

Zeitschrift: Bulletin / Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden = Association Suisse des Enseignant-e-s d'Université
Herausgeber: Vereinigung der Schweizerischen Hochschuldozierenden
Band: 42 (2016)
Heft: 3-4

Artikel: Eingriffe in die Freiheit
Autor: Müller, Jörg Paul
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-893883>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 14.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Eingriffe in die Freiheit

Jörg Paul Müller*

1. Das kostbare Gut der Freiheit

Auch in diesem Beitrag geht es um Eingriffe in etwas Lebendiges: nämlich die Freiheit des Menschen.

Freiheit ist ein hohes Gut, auch in unserer Staats- und Rechtsordnung. Und doch haben sich Eingriffe in Freiheitssphären auch im Rechtsstaat als unerlässlich erwiesen: Der Staat erhebt Steuern und greift damit ins Vermögen ein, er sperrt Übeltäter ins Gefängnis oder entzieht dem Raser den Fahrzeugausweis. Besonders Schutz geniesst im Verfassungsstaat die Freiheit, soweit sie in bestimmten Grundrechten garantiert wird, zum Beispiel durch die Meinungs- oder Glaubensfreiheit oder durch die Freiheit der Privatsphäre oder die Unantastbarkeit der physischen und psychischen Integrität eines Menschen. Das moderne rechtsstaatlich-demokratische Staatskonzept mit diesen Freiheiten im Zentrum ist wesentlich als Gegenstrategie gegen den absoluten oder totalitären Staat und als Zeichen der Hochbewertung des individuellen Daseins entstanden. Dieses soll von politischer Herrschaft nicht unterdrückt werden.

Es braucht aber nicht den Rückgriff auf die Zeiten absoluter Herrschaft in Europa, um die tiefgreifende Bedeutung verfassungsrechtlicher Abwehrpositionen der Einzelnen gegen unbegrenzte Machtansprüche zu begründen. Die Erfahrungen mit totalitären Systemen auch im Europa des 20. Jahrhunderts (Nationalsozialismus, Sowjetkommunismus, Militärdiktatur in Griechenland, Franco-Diktatur in Spanien, Salazar-Regime in Portugal) stellten die Notwendigkeit klarer Freiheitsgarantien in den staatlichen Verfassungen erneut in den Vordergrund. Die Funktion der Grundrechte als Abwehr illegitimer Macht ist auch in der Gegenwart in neuer Weise aktuell: Angesichts

der neuen Überwachungs- und Ermittlungsmöglichkeiten und Präventionsaufgaben des Staates ist eine Aktualisierung des machtbegrenzenden Anspruchs der Grundrechte gefordert. Die Sammlung riesiger Datenmengen bietet ungeahnte Möglichkeiten der Fixierung und einer politischen und wirtschaftlichen Manipulierung des Menschen. Dies fordert neu formulierte Garantien der Freiheit. So hat die Bundesverfassung von 2000 unter den Freiheitsrechten auch die Bestimmung aufgenommen: «Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.»¹ Die Garantie und Weiterbildung von Freiheitsrechten ist auch darum nach wie vor unentbehrlich, weil in der Geschichte auch in einer Demokratie nie ausgeschlossen werden kann, dass sich die Macht einer Gruppe mit totalitären Zügen durchsetzt und eine für die Freiheit der Bewohner bedrohliche Herrschaft entsteht; einer solchen dürfen nicht in einer wenig spannungsgeladenen Zeit Mittel und Institutionen der Gefahrenabwehr zur Verfügung gestellt werden, die totalitären Praktiken einer politikbeherrschenden Bewegung oder Regierung entgegenkommen könnten. Die Gefahr besteht heute, dass angesichts der Bedrohungen durch Terrorismus Abwehrdispositive (etwa Nachrichtendienste) aufgebaut werden, die missbrauchsanfällig sind und daher nur unter strengen rechtsstaatlichen Sicherungen angeordnet werden dürften. Die «verdeckte Ermittlung» im neuen Nachrichtendienstgesetz des Bundes ist ein Beispiel: Sie erlaubt, dass Beamte des Nachrichtendienstes unter einer gefälschten Identität in der Gesellschaft potentiellen Bedrohungen nachspüren.² Solche Massnahmen können das Vertrauen in staatliche Organe schmälern und ein allgemeines Misstrauen und die allgemeine Unsicherheit erhöhen.

