

ContraLegem

2021/3



Editorial: Die Aufklärung ist vorbei

Faut-il se vacciner parce que le bien commun l'exige?

Soft Law und Staatsvertragsrecht

Souveränität & Instanzenzug, Recht & Mediengesellschaft 1

Strafe definieren 3 & 4

Versteckte Einführung einer Ausweispflicht

Gendering, aber gekonnt!

Impressum

ContraLegem

ISSN: 2624-6902

Chefredaktion

Marcel Alexander Niggli

Redaktion

Dimitrios Karathanassis
Louis Frédéric Muskens

Redaktionelle Mitarbeit

Stefan Maeder
Edouard de Weck
Diego Gfeller
Markus Husmann
Konrad Jeker
Alain Joset
Annina Mondgenast
Niklaus Ruckstuhl
Maria Wende

Wissenschaftlicher Beirat

Marc Amstutz
Ramon Mabillard
Christof Riedo
Franz Werro

Layout & Webdesign

Max Bänziger
Lukas Götti

Kontakt

Lehrstuhl Niggli
ContraLegem
Beauregard 13
1700 Freiburg
redaktion@contralegem.ch
Tel. 026 300 80 12

Erscheinungsweise

3-4 × jährlich
Erscheint nur elektronisch

Titelbild

Die Offenbarung des Johannes: 4. Die vier apokalyptischen Reiter. Holzschnitt von Albrecht Dürer (Ausschnitt)

YouTube & Podcast

ContraLegem veröffentlicht auch Videos und zugehörige PodCasts. Unser YouTube-Kanal findet sich [hier](#). Die PodCasts sind auf jeder gut sortierten Plattform zugänglich.

Inhaltsverzeichnis

<u>Impressum</u>	2
<u>Inhaltsverzeichnis</u>	3
<u>Editorial</u>	
Die Aufklärung ist vorbei	4
<u>L</u>	
Faut-il se vacciner parce que le bien commun l'exige?	11
<u>M</u>	
Soft Law und Staatsvertragsrecht.	25
Souveränität & Instanzenzug.	34
Briefe an die StPO.	40
Strafe definieren 3: Straf = Freiheitsentzug	42
Irrungen und Wirrungen um das Umweltverbandsbeschwerderecht	46
Versteckte Einführung einer Ausweispflicht?	49
Strafe definieren 4: Versuch einer Definition.	54
<u>Verräterische Sprache</u>	
Gendering, aber gekonnt!	58

Die Aufklärung ist vorbei

Editorial

Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschliessung und des Muthes liegt, sich seiner ohne Leitung eines andern zu bedienen.

Mit diesen Worten beginnt **Immanuel Kant** seinen 1784 erschienenen Aufsatz «Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?» Und er fährt fort:

Sapere aude! Habe Muth dich deines eigenen Verstandes zu bedienen! ist also der Wahlspruch der Aufklärung.

Sofern das zutrifft, ist die Aufklärung wohl vorbei. Warum? Ganz kurz gesagt, weil Denken Verantwortung bedeutet. Etwas ausführlicher:

I. Denken

Was ist das: Denken? Nicht selten wird Denken als eine Form von Mechanik verstanden, als eine Art Handwerk, in gewisser Weise dem Verwenden eines Werkzeuges vergleichbar, das eingesetzt wird, um ein Problem zu lösen. Das mag zwar auch sein, aber es geht am Kern, der uns hier interessiert, in gewisser Weise vorbei, weil es die Frage nach der Natur des Denkens mit seinem Zweck oder seiner Verwendung beantwortet. Die aber sind natürlich exogen und sagen über das Denken selbst recht wenig aus.

Worin also besteht Denken? Woraus besteht es? Was tun wir, wenn wir denken? Wie es scheint, in nichts anderem als darin, Unterscheidungen

zu treffen. Wir unterscheiden. Und weil diese Unterscheidungen nicht in der Welt sind, tragen wir sie in sie hinein. «Denken» bedeutet deshalb immer auch Verantwortung zu übernehmen. Es gibt kein Denken, für das wir keine Verantwortung zu tragen hätten. Denn auch dort, und vielleicht gerade dort, wo wir Unterscheidungen anderer übernehmen, machen wir uns diese Unterscheidung ja zu eigen, deren Welt wird die unsere, deren Gedanke der unsere. Es gibt deshalb – ausser dort, wo wir blind und stumpf wiederholen bzw. wiedergeben, was ein anderer gedacht hat – kein «Nach-Denken», es kann kein eigentliches Denken im Sinne von Nach-Folgen, also in dem Sinne geben, dass etwas bereits Gedachtes, den bestehenden Unterscheidungen eines Anderen entlang, noch einmal gedacht wird, ohne dass es dadurch zu eigen gemacht würde, assimiliert, im unmittelbarsten Sinne aufgegessen und absorbiert wird.

Denken ist notwendig immer unser Eigenes, ist von uns selbst nicht zu trennen. Deshalb können wir der Verantwortung dafür auch nicht entkommen, denn uns selbst entkommen wir höchstens im Rausch. Wer die Verantwortung für sein Denken scheut, scheut das Denken überhaupt. Dort, wo wir die Verantwortung für den Gedanken nicht übernehmen wollen, da beten wir, bewegen uns auf vegetativer Ebene, gleich einer Pflanze ohne Sinn und Verstand, wiederholen wir gleich einem Echo nur Klang und Laut des Rufs, nicht aber dessen Sinn und Bedeutung. Erstaunlich und erschreckend zugleich ist dabei, dass wir das Denken nicht kontrollieren können, nicht im Ansatz, nicht in der Essenz. Wirkliches Denken führt uns regelmässig auf schwindelerregenden Wegen in beängstigende Höhlen, nicht selten ängstigt uns die Dunkelheit da zu Tode. Auch dafür aber – vielleicht gerade dafür aber –

haben wir die Verantwortung zu tragen. Verantwortung für etwas, das wir weder anstreben, noch kontrollieren, noch vermeiden können. Darin und nur darin besteht Denken, so scheint es.

II. Verantwortung

Damit ist umrissen, warum Selber-Denken, das zentrale Projekt der Aufklärung, nicht mehr attraktiv ist: Es bedeutet Verantwortung, unausweichlich und unvermeidlich Verantwortung. Verantwortung aber ist gegenwärtig in Auflösung begriffen. Und dies in atemberaubender Geschwindigkeit, quasi im freien Fall.

Natürlich liesse sich zum Beleg dafür der Kundendienst und seine Auslagerung in sog. Callcenter anführen, wo der verzweifelte Kunden erst durch eine (wie es scheint möglichst) lange Wartezeit entmutigt und durch schwer erträgliches Gedudel zusätzlich weichgekocht wird, nur um schliesslich auf einen ebenso verzweifelten Mitarbeiter zu stossen, der für die Misere nichts kann, weshalb es auch schwer fällt, ihn anzuschreiben, dieweil der Algorithmus, der sie verursacht hat, natürlich weder anwesend noch verantwortlich ist, und diejenigen, die ihn programmiert haben, sich nicht einmal bewusst sind, was sie angerichtet haben. Aber diese Beispiele liessen sich unter Umständen auch als blosser Konsequenzen eines allgemeinen, technischen Wandels begreifen. Aber das Verschwinden der Verantwortung hat mit uns selbst zu tun, ist nicht bloss Ausdruck von technischen Veränderungen.

Als Beleg liesse sich etwa die Ablehnung der Selbstbestimmungsinitiative im Jahr 2018 anführen. Es erscheint ja auf den ersten Blick höchst erstaunlich, dass die Bevölkerung die Berechtigung ablehnt, bei internationalen Verträgen, die von der Regierung ausgehandelt werden, ebenso mitbestimmen zu dürfen, wie bei nationalen Gesetzen. Aus der Perspektive der Aufklärung erscheint nicht leicht verständlich, warum jemand ein Mitspracherecht überhaupt je zurückweisen sollte. Denn: Lassen

sich für die Ablehnung einer Mitsprachepflicht leicht Gründe finden, gilt für ein Mitspracherecht genau das Gegenteil und die Vermutung dürfte nicht abwegig sein, das Ablehnen eines solchen Rechtes als Ausdruck des Misstrauens sich selbst gegenüber zu verstehen, also als Ausdruck des Verzichtes auf das Wagnis der Erkenntnis, der Autonomie.

III. Verwaltungen

Die Zerfledderung von Verantwortung über das probate Mittel von Gruppen, Kommissionen und Institutionen spricht in dieser Nummer der Beitrag von Bundesrichterin Monique Jammetti an. Hier sei ausreichend der Hinweis darauf, dass es nicht möglich ist, herauszufinden, wer genau die Schweiz bei der GAFI bzw. FATF vertritt. Die Website macht dazu keine Angaben und Rückfragen bei der eidgenössischen Verwaltung ergeben nur grobe Hinweise, aber keine Namen. Irritierend ist bereits die Tatsache, dass die Vertretung der Schweiz in einem Newsletter kommuniziert wird, worauf wir schon 2018 hingewiesen haben (vgl. Carola Göhlich, GAFI/FATF und die Forderung nach Transparenz – Ein Erfahrungsbericht, ContraLegem 2018/2, 86 f.). Dass die Schweizer Interessen «von einer Delegation unter der Führung des Eidgenössischen Finanzdepartements / Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (EFD/SIF) wahrgenommen [werden]; [und] zur Delegation weiter das Bundesamt für Polizei (fedpol) / Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) / Abteilung Sektorielle Aussenpolitiken (ASA), die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und die Bundesanwaltschaft (BA)» gehören, wie der Newsletter FATF vom Oktober 2020 meint, hilft natürlich nicht weiter. Keine der Personen, die einer dieser Behördenabteilungen angehören, wird je für das eigene Tun mit der eigenen Person Verantwortung übernehmen müssen, denn jeder wird auf andere zeigen (können). Und dies obwohl diese Institution «Empfehlungen» abgibt, die von den Schweizer Behörden (die sie

als deren Mitglieder verfasst bzw. mitverantworten haben) also «quasi-verbindliche» Vorgaben behandelt werden, denen sie, die Schweizer Behörden, die sie mitverfasst haben, sich nicht entgegenstellen, denen sie nicht entgegen könnten. Sicherlich wäre der Stellenwert eines Verweises auf Empfehlungen der nationalen Verwaltung weniger eindrücklich als einer auf die Empfehlungen der FATF/GAFI, wie er sich regelmässig in der nationalen Gesetzgebung zum Finanzmarktrecht findet.

Natürlich dürfen Verwaltungen «gesichtslos» sein und sie sind es ja typischerweise auch. Das ergibt durchaus Sinn dort, wo sie eben verwalten, d.h. die Entscheidungen anderer umsetzen. Sind es aber nicht die Vorgaben anderer, die sie anwenden, sondern bilden sie die Regeln selbst, wenden sie eben nicht bloss an, führen sie nicht bloss aus. Alsdann erscheint es höchst bedeutsam, die Person zu kennen, die diese Regeln formuliert, denn erst dies zwingt sie, die Verantwortung für ihr Handeln und ihre Entscheidungen zu übernehmen. Eine gesichtslose Verantwortung ist keine.

IV. NGOs und andere Entpersonalisierungseinrichtungen

Dasselbe Phänomen zeigt sich auf nationaler, wie besonders internationaler Ebene, wo Vereine und Vereinigungen, denn nichts anderes sind sog. NGOs, non-governmental organizations, zunehmend zu eigentlichen Akteuren der Politik werden. NGOs sind gesichtsloser als politische Parteien, ihre Entpersonalisierung ist Programm und Wurzel ihres Einflusses und erlaubt ihnen, sich zu allem und jedem äussern, selbst wenn es mit ihrer eigentlich angestammten Zielrichtung überhaupt nichts zu tun hat. Genannt sei etwa Amnesty International, eine Vereinigung, die sich traditionell für die Einhaltung der Menschenrechte einsetzt, gegenwärtig aber primär dadurch auffällt, dass sie in verschiedenen europäischen Ländern eine Verschärfung des jeweiligen Sexualstrafrechts fordert. Das ist in dreierlei Hinsicht problematisch:

Zum einen ist es eine Abkehr vom Gedanken der Menschenrechte, denn Frauenrechte, Kinderrechte etc. sind nicht einfach Untergruppen von Menschenrechten, vielmehr widersprechen sie diesem universalen Konzept (Rechte, die allen zukommen sollen, unabhängig von ihrer jeweiligen Gruppenzugehörigkeit) unmittelbar und direkt. Überdeutlich wird das, wenn die jeweiligen Gegenstücke von Frauenrechten, Schwulenrechten oder Behindertenrechten benannt wird: Das wären dann ja wohl Männerrechte, Heterosexuellenrechte oder Rechte von Nicht-Behinderten, Nicht-Benachteiligten. Das Einfordern von besonderen Rechten einer Gruppe, schafft begriffsnotwendig die Rechte der davon jeweils Ausgeschlossenen. Das aber sind gerade diejenigen, gegen deren Dominanz die Rechte der ursprünglichen Gruppe eingefordert werden. Wird der universale Anspruch der Menschenrechte aufgegeben, werden Menschenrechte überhaupt aufgegeben.

Zum anderen erscheint symptomatisch, dass das in der Aufklärung entstandene, als Abwehr von staatlicher Macht und als Verteidigung dagegen gedachte Konzept der Menschenrechte, in sein eigentliches Gegenteil verkehrt und als Legitimation von Eingriffen in gerade diese Rechte dienen soll. Aus einem defensiven wird ein aggressives Konzept, das sich in Begriffen wie «Responsibility to Protect» (zur Kritik aktuell: Robin Dunford & Michael Neu, Just War and the Responsibility to Protect, A Critique, London 2019) oder «Carcereal Feminism» zeigt.

Zum dritten schliesslich geht mit der Entpersonalisierung eine zunehmende Entkoppelung von Rechten und Pflichten einher, was sich quasi selbstverständlich und natürlich ergibt, weil all die Forderungen und Aufforderungen zwar spezifische Adressaten haben, aber eben keine definierten Absender. Die Koppelung von Rechten und Pflichten aber ist das leistungsfähigste Kriterium zur Entscheidung der Frage, wem überhaupt Rechte zukommen können oder sollen. Wer keine Pflichten zukommen können,

dem können auch Rechte nicht oder nur eingeschränkt zukommen, er ist nicht mündig und selbstbestimmt. Natürlich lässt sich von «Rechten» der Natur oder «Rechten» zukünftiger Generationen sprechen, das meint aber eben keine Rechte, sondern Pflichten anderer, diese vermeintlichen «Rechte» zu berücksichtigen, die – und das erscheint symptomatisch – nicht von den Rechtsträgern, sondern von irgendwie bestimmten irgendwelchen Vertretern eingefordert werden.

V. Verantwortungsproliferation und Distanzierungspflicht

Dass niemand mehr für etwas verantwortlich ist, bedeutet zugleich, dass es alle ein bisschen sind. Damit löst sich zum einen notwendig die Grenze zwischen Recht und Moral auf, denn Ethik ist gerade dadurch definiert, dass sie immer ungenügend verwirklicht ist. Ethisch betrachtet tun wir immer zu wenig (so völlig korrekt: Zygmunt Bauman, *Postmodern Ethics*, London 1993, 80: «*The moral self is always haunted by the suspicion that it is not moral enough*»; vgl. weiter zur Auflösung dieser Unterscheidung: M. A. Niggli / L. F. Muskens, *Recht und Moral: Auflösung der Kategorien, am Beispiel der Rechtfertigung von Hausfriedensbruch durch Notstand infolge Klimawandels (Bezirksgericht Lausanne), Richterzeitung «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/2*). Das Phänomen, dass alle für alles verantwortlich sind, zeigt sich vielleicht am deutlichsten in den sog. sozialen Medien. Da nämlich ist es inzwischen durchaus üblich, ausdrücklich anzugeben, die geäußerten Meinungen seien die eigenen. Das aber kann in der Perspektive der Aufklärung nur erschrecken, denn wessen Meinungen sollten Meinungen sein, die ein aufgeklärtes autonomes Individuum äussert, wenn nicht die eigenen? Dieser ausdrücklichen Feststellung des Selbstverständlichen entspricht spiegelbildlich die Erwartung oder gar Verpflichtung, sich von allen möglichen Dingen und Sachverhalten zu distanzieren und regelmässig treffen wir auf Vorwürfe, jemand habe sich nicht von irgendetwas distanziert, was ja nur

bedeuten könne, dass er die fragliche Sache gutheisse, auch wenn er mit Terroranschlägen, Sklaverei oder Sexismus usw. an sich gar nichts zu tun hat. Üblich geworden ist nicht nur, sich für seine Eltern oder Grosseltern zu entschuldigen, sondern auch, dass eine solche Entschuldigung erwartet wird, und zwar für alle Verhaltensweisen von Personengruppen, denen man zugerechnet wird (Alter, Geschlecht, Hautfarbe u.dgl. mehr). Und dem wiederum entspricht der ständig vorgebrachte Versuch, sich von der Verantwortung für das eigene Verbreiten von Inhalten dadurch zu distanzieren, dass schlicht statuiert wird, Verbreiten bedeute kein Gutheissen. Das indes ist ebenso hilflos wie irreführend. Denn natürlich heisse ich durch blosses Berichten das Berichtete noch nicht gut, aber ich verbreite es eben und daran und der Verantwortung dafür vermag natürlich auch keine ausdrückliche Distanzierung etwas zu ändern.

VI. Sein statt Handlung

Verantwortung setzt im aufgeklärten Verständnis Handlung voraus. Und Handlung wiederum setzt ein Subjekt voraus, das mit einem Ereignis verknüpft wird. Die erwähnte Zerfledderung der Verantwortung (niemand ist für nichts verantwortlich) geht – wie gesehen – einher mit ihrer uferlosen Ausdehnung (alle sind für alles verantwortlich). Das ist nur möglich, wenn für die Verantwortung nicht – wie im modernen Verständnis – an der Handlung angeknüpft wird, sondern an einer Klasse, welcher das Individuum zugerechnet wird.

Das aufgeklärte Universum ist kein Kontinuum, sondern besteht aus diskreten Augenblicken. Es besteht wesentlich aus Handlungen, aus einzelnen Momenten und Unterscheidungen, die sich stets dynamisch erneuern und von einem Augenblick zum nächsten verändern können, nicht aus einem Seinsstrom, der sich melasseartig nur langsam wandelt.

Wenn alle für alles verantwortlich sind, erscheint selbstverständlich, dass Verantwortung

nicht mehr an der Handlung (eines Einzelnen) anknüpfen kann, sondern einen anderen Bezugspunkt benötigt. Dieser Bezugspunkt findet sich offenbar im Sein, in der Zugehörigkeit des Subjektes zu einer Klasse, der es zugerechnet wird. Während das aufgeklärte Subjekt von seiner Gruppenzugehörigkeit abstrahiert, weil der Referenzpunkt der Vernunft ein einheitlicher, allen gemeinsamer ist, wird nun das handelnde Subjekt stets verstanden als Subjekt, das handelt «als ...», als Angehöriges einer bestimmten Gruppe, Kategorie oder Klasse (Alter, Geschlecht, Hautfarbe etc.), nicht als autonom denkendes Ens.

Das ausserordentlich Beunruhigende an dieser Entwicklung wird am Beispiel des Strafrechts offenbar: Knüpft ein Vorwurf nicht an der Tat, sondern am Täter an, nennen wir das nicht Tat-, sondern Täterstrafrecht, ihre entsprechen nicht Tat-, sondern Lebensführungsschuld. Die sog. Kieler Schule hat zu Beginn der 30er-Jahre des letzten Jahrhunderts genau dies propagiert, indem sie insbesondere gegen den Tatbestand, der eben das fragliche Verhalten umschreibt, Sturm gelaufen ist. Dass sich im deutschen Strafgesetzbuch noch nationalsozialistische Formulierungen finden (vgl. § 211 Abs. 2 D-StGB: «Mörder ist, wer...») ist historisch zu erklären und auch der Reaktion auf das nationalsozialistische Regime geschuldet. Dass aber derartige Formulierungen auch in der Schweiz Verwendung finden, ist doch eher verstörend. So hatte etwa die sog. «Raser-Initiative» im Jahr 2010 (BBl 2010 2639) eine Ergänzung der Verfassung gefordert (Art. 123c Schutz vor Raserinnen und Rasern), wonach «als Raserin oder Raser mit Freiheitsstrafe» zu bestrafen sei (Abs. 1), bei Tod oder Körperverletzung anderer «die Raserin oder der Raser» höher bestraft sein sollten (Abs. 2), die Fahrzeuge «von Raserinnen und Rasern» eingezogen würden (Abs. 3), die «Führerausweise von Raserinnen und Rasern» entzogen würden (Abs. 4) und diese Führerausweise «einer Raserin oder einem Raser» erst nach bestimmten Voraussetzungen wieder erteilt würden (Abs. 5). Die Verwendung des

nationalsozialistischen, auf den Täter und nicht die Tat fokussierten Vokabulars war also zweifellos kein Versehen, sondern bewusste Brandmarkung. Denn die Formulierung «wer ..., wird mit ... bestraft» gewinnt natürlich nichts an definitorischem Gehalt, wenn sie ergänzt wird nach dem Modell «wer ..., wird als Raser mit ... bestraft», überhaupt nichts, ausser eben der Brandmarkung. Diese Versessenheit auf die Brandmarkung der Täter mutet umso seltsamer an, als dass zu den namentlich genannten Urhebern u.a. die Nationalräte Ruth Humbel, Daniel Jositsch, Philipp Müller und Luc Recordon gehörten, was zumindest bei einem Strafrechtsprofessor einigermaßen irritiert. Die Initiative ist inzwischen, obwohl zurückgezogen, praktisch tale quale Gesetz geworden, wenn auch glücklicherweise ohne die Nazi-Formulierungen. Nichtsdestotrotz ist noch im Jahr 2014 eine Dissertation mit dieser zweifellos nationalsozialistischen Wortwahl erschienen («Der Raser im Strafrecht»).

Die Abkehr von der Handlung als dynamischem Konzept hin zum Sein, das statisch verstanden wird, ist allgegenwärtig. Autofahrer, Fahrrad- & Motorradfahrer und Fussgänger werden als unterschiedliche ausschliessende Entitäten konzipiert, obwohl die meisten von uns gelegentlich in der einen oder anderen Rolle unterwegs sind. Dasselbe gilt für Vegetarier, die keine mehr sind, sobald sie einmal Fleisch essen, oder Nichtraucher, die bereits mit einer Zigarette zu Rauchern werden. Und die Liste der Beispiele liesse sich beliebig verlängern, etwa im Hinblick auf sexuelle Präferenzen oder Geschlechter. All diese Klassifikationen tragen einen deutlich totalitären, aufklärungsfeindlichen Charakter.

Ob die Angst vor der Unbestimmtheit der Zukunft der eigentliche Grund der Abkehr von der Tat darstellt, ist nicht leicht zu entscheiden, obwohl es naheliegt. Sicher aber ist, dass die Hinwendung zum Sein verstanden als Ausdruck einer statischen Zuordnung die bedrohlichen Unsicherheiten der Zukunft erheblich reduzie-

ren: Ein «Raser» bleibt ein Raser, auch wenn er nicht rast, ein «Raucher» einer auch wenn er aufhört zu rauchen, und ein Carnivore bleibt ein Fleischfresser, auch wenn er sich monate-, ja vielleicht jahrelang ganz ohne Fleisch ernährt, die blossе Bereitschaft, Fleisch zu essen definiert ihn. Die Hinwendung zum Sein nimmt der Unbestimmtheit der Zukunft gewissermassen ihre Schärfe und führt zurück in eine vormodern anmutende Beschaulichkeit und Gemütlichkeit.

VII. Schutzoptik

Als letztes sei hier nur noch ein Element der Entmündigung erwähnt, das mit der Klassifizierung der Welt über das Sein unmittelbar korrespondiert: Die Schutzoptik. Wenn Ausgangspunkt nicht das stetig sich verändernde autonome, vernunftgeleitete Wesen sind, sondern Personen, die der einen oder anderen Gruppe zugerechnet werden, nach der sie klassifiziert werden, was im Kern als statische «Eigenschaft» verstanden wird, dann ergibt sich daraus auch die Möglichkeit einer «objektiven» Beurteilung bzw. Bewertung der jeweiligen Gruppen oder Klassen bzw. der ihr zugerechneten Elemente qua Gruppenelement. Weil die ethische Verantwortung für Verhaltensregeln beim Umgang von «Starken» mit «Schwachen» in der Seins-Perspektive nicht mehr eine der konkreten Situation, der spezifisch betroffenen Person ist, sondern eine der statischen Gruppe, der sie zugerechnet wird, mithin eine der Klassenzugehörigkeit, ergibt sich eine «Entmündigung» quasi selbstverständlich, weil eine einer «schwachen» Klasse zugerechnete Person auch dann als schutzbedürftig qualifiziert wird, wenn sie es im konkreten Fall gar nicht ist. Analog der *Responsibility to Protect* und der Pervertierung der Menschenrechte in ein Konzept, das staatliche Eingriffe in die Grundrechte des Grundrechtsträgers legitimiert, zeigt sich auch hier der moralische Impetus primär darin, dass das zu «Beschützende» primär «beschützt» wird, indem es seiner Mündigkeit beraubt wird bzw. indem diese Mündigkeit beschränkt oder gar verneint

wird, und zwar kategorisch, d.h. auch dort, wo sie vorhanden wäre, und zwar zum Besten des Entmündigten. Als Beispiel sei hier nur etwa die letzte Revision des Berufsverbots nach Art. 67 StGB erwähnt, das die dem Gesetz bis dahin unbekannte Kategorie der «besonders schutzbedürftigen Person» einführte, die sich von «Minderjährigkeit» ebenso unterscheiden sollte wie von situativer «Wehrlosigkeit» und «Widerstandsunfähigkeit», Qualitäten und Eigenschaften, die auch nicht vorliegen müssen, was dazu führt, dass ein Verhalten gegenüber jemandem, der weder minderjährig, noch widerstandsunfähig, noch wehrlos ist, dennoch zu einem u.U. lebenslänglichen Berufsverbot führt (vgl. ausführlich M. A. Niggli, Endgültiger Abschied von Feuerbach, Einleitung zur Textausgabe StGB, 9. Aufl., Basel 2020, LX ff.).

