

Jasmina Bukovac  
Pia Hunkemöller  
Clio Zubler (Hrsg.)

# WIE DIE ZEIT VERGEHT

Analysen und Perspektiven von  
Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen  
Instituts der Universität Zürich

Wie die Zeit vergeht – APARIUZ XXV

Jasmina Bukovac  
Pia Hunkemöller  
Clio Zubler  
(Hrsg.)

# Wie die Zeit vergeht

## APARIUZ XXV

Mit Beiträgen von  
Charlotte Beck  
Tabea Berger  
Barbara Borkowski  
Julie Frei  
Stella Galehr  
Florian Geering  
Lena Hänni  
Marion A. Huggler  
Carlo Lienhard  
Lucile Pasche  
Una Schamberger  
Gabriel Schürch  
Cédric Schütz  
Kateryna Shapovalova  
Gabriel Steffen  
Vera Raguth Tschärner  
Subira von Euw  
Fiona Zilian

Mit Gastbeiträgen von  
Alessia Dedual  
Andreas Thier



Wie die Zeit vergeht – APARIUZ XXV Copyright © by Jasmina Bukovac; Pia Hunkemöller; und Clio Zubler is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2024 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](https://eizpublishing.ch))

**Herausgeberinnen:** Jasmina Bukovac, Pia Hunkemöller, Clio Zubler

**Produktion, Satz und Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](https://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-718-5 (Print – Softcover)

978-3-03805-719-2 (Print – Hardcover)

978-3-03805-720-8 (PDF)

978-3-03805-721-5 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-719>

**Version:** 1.02 – 20240910

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

<https://eizpublishing.ch/publikationen/wie-die-zeit-vergeht-apariuz-xxv/>.

# Vorwort

Der diesjährige Band der Schriftenreihe APARIUZ – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich – markiert das 25. Jubiläum der Reihe.

Jubiläen bieten die Gelegenheit, sowohl einen Blick zurück als auch in die Zukunft zu werfen. Als der erste Band 1999 erschien, erlebte die Schweiz ein besonderes politisches Jahr. In der Volksabstimmung vom 18. April 1999 nahmen Volk und Stände die neue Bundesverfassung an, in der bisher ungeschriebenes Recht ausdrücklich verankert wurde. Die totalrevidierte Verfassung trat bereits wenige Monate später, am 1. Januar 2020 in Kraft. Das Bundesamt für Justiz hielt dazu fest, die neue Bundesverfassung gebe «die moderne Verfassungswirklichkeit wieder»<sup>1</sup>. Ob dies 25 Jahre später noch zutrifft, überlassen wir dem Urteil unserer Leserinnen und Leser. Hinsichtlich der Gleichstellung machte die Schweiz ebenfalls Fortschritte, wenn auch – wie üblich in diesem Bereich – sehr spät: Mit Ruth Dreifuss erhielt die Schweiz 1999 ihre erste weibliche Bundespräsidentin.

Das Jahr 2024 markiert auch weitere Jubiläen: Die NATO erinnert mit dem 75. Jahrestag an die Unterzeichnung ihres Gründungsdokuments und die Feier zur Erinnerung des D-Days vor achtzig Jahren regte zum Nachdenken an. Denn die Gegenwart bietet leider Grund zu Pessimismus. Anhaltende Kriege und Krisen beschäftigen Europa, den Nahen Osten und die Welt. Umso wichtiger ist es, dass wir als Gesellschaft gemeinsam an einer friedlichen, freizeitlichen und toleranten Zukunft arbeiten. Es ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft, zur Erfüllung dieser Werte beizutragen, indem sie vergangene und gegenwärtige Entwicklungen kritisch analysiert und innovative Vorschläge für die Zukunft macht.

Optimistisch sind wir, was die Zukunft der APARIUZ-Reihe betrifft. In der Hoffnung auf viele weitere Bände haben wir ein neues Buchcover konzipiert. Als Inspiration diente uns die für die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich identitätsstiftende, ikonische Bibliothek des Architekten Santiago Calatrava, welche vor 20 Jahren fertig gestellt wurde. Wir freuen uns, damit eine neue Tradition zu begründen.

---

<sup>1</sup> Bundesamt für Justiz zum Abschluss der Reform der Bundesverfassung, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung.html>>.

Unser Jubiläumsband widmet sich dem Thema *Zeit*. Zeit beeinflusst das Recht und die Rechtswissenschaft massgeblich in all ihren Ausprägungen. Geltendes Recht wird in der Gegenwart umgesetzt, vergangene Entwicklungen beeinflussen die Rechtsetzung und die Forschung, die wiederum die Zukunft antizipieren und gestalten sollen.