2. Eingriffe in die Freiheit

Freiheit ist nie unbegrenzt; Eingriffe sind möglich und nötig, um ein friedliches Zusammenleben sicherzustellen. Und diese notwendige Begrenzung soll nicht erst im Kampf aller gegen alle im gesellschaftlichen Alltag ausgelotet werden, sondern das Recht als Kulturleistung versucht, begrenzende Normen aufzustellen, bevor es zum Streit, zur gewalttätigen Auseinandersetzung und schliesslich zum Recht des Stärkeren kommt. Nein, ein für alle gleichermassen geltendes Recht soll die Freiheitssphären aller im

* Kappelenring 42a, 3032 Hinterkappelen.

E-mail: jpmueller@bluewin.ch



Jörg Paul Müller, Dr. iur., ist emeritierter Ordinarius für Verfassungs- und Völkerrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Bern. Er studierte Soziologie, Rechtsphilosophie und Staatsrecht an den Universitäten Genf, Bern und Harvard (USA). Nach dem Erwerb des Doktorats und des Rechtsanwaltspatents weilte er für Forschungen an der Harvard Law School. Er war Lehrbeauftragter an den Universitäten Fribourg, ETH Zürich, Basel, St. Gallen, sowie Luzern. Er ist Träger des Marcel Benoist Preises (zusammen mit Luzius Wildhaber) und Ehren doktor der Universität Basel. Seine wichtigsten Forschungsgebiete sind Staats- und Völkerrecht sowie Rechtsphilosophie.

¹ Art. 13 BV Abs. 2

² Nachrichtendienstgesetz vom 25. Sept. 2015, Art. 17 f.

Interesse der Freiheit aller festlegen. Entsprechende Normen zur Abwehr von Missbräuchen der Freiheit finden sich heute im Straf- und Zivilrecht, und vor allem auch im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, zum Beispiel im Polizeirecht.

Wann darf der Staat zum Schutz des öffentlichen Friedens in die Freiheit der Bevölkerung eingreifen? In Wissenschaft und Rechtspraxis haben sich zu dieser Frage ganz bestimmte Regeln entwickelt. Massgeblich sind vier Punkte: (a) Jeder Eingriff in die Freiheit muss durch ein demokratisch legitimes Gesetz geboten oder erlaubt sein, (b) der Eingriff muss verhältnismässig sein, d.h. so mild wie möglich ausfallen, (c) er hat einem öffentlichen Interesse (z.B. der Sicherheit im Strassenverkehr) oder dem Schutz von Grundrechten anderer Personen zu dienen und schliesslich (d) darf er den Kern einer menschlichen Freiheit nicht verletzen, wie es etwa durch systematische staatliche Zensur oder durch unmenschliche Behandlung im Strafvollzug geschehen würde. Die Verfassung verbietet solche Eingriffe in existenzielle Lebensbereiche absolut³. Die genannten vier Schranken jedes Eingriffs in die Freiheit sind in der Bundesverfassung von 2000 in Art. 36 klar festgehalten und werden vom Bundesgericht weiter konkretisiert.

Solche Bestimmungen über die Zulässigkeit von Eingriffen in die Freiheit, wie sie Art. 36 der Bundesverfassung vorsieht, sind nicht nur rechtliche Konstrukte, sondern auch Ausdruck allgemeingültiger Regeln für das menschliche Zusammenleben; Freiheit des einen kann nur so weit reichen, als diese mit der Freiheit der anderen verträglich ist. Darin sind sich grosse Philosophen wie Montesquieu oder Kant einig. Kant hat die Regel für die gesamte Weltbevölkerung weitergedacht und plastisch ausgedrückt: Wir leben auf einer Erdkugel, die begrenzt ist, und darum müssen wir unsere Freiheit teilen mit allen anderen Menschen, denn alle sind ein Wert für sich. In dieser Einsicht liegt auch eine Begründung der globalen Geltung von Menschenrechten, wie sie etwa in den UNO-Konventionen oder in der Europäischen Konvention für Grund- und Menschenrechte formuliert wird. In der Rechtsprechung zur Europäischen Konvention kommt zum Ausdruck, wie der internationale und der staatliche Schutz von Grundfreiheiten miteinander verwoben sein können: Die Schweiz hat in manchen Bereichen ihren Freiheitsschutz durch Gerichtspraxis oder durch Gesetze erweitern müssen, weil der Europäische Gerichtshof die nationalen Garantien als zu eng beurteilte, so im Bereich der Medienfreiheit, der Persönlichen Freiheit oder des Rechtsschutzes. Erstaunlich ist, wie der Europäische