Als aktuellstes Beispiel kann die Pressemitteilung des Bundesrates vom 17. November 2021 dienen. Darin heisst es: «*Verschiedene vom BAKOM in Auftrag gegebene Studien kommen zum Schluss, dass die Bevölkerung auf einen effektiven Schutz vor illegaler Hassrede und Desinformation Anspruch hat*». Interessant daran ist nicht nur, dass es offenbar mehrere Studien braucht, um einen «Anspruch auf Schutz» zu ermitteln, wobei der Begriff «Anspruch» nicht etwa ein Recht desjenigen meint, dem dieser «Anspruch» zukommt, sondern ein Werturteil der Regierung, und zwar eines, das sie mit der Referenz auf die Empirie zu objektivieren und zu legitimieren sucht. Die Aussage, dass in sozialen Medien mehr «Falschnachrichten» zu finden sind, mag sein, dass aber bei «traditionellen Medien» eine «*Verpflichtung zur Wahrhaftigkeit der Inhalte*» bestehe, ist wohl eher Wunsch als Wirklichkeit, dass schliesslich aber die Bevölkerung der Schweiz «*befürchte*» «*in den sozialen Netzwerken und auf Videoportalen mehr Falschnachrichten vorgesetzt zu bekommen*» ist nicht nur paternalistisch, sondern auch falsch: Es ist die Bevölkerung selbst, die diese Nachrichten produziert, sie werden ihr nicht vorgesetzt. Und sie weiss wohl auch um deren beschränkte Zuverlässigkeit.

sigkeit, und sofern sie es nicht täte, wäre angezeigt, es ihr zu sagen, und nicht, sie davor «zu schützen». Was anderes also könnte gemeint sein mit der «Notwendigkeit, die Bevölkerung vor Hassrede und Desinformation im Internet zu schützen», als die Rechte ebendieser Bevölkerung einzuschränken? Dass dabei das Wort «Desinformation» in einem offiziellen Dokument nicht der Sowjetunion, Kubas oder Nordkoreas auftaucht, sondern der Schweizer Regierung, kann nur erschrecken.

Dass mit der Behauptung, man tue dies «zum Schutz» der jeweiligen Personen, systematisch und sukzessive Antragsdelikte zu Officialdelikten gemacht werden, ist eine merkwürdige Verlogenheit eigenen Kalibers. Behaupteterweise «zum Schutz» der jeweils Berechtigten wird ihnen ein Recht entzogen (das Recht, einen Strafantrag zu stellen, steht nur dem unmittelbar Verletzten zu und ermöglicht, das Verfahren zu stoppen). Behauptet wird, dass die Person, der ein Antragsrecht zustehe, Pressionen ausgesetzt sei, was an das Argument erinnert, Frauen, die abends leichtgeschürzt ausgehen, dem Risiko sexueller Belästigung ausgesetzt seien, weshalb man ihnen vorsorglicherweise das Ausgangsrecht entziehe. Diese Argumentation findet sich in der Gesetzgebung nicht nur im Bereich der Sexualdelikte, sondern sogar bei der sog. Privatbestechung. Weil, so das Argument, für die Strafverfolgung nach Art. 23 UWG (BG über den unlauteren Wettbewerb) ein Strafantrag notwendig war, die zum Strafantrag Berechtigten aber zu wenig Strafanträge eingereicht hätten, habe man aus der Bestimmung ein Officialdelikt machen müssen. Pikant daran ist, dass gemäss Art. 9 und 10 UWG indes praktisch jeder auch nur entfernt Betroffene zum Strafantrag berechtigt war und wozu sogar der Bund gemäss Art. 23 Abs. 3 UWG berechtigt wurde. Ungeahnte Höhen der Hypokrisie werden erreicht, wenn man sich darüber beklagt, dass man selbst seine Rechte nicht

wahrnimmt. Nicht nur das Volk zieht es vor, lieber nicht mitzureden, der Gesetzgeber selbst sieht es ebenso (dass das Parlament im Frühling 2020 seine Session abgebrochen hat und seine Verantwortung im Wesentlichen an die Regierung abgeschoben hat, während es doch den Rest des Landes immerhin auf Telearbeit verwies, ist nur ein weiteres Beispiel).

VIII. Fazit

Denken bedeutet immer, Verantwortung zu übernehmen, Verantwortung aber ist nur ein anderes Wort für Freiheit. Die illiberalen, freiheitsfeindlichen und kollektivistischen Tendenzen, die wir beobachten, erklären sich also ganz einfach. Sie liegen in der Unwilligkeit, Unsicherheit nur schon zu ertragen, in der stetig abnehmenden Fehlertoleranz gegenüber allen, die Risiken eingehen. Sie liegen in der Sehnsucht nach einem wohlig-warmen und beschützten Zuhause, wofür das bisschen Mündigkeit noch so gerne hingegeben wird. Von Entmündigung hatte ich gesprochen, aber das muss wohl präzisiert werden: Was wir erleben, ist eine freiwillige Rückkehr in die selbstverschuldete Unmündigkeit auf allen Ebenen. Die Freiheit ist uns offenbar nicht mehr viel wert. Oder umgekehrt: Wir sind die Freiheit offenbar nicht wert. Oder in den Worten von Kant:

Faulheit und Feigheit sind die Ursachen, warum ein so großer Theil der Menschen, nachdem sie die Natur längst von fremder Leitung frei gesprochen (naturaliter majorennnes), dennoch gerne Zeitlebens unmündig bleiben; und warum es Anderen so leicht wird, sich zu deren Vormündern aufzuwerfen. Es ist so bequem, unmündig zu sein.

M. A. Niggli

Murten, im Herbst 2021



Faut-il se vacciner parce que le bien commun l'exige?

Henri Torrione

I. Comment j'ai été plongé dans cette controverse

Mon intervention contre l'exigence du certificat Covid à l'Université de Fribourg, dans un email aux 360 destinataires de la prise de position du Collectif d'étudiants ESC Romandie, a provoqué des réactions diverses, positives et négatives. La réaction négative la plus caractéristique disait la chose suivante : « je vous prierais de tenir vos opinions polémiques sur le vaccin pour vous seul ».

Pour comprendre le sens de cette réaction, il faut savoir que dans mon email j'indiquais que j'étais non seulement vacciné, mais avais de plus fait des efforts pour être un des premiers dans ma tranche d'âge à bénéficier de ce vaccin. La seule opinion « polémique » que l'on pouvait me reprocher était donc de m'opposer à la mesure « politique » d'exclusion des cours magistraux les étudiants sans certificat Covid.

Tout le monde semble reconnaître que c'est une mesure qui a pour but d'inciter les étudiants à se vacciner ; elle n'est en effet pas uniquement mise en place pour des raisons sanitaires, et d'ailleurs en Faculté de droit les étudiants sans certificat Covid peuvent continuer d'accéder librement aux couloirs de Miséricorde, le certificat Covid n'étant pas nécessaire pour les séminaires et les cours bloc (maximum de 20 à 30 personnes). Pour ces cours, c'est le professeur qui décide lui-même librement s'il veut

exiger le certificat ou non. L'entrée en salle de cours n'est en revanche pas permise sans certificat dans les grands auditoriums (je donne par exemple un cours avec 250 personnes inscrites, mais seulement deux tiers en présentiel, où il y a eu parfois des gardes Securitas à l'entrée de la salle pour faire contrôler les étudiants qui veulent suivre le cours).

Le débat portait en réalité sur une question plus large que simplement la limitation d'accès à certains cours. Cette question plus large avait d'ailleurs été bien mise en évidence par un email d'un professeur au Collectif ESC Romandie, qui disait, en s'adressant aux étudiants faisant partie de ce collectif : « J'aimerais beaucoup vous entendre ... exposer votre conception de la liberté, et la manière dont vous liez cette dernière avec la question du bien commun, de l'égalité, et de la solidarité sociale ». Mon email initial était une réaction contre la position de ce professeur : j'expliquais qu'à mon avis le bien commun et la solidarité sociale n'ont rien à faire dans cette affaire. C'est donc à propos de cette question du bien commun et de la solidarité sociale que l'on me demandait de garder mes « opinions polémiques » pour moi seul : je m'opposais en effet à l'idée que certaines personnes, en particulier les jeunes, devaient accepter la vaccination comme une obligation qui leur est imposée moralement sous prétexte que le bien commun exige d'elles ce sacrifice, même si pour elles, compte tenu par

exemple de leur jeune âge et de leur bonne santé, le vaccin est presque sans utilité. Comme l'a dit le Professeur de médecine, Michaël Peyromaure, le 19 octobre 2021 (Cnews, L'heure des Pros), « le vrai problème, c'est le rapport entre le bénéfice et le risque : on vaccine des gens qui sont très jeunes, qui n'ont donc aucun bénéfice de ce vaccin puisque le Covid est surtout dangereux chez les gens âgés et fragiles, et on a quand même vacciné des quantités de gens jeunes, et il y a des jeunes qui ont eu des complications, surtout cardiaques... ».

Je n'ai pas reçu que des réactions négatives. Je retiens celle de ce professeur en Faculté de droit, qui porte précisément sur ce point politique et juridique fondamental (faut-il vraiment accepter de se vacciner par simple solidarité sociale ?) : « je voulais te communiquer que je partage entièrement ton point de vue, et que je te suis reconnaissant de le faire connaître. On a petit à petit l'impression qu'il n'est plus autorisé de penser par soi-même ! ».

Ce professeur en Faculté de droit parlait exclusivement de l'obligation de se vacciner, des mesures de pression à cet égard, dont l'obligation de présenter un certificat Covid à l'entrée de certaines salles de cours. Il ne remettait pas du tout en question le vaccin, son utilité pour les personnes à risque, et le fait qu'il est important qu'elles la comprennent et se fassent vacciner.

Je vais me limiter à cette question d'obligation. Je ne vais donc discuter ici que de l'argument du bien commun en faveur de l'obligation vaccinale, en remettant en question la valeur d'un tel argument.

Dans mon email je défendais l'idée que s'agissant de ce vaccin, l'on se fait vacciner pour soi, pour le bien qu'on espère retirer de cette intervention médicale, selon son jugement propre sur la situation dans laquelle on est (son âge, sa situation de santé, etc.) après avoir pris conseil auprès de son médecin. Je soutenais que face

aux pressions, il ne faut pas abandonner le gouvernement des actions de sa vie quand on est dans une situation dans laquelle il n'y a pas d'obligation légale de vaccination, et même plus : dans un domaine dans lequel il ne peut pas y avoir d'obligation légale à cet égard à l'heure actuelle (il n'y a pas de problèmes de surcharge au niveau des services de réanimation). La décision personnelle sur son propre cas, en fonction de son âge et de sa situation de santé, est centrale.

Je vous prierais de tenir vos opinions polémiques sur le vaccin pour vous seul.

Il ne peut pas y avoir d'obligation pour ce vaccin pour une raison bien simple : la maladie dont le vaccin nous protège attaque surtout les personnes âgées, et le bilan personnel des raisons pour et contre le vaccin sera tout différent entre un vieux comme moi, et des jeunes comme mes étudiants. Cet aspect sera développé plus en détail ci-dessous, en lien avec la question de la justice.

Je soutenais encore que dans une telle situation (celle de ce vaccin, avec ce virus et la maladie qu'elle provoque, avec aussi toutes les incertitudes qui existent encore, et surtout la variété des niveaux de risque par rapport à la maladie), c'est cette multiplicité de jugements individuels et la décision personnelle en fonction de sa propre situation de santé qui vont dans le sens de l'utilité commune (j'explique plus bas pourquoi cette expression est utilisée au niveau politique de préférence à

celle de bien commun), et pas une mesure d'obligation uniforme et aveugle.

Ce qui contribue le plus à l'utilité commune, c'est que les plus vulnérables se protègent, et se protègent tous. Je ne m'opposerais pas du tout à une obligation stricte de vaccination pour les gens de mon âge, avec des sanctions très lourdes, comme prendre soi-même en charge tout le coût d'un traitement en réanimation, mais pour des jeunes comme mes étudiants, et en général pour les gens de moins de trente ans (il faudrait affiner sur la base des statistiques relatives au rapport entre l'âge et le risque de développer la maladie), je suis opposé à toute obligation, à toute pression et contrainte indirecte, et je considère que l'argument du bien commun et de la solidarité sociale ne peut pas être utilisé de bonne foi.

II. La position sur le bien commun d'un professeur en Faculté de théologie

A. Peut-on se rendre coupable de contaminer intentionnellement le prochain en ne se vaccinant pas ?

On m'a remis un Avis de quatre pages ne portant pas sur la situation à l'Université de Fribourg, mais sur une situation semblable. Cet Avis analyse les choses du point de vue du bien commun et arrive à la conclusion qu'il existe sur cette base un « *devoir moral civique* » de se vacciner.

Cet Avis concerne la situation d'étudiants universitaires, donc de personnes jeunes pour lesquels le bilan personnel et la décision pourra être toute différente de ce qu'elle a été pour moi, compte tenu de mon âge.

L'Avis ne tient toutefois pas compte, intentionnellement, de cette différence d'âge. Pourtant entre un vieux et un jeune le risque de mourir de cette maladie est mille fois plus faible pour le jeune. L'Avis de ce professeur en Faculté de théologie va même jusqu'à dire que le pape François s'est soumis au vaccin, et qu'en conséquence « il est imprudent de préférer sa

propre estimation à celle du chef spirituel d'un milliard trois cents millions de catholiques ».

Il n'y a pas de doute que le pape François s'est fait vacciner conformément au conseil de son médecin, qui était à coup sûr catégorique compte tenu de l'âge. La situation médicale était probablement tellement claire, compte tenu de l'âge, que le pape François n'a peut-être même pas eu besoin de demander un conseil à son médecin.

Se référer au bien commun à propos de la vaccination relative à ce virus n'a de sens que si la vaccination du 100% de la population permettrait de faire disparaître le virus.

Mais si le pape François est un modèle dans ce contexte médical précis, c'est pour les personnes dans sa classe d'âge uniquement. Il n'est en rien un modèle dans ce contexte purement médical, pour les enfants, par exemple. C'est évident !

L'Avis défend même l'idée que c'est un devoir moral de ne pas penser par soi-même s'agissant du vaccin du Covid que l'on se fait administrer. Il va même jusqu'à dire dans une note de bas de page, que si on le fait (si on pense par soi-même s'agissant de cette décision de se faire vacciner), on pourrait se rendre coupable « de jugement téméraire ».

C'est une idée défendue par beaucoup de progressistes. Elle était sous-jacente dans bon nombre de réactions que j'ai reçues, notamment celle qui me demandait de garder mes opinions polémiques pour moi seul.

Selon l'Avis, il y a à l'égard de ce vaccin « un devoir d'obéissance » : « la complète obéissance est dans l'acceptation de la vaccination ». C'est en Suisse une obéissance à « l'autorité publique légitime » qu'est le Conseil fédéral. En conséquence, se vacciner serait pour les étudiants non vaccinés ce que l'Avis appelle « leur devoir moral civique ».

Laissons de côté un instant la construction qui permet à l'Avis d'arriver à l'idée de « complète obéissance », alors même que la vaccination n'est pas obligatoire en Suisse, et, comme on l'a dit, ne peut pas l'être. Je reviendrai plus bas sur l'idée d'une obligation morale découlant directement du bien commun. Intéressons-nous d'abord à la façon dont l'Avis conçoit les conséquences de la non vaccination. On va mettre en évidence ce qui m'apparaît comme une erreur dans la perspective de base adoptée par l'Avis.

Selon l'Avis, si l'on n'est pas vacciné « les tests n'empêchent pas d'être contaminé et de contaminer le prochain avant que l'on s'isole ».

Contaminer le prochain si l'on n'est pas vacciné ! C'est là la perspective de base de l'Avis. Elle est introduite sans discussion, comme allant donc de soi.

L'Avis semble reposer implicitement sur la conviction que la non vaccination peut quasiment être assimilée à la transmission intentionnelle d'une maladie contagieuse. La personne non vaccinée est comme celle qui a le Sida, le sait, et a malgré tout des relations sexuelles non protégées avec quelqu'un à qui elle cache qu'elle est malade et contagieuse ! L'Avis ne le dit pas ouvertement, et préfère au niveau de ce qui est explicite utiliser l'idée d'une « désobéissance [constituant] en ce cas une faute objecti-

vement grave », mais ce qui est explicitement dit dans l'Avis a une force qui lui vient en réalité entièrement de cette accusation implicite adressée aux non vaccinés : vous contaminez le prochain, ou tout au moins, en ne vous vaccinant pas, vous vous mettez en position de le faire à tout moment, sans même le savoir.

Examinons rationnellement cette idée, très populaire chez certains vaccinés, surtout des vaccinés qui ont en quelque sorte recouru au vaccin à regret, avec une certaine réticence, et semble penser que puisqu'ils l'ont fait (c'est plus une vague indignation qu'une pensée), les autres doivent le faire aussi :

- Si le prochain (que l'on va contaminer, selon cette accusation) est une personne vaccinée, la situation est la suivante : comme selon l'Avis le vaccin empêche d'être contaminé (l'Avis l'affirme indirectement : il suffit de prendre *a contrario* son affirmation que « les tests n'empêchent pas d'être contaminé et de contaminer... »), il n'y a pas de problème, me semble-t-il : selon la logique adoptée par l'Avis, la personne non vaccinée ne va en effet pas contaminer le prochain, parce que ce dernier est protégé par le vaccin qu'il s'est fait administrer.
- Si le prochain est une personne non vaccinée, la situation est la suivante : cette personne non vaccinée peut effectivement être contaminée, mais elle doit avant tout s'en prendre à elle-même, surtout si elle est à risque et aurait dû se faire vacciner pour se protéger, compte tenu de son âge et de sa situation de santé. La situation s'agissant des responsabilités respectives de l'un et de l'autre (du contaminant et du contaminé) n'est toutefois pas claire, et on a le dilemme suivant : la solidarité sociale exige-t-elle de se faire vacciner, si par exemple l'on est jeune et en bonne santé, non pas pour soi

mais pour protéger des personnes qui ne veulent pas se faire vacciner, alors qu'elles le devraient compte tenu, par exemple, de leur âge ? On ne va pas examiner ce dilemme ici, mais il est évident que l'on peut difficilement continuer à tout exiger des jeunes, et rien des vieux.

On sait maintenant que les personnes vaccinées peuvent être contaminées, et contaminer à leur tour. Le vaccin ne protège pas bien à cet égard.

Mais revenons sur ce qui vient d'être dit : on sait maintenant que les personnes vaccinées peuvent être contaminées, et contaminer à leur tour. Le vaccin ne protège pas bien à cet égard. Il n'est pas aussi efficace qu'on l'espérait s'agissant de la propagation du virus. Pour cette raison l'université dans laquelle est mon fils aux USA impose un test salivaire toutes les semaines, aux vaccinés aussi bien qu'aux non vaccinés. Même entre vaccinés, il faut éviter que les personnes contaminées viennent contaminer les autres, et l'isolement s'impose. Selon cet aspect, le test est préférable au vaccin, parce qu'il détecte les contaminés. Tout le développement de l'Avis sur « l'obligation imparfaite au sens moral » qui consiste à recourir au test (p. 2) devient sans objet ! L'Avis aurait dû exiger le test et le vaccin pour les personnes

qui visent à la « perfection », s'agissant de ce que l'Avis appelle « leur devoir *moral* civique ».

Il faut relever en outre que si les personnes vaccinées peuvent être contaminées, et contaminer à leur tour, le dilemme évoqué ci-dessus disparaît. Le fait que les vaccinés contaminent eux aussi, peut-être pas tout de suite mais assez rapidement après avoir été vaccinés, met les vaccinés et les non vaccinés quasiment sur le même plan s'agissant de « contaminer le prochain » (même si l'on peut faire des différences entre contaminer un peu plus ou un peu moins). Il n'en reste pas moins que le vaccin protège celui qui l'a reçu des formes graves de la maladie. C'est en cela qu'il est utile. Un professeur de l'Université de Stanford, M. Jayanta Bhattacharya, distingue pour cette raison l'effet « privé » du vaccin (protéger celui qui l'a reçu des formes graves de la maladie) et son effet public (empêcher la contamination), et souligne que ce vaccin, contrairement à d'autres, ne se révèle convaincant que pour l'effet « privé ».

Et il est clair, en conséquence, que s'agissant de ce virus et de ce vaccin, tout relève de la responsabilité pour soi, et rien de la responsabilité pour les autres, rien du bien commun, rien de la solidarité sociale. Le professeur de Stanford que l'on vient de mentionner en tire les conséquences en matière de politique publique de santé : il ne faut pas d'obligation de se vacciner. Et l'accusation de se mettre en position de contaminer les autres du fait que l'on n'est pas vacciné, ne peut pas être maintenue : même les vaccinés contaminent !

B. La construction de l'idée que « la complète obéissance est dans l'acceptation du vaccin »

L'Avis reconnaît que pour arriver à cette idée d'obéissance, « il faut avoir ... l'esprit de finesse et non de géométrie ». Il n'y a en effet pas en Suisse d'obligation légale de se vacciner, s'agissant de ce vaccin, et il faut beaucoup de « finesse » à l'Avis pour arriver au même résultat que s'il y en avait une.

L'Avis y parvient à travers l'argument que « l'obéissance est une vertu par laquelle on sert le bien commun tel que ce service est défini par l'autorité » (p. 2). L'Avis parle à ce propos du « service de la fin », en désignant cette fin comme la « vaccination la plus large possible », et considère que dès lors qu'il y a de la part de l'autorité des actes comme « inciter, convaincre par une pédagogie soutenue » en vue de cette fin, l'obéissance est dans le service de la fin en question.

L'Avis explique l'absence d'obligation de se vacciner, au niveau des décisions des autorités politiques comme le Conseil fédéral, par « le risque de désobéissance massive de la population » si une telle obligation était mise en place. C'est le prétexte qu'il donne pour assimiler « inciter, convaincre par une pédagogie soutenue », à obliger.

C'est une explication qui ne correspond pas à la réalité, ou plutôt, qui reste en surface et se refuse de voir qu'une telle désobéissance proviendrait de l'inégalité des situations par rapport à ce virus entre les jeunes et les vieux, et donc de l'injustice objective de la mesure (et aussi de son inefficacité à faire disparaître la circulation du virus). L'impossibilité juridique et morale absolue, à mon avis, pour l'autorité de prévoir une obligation générale de vaccination dans le cas de ce virus, tient à la diversité des situations par rapport aux conséquences sur la santé de l'infection par le virus.

C'est cela que l'Avis ne veut pas voir : l'idée de bien commun lui sert à justifier commodément une approche globale et simple. Inciter et convaincre par une pédagogie soutenue, ce qui est le choix fait par le Conseil fédéral, laisse au contraire la marge de manœuvre pour le traitement adéquat de toutes les situations concrètes, par les gens eux-mêmes, qui décident au mieux pour eux, compte tenu de leur situation médicale particulière, individuelle, après avoir consulté leur médecin. L'Avis introduit, contrairement aux autorités politiques suisses,

une très forte dose d'uniformité, sous prétexte de bien commun et d'obligation « morale ».

III. Une autre position sur le bien commun et la solidarité sociale

La question du bien commun et de la solidarité sociale est donc la question centrale s'agissant de la vaccination obligatoire à tous âges.

Précisons d'abord qu'inviter quelqu'un à se vacciner peut tout à fait se faire sans accompagner cette invitation de l'idée qu'il y a chez lui ou elle une culpabilité à ne pas le faire, que la personne se comporterait mal comme citoyen si elle ne le faisait pas, que sa conduite est injustifiable au regard du bien commun et de la solidarité sociale. Cette culpabilisation conduit à diviser les gens, à opposer les vaccinés aux non-vaccinés alors qu'il s'agit souvent de gens qui ne sont pas dans la même situation. C'est malsain et ça peut facilement nourrir une espèce de rancœur généralisée contre les non vaccinés. Cela peut faire naître l'envie de les transformer en boucs émissaires si le vaccin ne va pas, pour finir, tenir ses promesses. Il faut faire très attention avec cette division des gens, surtout que l'on est en train d'y faire rentrer les enfants dès l'âge de cinq ans. Comme le dit le Professeur de médecine, Michaël Peyromaure, « je suis éberlué, pour ne pas dire scandalisé, sur le débat qui est en train de monter sur la vaccination des très jeunes. Aujourd'hui certains médecins et certaines autorités envisagent de vacciner dès l'âge de cinq ans, ce qui pour moi est une folie ... ». Qu'est-ce que va donner cette division entre vaccinés et non vaccinés une fois qu'on l'installe dans les classes enfantines, entre enfants dès cinq ans ? C'est assez effrayant comme perspective en cas de vaccination obligatoire à tous âges.

Pour que la mesure d'obligation générale de vaccination soit acceptable, il faut non seulement que ce moyen soit efficace, mais aussi qu'il soit proportionné à la situation concrète. On va passer le reste de ce texte à parler de la question de la proportionnalité du moyen en

question à la situation actuelle en Suisse, c'est-à-dire de la question de la justice d'un tel moyen. Avant de le faire, disons un mot de l'efficacité du moyen en question.