Zwei Gastbeiträge bilden den Auftakt. Prof. ANDREAS THIER untersucht die Beziehung von Zeit und Recht, indem er die Funktionen und die Bedeutung von Vergangenheit und Geschichtlichkeit für Recht und Rechtswissen aufzeigt. Prof. ALESSIA DEDUAL befasst sich mit dem Fristenstillstand nach Art. 134 OR und den sich daraus ergebenden Herausforderungen bei der Berechnung der Verjährung.

In drei folgenden Teilen setzen sich die Autorinnen und Autoren mit dem *Vermächtnis der Vergangenheit* auseinander, indem sie bedeutende juristische Veränderungen rückblickend analysieren. Die *Herausforderungen der Gegenwart* werden durch fundierte Konfliktanalysen und praxisnahe Lösungsansätze im geltenden Recht adressiert. Darüber hinaus betrachten sie *Chancen der Zukunft*, indem sie Perspektiven aufzeigen und innovative Entwicklungen benennen.

GABRIEL STEFFEN analysiert die völkerrechtlichen Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften von der Gründung der EGKS bis zum Abschluss der Bilateralen I. Er zeigt ihre Verbindungen auf und beleuchtet ihre Auswirkungen auf die Integration der Schweiz in den Rechtsraum der europäischen Gemeinschaften. GABRIEL SCHÜRCH ordnet den Denkmalschutz in seiner begrifflichen und gesellschaftlichen Bedeutung rechtshistorisch ein, setzt sich kritisch mit der heutigen breiten Anwendung auseinander und fragt, wie sich zukünftige Entwicklungen darauf auswirken könnten. STELLA GALEHR behandelt verschiedene Rechtsgrundlagen des Datenschutzes, etwa das Datenschutzgesetz der Schweiz, die Datenschutz-Grundverordnung der EU und diejenigen aus den USA. Sie zeigt, wie sich diese mit der Zeit verändert haben und welche unterschiedlichen Ansätze sie verfolgen, um auf neue technologische Entwicklungen zu reagieren. BARBARA BORKOWSKI und FIONA ZILIAN diskutieren das Recht des Kindes zur Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung nach Art. 256 ZGB, indem sie die historische Entwicklung der Anfechtungsgründe reflektieren und den heutigen gesellschaftlichen Ansichten gegenüberstellen.

Mit einer für die Rechtswissenschaft jungen Forschungsmethode – der Empirie – ermitteln FLORIAN GEERING und UNA SCHAMBERGER, wie lange ein Verfahren am Bundesgericht dauert und ordnen die Ergebnisse rechtlich ein. Dabei weisen sie auf eine Problematik bei Verfahren in Strafsachen hin. JULIE FREI und

SUBIRA VON EUW widmen sich dem System der ausserordentlichen Rechtsmittel im Asylverfahren, wobei echte und unechte Noven als Anhaltspunkt dienen. Sie setzen diese Rechtsmittel ausserdem in Zusammenhang mit den Verfahrensgrundrechten und zeigen auf, welche praktischen Probleme sich daraus ergeben. Auch das Behindertengleichstellungsgesetz feiert mit seinem Inkrafttreten 2004 ein 20-jähriges Jubiläum. LENA HÄNNI, CARLO LIENHARD, VERA RAGUTH TSCHARNER und CÉDRIC SCHÜTZ setzen sich mit den rechtlichen Anforderungen an eine universitäre Laufbahn von Menschen mit Behinderungen auseinander und spiegeln diese mit der Realität und den Herausforderungen, die diese nach wie vor mit sich bringt. TABEA BERGER thematisiert die Diskrepanz zwischen den rechtlichen Anforderungen an die Partizipationsrechte der Kinder und deren tatsächlicher Umsetzung in der Praxis und stellt fest, dass es Zeit ist für eine neue Pflegekindverordnung. LUCILE PASCHE und CHARLOTTE BECK befassen sich mit dem Recht auf Vergessenwerden, einem Recht, das als Reaktion auf jüngere technologische Entwicklungen verstanden werden kann. Sie beziehen dabei auch das totalrevidierte Datenschutzgesetz ein, das erst vor einem Jahr in Kraft getreten ist.

KATERYNA SHAPOVALOVA setzt sich mit der künstlichen Intelligenz auseinander und zieht die Verbindung zum Recht auf Arbeit. Sie zeigt die damit einhergehenden Gefahren und Chancen auf und beleuchtet potenzielle rechtliche Regelungen. Der Beitrag von MARION A. HUGGLER behandelt die rechtlichen und ethischen Fragen, die durch innovative Ansätze in der Pflege – etwa durch Telepflege oder robotische Systeme – entstehen. Künstliche Intelligenz bietet hier innovative Ansätze, dem Fachkräftemangel und den demografischen Veränderungen zu begegnen.