Gerichtshof den Grundrechtsschutz auch auf den Schutz des Menschen vor hohen Umweltbelastungen erstreckt hat⁴ – eine wohl zukunftsweisende Entwicklung!

3. Schutz der Freiheit als Pflicht des Staates

Die neuere wissenschaftliche Lehre und die Praxis zeigen, dass Grund- und Menschenrechte den Staat nicht nur zur *Enthaltung* in den Bereichen elementarer Freiheit zwingen, sondern dass er auch positiv verpflichtet ist, Freiheiten zu schützen und ihre Verwirklichung aktiv zu fördern, auch aus der Einsicht, «dass frei nur ist, wer seine Freiheit gebraucht».⁵ Dies gilt wesentlich für die Bildung, eine zentrale Voraussetzung persönlicher und sozialer Entfaltung und Freiheit. Sie wird nicht nur der freien Gestaltung der einzelnen und der Gesellschaft überlassen, sondern zumindest der Grundschulunterricht muss vom Staat für die gesamte Bevölkerung unentgeltlich bereitgestellt werden, und es ist Pflicht aller, diesen zu besuchen. Ein anderes Beispiel ist die Nothilfe des Art. 12 BV: Gerät ein Mensch in eine Notlage, hat er Anspruch darauf, dass er in den existentiellen Daseinsbedingungen wie Nahrung, Wohnung, Gesundheit – ebenfalls elementare Voraussetzungen menschlicher Freiheit – vom Staat unterstützt wird. Auch für die Möglichkeit, die Freiheitsrechte vor einem Gericht zur Geltung zu bringen, muss der Staat aktiv werden und den Zugang zu den Gerichten und deren Unabhängigkeit sicherstellen. Dazu sind Einrichtungen (Justizbehörden) und Verfahren (Prozessordnungen) durch die Gesetzgebung einzurichten, für Bedürftige sogar unentgeltlich. Den Gerichten obliegt, diesen Rechtsschutz im Einzelnen weiter zu konkretisieren, zum Beispiel in der Anwendung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs oder der Unschuldsvermutung.

Wie weit geht die Schutzpflicht des Staates? Darf oder muss er alle Mittel einsetzen, um Menschenleben zu retten? Darf ein Verkehrsflugzeug mit Passagieren und Terroristen an Bord abgeschossen werden, um die Gefahr eines gezielten Aufpralls auf einem Fussballstadion mit entsprechenden Opfern zu verhindern? Das deutsche Verfassungsgericht hat eine solche Massnahme als unzulässig erklärt, da Menschen geopfert würden, um eine (wenn auch hohe) Gefahr für andere oder die Öffentlichkeit zu bannen. Ein solches Opfer widerspreche der Menschenwürde.⁶ In der Schweiz gibt es kein höchstrichterliches Urteil zu dieser Frage, und die Gesetzgebung ist unklar.

⁴ Grabenwarter/Pabel, EMRK, S. 324 f.

⁵ Präambel der BV von 2000.