L'idée que certains devraient accepter la vaccination pour la seule raison que le bien commun leur impose ce sacrifice, suppose en effet, au minimum, qu'un tel sacrifice soit utile. Or rien n'est moins claire. Se référer au bien commun à propos de la vaccination relative à ce virus n'a de sens que si la vaccination du 100% de la population permettrait de faire disparaître la circulation du virus. C'est là un objectif aussi illusoire, semble-t-il, que de faire disparaître la grippe par le vaccin. Je ne suis pas spécialiste et ne connais rien à ces domaines, mais les changements d'avis des spécialistes à propos de ce virus et de ses variants remettent au premier plan le simple bon sens de chacun, face à la nécessité de vivre avec un virus qui continuera de circuler. L'idée que le virus va disparaître grâce à l'universalisation complète de la vaccination n'a, semble-t-il, aucune base scientifique. Ce n'est qu'un vœu. Alors que l'on nous parlait l'année passée d'immunité collective dès que la vaccination aurait couvert le 60% de la population, puis, a-t-on dit, le 70% ou le 80%, on semble aujourd'hui avoir totalement abandonner ce genre de prédiction, tout en continuant, malgré tout, de viser souvent dans les faits, sans le dire, une disparition totale du virus, c'est-à-dire une illusion. C'est cette visée qui autorise certains à parler de bien commun, et à juger les autres au nom du bien commun. Mais le bien commun est autre chose qu'un ensemble de vœux, d'espairs, de bonnes intentions. Si l'on comprend adéquatement la notion au niveau politique, ce n'est pas un idéal, mais l'utilité *effective* qui résulte de la combinaison d'efforts et de ressources pour mettre en place des moyens ou des conditions utiles. C'est par exemple, pour les rameurs, la coordination adéquate de leurs mouvements, pour assurer un mouvement effectif du bateau dans la direction voulue.

La réponse s'agissant de l'efficacité est, au mieux, pas très claire. Examinons l'autre aspect. Comme je viens de le dire, pour qu'une telle mesure soit acceptable, il faut non seulement que ce moyen soit efficace, mais aussi qu'il soit proportionné à la situation concrète. Sur ce second point, qui est la question de la justice de la mesure, la difficulté avec ce vaccin est encore plus grande que sur le premier.

L'idée que certains devraient accepter la vaccination pour la seule raison que le bien commun leur impose ce sacrifice, suppose en effet, au minimum, qu'un tel sacrifice soit utile.

Les autorités en Suisse sont arrivées à la conclusion qu'il était juste dans les conditions actuelles de ne pas imposer d'obligation vaccinale sur le plan légal. L'on ne peut pas à mon avis face à ce jugement de justice très clair des autorités suisses, sans le trahir, avancer l'idée d'une obligation morale civique de se vacciner, pour culpabiliser les plus jeunes sous prétexte que le bien commun ou la solidarité sociale exigerait, « moralement », qu'il se vaccinent, et que les autorités suisses elles-mêmes le soutiendraient. Il est vrai que l'on peut faire reposer un jugement de valeur plus favorable sur le comportement consistant à se vacciner, comparé au comportement contraire, si l'on se base

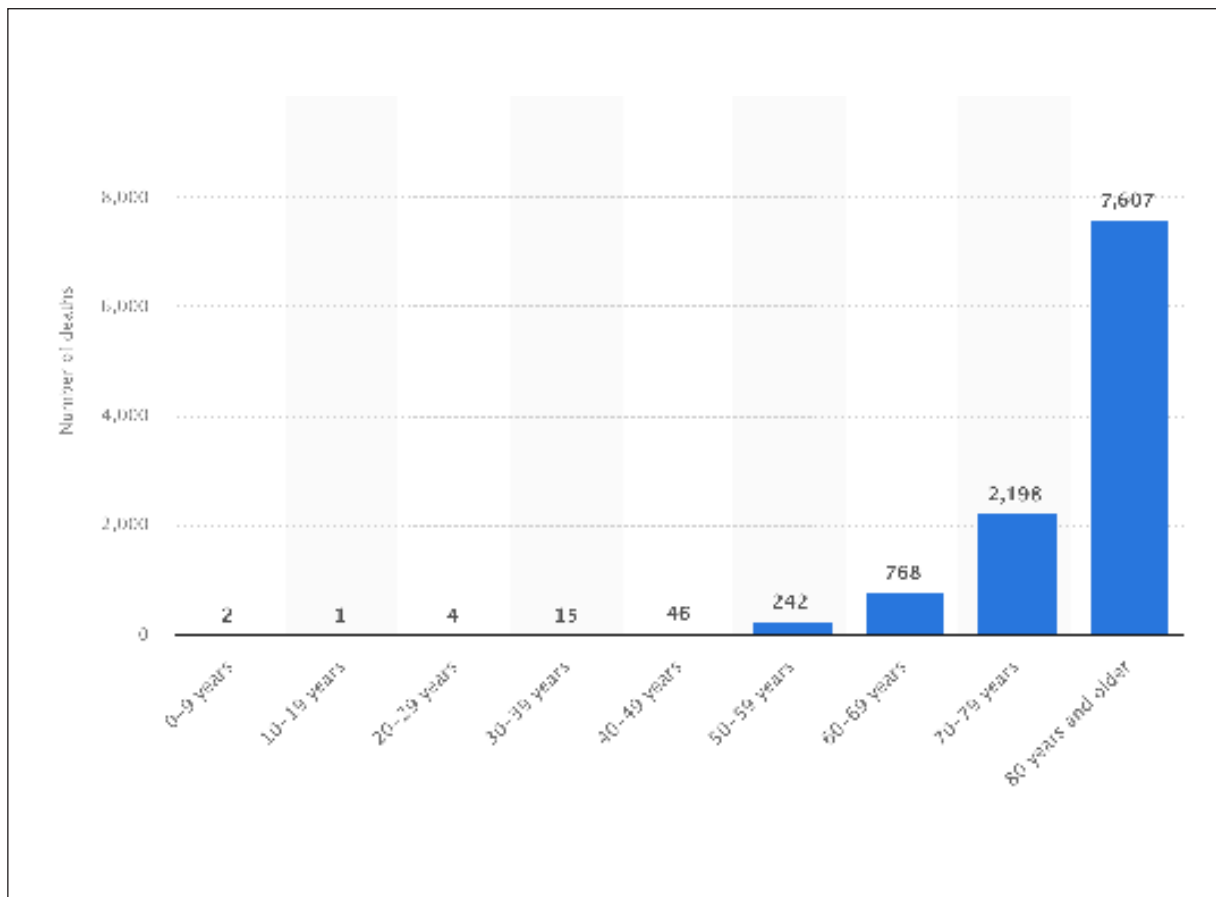
sur la prise de position du pape François, qui, dans un message du 18 août dernier a dit que se « vacciner ... est un acte d'amour ..., c'est un moyen simple mais profond de promouvoir le bien commun et de prendre soin les uns des autres ». C'est le professeur en Faculté de théologie qui a attiré mon attention sur la position du pape François. Mais je ne crois pas, contrairement à lui, que l'on puisse considérer que l'attitude des autorités politiques suisses va dans le sens d'une telle obligation morale, et permette des jugements de valeur de ce genre à l'encontre des non vaccinés.

A mon avis, c'est l'inverse qui est vrai : la justice élémentaire, centrale à la base de la prise de décision du Conseil fédéral, exclut toute idée d'obligation de vaccination s'agissant des plus jeunes, même sur le plan moral. On ne peut même pas dire que du point de vue du comportement « citoyen », celui des vaccinés est meilleurs ; nous allons expliquer dans les douze paragraphes qui suivent pourquoi ce

serait contraire aux raisons de justice élémentaire qui ont joué un rôle décisif dans la décision du Conseil fédéral :

1. Selon le professeur de médecine Michaël Peyromaure, dont on a déjà parlé, « tous les vaccins qui ont été rendus obligatoire chez les enfants [et rendus obligatoires à juste titre du point de vue moral et juridique], diphtérie, tétanos, poliomyélite, etc. sont des vaccins qui visent à éradiquer des maladies qui tuent à tous les âges. Le Covid, ce n'est pas le cas. On a parfaitement ciblé les groupes à risque ». Le tableau suivant indique le nombre de morts en Suisse par tranches d'âges durant 2021 jusqu'en octobre (statista.com) :

2. Le Conseil fédéral ne pouvait pas rendre ce vaccin obligatoire : face à ce tableau, on comprend immédiatement que ne pas en faire une obligation sur le plan juridique et moral est une question de justice élémentaire. Comment ceux qui sont dans les catégories à risque



osent-ils exiger pour eux quelque chose des autres en se référant à la morale (au bien commun, à la solidarité sociale, etc...), alors même que ces « autres » sont en train de comprendre les enfants dès cinq ans ? Comment peut-on sans même réfléchir au problème faire passer ce qu'on exige d'autrui comme une exigence du bien commun, alors même qu'on exige quelque chose d'autrui pour soi et les gens de sa classe d'âge ? « Es hat niemand Gewissen als der Betrachtende », dit justement Goethe. Il faut donc réfléchir plus à la question, la considérer sous tous ses aspects.

3. Eliminons la catégorie des plus âgés, parce que pour eux c'est différent : on peut sans problème exiger d'eux la vaccination ! Il n'y a pas d'obligation juridique de se faire vacciner pour eux non plus, sans doute, mais il y a pour eux manifestement une obligation morale de le faire : en ne le faisant pas, ils reportent en effet sur la société la charge de traitements coûteux qui seront nécessaires pour eux, alors que ce sont des coûts qui relèvent de leur choix, en raison de l'autoprotection du vaccin. Et ils occupent des places en réanimation !

4. Comment donc aborder la question de savoir dans quelle mesure il faut prendre en compte la situation différente des plus jeunes, pour qui le calcul bénéfice/risque est effectivement tout différent. Il faut y réfléchir. Nous avons certes tous des raisons d'avoir peur, pour notre santé, pour notre famille, pour nos amis, mais ce n'est pas un bon motif pour ne pas réfléchir, pour seulement obéir. L'utilitarisme est en train de l'emporter dans la façon spontanée que l'on a d'envisager la question de l'obligation de vaccination, me semble-t-il. On le voit à l'œuvre avec cette idée, que je refuse, que l'autorité politique rejoindrait par sa décision la position du pape dans le message cité plus haut. Elle la rejoindrait non pas parce que l'autorité politique en appellerait aussi à la charité et à l'amour du prochain sur le plan personnel – c'est la position du pape, et elle n'a rien d'utilitariste – mais parce que l'autorité

politique approcherait les choses en fonction d'un pur « critère d'efficacité », comme le soutient de façon surprenante ce professeur en Faculté de théologie, qui est l'auteur de l'Avis dont on a parlé plus haut. Selon lui, si l'on interprète bien ce qui s'est passé au niveau des autorités politiques, on doit reconnaître l'existence d'une obligation morale citoyenne de vaccination « à tous âges », parce c'est conforme au principe d'utilité.

5. On ne doit pas à mon avis comprendre ce que font les autorités politiques en Suisse de cette façon-là. Elles n'ont pas pris leur décision exclusivement en fonction d'un « critère d'efficacité » ou d'utilité globale. Non seulement la décision qu'elles ont prise n'introduit pas une obligation légale de vaccination, pour des raisons de justice élémentaire évidentes, mais, de plus, ces raisons de justice élémentaire à la base de la décision permettent à mon avis de comprendre celle-ci comme excluant aussi toute autre obligation générale de vaccination, en particulier toute obligation morale découlant du bien commun ou de la solidarité sociale.

6. Il est vrai que cette façon de voir les choses relève d'un combat à contre-courant ! Il est difficile de donner toute l'attention qu'elles méritent à ces raisons de justice élémentaire qui mettent en échec le calcul utilitariste. Celui-ci se fait en fonction du bien-être global de la société, du « plus grand bonheur du plus grand nombre », de « the greater good of society », c'est-à-dire de concepts indéterminés. Dans l'éloquence utilitariste d'Anthony Fauci, le conseiller en matière de santé du Président des USA, de telles raisons n'ont en effet pas de place : s'adressant à la population et notamment aux parents d'enfants, il dit : « You are a member of society. And I think each of us has a responsibility. You have to give up your right to make your own decisions, for the greater good of society ». Face à cette pression de la pensée utilitariste, le Conseil fédéral a le grand mérite de s'en être tenu dans sa décision au droit et à l'équité au niveau des moyens qui peuvent être

mis en œuvre : l'obligation générale de vaccination n'en fait pas partie, compte tenu, probablement, des faits indiqués dans le tableau ci-dessus, donc de problèmes de justice distributive.

Avec ce vaccin, il ne s'agit bien pas de la mise à mort d'un innocent, mais simplement de sa vaccination. Ne comparons donc pas ce qui n'est pas comparable, mais ne supposons pas non plus qu'un traitement médical administré sans utilité pour la personne qui le reçoit, ne pose pas de problème sérieux.

7. Au centre d'une approche prenant en compte le droit et l'équité, il y a l'opposition à l'idée que la fin justifie toujours les moyens. Il faut se placer au niveau politique pour voir comment cette idée et son rejet fonctionnent, et pas au niveau de la morale individuelle : au niveau politique, il y a une multitude de personnes qui sont concernées, et comme elles sont dans des situations objectivement très différentes les unes des autres, les questions de droit et d'équité sont centrales quand on se

demande s'il faut imposer une mesure unique à tout le monde. Alors qu'au niveau de la morale individuelle, auquel se situe le pape dans la prise de position dont on a parlé, les personnes sont prises une à une, et leur comportement est examiné en fonction notamment de leur intention (par exemple, est-ce un acte d'amour du prochain ou non ?). La vaccination forcée d'enfants et de jeunes au niveau collectif, alors que ce n'est pas un traitement médical nécessaire pour eux, mais quelque chose de simplement utile pour d'autres, est contraire à la justice élémentaire et suppose qu'on la mette entre parenthèse, ce qui n'est pas possible en l'absence d'état d'urgence manifeste extrême (sur la clause générale de police, voir notamment l'art. 184 al.3 de la Constitution suisse). Caïphe a fait valoir abusivement l'état d'urgence à son époque, et il a convaincu beaucoup de gens qu'il fallait mettre entre parenthèse la justice au profit de la fin, avec l'argument suivant : « il est préférable qu'un homme périsse plutôt que la nation toute entière ». Ponce Pilate a été convaincu, ou tout au moins il a laissé faire en se disant que l'on ne peut de toute façon pas faire la différence entre ce qui est vrai et ce qui est faux. Avec ce vaccin, il ne s'agit bien évidemment pas, dans l'action collective à accomplir à tous âges « for the greater good of society », de la mise à mort d'un innocent, mais simplement de sa vaccination. Ne comparons donc pas ce qui n'est pas comparable, mais ne supposons pas non plus qu'un traitement médical administré sans utilité pour la personne qui le reçoit, ne pose pas de problème sérieux. Par cette analogie avec l'argument de Caïphe, je veux faire comprendre qu'on ne peut pas facilement écarter le jugement informé de l'autorité politique suisse sur ce qui est matériellement justifié et proportionné dans la situation dans laquelle on se trouve aujourd'hui en Suisse, soit, selon le Conseil fédéral au moment de sa décision : pas d'obligation générale de vaccination.

8. Les positions utilitaristes utilisent l'équivoque liée à l'expression « bien commun ». Au

sens où l'entend le pape quand il parle de « promouvoir le bien commun » par l'acte d'amour du prochain que serait la vaccination, selon la citation donnée plus haut, le bien commun est un principe de moral au niveau personnel qui permet d'exclure les comportements égoïstes. La solidarité sociale va dans le même sens. John Finnis décrit bien en quoi consiste la prise en compte de ce principe de morale : c'est l'attention à « un accomplissement humain intégral (l'accomplissement de toutes les personnes et de toutes les communautés humaines) »¹. Cet auteur précise utilement que « l'accomplissement humain ainsi défini n'est pas un but dont on pourrait se rapprocher au moyen de tel ou tel acte. Mais il n'est pas non plus dépourvu de toute force critique », parce qu'il permet d'écarter tout « type de volonté incompatible avec *le souci* de l'accomplissement humain intégral » (c'est nous qui mettons en italique). Pour Finnis, le bien commun compris en ce sens constitue l'élément central du « premier axiome moral » au niveau personnel.

9. Quand on est au niveau politique, c'est-à-dire au niveau d'un raisonnement pour toute une communauté nationale, par exemple quand on envisage la mesure qu'est l'obligation vaccinale « à tous les âges » comme le fait A. Fauci quand il se réfère à « the greater good of society », il faut faire attention au caractère indéterminé du concept de bien commun. La question du pouvoir politique et de ses limites en dépend (si l'on se trouve dans une situation d'urgence extrême, désespérée, où on doit peut-être faire feu de tout bois, c'est différent). Pour écarter ce caractère indéterminé, la tradition de pensée politique a considéré que le bon critère de l'action commune au niveau politique n'est pas le bien commun pris au sens de « l'accomplissement de toutes les personnes et de toutes les communautés humaines ». L'expression « avantage commun » ou « utilité commune », qui est utilisée de préférence à celle de « bien commun »

lorsque l'on est au niveau politique, désigne en effet un ensemble de mesures concrètes, de conditions réalistes, de moyens souvent terre à terre, mis en place par la communauté politique et les autorités politiques en fonction de l'utilité démontrée de ces mesures pour les habitants du pays. On est donc loin d'une fin aussi totalement indéterminée que « l'accomplissement de toutes les personnes et de toutes les communautés humaines » : il s'agit uniquement de moyens efficaces à mettre en place, de conditions, pour les habitants du pays. Leur mise en place est sans doute la fin que doit réaliser la communauté nationale en question, mais on est au niveau d'une fin empirique, si j'ose dire, testée par l'expérience humaine, génération après génération.

10. Comme à ce niveau politique la question du pouvoir est centrale (le « pouvoir concernant l'homme et la communauté dans laquelle il vit », selon l'expression d'Aristote²), l'utilité commune a été conçue non seulement comme une fin qui est à la base des décisions et de l'activité de la communauté en question et de ses dirigeants, mais surtout, en même temps, comme une limite mise à ce pouvoir.³ On a parlé à juste titre, pour cette raison, de l'utilité commune comme « a 'purpose of government' critical standard »⁴. Il faut bien voir que la limite n'est pas seulement dans le contrôle de l'efficacité du moyen mis en œuvre (on en a parlé plus haut), mais surtout dans le contrôle de son caractère proportionné à la situation concrète, comme en matière de légitime défense. Sauf qu'ici on a une situation impliquant un grand nombre de personnes qui sont dans des positions très différentes face au virus les unes des autres, du point de vue du risque, et

1 Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, sous la direction de Monique Canto-Sperber, 3e édition, 2001, article de John Finnis intitulé « Loi naturelle », pp. 921 à 927, p. 926.

2 Aristote, Les Politiques, III.6, 1278b16-18, où Aristote parle des « sortes de pouvoir concernant l'homme et la communauté dans laquelle il vit », trad. P. Pellegrin, GF Flammarion, p. 226.

3 Voir John Locke, Deux traités du gouvernement, trad. B. Gilson, Vrin 1997, p. 212, sur cette idée centrale qu'au niveau politique, pour les communautés politiques et les autorités politiques, la fin est en même temps la limite à ne pas dépasser.

4 Richard Ashcraft, Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government, Princeton 1986, p. 320.

le test du caractère proportionné de la mesure implique celui du contrôle de son utilité *commune*. Ce « critical standard » explique que dans le cas que nous discutons ici, le Conseil fédéral n'a pas pensé seulement à « l'intérêt général ». La position utilitariste comprend cette dernière expression comme une référence au caractère décisif de « the greater good of society », donc quelque chose d'autre que la prise en considération de l'utilité *commune*. L'adjectif « commune » qui qualifie l'utilité signifie, en effet, que c'est l'utilité non seulement pour tous en général, mais aussi pour chacun en particulier : on doit donc aussi tenir compte de ce qu'exige la mesure, de chacun « séparément »⁵. Le critère de l'utilité *commune* comme limite à l'activité de la communauté politique en cause, à celle de son gouvernement (de l'Etat, si l'on veut faire le lien avec le droit comme « limite de l'activité de l'Etat », selon l'art. 5 al. 1 Cst.), implique donc une conception du droit et de la justice qui tienne compte de la séparation des personnes⁶. La mise en œuvre concrète d'une justice qui tient compte de la séparation des personnes, c'est la fin non utilitariste de communautés politiques mises en place, pourtant, pour leur utilité – une fin non utilitariste qu'Aristote caractérise en disant qu'elle est « le droit et la justice, à savoir l'avantage commun »⁷.

5 Aristote, Les Politiques, III.6, 1278b23, trad. P. Pellegrin, GF Flammarion, p. 226.

6 John Rawls considère à juste titre que l'utilitarisme procède sans égard « à la différence entre les personnes » (Théorie de la justice, p. 219; voir aussi p. 53 : « on traite toutes les personnes comme une seule », et « la pluralité des personnes n'est pas vraiment prise en compte par l'utilitarisme »). Sur l'actualité qu'a eu cette question au moment de la guerre de Bush contre le terrorisme (tenir compte ou pas de la séparation des individus), voir Richard A. Posner, « Alan M. Dershowitz, The best offense », New Republic, sept. 2, 2002 : il s'agit des philosophes et intellectuels qui ont argumenté en faveur de la torture, sur la base d'une approche aggrégative utilitariste (« torture is permissible if the stakes are high enough »). A noter que bien que Rawls ait totalement raison dans cette critique de l'utilitarisme, nous ne reprenons pas ici la solution qu'il préconise pour tenir compte de la séparation des personnes, mais celle d'Amartya Sen dans son ouvrage *L'idée de justice* : pour écarter cet aspect inacceptable de l'utilitarisme, il suffit d'une conception adéquate de la justice distributive, sans devoir recourir à la tradition de pensée du contrat social comme le fait Rawls. Amartya Sen propose en effet de recourir à la tradition de pensée propre à la justice distributive aristotélicienne (sur la justice et les jugements de justice au niveau politique dans cette tradition de pensée, voir *infra* note 8).

7 Aristote, Les Politiques. III.12, 1282b14-23: ἔστι δὲ τὸ πολιτικὸν ἀγαθὸν τὸ δίκαιον, τοῦτο δ'ἔστι τὸ κοινῆ συμφῆρον. M. N. S. Sellers

Il ajoute que c'est là le « bien politique ». Pour l'atteindre il faut que dans le pays en question la justice distributive intervienne au niveau de la distribution juste des obligations respectives (par exemple la distribution des obligations de vaccination : à chacun sa part, selon une égalité de proportion qui tienne la route, comme dans toutes les distributions⁸).

You have to give up your right to make your own decisions, for the greater good of society.

11. C'est sur la question de la distribution proportionnellement égale que porte le jugement d'appréciation de l'autorité politique, lorsqu'elle détermine ce qui est justifié en matière d'obligation vaccinale dans la situation en cause. Ce jugement est central, et en même temps délicat et difficile. Amartya Sen décrit bien dans son ouvrage (voir *supra* note 6) le travail de la raison pratique en lien avec un tel jugement. Dans le meilleur des cas, un tel travail aboutit à une détermination exacte de ce qui est proportionné à la situation. Cette détermination ne suppose pas vraiment de

(Republican Legal Theory. The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State, New York 2003, p. 10) souligne qu'Aristote défend la position que « justice' to consist in government for the common good ». L'auteur utilise aussi l'expression « republican identification of justice with the common good » (p. 121) pour expliquer la position prise dans ce courant de pensée. Voir aussi du même auteur l'expression de « common good conception of justice » (The Influence on Marcus Tullius Cicero on Modern Legal and Political Ideas (February 20, 2009), in: Ciceroniana, the Atti of Colloquium Tullianum Anni, MMVIII. Disponible à l'adresse : SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1354102>, p. 17).