Diese Beiträge umfassen eine beachtliche Bandbreite, beweisen innovative Ansätze und exakte wissenschaftliche Arbeit. Der wissenschaftliche Nachwuchs von heute zeigt damit, dass die Rechtswissenschaft auch für die Zukunft gut aufgestellt ist. An dieser Stelle möchten wir allen Autorinnen und Autoren für ihren grossen Einsatz danken, ohne den dieses Werk nicht möglich wäre. Unser Dank gebührt auch unserer Gastautorin Prof. Alessia Dedual und unserem Gastautor Prof. Andreas Thier, die durch ihre Beiträge wertvolle wissenschaftliche Orientierung und Anregung eingebracht haben.

Wir möchten EIZ Publishing unseren herzlichen Dank aussprechen. Durch ihre weitsichtige Begleitung unseres Bandes haben sie einen bedeutenden Beitrag zur Nachwuchsförderung geleistet. Insbesondere danken wir Dr. Tobias Baumgartner und Sophie Tschalèr für die unkomplizierte und effiziente Zusammenarbeit sowie Daniela Eichholzer für das umsichtige Korrekturat. Ebenfalls sehr geschätzt haben wir die inhaltliche Durchsicht durch die Peer-Reviewerinnen und Peer-Reviewer. Für die kreative Umsetzung unserer Ideen für

das Buchcover gebührt Dominik Huber unser Dank. Bei der Überprüfung der Formalien war uns Lisa Fahrni eine grosse Unterstützung; auch hierfür ein besonderes Danke.

Zudem möchten wir unseren herzlichen Dank an all jene Personen und Institutionen richten, die durch ihre Unterstützung zur Entstehung dieses Buches beigetragen haben. Für die Realisierung dieses Projektes durften wir auf die finanzielle Unterstützung von verschiedenen Seiten zählen. Ein grosser Dank gebührt dem Dekan Prof. Thomas Gächter und dem Prodekanat für Forschung und Nachwuchsförderung, insbesondere Prof. Helmut Heiss und Irene Schildknecht, sowie dem Fakultätsvorstand der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Sie haben neben einem substanziellen Beitrag zu den Publikationskosten auch einen Beitrag an die Gestaltung des neuen Buchcovers sowie an die Buchvernissage geleistet. Zudem hat uns der UZH-Publikationsfonds Geistes- und Sozialwissenschaften bei der Finanzierung der Publikationskosten unterstützt. Auch in der Praxis stösst das Projekt APARIUZ auf Wohlwollen: Wir durften auf zusätzliche Unterstützung der Anwaltskanzleien Lenz & Staehelin, Bär & Karrer sowie Nobel & Partner zählen.

APARIUZ hat eine 25-jährige Tradition. Wir danken dem Herausgeberteam des vorangehenden Bandes – Dominik Bopp, Alexander Kistler, Natalie Lisik und Kristof Reber – für die wertvollen Tipps und wünschen dem Herausgeberteam des nächsten Bandes viel Erfolg bei der Umsetzung ihres Projektes.

Zürich, im September 2024

*Jasmina Bukovac*  
*Pia Hunkemöller*  
*Clio Zubler*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	V
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	IX
<b>Autorinnen- und Autorenverzeichnis</b>	XI
<b>Herausgeberinnenverzeichnis</b>	XV
<b>Gastbeiträge</b>	1
<b>Andreas Thier</b>	
Zeit und Zeitlichkeit, Recht und Rechtswissen	3
<b>Alessia Dedual</b>	
Time May Be Short	19
<b>Vermächtnis der Vergangenheit</b>	35
<b>Gabriel Steffen</b>	
Die älteren Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften	37
<b>Gabriel Schürch</b>	
Denkmalschutz im Wandel der Zeit	59
<b>Stella Galehr</b>	
Datenschutzregulierung im Wandel der Zeit	79
<b>Barbara Borkowski / Fiona Zilian</b>	
Das Recht des Kindes zur Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung nach Art. 256 ZGB	93
<b>Herausforderungen der Gegenwart</b>	107
<b>Florian Geering / Una Schamberger</b>	
Dauert das noch lange?	109
<b>Julie Frei / Subira von Euw</b>	
Chaque chose en son temps	123
<b>Lena Hänni / Carlo Lienhard / Vera Raguth Tschärner / Cédric Schütz</b>	
Barrierefreier Bildungsweg an der UZH	135

<b>Tabea Berger</b>	
Zeit für eine neue PAVO	157
<b>Lucile Pasche / Charlotte Beck</b>	
Droit à l'oubli : Analyse de ses composantes et applications	173
<b>Chancen der Zukunft</b>	187
<b>Kateryna Shapovalova</b>	
To the modern dimension of the right to work	189
<b>Marion A. Huggler</b>	
Digitale Leistungen in der Langzeitpflege	203

# Autorinnen- und Autorenverzeichnis

CHARLOTTE BECK hat einen Bachelor of Law der Universität Lausanne und einen zweisprachigen Master of Law der Universitäten Lausanne und Zürich absolviert. Sie ist Redakteurin bei [swissprivacy.law](http://www.swissprivacy.ch) und arbeitet als Fachjuristin für Datenschutz.