⁶ Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 – (Flugsicherung) RZ 138

Der liberale Staat hat die Rechte der Menschen also nicht nur selber zu achten und in besonderen Situationen Leistungen (wie den Rechtsschutz) zu erbringen, damit Freiheit gelebt werden kann. Er muss das Individuum auch gegen unzulässige *Übergriffe anderer Menschen*, gegen die Machtansprüche oder gar Gewaltanwendungen von einzelnen oder Gruppen verteidigen. Das älteste Urteil des Bundesgerichts in dieser Frage betraf einen Ehemann, der seiner Gattin den Besuch des Gottesdienstes ihres Glaubens verbieten wollte.⁷ Spätere Urteile schützten die Stellung eines Kaufmanns, der von mächtigen Mitbewerbern im wirtschaftlichen Wettbewerb boykottiert wurde, weil ihnen die Konkurrenz unangenehm war. Die Justiz schützte die individuelle Wirtschaftsfreiheit des Kaufmanns und erklärte den Boykott als unzulässig.⁸ Heute wird ein solcher Sachverhalt durch das Kartellgesetz geregelt. Dies ist ein typischer Vorgang: Zunächst wird in Einzelfällen der Staat zum Schutz vor Eingriffen Dritter in die Freiheit einzelner verpflichtet, bis später der Gesetzgeber generelle Anordnungen trifft. Von Interesse ist auch ein kürzlich vom Bundesgericht entschiedener Fall, in dem es darum ging, ob der Staat die Persönliche Freiheit (Art.13 BV) einer unverheirateten Mutter zu schützen habe, die den Namen des Vaters «aus persönlichen Gründen» nicht bekannt geben wollte, und ob die Behörden befugt wären, durch Bestellung eines Beistandes die Interessen des Kindes zu wahren. Einen weiteren, typischen Fall des Schutzes der Freiheit Privater gegen Angriffe von anderen hatte das Bundesgericht zu entscheiden, als an der Universität Bern der Vortrag einer hohen Militärperson durch randalierende Gruppen im Hörsaal gestört wurde und abgebrochen werden musste. Das Gericht fand, dass dies eine Verletzung der Meinungsfreiheit des Redners darstelle.⁹ Am häufigsten stehen sich Grundrechte Privater vor dem Gericht einander gegenüber, wenn es um Ehrverletzungsdelikte geht: Publiziert eine Zeitung eine ehrenrührige Aussage, stehen sich im allfällig folgenden Straf- oder Zivilprozess die Pressefreiheit und der Schutz der Ehre einer Person gegenüber. Die beiden Grundrechte sind gegeneinander abzuwägen.¹⁰

4. Sozialstaat als Einbruch in die Freiheit?

Als grosses Problem stellt sich heute die Frage, wie weit der Staat in seiner allgemeinen **Sozialverpflichtung** gehalten ist, Menschen in ihrer Daseinsbewältigung zu unterstützen. Die Bundesverfassung enthält zwar einen eindrücklichen Katalog sog. Sozialrechte

oder Sozialziele¹¹; sie können aber nicht unmittelbar als Rechtsansprüche vor Gericht angerufen werden, sondern sie verlangen im Wesentlichen ein Handeln des Gesetzgebers. Auch die Garantie der Chancengleichheit unter den Staatszwecken der Schweiz richtet sich primär an den Gesetzgeber und kann nicht durch einzelne vor Gericht geltend gemacht werden. Es ist allerdings ein hohes Versprechen, das in Art. 2 Abs.3 der Bundesverfassung ausgesprochen wird, nämlich, dass die Eidgenossenschaft für «eine möglichst grosse Chancengleichheit» zu sorgen habe.¹² Die Sozialgesetzgebung der Schweiz hat ein grosses Mass an sozialer Sicherheit namentlich für Alte und Invalide geschaffen. Die grosse Frage, wie die Sozialinstitutionen weiter zu gestalten und zu entwickeln seien, ist nicht juristisch, sondern durch demokratische Entscheidung politisch zu beantworten. Sicher verlangt das Verfassungsprinzip des Vertrauensschutzes, dass die bestehende Ordnung nicht durch ruckartige Änderungen gekürzt und legitime Erwartungen verletzt werden. Allerdings ist in die Zukunft hinein offen, ob durch die erhöhte Produktivität der Wirtschaft nicht Chancen geschaffen und genutzt werden müssten, ohne klassenkämpferische Auseinandersetzungen die Lohn disparität zwischen opulenten und bescheidenen Einkommen und die entsprechenden Möglichkeiten der Vermögensanhäufung etwas zu entschärfen. Das wäre nicht nur ein Entgegenkommen an Postulate sozialer Gerechtigkeit, sondern auch eine Festigung der Strukturen, auf welchen Demokratie mit dem gleichen Partizipationsrecht aller angewiesen ist; denn solche Partizipation fordert eine gewisse wirtschaftliche Basis, die allen auch faktisch Zugang zu relevanten Informationen, Teilhabe an gesellschaftlichen Diskussionen und an kulturellen Ereignissen sowie eine hinreichende Ausbildung sicherstellt, damit sie verantwortlich an demokratischer Entscheidungsfindung teilnehmen können. Und andererseits sind krasse Unterschiede in der Einkommens- und Vermögensverteilung auch darum in einer Demokratie problematisch, weil hohe finanzielle Mittel einen erheblichen Einfluss auf die demokratischen Prozesse von Wahlen und Abstimmungen ermöglichen, aber auch einen parlamentarischen Lobbyismus fördern, der die gleiche Einflussnahme aller in Frage stellt.