8 Voir Michael Walzer, Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité.

critères préalables, selon Amartya Sen, et se fait essentiellement par une analyse attentive de la situation face à laquelle on se trouve, et par l'examen comparatif des solutions envisageables compte tenu des caractéristiques de cette situation. La raison pratique cherche par cette comparaison à déterminer dans un débat aussi ouvert que possible la ou les solutions adéquates, compte tenu des caractéristiques de la situation. Le Tribunal fédéral a brillamment mis en évidence ce type de démarche de la raison, à l'aide de la formule suivante : il faut pour le juge « apprécier d'une manière objective tous les éléments pertinents [du cas ou de la situation en cause] et rechercher la solution adéquate aux circonstances spéciales du cas particulier », ou, si l'on n'a pas affaire à un cas particulier, aux caractéristiques de la situation générale en cause (ATF 101 Ia 545). C'est une démarche qui intervient en effet non seulement dans les hypothèses de l'art. 4 CC (qui traite de situations dans lesquelles la loi renvoie au pouvoir d'appréciation du juge, notamment lorsqu'on a affaire à un cas particulier avec des circonstances spéciales), mais aussi à un niveau constitutionnel et politique fondamental, où l'on a affaire à une situation générale, par exemple celle qui est illustrée par le tableau ci-dessus avec des taux de mortalité très différents suivant l'âge des gens. En effet, il y a aussi des jugements de justice à ce niveau constitutionnel de base (ce sont ceux qui ont pour objet « le droit » comme limite de l'activité de l'Etat, selon l'art. 5 al. 1 Cst.⁹), et il s'agit

aussi alors de discerner la solution adéquate. Il s'agit d'adéquation compte tenu non plus des circonstances spéciales du cas, mais compte tenu des caractéristiques de la situation générale en cause (en l'occurrence, l'efficacité du vaccin dans la disparition éventuelle de la circulation du virus, la dangerosité du vaccin, les différents risques de développer la maladie suivant l'âge que l'on a, etc.). L'utilitarisme et aussi la tradition de pensée du contrat social (voir *supra* note 6 sur John Rawls et cette tradition) défendent des approches qui refusent de reconnaître à ce niveau l'existence de jugements de justice et de discernements effectués sans qu'il y ait de critères préalablement établis. Aristote a exprimé de la façon suivante le fait que ce sont des jugements de justice qui jouent un rôle décisif dans les discernements nécessaires à ce niveau constitutionnel de base : « La vertu de justice c'est quelque chose de politique ; en effet, les rapports de justice constituent l'ordre concernant la communauté politique, et la vertu de justice c'est le discernement de ce qui est juste »¹⁰. Pour comprendre toute l'importance des jugements de justice à ce niveau fondamental chez Aristote, il faut bien voir que ce dernier n'a pas laissé, « contrairement à d'autres philosophes anciens, [...] d'ouvrages consacrés aux lois, des *Nomoi* ou un *De legibus* »¹¹, et défend la conception suivante des lois (aussi de la loi qu'est la constitution) : la loi n'est que la formulation de la bonne solution selon le jugement d'appréciation auquel le constituant ou le législateur s'est arrêté au terme d'une démarche analogue à celle du juge, à propos de la situation qu'il a considérée. « Par rapport à Platon, [...] on peut dire qu'Aristote

⁹ Dans mon article paru dans 2 ZSR I 146, 2107, Heft 3, pp. 29-252, intitulé « Rule of law : quelle version de l'intitulé de l'art. 5 Cst. privilégier (« Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit » ou « Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns » ? », j'ai étudié deux arrêts remarquables du TF (ATF 129 I 217, JdT 2004 I 574, et ATF 129 I 232, JdT 2004 I 588) dans lesquels le jugement de justice porté par le TF avait pour objet, au titre du « droit » visé par l'art. 5 al. 1 Cst., le caractère équitable ou non de la procédure de décision en matière de naturalisation par les urnes. Selon le jugement ou discernement du TF dans ces deux arrêts, la procédure de décision par les urnes n'est pas équitable dans la mesure où ce n'est pas une procédure de décision dans laquelle c'est la motivation objective qui conduit au contenu matériel de la décision, et qui contrôle entièrement ce contenu. L'enjeu politique est évident, comme dans tous les cas de limites apportées à l'activité de l'Etat (je parle dans mon article de limites qui ne dérivent pas d'un droit fondamental, mais plutôt de l'équité). Montesquieu a caractérisé cet enjeu ainsi : il faut tout simplement que la tendance « que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser

», « trouve des limites » (De l'Esprit des Lois, Livre XI, ch. IV in : Œuvres complètes, t. II, Paris 1951, p. 395 ; voir aussi p. 431). On est dans une situation analogue avec ce vaccin : si l'Etat introduit une obligation vaccinale générale, il faut une égalité de proportion qui tienne la route s'agissant de la distribution de l'obligation de vaccination à chacun, malgré la différence des conditions face au virus, c'est-à-dire qui soit fondée sur des raisons objectives.

¹⁰ Aristote, Les Politiques, I.2, 1253a18-21, trad. P. Pellegrin, GF Flammarion, p. 93 (traduction modifiée).

¹¹ Pierre Aubenque, La loi selon Aristote, in : Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique, Vrin, Paris 2011, 79.

désacralise le domaine de la loi », remarque Pierre Aubenque¹², et contribue ainsi, avec les sophistes à ce qui constitue selon moi un apport essentiel des lumières grecques : les lois (pas seulement l'absence de vaccination obligatoire en Suisse selon l'Ordonnance du Conseil fédéral, mais aussi la règle de l'art. 5 al. 1 Cst., selon laquelle le droit est la limite de l'activité de l'Etat) sont « œuvres de la politique (τῆς πολιτικῆς ἔργου) »¹³, et tout dépend de la justesse des mesures mises en place, c'est-à-dire du contenu des lois. Dans une démocratie directe, le gouvernement des affaires humaines, comme par exemple les décisions concernant la vaccination

obligatoire s'agissant du Covid, est ultimement en mains du peuple.

12. Jusqu'à maintenant le Conseil fédéral a tranché la question de l'égalité dans la distribution de l'obligation vaccinale en rejetant nettement toute obligation générale de vaccination. On peut regretter un manque de clarté s'agissant des limitations liées à l'usage du Certificat Covid, dont certaines sont un moyen détourné de faire pression pour la vaccination, et espérer que cela soit corrigé au plus vite, mais on ne peut qu'applaudir la netteté du refus du principe selon lequel ce vaccin serait quelque chose d'obligatoire à tous âges.

¹² Pierre Aubenque, *Problèmes aristotéliens, II. Philosophie pratique*, Vrin, Paris 2011, p. 83.

¹³ *Ibid.*, 81, où Pierre Aubenque cite l'*Ethique à Nicomaque*, X.10, 1181a23.



Soft Law und Staatsvertragsrecht

Monique Jametti

Vortrag gehalten am Berner Richterinnen- und Richtertagung, 23. August 2021

Einleitung

Soft law und Staatsvertragsrecht sind **Gegensätze**. Trotzdem bestehen etliche **Berührungspunkte**, die gerade aus der Sicht der Gerichte bedenkenswert sind. Auch möchte ich der Frage nachgehen, warum Staatsvertragsrecht gegenüber soft law an Terrain verliert und was die Gründe dafür sind. Ich werde dabei in freier Wahl Impressionen und Erfahrungen weitergeben. Wenn sich aus meinen Überlegungen für Sie in Ihrer Tätigkeit der eine oder andere Impuls ergibt, dann habe ich Ihre Zeit nicht vergeudet.

Definitionen

Bei den Staatsverträgen unterscheidet man traditionellerweise zwischen bi- und multilateralen Instrumenten, je nachdem, ob deren Bestimmungen zwei oder mehrere Staaten bzw. Staatengebilde binden. Unsere rund zweihundert Staatsverträge mit der EU sind teils bilateraler, teils multilateraler Natur. Das hängt jeweils davon ab, ob der betreffende Vertragsgegenstand in die alleinige Kompetenz der EU fällt oder ob es sich um eine sogenannte gemischte Kompetenz zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten handelt.

Staatsverträge und soft law sind insofern Gegensätze, als sich **Staatsvertragsrecht** als rechtlich verbindliches Instrument des Völkerrechts definiert. Demgegenüber ist **soft law** eine Bezeichnung für rechtlich nicht verbindliche Übereinkünfte, Absichtserklärungen oder Leitlinien, die keiner Genehmigung durch die

Legislative unterstehen. Soft law ist **demokratierechtlich nicht legitimiert**.

Soft law wird praktisch ausschliesslich als Bezeichnung für Empfehlungen im **internationalen Umfeld** verwendet. Dabei haben wir auch im **nationalen Recht** ein nicht unerhebliches Volumen von soft law – ich erwähne etwa die SUVA Richtlinien im Bereich der Unfallverhütung oder die SKOS Richtlinien zur Berechnung der Sozialhilfe. Einige Kantone haben letztere nach einer parlamentarischen Genehmigung ins reguläre Recht überführt: diese sind damit nicht mehr länger soft law, sondern zu echtem Recht mutiert. Die im Baubereich weit verbreiteten SIA Normen wird man häufig nicht als soft law qualifizieren, weil die Parteien diese Normen in ihre vertraglichen Regelungen übernehmen. Über den Umweg der vertraglichen Gestaltung werden so aus den Empfehlungen verbindliche Bestimmungen.

Soft law wird von den **Gerichten** gerne dann beigezogen, wenn es darum geht, **generell-abstrakte Vorschriften zu konkretisieren**, wie etwa bei Haftpflichtprozessen oder Verkehrsunfällen. Wo es darum geht, das Mass der zu beachtenden Sorgfalt zu bestimmen, stützt man sich als Richter noch so gerne auf entsprechende Richtlinien. Im internationalen Bereich geht es bei soft law eher selten um Konkretisierung generell-abstrakter Normen. Als Beispiel sei das *Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe* erwähnt.

Das Abkommen sieht die Schaffung eines Ausschusses vor, der die einzelnen Vertragsstaaten periodisch besucht und deren Haftregime überprüft und anschliessend Empfehlungen erlässt. Anhand dieser Empfehlungen lässt sich eruieren, ob der **Strafvollzug** unter dem Aspekt der Menschenwürde noch als zumutbar erscheint oder nicht. Der betreffende Ausschuss basiert also auf einer staatsvertraglichen Grundlage. Allein, seine Empfehlungen sind und bleiben trotz dieser rechtlich verbindlichen Grundlage soft law. Es ist dies eines der prominentesten Beispiele für ein Zusammenwirken von soft law und Staatsvertragsrecht. Das Bundesgericht hält sich regelmässig skrupulös an die Vorgaben des Ausschusses, um eine allfällige Verletzung des Haftvollzugs zu beurteilen; umgekehrt hat es aber die kürzlich erfolgte Lockerung in den Flächenberechnungen der Haftzellen durch die Rechtsprechung des EGMR nicht berücksichtigt (vgl. Urteil 1B_377/2020 vom 2. Dezember 2020).

Anwendung von soft law

Soweit es um Konkretisierungen von generellen Vorschriften geht, bestehen keine grundlegenden Bedenken in der Anwendung von soft law durch die Gerichte – trotz des **fundamentalen Unterschieds** zwischen soft law, das ein Nichtrecht ist, und dem Recht, zu deren Vollzug die Gerichte verpflichtet sind. Die Urteilsbegründungen verwischen allerdings zumeist diese beiden Sphären und behandeln soft law, wie wenn es verbindliches Recht wäre. Warum? Vier mögliche Erklärungsversuche:

- Die **Doktrin** setzt sich noch zu wenig mit dem Wesen des soft law auseinander. Sie hat vielmehr die Tendenz, soft law unausgesprochen als **«Vor-Recht»**, als Vorbereitungsstadium künftiger Entwicklungen zu sehen, und begrüsst in aller Regel diese Erscheinungsformen als modernes und dynamisches Konstrukt.
- In der juristischen **Ausbildung** wird soft law kaum thematisiert.

- Seitens der Promotoren von soft law wird dessen fehlende Rechtsverbindlichkeit sehr gekonnt **verwischt**; das macht es nicht leicht, soft law überhaupt als solches zu erkennen.
- Da die **Rechtsprechung** soft law als Konkretisierung von hard rules einsetzt und in den Begründungen ihrer Urteile soft law wie gesetztes Recht aufführt, ohne auf den fundamentalen Unterschied in der Geltung hinzuweisen, geht das Bewusstsein darüber verloren, dass es sich um zwei verschiedene Dinge handelt.

Soft law ist demokratischepolitisch nicht legitimiert.

Wie erwähnt kommt soft law sowohl im nationalen wie auch im internationalen Verhältnis vor. Trotzdem fokussieren die nachfolgenden Ausführungen stark auf den **internationalen Bereich**; einmal, weil dort das Ausmass an soft law enorm zugenommen hat und dann auch, weil sich die Verschiebungen staatspolitisch im internationalen Verhältnis viel drastischer auswirken. Die mit soft law verbundenen Dysfunktionalitäten – vorab das systematische Ausblenden des Gesetzgebers – gelten unabhängig davon, ob dieses soft law national oder international geschaffen wird, aber im nationalen Verhältnis wird die fehlende demokratische Legitimation faktisch dadurch abgemildert, dass zwischen den Urhebern von soft law in den Verbänden einerseits und der Legislative andererseits zahllose Kontakte und Interferenzen bestehen. Mit Blick auf die Schweiz kommt natürlich auch die beschränkte Grösse unseres Landes und die enge Verflechtung der Akteure zum Tragen. Man kennt sich, tauscht sich

untereinander aus und begegnet sich immer wieder. Das sieht im internationalen Kontext völlig anders aus.

Wie entstehen Staatsverträge?

Wer macht Staatsverträge, wer initiiert sie?

Aus einer rein innerschweizerischen Perspektive ist die Antwort bezüglich **bilateraler Staatsverträge** klar und einfach: Der Startschuss kommt regelmässig von der Exekutive des einen oder anderen Staates. So hat die Schweiz etwa das alte *bilaterale Gerichtsstandsabkommen mit Frankreich von 1869* modernisieren wollen, was unser Nachbarland wohlwollend zur Kenntnis genommen hat. Leider hat sich aber Frankreich in der Folge zu lange Zeit gelassen: Als die französische Verwaltung endlich zu Verhandlungen bereit war, mussten wir unsere Nachbarn darauf aufmerksam machen, dass sie ihre Kompetenz zum Abschluss solcher Abkommen inzwischen an die EU abgetreten hatten. Einigen sich die Vertreter der beiden Staaten auf Verhandlungen, so bereiten die beiden Verwaltungen das Ganze vor und nach Abschluss der Arbeiten wird der Staatsvertrag **den Parlamenten** der beiden Staaten zur Genehmigung unterbreitet.

Bezüglich **multilateraler Verträge** ist nicht so klar, wer die Initiative für den Abschluss eines neuen verbindlichen Instrumentes ergreifen kann. In der Regel braucht es mehrere Staaten, die sich innerhalb einer bestimmten internationalen Organisation gemeinsam für ein Anliegen einsetzen. Regelmässig braucht es die Unterstützung des Sekretariates der jeweiligen IGO. Ist ein Thema gesetzt, so wird der Text im Rahmen der betreffenden IGO vorbereitet und verabschiedet.

Die **Übernahme von Staatsverträgen** erfolgt auch hier über die Genehmigung durch das Parlament.

Sowohl bi- als auch multilaterale Staatsverträge können nach der Genehmigung durch das Parlament **dem fakultativen oder obligato-**

rischen Referendum unterstehen. Dabei wird internationales Recht nicht gleich behandelt wie nationales Recht: Was intern zwingend referendumpflichtig ist, braucht es international nicht zu sein. Es würde zu weit führen, hier auf die detaillierte Regelung einzugehen. Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat es eine Angleichung gegeben, aber Staatsverträge geniessen gegenüber nationalem Recht **referendumsmässig immer noch eine Vorzugsbehandlung**. Vor kurzem haben die eidgenössischen Räte eine **Motion Caroni** (15.3557) versenkt, die die Referendumpflicht für Staatsverträge hätte ausweiten sollen. Neu sollte ein obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter eingeführt werden. Die Motion wurde in beiden Räten verworfen, obwohl der Bundesrat ihre Annahme empfohlen hatte – das kommt selten genug vor. Gegner waren zum einen jene, die die Privilegierung von internationalem Recht beibehalten wollten, dann aber auch jene, die verhindern wollten, dass mit dem Unterstellungsbeschluss quasi automatisch Staatsvertragsrecht auf verfassungsmässiger Ebene geschaffen würde.

Wie entsteht soft law?

Wer initiiert soft law? Auch hier ist die Antwort aus einer innerschweizerischen Perspektive klar und einfach: die jeweiligen Berufs- und Interessenverbände – und niemals die Legislative.

Im internationalen Verhältnis sind es demgegenüber dieselben IGO, die Staatsverträge vorbereiten, die auch soft law erlassen – also etwa die UNO und alle ihre Unterorganisationen, der Europarat mit all seinen verschiedenen Gremien, UNIDROIT und die Haager Konferenz für internationales Privatrecht und weitere Organisationen.

Bei **soft law** kann man nicht von einer eigentlichen Übernahme sprechen, wohl aber von **Genehmigung**. Sie erfolgt nicht immer gleich: Meist beschränkt sich die Verabschiedung auf die Zustimmung der Staatenvertreter in den

jeweiligen internationalen Organisationen – als Beispiel seien die UNIDROIT *Principles for international commercial contracts* erwähnt. Manchmal wird wie beim UNO Migrationspakt auch auf die Genehmigung der Regierungen abgestellt.

Eine bemerkenswerte Premiere in der Behandlung von soft law bietet der erwähnte **Migrationspakt** (*Global compact for Safe, Orderly and Regular Migration*), über welchen die eidgenössischen Räte über den Weg von Motionen (je eine der staatspolitischen Kommissionen sowie eine Motion der aussenpolitischen Kommission des SR) eine **parlamentarische Debatte** erzwungen haben. Der Bundesrat hatte die Motionen abgelehnt unter dem Hin-

Obwohl soft law nichts anderes ist als eine unverbindliche Empfehlung, wird es trotzdem häufig so behandelt, wie wenn es geltendes Recht wäre.

weis, dass es aus staatsrechtlichen Überlegungen nicht Sache des Parlaments sein könne, über die Genehmigung des nicht rechtsverbindlichen Migrationspakts zu befinden. Das Parlament hat mit Art. 24 Abs. 1 des Parlamentsgesetzes gekontert, wonach die Bundesversammlung bei der Willensbildung über wichtige aussenpolitische Grundsatzfragen und Entscheide mitwirkt. Nun muss also der Bundesrat den eidgenössischen Räten die Ge-

nehmigung des Migrationspakts in Form eines einfachen Bundesbeschlusses unterbreiten. Als Erstrat ist der Ständerat anlässlich der Junisession 2021 der einstimmigen Empfehlung seiner aussenpolitischen Kommission gefolgt, das Geschäft zu sistieren, bis der bestellte Bericht zum soft law vorliegt. Der Nationalrat wird sich in der Herbstsession 2021 mit dem Geschäft befassen.

Zur Interpretation von Staatsvertragsrecht

Staatsverträge sauber auszulegen ist eine besondere Mühsal. Mit unserer eigenen Gesetzessprache sind wir vertraut und wissen, wie wir damit umzugehen haben. Internationale Normen hingegen sind vielfach Ausdruck eines zähen Ringens nicht nur unter Vertretern der verschiedensten Interessengruppierungen, sondern auch unter Vertretern der unterschiedlichsten Rechtssysteme und deshalb sind sie entsprechend schwierig zu deuten. Gelegentlich reflektieren sie nur eine Verpflichtung der Vertragsstaaten, bestimmte Ansprüche legislatorisch umzusetzen wie etwa das Pariser Klimaabkommen – dann handelt es sich um **non self executing** Bestimmungen, für deren Konkretisierung der nationale Gesetzgeber sorgen muss. Manchmal sind sie genügend bestimmt gefasst, sodass sich daraus direkt Rechtspflichten der Vertragsstaaten ergeben – dann haben wir es mit **self executing** Bestimmungen zu tun.

Staatsverträge sind selten per se durchwegs self executing oder non self executing; in der Regel sind ihre Bestimmungen eine **Mischung von beiden**. Daneben gibt es aber noch viele nette Zwischenformen, die das Leben und das juristische Wirken interessant und dessen Ergebnis unberechenbar machen. Spricht man einer Bestimmung self executing-Charakter zu, so wird man immer noch prüfen müssen, wie sie auszulegen ist. In der Regel wird dies «konventionsautonom» zu erfolgen haben. Zu beachten bleibt, dass es gelegentlich ausgesprochen schwierig sein kann zu bestimmen, ob ein Staatsvertrag tatsächlich einen eigenständigen

neuen Rechtsanspruch schafft. Als Beispiel sei die *Europäische Charta über die lokale Selbstverwaltung* angeführt, deren Ziel es ist, die Stellung der Gemeinden in einem Staat zu fördern und zu stärken. Die Vertragsstaaten sind gehalten, eine bestimmte Mindestzahl an Verpflichtungen aus dieser Charta zu übernehmen; die genaue Ausgestaltung wird dann aber jeweils dem nationalen Recht überlassen. Wie interpretiert man eine derartige Bestimmung? Handelt es sich dabei um eine Vorschrift mit self executing Charakter?

Die **Interpretation** der staatsvertraglichen Bestimmungen erfolgt autoritativ allein durch die Gerichte. Ob es um eine self executing Bestimmung geht oder nicht, wird weder von den IGO, noch von Regierungen oder Parlamenten, sondern letztlich **allein von den Gerichten entschieden**. Ich verweise hier auf zwei markante Beispiele:

- In BGE 145 I 308 ging es um die Anwendung des *Übereinkommens zur Bekämpfung des Menschenhandels* (SR 0.311.543), wo das Bundesgericht auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens einen direkten **Rechtsanspruch auf eine Kurzaufenthaltsbewilligung** erkannt hat, obwohl die Botschaft des Bundesrates festgehalten hatte, das schweizerische Recht entspreche mit Ausnahme des Zeugenschutzes bereits den Vorgaben der Konvention. Dass der Bundesrat im vorliegenden Bereich keinen Rechtsanspruch über das geltende Recht hinaus sah und dass das Parlament dieser Haltung gefolgt war, hat das Bundesgericht nicht daran gehindert, anders zu entscheiden und gestützt auf die staatsvertragliche Bestimmung einen direkten Rechtsanspruch zu schaffen.
- In BGE 142 I 216 hatte das Bundesgericht entschieden, die Volksabstimmung über die Tessiner Initiative zur Fusion von mehreren Gemeinden genüge nicht zur Einhaltung von Art. 5 der *Europäischen Charta über die kommunale Selbstverwaltung*, weil die Stimm-

bürger der betroffenen Gemeinden nicht vorab bereits in einer **Abstimmung konsultiert** worden seien. Artikel 5 der Charta lautet wie folgt: *Bei jeder Änderung kommunaler Gebietsgrenzen sind die betroffenen Gebietskörperschaften vorher anzuhören, gegebenenfalls in Form einer Volksabstimmung, sofern dies gesetzlich zulässig ist*. Das Recht des Kantons Tessin sieht natürlich eine Volksabstimmung über die geplante Gemeindefusion vor. Es kennt allerdings keine Bestimmung, wonach vorgängig in jeder einzelnen betroffenen Gemeinde separat noch eine Gemeindeabstimmung erfolgen müsste. Trotz des letzten Satzteils von Artikel 5 («sofern dies gesetzlich zulässig ist»), mit welchem die Charta auf das interne Recht des jeweiligen Vertragsstaates verweist, hat das Bundesgericht in Artikel 5 eine positive Verpflichtung erkannt, eine solche Vorabkonsultation per vorgängiger Abstimmung vorsehen zu müssen. Das Sekretariat des Europarates hat dieses bundesgerichtliche Urteil mit grösster Verwunderung registriert.

Schweizerische Gerichte sind gegenüber Staatsverträgen sehr **texttreu**. Das ist an sich lobenswert. Gelegentlich wäre es jedoch wünschenswert, dass unsere Gerichte **etwas zurückhaltender wären**, insbesondere wenn es darum geht, neue Verpflichtungen zu schaffen. Hier sollte man sich vergewissern, dass die Väter und Mütter der fraglichen Konvention solche Verpflichtungen auch tatsächlich gewollt haben.

Zur Interpretation von soft law

Obwohl **soft law** nichts anderes ist als eine unverbindliche Empfehlung, wird es trotzdem häufig so behandelt, wie wenn es geltendes Recht wäre. Die IGO tun alles, um ihr soft law als ernstzunehmende und verbindliche Inspirationsquelle erscheinen zu lassen; sie veröffentlichen Vorgaben, Anweisungen und Empfehlungen, wie man das soft law anzuwenden hat.

Soft law muss vorab als solches **erkannt** werden. Das tönt einfacher, als es gelegentlich ist. Ich habe schon erwähnt, dass der empfehlende Charakter von soft law oft kaschiert wird. Dazu kommt, dass alle internationalen Organisationen in den letzten Jahren dazu übergegangen sind, neben Staatsverträgen auch soft law zu erlassen. Die UNO macht das seit Jahrzehnten schon so. Inzwischen ist aber sogar die alt ehrwürdige Haager Konferenz für internationales Privatrecht dem Modetrend erlegen und hat sich nach 100 Jahren dazu herabgelassen, soft law zu produzieren. Der Absender eines Textes allein ist daher kein verlässlicher Garant mehr, der anzeigt, ob es sich um soft law handelt oder um ein rechtsverbindliches Instrument. Schliesslich verwenden IGO gelegentlich auch «Genehmigungsverfahren» in Form einer feierlichen Unterzeichnung durch die Regierungsvertreter an einer internationalen Konferenz wie beim Migrationspakt, um ihrem soft law seitens der Staaten Bekanntheit, Wirkung und Strahlkraft und damit auch eine **vermeintliche Legitimation** zu geben.

Nichts spricht dagegen, ein Urteil auch aufgrund von konkretisierendem soft law zu fällen, wenn dieses eine nachvollziehbare und sachlich überzeugende Antwort liefert. Dann sollte die Urteilsbegründung aus Transparenzgründen aber auch klar machen, dass es sich um soft law und nicht um gesetztes Recht handelt. Ist das Gericht hingegen der Auffassung, das besagte soft law biete keine adäquate Lösung für das anstehende Rechtsproblem, dann soll das Gericht seiner Überzeugung folgen, ohne sich dafür zu entschuldigen oder zu rechtfertigen. Eine **besondere Begründung**, weshalb das soft law im konkreten Fall nicht zur Anwendung gelangt, ist **nicht notwendig**. Es würde dem Charakter des soft law widersprechen.

