt wie die *Hearings* in den USA: Hierzulande finden keine öffentlichen Anhörungen statt, wenn es eine Vakanz am Bundesgericht zu füllen gibt. Die Befragung von Kandidatinnen und Kandidaten durch die Gerichtskommission der Bundesversammlung ist nicht öffentlich und die anschliessende Wahl nur in Ausnahmefällen kompetitiv. Aber auch das vergleichsweise geringere Gewicht der Gerichte im institutionellen Gefüge erklärt, warum ihre Urteile im politischen Prozess nicht eine so kontroverse Rolle spielen.

Diese klare Rollenverteilung wird heute zunehmend kritisch beurteilt. Bemängelt werden vor allem rechtsstaatliche Defizite, insbesondere bezüglich Gewaltenteilung und richterlicher Unabhängigkeit.<sup>18</sup> Auch internationale Gremien äussern sich zunehmend kritisch: So wird etwa im Rahmen des Europarates moniert, dass in der Schweiz die Politik ungebührlichen Einfluss auf die Justiz ausübe.<sup>19</sup> Diese Kritik geht davon aus, dass es sich bei Politik und Recht um zwei klar getrennte Sphären handelt und dass die Politik sich in der Schweiz unzulässigerweise in die rechtliche Sphäre einmischt.

Gegen eine solche mutmassliche Einmischung richtete sich auch die «Justiz-Initiative» zur «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren»;<sup>20</sup> Das Initiativkomitee monierte insbesondere, dass Bundesrichterinnen und Bundesrichter von Parteien und Parlament abhängig und Teil der *Classe politique* seien.<sup>21</sup> Diese Sorge wurde vom Stimmvolk jedoch nicht geteilt; es lehnte die Justiz-Initiative deutlich ab.<sup>22</sup> Dennoch wird die Justiz Thema der Politik bleiben: Insofern hat die Justiz-Initiative durchaus Wirkung gezeitigt (wobei deren Nach-

17 Vgl. Doe et al. v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973), S. 222 (White J., dissenting); Obergfell v. Hodges (Anm. 14), S. 686 ff. (Roberts CJ, dissenting); New York State Rifle & Pistol Association (Anm. 16), S. 3, 7 f. (Breyer J., dissenting); implizit auch Dobbs et al. (Anm. 12), S. 3, 5 f. (Breyer, Sotomayor & Kagan JJ., dissenting).

18 In Bezug auf Bundesgerichtsbarkeit siehe für eine Übersicht Lorenz Langer/Bernhard Ehrenzeller, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 168 N 25 (im Erscheinen).

19 GRECO, Evaluation Report Switzerland, GrecoEval4Rep(2016)5, Council of Europe, 15. März 2017, Para. 98 f. (mit Verweis auf die [parteilich gefärbte] Wahl durch das Parlament, die beschränkte Amtsdauer sowie die Mandatssteuern).

20 Eidgenössische Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)», Vorprüfung, 1. Mai 2018, BBl 2018 2669.

21 Initiativ-Komitee, Was will die Justiz-Initiative?, Argumentarium, Februar 2021, abrufbar unter <[https://www.justiz-initiative.ch/fileadmin/user\\_upload/Argumentarium\\_Justiz-Initiative\\_DE.pdf](https://www.justiz-initiative.ch/fileadmin/user_upload/Argumentarium_Justiz-Initiative_DE.pdf)> (zuletzt besucht am 5. Januar 2023), S. 3.

22 Mit 68,1% Nein- und sämtlichen Ständesstimmen (Bundesratsbeschluss vom 11. April 2022 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28. November 2021, BBl 2022 894). Die Abstimmenden massen der Initiative vergleichsweise geringere Bedeutung zu (Thomas Milic/Uwe Serdült/Salim Brüggemann, Studie zur eidgenössischen Volksabstimmung vom 28. November 2021, FOKUS Aargau Nr. 8, Zentrum für Demoraktie, Aarau 2022, S. 5).

haltigkeit sich noch weisen muss).<sup>23</sup> Aber auch die nicht verstummende internationale Kritik wird zu weiteren Diskussionen Anlass geben.<sup>24</sup>

In deutlich geringerem Masse wurde in der Schweiz hingegen in diesem Zusammenhang bisher die Frage thematisiert, inwieweit umgekehrt die *Politik* Gegenstand der Justiz ist oder sein darf – ob also die Justiz ihrerseits übergreift in die Sphäre der Politik. Diese Frage steht im Zentrum der folgenden Überlegungen. Macht es sich nicht zu einfach, wer stets der Politik unziemlichen Einfluss auf die Gerichte vorwirft? Müsste nicht auch die (immer gewichtigere) Rolle der Gerichte bei (gesellschafts-)politischen Weichenstellungen kritisch hinterfragt werden? Der Fokus liegt dabei auf der Gegenwart, doch die Prämissen dieser Gegenwart erschliessen sich auch mittels einiger historischer Rückblicke. Zudem werden andere Rechtsordnungen zumindest ansatzweise berücksichtigt, da dort diese Frage teilweise viel intensiver diskutiert wurde und wird als in der Schweiz.

## II. Das Bundesgericht: apolitisch *ab initio*

Doch gelegentlich hört man den Vorwurf, dass sich Gerichte in die Politik einmischen, durchaus auch hierzulande – so zuletzt ebenfalls im Kontext der Justiz-Initiative, als das Komitee in den Abstimmungsunterlagen *en passant* monierte, dass immer mehr «politische Entscheide» nicht durch die Legislative, sondern «unter Umgehung der Volksrechte» durch die Judikative gefällt würden.<sup>25</sup> Weiter zurück liegen die teilweise scharf kritisierten Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2003, wonach Einbürgerungsentscheide zu begründen sind und bei Diskriminierungsverdacht vor Bundesgericht angefochten werden können.<sup>26</sup> Gleichermassen umstritten waren die sukzessiv verschärften Mindestanforderungen, welche das Bundesgericht für das Wahlverfahren auf kantonaler Ebene aufgestellt hat.<sup>27</sup> Heftig fielen auch einige Reaktionen aus, als das Bundesgericht 2012 die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen der Ausschaffungsinitiative verneinte und zugleich festhielt, dass selbst bei direkter Anwendbarkeit die Europäische Men-

23 Vgl. dazu NR *Beat Walti*, Pa.Iv. 20.468 «Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit durch Verbot von Mandatssteuern und Parteispenden für Mitglieder der Gerichte des Bundes» vom 24. September 2020 – sowie ihr umgehendes und deutliches Scheitern im Nationalrat (AB 2022 N 447).

24 Vgl. GRECO, Compliance Report Switzerland, GrecoRC4(2019)2, Council of Europe, Strasbourg, 22. März 2019, Para. 107.

25 So die Argumente des Initiativkomitees in den Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 28. November 2021, Bern 2021, S. 24 (inwiefern das mit der Initiative geforderte Losverfahren hier Remedur geschaffen hätte, wurde nicht ausgeführt).

26 BGE 129 I 217 und 129 I 232. – Vgl. u.a. *Gregor A. Rutz*, Richterstaat contra Demokratie, NZZ vom 25. Juli 2003, S. 15; *Andreas Schmid*, Einbürgerung – «Schaden für die Demokratie», Facts vom 17. Juli 2003, S. 20 (Interview mit Rainer J. Schweizer).

27 Vgl. BGE 129 I 185; 136 I 352; 136 I 376; 140 I 107; 140 I 394; 143 I 92; 145 I 259; und zur politischen Reaktion Standesinitiative ZG 14.307 «Wiederherstellung der Souveränität der Kantone bei Wahlfragen. Änderung der Bundesverfassung» vom 28. März 2014; Standesinitiative UR 14.316 «Souveränität bei Wahlfragen» vom 7. Juli 2014.

schenrechtskonvention Vorrang hätte.<sup>28</sup> Analog äusserte sich das Gericht 2016 im Kontext der Beschränkungsinitiative, als es in einem *Obiter Dictum* den grundsätzlichen Vorrang des Freizügigkeitsabkommens statuierte.<sup>29</sup>

Während die Politik in diesen Fällen zum Teil lautstark protestierte, äussert sich die *Justiz* nie zu spezifischen Vorwürfen der politischen Rechtsprechung, sondern weist sie höchstens in abstrakter Form zurück. Bezeichnend für diese Haltung war etwa 2019 die Aussage des damaligen Bundesgerichtspräsidenten *Ulrich Meyer*, wonach das Bundesgericht nicht politisch urteile, sondern allein dem Recht verpflichtet sei – mit der Präzisierung, es sei unvermeidlich, dass bundesgerichtliche Urteile politische *Auswirkungen* haben können.<sup>30</sup> Ähnlich äusserte sich 2020 *Marianne Ryter*, damals noch Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts, wobei sie zusätzlich betonte, dass das Richteramt kein politisches Amt sei.<sup>31</sup>

In ihrer grossmehrheitlichen Selbstwahrnehmung ist die Justiz in der Schweiz also essenziell apolitisch und höchstens inzidentell oder sogar akzidentell politisch, als Nebenfolge der inhärent unpolitischen Rechtsprechung. Mit dieser Haltung stehen die heutigen Richterinnen und Richter in einer langen Tradition, die bis zu den Anfängen des ständigen Bundesgerichts zurückreicht, also zurück bis zum 12. Januar 1875, als in Lausanne die erste Sitzung dieses Gerichts stattfand, das mit der neuen Verfassung von 1874 zur ständigen Institution geworden war.<sup>32</sup> Zwar tagte das Gericht zuerst provisorisch im ehemaligen Kasino an der Place St. François, wo ihm ein einziges Arbeitszimmer zur Verfügung stand,<sup>33</sup> dies tat aber «der Bedeutung des Augenblicks» keinen Abbruch, die der designierte Präsident, *Johann Jakob Blumer*, zu Beginn der konstituierenden Sitzungen «mit einigen Worten» hervorheben wollte.<sup>34</sup>

*Blumer* sprach zuerst den herzlichen Wunsch aus, dass die Richter sich ihrer grossen und wichtigen Aufgabe in jeder Hinsicht gewachsen zeigen möchten. Und er erinnerte seine Kollegen daran, dass das Schweizervolk gespannt auf die Entscheidungen des Gerichts blicke; es erwarte, dass die Richter Verfassung und Gesetze «in unbefangener und objektiver Weise» und «in ihrem wahren Sinne

28 BGE 139 I 16, mit Verweis auf die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

29 BGE 142 II 35.

30 *Kathrin Alder*, «Wir lassen niemanden im Regen stehen», NZZ vom 11. März 2019, S. 9.

31 *Katharina Zürcher*, «Gerichte dürfen nicht politisch entscheiden»: Interview mit Marianne Ryter, 23. März 2020, abrufbar unter <[https://www.bvger.ch/bvger/de/home/blog/alle-blog-beitraege/gerichte\\_duerfen\\_nicht\\_politisch\\_entscheiden.html](https://www.bvger.ch/bvger/de/home/blog/alle-blog-beitraege/gerichte_duerfen_nicht_politisch_entscheiden.html)> (zuletzt besucht am 5. Januar 2023).

32 Art. 106 ff. aBV; Art. 19 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 (BBl 1874 II 425).

33 *Werner Brüscheweiler*, Bundesgericht, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 31. März 2016, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/009631/2016-03-31/>> (zuletzt besucht am 5. Januar 2023): Den ersten permanenten Sitz bezog das Gericht 1887 auf dem Montbenon (im heutigen *Tribunal d'arrondissement*); seit 1927 tagt das Gericht im Gebäude im Park *Mon Repos*.

34 *Johann Jakob Blumer*, Das schweizerische Bundesgericht, Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege 1/1875, S. 24 ff., 25.

und Geiste handhaben» würden, und vor allem, dass sie «unbeirrt durch politische, religiöse oder soziale Parteien einfach Recht sprechen».<sup>35</sup>

«Einfach Recht sprechen»: So simpel diese Anweisung zuerst scheint, so komplex ist sie bei näherer Betrachtung, und entsprechend steht sie auch nicht als Deklarativ-, sondern als Interrogativsatz als Titel über meinen Ausführungen.

Auf den ersten Blick wirkt *Blumers* Ansinnen nicht nur pflichtbewusst, sondern auch bescheiden: Das Gericht soll *nichts weiter* als Recht sprechen. Aber schon auf den zweiten Blick gründen die mutmasslichen Erwartungen an das Gericht auf einigen durchaus ehrgeizigen Prämissen. So würden die Richter Gesetze und auch die Verfassung nicht nur objektiv und unbefangen, sondern auch «in ihrem wahren Sinne und Geiste handhaben». Dabei blendeten sie ihre eigene soziale und religiöse Prägung gänzlich aus und wären auch frei von politischen Parteien.

Das ist kein geringer Anspruch, wenn man bedenkt, dass *Blumer* selbst von 1848 bis 1874 praktisch durchgehend Mitglied des Ständerats war (und zugleich auch, wie das unter der BV von 1848 noch möglich war, Bundesrichter).<sup>36</sup> Von den acht Kollegen, die *Blumer* bei seiner Ansprache lauschten, hatten im Jahr zuvor noch drei weitere im Ständerat und drei im Nationalrat gesessen:<sup>37</sup> Es bestand also durchaus eine gewisse Nähe zur Politik.

Ausserdem scheinen in *Blumers* Rede auch Ambitionen für eine *wichtigere* Stellung des Bundesgerichts durch. So meinte er, dass die Kompetenzen, welche dem neuen Gerichtshof in die Hand gelegt wurden, ihre volle Wirkung erst im Laufe der Zeit äussern würden.<sup>38</sup> Und gleich im Anschluss an die Versicherung, «nur Recht zu sprechen», gab *Blumer* seiner Hoffnung Ausdruck, dass das Bundesgericht einmal das gleiche Ansehen geniessen werde wie der oberste Gerichtshof in der grossen Schwesterrepublik jenseits des Ozeans, also wie der *US Supreme Court*. Dort repräsentiere der oberste Gerichtshof «gleichsam das Prinzip ruhiger Stätigkeit in Mitten allgemeiner Bewegung und heftiger Parteikämpfe» und habe dabei «durch konsequente Handhabung der Unionsverfassung und der Unionsgesetze ein grosses und wohlverdientes Ansehen sich zu erwerben gewusst». Auch die Bundesrichter in Lausanne sollten, so der Wunsch ihres Präsidenten, sich bald in ihrem «bescheidenen Wirkungskreise des Beifalls und der Anerkennung» ihrer Mitbürger zu erfreuen haben.<sup>39</sup>

*Blumer* wusste ohne Zweifel um die mächtige Stellung des *Supreme Courts*.<sup>40</sup> Aber selbst dieser Gerichtshof war in seinen Augen nicht Teil von politischen Par-

35 *Blumer* (Anm. 34), S. 25.

36 *Hans Laupper*, Johann Jakob Blumer, in: HLS, Version vom 5. Dezember 2014, abrufbar unter <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/004424/2014-12-05/>> (zuletzt besucht am 5. Januar 2023).

37 Vgl. *Blumer* (Anm. 34), S. 24.

38 *Blumer* (Anm. 34), S. 26.

39 *Blumer* (Anm. 34), S. 28.

40 Im Rahmen der Verfassungsrevision wurde der *Supreme Court* wiederholt sowohl als Vorbild aufgeführt (Bulletin der Verhandlungen der schweiz. Bundesversammlung über die Revision der Bundesverfassung, 1870–1872, Bd. 2, S. 239 [BR Dubs], S. 300 [NR Philippin], S. 305 f. [NR Eytel], S. 309 [NR Bützberger], Bd. 3, S. 479 f. [SR Fazy], S. 481 [SR Kappeler]), aufgrund

teikämpfen, sondern sprach «einfach Recht» bzw. widmete sich der konsequenten Handhabung des Rechts.

### III. Ursprung und Entwicklung der Gewaltentrennung

Eine solche klare Abgrenzung setzt voraus, dass es sich bei Politik und Rechtsprechung um trennbare und auch tatsächlich getrennte Sphären handelt. Und es wird – damit verknüpft – zugleich vorausgesetzt, dass diese Sphären gesonderten Institutionen zugeordnet werden können. Es ist mit anderen Worten eine institutionelle und funktionelle Gewalttrennung erforderlich.

Was die institutionelle Seite betrifft, so war hier *vor* der Idee der Gewalttrennung eine Aufteilung zumindest in letzter Instanz nicht vorgesehen: Von den Anfängen der Geschichte bis zum Ende des Mittelalters war der König stets auch Richter. Während Jahrhunderten, ja Jahrtausenden figurierte die Rechtsprechung als zentraler Bestandteil der *Dei gratia* ausgeübten und deshalb unteilbaren Herrschaft.<sup>41</sup> Die zentrale Stellung des Richtens in der Herrschaftswahrnehmung spiegelte sich auch bis ins Hochmittelalter in der sprachlichen Gleichsetzung von Richten und Herrschen sowie von Richter und Herrscher.<sup>42</sup> Zwar wurde die Rechtsprechung in der Regel delegiert<sup>43</sup> – doch erfolgte diese Delegation stets zeitlich und darüber hinaus oft geografisch beschränkt.

Auch das in der Neuzeit dann in unterschiedlichem Kontext erhobene Postulat der Gewalttrennung kann noch nicht automatisch mit einer starken Gerichtsbarkeit gleichgesetzt werden. Bei *John Locke* etwa fehlte die Judikative als eigene Gewalt noch gänzlich: Er unterschied nur zwischen der Legislative, der Exekutive sowie einer für die Aussenbeziehungen zuständigen föderativen Gewalt.<sup>44</sup> Für *Montesquieu*, den Vater der modernen Gewalttrennung, war im Anschluss daran eine gesonderte richterliche Gewalt zwar ein zentrales Element des freiheitlichen Staats.<sup>45</sup> Doch setzte diese Gewalt seines Erachtens keineswegs eine ständige Institution voraus; zu Gericht sitzen sollten Menschen aus dem Volk, ausgewählt allein zu diesem Zweck und nur für die dafür notwendige Zeit. Dadurch würde sich die sonst von den Menschen so gefürchtete Richtergewalt sozusagen in nichts auflösen, weil sie weder einem bestimmten Stand noch einer bestimmten Profes-

seiner Machtfülle aber auch als abschreckendes Beispiel (a.a.O., Bd. 2, S. 304 [NR Heer], S. 305 f. [NR Eytel]).

41 Besonders anschaulich zeigt dies das Relief der Hammurapi-Stele: Der König wird vom Sonnengott als Herrscher investiert; damit ist die Kompetenz zur Rechtsetzung und -sprechung inhärent verknüpft (*Gabriele Elsen-Novák/Mirko Novák*, Der «König der Gerechtigkeit», *Baghdader Mitteilungen* 37/2006, S. 131 ff., 145).

42 *Jürgen Weitzel*, Ding, in: Wolfgang Stammeler et al. (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin 2008, Spalten 1063 ff., 1073.

43 So schon Ex. 18,13, wo der auch als Richter waltende Moses für die Entscheidung «leichterer Fälle» «tüchtige, gottesfürchtige und zuverlässige Männer» einsetzt.

44 *John Locke*, *Two Treatises on Government*, London 1690, 2<sup>nd</sup> Treat., ch. xii, Ziff. 143–146.

45 *Charles Louis de Secondat Montesquieu*, *De l'esprit des loix*, Genf 1748, Bd. 1, l. xi, c. vi.

sion zustehe.<sup>46</sup> Gerade in einer Republik seien Richter deshalb wenig mehr als der Mund des Gesetzes, das sie auf quasi-mechanische Weise anwenden.<sup>47</sup> *Montesquieu* forderte ausserdem – im Gegensatz zu *Locke* – auch eine Trennung auf persönlicher Ebene und warnte, dass «alles verloren wäre», wenn die einzelnen Gewalten in einer Person, einer Gruppe oder dem Volk vereint wären.<sup>48</sup>

Konsequent in die Praxis umgesetzt wurde die Theorie der Gewaltentrennung dann erstmals in Nordamerika. Entsprechend umschreiben die ersten drei Artikel der amerikanischen Verfassung je die Aufgaben der Legislative, der Exekutive und der Judikative.<sup>49</sup> Die Bestimmungen zur Justiz regeln dabei nur das Nötigste. Die Vorgaben zur Besetzung des Obersten Gerichtshofs richten sich an Exekutive und Legislative;<sup>50</sup> die Schaffung weiterer Bundesgerichte unterhalb des *Supreme Courts* wird dem Gesetzgeber überlassen.

Der erste Kommentar zu dieser Verfassung, die *Federalist Papers*, setzt in der Folge das Narrativ der schwachen Justiz fort. Gemäss *Alexander Hamilton* führt die Exekutive das Schwert und die Legislative kontrolliert den Geldbeutel und schreibt die Rechte und Pflichten eines jeden Bürgers fest. Im Vergleich dazu verfügten die Gerichte allein über das Urteil; deshalb sei die Justiz «bei Weitem» («*beyond comparison*») die schwächste der drei Gewalten und die geringste Bedrohung für die Freiheit – «the least dangerous branch» in der oft zitierten Formulierung *Hamiltons*.<sup>51</sup>

#### IV. Politik, Richterrecht und *Aristocracy of the Robe*

Zumindest in ihren konzeptionellen und historischen Ursprüngen weist die Gewaltenteilungslehre den Gerichten also keine entscheidende Rolle zu. Ihre Funktion, die Rechtsprechung, ist eng definiert als Entscheidung spezifischer Rechtsstreitigkeiten. Für die klassische Gewaltenteilungslehre war es deshalb auch nicht erforderlich, die Rechtsprechung von der Politik zu unterscheiden oder zu definieren, was «Politik» denn eigentlich ist.<sup>52</sup>

Etymologisch-historisch bezieht sich der Begriff der Politik auf das, was die Polis, was das Gemeinwesen betrifft: Er umschreibt öffentliche Angelegenheiten, aber auch das öffentliche Interesse, also das Gemeinwohl.<sup>53</sup> Aus soziologischer

46 *Montesquieu* (Anm. 45), I. xi, c. vi. Vgl. auch c. vi, S. 251.

47 *Montesquieu* (Anm. 45), I. xi, c. vi.

48 *Montesquieu* (Anm. 45), I. xi, c. vi.

49 Art. I, II und III U.S. Constitution.

50 Art. II Sect. 2(2) U.S. Constitution.

51 *Alexander Hamilton*, No. 78, in: *Alexander Hamilton et al.* (Hrsg.), *The Federalist Papers*, Bd. 2, New York 1788, S. 290 ff., 291.

52 Für *Montesquieu* etwa war Politik schlicht die Organisation der Gesellschaft und der Regierung (*Montesquieu* [Anm. 45], I. i, c. iii, S. 9).

53 *Volker Sellin*, Politik, in: *Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, Stuttgart 1978, S. 789 ff.

Sicht hingegen und im Kontext neuzeitlicher Staaten hat *Max Weber* Politik als Auseinandersetzung um die Machtverteilung zwischen verschiedenen Gruppierungen innerhalb des Staates definiert.<sup>54</sup> Im liberalen demokratischen Staat der Moderne schliesslich könnte man Politik auch als den ideologischen Wettkampf um die «richtige» Organisation des Gemeinwesens umschreiben. Die Akteure dieses Wettkampfs werden aufgrund ihres ideologischen Programms vom Volk gewählt; der Ausgang der politischen Auseinandersetzung findet dann ihren Niederschlag in den Gesetzen, welche die vorhandenen Interessenskonflikte verbindlich und mit generell-abstrakter Geltung entscheiden, und zwar für die Zukunft, d.h. für *noch nicht realisierte* Sachverhalte. Gesetze spiegeln und formalisieren so die (stets temporäre) Machtverteilung und (mehr oder weniger konsequent) die daraus resultierenden ideologischen Präferenzen; sie bestimmen in der Formulierung von *Harold Lasswell* «*who gets what, when, and how*».<sup>55</sup>

Der Einfluss dieser Präferenzen ist etwa im Arbeits- oder Mietrecht, im Familien- und Erbrecht, ja selbst im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht offensichtlich, und er wirkt ebenso im öffentlichen Recht, etwa im Steuer- oder im Umweltrecht. Auch die *Rechtsetzung* ist folglich inhärent politisch im genannten Sinne, sowohl in ihrer Genese wie bezüglich ihres Inhalts.