TABEA BERGER, MLaw, Rechtsanwältin, studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Zürich und Lausanne. Nach ihrem Abschluss arbeitet sie an einem Bezirksgericht und in einer Anwaltskanzlei. 2022 erlangte Tabea Berger das Anwaltspatent des Kantons Aargau und nahm anschliessend ihre Tätigkeit als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Tierschutzrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Margot Michel an der Universität Zürich auf. Sie verfasst ihre Dissertation im Bereich des Kinderschutzrechts.

Mag. BARBARA BORKOWSKI studierte Rechtswissenschaft an der Universität Wien. Nach ihrem Abschluss war sie am Gericht sowie im österreichischen Bundesministerium für Justiz tätig, bevor sie im November 2022 ihre Tätigkeit als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Büchler begann. Als Doktorandin an der Universität Zürich forscht sie im Rahmen ihrer Dissertation insbesondere zu Rechtsfragen an der Schnittstelle zwischen Familienrecht und dem übrigen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung rechtsvergleichender Aspekte.

ALESSIA DEDUAL, Gastautorin, ist seit 2022 Assistenzprofessorin für Privatrecht mit Schwerpunkt Obligationenrecht, Rechtsvergleichung und Recht und Ökonomie an der Universität Zürich.

JULIE FREI studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Lausanne und Zürich. Sie doktoriert im Bereich des Asylrechts und der Menschenrechte und ist am Lehrstuhl für Legal Data Science und Öffentliches Recht von Prof. Dr. Tilmann Altwicker als wissenschaftliche Assistentin tätig.

STELLA GALEHR ist Doktorandin an der Universität Zürich. Sie verfasst eine Dissertation zur Schnittstelle von Wettbewerbsrecht und Datenschutz in der Europäischen Union. Sie hat Rechtswissenschaft an der Universität Zürich (MLaw) und der University of California, Berkeley (LL.M.) studiert. Sie arbeitet derzeit als Assistentin am Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht von Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann an der Universität Zürich.

FLORIAN GEERING doktoriert an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. In seiner Dissertation «Access to the Swiss Federal Supreme Court – an empirical perspective» untersucht er, ob der Zugang zum Schweizer Bundesgericht gleich und effektiv ist und analysiert dabei empirisch, welche Fälle und Parteien an das Bundesgericht gelangen. Florian hat einen Master of Law an der Universität Zürich sowie ein Diploma of Advanced Studies (DAS) in Angewandter Statistik an der ETH Zürich abgeschlossen.

LENA HÄNNI studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Informations- und Kommunikationsrecht von Prof. Dr. Florent Thouvenin tätig und verfasst ihre Dissertation im Bereich des Immaterialgüterrechts.

MARION A. HUGGLER (Dr. iur. des. UZH) verfasste ihre Doktorarbeit an der Universität Zürich zum Thema Pflegeversicherung und digitale Leistungen in der Langzeitpflege unter der Betreuung von Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag und Prof. Dr. iur. Thomas Gächter. Von 2021 bis 2022 war sie Co-Geschäftsführerin des Kompetenzzentrum MERH und Programmkoordinatorin des PhD Programm BmEL. Sie besitzt zudem einen MA in Human Rights der Donau Universität Krems (Österreich) und ist ausgebildete Sozialpädagogin, sowie Schulleiterin. Aktuell ist sie Rechtsvertreterin bei der Berner Rechtsberatung für Menschen in Not.

CARLO LIENHARD studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Zürich und Lausanne. Er ist als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht von Prof. Dr. Thomas Gächter tätig und wird eine Dissertation im Bereich des Sozialversicherungsrechts verfassen.

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

UNA SCHAMBERGER doktoriert an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. In ihrer Dissertation «Operationalising Procedural Fairness – A Process-Legitimacy Framework for the European Court of Human Rights» verbindet sie theoretische, dogmatische und empirische Analysen, um Standards der Verfahrensgerechtigkeit für den EGMR zu formulieren. Ausserdem arbeitet sie als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Tilmann Altwicker an der Universität Zürich. Una hat an der Universität Leiden

einen Master of Law in Völkerrecht erworben und verfügt über Arbeitserfahrung am Internationalen Strafgerichtshof, bei Human Rights Watch und bei einer internationalen Anwaltskanzlei.

GABRIEL SCHÜRCH studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Luzern und Neuchâtel und schloss 2020 seinen Master (MLaw Luzern/Neuchâtel) ab. Anschliessend war er als Substitut in einer Anwaltskanzlei tätig. Seit 2022 doktoriert er im Bereich des Natur- und Heimatschutzrechts und wirkt als Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht von Prof. Dr. iur Biaggini.