Exponentielle Zunahme von soft law

Im internationalen Umfeld hat das soft law ein **exponentielles Wachstum** erfahren. Dafür dürften 4 **Hauptgründe** verantwortlich sein:

- Zeitfaktor
- Verfahren
- Flexibilität
- Komplexität

1. Zeitfaktor: Im internationalen Umfeld hard law zu erlassen braucht jahrelange Vorbereitungen und einen langen Atem. Als Beispiel sei das *Wiener Kaufrechtsübereinkommen der UNO* erwähnt. Diesem Staatsvertrag sind 30-jährige Vorarbeiten von UNIDROIT und die Verabschiedung der *Haager Kaufgesetze* von 1964 vorangegangen. Die Konvention datiert von 1980; bis sie dann international in Kraft getreten ist, sind nochmals 8 Jahre vergangen. Solche Zeiträume erscheinen heutzutage undenkbar. Demgegenüber bietet sich soft law als einfache und smarte Lösung an: Man kann **einen Text rasch verabschieden**. Durch die allgemeine Beschleunigung, die wir in allen Bereichen des Lebens erfahren, haben wir das Gefühl, dass uns die Zeit zum Erlass einer seriösen Problemlösung fehlt. Das ist fatal, dürfte aber wesentlich zur Verbreitung von soft law beigetragen haben.

2. Verfahren: Man kann in internationalen Gremien allgemein einen deutlichen Trend zu **Konsensverfahren** beobachten. Abstimmungen werden je länger je öfter vermieden; sie gelten als konfrontativ und stören das Ambiente. Das ist eine Folge des soft law und fördert dieses indirekt, weil hier auf eine proaktive Genehmigung verzichtet werden kann und der **Annahemodus** dadurch eine **Umkehr** erfährt: Es geht nicht mehr darum, dass die Staatenvertreter einen Text per Abstimmung genehmigen, sondern der nörgelnde Opponent muss seinerseits aktiv werden, wenn er mit dem vom Sekretariat vorgeschlagenen soft

law nicht einverstanden ist. Dem Einsprechenden wird sodann regelmässig entgegengehalten, dass es sich ja nur um eine Empfehlung handle und dass diese nicht verbindlich sei; einzelne Abweichler – vor allem wenn sie kleinere Staaten repräsentieren – wird man sodann ohne weiteres übergehen können. Auf diese Weise werden Positionen verabschiedet, die den **Lackmus-test einer Abstimmung** nie passieren würden. Als Beispiel sei das Übereinkommen des Europarates über internationale Adaptionen erwähnt. Der Staatsvertrag schliesst

Durch die allgemeine Beschleunigung, die wir in allen Bereichen des Lebens erfahren, haben wir das Gefühl, dass uns die Zeit zum Erlass einer seriösen Problemlösung fehlt. Das ist fatal, dürfte aber wesentlich zur Verbreitung von soft law beigetragen haben.

Adoptionen durch gleichgeschlechtliche Paare aus, weil sich diverse Delegierte energisch dagegen zur Wehr gesetzt hatten. Kaum war das Übereinkommen verabschiedet – die Tinte der Paraphierung war noch

nicht trocken – da hat das Ministerkomitee eine gegenteilige Empfehlung zur Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare erlassen – eingepackt und verbrämt als Massnahme zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität. Von den Ministern und Botschafter jener Staaten, deren Vertreter die Adoption durch homosexuelle Paare in den Verhandlungen zum Übereinkommens-text noch so heroisch bekämpft hatten, hörte man keinerlei Opposition.

3. **Flexibilität:** Empfehlungen lassen sich relativ **zwanglos** und **einfach erneuern**, währenddem ein erfolgreiches Übereinkommen nicht modernisierbar erscheint. Als Beispiel für faktisch in **Sklerose** erstarrte Konventionen seien das *New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung von Schiedssprüchen* und das *Haager Kindesentführungsübereinkommen* erwähnt. Die New Yorker Konvention ist in ihrem Wirkungsfeld zwar effizient, gleichzeitig aber in vielen Belangen lückenhaft. Lückenhaft ist auch das Haager Kindesentführungsübereinkommen, aber im Gegensatz zur New Yorker Konvention ist es noch alles andere als effizient. Beide Konventionen sind von einer grossen Zahl von Staaten ratifiziert worden; beide scheinen nicht erneuerungsfähig. Erfahrungsgemäss verhindert eine hohe Zahl von ratifizierenden Staaten eine wünschbare Erneuerung oder Ergänzung. Soft law ist hier wesentlich flexibler und bietet die Möglichkeit einer **stetigen Anpassung** an sich verändernde Umstände. Darüberhinaus erlaubt soft law aber auch eine Flexibilisierung mit Bezug auf seine **Wirksamkeit**. Bei einer Konvention liegt die Umsetzung des Textes allein in den Händen der Gerichte. Was diese aus dem Text machen, entzieht sich der Kontrolle der Regierungen und internationalen Organisationen. Anders beim soft law: Die IGO erhalten sich die Deutungshoheit über «ihr» soft law und können dieses dann auch gezielt als Druck-

mittel verwenden. Und sie tun das auch. So wurden etwa im GAFI (Groupe d'action financière) die Inhaberaktien wegen mangelnder Transparenz aktiv bekämpft. Ausser der Schweiz, Luxemburg und Belgien kannte kein weiterer GAFI-Staat Inhaberaktien. Daher konnte man sie ohne weiteres opfern. Tatsächlich lassen Inhaberaktien keinen Rückschluss auf den wirtschaftlich Berechtigten zu, genauso wenig übrigens wie Trusts nach angelsächsischem Recht. Gegen Inhaberaktien hat das GAFI einen veritablen Kreuzzug geführt. Demgegenüber werden Trusts niemals Gegenstand einer derartigen Kampagne werden. Die Quintessenz ist offensichtlich: **Soft law bindet faktisch die kleinen Staaten und lässt die Grossen unbehelligt.** Wir haben inzwischen die Inhaberaktien aufgegeben. Vielleicht wird die Schweiz stattdessen einen Trust schweizerischen Zuschnitts einführen: der Bundesrat wird im Oktober 2021 einen entsprechenden Gesetzesentwurf in die Vernehmlassung geben.

4. **Komplexität:** Gelegentlich sind die Problemstellungen derart kompliziert geworden, dass deren Regelung über eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung zu schwierig erscheint. Das lässt sich im Bereich des Finanzmarktrechts sehr schön erkennen. Das *Genfer Übereinkommen über indirekt gehaltene Wertrechte von 2009* beispielsweise hat als Staatsvertrag Schiffbruch erlitten, weil ausser ausgewiesenen Finanzfachleuten und den Personen, die bei der Ausarbeitung der Konvention dabei waren, niemand dessen Mechanismus versteht. *Basel III* hingegen als soft law funktioniert bestens, weil es von Fachleuten für Fachleute erlassen worden ist – ohne Regierungen, ohne Parlamente und fernab jeglicher gerichtlicher Kontrollen.

Folgerungen

Welche Folgerungen sind zu ziehen? **Staatsvertragsrecht** braucht einen enorm langen

Vorlauf und ist in der Handhabung oft alles andere als einfach. Mit seinen Anforderungen und seinem Zeitbedarf **widerspricht es dem Zeitgeist**, der auf rasche Lösungen ausgerichtet ist. Die Interpretation von Staatsverträgen liegt bei den **Gerichten**. Aber der Einfluss der Justiz nimmt laufend ab, da Staatsvertragsrecht immer öfter von soft law verdrängt wird. **Soft law ist fashionable, Staatsverträge sind es nicht mehr.** Soft law bietet einen attraktiven raschen Lösungsweg in einer zunehmend komplexen Welt. Und was nicht zu unterschätzen ist: Im Gegensatz zu Staatsverträgen gibt soft law den Sekretariaten der diversen internationalen Organisationen einen **maximalen Einfluss**, indem sie die Kontrolle nicht an die Gerichte abgeben müssen, sondern sie über sämtliche Schritte behalten: vom Agenda-setting, über den Inhalt bis zur Verabschiedung, aber noch darüberhinaus auch bei dessen Anwendung. Und dies geschieht auf Kosten der

Wir sollten uns immer bewusst sein, dass dem soft law das Gütesiegel der Gesetzgebung und damit auch die demokratische Legitimation abgeht.

Gestaltungsmöglichkeiten der einzelnen Staaten und ihrer Organe. Das bedeutet im Ergebnis eine zusätzliche Verschiebung im Staatengefüge: Mit soft law wird nicht nur der reguläre Gesetzgeber übergangen, sondern auch die Judikative wird ausgehebelt: Es sind nicht mehr

die **Gerichte, die sagen, was Recht ist**, sondern die **Sekretariate der IGO's dekretieren, was man als richtig zu betrachten hat** – und das erst noch auf der Grundlage von soft law, das kein Recht ist. Soft law wird als politisches Druckmittel verwendet, um gewisse Vorstellungen einer als gerecht empfundenen Lösung auch ohne rechtliche Verbindlichkeit durchsetzen zu können. Anschauliches Beispiel bieten die Bestrebungen der G7, zusammen mit der OECD eine *neue Unternehmensbesteuerung* zu schaffen. Weder Gerichte, noch Parlamente oder Regierungen eines kleineren Staates werden sich wirksam direkt dagegen wenden können.

Ausblick

- Ich wünsche mir, dass sich die **Gerichte** ihrer Bedeutung bei der Interpretation von **Staatsverträgen** bewusst sind und dass sie ihren Spielraum nutzen.
- Gleichzeitig wünsche ich mir und hoffe, dass die Gerichte nicht zu expansiv denken, wenn es um die Anerkennung **neuer Rechtspflichten** geht – soweit dies von den Urhebern der jeweiligen Konvention nicht ausdrücklich so angelegt worden ist. Es scheint auch nicht vordringlich, die Schweiz als Musterschüler des Universums zu positionieren.
- Ferner wünsche ich mir, dass das **Parlament** das Staatsvertragsrecht mit derselben Verve und demselben Engagement debattiert wie interne Gesetzesvorlagen, auch wenn sein Spielraum auf die Frage der Ratifizierung und allfälliger Vorbehalte oder Erklärungen beschränkt ist.
- Dann wünsche ich mir, dass die **Lehre** sich intensiver mit der Erscheinung des soft law beschäftigt und die Juristenwelt von morgen entsprechend vorbereitet.
- Generell wünsche ich mir einen **sorgfältigeren Umgang mit soft law**. Dieses ist im Vormarsch und wird weiter zunehmen. Das werden wir nicht verhindern und auch nicht beeinflussen können. Aber wir können unsere Haltung gegenüber soft law steuern. Wir sollten uns immer bewusst sein, dass ihm das **Gütesiegel der Gesetzgebung** und damit auch die **demokratische Legitimation** abgeht.
- In diesem Sinne wünsche ich mir vor allem seitens der politischen Akteure, aber auch für uns alle **mehr Gelassenheit** gegenüber Begehren und Erwartungen, die auf soft law basieren.



Souveränität & Instanzenzug

M. A. Niggli

Recht & Mediengesellschaft 1

I. Das Wesen des Rechts

Unabhängig davon, welche und wie viele Funktionen man dem Recht zuschreibt (Ordnung, Legitimation, Integration, Steuerung, Gestaltung, Kontrolle etc.), Friedensstiftung bzw. -sicherung gehören sicherlich dazu. Diese Friedenssicherung erreicht das Recht durch eine paradoxe Doppelstruktur: Zum einen stellt es in Aussicht, Unentscheidbares zu entscheiden, gleichzeitig aber hält es seine Entscheidung in der Schwebe.

A. Recht besteht aus Entscheidung

Das definierende Merkmal des Rechts, sein proprium, sein Kern, sein Spezifikum ist die Entscheidung. Ohne Entscheidung existiert keine Rechtsanwendung, ohne Rechtsanwendung aber gibt es kein Recht. Eine «Regel», die nicht angewendet wird, ist eben keine. Wird Recht angewendet, setzt das immer eine Entscheidung voraus. Dort, wo über die Frage der Anwendung keine Entscheidung notwendig oder möglich ist, besteht kein Recht, sondern Mechanik (M. A. Niggli/L. F. Muskens, *Mechanical Justice*, in: V. Bühlmann/L. Hovestadt (eds.): *Domesticating Symbols. Metalithikum II. Applied Virtuality Book Series*. Vienna 2014: 20-46). Was eine Maschine kann, kann kein Recht sein, weil eine Maschine nicht entscheidet, sondern Vorgaben folgt, auch wenn diese Vorgaben eventuell höchst komplex sind, oder gar dynamisch und selbstreferentiell. Selbst ein Algorithmus, der «lernt», tut dies eben nach Vorgaben. Er entscheidet nicht. Recht bedingt also Rechtsanwendung, Rechtsanwendung aber besteht aus Entscheidung. Jede Entscheidung in der Sache

selbst setzt dabei vorgängig zumindest zwei weitere Entscheidungen voraus, nämlich (1) über die Bedeutung bzw. den Gehalt der in Frage stehenden Regel und (2) darüber, ob die abstrakte Regel auf den konkreten Fall anwendbar sei.

B. Entscheidung des Unentscheidbaren

Alles, was in einem System entschieden werden kann, wird dort auch entschieden. Deshalb gelangen nur Fragen ins Recht, die in anderen Systemen nicht entschieden werden können. Unentscheidbar sind sie deshalb, weil zumindest zwei gleichwertige und überzeugende Positionen bestehen, die vernünftigerweise vertreten werden können. Im Prinzip gelangt also nur Unentscheidbares ins Recht. Das Recht entscheidet dieses Unentscheidbare, weil es entscheiden *muss*, sobald es um eine Entscheidung angegangen wird. Aufgabe, Kern und Essenz des Rechtes ist die Entscheidung. Deshalb ist die Unfähigkeit oder Unmöglichkeit, eine Entscheidung zu fällen, als Option nicht vorgesehen, ja sie wird geradezu als unzulässige Weigerung qualifiziert, als eigentliche Rechtsverweigerung. Einen Ausweg bietet einzig das Konzept der Justiziabilität, also das Argument, dass sich nicht jede Frage durch das Recht entscheiden lasse, denn natürlich kann rechtlich nicht entschieden werden, was sich rechtlich nicht entscheiden lässt. Das Argument mangelnder Justiziabilität verdeckt allerdings, dass die Frage, ob etwas rechtlich entscheidbar sei, selbst wieder eine Entscheidung ist, und zwar eine Entscheidung des Rechts. Insofern ist die Rede von Fragen oder Sachverhalten, die

nicht justiziabel seien, eben nur eine Rede und das Konzept der Justiziabilität eine Entscheidung, deren Funktion darin besteht, eine Entscheidung zu verweigern, obwohl genau das an sich unzulässig ist.

Obleich für das Recht die Entscheidung zwingend ist, sie seine eigentliche Leistung und seinen eigentlichen Charakter ausmacht, verändert sich die Unentscheidbarkeit einer Frage durch ihre Transposition in das Recht nicht. Zwei Ursachen lassen sich dabei ausmachen, warum die Hoffnung unerfüllt bleiben muss, Unentscheidbares werde durch das Recht entscheidbar und entschieden.

C. Nur Rechtsfragen werden entschieden

Recht entscheidet nicht ökonomische, soziale, literarische oder mediale Fragen, es entscheidet also nicht die eigentlichen, tatsächlichen Fragen, die anders nicht zu entscheiden sind, sondern eben Rechtsfragen. Es transformiert die jeweiligen Lebenssachverhalte aus anderen Systemen in seine eigene Grammatik und entscheidet in seiner eigenen Logik, weil es Anderes weder vermag noch versteht. Was nicht in ein Rechtsproblem, in eine Rechtsfrage, in ein Rechtskonzept transformierbar ist, existiert für das Recht nicht, das ist unausweichlich. Diese Transformation ihrer Fragen und Probleme in Rechtsfragen kann für die unmittelbar Betroffenen zeitweilig recht überraschend oder gar unangenehm sein. Dennoch ist gerade sie der Grund, weshalb das Recht überhaupt Fragen entscheiden kann, die in anderen Zusammenhängen nicht entscheidbar sind.

D. Keine Rechtsentscheidung ist endgültig

Von anderen Entscheidungen unterscheiden sich die Entscheidungen des Rechts in einem zentralen Punkt: Es besteht gegen sie eine ihr vorgehende, bestimmt definierte Möglichkeit der Anfechtung. Entscheidungen des Rechtes sind prinzipiell nicht endgültig, sondern in der einen oder anderen Form anfechtbar (vgl. dazu [M. A. Niggli/M. Husmann, Jungleland, Contra Legem 2021/2, 10-19](#)). Ist ein Entscheid nicht überprüfbar, also nicht innerhalb desjenigen

Systems anfechtbar, in dem er ergangen ist, so besteht systemimmanent gegen ihn kein Behelf. Besteht aber gegen einen Entscheid kein Rechtsbehelf, so ist der Entscheid endgültig. Es handelt sich damit – entgegen seines Anscheins – nicht um einen Rechtsentscheid, sondern um den Ausdruck von Macht, Politik, Hierarchie, Religion oder einfach Wirtschaftlichkeit und Pragmatismus. Das gilt etwa bei Entscheidungen über Sicherheitshaft und Haftentlassung vor dem Berufungsgericht (Art. 232 und 233 StPO), bei Eröffnung einer Strafuntersuchung (Art. 309 StPO) oder Anklageerhebung (Art. 324 StPO), aber auch bei Rechtshandlungen

Ohne Entscheidung existiert keine Rechtsanwendung, ohne Rechtsanwendung aber gibt es kein Recht. Eine «Regel», die nicht angewendet wird, ist eben keine.»

während einer Nachlassstundung (Art. 285 Abs. 3 SchKG), der Einsetzung des provisorischen Sachwalters (Art. 293d SchKG), Verfügungen des Instruktionsrichters vor Bundesgericht (Art. 32 Abs. 3 BGG), oder der Erteilung einer Spielbanken-Konzession (Art. 16 SBG) etc.

E. Endgültige Entscheidungen sind unfehlbar richtig

Besteht gegen eine Entscheidung kein Rechtsbehelf, ist sie notwendig richtig, kann sie nicht falsch sein. Denn jede Kritik, jeder Zweifel an

nicht anfechtbaren (also in diesem Sinne letztinstanzlichen) Entscheidungen, muss sich logisch notwendig auf andere Kriterien beziehen als diejenigen, aufgrund derer die Entscheidung erging. Eine nicht anfechtbare Rechtsentscheidung kann nur unter Berufung auf ausserrechtliche Kriterien überhaupt kritisiert werden. Wer endgültige Entscheidungen fällt, unterscheidet sich strukturell in keiner Weise vom Papst: Wer die Kompetenz hat, endgültige Entscheidungen zu fällen, also Entscheidungen, die nicht anfechtbar sind, ist – im Hinblick auf diese Entscheidung – notwendig unfehlbar. Natürlich wird niemand Richter eines höchsten Gerichtes oder gar Papst, weil er unfehlbar ist, aber umgekehrt wird unfehlbar, wer diese Funktionen ausübt.

F. Wer (endgültig) entscheidet, ist souverän

Jeder, der eine Rechtsentscheidung trifft, ist souverän zumindest im Hinblick darauf, ob und welche Regel er anwenden will, also im Hinblick darauf, (1) welchen Gehalt eine bestimmte Regel hat und (2) ob der konkrete zu entscheidende Fall darunter zu subsumieren ist. Beide Entscheidungen lassen sich (nur, aber immerhin) korrigieren durch eine Berufung an eine andere Instanz, sofern eine solche Berufung möglich ist. Das aber ändert zwar nichts an der Souveränität desjenigen, der entschieden hat, denn eine Berufungsentscheidung ersetzt bloss eine souveräne Entscheidung durch eine andere.

Wer aber endgültig entscheidet, also derjenige, gegen dessen Entscheidungen keine Möglichkeit einer Anfechtung besteht, der ist nicht nur souverän in seiner Entscheidung, sondern viel weiter und darüber hinaus gehend auch darin, dass er letztlich über das Ende des Rechts entscheidet. Denn wer nicht anfechtbare Entscheidungen fällen kann, unterliegt nicht einer bestimmten Ordnung, sondern bestimmt umgekehrt und unwiderruflich, was diese Ordnung bedeute. Und damit auch, wo sie ende. Denn mit dem Ende der Mehrdeutigkeit, dem Ende des Streitigen und der Vorläufigkeit, dem Ende der Fehlbarkeit, endet auch das Recht. Höchst-

richterliche Entscheidungen machen das überdeutlich. Gleich dem Begehren, das nur unerfüllt existieren kann, weil die Erfüllung gleichzeitig auch notwendig das Ende dieses Begehrens bedeutet, entschwindet das Recht in genau dem Augenblick, in dem es sein Versprechen einlöst, das Unentscheidbare tatsächlich, d.h. endgültig zu entscheiden. Es löst sich auf und gibt die Sache der ursprünglichen Sphäre zurück, spuckt sie quasi aus, lässt sie fallen.

II. Der Instanzenzug

A. Funktion und Bedeutung

Zu erwähnen bleibt ein letztes Element, eines, das für sich alleine genommen rätselhaft genug erscheint, nämlich der Instanzenzug, also die Tatsache, dass über eine Sache mehrfach entschieden wird. So intensiv und ausführlich die Regelungen selbst und ihre Anwendung erforscht werden, so dunkel ist die Frage nach dem Instanzenzug. Das Phänomen, dass überhaupt die Möglichkeit besteht, gegen eine Entscheidung zu rekurrieren, wird meist nicht reflektiert, sondern als selbstverständliches Merkmal von Gerechtigkeit und Qualität behandelt (bemerkenswerte Ausnahmen bilden [Nicolas de Caritat de Condorcet](#), *Réflexions sur la jurisprudence criminelle*, Paris 1775 [[online hier](#)], sowie [Peter D. Marshall](#), *A Comparative Analysis of the right to appeal*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22, 2011, 1-45). Es ist dies aber eine ganz junge Entwicklung, je nach Rechtssystem und Rechtsgebiet teilweise erst gut hundert Jahre alt. Sehr alt dagegen ist die Möglichkeit, gegen die Entscheidung einer Autorität eine andere anzurufen. Dabei allerdings handelte es sich fast ausschliesslich um Strukturen, die eine Gerechtigkeitsskorrektur erlaubten, so etwa die Equity im Common Law oder die Appellation an den Kaiser im römischen Recht. Sie ermöglichten die Überprüfung von Entscheidungen, die in mechanischer Anwendung abstrakter Regeln ergingen, ohne die Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen, meist weil der Entscheidende kein entsprechendes Ermessen besass oder der Prozess strikt formalisiert war. Das produzierte notwendig Ungerechtigkeiten,

weil eben der einzelne Fall entschieden wurde und dieser Fall massgeblich war. Die Möglichkeit einer Korrektur war deshalb ebenso offensichtlich wie unumgänglich. Dagegen ist die Idee, dieselbe Sache grundsätzlich und allgemein mehrmals zu prüfen, sehr jung. Bis ins 18. Jahrhundert war beispielsweise im Inquisitionsprozess die Appellation nicht etwa nur absent, sondern verboten. Dazu bestand kein Anlass. Denn wenn ein Geständnis vorlag, so war damit auch die Wahrheit gefunden. Zu korrigieren gab es daher nichts. Ganz ähnlich will **Montesquieu** zwar zwei Instanzen zulassen, hält eine dritte aber für ganz überflüssig und qualifiziert sie als Missbrauch (**Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu**, *De l'abus des juridictions, Pensées diverses*, Edition Garnier, Paris 1879, vol. 7, 181. Der Text findet sich auch Online unter: [fr.wikisource.org/wiki/Pensées_diverses_\(Montesquieu\)](https://fr.wikisource.org/wiki/Pensées_diverses_(Montesquieu))). Denn warum sollte eine dritte Entscheidung in derselben Sache qualitativ besser sein als die ersten beiden?

Jeder, der eine Rechtsentscheidung trifft, ist souverän.

Was immer auch die Entstehungsgründe des Instanzenzuges sein mögen, unter seinen verschiedenen Funktionen nicht die geringste ist es, zu retardieren und dadurch zu befrieden. Wesentlich an einem Verfahren ist nicht primär, dass eine Frage entschieden wird, sondern dass die verschiedenen, sich widerstreitenden Positionen dargelegt werden können, dass sie Gehör finden. Die Zeit, die dafür aufgewendet werden muss, ist kein Preis, den es zu minimieren gilt, sondern zentraler Teil der Leistung des Verfahrens bzw. des Rechts. Als Defizit kann es nur demjenigen erscheinen, der das Recht als

eine Art Maschine missversteht, die vorbestehende allgemeine Kriterien auf konkrete Fälle anwendet. Nur wer die Subsumtion als mechanischen Akt konzipiert, kann von Algorithmen träumen, die einst Rechtsentscheidungen fällen werden. Das aber eliminiert das Recht selbst. Was eine Maschine «entscheiden» kann, gehört nicht zum Recht. Es kann kein Recht darstellen, weil solche «Entscheidungen» das Recht schlicht nicht benötigen. Ein Sachverhalt, für den nicht mindestens zwei vernünftigerweise vertretbare Positionen bestehen, muss nicht «entschieden», er muss nur geklärt werden. Das Problem kann höchstens darin bestehen, die massgebliche Regel zu finden. Ist sie aber gefunden, ist damit auch klar, was gilt. Zuvor muss natürlich zweifelsfrei und klar eruierbar sein, welche Norm zur Anwendung kommt. Kommen vernünftigerweise mindestens zwei Normen in Frage, kann eine Maschine bzw. ein Algorithmus das nicht lösen bzw. «entscheiden». Weil Maschinen nicht entscheiden, steht ein mechanisch gewonnenes Resultat immer schon vorgängig fest. Das gilt auch dort, wo es durch einen höchst komplexen Algorithmus ermittelt wird. Ein solches Resultat kann deshalb nicht richtig oder falsch sein, das kann höchstens für die Maschine oder den Algorithmus gelten. Gleich einem Lichtschalter kann der Entscheidmechanismus nicht irren, er kann nur kaputt sein.