Davon wäre in der Idealvorstellung dann die *Rechtsprechung* zu trennen, also die Entscheidung individueller und konkreter Fälle durch die Gerichte unter Anwendung der zuvor gesetzten generell-abstrakten Normen<sup>56</sup> und grundsätzlich bezogen auf bereits bestehende Sachverhalte, nicht auf künftige Fälle. Dass dieser Schritt eine interpretatorische Eigenleistung beinhaltet, ist heute allgemein anerkannt. Die Gerichte sind mehr als nur *la bouche de la loi*, weshalb verschiedene Instanzen identische Sachverhalte bisweilen unterschiedlich würdigen bzw. dieselbe Rechtsnorm abweichend auslegen. Zugleich insistieren Richterinnen und Richter immer wieder, dass diese Eigenleistung stets die Grenze zur legislatorischen Domäne respektiert. Auch dies hat der frühere Bundesgerichtspräsident *Ulrich Meyer* auf den Punkt gebracht: «Das Parlament macht die Gesetze, das Bundesgericht wendet sie an.» Dabei verfüge das Gericht aber «über einen gewissen Auslegungsspielraum, was ihm hie und da den Vorwurf politischer Entscheide» einbringe.<sup>57</sup>

Nun wird den Gerichten aber nicht mehr nur «hie und da», sondern immer öfter vorgeworfen, dass sie über diese unvermeidliche Interpretation hinausgingen und selbst an die Stelle des Gesetzgebers träten. Sie erliessen, so der Vorwurf, «Richterrecht». Richterrecht ist ein schillernder Begriff mit zahlreichen Bedeu-

54 *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen 1972, S. 822.

55 So der Untertitel von *Harold D. Lasswell*, *Politics*, New York 1936.

56 Entsprechend die Terminologie bei *Karl Loewenstein*, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago 1957, S. 47, der *Rechtsprechung* als «*policy execution*» bezeichnet («*Adjudication is basically policy execution*»).

57 Bundeskanzlei, *Der Bund kurz erklärt* 2018, Bern Februar 2018, S. 78 (Interview).

tungsfeldern.<sup>58</sup> Ich verwende ihn hier für gerichtliche Entscheide, die nicht nur einen individuell-konkreten Streitfall entscheiden, sondern unmittelbar oder mittelbar *eigenständige* generell-abstrakte, normative Wirkung entfalten und sich also in der Terminologie von *Karl Loewenstein* nicht auf die *Policy Execution* beschränken, sondern auch Anspruch auf *Policy Determination* erheben.<sup>59</sup>

Dieser Vorwurf wird besonders häufig im Kontext der Verfassungsgerichtsbarkeit erhoben. Verfassungen sind in der Regel sehr abstrakt formuliert, und ihr Anwendungsbereich ist umfassend. Legen Gerichte die Verfassung aus, dann hat die Auslegung potenziell weitreichende Folgen, und diese Rechtsprechung ist insofern politisch, als dass sie – ebenso wie die *Rechtsetzung* – das Schicksal der Polis auch künftig beeinflusst.

Das lässt sich am besten am Ursprungsland der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit illustrieren, den USA. Obwohl dort die Verfassungsgerichtsbarkeit, die *Judicial Review*, von den Verfassungsvätern durchaus diskutiert wurde, wird sie in der US-Verfassung nicht erwähnt.<sup>60</sup> Explizit beanspruchte der *Supreme Court* diese Kompetenz erstmals 1803 unter Chief Justice *John Marshall* im berühmten Entscheid *Marbury v. Madison*, dem «wichtigsten Entscheid im amerikanischen Verfassungsrecht».<sup>61</sup>

Streitgegenstand war die Gültigkeit einer Richterernennung am letzten Tag der Präsidentschaft von *John Adams*.<sup>62</sup> Die Zuständigkeit des Gerichtshofs in diesem Fall gründete auf einem Bundesgesetz. Die Richter kamen zum Schluss, dass dieses Bundesgesetz verfassungswidrig sei und sie deshalb in der Sache nicht zuständig seien. Während der *Supreme Court* so auf den ersten Blick Zurückhaltung übte, nahm er zugleich die viel gewichtigere Kompetenz in Anspruch, Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen.<sup>63</sup> Auch wenn dieses Vorgehen seither immer wieder kritisiert wurde,<sup>64</sup> herrschte im Anschluss an das Urteil lange eine durchaus positive Sichtweise nicht nur der vom Gericht reklamierten *Judicial Review* vor, sondern auch bezüglich der prominenten Stellung, welche damit der

58 *Giovanni Biaggini*, *Verfassung und Richterrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Diss. Basel, Basel 1991, S. 51 ff.  
59 Vgl. *Loewenstein* (Anm. 56), S. 42 ff.

60 Es bleibt strittig, ob es sich hier um ein qualifiziertes Schweigen handelt oder ob *Judicial Review* implizit als selbstverständlich vorausgesetzt wurde. Für erstere Sichtweise siehe *Alexander M. Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, New Haven 1962, S. 1, und für letztere *Saikrishna B. Prakash/John C. Yoo*, *The Origins of Judicial Review*, *University of Chicago Law Review* 70/2003, S. 887 ff und 894 ff.

61 *Erwin Chemerinsky*, *Constitutional Law*, 6. Aufl., 2019, S. 39.

62 Siehe zu den Hintergründen *William W. van Alstyne*, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, *Duke Law Journal* 17/1969, S. 1 ff.

63 *William Marbury v. James Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), S. 174 und insb. S. 177: «[...] a legislative act contrary to the constitution is not law [...]. It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.»

64 Die Argumentation von *John Marshall* wurde teilweise als richterliche Selbstermächtigung, als Usurpation und sogar als Coup kritisiert, und zwar von progressiven wie auch konservativen Kräften, vgl. *Davidson M. Douglas*, *The Rhetorical Uses of Marbury v. Madison*, *Wake Forest Law Review* 38/2003, S. 375 ff.

richterlichen Gewalt eingeräumt wurde. Das galt für die Innen- ebenso wie für die Aussensicht. Letztere personifiziert etwa der Franzose *Alexis de Tocqueville*, der knapp 30 Jahre später die USA bereiste. Er konstatierte, dass dort in jedem politischen Geschäft die Gerichte angerufen würden; diese seien zum Schutz der Verfassung mit immenser *politischer* Macht ausgestattet, weil sie verfassungswidrigen Gesetzen die Anwendung versagen könnten. Ihre Macht würde von allen anerkannt; man fände keine Partei, ja nicht einmal einen einzigen Menschen, der sie bestritte.<sup>65</sup> Da es dabei stets um eine *individuelle* Beschwerde gehe, werde das dahinterstehende Gesetz ohnehin nur «per Zufall» getroffen und der Angriff deshalb auch nicht als politisch motiviert wahrgenommen.<sup>66</sup>

Die positive *Innensicht* hingegen veranschaulicht beispielsweise *John William Burgess*, Professor an der Columbia Law School und Gründer des *Political Science Quarterly*. *Burgess* bezeichnete das Regierungssystem der USA als eine «Aristokratie der Richterrobe» (*Aristocracy of the Robe*) – und sah darin das Konzept der Aristokratie als Herrschaft der Besten besser als je zuvor verwirklicht. In seinen Augen war die prominente Stellung des *Supreme Courts* gerechtfertigt, weil dieser die grundlegenden Verfassungsprinzipien kompetenter auslegen konnte als die Legislative.<sup>67</sup>

## V. «Damit die richterliche Gewalt sich nicht über die gesetzgebende erhebe»

Dies war also der ambitionierte Massstab, an dem *Johann Jakob Blumer* in seiner Rede 1875 das Bundesgericht in Lausanne gemessen sehen wollte. Das ist insofern bemerkenswert, als dass die Schweiz lange geradezu die Antithese einer solchen Richteraristokratie war, wie wiederum ein Bericht von *Alexis de Tocqueville* verdeutlicht, der nicht nur die USA bereist hatte, sondern 1836, also noch vor Gründung des Bundesstaates, auch die Schweiz. Dabei war er, im Gegensatz zu seinem Lob der Vereinigten Staaten, von den hiesigen Verhältnissen keineswegs eingenommen. Er kritisierte, dass die Gerichte in der Schweiz im Politikbetrieb keine prominente Stellung einnahmen. Für *Tocqueville* war aber eine substanzielle Rolle der Gerichte in der Politik geradezu Merkmal der «Physiognomie eines freien Volkes».<sup>68</sup>

Doch die judizielle Entwicklung in der Schweiz wurde – wie die Verfassungsgenese generell – gerade nicht von der amerikanischen, sondern von der französi-

65 *Alexis de Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique*, Bd. 1, Paris 1840, S. 160.

66 *de Tocqueville* (Anm. 65), S. 163 f.

67 *John William Burgess*, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, Bd. 2, Boston 1890, S. 365.

68 *Alexis de Tocqueville*, *Voyage en Suisse*, in: *Mary Motelys de Tocqueville* (Hrsg.), *Mélanges*, Paris 1865, S. 451 ff., 456: «Le goût de la justice et l'introduction paisible et légale du juge dans le domaine de la politique sont peut-être le caractère le plus saillant de la physiognomie d'un peuple libre.»

schen Revolution beeinflusst. In dieser Tradition nahm die *Legislative* eine zentrale Stellung ein; die gerichtliche Kontrolle ihrer Erlasse war explizit ausgeschlossen.<sup>69</sup> Diese Haltung prägte gleichermassen die erste schweizerische Bundesverfassung von 1848: Damit eine Richteraristokratie nicht einmal ansatzweise entstehen konnte, war ein *nichtständiges* Bundesgericht allein für Zivil- und Strafrechtssachen zuständig;<sup>70</sup> die Staatsrechtspflege hingegen lag bei Bundesrat und Bundesversammlung.<sup>71</sup>

Anlässlich der Totalrevision der Verfassung Anfang der 1870er-Jahre wurde zwar eine partielle Kompetenzerweiterung auf staatsrechtliche Streitfälle gutgeheissen. Doch verblieben zahlreiche Rechtsprechungskompetenzen bei der Bundesversammlung und beim Bundesrat; auch wurde mit Art. 113 Abs. 3 aBV zugleich eine Bestimmung eingefügt, wonach Bundesgesetze sowie Staatsverträge für das Bundesgericht *massgebend* sind.<sup>72</sup> Damit werde, in den Worten von Bundesrat *Jakob Dubs*, sichergestellt, dass «die richterliche Gewalt sich nicht über die gesetzgebende erhebe».<sup>73</sup> Eine Verfassungskontrolle für Bundesgesetze blieb dem Gericht aufgrund dieses Massgeblichkeitsgebots verwehrt. Vergeblich wurde eine solche Kontrolle in der Folge von der Rechtswissenschaft, aber auch von der Politik wiederholt gefordert.<sup>74</sup> Bei der an die «Nachführung» der Bundesverfassung von 1999 anschliessenden Justizreform war eine Verfassungsgerichtsbarkeit auch für Bundesgesetze dann endlich vorgesehen. Doch kippte die Bundesversammlung diese zuletzt doch noch aus dem Entwurf mit dem Argument, dass sie im direktdemokratischen schweizerischen Staatsverständnis einen Fremdkörper darstelle.<sup>75</sup> Seither sind weitere Versuche gescheitert, dem Bundesgericht die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen auch auf Bundesebene einzuräumen.<sup>76</sup> Die vorerst letzten beiden Vorstösse lehnte der Ständerat im September 2022

69 *Alfred Kölz*, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bern 1992, S. 627.

70 Art. 101–104 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (aBV 1848).

71 Art. 74 Abs. 8, 15, 16, 17 und 18 aBV 1848.

72 *Bulletin* (Anm. 40), Bd. 2, S. 298 f.

73 *Bulletin* (Anm. 40), Bd. 2, S. 302. – *Jakob Dubs* wurde bereits 1875 selbst in das Bundesgericht gewählt; als Richter stand er der Verfassungsgerichtsbarkeit dann sehr viel aufgeschlossener gegenüber (*Jakob Dubs*, *Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, dargestellt für das Volk, Zürich 1877–78, Bd. 1, S. 118, und Bd. 2, S. 92).

74 So beispielhaft *Gustav Vogt*, *Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika*, ZSR N.F. 9/1890, S. 566 ff., 585, der eine Verfassungsgerichtsbarkeit nach US-amerikanischem Vorbild propagierte und Art. 113 aBV «nie ohne ein Gefühl der Beschämung lesen» konnte, sowie *Fritz Fleiner*, *Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter*, ZSR N.F. 53/1934, S. 1a–35a. Für entsprechende parlamentarische Vorstösse vor dem 2. Weltkrieg siehe *Hans Nef*, *Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde*, ZSR N.F. 69/1950, S. 133a ff., 163a f.

75 Nationalrat, Reform der Bundesverfassung, AB 1998 SD N 391 und 396.

76 So noch vor Inkrafttreten der nBV und deutlich abgelehnt NR *Otto Zwygart*, Pa. Iv. 99.455 «Verfassungsgerichtsbarkeit» vom 8. Oktober 1999; mit realen Erfolgchancen hingegen NR *Heiner Studer*, Pa. Iv. 05.445 «Verfassungsgerichtsbarkeit» vom 7. Oktober 2005, und NR *Vreni Müller-Hemmi*, Pa. Iv. 07.476 «Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden» vom 5. Oktober 2007 (vgl. AB 2011 N 1917, AB 2012 S 445 und AB 2012 N 1973).

ab.<sup>77</sup> Weitere einschlägige Initiativen werden zweifelsohne folgen,<sup>78</sup> doch bis diese vielleicht einmal Erfolg zeitigen, hält Art. 190 BV<sup>79</sup> das durch Art. 113 Abs. 3 aBV eingeführte Massgeblichkeitsgebot in praktisch unveränderter Fassung aufrecht. Auch bleiben Akte von Bundesversammlung und Bundesregierung gemäss Art. 189 Abs. 4 BV grundsätzlich der direkten gerichtlichen Kontrolle entzogen.

Erhielte das Bundesgericht hingegen die Rolle eines uneingeschränkt zuständigen Verfassungsgerichts zugewiesen, so würde es im Streitfall nicht nur zum Garanten der Verfassung gegenüber parlamentarischen und bundesrätlichen Übergriffen, sondern vor allem auch zum autoritativen, dem Bundesgesetzgeber übergeordneten Verfassungsinterpreten. Aber auch so hat das Gericht den Inhalt der Bundesverfassung seit Jahrzehnten ganz wesentlich mitbestimmt. Dies zeigt sich anschaulich daran, dass 1999 die «Nachführung» der Verfassung gerade im Grundrechtsbereich wenig mehr war als eine Kodifizierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>80</sup> Auch darf nicht vergessen gehen, dass es in der Schweiz schon länger eine *partielle* Verfassungsgerichtsbarkeit gibt: Kantonale Erlasse können seit 1874 auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft werden. Zudem hat sich Massgeblichkeit von *Staatsverträgen* zu einem Einfallstor der gerichtlichen Kontrolle selbst von Bundesgesetzen entwickelt, obwohl sie ursprünglich ebenfalls auf die Wahrung der parlamentarischen Prerogative zielte, indem sie die verfassungsrechtliche Überprüfung internationaler Abkommen ausschliesst.<sup>81</sup>

Vor allem mit dem Beitritt der Schweiz zur EMRK, aber auch durch die Bilateralen Verträge ermöglichte die Massgeblichkeit völkerrechtlicher Verträge zumindest die punktuelle gerichtliche Prüfung von Bundesgesetzen.<sup>82</sup> Zwar lässt die Formulierung von Art. 190 BV viele Fragen offen; insbesondere äussert sich die Bestimmung nicht zur gegenseitigen Hierarchie von Bundesgesetzen und Völkerrecht.<sup>83</sup> Bezüglich EMRK und FZA<sup>84</sup> geht das Gericht aber inzwischen prinzipiell vom Vorrang des Völkerrechts nicht nur gegenüber Bundesgesetzen, sondern wohl auch gegenüber der Verfassung aus.<sup>85</sup>

77 Motionen 21.3690 (SR *Mathias Zopfi*) und 21.3689 (SR *Stefan Engler*) «Grundrechte und Föderalismus stärken und die Rechtsstaatlichkeit festigen. Ein neuer Anlauf zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit» vom 10. Juni 2021, vgl. AB 2022 S 663.

78 *Lorenz Langer*, Der Supreme Court – kein Vorbild für die Schweiz, NZZ vom 5. Oktober 2022, S. 19.

79 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

80 *Andreas Kley*, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung, ZBJV 1999, S. 301 ff.

81 *Walter Haller*, in: Jean François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich 1995, Art. 113 N 177.

82 *Maya Hertig Randall*, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, ZSR 129/2010 II, S. 221 ff., 246 ff.

83 *Lorenz Langer*, Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43/2010, S. 863 ff., 883 f.

84 Abkommen 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).

85 BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 ff.; 139 I 16 E. 5.1 S. 28; 142 II 35 E. 3.3 S. 40.

Es überrascht deshalb nicht, dass gerade im Kontext dieser auf völkerrechtliche Vorgaben rekurrierenden Verfassungsgerichtsbarkeit besonders oft der Vorwurf «politischer» Rechtsprechung laut wurde. Das betraf etwa das eingangs erwähnte Urteil, mit dem nicht nur die direkte Anwendbarkeit der Ausschaffungsinitiative verneint wurde, sondern dem Gesetzgeber zugleich *pro futuro* angezeigt wurde, welche Voraussetzungen die gesetzliche Umsetzung zu erfüllen hat, damit die EMRK nicht verletzt wird.<sup>86</sup>

Doch das Bundesgericht übt sich teilweise auch in augenfälliger Zurückhaltung – etwa im Mai 2020, als es die Beschwerde der Klimaseniorinnen abwies.<sup>87</sup> Die Klägerinnen hatten eine besondere Vulnerabilität von Frauen über 75 Jahren gegenüber dem Klimawandel geltend gemacht. Da der Bund dagegen keine genügenden Massnahmen ergreife, verletze er seine Schutzpflichten unter Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) sowie Art. 8 EMRK (Recht auf Privatsphäre und Familienleben).<sup>88</sup> In der Folge äusserte sich das Bundesgericht zwar zu materiellen Aspekten der Beschwerde; es lehnte sie dann aber allein mangels genügend intensiver Betroffenheit der Beschwerdeführerinnen ab, weil die absehbare Klimaveränderung nicht in *unmittelbarer* Zukunft eintreten würde und deshalb auch keine individualrechtlich einklagbare Handlungspflicht des Staates bestehe.<sup>89</sup> Ausserdem seien Anträge auf eine bestimmte Gestaltung aktueller Politikbereiche nach schweizerischem Verfassungsrecht grundsätzlich auf dem Weg der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten einzubringen – etwa im Rahmen von Wahlen oder Volksinitiativen.<sup>90</sup>

Das Urteil wurde durch das Kommentariat unterschiedlich rezipiert; als Kritik wurde unter anderem vorgebracht, der Klimawandel übersteige die Problemlösungsfähigkeit der Politik.<sup>91</sup> Die Beschwerdeführerinnen wandten sich im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.<sup>92</sup> Dort wird unmit-

86 BGE 139 I 16 E. 4.3 S. 26; dazu im Detail *Giovanni Biaggini*, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114/2013, S. 316 ff.

87 BGE 146 I 145.

88 BGE 146 I 145 E. 5.1 S. 152.

89 BGE 146 I 145 E. 4.1 S. 148 f.

90 BGE 146 I 145 E. 4.3 S. 150.—Ähnlich zuletzt auch der Verweis auf den Gesetzgeber in den Urteilen des Bundesgerichts 6B\_894/2021 vom 28. März 2022 E. 3.8 (zu Art. 189 StGB) und 1C\_225/2022 vom 14. Juli 2022 E. 3.3 (mit Bezug auf Art. 189 Abs. 4 BV).

91 *Johannes Reich*, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, ZBl 121/2020, S. 489 ff.; *Mirina Grosz*, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 5. Mai 2020 (1C\_37/2019), Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 397 ff.; a.M.: *Peter Hettich*, Klimaschutz mittels Richterrecht?, ZBl 122/2021, S. 477 ff., sowie *Giovanni Biaggini*, Über Aufgaben und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im ökologischen Verfassungsstaat, in: Claudia Seitz et al. (Hrsg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis: Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, S. 545 ff., 548 f. und insb. S. 555 ff. Gespalten hingegen: *Lorenz Kneubühler/Dominique Hänni*, Umweltschutz, Klimaschutz, Rechtsschutz: Ein Plädoyer für eine Verbandsbeschwerde im schweizerischen Klimarecht, ZBl 122/2021, S. 479 ff.: zustimmend der am Urteil beteiligte Erstautor (S. 494), kritisch die Zweitautorin (Fn. 75).

92 EGMR, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, Beschwerde Nr. 53600/20.

telbar die Grosse Kammer über die Beschwerde entscheiden.<sup>93</sup> Der EGMR geht also davon aus, dass der Fall schwerwiegende Auslegungsfragen aufwirft.<sup>94</sup>

## VI. Judges for Future?

Klimaklagen werden momentan in zahlreichen Ländern erhoben – mit unterschiedlichem Erfolg. Wohl nicht zufälligerweise zu einem anderen Schluss als das Bundesgericht kam das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Klimabeschluss vom März 2021.<sup>95</sup> Als «vollwertiges» Verfassungsgericht legt sich das Bundesverfassungsgericht in der Regel weniger Zurückhaltung bei der Beurteilung legislativer Akte auf. Angesichts des heutigen (nationalen und internationalen) Prestiges des Karlsruher Gerichts sowie seiner prominenten Rolle im Verfassungsleben der Bundesrepublik geht jedoch leicht vergessen, dass es sich dabei um ein vergleichsweise «junges» Gericht handelt, das zudem ursprünglich institutionell nicht sonderlich stark positioniert war: Sogar sein Status als oberstes Verfassungsorgan war zuerst strittig.<sup>96</sup> Dieser verhaltene Start erklärt auch die anfängliche Sorge des Bundesverfassungsgerichts, neben dem ebenfalls in Karlsruhe angesiedelten Bundesgerichtshof zu verblassen; zur optischen Differenzierung und Distinktion entwarf daher ein Theaterschneider in den 1950er-Jahren die charakteristischen scharlachroten Roben nach Vorbildern aus der Renaissance.<sup>97</sup>

Aber auch in substantieller Weise hat das Bundesverfassungsgericht – wie einstmals der *Supreme Court* – durch seine Rechtsprechung entscheidend auf die prominente Stellung hingewirkt, die es heute innehat. Zu Beginn übte das Gericht im Verhältnis zum Gesetzgeber noch Zurückhaltung: Es sei nicht Sache der Richter, an die Stelle der Legislative zu treten; die Frage, ob ein Gesetz zu erlassen sei, hänge von wirtschaftlichen, politischen und weltanschaulichen Erwägungen ab, die sich richterlicher Nachprüfung entzögen.<sup>98</sup> Einen Paradigmenwechsel brachte aber bereits 1958 der Entscheid *Liith*, als das Gericht postulierte, dass sich in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes eine *objektive Wertordnung* verkörpere, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelte.<sup>99</sup> Ein solcher umfassender, naturrechtlich motivierter Geltungsbe-

93 Note d'information sur la jurisprudence de la Cour 261: Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse (dessaisissement) – Beschwerde Nr. 53600/20, April 2022.

94 Vgl. Art. 30 EMRK.

95 BVerfGE 157, 30.

96 Matthias Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: Matthias Jestaedt et al. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 77 ff., 79 f.