CÉDRIC SCHÜTZ studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Er ist als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Gunhild Godenzi tätig und verfasst seine Dissertation über die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen.

KATERYNA SHAPOVALOVA erlangte sowohl ihren BLaw- als auch ihren MLaw an der Nationalen Universität Jaroslaw der Weise und ergänzte ihr akademisches Profil mit einem Bachelor-Abschluss in Buchhaltung und Revision von der Nationalen Universität Semyon Kuznets. Derzeit schreibt sie ihre Dissertation im Bereich des Arbeitsrechts an der Universität Zürich. Sie ist Co-Leiterin der AI and Law Community bei den UZH Digital Society Initiatives und hat zudem ein Fellowship des DSI Excellence Programme erhalten.

GABRIEL STEFFEN studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich (MLaw) und absolvierte im Rahmen des Masterstudiums ein Austauschsemester an der Sciences Po Paris. Seit Abschluss des Studiums arbeitet er an der Universität Zürich als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen von Prof. Dr. iur. Andreas Glaser und schreibt eine Dissertation zur Bedeutung des autonomen Nachvollzugs als Grundlage für die Anerkennung der Gleichwertigkeit im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU.

ANDREAS THIER, studierte Geschichts- und Rechtswissenschaften in Tübingen und München. Nach Abschluss der juristischen Staatsexamina und des Magisterexamens in den Geschichtswissenschaften promovierte und habilitierte er unter der Betreuung von Peter Landau. 2003 an die Universität Münster als Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte berufen, wechselte Andreas Thier 2004 an die Universität Zürich. Hier ist er als ordentlicher Professor für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht tätig.

VERA RAGUTH TSCHARNER studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Gunhild Godenzi tätig und verfasst ihre Dissertation im Schnittstellenbereich des Polizei- und Strafprozessrechts.

SUBIRA VON EUW studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Zürich und Lausanne. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit internationaler und rechtsvergleichender Ausrichtung von Prof. Dr. Daniel Moeckli tätig und verfasst ihre Dissertation im Bereich des Polizeirechts.

FIONA ZILIAN, MLaw (Basel/Genf), Advokatin, studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Basel und Genf. Im Jahr 2022 erwarb sie das Anwaltspatent des Kantons Basel-Stadt. Seither arbeitet sie als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB von Prof. Dr. iur. Walter Boente an der Universität Zürich. Fiona Zilian promoviert im Bereich des Kindesunterhaltsrechts. Im Rahmen ihres Forschungsprojekts verbrachte sie im Frühjahr 2024 einen viermonatigen Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

## Herausgeberinnenverzeichnis

JASMINA BUKOVAC studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Nach ihrem Abschluss arbeitete sie in einer Grossbank, in diversen Anwaltskanzleien sowie beim Departement des Innern des Kantons Schaffhausen. 2020 erlangte sie das Anwaltspatent des Kantons Zürich. Sie war als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtssetzungslehre von Prof. Dr. Felix Uhlmann tätig und wirkte daneben bei diversen Administrativuntersuchungen mit. Sie arbeitet derzeit beim Eidgenössischen Finanzdepartement und verfasst eine Dissertation im Bereich des Kartellrechts.

PIA HUNKEMÖLLER studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss ihr Studium 2015 ab. Anschliessend absolvierte sie ein Hochschulpraktikum beim Bundesamt für Energie und das Auditorat am Bezirksgericht Zürich. 2018 erhielt Pia Hunkemöller das Anwaltspatent des Kantons Zürich. Danach war sie als Anwältin in Winterthur vorwiegend in den Bereichen Privatrecht und Wirtschaftsrecht tätig. Seit November 2021 ist sie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Felix Uhlmann an der Universität Zürich.

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



# Gastbeiträge



# Zeit und Zeitlichkeit, Recht und Rechtswissen

## Perspektiven und Beobachtungen

Andreas Thier

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Recht und Rechtswissen aus der Perspektive von Zeit und Zeitlichkeit</a>	3
A.	<a href="#">Der <i>temporal turn</i> der Geistes- und Sozialwissenschaften</a>	3
B.	<a href="#">Perspektivierungen</a>	7
II.	<a href="#">Die breite Gegenwart des Rechts</a>	9
III.	<a href="#">Vergangenheit und Geschichtlichkeit im Recht</a>	12
IV.	<a href="#">Das Zukünftige und das Recht</a>	16
V.	<a href="#">Schlussbemerkung</a>	18