B. Konsequenzen

Eine Rechtsentscheidung lässt sich deshalb durch Beschleunigung nicht verbessern. Vielmehr bewirkt das blosses Vergehen der Zeit, dass sich die Dinge setzen, dass sie eine andere Färbung, ein anderes Gewicht bekommen, dass wir sie verarbeiten können. Anderes könnte höchstens dort gelten, wo sich nicht zwei vernünftigerweise vertretbare Positionen gegenüberstehen, also dort, wo eine Rechtsentscheidung gerade nicht notwendig ist.

Dabei ist uns Retardieren als Qualitätsgarant so geläufig, dass wir bei schwierigen Entscheidungen gerne «darüber schlafen». Auch haben

Demokratien typischerweise zwei Parlamentskammern, nicht primär der Repräsentativität, sondern der Verlangsamung des Gesetzgebungsprozesses wegen. Mit dem Vergehen der Zeit vergehen auch die Dinge und ihre Bedeutung. Beschleunigung der Verfahren bedeutet deshalb auch, dass eine Entscheidung – weil die Dinge noch heiss sind – eher angefochten und an die nächste Instanz gezogen wird. Das ist in zweierlei Hinsicht problematisch:

1. Es führt unumgänglich zu einer Überlastung der Justiz, und zwar auf allen Stufen. Beschränkt aber nicht der Zeitablauf die Zahl der Berufungsverfahren, so werden andere Kriterien gefunden, um das zu erreichen, etwa die Anhebung des massgeblichen Streitwertes oder die Bedeutung der Rechtsfrage. Entsprechend gross ist der Bedarf an anderen Beschränkungs- bzw. Entlastungsfaktoren: Für die Strafverfolgung etwa das stetig zunehmende Ermessen (Opportunität), für den Strafvollzug bestimmte Vollzugsformen (etwa elektronische Fussfesseln), und für Zivil- und Verwaltungsrecht Erhöhung der Streitwerte und Beschränkung der Aktivlegitimation bzw. Beschwer.
2. Zum Anderen aber, und das tangiert die Funktionalität des Rechts in noch gravierenderer Weise, führt die Beschleunigung der Verfahren – entgegen den Erwartungen und Hoffnungen – letztlich zu einem Bedeutungsverlust des Rechts. Entscheidet auch die Berufungsinstanz innert kurzer Frist, sind die Rekursmöglichkeiten alsbald erschöpft. Mit der letztinstanzlichen Entscheidung aber kommt das Recht an sein Ende und die Sache kehrt zurück an ihren Ursprung. Das Spiel beginnt von neuem.

Natürlich kann der retardierende Charakter des Rechts den Interessen der unmittelbar Betroffenen zuwiderlaufen und die Rechtssuchenden u.U. hart treffen. Das liegt am Charakter des Rechtes selbst: Wo Recht als Instrument dienen soll, einen (unbefriedigenden)

tatsächlichen Zustand abzuändern oder aufzuheben, muss es aufgrund seiner Natur fast zwangsläufig scheitern. Dass ein faktischer Konflikt in eine Rechtsfrage transformiert wird, die alsdann im Schwebezustand gehalten wird, vermag das Faktische gerade nicht zu ändern. Und wo der faktische Zustand unbefriedigend ist, bleibt er natürlich bestehen, solange die Sache strittig ist, weshalb Beschwerden vielfach eher Frustration des Beschwerdeführers bewirken, als seine Befriedigung. Das aber liegt am Charakter des Rechts, das der Macht eher unter- als entgegensteht. Hübsch ausgedrückt wird diese Sachlage etwa in der bekannten Sentenz *«in pari turpitudine melior est causa possidentis»*, also der Aussage, dass bei gleichem Sittenverstoss, der Besitzer einer Sache die bessere Position hat. Und auch **Georg Jellineks** *«normative Kraft des Faktischen»* gehört in diesen Zusammenhang. Diese Struktur lässt sich selbstredend durch Beschleunigung nicht verändern. Wer die Welt verändern will, ist mit Panzern erfolgreicher als mit Gerichten.

Die Beschleunigung des Rechts mündet deshalb notwendig nicht nur im Wuchern der Rechtsmasse (vgl. **M. A. Niggli**, *Gerechtigkeit & Beschleunigung*, *ContraLegem* 2022/1), sondern auch in der Vervielfachung der Rechtsstreitigkeiten bzw. Verfahren. Geschwindigkeitssteigerung bewirkt also das Gegenteil dessen, was sie angestrebt: Die sich entgegenstehenden Parteien und Meinungen verlieren nur langsam an Vehemenz. Auch wer Recht nicht über die anfechtbare Entscheidung definiert, wird zugeben, dass Vertrauensbildung und Friedenssicherung nicht grösser werden, wenn sie in kürzerer Zeit erbracht werden. Vielmehr besteht die sehr dringende Vermutung, dass langfristige Wirkungen (wie eben Vertrauensbildung und Friedenssicherung) eine gewisse minimale Dauer beanspruchen, dass also die Verkürzung der Zeit mit einer Verkürzung dieser Wirkungen einhergeht. Durch Beschleunigung lässt sich eine Steigerung der Effektivität des Rechtes daher kaum je erreichen. Auch wer fälschlicherweise die Beschleunigung des Rechts

(sowohl der Gesetzgebung als auch der Rechtsanwendung) als Steigerung seiner Effizienz verstehen will, wird zuzugeben müssen, dass dies mit der Minderung seiner Effektivität bezahlt wird.

Diese Entwicklung (Abnehmen der Effektivität als Folge angestrebter Effizienzsteigerung, Wuchern der Rechtsmasse bei gleichzeitigem Bedeutungsverlust des Rechts) wird paradoxerweise durch die globale Kommunikation verstärkt und beschleunigt: Das Recht strebt scheinbar an, Unentscheidbares zu entscheiden, während es in Wirklichkeit die Entscheidung in der Schwebelage hält. Umgekehrt – quasi gespiegelt – strebt ein Grossteil der Kommunikation über die Entscheidungen des Rechts scheinbar Klarheit und Endgültigkeit an, während doch in Wirklichkeit über Entschiedenenes, über Evidentes und Klares nicht viel zu berichten ist. Nur was noch nicht entschieden ist, was unklar, fehlerhaft oder diskutabel ist, bietet überhaupt Stoff für Berichte.

Hat das Recht eine Frage endgültig entschieden, ist sie nicht mehr Gegenstand des Rechts, sondern wird ausgeschieden und kommt als Re-Entry zurück in die ursprüngliche Sphäre des Unentschiedenen. Nun lässt sich darüber wieder berichten, erneut mit der Klage, eine Entscheidung dauere zu lange. Fehlt die Bereitschaft, Unschärfe bzw. Unentschiedenes auszuhalten, so muss die Leistung des Rechts, Unentscheidbares in der Schwebelage zu halten,

nicht als Leistung, sondern als Defizit qualifiziert. Das lässt sich auch nicht durch Beschleunigung korrigieren, vielmehr verstärkt sich damit das als «Problem» wahrgenommene Phänomen.

III. Fazit

1. Recht besteht aus Entscheidungen, die anfechtbar sind; Entscheidungen, gegen die ein Rechtsbehelf existiert (Niggli/Husmann, Jungleland).
2. Nur Unentscheidbares benötigt eine Rechtsentscheidung.
3. Recht verspricht Unmögliches, indem es vorgibt, Unentschiedenes (d.h. recte Unentscheidbares) zu entscheiden. Es gibt vor, Klarheit durch Entscheidung zu schaffen, hält aber in Wirklichkeit die Dinge in der Schwebelage.
4. Fehlt die Bereitschaft, Unschärfe auszuhalten, muss die Leistung des Rechts, Unentscheidbares in der Schwebelage zu halten, zunehmend nicht als Leistung, sondern als Defizit erscheinen.
5. Dieses Defizit lässt sich durch Beschleunigung nicht korrigieren, sondern wird im Gegenteil dadurch verstärkt.



Briefe an die StPO

Junius

I. Lieber Art. 78 Abs. 5^{bis} StPO

Was habe ich mich gefreut, Dich letztthin am Bezirksgericht Bülach wieder einmal im Einsatz zu sehen! Zu verhandeln war ein typisches Vier-Augen-Delikt, weshalb die Verfahrensleitung richtigerweise (oder Lausanne gehorchend?) die nochmalige Befragung der Belastungszeugen von Banken anordnete (BGE 140 IV 196). Was ging die Befragung flott voran! Obwohl auch in Deiner Anwesenheit die Aussagen laufend protokolliert werden müssen (Art. 78 Abs. 1 StPO), hörte ich kein «wated sie schnäll, mir mönd nachho mit ufschriibe», wie dies bei den Staatsanwaltschaften (Art. 78 Abs. 5 StPO) immer wieder vorkommt. Nein: Trittst Du in Aktion, verzichtet das Gericht darauf, «der einvernommenen Person das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen». Es kam gar zu einem regelrechten Schlagabtausch, einem Kreuzverhör, wie ich dies bisher nur neidvoll am TV in Gerichtsthrellern mitverfolgen durfte. Weshalb Du bisher nur im erst- und zweitinstanzlichen Hauptverfahren in Aktion treten darfst (BBl 2012 5714, 5716), ist mir ein Rätsel.

Wusstest Du, dass eine Pensionierung bald ansteht? Mit der Revision der StPO soll Art. 78a StPO geboren werden (BBl 2019 6790), welcher die Aufzeichnung der Einvernahmen nunmehr auch im Vorverfahren ermöglichen soll. Der Nationalrat hat dazu schon mal ja gesagt (AB 2021 N 596).

Geniess den Ruhestand!

Dein Junius

II. Du hingegen, Strafbefehl

hast mich wieder fürchterlich aufgeregt. Es mag ja sein, dass Du für den Rechtsunterworfenen ganz praktisch sein kannst. Ich denke da an das nicht-öffentliche Verfahren oder die Kosten. Aber ein bisschen sorgfältiger solltest Du schon agieren. Ein Tibeter kam

Und prompt ergeht ein halbes Jahr später ein weiterer Strafbefehl mit demselben Vorwurf. Mit Recht hat dies natürlich herzlich wenig zu tun, nicht?

letzten Herbst zu mir mit einem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis. Ihm wurde vorgeworfen, sich illegal in der Schweiz aufzuhalten. Nachdem ich die Staatsanwältin davon überzeugen konnte, dass es Tibetern schlichtweg nicht möglich ist, sich Reisepapier zu beschaffen (die Ausreise aus der Schweiz aus objektiven Gründen also gar nicht möglich ist und eine Strafbarkeit somit entfällt: BGer, 6B 482/2010 E. 3.2.2, Urteil vom 7.10.2010), stellte sie das Verfahren gottlob ein. Und was

machst Du? Du rennst schnell zur Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland und klagst ihr Dein Leid. Und prompt ergeht ein halbes Jahr später ein weiterer Strafbefehl mit demselben Vorwurf. Mit Recht hat dies natürlich herzlich wenig zu tun, nicht? Aber das war ja auch nur zweitrangig, als die Gesetzgeber Dich zur Welt brachten, oder?

Wir schauen Dir weiter auf die Finger!

Junius

III. Prügelknabe Kanton Aargau!

Was wirst Du immer wieder gescholten von Lausanne. Dabei können sich die anderen Kantone zumindest in einer Hinsicht ein Vorbild an Dir nehmen. Du weist in Deinen Strafbefehlen nämlich nicht nur verklausuliert im Mitteilungssatz darauf hin, dass ein Eintrag im Strafregister erfolgen wird (z.B. im Kanton Zürich so: «Mitteilung an die Koordinationsstelle VOSTRA»), sondern stehst ganz offen dazu. Du nimmst gleich im Dispositiv darauf Bezug («Das Urteil wird im Strafregister eingetragen») und ermöglichst so, dass der Rechtsunterworfenen den Strafbefehl wenigstens ansatzweise versteht. Der Eintrag im Strafregister ist für den ja oft die empfindlichste Sanktion.

Weiter so, Argovia!

Junius

IV. Ha ha ha, Art. 147a E-StPO!

Meintest Du doch glatt, Du könntest Dich durch die parlamentarischen Beratungen mogeln und den Strafprozess in die Steinzeit zurückbomben. Du wolltest der beschuldigten Person nämlich so lange das Teilnahmerecht an Beweiserhebungen verweigern, wie sich diese «zum Gegen-

stand der Einvernahme nicht einlässlich geäußert hat» (BBl 2019 6793). Damit würde das Schweigerecht der beschuldigten Person (Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO) bestraft: Wer nicht redet, bleibt draussen! Herr Nationalrat und Hobby-Verteidiger Lukas Reimann setzte sich für Dich in den parlamentarischen Beratungen vehement ein und illustrierte die «Problematik» mit folgendem, total lebensnahen, gängigen Beispiel (AB 2021 N 600 f.):

Eine Kollegin rief mich an und sagte: «Um Himmels willen, ich habe eine Vorladung bekommen; ich muss als Zeugin aussagen, weil der Beschuldigte gesagt hat, er sei zum Tatzeitpunkt mit mir da und da gewesen.» Da fragte ich: «Ja, stimmt das?» Da sagte sie: «Nein, natürlich nicht. Was soll ich sagen?» Dann sagte ich: «Du kannst entweder gar nichts oder die Wahrheit sagen; andere Möglichkeiten hast Du nicht.» Später sah ich sie wieder und fragte: «So, was hast Du gemacht?» Dann sagte sie: «Ja, ich habe gesagt, ich war mit dem Beschuldigten in den Ferien.» Da fragte ich dann geschockt: «Ja, warum hast Du das gesagt?» Dann sagte sie: «Ja, der ist bei dieser Befragung aufgekreuzt und sass gegenüber. Wie soll ich denn da etwas anderes sagen, wenn er mir gegenüber sitzt?»

Der Luki hat da Verschiedenes nicht ganz verstanden (Art. 163 Abs. 2 StPO, Art. 149f StPO) und riskiert die Strafverfolgung seiner Kollegin (Art. 307 StGB). Der Nationalrat verstand Luki auch nicht und schickte Dich bachab (AB 2021 N 604).

Auf Nimmerwiedersehen!

Dein Junius



Strafe definieren 3: Strafe = Freiheitsentzug?

M. A. Niggli

Ein Kommentar zu BGE 142 II 243 & EGMR, Müller-Hartburg c. Österreich

I. Einführung

Wir haben uns hier bereits einmal mit dem höchst problematischen Entscheid des EGMR Müller-Hartburg c. Österreich (Urteil vom 19.2.2013, Nr. 47195/06) materiell auseinandergesetzt (vgl. M. A. Niggli, Strafrecht richtet sich an die Allgemeinheit? Schrulliges bundesgerichtliches Verständnis von Strafrecht [BGE 142 II 243], ContraLegem 2018/2, 44 f.), allerdings ohne den Entscheid ausdrücklich zu nennen, in der Meinung, das Bundesgericht sei fähig, den Unterschied zwischen einer «Strafe» und einer «strafrechtlichen Anklage» zu erkennen (vgl. M. A. Niggli, Strafrecht & strafrechtliche Anklage, ContraLegem 2018/2, 49 ff.): Bestimmt sich nach dem materiell-rechtlichen Begriff der Strafe, welchen Regeln Fragen nach Täterschaft & Teilnahme, Versuch & Verjährung etc. unterstehen (was ja alles im Allgemeinen Teil des StGB geregelt wird und was von Art. 333 StGB auch auf Strafen aller Ebenen für massgeblich erklärt wird), entscheidet der (prozessuale) Begriff der «strafrechtlichen Anklage» darüber, welchen Vorgaben ein entsprechendes Verfahren untersteht (öffentliches Verfahren, unabhängiges Gericht etc.; vgl. auch M. A. Niggli, Strafe definieren 1: Was nicht funktioniert, ContraLegem 2021/2, 53 ff.).

Dass dem Bundesgericht bekannt und bewusst ist, dass die beiden Begriffe nicht deckungsgleich sind und dass nach dem Begriff der strafrechtlichen Anklage nicht entscheiden lässt, ob eine Strafe vorliegt, hatten wir für selbstverständlich angenommen. Noch hat uns ja niemand erklären können, wie aus der EMRK

z.B. irgendeine (irgendeine!) Regelung von Täterschaft & Teilnahme oder Versuch & Vollendung abzuleiten wäre. Unbedachterweise hatten wir weiter angenommen, dass ein Gericht (insbesondere das höchste Gericht im Lande) für seine Entscheidungen Gründe hätte, die es auch zu nennen vermöchte. Indes, beide (zugegeben vielleicht naiven) Erwartungen (Unterschied Strafe/strafrechtliche Anklage einerseits, nachvollziehbare Begründungen andererseits) wurden bitterlich enttäuscht und wir wurden schmerzlich daran erinnert, dass Zitieren einfacher ist als Denken. Auf den vorgenannten Beitrag zu BGE 142 II 243 hin hat uns die Gerichtsschreiberin, die den fraglichen Entscheid verfasst hat, kontaktiert. Aber nicht etwa, um uns Gründe oder Argumente für die Entscheidung mitzuteilen, die sich nicht oder nur versteckt darin finden, sondern – ja, tatsächlich – einzig, um uns auf besagten Entscheid des EGMR (Müller-Hartburg c. Österreich) hinzuweisen, ganz so, als wäre der Verweis auf einen Entscheid eines anderen Gerichtes zu einer anderen Frage (strafrechtliche Anklage, nicht Strafe) eine gültige Begründung der eigenen Position. O tempora, o mores!

II. Der Entscheid

Auch der EGMR scheint den Unterschied von Strafe und strafrechtlicher Anklage nicht zu respektieren (wörtlich: «44. *Regarding the nature of the offence, the Court observes that section 1 (1) of the Disciplinary Act is not addressed to the general public but to the members of a professional group possessing a special status, namely practising lawyers and trainee lawyers (see Brown v.*

the United Kingdom (dec.), no. 38644/97, 24 November 1998, concerning disciplinary proceedings against a solicitor).») und eigentlich wäre dazu nichts weiter zu sagen, wie bereits anlässlich BGE 142 II 243 ausgeführt gilt dasselbe natürlich für jedes Sonderdelikt und wir wollen annehmen, dass der EGMR nicht ernsthaft davon ausgeht, dass Sonderdelikte keine Straftaten sind und die Strafen, welche sie nach sich ziehen, auch in den Augen des EGMR Strafen sind. Aber derjenige, dessen Entscheidungen nicht angefochten werden können, hat dieselbe funktionale Stellung wie Gott (vgl. **M. A. Niggli**, *Souveränität & Instanzenzug*, *ContraLegem* 2021/3, S. 34 ff.), weshalb er eben keine Fehler machen kann. Es erscheint daher natürlich, dass er seine eigene Bedeutung und Macht überschätzt. Nachdem aber gerade dieser EGMR-Entscheidungen offenbar als ultimative Begründung schweizerischer Rechtsprechung zum Begriff der Strafe herangezogen wird, soll hier ein anderes Argument angesprochen werden, das sich ebenfalls darin findet, um den Strafcharakter eines Berufsverbotes zu verneinen; ein Argument das in seinem Irrwitz die Behauptung, Strafe könne nur sein, was sich unterschiedslos an alle richte, vielleicht noch übertrifft.

Der Gerichtshof behauptet nämlich tatsächlich, dass Strafe nur sein könne, was zu einer Freiheitsstrafe führen könne. Wörtlich im Entscheid *Müller-Hartburg c. Österreich*:

«47: With the exception of the fine, these sanctions are typical disciplinary sanctions (see, mutatis mutandis, Moullet, cited above). As regards the fine, the Court notes that in contrast to fines in criminal proceedings fines under the Disciplinary Act do not attract a prison term in the event of default, as the disciplinary authorities have no power to impose deprivation of liberty. Although the size of the potential fine is such that it must be regarded as having a punitive effect, the severity of this sanction in itself does not bring the charges into the criminal sphere (see Brown, cited above).»

Was für eine Freude, solchen Unsinn lesen zu dürfen, und dies zudem von einem verehrungswürdigen Gericht, das ganz offensichtlich nicht bei Sinnen ist und das auch glorios zeigt. Wenn das Argument tatsächlich zuträfe, dann müsste ja ein Grossteil der Rechtsprechung des EGMR selbst zum Begriff der Strafe (*Engel-Rechtsprechung*, *Jussila c. Finnland*, *Grande Stevens c. Italien*) falsch sein. Die Diskussionen, die in *Grande Stevens c. Italien* (*Urteil vom 4.3.2014*, Nr. 18640/10) geführt werden, wären ganz überflüssig gewesen, geprüft werden müssen hätte ausschliesslich, ob die fraglichen Geldstrafen in Freiheitsstrafen umgewandelt werden konnten.

Aber derjenige, dessen Entscheidungen nicht angefochten werden können, hat dieselbe funktionale Stellung wie Gott.

III. Die wahrscheinliche Herkunft des Entscheides

Das Argument, wonach Strafe nur Freiheitsentzug sei und was darin umgewandelt werden könne, dürfte – auch das wäre nachzuprüfen – primär aus dem Kontext des Kartellrechts stammen und dem Bestreben, die Kartellbussen der EU nicht als Strafen zu qualifizieren, weil der EU ja da überhaupt keine Strafkompetenz zukommt, weshalb sie keine Kartellbussen ausfallen dürfte, wenn es Strafen wären. Das Argument ist mithin nichts anderes als der Versuch, über das Kriterium der «Körperlichkeit» Unternehmen von der «Strafbarkeit» auszunehmen und allen Strafen, die ihnen

auferlegt werden, den Strafcharakter abzusprechen (ohne dass man diese Ziele zugibt).

Will man aber tatsächlich das merkwürdige Kriterium der Körperlichkeit mit dem Begriff der Strafe verknüpfen, und als Strafe nur staatliche Übelszufügung definieren, die einem körperlichen Subjekt zugefügt werden können, müsste man die Körperlichkeit (und nicht den Freiheitsentzug) als Kriterium ausdrücklich nennen, ansonsten man unmittelbar in die Hölle der Inkonsistenz fährt.

Am Beispiel: Sind Körperstrafen oder Todesstrafe überhaupt Strafen? Nach dem EGMR nur dann, wenn sie in Freiheitsstrafen umgewandelt werden können. Und ob sie das können, bestimmt sich nach dem nationalen Recht, und

Disziplinarstrafen sollen keine Strafen sein? Und es hilft auch nicht weiter, wenn man das umformuliert: Disziplinarsanktionen sollen keine Strafen sein? Aber was wären sie denn sonst?

selbstverständlich nicht nach der EMRK (wie sollte es auch, dafür bestehen ja gar keine Kriterien). Wollte man also dem Kriterium der Körperlichkeit folgen, so könnten die Mitgliedstaaten der EU wieder autonom bestimmen, was eine Strafe sei und was nicht.

Weil das vorstehende Beispiel vielleicht die Sensiblen erschrecken mag, die bereits bei der Erwähnung von Todes- und Körperstrafen zusammenzucken, die ja von der EMRK für unzulässig erklärt und ausgeschlossen werden, hier noch ein einfacheres Beispiel aus der Schweiz heute:

IV. Noch ein Beispiel

Im aktuell geltenden Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) werden in Art. 3 Ordnungswidrigkeiten definiert als Widerhandlungen, die vom einzelnen Verwaltungsgesetz so bezeichnet werden oder die mit Ordnungsbussen bedroht werden. Für solche Ordnungswidrigkeiten bestimmt Art. 10 Abs. 1 VStrR ausdrücklich, dass – anders als für andere Bussen des Verwaltungsstrafrechtes – eine Umwandlung in Haft (heute: Freiheitsstrafe) nicht möglich ist. Bedeutet das nun, dass Ordnungswidrigkeiten keine Strafen sind, obwohl ein Definitionskriterium die angedrohte Sanktion einer Ordnungsbusse ist? Wollte man das tatsächlich vertreten, so ergäben sich zwar keine unmittelbaren dogmatischen Probleme mit Anstiftung und Gehilfenschaft, weil sie in Art. 5 VStrR bei Ordnungswidrigkeiten explizit von der Strafbarkeit ausgeschlossen werden. Welchen Regeln aber sollte die Bestimmung z.B. von Täterschaft, Versuch oder Verjährung folgen? Der Allgemeine Teil des StGB wäre ja, den Vorstellungen des EGMR nicht anwendbar, weil es sich nicht um «Strafen» handelt. Will man tatsächlich – wie etwa im Kartellrecht – alles ein wenig selbst erfinden unter dem Obertitel «analoge Geltung»? Das heisst ja nichts anderes, als die Vorgaben des Bestimmtheitsgebotes unmittelbar und direkt abzulehnen. Es gäbe dann Strafen, für welche die Vorgaben des AT StGB gelten und solche, für die das nicht zutrifft, für die aber auch keine anderen Regeln bestehen.

Leicht erkennbar ist, dass das Kriterium der Freiheitsstrafe bzw. Umwandlungsmöglichkeit in sie den Begriff der Strafe beliebig macht: Bestimmt ein Gesetz, dass eine ausgesprochene Todes- oder Körperstrafe nicht in Freiheits-

strafe umgewandelt werden darf oder dass für bestimmtes Verhalten keine andere Strafe möglich ist als Todes- oder Körperstrafe, fallen selbst diese schärfsten Eingriff in die Rechtssphäre des Bestraften als Strafen ausser Betracht. Kann das wirklich gemeint sein?