5. Schutz des Menschen vor sich selbst

Die Abwägung zwischen den Schutzpflichten des Staates und dem Autonomieanspruch des Einzelnen spitzt sich heute auch in Fragen zu, bei denen es um den Schutz einer Person vor ihrem *eigenen*

⁷ BGE 4,434 E 2 S. 435 (1878)

⁸ BGE 86 II 365

⁹ BGE 101 IV 167 E.5

¹⁰ Letztes Urteil mit weiteren Hinweisen: BGE 5A_195/2016, Urteil vom 4. Juli 2016

¹¹ Art. 41 BV

¹² Interessanterweise bezieht sich die Garantie der Chancengleichheit im deutschen Verfassungstext nur auf «Bürgerinnen und Bürger», während der französische Text diese Einschränkung nicht vorsieht.

Tun geht (Selbstgefährdung). Die Frage, ob es ein Recht auf Risiko gebe, in das der Staat nicht eingreifen darf, lässt viele Antworten zu. Illustrativ ist ein Entscheid des Regierungsrats des Kantons Bern, mit dem er es im Jahr 1936 verbot, die Eigernordwand zu besteigen. Grund waren die vielen tödlichen Unfälle bei Begehungsversuchen. Der Kanton wollte weiteren Opfern vorbeugen. Er hat aus heutiger Sicht seine Schutzpflicht überschritten. Das Verbot griff unverhältnismässig in die Freiheit des Bergsteigens ein. Anders ist die Rechtslage, wenn der Staat Einrichtungen wie Strassen oder Schwimmbäder baut und dort wegen mangelhafter Konstruktion oder fehlender Warnung Personenschäden entstehen. Hier bestehen Rechtsnormen zum Schutz vor Gefahren und Einschränkungen der Erlebnisfreiheit. Kürzlich hat das Bundesgericht entschieden¹³, ein Verbrecher, der seine Strafe abgesessen habe, dürfe doch weiterhin zwangsweise in einer Institution untergebracht werden, wenn er auch für sich selber eine Gefahr darstelle. Hier kommen Zweifel auf, ob die angebliche Sorge für den Betroffenen nicht auch ein Vorwand für den Schutz der Bevölkerung nach der Strafentlassung sei, ein Motiv, das gegenwärtig von einer starken öffentlichen Meinung – aus Angst vor Gewalttätern – wohl mitgetragen wird, aber juristisch fragwürdig erscheint; denn wegen eines begangenen Verbrechens allein darf ein faktischer Freiheitsentzug nur aufgrund des Strafgesetzes und aus strafrechtlichen Gründen erfolgen. Sonst müsste das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht zum Tragen kommen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat kürzlich entschieden, dass eine demente, aber nicht zwangsinternierte Insassin eines Heims wegen Krebs operiert werden dürfe oder müsse, obwohl sie sich mit ihrem «natürlichen» Willen dagegen wehrte. (Als 'natürlich' wird die Willensäußerung einer nicht urteilsfähigen Person bezeichnet.) Und das geschah im Namen des Gebots des Schutzes der Menschenwürde und des Persönlichkeitsschutzes, wie ihn die Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes verbürgen.¹⁴ In der Schweiz würden in einem solchen Fall Art. 377 ff., 426 f. und 429 ZGB Anwendung finden, die allerdings nur unbefriedigend auf die Situation Antwort geben. Die schwierige Frage, ob eine Person wegen Selbstgefährdung zwangsinterniert oder zwangsbehandelt werden darf, wird im Wesentlichen dem Urteil eines begutachtenden Arztes überlassen, auf dessen Urteil auch die Gerichte angewiesen sind. Dies steht in gewissem Widerspruch zur liberalen Lösung, die das Schweizer Strafgesetz für die Frage des Selbstmords (die Selbstgefährdung *par excellence*) getroffen hat.¹⁵