97 Sebastian Felz, Duchesse-Schwerrot, Ad Legendum 2008, S. 246 ff.

98 BVerfGE 1, 97, S. 101, Rz. 23.

99 BVerfGE 7, 198.

reich der Grundrechtsordnung impliziert natürlich auch eine umfassende Rolle der auslegenden Gerichte.<sup>100</sup>

Dieses Verständnis liegt nun auch dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts zugrunde. Der Beschluss befasste sich mit der Verfassungsmässigkeit des 2019 erlassenen Bundes-Klimaschutzgesetzes, das die deutschen Klimaziele bis 2030 definierte. Das Gericht verpflichtete den Gesetzgeber jedoch, auch *darüber hinaus* zu legislieren. Es ist inzwischen also durchaus bereit, wenn nicht an die Stelle des Gesetzgebers zu treten, so doch diesen mit detaillierten Vorgaben zur Tätigkeit anzuhalten. Im Sinne einer «intertemporalen Freiheitssicherung» verlangte das Bundesverfassungsgericht, den Übergang zur Klimaneutralität *rechtzeitig* einzuleiten.<sup>101</sup>

Der Zukunftsbezug ist hier offensichtlich: Das Gericht beschäftigt sich nicht mehr mit einem zur Hauptsache gegenwärtigen Sachverhalt, sondern verordnet Präventivmassnahmen zum Schutz von (nicht spezifizierten) Grundrechten in der Zukunft. Es äussert sich also dezidiert zu noch nicht realisierten Sachverhalten und greift in die Regelung künftiger Interessenskonflikte, also in die traditionelle Domäne der Gesetzgebung ein. Die Richterinnen und Richter werden hier tatsächlich, wie ein Kommentar es in Anlehnung an die *Fridays-for-Future*-Bewegung zustimmend formulierte, zu *Judges for Future*.<sup>102</sup>

## VII. Das Phänomen der «Judicialisierung»...

Beim Klimawandel kann man die Verrechtlichung oder «Vergerichtlichung» der Politik sozusagen in Echtzeit mitverfolgen. Die Zahl der Klimaklagen explodiert weltweit;<sup>103</sup> zunehmend dominieren *strategische*, oft von NGOs konzipierte Klagen, bei denen der Einzelfall als Mittel zum Zweck eines breiteren gesellschaftlichen Wandels dient.<sup>104</sup> Wichtige Erfolge haben solche Klagen neben Deutschland auch in den Niederlanden erzielt, während einschlägige Beschwerden nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Österreich und Norwegen gescheitert sind.<sup>105</sup> Gene-

100 Vgl. zur naturrechtlichen Komponente *Michaela Hailbronner*, *Transitions and Transformations: Towards Activist Constitutionalism*, Oxford 2015, S. 59.

101 BVerfGE 157, 30, S. 102, Rz. 122, und S. 130 f., Rz. 183.

102 Vgl. *Matthias Goldmann*, *Judges for Future: The Climate Action Judgment as a Postcolonial Turn in Constitutional Law?* *Verfassungsblog* vom 30. April 2021, abrufbar unter <<https://verfassungsblog.de/judges-for-future/>> (zuletzt besucht am 5. Januar 2023).

103 *Habeas Carbon*, *Economist* vom 23. April 2022, S. 55–57.

104 *Joana Setzer/Catherine Higham*, *Global Trends in Climate Change Litigation*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London 2021, S. 12 f. Dabei ist nicht immer ersichtlich, wer hinter einzelnen Klagen steht: *Carole Koch*, *Wie Greenpeace eine Grosstruppe erschuf, um die Schweiz zu verklagen*, *NZZ* magazin vom 16. Juli 2022, abrufbar unter <<https://magazin.nzz.ch/nzz-am-sonntag/2050/wie-greenpeace-und-die-klima-grosis-die-schweiz-verklagen-ld.1693956>> (zuletzt besucht am 5. Januar 2023).

105 Für eine Übersicht siehe *Andreas Glaser*, *Das Klimarteil des Noregs Høgsterett im Spiegel des europäischen Verfassungsrechts*, *EurUP* 2022, S. 1 ff.

rell liegt die Erfolgsrate aber überdurchschnittlich hoch.<sup>106</sup> Auch ein baldiger Erfolg vor dem EGMR ist keineswegs ausgeschlossen. Ein solcher Erfolg wiederum würde mit Sicherheit zu einer Neuorientierung der bisher eher zurückhaltenden Rechtsprechung in einigen Mitgliedstaaten des Europarates führen.<sup>107</sup>

Klimaklagen sind ein besonders ausgeprägtes Beispiel für die zunehmend schwierige Abgrenzung zwischen Politik und Recht, aber keineswegs das einzige. Immer mehr Bereiche, die vorher in der politischen Arena debattiert und geregelt wurden, werden nun in gerichtlichen Foren verhandelt. Dieses Phänomen wird allgemein als Judizialisierung oder Justizialisierung bezeichnet;<sup>108</sup> vorrangige Treiber der Entwicklung sind zum einen der Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit, zum anderen die Betrachtungsweise von Lebenssachverhalten primär unter dem Blickwinkel von Grund- und Menschenrechten. Dabei ist der Gang ans Gericht verlockend, weil einem Urteil eine Finalität und eine objektive Korrektheit innewohnen, die in klarem Gegensatz zum definitionsgemäss nie endenden politischen Diskurs stehen.

Damit verbunden ist zugleich eine neue *Qualität* des Richterrechts, das sich nicht mehr nur mit begrenzten Sachverhalten, sondern mit weitreichenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Fragen befasst. Beim Klimawandel etwa verschwimmt die Trennung zwischen der Beurteilung bestehender und der Regelung künftiger Fälle und – damit auch die Trennung zwischen Politik und Richterrecht – besonders augenscheinlich, wenn etwa das BVerfG den Gesetzgeber dazu verpflichtet, «gesellschaftlichen Wandlungsprozessen und individuellen Lebensentwürfen eine Orientierung» zu bieten.<sup>109</sup>

Eine so weitreichende Vorgabe ist aber *auch* ein Symptom dafür, dass das menschliche Handeln immer wirkungsmächtiger wird, sich die Konsequenzen unseres Verhaltens also immer weiter in die Zukunft erstrecken. Man kann, ja muss deshalb vielleicht anerkennen, dass die Gerichte sich hier nicht aus der Verantwortung stehlen können. Aus dieser Perspektive ist die Klimasituation zu ernst und sind die menschenrechtlichen Implikationen zu offensichtlich, als dass man sie dem Gezänk der politischen Parteien überlassen könnte: Selbst jetzt, da sich das Zeitfenster für eine Kurskorrektur schliesst, wird in der Politik der Ernst der Lage teilweise immer noch verkannt und auch die wissenschaftliche Evidenz ignoriert.<sup>110</sup> Gilt deshalb vielleicht gerade in einer Zeit von populistischen Rattenfängern und *Fake News* das prägnante Diktum in *Schillers* Demetrius, wonach Verstand stets bei wenigen nur gewesen ist und man die Stimmen deshalb wägen und

106 *Habeas Carbon* (Anm. 103), S. 55.

107 Vgl. dazu *Helen Keller/Réka Piskóty*, Klimabeschwerden: Zulässigkeithürden vor dem EGMR, *AJP* 2021, S. 1367 ff., 1369.

108 Zum Konzept der *Judicialization* siehe insb. *Alec Stone Sweet*, *Governing with Judges*, Oxford 2000, S. 1 ff.

109 BVerfGE 157, 30, S. 167, Rz. 250. Kritisch dazu *Biaggini* (Anm. 91), S. 545 ff., insb. S. 549 ff.

110 So auch die Argumentation des BVerfG (BVerfGE 157, 30, S. 144, Rz. 206).

nicht zählen soll, erst recht?<sup>111</sup> Und warum sollte den Richterstimmen dabei nicht besonderes Gewicht zukommen?<sup>112</sup>

Sonderlich demokratisch ist diese Auffassung natürlich nicht, und tatsächlich wird eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit heute vor allem aus demokratietheoretischer Sicht kritisiert. Im Vordergrund steht dabei das Problem der sog. *Counter-majoritarian Difficulty*. Diesen Begriff prägte der amerikanische Verfassungsrechtler *Alexander Bickel* 1962 in seinem Werk «*The Least Dangerous Branch*».<sup>113</sup> Er sah die *Counter-majoritarian Difficulty* der Verfassungsgerichtsbarkeit darin, dass ein Gericht als nicht-repräsentative Minderheit über die gewählte Mehrheit der Legislative hinweg bestimmt – im Extremfall genügt es für ganz grundlegende Entscheide, fünf Mitglieder des Supreme Courts zu überzeugen.<sup>114</sup> Für *Bickel* war das Gericht deshalb gerade nicht «*the least dangerous branch*».<sup>115</sup>

Das Potenzial der *Counter-majoritarian Difficulty* wird dadurch verstärkt, dass die besonders umstrittenen verfassungsrechtlichen Fragen inzwischen fast durchgängig durch die Linse individueller Rechte betrachtet werden. In der Schweiz etwa galt früher der Entscheid über die Einbürgerung und damit über die Zugehörigkeit zur Polis als eminent politische Frage und deshalb als exklusive Domäne des *Corps politique*.<sup>116</sup> Unter dem Blickwinkel des Diskriminierungsverbots wurde dieser Entscheid aber – mit gutem Grund – um eine individualrechtliche Komponente ergänzt.<sup>117</sup> Auch der Klimawandel wird nicht mehr (nur) als Herausforderung auf makropolitisch Ebene, sondern gleichermassen als Bedrohung *individueller* Menschenrechte verstanden – nicht umsonst wurden die Klimaseniorinnen in Strassburg auch von *Michelle Bachelet*, damals noch UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte, unterstützt.<sup>118</sup> Zugleich beobachten wir hier möglicherweise eine Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs, indem sich die (enge) Voraussetzung der persönlichen und unmittelbaren Betroffenheit zunehmend hin zu einer kollektiven und potenziellen Opfereigenschaft entwickelt.<sup>119</sup>

111 *Friedrich Schiller*, Demetrius, Aufzug, 1. Szene, 2. Auftritt, in: Herbert Kraft/Mirjam Springer (Hrsg.), *Dramatischer Nachlass*, Bd. X, Frankfurt am Main 2004.

112 So *Alfred Thompson Denning*, *What Next in the Law*, London 1982, S. 330: «*Someone must be trusted. Let it be the judges.*»

113 *Bickel* (Anm. 60), S. 16 ff.

114 «*With five votes, you could accomplish anything*» konstatierte Associate Justice *William Brennan* und bezeichnete diese *Rule of Five* als die wichtigste Regel des amerikanischen Verfassungsrechts (vgl. *Seth Stern/Stephen Wermeil*, *Justice Brennan Liberal Champion*, Lawrence 2013, S. 196). Die Regel gilt auch im Klimabereich (*Richard J. Lazarus*, *The Rule of Five*, Cambridge [MA], 2020).

115 Vgl. *Bickel* (Anm. 60), S. 1, unter Bezugnahme auf *Hamiltons* gegenteilige Versicherung (Anm. 51).

116 *Lorenz Langer*, *Zwischen republikanischer Selbstbestimmung und demokratischer Legitimation: Der schweizerische corps politique*, in: *Andreas Glaser/Lorenz Langer* (Hrsg.), *Das Parlamentswahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie*, Zürich/Wien/Baden-Baden 2020, S. 57 ff., 62.

117 Vgl. dazu vorne, Anm. 24.

118 *Angelika Hardegger*, *Klimaseniorinnen erhalten Unterstützung von höchster Stelle*, NZZ vom 15. Oktober 2021, S. 9.

119 *Keller/Piskóty* (Anm. 107), S. 1368. Vgl. auch CCPR, General Comment No. 36, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36, 3. September 2019, Para. 62.

## VIII. ... und seine Grenzen

Es ist eine zentrale Errungenschaft des materiellen Rechtsstaats, dass Grundrechte in Verfassungen und Verträgen kodifiziert werden. Damit geht aber *auch* eine Machtverschiebung zu den Gerichten einher. Wenn etwas, wie es das Bundesverfassungsgericht im Klimabeschluss formuliert, zur «Angelegenheit der Verfassung» gemacht wird, dann wird es zugleich eine Angelegenheit der Richterinnen und Richter, die zudem in Anspruch nehmen, dass *sie* – im Gegensatz zur Politik – die Stimme der besonders betroffenen künftigen Generationen *nicht* überhören.<sup>120</sup>

Natürlich kann man argumentieren, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit trotzdem demokratisch unproblematisch sei, weil sie ja nur dazu diene, die (demokratisch ultimativ legitimierte) Verfassung vor legislativen Übergriffen zu schützen. Früher verteidigten *Alexander Hamilton* und *Alexis de Tocqueville* die *Judicial Review* mit diesem Argument,<sup>121</sup> heute etwa *Bruce Ackerman*.<sup>122</sup> Dabei wird aber der potenziell immense Einfluss eines Verfassungsgerichts übersehen, wenn es verbindlich festlegt, was genau Inhalt der Verfassung ist. Wer die Verfassungsgerichtsbarkeit darauf reduziert, «Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu prüfen und den Vorrang der Verfassung durchzusetzen»,<sup>123</sup> der blendet das zentrale Problem aus, dass Verfassungsbestimmungen – gerade als höchstrangiges Recht – oft stark auslegungsbedürftig sind und bei der Frage nach der Verfassungswidrigkeit folglich ein erheblicher Interpretationsspielraum besteht.<sup>124</sup>

Bereits *Hans Kelsen* hat – als *Pionier* der Verfassungsgerichtsbarkeit – warnend darauf hingewiesen, dass dieser Spielraum gerade im Grundrechtebereich potenziell (zu) gross ist. Ihm galt eine Trennung von Recht und Politik prinzipiell als unmöglich: Die Meinung, dass nur die Gesetzgebung, nicht aber die «echte» Justiz politisch sei, hielt er für ebenso falsch wie die Auffassung, dass allein die Gesetzgebung produktive Rechtserzeugung, die Gerichtsbarkeit aber nur reproduktive Rechtsanwendung sei.<sup>125</sup> Wenn der politische Charakter der Rechtsprechung im demokratischen Staat nicht dominieren soll, muss gemäss *Kelsen* «der Spielraum freien Ermessens [...] möglichst eng gezogen sein». Entsprechend dürften jene Verfassungsnormen, mit denen der Inhalt künftiger Gesetze bestimmt wird – insbesondere Bestimmungen über die Grundrechte –, nicht zu allgemein gefasst sein; andernfalls bestünde die Gefahr einer Machtverschiebung vom Parlament zu einer demokratisch nicht legitimierten Instanz.<sup>126</sup>

Diese Warnung erweist sich heute als prophetisch – wobei es kaum überrascht, dass *Kelsen* als Positivist Begriffen wie «Freiheit», «Gleichheit» oder «Gerechtigkeit»

120 BVerfGE 157, 30, S. 144, Rz. 206.

121 Siehe vorne, Anm. 51 und 65.

122 *Bruce Ackerman*, *We the People*, Cambridge (MA) 1991, S. 6 f.

123 Motion 21.3690 (Anm. 77).

124 So auch *Hansjörg Seiler*, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, ZSR 129/2010 II, S. 381 ff., 511.

125 *Hans Kelsen*, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Berlin-Grunewald 1931, S. 15.

126 *Kelsen* (Anm. 125), S. 24.

keit» kritisch gegenüberstand.<sup>127</sup> Aber auch aus naturrechtlicher Sicht gibt es Grund zur Zurückhaltung. Verfassungsgerichtsbarkeit wird heute oft als Synonym verstanden für den Schutz von Individuen, von verletzlichen Minderheiten, von internationalen Verpflichtungen und vielem mehr. Häufig ist dieses Verständnis angemessen, im schweizerischen Kontext etwa bei der Etablierung von zahlreichen ungeschriebenen Grundrechten mittels bundesgerichtlicher Auslegung von Art. 4 aBV wie auch bei der Durchsetzung der Konventionsrechte oder beim Schutz der bilateralen Verpflichtungen.<sup>128</sup> Das gilt auch aus rechtsvergleichender Perspektive: So hat das bereits erwähnte Urteil *Lüth* die Meinungsäusserungsfreiheit in Deutschland gerade mit Blick auf die Vergangenheitsbewältigung erheblich gestärkt.<sup>129</sup> In den USA führten Urteile des *Supreme Courts* zur Desegregation, zur Stärkung von Frauenrechten und zuletzt zur Ehe für alle.<sup>130</sup>

Zugleich darf nicht ausgeblendet werden, dass sich gerade die Anfang des 20. Jahrhunderts einsetzende Kritik an der *Judicial Review* des *Supreme Courts* zuerst nicht gegen eine zu progressive Rechtsprechung richtete. Moniert wurde vielmehr die Blockade von Sozialgesetzgebung und Arbeitnehmerschutz durch die *konservative* Gerichtsmehrheit; der Begriff der «Richterherrschaft» hat seinen Ursprung in diesem Kontext.<sup>131</sup>

Dass *Judicial Review* nicht inhärent grundrechtsfreundlich sein muss, illustrierte bereits das berüchtigte Urteil im Fall *Dred Scott*. Nach einem Hiatus von über fünfzig Jahren war dies der zweite Entscheid nach *Madison v. Marbury*, mit dem der Gerichtshof ein Bundesgesetz kassierte: Er erklärte das bundesgesetzliche Verbot der Sklaverei im Norden für verfassungswidrig.<sup>132</sup> Dabei stützte sich das Gericht auf das verfassungsrechtliche Konzept «nicht aufgezählter» Rechte. Mit diesem (später als *Substantive Due Process* bezeichneten) Konzept wurde in der Folge beispielsweise ein Mindestlohn für illegal erklärt,<sup>133</sup> aber *auch* ein Verbot von «gemischtrassigen» Ehen als verfassungswidrig untersagt<sup>134</sup> und das Recht auf gleichgeschlechtliche Ehe begründet.<sup>135</sup>

Besonders anschaulich zeigt sich die unstete Natur eines solchen verfassungsrechtlichen Konzepts in der Abtreibungsdebatte. In *Roe v. Wade* hatte der *Supreme Court* 1973 entschieden, dass das Recht einer Frau auf Abtreibung durch das Recht auf Privatsphäre geschützt ist, welches er aus der *Due-Process*-Klausel des 14. Verfassungszusatzes ableitete.<sup>136</sup> Dem Urteil folgte aber kein gesellschaftlicher und

127 Vgl. *Kelsen* (Anm. 125), S. 24 («vage Schlagworte»).

128 Vorne, Anm. 80 und 85.

129 Vorne, Anm. 99.

130 Vorne, Anm. 13–15.

131 *Louis B. Boudin*, *Government by Judiciary*, *Political Science Quarterly* 1911, S. 238 ff.

132 *Dred Scott, Plaintiff in Error v. John F. Sandford*, 60 U.S. (19 Howard) 393 (1856).

133 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

134 *Loving v. Texas* (Anm. 13).

135 Vgl. insb. die *Dissenting Opinion* von Chief Justice Roberts in *Obergefell v. Hodges* (Anm. 14), S. 695.

136 *Roe v. Wade* (Anm. 11), S. 153 ff.

politischer Konsens in der Abtreibungsfrage; der *Supreme Court* selbst hielt nur knapp an *Roe v. Wade* fest<sup>137</sup> und lockerte auch den Beurteilungsmassstab für die Einschränkung von Abtreibungen.<sup>138</sup> Im Juni 2022 stiess der Gerichtshof schliesslich sein eigenes Präzedenzurteil um und entschied, dass die Verfassung kein implizites Recht auf Abtreibung enthalte. Vielmehr verlange sie, dass diese Frage durch die gewählten Vertreter des Volkes entschieden werde. Es steht nun den gliedstaatlichen Gesetzgebern grundsätzlich wieder weitgehend frei, Abtreibungen einzuschränken oder zu verbieten.<sup>139</sup> Dieses Urteil zeigt, dass der *Supreme Court* auch wieder nehmen kann, was er gegeben hat – und dass die politische Stossrichtung der *Judicial Review* ganz entscheidend von der Besetzung der Richterbank abhängt. Nicht zu Unrecht monierte die unterlegene Minderheit, dass der Kurswechsel einzig aufgrund der veränderten Zusammensetzung des Gerichtshofs erfolgte.<sup>140</sup>

*Nachhaltige* Gerichtsurteile hingegen setzen einen politischen und gesellschaftlichen Mindest-Konsensus voraus. Gerichte können Vorreiter sein bei gesellschaftlichen Entwicklungen, ebenso wie umgekehrt manchmal ein progressiver Gesetzgeber konservative Gerichte in die Schranken weisen kann. Die grundrechtsorientierte Verfassungsgerichtsbarkeit hat in den letzten Jahrzehnten zweifelsohne grosse Erfolge errungen. Das *Framing* von grundlegenden Missständen als Rechtsverletzung, und damit ihre Judizialisierung, hat sich beispielsweise bei Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Ausrichtung als sehr wirksam erwiesen. Mit Bezug auf den Klimawandel sind die Perspektiven für gerichtliche Erfolge zwar verheissungsvoll, aber trotzdem gilt vorerst (im Wortsinn): *The jury is still out*. Doch dürfen die Gerichte ihre Wirkungsmacht in politischen Fragen nicht überschätzen. Nicht umsonst verwies *Hamilton* darauf, dass die dritte Gewalt ihre Urteile nicht selbst durchsetzen kann.<sup>141</sup> Gerichte können grundsätzliche Probleme vielleicht besonders reflektiert, aber nicht am politischen Prozess *vorbei* lösen.

## IX. Die Bedeutung der Perspektive

Die Verortung von Gerichten zwischen Politik und Richterrecht bleibt somit eine stete Herausforderung. Immerhin möchte ich zwei Leitplanken für die weitere Diskussion vorschlagen.

137 Webster, Attorney General of Missouri, et al. v. Reproductive Health Services et al., 492 U.S. 490 (1989).

138 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al., 505 U.S. 833 (1992).

139 Dobbs et al. (Anm. 12), S. 6, 77.

140 Dobbs et al. (Anm. 12), Breyer, Sotomayor & Kagan JJ., dissenting, S. 6.

141 Vorne, Anm. 51.

(1) Ich hoffe gezeigt zu haben, dass Gerichte weder ganz auf Seiten der Politik noch ganz im Bereich des «reinen» Rechts stehen. Deshalb können wir zwei häufig gehörte Behauptungen definitiv verabschieden: Zuerst wäre das die Aussage, dass Richter unpolitisch sind und sich deshalb allein an der Intention des Verfassungs- oder Gesetzgebers orientieren. Diese «originalistische» Sichtweise, wie sie etwa in der Anhörung von Justice *Ketanji Brown* propagiert wurde,<sup>142</sup> ist in meinen Augen wenig mehr als ein Taschenspielertrick: Denn ob ein Sachverhalt vom *Original Intent* erfasst wird, ist ebenfalls eine *Auslegungsfrage* – entsprechend inkonsequent und selektiv wird denn auch der Vorwurf des *Legislating from the Bench* erhoben.<sup>143</sup> Das Gleiche gilt aber auch für die Position, dass eine umfassende grundrechtsorientierte Verfassungsgerichtsbarkeit demokratisch unproblematisch sei, weil sie ja bloss der Verfassung Beachtung verschaffe. Denn wenn die politischen Implikationen der richterlichen Auslegung immer gewichtiger werden, dann hinterfragen nicht nur Originalisten, wie viel Spannung diese Legitimationskette aushält.

(2) Aus dieser binären Kritik folgt, dass die unklare Trennung der politischen und der richterlichen Perspektive sowohl von der Politik wie auch von den Gerichten klar eingestanden *und* honoriert werden muss. Die unscharfe Abgrenzung ist inhärent und nicht etwa nur die Folge einer unvollkommenen institutionellen Ausgestaltung. Die Gerichte können sich auch dann nicht konsequent von substanziiell politischen Fragen lösen, wenn sie, wie zunehmend gefordert, von Justizräten besetzt werden.

Stattdessen dominieren beim Blick auf die richterliche Tätigkeit und ihr Verhältnis zur Politik weiterhin zwei vollständig getrennte Perspektiven. Für die erste Sichtweise usurpieren präpotente Richter ohne demokratische Legitimation die Rolle des Gesetzgebers und möchten die Gesellschaft nach ihren ideologischen Präferenzen umgestalten. Die andere Perspektive nimmt einzig eine übergriffige Exekutive oder eine minderheitenfeindliche Mehrheitsdiktatur der Legislative wahr, möglicherweise potenziert durch die fetischisierte demokratische Legitimation von Volksentscheiden. Diese einseitige Sichtweise ist ein Phänomen, das in der Optik als Monovision oder Monokularsehen bezeichnet wird: Man sieht nur mit einem Auge, aber das Gehirn gaukelt einem trotzdem Räumlichkeit vor. Gefragt wäre aber für die Zukunft eine *stereoskopische* Betrachtungsweise – also die beidäugige gleichzeitige Betrachtung, die erst ein echte, quantifizierbare Tiefenwahrnehmung dieses komplexen Sachverhalts ermöglicht.<sup>144</sup>

Denn die Politik mag zwar über eine übergriffige Justiz klagen, ist aber oft ihrerseits nur zu froh, wenn sie dornige politische Fragen beim Gericht deponieren kann. Auch sind Politikerinnen und Politiker ja nicht *per se* gegen politische Ge-

142 Vorne, Anm. 4.

143 Vorne, Anm. 5. – Für eine detaillierte Analyse des amerikanischen *Originalism* siehe *Johannes Reich*, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (N.F.) 65/2017, S. 713 ff.