## I. Recht und Rechtswissen aus der Perspektive von Zeit und Zeitlichkeit

### A. Der *temporal turn* der Geistes- und Sozialwissenschaften

Etwa seit 2010 hat sich in der geistes- und sozialwissenschaftlichen Forschung ein Trend eingestellt, der als *temporal turn*<sup>1</sup> bezeichnet worden ist: «Zeit» ist vermehrt zum perspektivischen Anknüpfungspunkt von Forschungen nicht allein in den traditionell «zeit-nahen» Geschichtswissenschaften<sup>2</sup> geworden,

---

<sup>1</sup> HASSAN ROBERT, Globalization and the «Temporal Turn»: Recent Trends and Issues in Time Studies, *The Korean Journal of Policy Studies* 25(2) 2010, 83 ff.; siehe auch GEPPERT ALEXANDER C.T./KÖSSLER TILL, Zeit-Geschichte als Aufgabe, in: Dies. (Hrsg.), *Obsession der Gegenwart*, Göttingen 2015, 7, 11 m.w.N.

<sup>2</sup> CLARK CHRISTOPHER, Von Zeit und Macht. Herrschaft und Geschichtsbild vom Großen Kurfürsten bis zu den Nationalsozialisten (übersetzt von Norbert Juraschitz), 3. A., München 2018 (englisch als: *Time and Power: Visions of History in German Politics, from the Thirty Years' War to the Third Reich*, Princeton 2019), 12–18; CHAMPION MATTHEW S., *The History of Temporalities: An Introduction*, *Past & Present* 243(1) 2019, 247 ff.; DERS., *A Fuller History of Temporalities*, *Past & Present* 243(1) 2019, 255 ff.; FRYXELL ALLEGRA R.P., *Time and the Modern: Current Trends in The History of Modern Temporalities*, *Past & Present* 243(1) 2019, 285 ff.; EDELSTEIN DAN/GEROULANOS STEFANOS/WHEATLEY NATASHA (Hrsg.), *Power and Time. Temporalities in Conflict and the Making of History*, Chicago/London 2020.

auch im Feld der Literaturwissenschaften,<sup>3</sup> der Theologie<sup>4</sup> und der Philosophie<sup>5</sup> ist die Auseinandersetzung mit Zeit-Fragen immer häufiger zu beobachten. Das gilt auch und gerade für die Sozialwissenschaften,<sup>6</sup> haben doch etwa Politikwissenschaften<sup>7</sup> und Soziologie<sup>8</sup> ihrerseits mit wachsender Intensität die Frage nach der Bedeutung von Zeit im Zusammenhang von politischen Ordnungen und gesellschaftlichen Verbänden gestellt. Es ist kaum möglich, eine eindeutige Antwort auf die Frage nach den Hintergründen dieser Entwicklung zu geben. Eine Geschichte der Zeitdeutungen im 20. und im frühen 21. Jahrhundert müsste erst noch geschrieben werden.<sup>9</sup> Eine solche Darstellung könnte bei der kantischen These ansetzen, dass Zeit «kein empirischer Begriff» und «keine Bestimmung äußerer Erscheinungen» sei, sondern «nichts als die subjektive Bedingung [...] unter der alle Anschauungen in uns stattfinden können»<sup>10</sup>. Sie könnte dann beginnen bei der Erschütterung des naturwissenschaftlichen Weltbildes durch die Relativitätstheorie und die dadurch ausgelöste Grundlagenkrise der Physik,<sup>11</sup> sie müsste zudem die These von der «Unreality of Time», die JOHN McTAGGART ELLIS McTAGGART 1908 vortrug,<sup>12</sup> oder den existenzphilosophisch gelenkten Blick auf «Sein und Zeit» des Indivi-

---

<sup>3</sup> Grundlegend GAMPER MICHAEL/HÜHN HELMUT, Was sind ästhetische Eigenzeiten? Hannover 2014; KIENING CHRISTIAN, Erfahrung der Zeit 1350–1650, Göttingen 2022.

<sup>4</sup> Aktuell etwa die Beiträge in: LANDMESSER CHRISTOF/SCHLENKE DOROTHEE (Hrsg.), Ewigkeit im Augenblick. Zeit und ihre theologische Deutung, Leipzig 2024.

<sup>5</sup> Vgl. etwa CALLENDER CRAIG (Hrsg.), The Oxford Handbook of Philosophy of Time, Oxford 2011.

<sup>6</sup> Im Überblick GOKMENOGLU BIRGAN, Temporality in the Social Sciences: New Directions for a Political Sociology of Time, The British Journal of Sociology, 73(3) 2022, 643 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.1111/1468-4446.12938>>.

<sup>7</sup> GOETZ KLAUS H. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Time and Politics, New York 2019.

<sup>8</sup> Besonders populär etwa die Arbeit von ROSA HARTMUT, Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne, Frankfurt a.M. 2005.