Für Justiz und Medizin hat der Fall des Walliser Bauern Rappaz fast unlösbare Probleme geschaffen: Der Mann war wegen Verletzung des Betäubungsmittelgesetzes durch Hanfanbau verurteilt worden, was er als ungerecht empfand. Im Strafvollzug protestierte er mit einem Hungerstreik gegen die Verurteilung. Die Gerichte ordneten eine Zwangsernährung an, und nun geschah etwas Unerwartetes: Es fand sich – selbst unter Strafandrohung – kein Arzt, der die Anweisung vollstreckt hätte. Rappaz gelangte auch an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der aber eine gewünschte vorsorgliche Massnahme ablehnte. Der Gerichtspräsident forderte den Hungernden am 10. Dez. 2010 auf zu essen.¹⁶ Nicht ohne Erfolg. Der Walliser befolgte ab 24. Dez. 2010 den Rat, kam wieder zu Kräften, sass seine Strafe ab, ging später auf seinen Hof zurück und führt offenbar seither ein befriedigendes Leben.

Die gesellschaftliche Vorstellung, wie weit der Schutz der Freiheit einzelner durch den Staat gehen muss oder darf, ist Schwankungen unterworfen. Erinnern wir uns: In der Schweiz wurden bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein Zehntausende von Kindern und Jugendlichen in Heimen fremdplatziert, in landwirtschaftliche und gewerbliche Betriebe verdingt oder im Rahmen administrativer Massnahmen in geschlossene Anstalten, zum Teil sogar ohne Gerichtsbeschluss in Strafanstalten, eingewiesen. Sie erlebten dort oft physische und psychische Gewalt, wurden ausgenutzt, misshandelt oder missbraucht. Frauen wurden unter Druck gesetzt, einer Abtreibung, einer Sterilisation oder einer Adoption ihres Kindes zuzustimmen. Es kam auch vor, dass an Menschen in Heimen Medikamentenversuche durchgeführt wurden. Vieles war Ausdruck von Sadismus, Menschenverachtung und Amtsmissbrauch und konnte nur geschehen, weil rechtsstaatliche Sicherungen und externe Kontrollen fehlten. Während Jahrzehnten fand das Thema in einer breiten Öffentlichkeit kaum Beachtung, und die Opfer blieben mit ihrem Leid und ihren Anliegen allein. Wo blieb der Protest? Man schaute nicht hin, verdrängte, schwieg. Auch die Medien blieben im Wesentlichen stumm, wie auch die Rechtswissenschaft. Erst im Jahre 1981 wurde das Recht angepasst, als im Nachvollzug der von der Schweiz ratifizierten EMRK die neuen Bestimmungen zum fürsorgerischen Freiheitsentzug im ZGB in Kraft traten. Erinnert man sich an diese Vorgänge, wirkt die harsche Kritik an den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB), die heute ähnlichen Entwicklungen vorbeugen sollen, nicht immer verständlich.