144 Vgl. dazu *Walter Rüssmann*, Untersuchung des Binokularsehens, in: Dorothea Besch et al. (Hrsg.), *Strabismus*, 5. Aufl., Stuttgart 2020, S. 232 ff., 242 ff.

richtsentscheide – sondern nur dann, wenn sie damit nicht einverstanden sind. Schliesslich scheuen sie sich nicht, *selbst* einen Streit vor Gericht zu tragen, wenn sie den politischen Kampf verloren haben. In der Schweiz etwa macht die in einem Abstimmungskampf unterlegene Seite immer häufiger vor Gericht umgehend eine Verletzung ihrer politischen Rechte geltend.<sup>145</sup>

Die geforderte Aufrichtigkeit gilt aber spiegelbildlich auch für die Richterschaft, die den politischen Aspekt der Rechtsprechung akzeptieren sollte, anstatt ihn mit sophistischen Unterscheidungen zu verschleiern oder rundweg zu bestreiten. Auch darf die Bedeutung einer zumindest *indirekten* demokratischen Legitimation der Gerichte nicht allzu sehr herabgemindert werden. Wenn als Folge der Judikalisierung Gerichte für das Gemeinwesen, für die Polis, immer grundlegendere Entscheidungen treffen, gilt ein anderer Legitimationsmassstab als etwa bei nachbarrechtlichen Streitigkeiten. Eine effektive und nachhaltige Gewaltentrennung setzt deshalb voraus, dass Politik und Rechtsprechung gleichzeitig im Auge behalten werden – oder dass zumindest der Blick immer wieder hin- und herwandert.

145 BGE 145 I 282 (Referendum ATSG-Revision/Observation von Versicherten); BGer, Urteil 1C\_308/2021 vom 24. August 2021 (Referendum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus); BGE 147 I 194 (Konzernverantwortungsinitiative); BGer, Urteil 1C\_684/2021 vom 15. März 2022 (Referendum Covid-19-Gesetz).

# Gewerberecht

## ZÜRICH

Taxigewerbe, Limousinendienste; abstrakte Normenkontrolle; Art. 27, 49, 82, 87, 92, 110 BV; Art. 56 SVG. *Aufteilung der Regelungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen im Bereich des Personentransports auf der Strasse (E. 4.1–4.3). Kantonale Kompetenz zur Regelung des Berufs der Limousinenchauffeure und zum Erlass von Vorschriften über den nicht berufsmässigen Personentransport bejaht (E. 4.4). Einführung der Pflicht zum Anbringen einer Plakette an Limousinen; Beurteilung unter dem Blickwinkel der Wirtschaftsfreiheit (E. 6). Öffentliches Interesse (E. 6.1). Einhaltung des Gebots der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten im Verhältnis zwischen Taxibetrieben und Limousinenhaltern im Hinblick auf die Ausstellung der Plakette für Limousinen (E. 6.2). Verbot der Vermittlung von Fahraufträgen mit Taxis und Limousinen, wenn die Fahrerinnen und Fahrer nicht zum berufsmässigen Transport zugelassen sind; Vereinbarkeit dieses Verbots mit der Wirtschaftsfreiheit, weil der Gesetzgeber eine zulässige Schematisierung zum Gesundheitsschutz der Fahrerinnen und Fahrer und der Sicherheit der Kundschaft vorgenommen hat (E. 7).*

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 25. März 2021, 2C\_230/2020.)

Der Zürcher Kantonsrat beschloss am 25. März 2019 das Gesetz über den Personentransport mit Taxis und Limousinen (PTLG/ZH). Nachdem gegen das Gesetz das Referendum ergriffen worden war, wurde es an der Volksabstimmung vom 9. Februar 2020 angenommen. Das Gesetz enthält unter anderem folgende Regelungen:

### *A. Geltungsbereich*

#### § 1

<sup>1</sup> Dieses Gesetz regelt den entgeltlichen Personentransport mit Taxis oder Limousinen.

(...)

### *C. Limousinen*

#### § 13 Begriff

Limousinen sind Personenwagen für den Personentransport gegen Bezahlung, die der Direktion gemeldet und mit einer Plakette gekennzeichnet sind.

#### § 14 Plakette

<sup>1</sup> Die Direktion regelt die Vorgaben an die Plakette. Diese wird für einen bestimmten Personenwagen ausgestellt und lautet auf die Halterin oder den Halter.

<sup>2</sup> Wer über eine Taxifahrzeuggewilligung verfügt, erhält die Plakette für das gleiche Fahrzeug auf Verlangen gebührenfrei.

## § 15 Meldepflicht

Wer Limousinendienste ausführt oder anbietet, meldet der Direktion

- a. die Personen, die diese Fahrten ausführen,
- b. die Limousinen, mit denen diese Fahrten ausgeführt werden, und deren Halterinnen oder Halter.

## *D. Gemeinsame Bestimmungen*

### § 16 Vermittlung von Fahraufträgen mit Taxis oder Limousinen

Die Vermittlung von Fahraufträgen mit Taxis oder Limousinen ist nur erlaubt, wenn die Fahrerinnen und Fahrer zum berufsmässigen Personentransport befugt sind.

(...)

### § 18 Fahrtenbuch

<sup>1</sup> Fahrerinnen und Fahrer, die vom Bundesrecht nicht zum Einbau eines Fahrtschreibers verpflichtet sind, führen ein Fahrtenbuch.

<sup>2</sup> Sie erfassen im Fahrtenbuch für jeden Personentransport:

- a. Datum,
- b. Anfangs- und Endzeit,
- c. Abfahrts- und Zielort,
- d. Fahrpreis.

<sup>3</sup> Gestützt auf das Fahrtenbuch müssen die Personentransporte über einen Zeitraum von einem Jahr überprüft werden können. Das Fahrtenbuch ist jederzeit aktuell zu halten und im Fahrzeug mitzuführen.

<sup>4</sup> Die Fahrerinnen und Fahrer legen das Fahrtenbuch den zuständigen Behörden auf Verlangen vor.

<sup>5</sup> Daten betreffend die Fahrgäste dürfen nicht bekannt gegeben werden.

(...)

## *E. Verwaltungsmassnahmen und Strafen*

(...)

### § 21 Limousinen

<sup>1</sup> Bei wiederholten Verstössen der Halterinnen und Halter gegen dieses Gesetz oder dessen Ausführungsbestimmungen kann die Plakette vorübergehend oder dauerhaft entzogen werden. In leichten Fällen kann eine Verwarnung ausgesprochen werden. Der Entzug kann unabhängig von einer Bestrafung angeordnet werden.

<sup>2</sup> Verstösse gegen dieses Gesetz oder dessen Ausführungsbestimmungen werden mit Ordnungsbussen geahndet.

## *F. Weitere Bestimmungen*

### § 22 Gebührenerhebung

<sup>1</sup> Die Vollzugsbehörde erhebt Gebühren für:

- a. die Ausstellung und Erneuerung des Taxisausweises gemäss § 3,
- b. die Erteilung der Taxifahrzeugbewilligung gemäss § 4,

- c. die Ausstellung der Plakette gemäss § 14,
- d. die Aufnahme in das Register gemäss § 24 Abs. 1 lit. c und d.

<sup>2</sup> Der Regierungsrat regelt die Höhe der Gebühren in einer Verordnung.

(...)

#### § 24 Register

<sup>1</sup> Die Direktion führt ein Register über:

(...)

- c. die gemeldeten Limousinen,
- d. die Personen und Unternehmen, die Taxi- oder Limousinendienste anbieten.

Eine Einzelperson erhebt gegen das PTLG/ZH *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* an das Bundesgericht. Sie beantragt die Aufhebung von § 1 Abs. 1, §§ 13–16, § 18, §§ 21 f. und § 24 Abs. 1 lit. c und d dieses Erlasses. Das Bundesgericht *weist* die Beschwerde *ab*. Aus den *Erwägungen*:

4. Die Regelungskompetenzen im Bereich des Personentransports auf der Strasse sind zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden aufgeteilt (vgl. zum Folgenden Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Februar 2019 zur Interpellation 18.4158 vom 10. Dezember 2018 «Neue Angebote auf dem Mobilitätsmarkt. Wer hat welche Regulierungskompetenz?», abrufbar auf <[www.parlament.ch](http://www.parlament.ch)> [zuletzt eingesehen am 25. März 2021]):

4.1 Aufgrund von Art. 87 BV (Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger) und Art. 92 BV (Personenbeförderung als Teil des Postregals) verfügt der Bund über umfassende Kompetenzen im Bereich der Personenbeförderung (vgl. BGE 143 I 109 E. 5.2; *Felix Uhlmann/Regula Hinderling*, Transportrecht, in: Georg Müller [Hrsg.], Verkehrsrecht, 2008, S. 67 ff., S. 83 N. 16). Nach Art. 4 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (PBG; SR 745.1) hat der Bund das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen und gewerbsmässigen Fahrten zu befördern, soweit dieses Recht nicht durch andere Erlasse oder völkerrechtliche Verträge eingeschränkt ist (Personenbeförderungsregal; vgl. dazu schon BGE 94 I 261 E. 2 S. 265). Er kann Unternehmen Personenbeförderungskonzessionen erteilen (vgl. dazu im Einzelnen Art. 6 PBG). Der Bundesrat kann vorsehen, dass Kantone für Beförderungsangebote von geringer Bedeutung Bewilligungen erteilen (Art. 7 Abs. 2 PBG). Vom Personenbeförderungsregal ausgenommen sind namentlich Fahrten mit Fahrzeugen, welche nach ihrer Bauart und Ausstattung nicht dazu bestimmt und geeignet sind, mehr als neun Personen, einschliesslich der Fahrerin oder des Fahrers, zu befördern (Art. 8 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 4. November 2009 über die Personenbeförderung [VPB; SR 745.11] und Art. 39 Abs. 1 lit. a VPB); Taxifahrten sind seit jeher vom Regal ausgenommen (vgl. *Uhlmann/Hinderling*, S. 84 N. 17).

Ebenfalls auf Bundesebene geregelt ist die Zulassung als Strassentransportunternehmen im Personenverkehr (Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Zulassung als Strassentransportunternehmen [STUG; SR 744.10]), wobei als solches Unternehmen nur ein Unternehmen gilt, welches eine der Öffentlichkeit oder bestimmten Benutzergruppen angebotene gewerbmässige Personenbeförderung mit Motorfahrzeugen ausführt, welche nach ihrem Bau und ihrer Ausrüstung geeignet und dazu bestimmt sind, ausser dem Lenker mehr als acht Personen zu befördern (vgl. Art. 2 lit. a STUG).

4.2 Der Bund hat sodann gestützt auf seine umfassenden Gesetzgebungskompetenzen im Strassenverkehr (Art. 82 Abs. 1 BV), auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) sowie im Rahmen des Personenbeförderungsregals (vgl. E. 4.1 hiervor) für die Chauffeurinnen und Chauffeure des berufsmässigen Personentransports und des konzessionierten öffentlichen Strassenverkehrs Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit erlassen. Mit Art. 56 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) hat der Bundesgesetzgeber dabei die Ordnung der Arbeits- und Präsenzzeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer an den Bundesrat delegiert. Als berufsmässig gelten in diesem Kontext Fahrten, die regelmässig bzw. in Zeitabständen von weniger als 16 Tagen mindestens zweimal von einem Führer oder mit einem Fahrzeug durchgeführt werden und mit denen ein wirtschaftlicher Erfolg erzielt werden soll bzw. bei welchen ein die Fahrzeugkosten und den Auslagenersatz des Fahrzeugführers übersteigender Fahrpreis zu entrichten ist (vgl. Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> der Verordnung vom 6. Mai 1981 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen [ARV 2; SR 822.222]). Personentransporte mit Mietfahrzeugen samt Chauffeur sind den berufsmässigen Personentransporten gleichgestellt (Art. 3 Abs. 1<sup>ter</sup> ARV 2).

Gestützt auf die Delegationsnormen von Art. 25 Abs. 2 lit. i und Art. 56 Abs. 1 SVG erliess der Bundesrat insbesondere eine Regelung, wonach im Rahmen des berufsmässigen Personentransports grundsätzlich Aufzeichnungen mit einem Fahrtenschreiber zu erstellen sind (vgl. dazu im Einzelnen Art. 3, Art. 14 lit. a und Art. 15 ARV 2).

Bundesrechtliche Vorschriften bestehen schliesslich für die Zulassung der betroffenen Fahrzeuge und der Chauffeurinnen und Chauffeure: So sieht die gestützt auf das Strassenverkehrsgesetz erlassene Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen im Strassenverkehr (VZV; SR 741.51) vor, dass grundsätzlich eine Bewilligung zum berufsmässigen Personentransport benötigt, wer mit Fahrzeugen der Kategorien B oder C, der Unterkategorien B1 oder C1 oder der Spezialkategorie F berufsmässig Personen transportieren will (vgl. Art. 25 Abs. 1 und 2 VZV). Die Bewilligung zum berufsmässigen Personentransport wird dem Inhaber eines Führerausweises der Kategorie B, der Unterkategorie B1 oder der Spezialkategorie F nach Art. 25 Abs. 3 VZV erteilt, wenn der Bewerber an einer Prüfung der Zusatztheorie nachweist, dass er die

Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen kennt (lit. a; mit einer Befreiung von der Pflicht zur Ablegung dieser Prüfung, wenn lediglich Fahrten nach Art. 4 Abs. 1 lit. a, b oder c ARV 2 durchgeführt werden sollen), und an einer zusätzlichen praktischen Führerprüfung den Nachweis erbringt, dass er fähig ist, Personen in einem Motorfahrzeug der entsprechenden Kategorie, Unterkategorie oder Spezialkategorie auch in schwierigen Verkehrssituationen ohne Gefährdung zu transportieren (lit. b). Dem Inhaber eines Führerausweises der Kategorie D oder der Unterkategorie D1 wird die Bewilligung zum berufsmässigen Personentransport ohne weitere Prüfung erteilt (Art. 25 Abs. 4 VZV). Die Bewilligung ist nur zusammen mit dem Führerausweis gültig (Art. 25 Abs. 5 VZV).

Die erwähnten bundesrechtlichen Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit und Zulassung der betroffenen Fahrzeuge und der Chauffeurinnen und Chauffeurs gelten auch für Taxifahrerinnen und Taxifahrer sowie für «riding on demand» kommerzieller Art, nicht aber für berufsmässige Personentransporte mit Motorrädern (so der Bundesrat in seiner hiervor erwähnten Stellungnahme).

4.3 Die Kantone und Gemeinden verfügen über die Befugnis, gewerbepolizeiliche Vorschriften für das Taxigewerbe und andere Formen von gewerbsmässigem «riding on demand» zu erlassen (gewerbliche Zulassung zum Taxidienst, Prüfung der Orts- und Sprachkenntnisse, Festlegen von Höchsttarifen, Pflicht zum Erfassen von Fahrpreisen mit Taxametern usw.; vgl. BGE 121 I 129 E. 3a; Urteil 2C\_492/2013 vom 25. November 2013 E. 1.3.3 [jeweils zu Taxihaltern]).

Ebenfalls Sache der Kantone und Gemeinden ist es, im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs die gewerbliche Benutzung von Strassen und Plätzen zu regeln. Dabei haben sie aber namentlich das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) zu beachten, insbesondere den Grundsatz des nichtdiskriminierenden Marktzugangs (Art. 2 BGBM; vgl. dazu BGE 143 II 598 E. 4).

Anders als beim berufsmässigen Personentransport (einschliesslich des Personentransports mit Mietfahrzeugen samt Chauffeur [vgl. Art. 3 Abs. 1<sup>ter</sup> ARV 2]) sieht das Bundesrecht für den nicht berufsmässigen Personentransport (z.B. «sharing on demand» oder «riding on demand» auf privater Basis) keine besonderen Regeln vor. In diesem Bereich dürfen die Kantone und Gemeinden bundesrechtlich gesehen legiferieren, sofern es sich nicht um strassenverkehrsrechtlich begründete Normen handelt, die in den Bereich fallen, in welchem der Bund mit dem Erlass des Strassenverkehrsgesetzes seine umfassende, konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Art. 82 Abs. 1 BV (ohne Delegation der Regelungsbefugnis an die Kantone und Gemeinden [vgl. zu einer solchen Delegation Art. 3 SVG sowie Urteil 1C\_39/2019 vom 22. Mai 2020 E. 6.1, in: ZBl 122/2021, S. 114]) ausgeschöpft hat. Den Kantonen und Gemeinden ist es mangels bundesrechtlicher Vorschriften zum nicht berufsmässigen Personentransport insbesondere erlaubt, (gewerbsmässige) Nutzungsangebote von Fahrzeugen für private Fahrten

zu regeln, wie z.B. die Sharing-Angebote für Fahrräder, E-Bikes, E-Scooter usw. (so auch der Bundesrat in seiner hiervor erwähnten Stellungnahme).

4.4 Allein der Umstand, dass der Bund die Kompetenz hat, den Strassenverkehr zu regeln (Art. 82 Abs. 1 BV), und er von dieser Kompetenz im Interesse der Sicherheit Gebrauch gemacht hat, hindert die Kantone nicht daran, im öffentlichen Interesse der Sicherheit Regeln aufzustellen, welche andere Bereiche – wie etwa den Beruf von Limousinenchauffeuren – betreffen (Urteil 2C\_284/2019 vom 16. September 2019 E. 5.2.2). Denn wie erwähnt, handelt es sich bei der Kompetenz von Art. 82 Abs. 1 BV um eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz im Verhältnis zu den Kantonen. Bereiche oder Teilbereiche, die bundesrechtlich nicht geregelt sind, fallen dementsprechend weiterhin in die kantonale Kompetenz. Weder der Taxiservice (insbesondere die Taxibewilligungen), noch die Limousinendienste sind abschliessend durch den Bund geregelt (vgl. Urteil 2C\_284/2019 vom 16. September 2019 E. 5.2.2). Daran kann insbesondere auch der Umstand nichts ändern, dass der Bund gewisse Vorschriften zum berufsmässigen Personentransport erlassen hat. Denn anders als der Beschwerdeführer und eine Minderheit des Kantonsrates des Kantons Zürich (vgl. S. 9 der Abstimmungszeitung zum PTLG/ZH [zu § 18 PTLG/ZH]) annehmen, bestehen keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass der Bundesgesetz- bzw. -verordnungsgeber im Sinne eines qualifizierten Schweigens und damit in einer einen verbleibenden Regelungsspielraum der Kantone (und Gemeinden) ausschliessenden Weise auf den Erlass von Vorschriften zum nicht berufsmässigen Personentransport verzichtet hätte.

4.5 Nach dem Gesagten sind die Vorschriften von §§ 13–16 und § 18 PTLG/ZH, welche bloss gewerbepolizeiliche Vorschriften zum Bereich des entgeltlichen Limousinenservices (vgl. § 1 Abs. 1 PTLG/ZH) bilden, nicht wegen fehlender Regelungskompetenz des Kantons Zürich bundesrechtswidrig.

5. Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV.

Nach Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Selbständigen Taxiunternehmern erkennt das Bundesgericht das Recht zu, sich auch dann auf die Wirtschaftsfreiheit zu berufen, wenn mit der Ausübung ihres Berufs ein gesteigerter Gemeingebrauch des öffentlichen Bodens verbunden ist (vgl. BGE 143 II 598 E. 5 S. 612 ff.; Urteile 2C\_712/2017 vom 25. Juni 2018 E. 4.1; 2C\_829/2015 vom 15. Januar 2016 E. 4.3, in: ZBl 117/2016, S. 493; 2C\_564/2009 vom 26. Februar 2010 E. 6.1 mit Hinweisen).

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen zulässig. Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, wobei

schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen (Abs. 1). Eingriffe in Grundrechte müssen weiter durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Abs. 2) und dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen (Abs. 3). Zudem dürfen sie den Kern der Grundrechte nicht antasten (Abs. 4).

6. Im Zusammenhang mit seiner Rüge, es liege eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit vor, macht der Beschwerdeführer namentlich geltend, mit §§ 13–15 PTLG/ZH werde im Ergebnis das Anbieten eines Limousinenservices bewilligungspflichtig. Dies sei, namentlich weil die Ausstellung der Limousinenplakette nach der gesetzlichen Regelung bei Fahrern, welche nicht über eine Taxifahrzeugbewilligung verfügen, nicht voraussetzungslos sei, ein schwerwiegender Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Die Pflicht zum Anbringen einer Plakette verunmögliche zudem das Geschäftsmodell von privaten Limousinendiensten, weil deren Fahrgäste auf Diskretion achten würden. Es fehle an einem öffentlichen Interesse, welches den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit rechtfertige.

6.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die Statuierung einer Bewilligungspflicht für die Ausübung eines Berufes einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar und bedarf zumindest hinsichtlich ihrer Grundzüge stets einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn (BGE 122 I 130 E. 3b/bb mit Hinweisen), also einer vom regulären Gesetzgeber (Legislative, gegebenenfalls unter Beizug des Souveräns) erlassenen Norm.

Als formellgesetzliche, hinreichend bestimmte Regelung bilden die §§ 13–15 PTLG/ZH eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit. Dies gilt selbst dann, wenn mit diesen Vorschriften – wie der Beschwerdeführer annimmt – eine Bewilligungspflicht für Limousinendienste statuiert worden sein sollte.

Die Vorschriften von §§ 13–15 PTLG/ZH liegen entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers im öffentlichen Interesse: In der Abstimmungszeitung wird zur Rechtfertigung der hier in Frage stehenden Regelung in vertretbarer Weise ausgeführt, durch die Kennzeichnung der Limousinen mit einer Plakette solle der nicht berufsmässige Personentransport bei einer Strassenkontrolle durch die Polizei gleichermassen kontrolliert werden können wie der berufsmässige Personentransport (S. 6 der Abstimmungszeitung). Damit dient die Regelung letztlich dem im öffentlichen Interesse liegenden Schutz der Kunden vor Missbrauch und der Sicherheit beim Personentransport. Daran nichts ändern kann der Umstand, dass die zuständige Regierungsrätin anlässlich der parlamentarischen Debatte die Auffassung vertrat, es bestehe kein öffentliches Interesse an der Plakettierungspflicht (vgl. Protokoll des Zürcher Kantonsrates, Sitzung vom 3. Dezember 2018, S. 11912 ff., S. 11927).

Es ist im Übrigen nicht hinreichend substantiiert, dass alleine das Vorhandensein einer Plakette auf den Limousinen wegen des Diskretionsbedürfnisses der

Kundschaft private Limousinendienste verunmöglichen oder rechtswesentlich erschweren würde (ebenso wenig ist die in der Beschwerde aufgestellte Behauptung substantiiert, dass die Plakettenpflicht zu einer «permanenten Beobachtung» an öffentlichen Orten führe. Entgegen der Beschwerde kann schon deshalb von einem Eingriff in das nach Art. 13 Abs. 1 BV geschützte Recht auf Achtung des Privatlebens keine Rede sein). In diesem Zusammenhang erscheint als entscheidend, dass die äussere Erkennbarkeit eines Fahrzeuges als Limousine eines Limousinendienstes per se keine Rückschlüsse auf die Identität der Fahrgäste zulässt.

6.2 Fraglich ist indes, ob – wie der Beschwerdeführer sinngemäss vorbringt – mit §§ 13–15 PTLG/ZH Limousinendienstbetreiber ohne Taxifahrzeugbewilligung gegenüber solchen mit Taxifahrzeugbewilligung in einer gegen die Wirtschaftsfreiheit verstossenden Weise benachteiligt werden.

Weitergehend als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV garantiert die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV einen Anspruch auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten (vgl. BGE 143 II 598 E. 5.1 S. 612 f.; 125 II 129 E. 10b S. 149). Dieser Anspruch verlangt nicht nach einer absoluten Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer. Unterscheidungen sind indes nur zulässig, sofern sie auf objektiven Kriterien beruhen und wettbewerbsneutral ausgestaltet sind, das heisst nicht zum Zweck haben, einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (vgl. BGE 143 II 598 E. 5.1 S. 612; 136 I 1 E. 5.5.2 S. 16; 125 I 431 E. 4b/aa S. 435 f.).