<sup>9</sup> Für einen Überblick siehe THIER ANDREAS, Time, Law, and Legal History – Some Observations and Considerations, Rechtsgeschichte – Legal History Rg 25/2017, 20 ff., 21–26, abrufbar unter <<http://dx.doi.org/10.12946/rg25/020-044>>. Hiernach auch das Folgende. Siehe weiterhin ZIMMERLI WALTHER CH./SANDBOTHE MIKE, Einleitung, in: Dies. (Hrsg.), Klassiker der Zeitphilosophie, 2. A., Darmstadt 2007, 1 ff., hier 6–14.

<sup>10</sup> KANT IMMANUEL, Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781, 31, 33; zur kantischen Zeitphilosophie GLOY KAREN, Philosophiegeschichte der Zeit, Paderborn 2008, 129 ff.; SANDBOTHE MIKE, Die Verzeitlichung der Zeit: Grundtendenzen der modernen Zeitdebatte in Philosophie und Wissenschaft, Darmstadt 1998, 75 ff.

<sup>11</sup> Als Überblick CORFIELD PENELOPE, Time and the Historians in the Age of Relativity, in: Geppert Alexander C.T./Kössler Till (Hrsg.), Obsession der Gegenwart, Göttingen 2015, 71 ff., hier 72–79.

<sup>12</sup> JOHN McTAGGART ELLIS McTAGGART, The Unreality of Time, Mind. A Quarterly Review of Psychology and Philosophy 17/1908, 457 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.1093/mind/XVII.4.457>>.

duums von MARTIN HEIDEGGER<sup>13</sup> einbeziehen. Eine Geschichte der Zeitdeutungen im 20. Jahrhundert hätte weiterhin die Ausweitung des Blicks auf die Vergemeinschaftung von Zeit zu thematisieren, wie sie zunächst 1912 im Postulat von ÉMILE DURKHEIM deutlich wurde, dass nämlich Zeit auch «pensé par tous les hommes d'une même civilisation»<sup>14</sup>, also als Produkt kollektiver Vorstellungen zu deuten sei, eine Überlegung, die im Konzept der «Social Time» von PITIRIM SOROKIN und ROBERT MERTON elaboriert wurde,<sup>15</sup> die bei NORBERT ELIAS zur These von «Zeit» als sozialem Symbol führte<sup>16</sup> und die in der These NIKLAS LUHMANNs von der Zeit als notwendiger «Sinndimension» von Kommunikation und damit sozialer Systeme<sup>17</sup> eine bis heute prägende Fortentwicklung<sup>18</sup> fand. Eine Geschichte der Zeit in der Moderne und in der Postmoderne müsste darüber hinaus auch die Frage beantworten, wie es sich erklären lässt, dass seit dem ausgehenden 20. Jahrhundert immer stärker Phänomene wie etwa die «Politics of Time»<sup>19</sup> oder nunmehr «Chronopolitics»<sup>20</sup> oder auch Phänomene von «Chronocenos»<sup>21</sup> ebenso zum Gegenstand der Analyse wurden wie die

<sup>13</sup> HEIDEGGER MARTIN, *Sein und Zeit*, 1927, am besten greifbar als: HEIDEGGER MARTIN, Gesamtausgabe, I. Abteilung, Bd. 2, 3. A., Frankfurt a.M. 2024. Zur Einordnung etwa GLOY (Fn. 10), 179 ff.

<sup>14</sup> DURKHEIM ÉMILE, *Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie*, Paris 1912, hier 14, abrufbar unter <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k20761h/fl.item>>; zu DURKHEIM siehe ALEXANDER JEFFREY C./SMITH PHILIP (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Durkheim*, Cambridge 2005.

<sup>15</sup> SOROKIN PITIRIM A./MERTON ROBERT K., *Social Time: A Methodological and Functional Analysis*, *American Journal of Sociology* 42(5) 1937, 615 ff., wieder abgedruckt in: Hassard John (Hrsg.), *The Sociology of Time*, New York 1990, 56 ff.

<sup>16</sup> ELIAS NORBERT, *Über die Zeit*, 2. A., Frankfurt a.M. 1985.

<sup>17</sup> Grundlegend LUHMANN NIKLAS, *The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society*, *Social Research* 43(1) 1976, 130 ff., abrufbar unter <<http://www.jstor.org/stable/40970217>>. Näher dann DERS., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M. 1984, 70–83, 114–118; zusammenfassend DERS., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1997, 1136 f. Für eine Rekonstruktion von Luhmanns Konzeption einer Systemtheorie insbesondere mit Bezug auf Recht und Rechtswissen siehe THIER ANDREAS, *Systemtheorie und kirchliche Rechtsgeschichte*, in: Helmholz Richard et al. (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2000, 1065 ff.