Dass sich die beiden Argumente gerade im gleichen Entscheid finden, bezeichnet möglicherweise eine der dunkelsten Stunden des EGMR und eigentlich gehört der Entscheid auf den Index der Entscheide, die zu vermeiden sind und auf die möglichst nicht abzustellen ist. Die ganze Hilflosigkeit wird offenbar bereits in der Sprache: *Disziplinarstrafen* sollen keine Strafen sein? Und es hilft auch nicht weiter, wenn man das umformuliert: *Disziplinarsanktionen* sollen keine Strafen sein? Aber was wären sie denn sonst?

Symptomatisch erscheint, dass *Grande Stevens c. Italien* (2014) den Entscheid *Müller-Hartburg c. Österreich*, der ja aus dem Kalenderjahr unmittelbar zuvor stammt (2013), nicht ein ein-

ziges Mal erwähnt. Das kann an der miserablen Qualität des Entscheides liegen, es kann allerdings auch darin begründet sein – so zumindest der unbefangene Eindruck, demjenigen durchaus verwandt, den unser Bundesgericht erweckt –, dass je nach Art der Strafe, um die es im jeweiligen Fall gerade geht (Bussen, Geld-, Freiheitsstrafen, Berufs- und andere verbote) auch jeweils ein anderes Argument vorgebracht wird, warum es sich dabei nicht um eine Strafe handeln soll. Das wäre vertieft zu prüfen, wofür hier kein Raum besteht. Sofern es aber tatsächlich zutrifft, belegt es das ganze Elend dieser Rechtsprechung und die völlige dogmatische und philosophische Orientierungslosigkeit, die sich notwendig ergeben muss, wenn man mit prozessualen Kriterien (strafrechtliche Anklage) materiell-rechtliche Begriffe (Strafe) zu definieren sucht.



Irrungen und Wirrungen um das Umweltverbandsbeschwerderecht

Christoph Mettler

Bei der Anwendung des Verbandsbeschwerderechts im konkreten Fall verkennen die Beteiligten oftmals sowohl das Wesen der Verbandsbeschwerde als auch die sich daraus ergebende Rolle der Umweltverbände, was vielfach zu (vermeidbaren) Irritationen führt. Ein Versuch der Klarstellung und ein Lösungsvorschlag.

I. Irrtum der Projektverantwortlichen: Demokratische Legitimierung schützt vor Verbandsbeschwerde

2014 wird im Kanton Schwyz ein Ausführungsprojekt für die «Neue Axenstrasse» aufgelegt. Diese wichtige Verbindungsstrasse zwischen den Kantonen Schwyz, Uri und dem Tessin muss immer wieder wegen Felsstürzen oder Murgängen tage- und vereinzelt gar wochenlang gesperrt werden, mit den erwartbaren negativen Auswirkungen für die regionale Wirtschaft, die Pendler, den Tourismus und den vom unvermeidlichen Ausweichverkehr belasteten Gemeinden. Im Jahr 2016 lehnt das Schwyzer Stimmbevölkerung eine von Umweltverbänden lancierte Initiative zur Verhinderung dieses Projekts mit 62.8 % ab. Gleichwohl ist das Projekt aufgrund von Beschwerden derselben Umweltverbände bis heute nicht realisiert.

Aufgrund dieser Blockierung eines demokratisch legitimierten Projekts, ist es auf den ersten Blick nachvollziehbar, dass im Schwyzer Kantonsparlament 2019 Stimmen laut wurden, welche die Beschränkung des Verbandsbeschwerderechts auf Projekte von *nicht* nationalem Interesse verlangen.

Ist das die Lösung? Wohl kaum. Denn zunächst ist daran zu erinnern, dass sich 2008 nicht nur

66 % der Schweizer Bevölkerung, sondern auch das Schwyzer Stimmvolk mit 57.6 % deutlich für die Beibehaltung des Verbandsbeschwerderechts ausgesprochen haben. Betreffend demokratische Legitimation besteht zwischen dem Axenstrassen-Projekt und dem Verbandsbeschwerderecht mithin eine Pattsituation. Ferner würde die geforderte Einschränkung des Verbandsbeschwerderechts zum wenig überzeugenden Resultat führen, dass das Verbandsbeschwerderecht gerade bei Bauvorhaben mit grossen Auswirkungen auf Raum und Umwelt wegfiel. Zu Recht wird die Motion im Schwyzer Kantonsparlament letztlich zwar für nicht erheblich erklärt. Der Regierungsrat lässt es sich aber nicht nehmen, die involvierten Stellen und Gerichte hinsichtlich der beförderlichen Vorantreibung entsprechender Bewilligungsverfahren zu einer höheren Sensibilisierung anzuhalten.

Auf welchem anderen Weg können nun aber solche Pattsituationen zwischen Nutzung und Bewahrung verhindert, gemildert oder gar gelöst werden? Hierzu ist es unerlässlich, sich den Zweck des Verbandsbeschwerderechts und der verfahrensrechtlichen Rolle seiner Träger zu vergegenwärtigen.

II. Irrtum der Umweltverbände: Sie sind nicht betroffene Parteien, sondern Vollzugshelfer

Das Umweltschutzrecht operiert vielfach mit Finalnormen, d. h., das Gesetz macht eine Aussage bezüglich des Ziels (z. B. möglichst geringe Beeinträchtigung der Umwelt), definiert

Genau dieser Rolle und Verantwortung werden nun aber Verbände nicht gerecht, wenn sie sich zu «Hüter der nackten Gesetze im eiskalten Wind der Deregulierung» erklären und sich auch gegenüber der Vollzugsbehörde in Totalopposition begeben.

aber nicht, wie dieses Ziel im Einzelfall zu erreichen ist. Dies eröffnet der Vollzugsbehörde oftmals einen (grossen) Ermessensspielraum in der Anwendung des Gesetzes, den sie – als neutrale Hüterin des Gemeinwohls – mit der grösstmöglichen Objektivität auszuüben hat. Bei kollidierenden Interessen muss die Vollzugsbehörde ehrliche Vermittlerin sein und darf nicht zur Partei werden. Vielfach ist der Staat jedoch zugleich Vermittler, Interessent (z. B. wenn er eine Firma als Steuerzahlerin und Arbeitgeberin anziehen will) oder gar

Partei (z. B. im Falle von Infrastrukturprojekten). So kann es denn, vor allem, wenn es um die Wahrung kollektiver Interessen wie Umweltschutz geht, zu einer Schieflage kommen, da zwar durchaus eine gesellschaftliche Betroffenheit gegeben ist, jedoch nicht eine individuelle, welche unabdingbare Beschwerde-Voraussetzung ist. Diese Lücke versucht das Verbandsbeschwerderecht zu schliessen. Der Staat bleibt zwar auch beim Vollzug des Umweltrechts wichtigster Akteur, aber die beschwerdeberechtigten Verbände sollen kooperativ in die Verwirklichung des Gemeinwohls miteinbezogen werden. Das Beschwerderecht auferlegt den Verbänden im Ergebnis eine gewisse (Mit-)Verantwortung für die Anwendung des Gesetzes. Sie sind Vollzugshelfer und müssen daher zwangsläufig in enger Kooperation mit den Vollzugsbehörden zusammenarbeiten. Genau dieser Rolle und Verantwortung werden nun aber Verbände nicht gerecht, wenn sie sich zu «Hüter der nackten Gesetze im eiskalten Wind der Deregulierung» erklären und sich auch gegenüber der Vollzugsbehörde in Totalopposition begeben.

III. Lösung: Am beförderlichsten wird die Umwelt durch Kooperation geschützt

Gerade bei Projekten in den Spannungsfeldern Umweltschutz und Schutz der Bevölkerung sowie Umweltschutz, Klimaschutz und Energiesicherheit, ist es unerlässlich, dass sich die Verbände, – und im Beschwerdefall auch die erkennenden Gerichte – dieser Rolle und Verantwortung bewusst sind. Als Vollzugshelfer sind auch die Verbände an die Grundsätze des staatlichen Handelns gebunden. Da ihr Verhalten entsprechend vertrauensbildend wirken kann, genügt es für die Beschwerdeberechtigung mithin nicht, am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen zu haben. Vielmehr müssen die beschwerdeweise geltend gemachten Rechtsverletzungen auch bereits in diesem erstinstanzlichen Verfahren moniert worden sein.

Um Doppelspurigkeiten und damit Verzögerungen im erstinstanzlichen Vollzug zu ver-

meiden, sind schliesslich die Kompetenzen der staatlichen Behörde und der Umweltverbände klar(er) zu regeln bzw. voneinander abzugrenzen. Wie dies bereits im Rahmen der USG-Teilrevision 2002 vorgeschlagen wurde, könnten z. B. Vereinbarungen zwischen dem Projektverantwortlichen und Umweltverbänden als behördenverbindlich erklärt werden.

Doch wie auch immer die Regelung in der Zukunft ausfallen mag. Wichtig ist, dass beide

Seiten die Rolle der beschwerdeberechtigten Verbände beim Vollzug des Umweltrechts akzeptieren. Denn nur auf diesem Weg kann letztlich erreicht werden, was mit dem Verbandsbeschwerderecht bezweckt wird, nämlich kooperativer Umweltschutz.



Versteckte Einführung einer Ausweispflicht

Nicolas Chardonens

Zu den gesetzlichen Grundlagen einer Identifikationspflicht im Zusammenhang mit dem COVID-Zertifikat

I. Zertifikatspflicht

Aufgrund der epidemiologischen Lage und der Bettenbelegung auf den Intensivstationen hat der Schweizer Bundesrat am 8. September 2021 eine Ausweitung der Zertifikatspflicht beschlossen. Seit dem 13. September 2021 gilt in Restaurants, Kultur- und Freizeiteinrichtungen sowie an Veranstaltungen in Innenräumen eine Zertifikatspflicht. Damit wird das Betreten von öffentlich zugänglichen Gebäuden wie Museen, Bibliotheken, Hallenbädern, sowie auch der Aufenthalt in Restaurants, Freizeit- und Sportbetrieben ohne Besitz eines gültigen Zertifikats untersagt.

II. Gültigkeit eines Zertifikats

Seit der Einführung des Covid-19-Zertifikats hat jeder Betreiber die Pflicht, die Echtheit und Gültigkeit des Zertifikats zu prüfen. Der jeweilige QR-Code muss mittels «COVID Certificate Check-App» gescannt werden. Nur so können die darin enthaltenen Informationen ausgelesen und die elektronische Signatur überprüft werden. Die prüfende Person sieht auf der «COVID Certificate Check-App» den Nachnamen, Vornamen, das Geburtsdatum und das Ergebnis der Gültigkeitsprüfung (grün = gültig, rot = ungültig). Aufgrund des Datenschutzes wurde auf ein Foto des Inhabers auf dem Zertifikat verzichtet. Gemäss Bundesamt für Gesundheit (nachfolgend BAG) muss die prüfende Person sicherstellen, dass der präsentierte QR-Code tatsächlich zur vorweisenden Person gehört.

Deshalb muss ein Ausweisdokument mit Foto verlangt werden und es müssen die Angaben des Zertifikates damit verglichen werden. Betreffend Datenschutz bleibt offen, ob nun die Pflicht, einen Ausweis zu zeigen, diesem Zwecke mehr dient als das Covid-19-Zertifikat mit einem Foto zu versehen. Das Zertifikat ist danach nur dann gültig, wenn die Angaben auf dem Zertifikat mit dem vorgezeigten Ausweisdokument übereinstimmen. Ist dies der Fall, darf die das Zertifikat prüfende Person die das Zertifikat vorweisende Person einlassen.

III. Ausweispflicht und Kompetenz zur Identitätsfeststellung

Im Gegensatz zu den allermeisten Ländern gibt es in der Schweiz keine allgemeine Pflicht, einen Ausweis auf sich zu tragen. In der Schweiz ist nämlich niemand verpflichtet, seine Identität nachzuweisen. Einzig die Polizei oder Personen, die durch Gesetz bevollmächtigt sind (bspw. Gewerbepolizei), dürfen nach einem Ausweis fragen. Falls die angehaltene Person keinen Ausweis auf sich hat, darf sie die Polizei zwecks Identitätsfeststellung auf den Polizeiposten mitnehmen, um ihre Identität abschliessend zu klären. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts begründet die Tatsache, dass die Polizei die Möglichkeit und das Recht zu Identitätskontrollen hat, aber keine generelle Ausweispflicht.

Mit der Einführung der Covid-19-Zertifikatspflicht scheint dies jedoch nicht mehr wirklich zu gelten. Es erscheint nun für die Mehrheit der Bevölkerung fast selbstverständlich, sich ständig ausweisen zu können und auch gegenüber beliebigen Personen ausweisen zu müssen, sei es für den Zutritt zu einem Nachtclub oder eben nur, um in einem Café etwas trinken zu können. Mit der Zertifikatspflicht wurde nämlich de facto in einem separaten Schritt eine allgemeine Ausweispflicht eingeführt. Wie dargelegt, ist ein Zertifikat nur gültig, wenn es mit einem Ausweis mit Foto verglichen werden kann. Die erste Konsequenz ist, dass sich nun jede Person über 16 Jahren bei alltäglichen Aktivitäten ausweisen muss. Die zweite Konsequenz aber ist, dass die Kompetenz zur Identitätsfeststellung nicht mehr einzig der Polizei zusteht, sondern auf beliebige Personen ausgeweitet wurde.

Bestünde dafür eine gesetzliche Grundlage, wäre dies natürlich nicht weiter von Belang. Falls dafür aber keine gesetzliche Grundlage besteht, müsste dieses Vorgehen des Bundesrates als versteckte Einführung der Ausweispflicht und als grenzenlose Ausweitung der Berechtigung zur Identitätsfeststellung qualifiziert werden.

IV. Gesetzliche Grundlage

A. Covid-19-Gesetz

Für die Einführung einer Ausweispflicht mittels Covid-19-Zertifikats wäre das Covid-19-Gesetz als gesetzliche Grundlage naheliegend. In Art. 6a Covid-19-Gesetz wird folgendes festgehalten:

¹ Der Bundesrat legt die Anforderungen an den Nachweis einer Covid-19-Impfung, einer Covid-19-Genesung oder eines Covid-19-Testergebnisses fest.

² Der Nachweis ist auf Gesuch hin zu erteilen.

³ Der Nachweis muss persönlich, fälschungssicher, unter Einhaltung des Datenschutzes überprüfbar und so ausgestaltet sein, dass nur eine dezentrale oder lokale Überprüfung der

Authentizität und Gültigkeit von Nachweisen möglich ist sowie möglichst für die Ein- und Ausreise in andere Länder verwendet werden kann.

⁴ [...]

⁵ [...]

Hier wird also einzig geregelt, dass der Bundesrat die Anforderungen für den Nachweis eines Zertifikats festlegt sowie dass der Nachweis persönlich, fälschungssicher und unter Einhaltung des Datenschutzes überprüfbar sein muss. Auch mit einer günstigen Auslegung dieser Bestimmung ist eine gesetzliche Grundlage für eine Ausweispflicht nirgends ersichtlich. Sich auf diese vage Bestimmung zu stützen, um eine Ausweispflicht zu rechtfertigen, wäre schlicht falsch.

B. Epidemiengesetz

Gemäss Art. 40 EpG können die zuständigen kantonalen Behörden Massnahmen anordnen, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Nach Art. 40 Abs. 2 lit. c EpG können sie das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken. Dies könnte in der Tat eine gesetzliche Grundlage darstellen. Dieser Gesetzesartikel richtet sich aber nur an die zuständigen kantonalen Behörden. Der Bundesrat kann sich nicht auf dieser Bestimmung stützen, um die Einführung einer generellen Ausweispflicht für die gesamte Schweiz zu rechtfertigen.

C. Covid-19-Verordnung Zertifikate

Versucht man trotzdem eine Grundlage für die Ausweispflicht zu finden, muss man auf die Covid-19-Verordnung (!) Zertifikate ausweichen. In Art. 29 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 Covid-19-Verordnung Zertifikate wird festgehalten, dass die Angaben gemäss Anhang 1 (Name, Vorname, Geburtsdatum) dem Überprüfer erlauben, das vorgezeigte Zertifikat dem Inhaber zuzuordnen.

Auch diese Bestimmung vermag nicht, eine generelle Ausweispflicht bzw. Ausweiskontrolle durch Private zu rechtfertigen. Sie besagt nämlich nur, dass sich die Angaben auf dem Covid-19-Zertifikat befinden müssen, damit eine Zuordnung zum Zertifikatsinhaber möglich wird. Weder aus dieser Bestimmung noch aus der Tatsache, dass der Bundesrat eine solche Verordnung erlassen hat, kann gefolgert werden, dass eine gesetzliche Grundlage für eine generelle Ausweispflicht bzw. Ausweiskontrolle besteht.

D. Analoge Anwendung der Bestimmungen zur Alkoholabgabe

Dass sich die neue generelle Ausweispflicht gegenüber jedermann auf keine gesetzliche Grundlage stützt, war dem BAG anscheinend auch bewusst. In dem FAQ – Prüfung der Covid-Zertifikate – wurde auf die Frage, ob es nicht Aufgabe der Polizeibehörde oder von autorisiertem Sicherheitspersonal sei, Ausweisdokumente zu kontrollieren und ob die Betriebe befugt seien, diese Kontrollen selbst durchzuführen, folgendermassen geantwortet:

«Analog der Alkoholabgabe an Minderjährige darf ein Ausweis kontrolliert werden, um die Einhaltung der geltenden Vorschriften sicherzustellen».

Gemäss dieser Antwort sollte für die Alkoholabgabe an Minderjährige bereits eine gesetzliche Grundlage bestehen, die es Privaten erlaubte, eine Identitätskontrolle durchzuführen. Ob dies tatsächlich zutrifft, ist aber fraglich.

In Art. 136 StGB wird nämlich unter Strafe gestellt, wer einem Kind unter 16 Jahren alkoholische Getränke oder andere Stoffe in einer Menge, welche die Gesundheit gefährden kann, verabreicht oder zum Konsum zur Verfügung stellt. Gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. i Alkoholgesetz (AlkG) ist der Kleinhandel mit gebranntem Wasser durch Abgabe an Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren verboten. In Art. 14 Abs. 1 Lebensmittelgesetz (LMG) wird die Abgabe

alkoholischer Getränke an Jugendliche unter 16 Jahren verboten.

Aufgrund dieser Bestimmungen kann einzig festgehalten werden, dass die Abgabe von Alkohol an Kinder und Jugendliche unter 18 resp. 16 Jahren verboten ist. Dass diese Bestimmungen aber eine Rechtsgrundlage für eine Kompetenzübertragung zur Identitätskontrolle auf Private darstellen soll, ist schlicht falsch.

Des Weiteren war sich der Bundesrat anscheinend bewusst, dass es für eine solch weitgehende Einschränkung eigentlich einer gesetzlichen Grundlage bedarf. In der Botschaft wird nämlich explizit darauf hingewiesen, dass es sich um ein Verbot mit relativ weitgehender Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit handle, weshalb es zusätzlich auf Stufe Gesetz zu verankern sei (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. b BV; BBl 2011 5571, 5607).

Es kann somit festgehalten werden, dass der Bundesrat mittels Covid-19-Zertifikat nebenbei auch eine generelle Ausweispflicht gegenüber jedermann einführen wollte und die Betreiber – unter Anordnung einer Busse – dazu verpflichtet, die Ausweise zu kontrollieren. Diese zusätzlichen Pflichten stützen sich jedoch auf keine gesetzliche Grundlage, weder auf das Covid-19-Gesetz, noch auf das Epidemien-gesetz, noch auf die Covid-19-Verordnung, noch auf eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Alkoholabgabe.

V. Folgen

Der Bundesrat hat demnach versucht, eine generelle Ausweispflicht einzuführen und die Kompetenz zur Ausweiskontrolle – die er *notabene* selbst gar nicht innehat – unter Androhung einer Strafe auf Private abwälzen. Für die Betreiber von Zertifikatsaktivitäten führt dies nun zu einer ungemütlichen Situation.

Die Problematik einer ungerechtfertigten Einführung der Ausweispflicht kann am besten anhand eines realen Beispiels aufgezeigt werden. Ein Inhaber eines Bieler Cafés wurde

aufgrund «Bürgermeldungen» zweimal von Zivilpolizisten aufgesucht. Der Betreiber hat beim Eintritt jeweils die Covid-19-Zertifikate kontrolliert, aber die Kontrolle der Identität unterlassen. Die Polizei hat daraufhin gestützt auf das Bernische Polizeigesetz eine sofortige Betriebsschliessung verfügt. Weshalb sich die Polizei auf das Bernische Polizeigesetz berufen hat, erscheint bis jetzt unklar.

Art. 77 Abs. 2 Polizei-
gesetz des Kantons
Bern: «Die Übertra-
gung der Kompetenz
zur Identitätsfeststel-
lung an Private ist
ausgeschlossen.»

Gestützt auf das Bernische Polizeigesetz verfügt nämlich die Polizei auch über keine gesetzliche Grundlage, einen Betrieb zu schliessen. Zwar besteht nach Art. 4 PolG (Polizeiliche Generalklausel) die Möglichkeit, ohne besondere gesetzliche Grundlage unaufschiebbare Massnahmen zu treffen, um unmittelbar drohende oder eingetretene schwere Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzuwehren oder zu beseitigen. Dass das Unterlassen einer Identitätskontrolle keine schwere Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt, sollte jedoch offensichtlich sein. Es handelt sich bestimmt nicht um einen echten und unvorhersehbaren Notfall. Die bernische Polizei hätte eher gestützt auf Art. 39 Abs. 1 Gastgewerbe-gesetzes die Möglichkeit gehabt, die vorläufige Schliessung des Betriebes anzuordnen. Dann nämlich, wenn Gefahr im Verzug ist oder Ruhe und Ordnung schwerwiegend gestört sind. Ob

dies tatsächlich der Fall war, kann mangels Informationen nicht beurteilt werden.

Hingegen ist aber auf den Art. 77 Abs. 2 des bernischen Polizeigesetzes hinzuweisen. Da wird nämlich folgendes ausdrücklich festgehalten:

² Die Übertragung der Kompetenz zur Identitätsfeststellung an Private ist ausgeschlossen.

Im Gesetz wird also ausdrücklich festgehalten, dass die Übertragung der Kompetenz zur Identitätsfeststellung keinesfalls an Private übertragen werden darf. Der Wirt durfte infolgedessen die Identität seiner Gäste gar nicht kontrollieren. Da er gestützt auf diese Rechtsgrundlage keine Kompetenz dazu hatte, hätte er – sofern er sich gesetzestreu verhalten wollte – bei jeder notwendigen Identitätskontrolle die Kantonspolizei beiziehen müssen. Da eine solche Vorgehensweise nicht praktikabel ist, hat der Wirt einzig die Zertifikate kontrolliert und darauf verzichtet, seine Kompetenzen zu überschreiten. Sein Betrieb wurde daraufhin vorläufig geschlossen und es droht ihm zusätzlich eine Busse von CHF 10'000.-. Es droht also eine Strafe für sein gesetzeskonformes Verhalten. Dies sollte in einem gut funktionierenden Rechtsstaat grundsätzlich nicht vorkommen.

VI. Schlussfolgerung

Bei der geschilderten Problematik der Rechtsgrundlagen darf nicht vergessen werden, dass wir seit Anfang 2020 gegen eine Pandemie zu kämpfen haben. Die ganze Welt wurde vom Corona-Virus überrascht und es besteht nicht nur eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit der Weltbevölkerung, sondern das Virus hatte auch starke Auswirkung auf Wirtschaft und Gesellschaft. Der Bundesrat stand vor einer unbekanntem Situation, in der er schnell und ohne wirkliche Anhaltspunkte handeln musste. Aufgrund der unabsehbaren Gefährlichkeit und der globalen Ausbreitung des Virus und der damit verbundenen Notwendigkeit einer schnellen und einheitliche Bekämpfung, war

die Erklärung der ausserordentlichen Lage vom 16. März 2020 wohl die richtige Entscheidung. Mit dem Notstandrecht konnten der Bundesrat, aber auch die Bundesversammlung gestützt auf die Verfassung, Notverordnungen und Notverfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder äusseren Sicherheit zu begegnen.

Weil sich die Schweiz seit Juni 2020 nicht mehr in einer ausserordentlichen Lage befindet und die Bettenbelegung zumindest unter Kontrolle zu sein scheint, sollten aber die allgemeinen Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit spätestens jetzt wieder gelten. Dies bedeutet, dass der Staat für jedes Handeln eine gesetzliche Grundlage haben muss (Art. 5 Abs. 1 BV). Gegenwärtig ist das nicht mehr wirklich der Fall und der Covid-

19-Virus wird oft als Rechtfertigung für staatliches Handeln missbraucht. Vielleicht sollte uns einfach bewusst werden, dass der Covid-19-Virus an sich keine gesetzliche Grundlage darstellt und sich der Staat daher nicht darauf berufen kann, um neue Pflichten einzuführen.

Die Abkehr von der Rechtsstaatlichkeit kann gefährlich sein und sollte eigentlich bei der Bevölkerung für einen Aufschrei sorgen. Ein Aufschrei blieb jedoch aus. Im Gegenteil, es scheint fast so, als ob die Mehrheit der Bevölkerung die Abkehr von der Rechtsstaatlichkeit befürwortet oder gar verlangt. Das aber erscheint doch besorgniserregend.