Wie erwähnt, sieht § 14 Abs. 2 PTLG/ZH vor, dass die Plakette auf Verlangen gebührenfrei erteilt wird, wenn der Halter bereits über eine Taxifahrzeugbewilligung für das gleiche Fahrzeug verfügt. Diese Regelung scheint zwar prima vista Limousinhalter ohne Taxifahrzeugbewilligung zu benachteiligen, indem diese nicht von einer gesetzlich vorgesehenen Gebührenfreiheit profitieren können. Die Regelung beruht aber insofern auf objektiven Kriterien, als sie an das Vorliegen einer Taxifahrzeugbewilligung anknüpft und die gesetzliche Ordnung für Taxifahrzeugbewilligungen (auch mit Blick auf den mit Taxis verbundenen gesteigerten Gemeingebrauch [namentlich von Taxistandplätzen]) strenger ist als diejenigen für den Limousinendienst (vgl. §§ 3 ff. PTLG/ZH, insbesondere § 4 PTLG/ZH). Es ist zudem nicht ersichtlich, dass die Regelung den Zweck hätte, Taxibetreiber zu bevorzugen. Denn es verhält sich – jedenfalls, soweit die Gebühr für die Ausstellung einer Plakette nicht höher ist als diejenige für die Erteilung der Taxifahrzeugbewilligung – nicht so, dass nach § 14 Abs. 2 PTLG/ZH ein Inhaber einer Taxifahrzeugbewilligung für die Plakette für eine bestimmte Limousine im Ergebnis weniger Gebühren zu entrichten hätte als ein solcher ohne eine entsprechende Bewilligung.

Eine rechtswesentliche Benachteiligung ergibt sich sodann auch nicht bei Mitberücksichtigung von § 14 Abs. 1 PTLG/ZH, wonach die Direktion die «Vorgaben an die Plakette» ordnet. Mit dieser Norm wird nämlich keine Kompetenz zur Auf-

stellung von (allfälligen) zusätzlichen Voraussetzungen für die Ausstellung einer Plakette an die Direktion delegiert; vielmehr beschränkt sich der Gegenstand dieser Norm auf die äusseren Kennzeichen der Plakette (und allenfalls die Modalitäten der Plakettierungspflicht). Anders als nach der Beschwerde lässt sich aus dieser Bestimmung und § 14 Abs. 2 PTLG/ZH deshalb nicht ableiten, dass einzig Inhaber einer Taxifahrzeugbewilligung, nicht aber Personen ohne eine solche Bewilligung voraussetzungslos eine Plakette erhalten.

7. Nach Auffassung des Beschwerdeführers verletzt auch das in § 16 PTLG/ZH verankerte generelle Verbot der Vermittlung von Fahraufträgen mit Taxis oder Limousinen mit Fahrerinnen und Fahrern, die nicht zum berufsmässigen Personentransport befugt sind, die Wirtschaftsfreiheit.

7.1 Das in § 16 PTLG/ZH statuierte Vermittlungsverbot tangiert jedenfalls die Wirtschaftsfreiheit von Gelegenheitsfahrerinnen und Gelegenheitsfahrern von Limousinen, welche mit ihren Fahrten einen wirtschaftlichen Erfolg anstreben, die aber nicht mehr vermittelt werden dürfen. Ebenso durch das Verbot berührt wird die Wirtschaftsfreiheit von potentiellen Vermittlern entsprechender Fahraufträge. Folglich muss das Verbot gemäss Art. 36 Abs. 2 und 3 BV durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit des Verbots setzt dabei voraus, dass es geeignet ist, den damit verfolgten Zweck zu erreichen. Überdies muss das Verbot erforderlich sein. An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn mildere Massnahmen zur Erreichung des angestrebten Zwecks genügen. Schliesslich muss die Massnahme dem Betroffenen zumutbar sein (vgl. BGE 142 I 135 E. 4.1 S. 151; 141 I 141 E. 6.5.3 S. 151; je mit Hinweisen).

7.2 In der Abstimmungszeitung wurde erklärt, mit § 16 PTLG/ZH sollen «Limousinendienste, die keinen berufsmässigen Personentransport darstellen, wie insbesondere das inzwischen schweizweit eingestellte Angebot Uberpop, verboten werden» (S. 6 der Abstimmungszeitung). In diesem Zusammenhang aufschlussreich sind folgende Ausführungen eines Mitglieds des Kantonsrats anlässlich der parlamentarischen Debatte, auch wenn sie sich nach ihrem Wortlaut nur auf die Vermittlung von Taxiaufträgen beziehen (Protokoll des Zürcher Kantonsrats vom 19. November 2018, S. 11675 ff., S. 11700; Votum von Kantonsrat Benedikt Gschwind):

«Wer professionell Fahrten vermittelt, soll dies nur noch mit Chauffeuren mit Taxiausweis machen können. Dies ist Konsequenz aus der leidigen Erfahrung mit «Uber Pop», wo Amateure in ihrer Freizeit noch ein paar Fahrten durchführten und es keine Handhabe zur Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften gab. Es kann ja nicht sein, dass jemand den Tag durch einem Beruf nachgeht und sein Salär in der Nacht mit Taxifahrten aufbessert, ohne dass die Höchstarbeitszeit kontrolliert wird. Dies ist weder im Interesse der Gesundheit der Fahrer noch der Sicherheit der Kundschaft.

Dass hier ein Missbrauchspotenzial besteht, belegen die Polizeistatistiken über die Verzeigungen bei «Uber Pop».

Die erwähnten Verzeigungen wurden – wie aus anderen Ausführungen aus der parlamentarischen Debatte ersichtlich ist – erforderlich, weil «Uber Pop»-Fahrerinnen und -Fahrer berufsmässig Personentransporte ausführten, ohne dass sie die rechtlichen Voraussetzungen für solche Transporte erfüllt hätten. Mit Blick auf diese Verzeigungen und weil es denkbar ist, dass auch andere Fahrvermittlungsdienste vergleichbare Geschäftsmodelle wie «Uber Pop» anbieten werden, wurde das in § 16 PTLG/ZH statuierte Verbot mit dem Ziel der Bekämpfung des Missbrauchs und der Schwarzarbeit geschaffen (vgl. zum Ganzen Protokoll des Zürcher Kantonsrats vom 3. Dezember 2018, S. 11863 ff., S. 11929 f.; Votum von Kantonsrat Stefan Schmid).

7.3. Wie die vorstehenden Ausführungen deutlich machen, geht der Gesetzgeber davon aus, dass durch das Verbot der Vermittlung von Fahraufträgen mit Limousinen an Fahrerinnen oder Fahrer, welche nicht zum berufsmässigen Personentransport befugt sind, eine bessere Einhaltung der für den berufsmässigen Personentransport geltenden Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten erreicht wird und dies letztlich nicht nur zum Gesundheitsschutz der Fahrer, sondern auch zur Sicherheit der Kunden beiträgt (vgl. E. 7.2 hiervor). Einen entsprechenden Effekt kann die hier interessierende Regelung in der Tat herbeiführen. Denn aufgrund von § 16 PTLG/ZH müssen Vermittler von Fahraufträgen mit Limousinen prüfen, ob die von ihnen vermittelten Fahrerinnen oder Fahrer zum berufsmässigen Personentransport befugt sind. Es lässt sich damit nicht ernstlich in Abrede stellen, dass die hier in Frage stehende Regelung dem Schutz der Gesundheit der Fahrer sowie der Sicherheit der Kundschaft dient. Damit liegt die hier interessierende Regelung im öffentlichen Interesse und ist auch die Eignung der Regelung, den angestrebten Regelungszweck zu erreichen, zu bejahen.

Zwar trifft das Vermittlungsverbot mit Blick auf das Gesagte womöglich auch gegen Entgelt tätige (Gelegenheits-)Fahrer, welche nicht mehr als eine Fahrt innert 16 Tagen verrichten und damit nicht zum berufsmässigen Personentransport befugt sind (vgl. vorne E. 4.2), und könnte sich die Frage stellen, ob das Verbot insoweit verhältnismässig ist, da dieser Personenkreis nicht den für den berufsmässigen Personentransport geltenden bundesrechtlichen Arbeits-, Lenk- und Ruhezeitregelungen untersteht. Es kann aber als allgemeinnotorisch gelten, dass die Vermittlung entsprechender (Gelegenheits-)Fahrten im Vergleich zur Vermittlung von Fahrten des berufsmässigen Personentransports einen nicht häufig auftretenden Ausnahmefall bildet. Bei dieser Sachlage war es dem Gesetzgeber im Rahmen des Erlasses von § 16 PTLG/ZH unbenommen, eine gewisse Schematisierung und Pauschalisierung vorzunehmen und damit auch die den Ausnahmefall bildenden Fahrten des nicht berufsmässigen Personentransports dem Vermittlungsverbot zu unterstellen. Denn eine gesetzliche Regelung, nach welcher ein sich vom Normal-

fall unterscheidender, seltener Ausnahmefall der für den Normalfall geltenden Ordnung unterstellt wird, muss möglich bleiben (vgl. zur Schematisierung und Pauschalisierung des Gesetzes [freilich des Abgaberechts] BGE 128 I 240 E. 2.3 S. 243; 125 I 65 E. 3c S. 68).

7.4 Der Beschwerdeführer macht nach dem Gesagten ohne Erfolg geltend, die Regelung in § 16 PTLG/ZH, wonach die Vermittlung von Fahraufträgen mit Limousinen generell verboten ist, wenn die Fahrerinnen und Fahrer nicht zum berufsmässigen Personentransport befugt sind, verstosse gegen die Wirtschaftsfreiheit. [...]

## Kommentar von *Johannes Reich*

1.1. Die strassengebundene und entgeltliche Personenbeförderung mit Personenwagen, mit der von Fahrgästen erteilte Transportaufträge ohne Bindung an einen Fahrplan oder ein Streckennetz ausgeführt werden, ist ein *Vertrauensgut* (vgl. *Uwe Dulleck/Rudolf Kerschbamer*, On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods, *Journal of Economic Literature* 2006, S. 5–42, 6). Für den Fahrgast ist Vertrauen unabdingbar, weil es ihm bis zum Erreichen des Reiseziels oft an ausreichenden Informationen fehlt, um die Qualität der in Anspruch genommenen Dienstleistung zuverlässig zu beurteilen. Mit Taxifahrten verhält es sich daher nicht anders als mit Angeboten von Versicherungen. Ob diese die bezahlten Prämien wert waren, weiss man erst im Schadensfall (vgl. *Johannes Reich*, Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung, *AJP* 2013, S. 1399–1412, 1407). Vor dem Antritt einer Fahrt lassen sich Fahrstil und Komfort kaum prognostizieren. Auch ist die Fahrtdauer nicht allein von der Distanz, sondern auch von der Routenwahl, dem Verkehrsaufkommen und eventuellen Verkehrshindernissen (Baustellen, Verkehrsunfälle etc.) abhängig. Die Zahlungsbereitschaft rationaler Konsumenten orientiert sich daher an derjenigen Qualität, die im relevanten Markt durchschnittlich zu erwarten ist. Ein *hoher Qualitätsstandard* (zuvorkommendes Verhalten, vielfältige Sprachkenntnisse etc.) macht sich für Anbieter (Chauffeurinnen und Chauffeure) daher meist *nicht bezahlt* (vgl. stilbildend zu solchen Konstellationen *George A. Akerlof*, The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics* 1970, S. 489–492). Umgekehrt sind Fahrten zu nahen Reisezielen für Chauffeure betriebswirtschaftlich dann verlustreich, wenn sie ihre Fahrzeuge anschliessend wieder in eine Warteschlange einreihen müssen. Transportaufträge zu wenig belebten Reisezielen gehen für Chauffeure zudem mit dem Risiko von Leer- oder Suchfahrten auf dem Rückweg einher (vgl. *Johannes Reich*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rahmenbedingungen der Regulierung des Taxigewerbes, *Jusletter* vom 18. Juli 2011, Rz. 2, 9–11, abrufbar unter <<https://doi.org/10.5167/uzh-65331>> [zuletzt besucht am 8. März 2023]).

1.2. Charakteristisch sind diese *Informationsdefizite* (vgl. Ziff. 1.1) für den Markt für fahrende Taxis, die von Kunden zur Erteilung eines Beförderungsauftrags an den Strassenrand gerufen werden oder auf einem Standplatz aufgereiht auf Kundenschaft warten. Wird ein Beförderungsauftrag dagegen über ein Anwenderprogramm («App») eines Mobiltelefons, das Internet oder via Telefon erteilt, reduzieren sich die Informationsdefizite der (potenziellen) Parteien des Auftragsverhältnisses signifikant (vgl. *Reich*, Regulierung des Taxigewerbes, Rz. 7). Der Kunde kann sich verbindlich über den Preis für die gewünschte Fahrt informieren, während es dem Anbieter möglich ist, die offerierten Preise abhängig von Angebot (verfügbare Fahrzeuge) und Nachfrage (Tageszeit, Wetter etc.) anzupassen. Auf Anwenderprogrammen und Buchungsseiten im Internet hinterlassene, mit einer gewissen Sorgfalt erstellte Kundenrezensionen und Bewertungen ermöglichen es potenziellen Kunden zudem, die Qualität der angebotenen Dienstleistung zuverlässiger einzuschätzen. Für Anbieter kann sich dadurch ein hoher Qualitätsstandard bezahlt machen (vgl. Ziff. 1.1).

1.3. Klagen, wonach im klassischen, auf Zuruf oder von Standplätzen aus operierenden «Taxigewerbe [...] ein Qualitätsverlust (unter anderem mangelnde Sprach- und Ortskenntnisse, Sauberkeit von Fahrzeugen, fehlende Kindersitze, Verweigerung von Kurzfahrten) [...] zu beobachten» sei, wie sie die im Kantonsrat des Kantons Zürich (Legislative) eingereichte Motion «Kantonale Regulierung für liberalisierten Taximarkt» (KR-Nr. 113/2013, abrufbar unter <[www.kantonsrat.zh.ch](http://www.kantonsrat.zh.ch)> [zuletzt besucht am 8. März 2023]) vorgebracht hatte, sind angesichts der auf theoretischer Grundlage analysierten Ungewissheiten (vgl. Ziff. 1.1–2) erwartbar. Gleiches gilt umgekehrt für das *dichte Netz kommunaler Vorschriften*. Sie sind der Versuch, das *prognostizierte Marktversagen mittels Verwaltungsrecht zu korrigieren*. «Chauffeurinnen und Chauffeure» unterstehen demnach nicht nur einer Beförderungspflicht, sondern werden auch dazu verpflichtet, «das Fahrziel auf dem kürzesten Weg anzufahren», es sei denn, ein «mit Einwilligung des Fahrgasts» gewählter Umweg verspreche Zeitersparnis (Art. 19 der Taxiverordnung Stadt Zürich vom 8. Juli 2009 [AS 935.460]). Auch die verwaltungsrechtlichen Pflichten, wonach sich Taxifahrer mindestens «höflich und anständig» (Art. 15 Abs. 1 Taxiverordnung Stadt Zürich), wenn nicht gar «zuvorkommend» (Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über das Taxiwesen Stadt Winterthur vom 11. Januar 1989 [SRS 9.2.-1]) zu benehmen haben, ihren Beruf «sauber» und in «ordentlichen Kleidern» (Art. 76 Abs. 1 Satz 1 der Polizeiverordnung Stadt Kloten vom 8. Juni 2004 [GS 520.111]) zu verrichten und darauf zu verzichten haben, «Tiere mitzuführen, die nicht dem Fahrgast gehören» (Art. 25 Abs. 2 Bst. b der Taxiverordnung Stadt Dietikon vom 7. April 1994 [RS 900.2]), erscheinen angesichts fehlender ökonomischer Anreize für hohe Dienstleistungsqualität (vgl. Ziff. 1.1) einsichtig. Offen bleibt freilich, ob sich Zuverlässigkeit und Anständigkeit mit der Androhung von Verwaltungszwang mit Aussicht auf praktischen Erfolg einfordern lassen, auch wenn sie sich nach den Regeln des Marktes nicht bezahlt machen.

2. Im Kern befasste sich der in Fünferbesetzung (Art. 20 Abs. 3 BGG), im Verfahren der *abstrakten Normenkontrolle* (vgl. Art. 82 Bst. d BGG) ergangene Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts mit der Frage, ob der Kanton Zürich in dem durch die erwähnte Motion KR-Nr. 113/2013 (vgl. Ziff. 1.3) initiierten *Gesetz über den Personentransport mit Taxis und Limousinen vom 25. März 2019 (PTLG/ZH)* nicht nur Vorschriften für Taxis, sondern auch für sog. «Limousinen» (Ziff. 4.2) erlassen durfte. Der Beschwerdeführer brachte vor, dass sich der Kantonsrat dadurch in Widerspruch mit dem Vorrang des Bundesrechts gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht (Art. 49 Abs. 1 BV; vgl. E. 4), dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; vgl. E. 5–7), dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV; vgl. E. 8) sowie dem abgaberechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 127 Abs. 1, Art. 164 Abs. 2 Bst. d BV; vgl. E. 9) gesetzt habe. Mit dem PTLG/ZH sollten die vielfältigen kommunalen Vorschriften (vgl. Ziff. 1.3) durch *einheitliche kantonale Bestimmungen* abgelöst werden. Gegenüber der Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 (KV/ZH; LS 101/SR 131.211) und kantonalen Gesetzen im formellen Sinn schliesst das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG/ZH; LS 175.2) die abstrakte Normenkontrolle in Konkretisierung von Art. 79 Abs. 2 KV/ZH aus (§ 19 Abs. 1 Bst. d und § 41 Abs. 1 VRG/ZH). Das Bundesgericht beurteilte die Beschwerde daher als *einzigste Instanz* (vgl. Art. 87 Abs. 1 BGG).

3. Die *Kontroverse um den sachlichen Anwendungsbereich* kantonalen Vorschriften zur strassengebundenen und entgeltlichen Personenbeförderung mit Personewagen zog sich wie ein *roter Faden* durch das gesamte Rechtsetzungsverfahren. Während der Regierungsrat (Exekutive) dem Kantonsrat im Einklang mit der Motion KR-Nr. 113/2013 (vgl. Ziff. 1.3) beantragt hatte, lediglich ein «Taxigesetz» zu beschliessen, drängte die vorberatende Kommission des Kantonsrates mit Erfolg darauf, auch die entgeltliche Beförderung von Personen mit «Limousinen» (vgl. Ziff. 4.2) und die *Vermittlung von Fahraufträgen* durch Taxis und «Limousinen» kantonalen Regelungen zu unterwerfen (vgl. Protokoll des Zürcher Kantonsrates [Prot. KR ZH], Vorlage 5256a, 19. November 2018, S. 11694, abrufbar unter <www.kantonsrat.zh.ch> [zuletzt besucht am 8. März 2023]). Damit sollten identische Wettbewerbsbedingungen für alle Anbieter geschaffen werden, weil jeweils die gleiche Dienstleistung – «ein Transport von A nach B auf Bestellung gegen Entgelt» (Prot. KR ZH, 19. November 2018, S. 11696) – erbracht werde. Das Argument wurde im Plenum durchwegs in die etwas martialische Metapher der *«gleich langen Spiesse»* für sämtliche Anbieter gekleidet. Gleich fünfzehnmal taucht die Wendung in den kantonsrätlichen Protokollen auf (Prot. KR ZH, 19. November 2018, S. 11696, 11699, 11711–11714, 11717; 10. Dezember 2018, S. 11947, 11949). Die Argumentation der gleichen Wettbewerbsbedingungen (engl.: *level playing field*) auf dem Markt für Personenbeförderung unterschlägt jedoch, dass für eventuelle Informationsdefizite bei Anbietern oder Nachfrager nicht die Dienstleistung (Personenbeförderung), sondern der *Modus des Zustandekommens des Beförderungsauftrags*

(Taxistand, Buchung über App etc.) ursächlich ist (vgl. Ziff. 1.2.). Auch die Abstimmungszeitung zur Referendumsabstimmung über da PTLG/ZH vom 9. Februar 2020 thematisierte den strittigen sachlichen Geltungsbereich einlässlich (vgl. Abstimmungszeitung des Kantons Zürich für die kantonale Volksabstimmung vom 9. Februar 2020, S. 8–10, abrufbar unter <[www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2019/1150/Abstimmungszeitung\\_2020-02-09.pdf](http://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2019/1150/Abstimmungszeitung_2020-02-09.pdf)> [zuletzt besucht am 8. März 2023]). Mit der am 10. März 2020 beim Bundesgericht erhobenen Beschwerde, die sich nur gegen Bestimmungen des PTLG/ZH richtete, die sich auf «Limousinen» beziehen, fand diese politische Kontroverse ihre gerichtliche Fortsetzung.

4.1. Wie die bundesgerichtlichen Darlegungen zu den Zuständigkeiten von Bund und Kantonen unterstreichen, verblieb der Legislative des Kantons Zürich für die Verwirklichung der angestrebten Herstellung identischer Wettbewerbsbedingungen (vgl. Ziff. 3) *wenig Gestaltungsraum*: Zentrale Aspekte der Regulierung des berufsmässigen Personentransportes wie die Zulassung von Chauffeurinnen und Chauffeuren (Führerausweis) sowie die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeit sind bundesrechtlich vorgegeben (vgl. E. 4.2). Personentransporte gelten als «*berufsmässig*», wenn sie von einem Lenker («Führer»; frz.: «conducteur»; ital.: «conducente») mit einer gewissen Regelmässigkeit durchgeführt werden. Der relevante Schwellenwert liegt bei zwei Fahrten binnen «Zeitabständen von weniger als 16 Tagen» (Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> Satz 1 der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenzugmaschinen vom 6. Mai 1981 [ARV 2; SR 822.222]; vgl. E. 4.2). In diesem bundesrechtlichen Rahmen unterscheidet das PTLG/ZH zwecks *Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen* (vgl. Ziff. 3) zwischen «Limousinen» (§ 13 PTLG/ZH; vgl. Ziff. 4.2) und «Taxis» (§ 2 PTLG/ZH; vgl. Ziff. 4.3) und unterwirft beide zusätzlich gemeinsamen Bestimmungen (vgl. Ziff. 4.4).

4.2. «*Limousine*» ist im Kontext des PTLG/ZH ein *Rechtsbegriff*. Während «*Limousine*» im gewöhnlichen Sprachgebrauch – abgeleitet von der Bezeichnung für einen vor allem von Fuhrleuten in der ehemaligen französischen Region Limousin getragenen schützenden Mantel – für einen «Personenwagen mit festem Verdeck» steht (*Duden*, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, 4. Aufl., Berlin 2012, Stichwort «*Limousine*»), ist eine «*Limousine*» gemäss dem PTLG/ZH ein «Personenwagen», der – kumulativ – 1) Personentransporten gegen Bezahlung dient, 2) der zuständigen Direktion der Kantonalen Verwaltung gemeldet wurde und 3) mit einem entsprechenden Abzeichen («*Plakette*») versehen worden ist (vgl. § 13 PTLG/ZH). Die «*Plakette*» ist der Nachweis, dass jene Person, die «*Limousinendienste* [...] ausführt oder anbietet», ihrer Meldepflicht (§ 15 PTLG/ZH) nachgekommen ist.

4.3. Im Unterschied zu «Limousinen» dürfen *Taxis*, abhängig vom kommunalen Recht, Standplätze (vgl. § 5 PTLG/ZH) sowie Tram- und Busspuren nutzen (vgl. §§ 5 u. 25 PTLG/ZH). Diese Vorrechte müssen sich Taxifahrer aber teuer erkaufen. Sie benötigen nicht nur eine Bewilligung («Taxiausweis»), deren Erteilung an fortgeschrittene Kenntnisse der deutschen Sprache und fehlende Einträge im Strafregister geknüpft ist (§ 3 Bst. a und d PTLG/ZH), sondern unterstehen auch einer Transportpflicht (§ 9 PTLG/ZH; vgl. Ziff. 1.3), haben den Preis für ihre Dienstleistungen aufgrund der Aufzeichnung eines obligatorisch einzubauenden Taxameters (vgl. § 6 PTLG/ZH) nach den im Fahrzeug selbst «gut sicht- und lesbar» angebrachten Tarifen zu bestimmen (Tarifpflicht; vgl. § 8 Abs. 1 und § 11 PTLG/ZH) und müssen ihr Fahrzeug mit einer Taxilampe kennzeichnen (vgl. § 2 und § 7 PTLG/ZH). Ein einträgliches Geschäftsmodell scheint mit solchen Privilegien zumindest in der Stadt Zürich nicht mehr verbunden zu sein. 2022 waren noch 981 Taxifahrer registriert – ein Rückgang um knapp 30% binnen 10 Jahren (*Patrick McEvily*, Stirbt die Taxibranche gerade einen leisen Tod?, SRF News, 4. Januar 2023, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/schweiz/taxi-bitte-stirbt-die-taxibranche-gerade-einen-leisen-tod>> [zuletzt besucht am 8. März 2023]).