¹³ BGE 5A_228/2016 (Urteil vom 11. Juni 2016) E. 4.3.1

¹⁴ Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2016 Aktenzeichen 1 BvL 8/15

¹⁵ StGB Art. 114 und 115

¹⁶ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Aktenzeichen ECHR 111 (2013) vom 11.04.2013, application no. 73175/10

6. Eingriffe der Wissenschaft in die Rechtsentwicklung

Nun gehört zur zentralen Fragestellung dieses Heftes die Frage, wie weit die Wissenschaft mit ihren Forschungen, Befunden und Methoden «in den Alltag der Menschen eingreife». Für den Bereich der Jurisprudenz heisst dies: Wie weit nimmt die Rechtswissenschaft Einfluss auf die Rechtsbildung namentlich im Rahmen der Gesetzgebung und der Justiz? Für den «Eingriff» der Wissenschaft auf die Rechtsprechung weist das Schweizer Recht eine weltberühmte Eigenart auf, die wir dem Schöpfer des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eugen Huber, verdanken. In Art. 1 Abs. 3 heisst es nach der Feststellung der Bindung des Richters an das Gesetz:

«Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.»

Unter «bewährter Lehre» sind die allgemein anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu verstehen. Diese hat das Gericht also zu berücksichtigen. Tatsächlich wird auch in der Gerichtspraxis rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen regelmässig Beachtung geschenkt. Ich kenne keine ausländische Rechtsordnung, die so oft und substantiell die wissenschaftliche Forschung berücksichtigt, wie dies in den Entscheiden des schweizerischen Bundesgerichts geschieht. Der Einfluss ist gelegentlich auch von hoher rechtsbildender Wirkung. Als bis zur Erneuerung der Bundesverfassung im Jahre 2000 im Verfassungstext zentrale Grundrechte wie Meinungsfreiheit, Persönliche Freiheit oder die Kunstfreiheit fehlten, bezog sich das Bundesgericht im Wesentlichen auf die wissenschaftlichen Publikationen zweier bedeutender Staatsrechtslehrer, Zaccharia Giacometti und Hans Huber, die für die Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechte plädiert hatten. Auch in neuester Zeit waren die Impulse der Rechtswissenschaft, etwa im Gebiet der Sozialversicherung, für die Rechtsprechung wegweisend: Fast ausschliesslich rechtswissenschaftlicher Kritik folgend forderte das Bundesgericht eine erhöhte Fairness für das Verfahren in Fragen der Invalidenversicherung, und kürzlich regelte es – ebenfalls auf Kritik und Impuls der Wissenschaft – die Behandlung von Gesuchen sogenannter Schmerzpatienten neu: Diese dürfen nicht Opfer juristischer Konstruktionen werden, wie sie das Gericht früher aufgestellt hatte, sondern sollten ihre Anspruchsberechtigung nach allgemeinen Regeln richterlicher Sachverhaltsermittlungen dartun können.¹⁷

¹⁷ Urteil des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Juni 2015, Aktenzeichen 9C-492/2014.

Sind solche Einwirkungen der Rechtswissenschaft immer transparent? In den Urteilsbegründungen kommen sie klar zum Ausdruck. Nur: Wer liest die offiziellen Publikationen des Bundesgerichts? Das Publikum orientiert sich meist über die allgemeinen Kommunikationsmittel wie Presse, Radio und Fernsehen, wo Hintergründe wenig erwähnt werden. Allerdings sind im Bundesgericht nicht nur die Verhandlungen, sondern auch die Beratungen in wichtigen Fällen öffentlich, was wohl eine weltweite Besonderheit darstellt. Leider ist die Berichterstattung über diese öffentlichen Beratungen kaum so detailliert, dass man etwa erfahren könnte, welche Richterin oder welcher Richter welche Meinung vertreten hat. Und im Gegensatz zu den meisten Verfassungsstaaten veröffentlicht das Bundesgericht nur die vom Gerichtsssekretär verfasste Gesamtmeinung des Richterorgans, Sondervoten werden nicht publiziert. Muss man darin Eingriffe in das Recht des Publikums auf Information sehen?

Von anderer Art sind die Einwirkungen der Rechtswissenschaft auf die Gesetzgebung. Besonders spezialisierte Kommissionen des Parlaments lassen sich gerne von professoralen Stellungnahmen beraten, die mitunter auch mündlich in den Kommissionen vertreten werden. Die Kommissionen tagen aber in der Schweiz zum grössten Teil geheim, sodass die entsprechenden im Parlament geäusserten Expertenmeinungen nicht in die öffentliche Diskussion eingehen können. Dies ist sehr bedauerlich, auch darum, weil die Expertenauswahl häufig nach parteipolitischen Gesichtspunkten erfolgt.