Strafe definieren 4: Versuch einer Definition

M. A. Niggli

I. Grundlagen & Begriffe

Strafe bezieht sich auf einen Vorwurf. Ihr Bezug dazu ist derart intensiv, dass die Strafe, die eigentlich Konsequenz davon ist, den Vorwurf implizit enthält. Diese Grundstruktur führt dazu, dass meist versucht wird, den Begriff der Strafe über ihren Zweck oder ihren Bezug zur Ethik zu definieren. Dazu aber taugen eigentlich beide Kriterien nicht (vgl. M. A. Niggli, Strafe definieren 1: Was nicht funktioniert, *ContraLegem* 2021/2, 53-60), weshalb die entsprechenden Diskussionen auch zu keinem Ergebnis führen können. Wenn wir daher versuchen, uns für die Definition der Strafe weder auf ihren Zweck, noch die Ethik zu beziehen, ihren engen Bezug zu einem Vorwurf aber beizubehalten, so lässt sich feststellen, dass sich eine Strafe notwendig auf zweierlei beziehen muss, auf ein **Ereignis** und eine **Person**.

Auf ein Ereignis können wir nicht mit Strafe reagieren. Ein Ereignis läuft ab, es findet statt, das Wetter etwa, die Gezeiten oder der Herbst. Darauf kann sich eine Strafe nicht beziehen. Sie kann sich andererseits auch nicht nur auf eine **Person** beziehen. Weder ihr blosses Sein, ihre Existenz, noch ihr So-Sein, dass sie also ist, wie sie ist, ihr Aussehen, ihre Konstitution oder ihr Charakter, lösen eine Strafe aus. Auf all dies lässt sich reagieren, aber eben nicht mit Strafe. Zumindest nicht, wenn wir die Vorgabe einhalten wollen, dass Strafe sich auf einen Vorwurf beziehen muss. Denn ein Vorwurf kann sich nicht auf ein Sein, muss sich immer auf ein Tun beziehen. Logisch unumgänglich setzt er eine mögliche Alternative zum Bestehen-

den und eine Entscheidung voraus. Der Welt vorzuwerfen, wie sie ist, setzt voraus, dass sie anders sein könnte. Einem Ereignis vorzuwerfen, dass es stattgefunden hat, ergibt keinen Sinn. Wo nichts entschieden wurde, besteht für Vorwürfe kein Raum. Einer Person lässt sich nicht vorwerfen, **dass** sie ist oder **wie** sie ist, solange man kein Täterstrafrecht vertritt, also die Strafbarkeit am Täter und seinem Wesen anknüpft. Das aber ist schon wegen seiner notwendigen Unbestimmtheit lange diskreditiert und natürlich ist die Rede vom Jugendstrafrecht als «Täterstrafrecht» schlicht unzutreffend und meint etwas ganz anderes.

Bezugspunkt der Strafe ist daher weder allein ein Ereignis, noch alleine eine Person, sondern die Verknüpfung der beiden.

II. Die Verknüpfung von Ereignis und Person

Um die erwähnte Verknüpfung von Ereignis und Person näher zu analysieren, soll folgende Sprachregelung gelten:

1. Tat soll heissen ein Ereignis, das mit einer Person verknüpft und der dafür Verantwortung zugeschrieben wird.
2. Täter soll heissen die Person, mit der ein Ereignis verknüpft wird und die dafür Verantwortung zu tragen hat.

Abstrahiert man von Gründen, Zielen und Zwecken, Motiven und dgl. und betrachtet sich das Phänomen «Strafe», so ergibt sich recht deutlich, dass Anlass der Strafe nicht der Täter, sondern die Tat ist. Sie ist Bezugspunkt der Strafe. Umgekehrt erscheint Strafe als Reak-

tion auf die Tat. Wie bereits erläutert, interessiert hier nicht, ob sie noch anderes ist, Mittel zur Durchsetzung, Motivation des Täters, gesellschaftliches Symbol oder anderes mehr. All dies mag zutreffen, doch ändert es nichts daran, dass sie immer auch Reaktion auf die Tat ist.

Dass auch Vorschläge bestehen, Strafen für **zukünftige** Taten zu verhängen, sei nicht verschwiegen, doch soll es hier nicht diskutiert werden. Heute Vorwürfe zu erheben für Ereignisse, die erst morgen stattfinden werden, setzt nicht nur voraus, dass die Zukunft bereits feststeht, sondern auch dass sie sich mit Gewissheit erkennen lässt. Das ist notwendig selbstwidersprüchlich. Steht nämlich die Zukunft bereits fest, so gilt dasselbe natürlich auch für die Gegenwart. Steht bzw. stand ein Ereignis aber fest, so erscheint widersinnig, jemanden dafür verantwortlich zu machen, da er es doch gar nicht verhindern oder beeinflussen konnte.

Strafe ist also Reaktion auf eine Tat ist, von der sie sich herleitet und die sie logisch voraussetzt. Ohne Tat keine Strafe. Umgekehrt gilt allerdings auch, dass Strafe sich gerade nicht auf die Tat, sondern auf den Täter richtet. Dies gerade ist die Besonderheit der Strafe, dass sie auf eine Tat reagiert, sich aber nicht darauf richtet, sondern auf den Täter. Daher lässt sich sagen:

Strafe ist ein Übel, mit dem auf eine Tat reagiert wird, indem es dem Täter zugefügt wird.

Oder anders formuliert:

Strafe ist ein Übel, das dem Täter als Reaktion auf die Tat zugefügt wird.

Oder nochmal anders formuliert:

Strafe soll heissen jedes Übel, das sich auf eine Tat bezieht, aber dem Täter zugefügt wird.

Strafe ist janusköpfig, enthält begriffsnotwendig zwei Bezugspunkte. Das gilt bereits im

Erfolgsstrafrecht, wo Strafe alleine von der Tat abhängt (wie etwa im Codex Hammurabi oder den germanischen Stammesrechten). Es gilt aber auch im Schuldstrafrecht, das zwar – anders als Erfolgsstrafrecht – nicht auf die Tat, sondern den Täter abstellt, aber eben nicht ausschliesslich, denn auch Schuldstrafrecht anerkennt die Tat als eine notwendige Voraussetzung von Strafe.

Strafe soll heissen jedes Übel, das sich auf eine Tat bezieht, aber dem Täter zugefügt wird.

Entsprechend bestimmt sich heute etwa das Mass der Strafe meist aufgrund von Tat (Strafraumen) und Täter (konkrete Strafe). Massgeblich ist damit nicht nur der Strafraumen des jeweiligen Tatbestandes, sondern zudem persönliche Verhältnisse und Motive des Täters ebenso wie die Folgen der Strafe für ihn (so etwa Art. 47 StGB). Nicht einfacher wird die Sache dadurch, dass eine Tat nicht nur Strafen, sondern auch Massnahmen auslösen kann, also Einwirkungen auf den Täter, die keinen Vorwurf bzw. keine Schuld voraussetzen, deren Orientierungspunkt – anders als bei der Strafe – also nicht die Tat, sondern der Täter ist, die Tat bloss ihr Anlass ist. All das erschwert erheblich die Unterscheidung der Strafe von anderen Übeln, die dem Täter als Folge der Tat zugefügt werden. Ob die Tat zentraler Bezugspunkt oder blosser Anlass des Übels ist, das dem Täter zugefügt ist, lässt sich kaum mehr beantworten. Dass in dieser verfahrenen (und letztlich ausgeweglosen) Situation auf die Ziele und Zwecke ausgewichen wird, liegt nahe und verwundert

nicht wirklich. Genau so wenig verwundert allerdings, dass dadurch die Diskussionen um den Begriff der Strafe fruchtlos blieben. Denn mit Zielen und Zwecken wird auf ein Kriterium abgestellt, das zur Definition von Begriffen nicht taugt und in die Beliebigkeit führt (vgl. **M. A. Niggli, Strafe definieren 1: Was nicht funktioniert, ContraLegem 2021/2, 53-60**), weshalb es hier ausgeschlossen bleiben soll.

Weil sich Strafe daher begriffsnotwendig auf Tat und Täter bezieht, also auf zwei voneinander unabhängige Grössen (Ereignis & Person), die miteinander verknüpft werden, erlaubt ihre Definition alleine noch keine entsprechende Zuordnung, bietet also noch keine Möglichkeit, ein konkretes Übel zweifelsfrei als Strafe zu qualifizieren. Dazu ist ein Kriterium notwendig.

Ist die Tat nämlich bloss der Anlass einer Übelszufügung, nicht aber ihr Grund, dann können wir sie wegdenken, ohne dass damit Rechtfertigung und Notwendigkeit dieser Übelszufügung entfielen.

III. Die Verknüpfung von Ereignis und Person

Enthält ein Begriff oder Phänomen mehrere Bezüge, deren relative Bedeutung zu klären ist, soll aber der Umweg (bzw. Abweg) über Ziele und Zwecke vermieden werden, weil er die Tür zur Beliebigkeit öffnet, so bietet sich als einfacher, aber effektiver Ausweg an, was hier

Negativ- oder Differenztest heissen soll. Die Methode besteht darin, dass einer der Aspekte bzw. Bezüge weggedacht wird (vgl. etwa Test der Folgenlosigkeit: **M. A. Niggli & St. Maeder: Eventualvorsatz und Taterfolg, AJP 2016, 589 ff., 592 ff.**). Das erlaubt zu erkennen, ob sich der Begriff auf den fraglichen Aspekt (der weggedacht wird) nur bezieht, oder ob er davon fundamental abhängt und bestimmt wird. Die Strafrechtsdogmatik kennt dieses Vorgehen bei der Frage nach der Kausalität unter den Namen Bedingungs- bzw. Äquivalenztheorie, es ist ihr also nicht gänzlich neu.

Eine psychiatrische Behandlung etwa oder eine Suchtmitteltherapie orientieren sich am Täter, reagieren auf ihn, nicht auf seine Tat, die bloss Anlass dieser Massnahmen bildet. Gleiches gilt für sichernde Massnahmen wie etwa die Verwahrung. Will man daher bestimmen, ob es sich dabei um Strafen handelt oder nicht, so muss die Frage entschieden werden, ob die Übelszufügung auf eine Tat reagiert oder auf den Täter (und die Tat nur den Anlass der Übelszufügung bildet, nicht aber deren Grund). Trifft nämlich zu, dass diese Massnahmen Reaktionen auf den Täter darstellen, nicht auf seine Tat, die bloss ihr Anlass oder Auslöser sei, so muss die Tat weggedacht werden können. Ist die Tat nämlich bloss der Anlass einer Übelszufügung, nicht aber ihr Grund, dann können wir sie wegdenken, ohne dass damit Rechtfertigung und Notwendigkeit dieser Übelszufügung entfielen.

Am Beispiel: Erweist sich ein Täter als psychisch gestört, süchtig, behandlungsbedürftig oder gefährlich, so ist all dies nicht von einer Tat abhängig, es äussert sich darin nur. Die Tat, die dem Täter vorgeworfen wird, bildet mithin bloss den Anlass seiner Überprüfung. Sie kann daher weggedacht werden, ohne dass damit Grund oder Notwendigkeit der Übelszufügung entfielen. Ist ein Täter psychisch gestört und bedarf einer Behandlung, so trifft dies auch zu, wenn wir die Tat wegdenken. Ohne die Tat hätten wir es nur nicht bemerkt.

Umgekehrt gilt aber auch: Weil Strafe ein Übel ist, mit dem auf eine Tat reagiert wird, so kann – ganz unabhängig davon, wem das Übel zugefügt wird und zu welchem Zweck – die Tat jedenfalls nicht weggedacht werden, ohne dass dadurch zugleich das Übel seinen Grund und seine Rechtfertigung verlöre. Lässt sich aber die Tat *nicht* wegdenken, ohne dass damit auch Rechtfertigung und Notwendigkeit der Übelzufügung entfallen, so kann sich diese Übelzufügung nicht auf den Täter, so muss sie sich auf die Tat beziehen. Das gilt auch, wo anderes behauptet wird. Die Tat bildet hier also nicht nur den Anlass der Übelzufügung, sondern ihren eigentlichen Grund.

Am Beispiel: Wird dem Täter ein Übel zugefügt als Reaktion auf eine Tat (die ihm zugeschrieben wird), so lässt sich – unabhängig von allen Faktoren, die sich auf den Täter und seine Schuld und damit auf die Form oder das Ausmass des Übels beziehen – die Tat nicht wegdenken, ohne dass die Übelzufügung ihren Grund und ihre Berechtigung verlöre.

IV. Fazit

Wird ein Ereignis mit einer Person verknüpft, die wir dafür verantwortlich machen, nennen wir das Ereignis «Tat» und die Person «Täter». Eine Strafe gilt den Vorwurf ab, der dem Täter für die Tat gemacht wird. Eine Strafe ist mithin ein Übel, das sich auf eine Tat bezieht, aber dem Täter zugefügt wird.

Wo das Übel sich nicht auf die Tat bezieht, sondern auf den Täter (die Tat ist blosser Anlass oder Auslöser der Übelzufügung), liegt keine Strafe vor, sondern eine andere Reaktion (Massnahme). Ob das zugefügte Übel sich auf die Tat oder den Täter bezieht, lässt sich klären, indem die Tat weggedacht wird. Erscheint die Reaktion notwendig und angemessen auch ohne die Tat zu berücksichtigen, liegt keine Strafe vor. Anders ausgedrückt: Nur wo sich die fragliche Übelzufügung ohne die Tat begründen lässt, wird auf den Täter und nicht die Tat reagiert. Ansonsten handelt es sich um eine Strafe.



Gendering, aber gekonnt!

Moritz Saphir

Zur Verwendung von männlichen und weiblichen Generika – und ein wenig zum Rechtsstaat

I. Gendering

In der **Republik** ist ein Beitrag über das Bundesstrafgericht (Das Bundes-Problemgericht) erschienen. Darin findet sich folgende Passage:

«die einfachen Mitarbeitenden sagen: die Richterinnen seien unantastbar»

Aha. Die Richterinnen also sind unantastbar, im Gegensatz zu den Richtern? Auch schön der folgende Satz:

«Die Deutschschweizerinnen stellen die Mehrheit der Richter»

«Richter» muss hier ganz offenbar Männer und Frauen meinen, weil sonst logisch unmöglich wäre, dass «Deutschschweizerinnen» dazugehören können. Wenn das aber zutrifft, dann kann der Begriff «Richterinnen» im unmittelbar vorangehenden Satz nur die Frauen meinen, ansonsten die Unterscheidung gar keinen Sinn ergäbe und die Verwendung unterschiedlicher Genera (Richter vs. Richterinnen) einzig Verwirrung schaffte. Denn wenn «Richter» beide Geschlechter meint und «Richterinnen» ebenfalls, dann ist die Unterscheidung selbst ja obsolet. Meint demgegenüber das generische Maskulinum «Richter» (ganz klassisch) beide Geschlechter, dann kann das davon zu unterscheidende «Richterinnen» nur die Frauen meinen. Ist aber dies tatsächlich die Aussage? Dass Richterinnen unantastbar sind, nicht aber Richter?

Höchst unterhaltsam geht es weiter:

«Im Gegensatz zu Mitarbeitenden unterstehen Richterinnen nicht dem Personalrecht»

Meint «Richterinnen» hier wieder nur die Frauen? Das verwirrt, denn eine Geschlechterdiskriminierung wäre ja wohl unzulässig. Umgekehrt wird genau das insinuiert, denn die Richterinnen werden ja in Gegensatz gestellt zu «Mitarbeitenden», also einem Terminus, der ganz offensichtlich Männer und Frauen erfassen soll, denn dies ist ja wohl Sinn des Gerundiums. Wäre dann der Terminus «die Richtenden» nicht angemessener, sofern man denn Männer auch meinen will? Oder meinetwegen «die Gerichtspersonen», ein Begriff, der – *horribile dictu!* – tatsächlich in besonders woken Kantonen bereits verwendet wird. Das allerdings wirft wiederum die Frage auf, wie Gerichtsdienende zu bezeichnen wären. Gerichtsdienende? Im Gegensatz zu den Gerichtspersonen, die ganz offenbar nicht Dienende wären (ausser natürlich im Hinblick auf das Recht selbst), sondern eben durch die Gerichtsdienenden Bediente, also Gerichtsbediente.

Ein besonders schönes Problem ergibt sich für die Gerichtsweibel (korrekt natürlich die Gerichtsweibelinnen und Gerichtsweibel), die konsequenterweise Gerichtsweibelnde heissen müssten, oder aber – auch schön – Gerichtswibelpersonen. Wir hätten dann Bundesweibelpersonen (Bundesratsweibelnde, Parlaments-

weibelnde, Bundesgerichtsweibelnde), kantonale Weibelspersonen (Standesweibelnde, Ratsweibelnde, Gerichtsweibelnde) und kommunale Weibelspersonen (Stadtweibelnde, Gemeindeweibelnde und Ratsweibelnde). Aber all dies nur nebenher.

Schliesslich aber, und damit wollen wir zum Ende kommen, scheint im Text bzw. seinem Autor nicht nur Verwirrung zu bestehen bzgl. der Geschlechter, sondern auch hinsichtlich des eigentlichen Berichtgegenstandes.

«Auch am Bundesstrafgericht geht es nicht immer nur um Strafrecht. Sexuelle Belästigung und Sexismus können auch das Arbeitsrecht oder das Gleichstellungsgesetz verletzen. Zum Beispiel dann, wenn eine Frau klarmacht, dass ihr ein Verhalten unangenehm ist. Wenn man dann diese Grenze, die gesetzt worden ist, nicht respektiert, dann ist der Tatbestand der sexuellen Belästigung grundsätzlich erfüllt»

Wir hätten dann Bundesweibelspersonen, kantonale Weibelspersonen und kommunale Weibelspersonen. Aber all dies nur nebenher.

Das lässt jeden Sachkundigen schmunzeln, denn beim «Tatbestand der sexuellen Belästigung» denkt man notwendig und natürlich an das behaupteterweise unmassgebliche Strafrecht, namentlich an den Tatbestand von Art. 198 StGB, den einzigen Tatbestand sexueller

Belästigung, den das geltende Recht gegenwärtig kennt.

II. Rechtsstaatlichkeit

Nimmt man zugunsten der **Republik** keinen blossen Lapsus an, sondern geht auf die Suche nach möglichen Bedeutungen der Aussage, so entdeckt man Erstaunliches. Schliesst man nämlich – trotz der unglücklichen Formulierung – das Strafrecht aus, so können nur das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, kurz Arbeitsgesetz, ArG (SR 822.11), und das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, GlG (SR 151.1) gemeint sein. Das Arbeitsgesetz enthält keine Regelung zur sexuellen Belästigung, bleibt also nur das Gleichstellungsgesetz.

In Art. 3 und 4 des Gleichstellungsgesetzes wird verboten, Personen aufgrund ihres Geschlechtes bei Anstellung, Aufgabenzuteilung etc. zu benachteiligen (Art. 3). Das meint die **Republik** mit ihren Ausführungen wohl nicht. Es kann sich also nur um Art. 4 GlG handeln. Danach ist «jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt» diskriminierend. Diese doch sehr vage Formulierung wird immerhin dahingehend präzisiert, dass darunter *insbesondere* Drohungen, Versprechen von Vorteilen, Auferlegen von Zwang oder Ausüben von Druck zur Erlangung von Entgegenkommen sexueller Art fallen. All das aber kann ja nicht gemeint sein in dem Bericht über das Bundesstrafgericht, denn von alledem ist nicht im mindesten die Rede.

Würde bereits die Bitte an eine Mitarbeiterin, in der nächsten Zeit nicht schwanger zu werden, als diskriminierend qualifiziert und damit den «Tatbestand der sexuellen Belästigung» erfüllen, so müsste Gleiches wohl für das Gleichstellungsgesetz selbst gelten, das (1) Männer und Frauen stets unterscheidet und (2) grammatikalisch stets Frauen vor Männer stellt (so bereits seinem Titel). Klassische Formeln der Höflichkeit und des Anstands (wie «Damen und Herren» oder

«Frauen und Kinder zuerst» im Falle einer Seenot) wären dann sexistisch bzw. diskriminierend i.S.v. Art. 3 GlG, weil sie eben die Geschlechter unterscheiden und eines davon benachteiligen, wenn auch nicht das weibliche. Das Gleichstellungsgesetz erwähnt zwar die sexuelle Belästigung, kennt aber keinen entsprechenden «Tatbestand», sondern nur einen der Diskriminierung (u.a. durch sexuelle Belästigung).

Eine demokratisch nicht legitimierte und in Sachen persönlicher Integrität und sexueller Belästigung auch nicht kompetente Verwaltungsbehörde gibt unter einem irreführenden Titel Anleitung, wie ein Bundesgesetz zu verstehen sei.

Wenn aber das Gleichstellungsgesetz nicht gemeint sein kann, vielleicht eben doch das Arbeitsgesetz, obwohl es – wie bereits gesagt – keine entsprechende Bestimmung enthält? Und tatsächlich! Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (man beachte wiederum die Reihenfolge der Geschlechter) macht auf dem Internet Ausführungen zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Im zugehörigen Dokument «Gesetzliche Grundlagen» (das Dokument ist übrigens merkwür-

digerweise undatiert) findet sich tatsächlich der folgende Passus:

«Die Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 des Arbeitsgesetzes geht explizit auf den Tatbestand der sexuellen Belästigung ein. Sie bezieht sich dabei auf Artikel 2 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz.»

Und tatsächlich. Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, genauer die Direktion für Arbeit, Abt. Arbeitsbedingungen hat tatsächlich eine entsprechende Wegleitung herausgegeben, und in der Version Stand August 2021 (dieses Dokument ist tatsächlich datiert) findet sich der folgende Passus (S. 302-4):

«Zu den Eingriffen in die persönliche Integrität fallen beispielsweise sexuelle Belästigung und Mobbing oder Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der Religion.»

Das Problem ist nur, dass die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, und insbesondere deren Art. 2, welchen der Passus zu kommentieren vorgibt, *nichts* zur sexuellen Belästigung enthalten. Und selbst die «persönliche Integrität», die das SECO durch sexuelle Belästigung tangiert sieht, taucht nicht auf, in keiner der beiden Verordnungen (2 und 3) zum Arbeitsgesetz. Symptomatischerweise finden sich die Ausführungen des SECO zur sexuellen Belästigung in der Kommentierung zu Art. 2, der selbst eben weder die persönliche Integrität noch die sexuelle Belästigung erwähnt, sondern nur Vorgaben macht zum Schutz der physischen und psychischen Gesundheit (a. Ergonomie, Hygiene, b. physikalische, chemische und biologische Einflüsse, c. übermässige oder einseitige Beanspruchung, d. Organisation der Arbeit). Im Anschluss an die Kommentierung dieser Aspekte, folgen dann ohne Not und System Ausführungen zur persönlichen Integrität und insbesondere zur sexuellen Belästigung. Diese Ausführungen beziehen sich nicht auf Art. 2 der Verordnung oder sonst eine ihrer Bestimmungen, sondern nehmen explizit Bezug auf das Arbeitsgesetz und dessen Art. 6 Abs. 1.

Zudem erläutert das SECO über eine Seite lang (dafür ohne jeden Beleg), was genau der Begriff der sexuellen Belästigung bedeute (woher auch immer das SECO die Sachkenntnis und Fachkompetenz dazu hernimmt).

Damit sind wir im Kern des Problems: Rechtsstaatlichkeit. Das SECO kommentiert unter dem Titel «Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4» nicht diese Verordnungen, sondern das Arbeitsgesetz selbst. D.h. eine demokratisch nicht legitimierte und in Sachen persönlicher Integrität und sexueller Belästigung auch nicht kompetente Verwaltungsbehörde gibt unter einem irreführenden Titel Anleitung, wie ein Bundesgesetz zu verstehen sei (mithin ein Anwendungsfall des in dieser Nummer thematisierten illegitimen Soft Laws). Nicht nur der Titel der Wegleitung aber ist krass und offenbar vorsätzlich falsch und irreführend, sondern auch ihre Ausführungen. So findet sich darin der folgende Passus (S. 302-G):

Hinweis: Das Verbot der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ist auch in anderen Gesetzen geregelt.

Das insinuiert, dass das Arbeitsgesetz die sexuelle Belästigung regle. Dies aber ist nicht der Fall! Genannt wird in Art. 6 ArG die persönliche Integrität. Natürlich ist es zulässig, wenn das SECO sexuelle Belästigung als Eingriff in die persönliche Integrität verstehen will. Das SECO darf verstehen, was es will. Das Recht auf eine eigene Meinung steht ihm genau so zu, wie uns (wenn denn Verwaltungseinheiten überhaupt eine «eigene Meinung» haben können). Unzulässig aber ist, das eigene (demokratisch

nicht legitimierte) Verständnis als objektiven Gehalt eines (demokratisch legitimierten) Gesetzes auszugeben. Dazu müssten in jedem Fall zumindest die eigene Sachkompetenz ebenso wie die Zuständigkeit dargetan werden. Mir jedenfalls springt nicht ohne Weiteres ins Auge, was das SECO zur Definition sexueller Belästigung befähigen sollte.

Könnte es sein, dass hier eine Verwaltungsstelle unbedingt etwas zum Thema sexuelle Belästigung loswerden wollte und sich im Bewusstsein mangelnder Zuständigkeit dazu irgendeinen Weg gesucht hat, um es zu tun? Und ein Journalist unter Zeitdruck hat es dann ohne weitere Reflexion und Recherche (wieso sollte man auch der eidgenössischen Verwaltung misstrauen) übernommen. Alles natürlich im Bestreben, Gutes zu tun.

Uns allen wären ein bisschen weniger guter Wille und ein bisschen mehr korrektes Handwerk zu wünschen. Verwaltungsbehörden sind nicht zuständig für die Gesetzgebung. Und wenn sie Gesetze konkretisieren und ausgelegt müssen, so sollten sie es in Verordnungen und anfechtbaren Entscheiden tun, nicht in unverbindlichen Wegleitungen, für die sie keine Verantwortung übernehmen müssen, die alle anderen aber trotzdem «irgendwie» verpflichten.