4.4. Kern der für Taxis und Limousinen geltenden *gemeinsamen Bestimmungen* (§§ 16–18 PTLG/ZH), die für «gleich lange Spiesse» (vgl. Ziff. 3) sorgen sollen, bildet der vom Bundesgericht als «Vermittlungsverbot» (E. 7.1 u. 7.3) bezeichnete § 16 PTLG/ZH. Demnach ist die «Vermittlung von Fahraufträgen mit Taxis oder Limousinen [...] nur erlaubt, wenn die Fahrerinnen oder Fahrer zum berufsmässigen Personentransport befugt» sind.

5. Hinsichtlich des *Vorrangs des Bundesrechts gegenüber entgegenstehendem kantonalem Recht* (Art. 49 Abs. 1 BV) stehen die ausführlichen abstrakten Darlegungen des Bundesgerichts zu den massgeblichen bundesrechtlichen Vorschriften in scharfem Kontrast zur apodiktischen Behauptung (Assertion), es bestünden «keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass der Bundesgesetz- bzw. -verordnungsgeber im Sinne eines qualifizierten Schweigens [...] auf den Erlass von Vorschriften zum nicht berufsmässigen Personentransport verzichtet» habe (E. 4.4 a.E.). Ein «qualifiziertes Schweigen» (frz.: «*silence qualifié*»; ital.: «*silenzio qualificato*») bezeichnet einen absichtsvollen und informierten Verzicht des Gesetz- oder Ordnungsgebers auf eine Regelung (vgl. BGE 146 III 169 E. 4.2.2 S. 173; 145 IV 252 E. 1.6.1 S. 256; 142 III 387 E. 4.4 S. 395), der eine kantonale Regelung als Folge von Art. 49 Abs. 1 BV ausschliesst. Ein qualifiziertes Schweigen erfordert daher – erstens – die Feststellung, dass eine bestimmte rechtlich zu beurteilende Konstellation *keine Regelung* erfahren hat, und – zweitens – den methodisch akkurat geführten Nachweis, dass dieser Verzicht *intendiert* war. Dieser Nachweis ist regelmässig mit erheblichem argumentativem Aufwand verbunden, kann aber selbst bei Verordnungsrecht, wo es oft an zugänglichen Materialien der Rechtsetzung mangelt, überzeugend geführt werden (vgl. z.B. BGE 144 II 273 E. 2.2.1 S. 275; 137 II 17 E. 2.3

S. 19 f. [je hinsichtlich der Mehrwertsteuerverordnung von 1994]). Eben diesen Beweis tritt das Bundesgericht nicht einmal an, obwohl der Hypothese, wonach sich Bundesversammlung und Bundesrat beim Erlass von Vorschriften über Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten (vgl. Art. 56 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 [SVG; SR 741.01] bzw. ARV 2; vgl. E. 4.2) und deren Kontrolle durch Fahrtschreiber (vgl. Art. 100 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19. Juni 1995 [VTS; SR 741.41]) bewusst auf den *berufsmässigen* Personentransport beschränkten, a priori eine gewisse Plausibilität nicht abzuspochen ist. Nimmt ein Fahrer nämlich derart selten Personentransporte vor, dass sie nicht mehr als «berufsmässig» gelten (vgl. Ziff. 4.1), lassen sich die zusätzlichen, weitgehend fixen Aufwendungen (Fahrtschreiber, Führerausweis besonderer Kategorie etc.; vgl. E. 4.2) angesichts eines mit sinkender Fahrfrequenz abnehmenden Schadensrisikos für Fahrer und Dritte kaum mehr als verhältnismässig rechtfertigen. Nachdem das Bundesgericht die Prüfung dieser Hypothese unterlässt, kann höchstens erstaunen, dass das Höchstgericht nach eigenem Bekunden nicht etwa keinerlei, sondern bloss keine «genügende[n]» Anhaltspunkte (E. 4.4 a.E.; Kursivdruck hinzugefügt) für ihre Plausibilität hat ausfindig ausmachen können.

6.1. Den Kantonen ist es unter Vorbehalt ihrer Regalrechte auch innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs (vgl. Art. 3 BV) untersagt, vom Grundsatz der *Wirtschaftsfreiheit* abzuweichen (Art. 94 Abs. 4 BV). Diesen Aspekt bringt das Bundesgericht mit der Wendung der grundsätzlichen Bundesrechtskonformität kantonaler «*gewerbepolizeilicher Vorschriften*» zum Ausdruck (E. 4.3 und 4.5; Kursivdruck hinzugefügt). Demnach sind die Kantone unter den Voraussetzungen von (Art. 3 und Art. 27 i.V.m.) Art. 36 BV befugt, Vorschriften zu erlassen, die dem Schutz der öffentlichen Ruhe und Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der Gesundheit oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dienen. Dagegen ist es ihnen verwehrt, «Massnahmen zu treffen, welche den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen» (BGE 138 I 378 E. 8.3 S. 394 m.w.H.).

6.2. Das Bundesgericht hält das Verbot, Fahraufträge mit Taxis oder Limousinen an Fahrer zu vermitteln, die nicht zum berufsmässigen Personentransport befugt sind (§ 16 Abs. 1 PTLG/ZH; sog. «Vermittlungsverbot»; vgl. E. 7.1 u. 7.3), auch unter diesen Vorzeichen für *verfassungskonform*. Dabei übernimmt es die in der kantonsrätlichen Debatte für die Auffassung der Mehrheit vorgetragene Argumentation praktisch wörtlich, wonach die Regelung darauf abziele, die Gesundheit und Sicherheit von Fahrern und Kunden zu schützen und Missbrauch und Schwarzarbeit zu bekämpfen (E. 7.2 f.; vgl. Prot. KR ZH, 3. Dezember 2018, S. 11930). Unklar bleibt, worin dieser «Missbrauch» genau besteht und wer ihm ausgesetzt wäre. Vor allem aber unterschlägt die bundesgerichtliche Begründung, dass das «Vermittlungsverbot» und die bundesrechtlichen Regelungen im Bereich

von Strassenverkehr und öffentlichem Arbeitsrecht (ARV 2 und VTS; vgl. E. 4.2; Ziff. 4.1 u. 5) Einzelpersonen, die nicht zum berufsmässigen Personentransport zugelassen sind, nicht untersagt, Fahraufträge mit Limousinen selbst *entgegenzunehmen* und *auszuführen*, sofern sie binnen 16 Tagen nicht mehr als eine Fahrt abwickeln. § 16 PTLG/ZH bezieht sich nach seinem Wortlaut und nach seiner Sachüberschrift nämlich allein auf die «*Vermittlung* von Fahraufträgen» (Kursivdruck hinzugefügt), während für *Angebot* und *Ausführung* von Fahraufträgen lediglich die vorherige Erfüllung einer Meldepflicht vorausgesetzt ist (vgl. § 15 PTLG/ZH). Diese Konsequenz ist insofern folgerichtig, als dass sich das «Vermittlungsverbot» aufgrund seiner Entstehungsgeschichte gegen vornehmlich auf Anwenderprogrammen («Apps») von Mobiltelefonen basierende Vermittlungsplattformen wie «Uber Pop» richtete (vgl. Prot. KR ZH, 3. Dezember 2018, S. 11930). Die von der Mehrheit des Kantonsrates namhaft gemachten Interessen des Kunden- und Gesundheitsschutzes und der Prävention von Schwarzarbeit hätten es dagegen erforderlich gemacht, die *Ausführung* von Fahraufträgen Personen, die zum berufsmässigen Personentransport zugelassen sind, vorzubehalten. Aus dieser Perspektive betrachtet, richtet sich die getroffene Regelung vor allem gegen ein bestimmtes Geschäftsmodell, mit dem sich potenziell erhebliche Skaleneffekte erzielen lassen (vgl. Reich, Regulierung des Taxigewerbes, Rz. 7). Bei dieser Betrachtung verstiesse § 16 PTLG/ZH gegen den *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV), da es im Sinn der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anbieter und Angebotsformen sichert oder begünstigt.

7.1. Unter dem Blickwinkel der *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV) thematisiert das Bundesgericht sodann das *öffentliche Interesse* an den für «Limousinen» beschlossenen Vorschriften (E. 6) und die *Verhältnismässigkeit* (Art. 36 Abs. 3 BV) des Paragraphen, wonach die Fahraufträge mit Taxis oder Limousinen nur an Personen *vermittelt* werden dürfen, die zum berufsmässigen Personentransport befugt sind (vgl. § 16 PTLG/ZH), in Bezug auf Personen, die binnen 16 Tagen nicht mehr als eine Fahrt ausführen («Gelegenheitsfahrer»; vgl. E. 7.3). Die kantonale Regulierung von «Limousinendiensten» hält das Bundesgericht mit Verweis auf die Erleichterung polizeilicher Kontrolle im Einklang mit der Mehrheit des Kantonsrates im Unterschied zum Regierungsrat und einer Minderheit des Kantonsrates für im öffentlichen Interesse liegend (vgl. E. 6.1). Das «Vermittlungsverbot» (vgl. E. 7.1 u. 7.3) für «Gelegenheitsfahrer» (E. 7.3) hält das Bundesgericht für verhältnismässig, weil es «allgemeinnotorisch» sei, dass solche Konstellationen «einen nicht häufig auftretenden Ausnahmefall» bildeten und es dem Gesetzgeber «unbenommen» sei, «eine gewisse Schematisierung und Pauschalisierung» vorzunehmen, was das Bundesgericht mit einem Hinweis auf seine Rechtsprechung zum Abgaberecht unterstreicht (E. 7.3).

7.2. Die Ausführungen des Bundesgerichts zum *öffentlichen Interesse* lassen sich als Bestätigung der im Schrifttum vertretenen Sichtweise lesen, wonach dem

«Grundsatz des öffentlichen Interesses» keine selbständige, staatliches Handeln inhaltlich anleitende und begrenzende Funktion zukommt (vgl. stellvertretend *Alain Griffel*, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich 2022, Rz. 191–194 m.w.H.). In der Rechtsetzung ist «öffentliches Interesse» demnach das, was die jeweilige Mehrheit dafür hält – bei Gesetzen die Mehrheit der Legislative, bei Verordnungen die Mehrheit der Exekutive. Kontroversen in der spezifischen politischen Debatte, ob eine Regelung im öffentlichen Interesse liegt oder nicht, bleiben für das Bundesgericht daher folgenlos (vgl. E. 6.1). Keine Rechnung trägt dieser bundesgerichtliche Zugang der Erkenntnis, wonach sich in der demokratisch organisierten Politik nicht einfach repräsentative Mehrheiten durchsetzen, sondern Interessen einen ganz unterschiedlichen Grad an Organisations-, Konflikt- und Durchsetzungsfähigkeit aufweisen (vgl. dazu *Johannes Reich*, Verhältnis von Politik und Rechtsstaatlichkeit, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Rz. 14, 17–21 m.w.H.). Der bundesgerichtliche Zugang entspricht jedoch einem pragmatischen Umgang mit den aus der gerichtlichen Beobachterperspektive kaum ausreichend detailliert nachvollziehbaren Mechanismen demokratischer Kompromiss- und Mehrheitsfindung. Für das Gericht ist dieses Vorgehen mit dem Vorteil verbunden, dass politische Argumente nicht auf ihre rechtliche Tragfähigkeit hin geprüft werden müssen. Damit reduziert sich für das Bundesgericht das Risiko, dass seine Argumentation als «politisch» gebrandmarkt wird. Dieses Vorgehen fügt sich ein in einen bundesgerichtlichen Begründungsstil, der nach Möglichkeit Objektivität, Distanz zur Politik und strikte Rechtsbindung kommuniziert (vgl. *Johannes Reich*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 188 N 15 f. [im Erscheinen]).

7.3. Das «Vermittlungsverbot» (vgl. E. 7.1 u. 7.3) zwingt «Gelegenheitsfahrer» (E. 7.3) dazu, den für den berufsmässigen Personentransport erforderlichen Führerausweis zu erwerben, was im Regelfall unter anderem eine einjährige regelmässige Fahrpraxis voraussetzt (vgl. Art. 8 Abs. 4 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 [VZV; SR 741.51]; vgl. E. 4.2). «Gelegenheitsfahrer» müssen zudem Vorkehrungen treffen, damit die Einhaltung von Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten kontrolliert werden kann (Meldepflicht, Anbringen einer «Plakette», Führen eines Fahrtenbuchs; §§ 14, 15 und 18 PTLG/ZH), obwohl sie den entsprechenden Vorschriften der ARV 2 nicht unterworfen sind (vgl. E. 4.2 und Ziff. 4.1). Das von «notorisch» vom Bundesgericht rhetorisch zu «allgemeinnotorisch» gesteigerte Adjektiv (E. 7.3) zeigt in paradoxer Weise an, dass das Bundesgericht hinsichtlich der quantitativen Relevanz entsprechender Konstellationen lediglich eine *Vermutung* äussert. Auch nur einigermaßen verlässliche empirische Informationen fehlen. Was als «allgemeinnotorisch» bezeichnet wird, ist damit genau besehen schlicht *unbekannt*. Der Umstand, dass sich das «Vermittlungsverbot» für «Gelegenheitsfahrer» als schwe-

rer Eingriff in ihr Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit bemerkbar macht, wie das Bundesgericht in allgemeiner Weise in seinem Urteil zu Recht anerkennt (vgl. E. 6.1), weist darauf hin, dass das quantitative Verhältnis zwischen dem «Normalfall» und dem angeblichen «Ausnahmefall» zudem kaum relevant ist. Anders als im Abgaberecht, auf welches das Bundesgericht im Sinn eines Analogieschlusses (Analogismus) verweist (vgl. E. 7.1 a.E.), stehen in Bezug auf § 16 PTLG/ZH von Art. 27 BV erfasste, mithin *grundrechtlich geschützte Rechtspositionen* infrage. Ein Analogismus ist aber nur dann logisch überzeugend, wenn die Objekte, die Gegenstand der Schlussfolgerung bilden, ein hinreichendes Mass *identischer struktureller Eigenschaften* teilen (Isomorphismus; vgl. statt anderer *Paul Bartha, Analogy and Analogical Reasoning*, in: Edward N. Zalta [Hrsg.], *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2019), Ziff. 2.2 u. 3.4, je m.w.H., abrufbar unter <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/reasoning-analogy/>> [zuletzt besucht am 8. März 2023]).

8. In einer *Gesamtschau* wirft das besprochene Urteil des Bundesgerichts ein Schlaglicht darauf, dass sich nicht nur Anbieter und Nachfrager auf dem Markt für Dienstleistungen der strassengebundenen und entgeltlichen Personenbeförderung mit Personenwagen (Ziff. 1.1–3), sondern auch Gerichte mit der Herausforderung konfrontiert sehen, für Entscheidungen regelmässig über bloss *unvollständige Informationen* zu verfügen (vgl. Ziff. 7.2 u. 7.3). In Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, in denen das Bundesgericht als einzige Instanz entscheidet (vgl. Ziff. 2), tritt dieses Informationsdefizit *akzentuiert* zutage: Es fehlt an einem vorinstanzlich und für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich festgestellten Sachverhalt (vgl. Art. 105 BGG). Die Durchführung eines eigenen Beweisverfahrens stünde dem Bundesgericht zwar frei (vgl. Art. 55 Abs. 1 BGG), ist aber mit erheblichem Aufwand verbunden. Gleichzeitig sind die zeitlichen und personellen Ressourcen des Gerichts eng beschränkt. Dieser Zusammenhang dürfte Erklärungsansätze dafür liefern, weshalb das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil in der politischen Debatte vorgetragene *Argumente nicht auf ihre rechtliche Überzeugungskraft hin überprüft* (vgl. Ziff. 7.2), *ungesicherte oder fehlende Informationen als gesichert unterstellt* (vgl. Ziff. 7.3), sich in seiner Begründung *eng an die bereits im Plenum des Kantonsrates vorgetragene Argumentation anlehnt* (vgl. Ziff. 6.2) und aufwendige Begründungsschritte durch *Behauptungen* ersetzt (vgl. Ziff. 5).

9. Nachdem das Bundesgericht der Beschwerde zunächst aufschiebende Wirkung erteilt hatte, steht dem Inkrafttreten des PTLG/ZH mit dem Urteil vom 25. März 2021 nun nichts mehr im Weg. Das PTLG/ZH soll nach Ausarbeitung der Vollziehungsverordnung «möglichst rasch, spätestens aber am 1. Januar 2024» geltendes Recht werden (Regierungsratsbeschluss Nr. 1102/2022 vom 24. August 2022, Ziff. A, abrufbar unter <[www.zh.ch/de/politik-staat/gesetze-beschluesse/beschluesse-des-regierungsrates.html](http://www.zh.ch/de/politik-staat/gesetze-beschluesse/beschluesse-des-regierungsrates.html)> [zuletzt besucht am 8. März 2023]). Als erstes Gesetz des Kantons Zürich überhaupt wird das PTLG/ZH mit einer «*sunset*

*clause*» versehen sein (vgl. Prot. KR ZH, 10. Dezember 2018, S. 11952–11956): Die Geltungsdauer des Gesetzes ist auf 15 Jahre beschränkt (§ 27 Abs. 1 PTLG/ZH). Tritt das PTLG/ZH am 1. Januar 2024 in Kraft, ist mit dem «Sonnenuntergang» also frühestens am 31. Dezember 2039 zu rechnen. Die Motion KR-Nr. 113/2013, die das PTLG/ZH initiierte, wurde am 8. April 2013 eingereicht (vgl. Ziff. 1.3). Die Nacht, die dem für 1. Januar 2024 zu erwartenden «Sonnenaufgang» vorangegangen ist, wird also *deutlich mehr als 10 Jahre* gedauert haben. Für ein kantonales Rechtsetzungsvorhaben von überschaubarer Komplexität und bescheidener volkswirtschaftlicher Relevanz eine fast schon astronomisch anmutende zeitliche Dimension.

## Schul- und Bildungswesen

### FREIBURG

Bewertung einer Diplomarbeit; Art. 29, 29a BV. *Gerichtliche Überprüfungs- und Begründungspflicht: Ungenügen der Urteilsbegründung im konkreten Fall, die auf die Evaluationen der Fachpersonen verweist, ohne sich mit den Einwänden gegen die materielle Bewertung der Arbeit auseinanderzusetzen* (E. 3.5). *Abgrenzung zwischen der verfassungsrechtlich zulässigen Zurückhaltung bei der Beurteilung von Prüfungsbewertungen und der unzulässigen Beschränkung auf eine Willkürkognition* (E. 3.6.1, Übersicht über die Rechtsprechung). *Zusätzliche Gehörsverletzung durch den unterinstanzlichen Rechtsmittelentscheid, bei dem die materielle Beurteilung der Arbeit ebenfalls nicht überprüft wurde* (E. 3.7).

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 5. November 2021, 2D\_24/2021.)

A. absolvierte den Studiengang «CAS HES-SO [Certificate of Advanced Studies der Haute Ecole Spécialisée de Suisse occidentale] in Pflege, Qualität und Beratung 2017–2018» an der Hochschule für Gesundheit Freiburg (nachfolgend: Hochschule). Der Studiengang beinhaltet vier Module: Die Module 1 bis 3 werden jeweils mit einem Leistungsnachweis in Einzel- oder Gruppenarbeit (je 4 ECTS-Punkte) und der gesamte Studiengang mit der Zertifikatsarbeit (3 ECTS-Punkte) evaluiert.

Nachdem A. die Module 1 bis 3 erfolgreich absolviert hatte, reichte sie ihre Zertifikatsarbeit ein. Sie erhielt die Mitteilung, dass sie die Zertifikatsarbeit nicht bestanden habe. Sie habe aber die Möglichkeit, diese einmal zu überarbeiten oder neu zu verfassen. Daraufhin reichte A. eine überarbeitete Zertifikatsarbeit ein. Die Direktorin der Hochschule teilte ihr mit, dass sie auch für die überarbeitete Zertifikatsarbeit die Note F erhalten und diese somit nicht bestanden habe.

A. ersuchte um eine neue Beurteilung ihrer Zertifikatsarbeit durch eine «neutrale Stelle». Diesem Ersuchen wurde entsprochen und die Zertifikatsarbeit einer weiteren Expertin zur Stellungnahme unterbreitet. Auf Ersuchen von A. bestätigte die Direktorin der Hochschule mit formeller Verfügung, dass A. die Zertifikatsarbeit «CAS HES-SO in Pflege, Qualität und Beratung» nicht bestanden habe (Note F) und exmatrikuliert werde.

Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wiesen die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Freiburg und daraufhin die Interkantonale Rekurskommission HES-SO ab.

Gegen das Urteil der Rekurskommission reicht A. *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* beim *Bundesgericht* ein. Dieses *heisst* die Beschwerde *gut*, soweit es darauf eintritt. Es hebt das Urteil der Rekurskommission auf und weist die Sache zur Neuurteilung an die kantonale Volkswirtschaftsdirektion zurück. Aus den *Erwägungen*:

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sowohl die Vorinstanz als auch die Volkswirtschaftsdirektion hätten ihre Kognition unterschritten und dadurch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) sowie das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt. So hätten es beide Instanzen vollständig unterlassen, sich mit ihren detaillierten Rügen hinsichtlich der Beurteilung der einzelnen Prüfungskriterien auseinanderzusetzen und in keiner Weise geprüft, ob offensichtlich falsche Bewertungen vorgenommen worden seien. Stattdessen hätten sie unter pauschalem Hinweis auf die Auffassung der Expertinnen, welche die hier strittige Prüfung korrigiert hatten, erwogen, dass die Bewertung der Prüfung nicht willkürlich sei.

3.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt unter anderem, dass die Behörde die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien hört und bei der Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 134 I 83 E. 4.1). Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2; 141 III 28 E. 3.2.4). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 142 II 49 E. 9.2; 137 II 266 E. 3.2).

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ferner darin liegen, dass eine Behörde ihre Kognition zu Unrecht einschränkt (BGE 131 II 271 E. 11.7.1; 115 Ia 5 E. 2b; Urteile 2D\_5/2021 vom 31. März 2021 E. 5.1; 2C\_212/2020 vom 17. August 2020 E. 3.2).

3.3 Die Vorinstanz hat die Grundzüge der CAS-Lehrgänge an der Hochschule sowie die Voraussetzungen für die Erlangung des CAS-Zertifikats in allgemeiner Weise erläutert. Zudem hat sie unter Hinweis auf die jeweiligen Ausbildungsrichtlinien die Ziele und die Grundsätze für die Bewertung der Zertifikatsarbeit dargelegt. Sodann hat sie auf den Umstand hingewiesen, dass die Arbeit der Beschwerdeführerin von drei Expertinnen «anhand der massgebenden Kriterien, die ihrerseits wiederum in (mehrere) Indikatoren unterteilt [seien]», beurteilt und als ungenügend bewertet worden sei. Die Rekurskommission hat ferner ausgeführt, dass keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass sich die Expertinnen von sachfremden oder sonstigen ganz offensichtlich unhaltbaren Erwägungen hätten leiten lassen. Die Einschätzung der Expertinnen sei – so die Vorinstanz weiter – von der Direktorin der Hochschule geteilt worden, welche sich nochmals eingehend mit den einzelnen Kriterien auseinandergesetzt habe. Da keine konkreten Hinweise auf Befangenheit der Expertinnen bestünden und deren Beurteilung der Lage nicht als willkürlich, sondern als objektiv begründet erscheine, könne ohne Weiteres auf ihre einstimmige Meinung abgestellt werden.

3.4 Aus der Urteilsbegründung ergibt sich nicht, welches die von der Vorinstanz erwähnten Beurteilungskriterien bzw. Indikatoren sind. Zudem ist weder ersichtlich, welche Anforderungen die Zertifikatsarbeit der Beschwerdeführerin hätte erfüllen müssen noch aus welchen Gründen diese den Erwartungen nicht entsprach. Ebenso wenig legt die Rekurskommission den Inhalt der Stellungnahmen bzw. der Evaluationen der Expertinnen dar, auf welche sie sich bezieht.