7. Demokratie: geordnete Freiheit

Wie weit stellt das Recht insgesamt einen Eingriff in die Freiheit einer Bevölkerung dar? Die Frage wird besonders brisant, wenn man von der Prämisse ausgeht, die grosse Philosophen vertreten haben und die heute wohl zum philosophischen Allgemeingut gehört, nämlich, dass ein mündiges Wesen keiner zwingenden Regel unterworfen werden darf, der es nicht zugestimmt hat. Dieser Gedanke ist in einer Rechtsordnung sehr schwer vollumfänglich zu erfüllen. Eine Annäherung sucht man in der heutigen Rechtswirklichkeit dadurch, dass die Mehrheit der abstimmenden Bevölkerung als Ausdruck des gesamten «Volkes» betrachtet wird (Mehrheitsprinzip). Weithin geteilt wird ausserdem die Überzeugung, dass Recht nur dann auf Dauer Geltung finden könne in einer liberalen Demokratie, wenn es nicht ausschliesslich mit Zwangsmitteln des Staates durchgesetzt werden müsse, sondern von einer allgemeinen Akzeptanz durch die betroffene Bevölkerung getragen sei und so in aller Regel ohne Sanktionen des Staates befolgt werde. In diesem Sinn setzen Vertreter der Staats-

rechtslehre einen sog. Grundkonsens in einer Bevölkerung voraus, eine allgemeine Zustimmung, die wenigstens die Verfahren tragen muss, in denen Recht geschaffen wird, also bei uns etwa die Wahl des Parlaments, seine Verfahrensabläufe und die Mitsprache des Volkes durch das Referendum. Im Grundkonsens müssen auch materiale Gehalte verankert sein wie der Schutz der Menschenwürde, die Rechtsgleichheit oder das Verbot unmenschlicher Strafen. Ein solcher legitimierender Grundkonsens bedarf der Einbettung in eine Rechtskultur, die erhalten und gepflegt werden muss. Die pluralistische Gesellschaft, die heute mit ihrer Vielzahl von wirtschaftlichen und

weltanschaulichen Gruppierungen die Rechtsgemeinschaft bildet, bedarf in ganz besonderer Weise eines solchen Grundkonsenses, und er muss auch in öffentlicher Auseinandersetzung immer wieder gefestigt und erneuert werden. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Demokratie der Versuch ist, die notwendigen Eingriffe in die individuelle Freiheit, die für ein Zusammenleben unerlässlich sind, so erträglich wie möglich zu machen, indem sie der einzelne nicht nur als obrigkeitliche Einschränkungen, sondern auch als Ausdruck politischer Selbstbestimmung erleben und verstehen kann. ■

Stellenausschreibung - Poste à pourvoir

ETH zürich

Assistant Professor of Innovative and Industrial Construction

The Department of Civil, Environmental and Geomatic Engineering (www.baug.ethz.ch) at ETH Zurich invites applications for the above-mentioned position. The assistant professorship is located at the Institute of Construction and Infrastructure Management (www.ibi.ethz.ch).

The new assistant professor will be expected to conduct research that will significantly improve the productivity in the construction industry, e.g. through innovative uses of information models and through innovative ways to automate construction processes. He or she will be expected to teach graduate level courses (German or English) in the field of innovative and industrial construction. Successful candidates should be clearly committed to work closely with other groups within the Department of Civil, Environmental and Geomatic Engineering, with other departments at ETH Zurich, with other universities, and with the construction industry and construction technology companies.

This assistant professorship has been established to promote the careers of younger scientists. The initial appointment is for four years with the possibility of renewal for an additional three-year period.

Please apply online at www.facultyaffairs.ethz.ch

Applications should include a curriculum vitae, a list of publications and projects, a statement of future research and teaching interests, and a description of the three most important achievements. The letter of application should be addressed **to the President of ETH Zurich, Prof. Dr. Lino Guzzella. The closing date for applications is 15 November 2016.** ETH Zurich is an equal opportunity and family friendly employer and is further responsive to the needs of dual career couples. We specifically encourage women to apply.