Wie die Beschwerdeführerin zudem zu Recht ausführt, setzt sich die Vorinstanz mit den verschiedenen, von ihr im vorinstanzlichen Verfahren erhobenen und in der Beschwerde an das Bundesgericht wiedergegebenen Rügen betreffend die Bewertung ihrer Prüfung nicht auseinander. Stattdessen hält die Rekurskommission pauschal fest, die Beschwerdeführerin vermöge nicht darzutun, inwiefern die Bewertung ihrer Zertifikatsarbeit offensichtlich unhaltbar sei. Ferner sei nicht entscheidend – so die Vorinstanz weiter – ob bei der einen oder anderen Frage willkürfrei auch eine höhere Punktezahl hätte vergeben werden können. Ausschlaggebend sei einzig, ob die Beurteilung der Expertinnen willkürlich oder objektiv vertretbar erscheine; Letzteres sei vorliegend der Fall. Ob bei den einzelnen, nicht (vollständig) erfüllten Kriterien ein Punkteabzug von einem, eineinhalb oder zwei Punkten gerechtfertigt sei, sei letztendlich eine Frage, die von den prüfenden Personen zu beantworten sei.

3.5 Damit erschöpft sich die Begründung der Vorinstanz im Wesentlichen darin, auf die Evaluationen der Expertinnen, welche die strittige Zertifikatsarbeit korrigiert haben, zu verweisen. Mit den einzelnen Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend die materielle Bewertung ihrer Arbeit setzt sich die Rekurskommission nicht auseinander. Der Verweis auf die Sichtweise der Expertinnen, ohne Erörterung dessen, was die Beschwerdeführerin dagegen vorträgt, ist indes

keine hinreichende Urteilsbegründung. Damit verletzt die Rekurskommission ihre Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (vgl. auch Urteil 2C\_844/2018 vom 12. Juni 2020 E. 5.5).

3.6 Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz zusätzlich eine unzulässige Einschränkung ihrer Kognition vorwirft, ist Folgendes festzuhalten:

3.6.1 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Gerichtsbehörden bei der inhaltlichen Kontrolle von Examensleistungen eine *gewisse* bzw. eine *besondere* Zurückhaltung (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.4.1; Urteile 2D\_5/2021 vom 31. März 2021 E. 5.2; 2C\_632/2013 vom 8. Juli 2014 E. 3.2) ausüben dürfen, dies insbesondere weil es sich bei Prüfungsnoten um stark ermessensgeprägte Bewertungen handelt, die zudem auf Fachwissen beruhen, über welches die Rechtsmittelinstanzen oft nicht verfügen (Urteile 2D\_5/2021 vom 31. März 2021 E. 5.3; 2D\_6/2013 vom 19. Juni 2013 E. 3.2.2, mit Hinweisen). Indessen hat das Bundesgericht auch erwogen, dass die Gerichtsbehörden ihre Kognition nicht auf *Willkür* beschränken dürfen, da ein solches Vorgehen weder mit Art. 29a BV noch mit Art. 110 BGG vereinbar ist (Urteile 2C\_212/2020 vom 17. August 2020 E. 3.2; 2C\_537/2018 vom 24. Januar 2019 E. 2.4; 2D\_54/2014 vom 23. Januar 2015 E. 5.6; 2C\_180/2013 vom 5. November 2013 E. 8.1). Zwar verläuft die Grenze zwischen der verfassungsrechtlich zulässigen Zurückhaltung bei der Beurteilung von Prüfungsbewertungen und der Willkürkognition auf einem engen Grat. So hat das Bundesgericht namentlich festgehalten, dass sich Gerichtsbehörden bei der inhaltlichen Bewertung einer wissenschaftlichen Leistung insoweit Zurückhaltung auferlegen dürfen, solange es keine Hinweise auf «krasse Fehleinschätzungen» gibt (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.4.1; Urteile 2D\_5/2021 vom 31. März 2021 E. 5.2; 2D\_68/2019 vom 12. Mai 2020 E. 4.5.2). Dies kann indessen nicht so weit gehen, dass sich das Gericht – wie vorliegend – mit den Einwänden des Beschwerdeführers überhaupt nicht auseinandersetzt (vgl. auch Urteil 2C\_844/2018 vom 12. Juni 2020 E. 5.6.1 und 5.6.2). Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin kommt der Rüge der unzulässigen Kognitionsbeschränkung im konkreten Fall keine selbständige Bedeutung zu, sondern sie fällt mit jener der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) zusammen.

3.7 Zu prüfen ist schliesslich, ob auch die Volkswirtschaftsdirektion, wie die Beschwerdeführerin vorbringt, ihr rechtliches Gehör verletzt hat.

3.7.1 Die Rekurskommission hat ausgeführt, dass die Direktion der Hochschule der Beschwerdeführerin hinreichend erläutert habe, weshalb sie die Zertifikatsarbeit nicht bestanden habe. Damit sei sie in der Lage gewesen, die Beurteilung ihrer Zertifikatsarbeit sachgerecht anzufechten. Dass sich die Direktion nicht mit sämtlichen erhobenen Kritikpunkten detailliert auseinandergesetzt habe, indem sie geprüft habe, ob bei dem einen oder anderen Kriterium nicht doch ein halber

oder ein ganzer Punkt mehr hätte vergeben werden sollen, sei nicht entscheidend, zumal Prüfungsentscheide nur sehr zurückhaltend zu überprüfen seien. Schliesslich hat die Vorinstanz festgehalten, dass der Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion zu allen umstrittenen Punkten eine detaillierte, präzise und überzeugende Argumentation enthalte, sodass er in formeller Sicht nicht zu beanstanden sei.

3.72 Die Volkswirtschaftsdirektion hat in ihrem aktenkundigen Entscheid vom 30. September 2020 zunächst erwogen, dass keine Verfahrensmängel vorliegen würden. Sodann hat sie gleich wie die Vorinstanz auf die Beurteilung der Expertinnen und die Stellungnahme der Hochschule hingewiesen, ohne sich jedoch mit diesen inhaltlich auseinanderzusetzen. In der Folge hat sie festgehalten, dass der angefochtene Entscheid der Hochschule nicht willkürlich sei. Als Beispiel für die ihrer Auffassung nach willkürfreie Bewertung der Arbeit hat die Volkswirtschaftsdirektion eines der Beurteilungskriterien erwähnt. Dabei hat sie die Argumentation der Beschwerdeführerin sowie die Stellungnahme der Hochschule zu diesem Punkt zitiert, ohne jedoch eine eigene Beurteilung vorzunehmen. An diesem Beispiel sei ersichtlich – so die Volkswirtschaftsdirektion – dass die Bewertung der Arbeit mit der nötigen Sorgfalt und nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung erfolgt sei. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, fehlt eine Auseinandersetzung mit den acht weiteren Beurteilungskriterien sowie mit ihren Rügen betreffend die materielle Bewertung der Zertifikatsarbeit.

3.73 Aus dem Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion ist somit ersichtlich, dass die materielle Beurteilung der Zertifikatsarbeit der Beschwerdeführerin nicht überprüft wurde und dass keine Auseinandersetzung mit ihren Rügen betreffend die inhaltliche Bewertung erfolgte. Damit verletzte die Volkswirtschaftsdirektion den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. auch E. 3.5 hiervor).

Diese Verletzung hätte grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren vor der Rekurskommission geheilt werden können (vgl. dazu BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.3.2). Dies war indessen nicht der Fall, zumal die Rekurskommission ihrerseits das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat, indem sie sich mit ihren Vorbringen hinsichtlich der materiellen Beurteilung ihrer Prüfung nicht auseinandergesetzt hat (vgl. auch BGE 134 I 83 E. 4.2.4).

4.1 Es kann somit festgehalten werden, dass sich weder die Vorinstanz noch die Volkswirtschaftsdirektion mit den rechtsgenügend vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die materielle Beurteilung ihrer Prüfung hinreichend auseinandergesetzt und damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt haben.

[...]

## Kommentar von *Benjamin Schindler*

1. Werden schulische und akademische Leistungsbewertungen angefochten, sehen sich die Rechtsmittelinstanzen oft mit dem Problem konfrontiert, dass ihnen das spezifische Fachwissen fehlt, um die Bewertung umfassend nachzuprüfen. Denn im Unterschied zu vielen Bereichen des Verwaltungsrechts – etwa dem Baurecht, Steuerrecht oder Polizeirecht – bemisst sich die Qualität solcher Bewertungsentscheide weniger anhand vertrauter juristischer Kriterien als vielmehr daran, was in der jeweiligen Fachdisziplin *State of the Art* ist. Dies gilt auch im vorliegenden Fall, in dem eine Zertifikatsarbeit in Pflegewissenschaften zu beurteilen war. Wirksamer Rechtsschutz kann in solchen Fällen daher am besten dann gewährleistet werden, wenn die Rechtsmittelinstanz interdisziplinär zusammengesetzt ist und ihr Fachrichterinnen und Fachrichter angehören (*Benjamin Schindler/Patrik Louis*, Erstinstanzlicher Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheidungen, ZBl 112/2011, S. 509 ff., 528 f.). In aller Regel kann zwar nicht für jedes einzelne Fachgebiet die notwendige Expertise in ihrer vollen Tiefe eingebunden werden, doch erlaubt eine solche Zusammensetzung, den Erfahrungsschatz und das Wissen von Personen fruchtbar zu machen, die mit der Begleitung von Auszubildenden vertraut sind und die Bewertung schulischer und akademischer Leistungen auf ihre Plausibilität hin kompetent prüfen können. Sowohl die ETH als auch verschiedene Schweizer Universitäten sehen daher für den erstinstanzlichen Rechtsschutz interdisziplinär zusammengesetzte Rekurskommissionen vor, wobei der oder die Vorsitzende in der Regel juristische Fachkenntnisse mitbringt (*Schindler/Louis*, S. 520 ff.).

2. Im vorliegenden Fall wurde das Rechtsmittel erstinstanzlich von der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Freiburg und zweitinstanzlich von der Interkantonalen Rekurskommission HES-SO überprüft. Zwar wurde für die Fachhochschule Westschweiz HES-SO eine eigenständige Rekurskommission geschaffen, doch setzt sich diese nicht interdisziplinär zusammen. Vielmehr gehören ihr amtierende und ehemalige Verwaltungsrichterinnen und -richter der an der Vereinbarung beteiligten Kantone an. Es überrascht daher nicht, dass sich die Rekurskommission – wie auch schon die Volkswirtschaftsdirektion – auf diejenigen Aspekte beschränkte, die für juristisch geschulte Personen leicht nachprüfbar sind. Im Zentrum der Prüfung stand die Frage, ob der Entscheid in einem korrekten Verfahren zustande gekommen ist. Aus der Tatsache, dass die Zertifikatsarbeit von drei Expertinnen und der Direktorin der Hochschule übereinstimmend als ungenügend bewertet wurde und auch keine Hinweise auf Befangenheit dieser Personen vorlagen, schloss die Rekurskommission auf die Willkürfreiheit der Bewertung. Eine materielle Auseinandersetzung mit der Arbeit fand hingegen nicht statt. Ebenfalls nicht geprüft wurden die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin, die im Bundesgerichtsurteil nicht mehr explizit erwähnt werden, wie die mangelhafte Begleitung im Entstehungsprozess der Arbeit und die sprachlichen Defizite der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Migrationshintergrunds (Rekurs-

kommission HES-SO, Urteil 2020.3 vom 7. Mai 2021, Sachverhaltsdarstellung Bst. B). Dass sich sowohl die Volkswirtschaftsdirektion wie auch die Rekurskommission mit den zentralen Rügen kaum auseinandergesetzt hatten, beurteilte das Bundesgericht zu Recht als Gehörsverletzung. Damit unterstreicht das Gericht, dass sich Rechtsmittelinstanzen bei der Überprüfung von Entscheidungen zu Leistungsbewertungen nicht auf eine reine Willkürkognition beschränken dürfen. Die Begründung des Rechtsmittelentscheids muss erkennen lassen, dass sich die überprüfende Behörde mit den bewertenden Gutachten inhaltlich auseinandergesetzt hat und diese in der Sache selbst für vertretbar hält. Dies bedeutet nicht, dass das Gericht eine eigenständige Neubewertung vornehmen muss oder gar zur Oberprüfungsinstanz wird. Im Hochschulbereich wäre ein solches Vorgehen mit der Lehrfreiheit der Dozierenden auch nur schwer in Einklang zu bringen. Nachprüfbar ist aber, ob eine Arbeit im Entstehungsprozess ausreichend betreut wurde (insb. Betreuungsrhythmus und Substanz des Feedbacks), ob die Gutachten die für eine wissenschaftliche Arbeit zentrale Punkte thematisieren (insb. inhaltliche Eigenständigkeit, methodische Stringenz, sprachliche Präzision und korrekte Zitierweise) und ob die Bewertung nachvollziehbar ist und in der notwendigen Tiefe begründet wird. Grundsätzlich sind auch Juristinnen und Juristen ohne disziplinäres Zusatzwissen oder hochschuldidaktischen Erfahrungsschatz in der Lage, eine solche Prüfung vorzunehmen. Zweifelsohne fällt eine solche Prüfung aber leichter, wenn in der Rechtsmittelbehörde auch Personen Einsitz nehmen, die über spezifische Kenntnisse verfügen und wissen, welche Standards in der jeweiligen Hochschule von Dozierenden und Studierenden erwartet werden dürfen. Der vom Bundesgericht aufgehobene Entscheid der Rekurskommission sollte daher Anlass sein, die Zusammensetzung dieser eigens für den Hochschulbereich geschaffenen Behörde zu überdenken. Dies wäre auch ohne Anpassung der interkantonalen Vereinbarung möglich, da diese keine fachlichen Anforderungen an die Mitglieder der Rekurskommission definiert. Es ist vielmehr die Rekurskommission selber, die in ihrem Reglement ein Anforderungsprofil festlegt, das eine interdisziplinäre Zusammensetzung verhindert (Art. 2 des Règlement de la Commission intercantonale de recours HES-SO vom 10. April 2013 [RCIR]: «La Commission est formée de trois membres titulaires et de deux ou plusieurs membres suppléants disposant d'une formation juridique, magistrats ou anciens magistrats judiciaires des cantons partenaires, nommés par le Comité gouvernemental.»). Das für die Fachhochschule Westschweiz gewählte Rechtsschutzmodell weist darüber hinaus weitere Mängel auf, die das Bundesgericht mangels Rüge nicht prüfte, die es aber von Amtes wegen hätte aufgreifen können. Denn einerseits stellt sich die Frage, ob die Rekurskommission überhaupt als «Gericht» und damit als zulässige Vorinstanz des Bundesgerichts nach Art. 86 Abs. 2 BGG qualifiziert werden kann (vgl. BGer, Urteil 2C\_392/2012 vom 5. Juni 2012 E. 2). Sodann genügt die Kognition der Rekurskommission offensichtlich nicht den Anforderungen von Art. 110 BGG (zur Prüfung von Amtes wegen BGer, Urteil 1C\_33/2021 vom 16. April 2021 E. 4.2).

3. Das Bundesgericht trat vorliegend ohne Weiteres auf die Beschwerde ein und stellte (in der hier nicht wiedergegebenen E. 1.1) lapidar fest, dass die Rekurskommission HES-SO als «interkantonale obere gerichtliche Behörde» einzustufen sei und hiermit den Anforderungen an eine Vorinstanz des Bundesgerichts genüge. Ein Blick in die massgebenden interkantonalen Rechtsgrundlagen macht indes deutlich, dass dem nicht so ist:

a. Organisation und Verfahren der Rekurskommission werden in der interkantonalen Vereinbarung – die je nach Unterstellung unter das Referendum in den beteiligten Kantonen als formell-gesetzliche Grundlage gewertet werden kann – nur äusserst rudimentär geregelt. Die Vereinbarung sieht in organisatorischer Hinsicht lediglich vor, dass sich die Rekurskommission aus drei Mitgliedern zusammensetzt, die vom Regierungsausschuss auf eine Dauer von vier Jahren gewählt werden (Art. 35 Abs. 1 und Art. 19 Bst. g der interkantonalen Vereinbarung der Fachhochschule Westschweiz [HES-SO] vom 26. Mai 2011 [SGF 432.11.1]). Für das Verfahren beschränkt sich die Vereinbarung auf eine schlichte Verweisungsformel: «Es gilt das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren» (Art. 35 Abs. 2). Detailliertere Vorschriften zu Organisation und Verfahren finden sich hingegen in einem Reglement (RCIR), das die Kommission selbst erlassen hat. Es ist nur in französischer Sprache und auf der Webseite der Fachhochschule greifbar, nicht aber in einer amtlichen Erlassammlung der beteiligten Kantone. Dies ist insofern bemerkenswert, als das RCIR teilweise von den Vorschriften des VwVG, aber auch von den Vorgaben der interkantonalen Vereinbarung abweicht. Während der Staatsvertrag eine Zusammensetzung mit «drei Mitgliedern» vorsieht, ergänzt das Reglement dieses Kollegium um zwei oder mehrere Ersatzmitglieder (Art. 2 Abs. 1 RCIR: «deux ou plusieurs membres suppléants»). Sodann sieht das Reglement einzelrichterliche Entscheide bei offensichtlich unbegründeten Rechtsmitteln vor (Art. 9 Abs. 2 Bst. a RCIR: «recours manifestement infondé»). Dies im Unterschied zum VwVG, das dem Vorsitzenden oder Instruktionsrichter nur verfahrensleitende Kompetenzen, aber keine Entscheidungsbefugnisse in der Sache selbst zuweist (vgl. Art. 55 f. VwVG). Dass auf Reglementsstufe Vorschriften erlassen werden, die richterorganisatorisch und verfahrensrechtlich von der allgemeinen formell-gesetzlichen Regelung abweichen, ist ein Verstoss gegen den Anspruch auf ein «durch Gesetz geschaffenes [...] Gericht» nach Art. 30 Abs. 1 BV (vgl. BGE 134 I 125 E. 3.3). Mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit (Art. 30 Abs. 1 und Art. 191c BV) ist zudem fragwürdig, dass die Entschädigung der Kommissionsmitglieder vom Rektorat festgelegt wird und damit von dem Organ, das massgebend für die Leitung der Hochschule verantwortlich ist (Art. 23 ff. der Vereinbarung). Eine solche Entschädigungsregel mag für eine hochschulinterne Rekurskommission sinnvoll sein; sie lässt sich aber nicht mit den Anforderungen an die finanzielle und institutionelle Unabhängigkeit in Einklang bringen, wie sie vom Bundesgericht für richterliche Behörden entwickelt wurden (vgl. BGE 144 II 167 E. 2.2 S. 172).

b. Dass die Rekurskommission ihre Kognition mit einer blossen Willkürprüfung unterschritten hat, stellt das Bundesgericht zutreffend fest (E. 3.6.1). Darüber hinaus macht das Reglement der Rekurskommission deutlich, dass sich diese in generell-abstrakter Form Kognitionsbeschränkungen auferlegt, die nicht nur vom VwVG abweichen, sondern darüber hinaus verfassungswidrig sind und dem BGG widersprechen. Das durch Verweisung massgebende VwVG sieht im Beschwerdeverfahren grundsätzlich eine umfassende Kognition vor, die neben einer Prüfung der angefochtenen Verfügung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auch eine Angemessenheitsprüfung vorsieht (Art. 49 VwVG). Art. 7 RCIR beschränkt diese Kognition auf Rechtsverletzungen und offensichtlich fehlerhafte Sachverhaltsfeststellungen («appréciation manifestement inexacte ou incomplète des faits pertinents et des preuves»). Diese Einschränkung scheint sich an der Kognition des Bundesgerichts zu orientieren (Art. 97 BGG), genügt aber weder den Vorgaben der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) noch den Anforderungen an die Vorinstanzen des Bundesgerichts (Art. 110 BGG). Die Kantone müssen die freie Prüfung des Sachverhalts durch mindestens eine richterliche Instanz gewährleisten, was durch diese Kognitionsbeschränkung verunmöglicht wird (vgl. BGE 142 II 49 E. 4.4).

4. Die Gesetzgeber in Bund und Kantonen stehen im Bildungswesen vor der Herausforderung, Rechtsschutzsysteme zu entwickeln, die unterschiedlichen Bedürfnissen Rechnung tragen. Der Rechtsschutz sollte nicht nur wirksam sein und den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen genügen, sondern mit Blick auf die Beteiligten auch kostengünstig ausgestaltet werden und die Hochschulautonomie wahren. Hierzu wurden unterschiedliche Modelle entwickelt, welche die einzelnen Aspekte unterschiedlich stark gewichten (vgl. *Schindler/Louis*, S. 520 ff.). Das Rechtsschutzmodell, für das sich die beteiligten Kantone mit Blick auf die Fachhochschule Westschweiz entschieden haben, weist demgegenüber gravierende Defizite auf. Diese haben ihre Ursache indes weniger in der (zu) knappen staatsvertraglichen Regelung als in der praktischen und reglementarischen Umsetzung durch die Rekurskommission selbst. Die personelle Zusammensetzung der Kommission ist nicht geeignet, eine wirksame Überprüfung von Entscheiden im Bildungswesen sicherzustellen. Die Abänderung des massgebenden Organisations- und Verfahrensrechts durch das von der Rekurskommission erlassene Reglement verletzt zudem zentrale Justizgarantien wie den Anspruch auf den gesetzlichen Richter und die Rechtsweggarantie. Das Bundesgericht sollte künftig den Finger auch auf diese wunden Punkte legen, und die beteiligten Kantone stehen in der Pflicht, die massgebenden Rechtsgrundlagen rasch zu überarbeiten.

# Planungs- und Baurecht – Verfahrensrecht

## LUZERN

Legitimation zur Anfechtung von Planungsentscheiden; raumplanungsrechtliches Konzentrationsprinzip; Art. 89 und 111 BGG, Art. 33 RPG. *Schutzwürdigkeit des Interesses am Begehren, eine Gesamtbeurteilung der Nutzungsplanung auf dem Gemeindegebiet zu verlangen, wenn das Grundstück der beschwerdeführenden Person nicht in die planungsrechtlichen Festsetzungen einbezogen worden ist: Voraussetzung, dass das beschwerdeführerische Grundstück nachweislich in einem gewissen Konkurrenzverhältnis im Hinblick auf die umstrittene Zonenzuweisung steht (E. 5). Anwendung im konkreten Fall; hinreichender Zusammenhang zwischen dem Planungsentscheid und der angebehrten Umzonung des beschwerdeführerischen Grundstücks verneint (E. 6).*

(Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 14. Januar 2022, 1C\_682/2020.)

Die A. GmbH ist Eigentümerin eines Grundstücks in der Sondernutzungszone Gärtnerei/Gartenbau der Gemeinde Emmen. Ca. 160 m davon entfernt liegt ein anderes, der Gemeinde Emmen gehörendes Grundstück, auf dem ein ehemaliges Betagtenzentrum steht. Es liegt teilweise in der Zone für öffentliche Zwecke und teilweise in einer fünfgeschossigen Geschäftszone. Zwischen den beiden Grundstücken befinden sich mehrere weitere Parzellen und eine Strasse. Gemäss Beschluss des Einwohnerrats Emmen vom 19. September 2017 wurde das fragliche Grundstück der Gemeinde im Rahmen einer Teilrevision des Zonenplans in die spezielle Wohnzone umgeteilt. Damit verband der Einwohnerrat den Erlass eines Bebauungsplans im Hinblick auf eine geplante Neuüberbauung mit 155 Wohnungen auf dem Grundstück.

Diesen Beschluss focht die A. GmbH beim Regierungsrat des Kantons Luzern an. Dieser trat nicht auf die Beschwerde ein, weil er die Legitimation der A. GmbH verneinte, und genehmigte den Planungsentscheid (mit Änderungen beim Bebauungsplan). Das Kantonsgericht Luzern wies die dagegen erhobene Beschwerde der A. GmbH ab.

Gegen das Urteil des Kantonsgerichts reicht die A. GmbH *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* beim Bundesgericht ein. Dieses *weist* die Beschwerde ab. Aus den *Erwägungen*:

5.1 In BGE 141 II 50 erkannte das Bundesgericht, dass das bezüglich Bauzonen geltende Konzentrationsprinzip sinngemäss auch auf Intensivlandwirtschaftszonen anzuwenden sei (E. 2.5 des Urteils). Weiter führte das Gericht aus, der Beschwerdeführer werde durch die Zuweisung des südlich an seine Liegenschaft angrenzenden Gebiets zur Intensivlandwirtschaftszone in räumlicher Hinsicht belastet und sei daher befugt, die Verletzung des Konzentrationsprinzips hin-

sichtlich der Anordnung der auf dem Gemeindegebiet vorgesehenen Intensivlandwirtschaftszonen geltend zu machen, da eine Zusammenfassung dieser über weite Teile des Gebiets verstreuten Zonen an einem oder wenigen Standorten dazu führen könne, dass auf die an seine Parzelle angrenzende Intensivlandwirtschaftszone verzichtet oder diese verkleinert werde. Aufgrund des Konzentrationsprinzips sei eine Gesamtbeurteilung der kommunalen Nutzungsplanung erforderlich, bei welcher alle im Planungsgebiet festgesetzten Intensivlandwirtschaftszonen in die Betrachtung miteinzubeziehen seien. Der Beschwerdeführer sei deshalb dazu legitimiert, eine Gesamtbeurteilung der Intensivlandwirtschaftszonen auf dem Gemeindegebiet zu verlangen. Weil dies von der Vorinstanz verkannt worden sei, sei die Angelegenheit unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an diese Instanz zurückzuweisen, damit sie umfassend prüfe, ob die Beachtung des Konzentrationsprinzips bezüglich der Anordnung aller Intensivlandwirtschaftszonen in der Gemeinde einen Verzicht auf die südlich des Dorfes vorgesehene Intensivlandwirtschaftszone oder deren Verkleinerung erfordere. Sollte die Vorinstanz diese Frage beim neuen Entscheid bejahen, müsse die Gemeinde die Intensivlandwirtschaftszonen unter Berücksichtigung des Konzentrationsprinzips neu planen und auflegen (E. 2.6 des Urteils).

5.2 Die im genannten Urteil entwickelten Grundsätze lassen sich prinzipiell auch anwenden, wenn zu beurteilen ist, welches von mehreren Grundstücken eingezont werden soll. Dies gilt selbst dann, wenn die Grundstücke (wie vorliegend) nicht unmittelbar aneinander angrenzen und über 100 m voneinander entfernt liegen. In der bau- und planungsrechtlichen Rechtsprechung wird die Legitimation von Nachbarn nicht nur bejaht, wenn sich deren Liegenschaften in einem Umkreis von bis zu rund 100 m befinden, sondern auch bei grösseren Entfernungen, soweit eine Beeinträchtigung glaubhaft gemacht wird. Dabei hat die Rechtsprechung stets betont, dass nicht schematisch auf einzelne Kriterien (insbesondere Distanzwerte) abgestellt werden darf, sondern eine Gesamtwürdigung anhand der konkreten Verhältnisse erforderlich ist (BGE 140 II 214 E. 2.3 mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse liegt somit vor, wenn die Gesamtwürdigung der konkreten Verhältnisse ergibt, dass die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann (BGE 137 II 30 E. 2.2.2 mit Hinweis). Diese Grundsätze finden auch auf die Frage der Legitimation bei planungsrechtlichen Verfahren Anwendung.

Im Lichte der in BGE 141 II 50 festgehaltenen Grundsätze ist ein legitimationsbegründender praktischer Nutzen etwa dann zu bejahen, wenn von zwei Grundstücken nur eines umgezont werden kann und es um die Wahl des umzuzonenden Grundstücks geht. Denn in einer solchen Situation präjudiziert der Entscheid über die Umzoning des einen Grundstücks jenen über die Umzoning des anderen Grundstücks. Darüber hinaus ist ein für die Legitimation hinreichendes praktisches Interesse eines Grundeigentümers am Ausgang eines ein anderes Grundstück betreffenden planungsrechtlichen Verfahrens auch dann zu bejahen, wenn

die beiden Grundstücke hinsichtlich einer allfälligen Zuweisung zu einer Bauzone nachweislich in einem gewissen Konkurrenzverhältnis stehen.

Eine legitimationsbegründende Konkurrenzsituation der genannten Art ist freilich nur dann anzunehmen, wenn hierfür objektive Hinweise gegeben sind. Dabei ist zu beachten, dass die Legitimation an sich von Amtes wegen geprüft wird, die Parteien aber aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht die tatsächlichen Umstände, aus denen sie ihre Legitimation ableiten, substantiieren und gegebenenfalls belegen müssen, sofern diese nicht offensichtlich ist (BGE 141 II 14 E. 5.1; 133 II 249 E. 1.1; Urteil 2C\_827/2014 vom 1. September 2015 E. 2.1).

6.1 Wenn vorliegend, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, anstelle der Teilrevision Herdschwand eine Gesamtrevision des Zonenplans geboten wäre und das beim Regierungsrat erhobene Rechtsmittel aus diesem Grund in der Sache gutgeheissen würde, hätte dies zur Folge, dass die Genehmigung der Teilrevision des Zonenplanes im Gebiet Herdschwand und die Genehmigung des Bebauungsplanes Neuschwand aufgehoben würden. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar nicht, es gehe mit Bezug auf die beiden streitbetroffenen Grundstücke um die letzte noch mögliche Um- bzw. Einzonung in der Gemeinde, so dass nur entweder ihr Grundstück oder dasjenige der Gemeinde umgezont werden könne. Vielmehr führt sie selbst aus, es bestehe zurzeit kein Bedarf an (weiteren) Wohnzonen. Nach ihrer Auffassung hätte die Aufhebung der Teilrevision Herdschwand aber einen positiven Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Umzonung ihres Grundstücks. Wäre dies tatsächlich der Fall und läge damit in Bezug auf das Grundstück der Beschwerdeführerin und dasjenige der Gemeinde eine gewisse Konkurrenzsituation vor, könnte der Beschwerdeführerin im Lichte des Ausgeführten aus einer Gutheissung des Rechtsmittels ein praktischer Nutzen erwachsen. Indes versäumt es die Beschwerdeführerin weitgehend, den von ihr geltend gemachten Zusammenhang zwischen der planerischen Behandlung des eigenen Grundstücks und des Gebiets Herdschwand bzw. des Gemeindegrundstücks Nr. [...] nachvollziehbar aufzuzeigen und gegebenenfalls zu belegen. Sie macht aber immerhin geltend, ihr Grundstück und dasjenige der Gemeinde seien in verschiedener Hinsicht miteinander vergleichbar.

Eine solche Vergleichbarkeit der beiden Grundstücke, aufgrund welcher die Umzonung des Gemeindegrundstücks die Wahrscheinlichkeit der Umzonung des Grundstücks der Beschwerdeführerin vermindern würde, ist allerdings nicht ersichtlich:

Zwar liegen die beiden Grundstücke relativ nahe beieinander. Auch mögen sie namentlich hinsichtlich ihrer Grösse miteinander vergleichbar sein. Indessen werden sie gemäss den bindenden Feststellungen der Vorinstanz (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) nicht über die gleiche Strasse erschlossen [...]. Zudem ist das Grundstück der Beschwerdeführerin etwas weniger zentral gelegen als dasjenige der Gemeinde. Vor allem aber liegt das Gemeindegrundstück zum Teil in der Zone für öffentliche Zwecke und teilweise in der fünfgeschossigen Geschäftszone; es ist

bereits heute weitgehend überbaut und diene schon bisher dem Wohnen (Alterssiedlung). Demgegenüber befindet sich das Areal der Beschwerdeführerin in der Sondernutzungszone Gärtnerei/Gartenbau. Zwar handelt es sich hierbei gemäss dem kommunalen Bau- und Zonenreglement auch um eine (spezielle) Bauzone (vgl. Art. 18a des Bau- und Zonenreglements für die Gemeinde Emmen vom 4. Juni 1996; Gesetzessammlung der Gemeinde Emmen Nr. 6.0.1); diese wird aber gartenbaulich (d.h. landwirtschaftsnah) genutzt und ist nicht überbaut. Ein bereits zu speziellen Wohnzwecken (Alterssiedlung) genutztes Grundstück ist mit Blick auf die angestrebte Nutzung für allgemeine Wohnzwecke mit einem gartenbaulich genutzten, unüberbauten Gebiet kaum vergleichbar. Ein planungsrechtliches Konkurrenzverhältnis lässt sich aus den Eigenschaften der beiden Grundstücke jedenfalls nicht herleiten.

6.2 Der Beschwerdeführerin könnte ein praktischer Nutzen allenfalls dann nicht abgesprochen werden, wenn mit Blick auf den absehbaren Baulandbedarf davon auszugehen wäre, dass in der Gemeinde nur noch wenig Land eingezont werden könnte (vgl. E. 5.2). Dann müsste sie nämlich damit rechnen, leer auszugehen, wenn das Grundstück der Gemeinde in die spezielle Wohnzone umgezont wird. Sie legt aber das Vorliegen einer solchen Konstellation nicht substantiiert dar. Ebenso wenig zeigt sie in nachvollziehbarer Weise weitere Aspekte auf, aufgrund welcher durch die streitige Umzoning die Chancen einer Umzoning ihres eigenen Grundstücks vermindert würden.

6.3 Es erweist sich somit, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt hat, indem sie der Beschwerdeführerin die Legitimation zur Verwaltungsbeschwerde abgesprochen hat. Nichts an diesem Schluss zu ändern vermögen die von der Beschwerdeführerin ergänzend angerufenen bundesgerichtlichen Urteile:

Im Urteil 1C\_113/2014 vom 3. September 2014 führte das Bundesgericht soweit hier interessierend (d.h. zur Legitimation) nur aus, der Beschwerdeführer sei im Sinne von Art. 89 Abs. 1 BGG zur Ergreifung des Rechtsmittels befugt, weil er durch den angefochtenen Entscheid, welcher die Zuordnung der in seinem Eigentum stehenden Parzellen in der Gemeinde Montpreveyres zu einer Landwirtschaftszone bestätige, besonders berührt sei (E. 1 des Urteils). Zwar ging es in diesem Urteil um die Frage, ob der Umstand, dass im Rahmen einer Redimensionierung der Bauzone andere Grundstücke, welche bislang Zwischenzonen oder den Landwirtschaftszonen zugewiesen, aber schon bebaut waren, der Bauzone zugeordnet worden waren, ein Hindernis für die Zuweisung der Parzellen des Beschwerdeführers zur Landwirtschaftszone bildet. Daraus lässt sich aber entgegen der Darstellung in der vorliegenden Beschwerde nicht ableiten, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid «die Beschwerdebefugnis von Dritten im Zusammenhang mit der Anpassung der Nutzungspläne an die Grundsätze des RPG» generell bejaht hätte, da im betreffenden Verfahren im Ergebnis einzig über die Rechtmässigkeit einer planungsrechtlichen Zuordnung des dem Beschwerdeführer gehörenden Grundstücks zu entscheiden war.

Nicht anders verhält es sich mit dem in der Beschwerde ebenfalls genannten BGE 140 II 25. Zwar anerkannte das Bundesgericht in diesem Entscheid, dass der beschwerdeführenden Genossenschaft ein Anspruch auf Überprüfung der Zonenordnung zustehe und aufgrund dieses Anspruchs in Bezug auf alle Parzellen im in Frage stehenden Gebiet Quarta Morta der Gemeinde Silvaplana eine Überprüfung der Bauzonen im Hinblick auf eine mögliche Überdimensionierung erfolgen müsse (E. 6). Wie aus der nicht amtlich publizierten Erwägung 1.2 dieses Entscheids (Urteil 1C\_598/2013 vom 6. Dezember 2013) hervorgeht, waren die Grundstücke der beschwerdeführenden Genossenschaft aber in die streitbetreffene Quartierplanung miteinbezogen und ergab sich daraus die Legitimation der Genossenschaft. Im vorliegenden Fall geht es insoweit um einen rechtswesentlich anders gelagerten Sachverhalt, als das Grundstück der Beschwerdeführerin keinen Gegenstand der Teilrevision des Zonenplans im Gebiet Herdschwand und des Bebauungsplans bildet, es also nicht in die streitbetroffenen planungsrechtlichen Festsetzungen miteinbezogen ist.

Schliesslich richtete sich die Legitimation im Verfahren 1C\_568/2014, 1C\_576/2014 – anders als vorliegend – nach den Regeln über das Verbandsbeschwerderecht. Auch aus dem in diesem Verfahren ergangenen Urteil des Bundesgerichts vom 13. Januar 2014 lässt sich somit nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten (vgl. E. 3 des Urteils).

6.4 Wie gesehen besteht kein für die Bejahung der Legitimation hinreichender Zusammenhang zwischen der streitigen Teilrevision des Zonenplans (sowie dem Bebauungsplan Neuschwand) zum einen und der anscheinend seit Jahren angekehrten Umzonung des Grundstücks der Beschwerdeführerin zum anderen. Die mit einlässlichen Ausführungen vorgetragene Rüge der Beschwerdeführerin, über ihr Umzonungsgesuch sei bislang in willkürlicher Weise nicht entschieden worden, geht über den Streitgegenstand des vorliegenden, ausschliesslich das Gebiet Herdschwand sowie den Bebauungsplan Neuschwand betreffenden Verfahrens hinaus. Daran ändert nichts, dass die Verärgerung der Beschwerdeführerin über die aus ihrer Sicht überlange Dauer der entsprechenden Diskussionen mit der Gemeinde wenigstens teilweise nachvollziehbar ist. Darauf kann folglich nicht weiter eingegangen werden.

## Besprechung

*Luka Markić*: Das kantonale Rechtsschutzverfahren im Bereich der politischen Rechte. Schweizer Schriften zum Staats- und Verfassungsrecht, Bd. 1. 313 Seiten. Preis:

CHF 88.–. Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2022.

ISBN: 978-3-03891-421-1/978-3-03929-018-5 (Open Access).

Die Zürcher Dissertation von *Luka Markić* aus dem Jahre 2022 befasst sich mit der Beschwerde wegen Verletzung politischer Rechte in den Kantonen, von Lehre und Bundesgericht meist kurz als Stimmrechtsbeschwerde bezeichnet (zur Terminologie Rz. 22 f.). Die Studie behandelt damit ein aus staatsrechtlicher Sicht höchst bedeutendes Thema, selbst wenn die Zahl der Stimmrechtsbeschwerden vor Bundesgericht im Vergleich zu den übrigen Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sehr klein ist. Interessant ist der Untersuchungsgegenstand aber auch aus wissenschaftlicher Sicht. Das liegt zum einen daran, dass die wenigen Monografien, welche sich mit dem Thema bisher befasst haben, schon Jahrzehnte zurückliegen und die Wissenschaft sich zudem typischerweise auf den Rechtsschutz auf Bundesebene konzentriert. Zum anderen handelt es sich beim Untersuchungsgegenstand um den verfahrensrechtlichen Teil eines Rechtsgebiets, das *Andreas Auer* treffend als «eingeklemmt» zwischen der kantonalen Organisationsautonomie und der bundesgerichtlichen Rechtsprechungszuständigkeit bezeichnete (*Andreas Auer*, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016, Rz. 1126). Das Bundesrecht schreibt den Kantonen vor, dass sie ein Rechtsmittel vorsehen müssen, mit welchem sich die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger gegen die Verletzung ihrer politischen Rechte wehren können, soweit sich das Rechtsmittel nicht gegen Akte des Parlaments oder der Regierung richtet (Art. 88 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Die Ausgestaltung des Verfahrens überlässt das Bundesrecht aber grundsätzlich den Kantonen, womit diese berufen sind, in diesem Bereich Verfahrensrecht zu schaffen, wel-

ches die Vorgaben des Bundesrechts und insbesondere der Rechtsprechung des Bundesgerichts einhält. Dieses kantonale Recht wird teilweise noch immer als gemeineidgenössisches Staatsrecht bezeichnet, wenngleich die Vorgaben des Bundesgerichts ihre verfassungsrechtliche Grundlage heute in Art. 34 BV haben (insb. Rz. 70 ff.).

Nach einer kurzen Einführung klärt der Autor im zweiten Teil die Grundlagen der Stimmrechtsbeschwerde, indem er den Inhalt und die dualistische Natur der politischen Rechte rekapituliert und die rechtlichen Grundlagen behandelt, welche den Schutz der politischen Rechte regeln. Kern der Studie bildet sodann der dritte Teil zur Stimmrechtsbeschwerde. Dieses Rechtsmittel behandelt der Autor anhand der Sachurteilsvoraussetzungen (§ 7), der Wirkungen der Beschwerde (§ 8) sowie der Modalitäten des Entscheids (§ 10). Letzteren ist ein kurzer Einschub zum Verfahren und zu den Verfahrensgrundsätzen vorangestellt, welcher sich auf die Besonderheiten des Verfahrens der Stimmrechtsbeschwerde fokussiert (§ 9), wie sie etwa im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot bestehen (Rz. 418 ff.). Im Paragrafen zu den Sachurteilsvoraussetzungen stellt die Studie die Zuständigkeiten der innerkantonalen Rechtsmittelverfahren in den 26 Kantonen dar, was einen raschen Überblick über die verfahrensrechtlichen Regelungen ermöglicht. Die Arbeit stützt sich dabei zwar schwergewichtig auf die Judikatur des Bundesgerichts, verarbeitet aber auch kantonale Rechtsprechung und Literatur, was angesichts der kantonalen Eigenheiten bei den Zuständigkeiten sehr wertvoll ist. Die Würdigung der kantonalen Regelungen (Rz. 184 ff.) nimmt denn auch bereits einen Teil der Schlussbetrachtungen im vierten Teil vorweg. Es folgt eine gründliche Aufarbeitung des Verfah-

rensrechts der Stimmrechtsbeschwerde in den Kantonen, welche sich intensiv mit der bestehenden Literatur und der Praxis des Bundesgerichts auseinandersetzt. Diese Quellen verknüpft der Autor oft mit Beispielen kantonalen Normen oder mit der kantonalen Judikatur – eine Methode, welche sich im Bereich des kantonalen Staatsrechts besonders anbietet und bekannte Vorbilder hat.

Gestützt auf diese tiefeschürfende Analyse fasst der Autor im vierten Teil seine Erkenntnisse zusammen und formuliert eine Reihe von rechtspolitischen und praktischen Postulaten. Eine Gruppe von Postulaten fordert dabei eine Rechtsvereinheitlichung, welche im Wesentlichen der Transparenz und Einheitlichkeit der kantonalen Verfahren dienen soll. So wäre es aus Sicht der Rechtssuchenden sicherlich zu begrüssen, wenn die relevanten Normen in einem kantonalen Erlass konzentriert wären und man sich diese nicht aus Gesetzen über politische Rechte und Verwaltungsverfahrensgesetzen sowie allenfalls noch aus der Praxis der kantonalen Behörden zusammensuchen müsste. Ebenfalls würden einheitliche kantonale Erstinstanzen, welche noch dazu als reine Gerichte und nicht gleichzeitig auch als Aufsichtsinstanzen ausgestaltet wären, den Rechtsschutz verbessern und Kompetenzkonflikte vermeiden helfen. Der Autor ist sich selbstverständlich bewusst, dass solche Fragen durch die kantonalen Gesetzgeber zu regeln sind und die Rechtsvielfalt eine Folge der kantonalen Organisationsautonomie ist. Die Dissertation zeichnet sich denn auch durch einen klaren Fokus auf die rechtliche Analyse des kantonalen Verfahrensrechts vor dem Hintergrund der Bedeutung von Bundesrecht und bundesgerichtlicher Pra-

xis aus. Spannend ist in diesem Sinne die Forderung des Autors an den Bundesgesetzgeber, sich für die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems auf Bundesebene an kantonalen Vorbildern zu orientieren (Rz. 528 f.). Die Kontrolle der Kantone durch das Bundesgericht führt zu effektiverem Rechtsschutz, als dies in eidgenössischen Angelegenheiten der Fall ist.

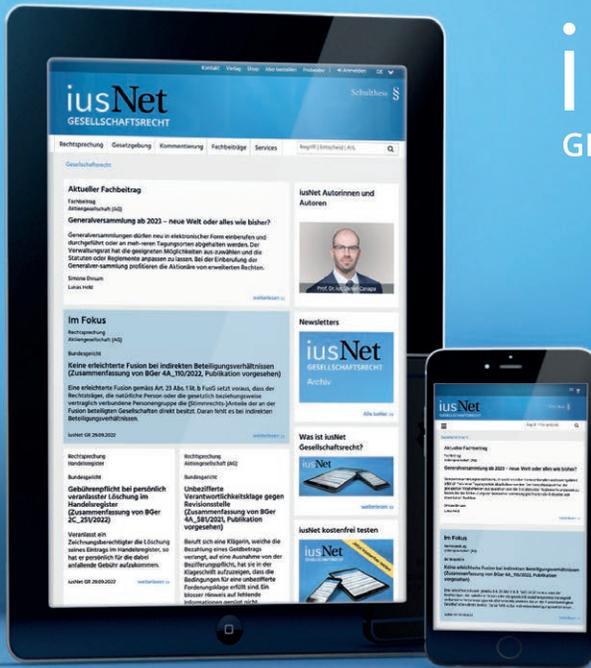
Dass die Stimmrechtsbeschwerde mehr und mehr zu einem PR-Instrument wird, weil sie zu wenig effektiv sei, mag hingegen zu bezweifeln sein. Der Rechtsweg gegen eine politisch missliebige Vorlage kann unabhängig von den rechtlichen Erfolgchancen aus politischen Gründen attraktiv sein, weshalb es sich denn auch abzeichnet, dass Beschwerden gegen umstrittene Urnengänge auf Bundesebene bald zur Norm werden könnten. Dies könnte weiterführende Überlegungen darüber nötig machen, wie ein verstärkter Rechtsschutz auf die politischen Verfahren zurückwirkt. In dieser Hinsicht bieten einzelne Gliedstaaten der USA, in welchen auf den Abstimmungskampf langjährige Auseinandersetzungen vor Gerichten folgen, ein abschreckendes Beispiel.

Luka Markić legt mit seiner Dissertation eine umfassende und gehaltvolle Darstellung des kantonalen Verfahrensrechts zur Stimmrechtsbeschwerde vor. Dem Praktiker bietet sie Orientierung im Verfahren vor den kantonalen Behörden, und im «eingeklemmten» Gebiet des kantonalen Verfahrensrechts verhilft sie zur nötigen wissenschaftlichen Analyse, die Anleitung für einen effektiveren Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte auf eidgenössischer Ebene bilden könnte.

PD Dr. iur. *Goran Seferovic*, Zürich

# iusNet

## GESELLSCHAFTSRECHT



Kompakt und zeitsparend informiert  
zum Gesellschaftsrecht

Rechtsprechung • Gesetzgebung • Kommentierung • Fachbeiträge

Das neue mehrstufige Informationssystem iusNet Gesellschaftsrecht liefert Ihnen mit dem regelmässigen Newsletter sechs Mal im Jahr einen kompakten Überblick über die wichtigsten Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht sowie zum Handelsregisterrecht.

Die Online-Plattform iusNet Gesellschaftsrecht enthält nebst sämtlichen Inhalten aus dem Newsletter weitere Entscheide, Informationen zu Gesetzgebung, Kommentierungen sowie Fachbeiträge. Eine hilfreiche Suchfunktion führt Sie treffsicher zu den gewünschten Ergebnissen.

Kostenfreies Probeabo: [www.iusnet.ch/probeabo](http://www.iusnet.ch/probeabo)

## Die Pflichtlektüre für jeden Juristen



### Die komplett überarbeitete SJZ

- » Meinungsbildende Leitartikel führender Autoren
- » Kompakt aufbereitete Entwicklungen der Rechtsgebiete
- » Aktuelle Rechtsprechung und Gesetzgebung
- » Inklusive zur amtlichen Publikation vorgesehene Bundesgerichtsurteile
- » Mit Experten-Beiträgen für die Berufspraxis

Die Schweizerische Juristen-Zeitung versorgt Sie alle zwei Wochen mit relevanten Fachinformationen und hält Sie über das eigene Spezialgebiet hinaus auf dem Laufenden. Meinungsbildende Beiträge zu aktuellen Themen, die in der Praxis zu Diskussionen Anlass geben, bilden den Fokus jeder Ausgabe. Namhafte Autoren aus Anwaltschaft, Unternehmen, Justiz, Verwaltung und Wissenschaft sorgen zusammen mit ausgewiesenen Experten in der Redaktion und erfahrenen Korrespondenten am Bundeshaus und Bundesgericht dafür, dass Ihnen keine wesentliche Rechtsprechung und Gesetzgebung entgeht. Sie behalten die Entwicklung der Rechtsgebiete stets im Auge und profitieren von wichtigen Informationen für Ihre Berufspraxis.

## Jetzt kostenfrei testen

[www.sjz.ch/probeabo](http://www.sjz.ch/probeabo)



4 SJZ-Ausgaben + 2 Monate unlimitierter Zugang zu [www.sjz.ch](http://www.sjz.ch)