<sup>18</sup> Siehe etwa NASSEHI ARMIN, *Die Zeit der Gesellschaft. Auf dem Weg zu einer soziologischen Theorie der Zeit*. Neuauflage mit einem Beitrag «Gegenwarten», 2. A., Wiesbaden 2008, abrufbar unter <<https://dx.doi.org/10.1007/978-3-531-91099-4>> und THIER (Fn. 9), 27.

<sup>19</sup> OSBORNE PETER, *The Politics of Time. Modernity and Avant-Garde*, London 1995.

<sup>20</sup> Grundlegender Ausgangspunkt bei WALLIS GEORGE W., *Chronopolitics: The Impact of Time Perspectives on the Dynamics of Change*, *Social Forces* 49(1) 1970, 102 ff. Für einen Überblick zur Entwicklung der Diskussion seither siehe ESPOSITO FERNANDO/BECKER TOBIAS, *The Time of Politics, the Politics of Time, and Politicized Time: An Introduction to Chronopolitics, History and Theory* 62(4) 2023, 3 ff. m.w.N., abrufbar unter <<https://doi.org/10.1111/hith.12324>>.

<sup>21</sup> EDELSTEIN DAN/GEROULANOS STEFANOS/WHEATLEY NATASHA, *Chronocenos: An Introduction to Power and Time*, in: Dies., *Power and Time* (Fn. 2), 1 ff., 4 und passim.

Wahrnehmung zerbrochener oder aus den Fugen geratener Zeit.<sup>22</sup> Schliesslich, aber nicht zuletzt, wäre dann auch die durch Studien etwa über Zeitdeutungen in Asien<sup>23</sup> nahe gelegte Hypothese zu prüfen, dass Zeitdeutungen von kulturellen Kontexten abhängen und deswegen von einem «cultural pluritemporalism»<sup>24</sup> gesprochen werden könnte.

Im vorliegenden Rahmen wesentlich ist vielmehr der Befund, dass die Frage nach der Bedeutung von Zeit für Recht und Rechtswissen seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zunächst noch etwas verhalten,<sup>25</sup> aber seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts zunehmend häufiger gestellt wurde. Zwar verhalte der Ruf von MARIE THERES FÖGEN, ihres Zeichens langjähriges Mitglied der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, «Vom Raum zur Zeit» im Jahr 2006<sup>26</sup> noch weitgehend ungehört, doch später einsetzende Titelgebungen wie «Law and Time»<sup>27</sup>, «Time, Law, and Change»<sup>28</sup>, «The EU and Constitutional Time»<sup>29</sup>, «Zeit und Internationales Recht»<sup>30</sup>, «Intertemporales öffentliches Recht»<sup>31</sup> oder einfach «Legal Time»<sup>32</sup>, um nur einige Beispiele zu nennen, belegen ein inzwischen offenbar sehr starkes Interesse an solchen Themenstellungen, das auch durch den vorliegenden Sammelband noch einmal mit Nachdruck bestätigt wird.

---

<sup>22</sup> ASSMANN ALEIDA, *Ist die Zeit aus den Fugen? Aufstieg und Fall des Zeitregimes der Moderne*, München 2013.

<sup>23</sup> Vgl. etwa STEINECK RAJI, *Time in Old Japan: In Search of a Paradigm*, *KronoScope* 17(1) 2017, 16 ff. m.w.N.

<sup>24</sup> THIER (Fn. 9), 26.

<sup>25</sup> Vgl. HUSSERL GERHART, *Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt/Main 1955; KIRSTE STEPHAN, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins. Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung*, Berlin 1998; NÖRR DIETER, *Die Entstehung der «longi temporis praescriptio»: Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln 1969; WINKLER GÜNTHER, *Zeit und Recht. Kritische Anmerkungen zur Zeitgebundenheit des Rechts und des Rechtsdenkens*, Wien 1995.

<sup>26</sup> FÖGEN MARIE THERES, *Vom Raum zur Zeit, Rechtsgeschichte – Legal History Rg 8/2006*, 12 f., abrufbar unter <<http://dx.doi.org/10.12946/rg08/012-013>>.

<sup>27</sup> GRABHAM EMILY/BEYNON-JONES SIÂN (Hrsg.), *Law and Time*, Abingdon 2019.

<sup>28</sup> RANCHORDÁS SOFIA/ROZNAI YANIV (Hrsg.), *Time, Law, and Change. An Interdisciplinary Study*, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2020.

<sup>29</sup> FICHERA MASSIMO, *The EU and Constitutional Time*, Northampton 2023.

<sup>30</sup> WUSCHKA SEBASTIAN ET AL. (Hrsg.), *Zeit und Internationales Recht. Fortschritt – Wandel – Kontinuität*, Tübingen 2019.

<sup>31</sup> KRADOLFER MATTHIAS, *Intertemporales öffentliches Recht. Ein Beitrag zum zeitlichen Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrechts*, Zürich/St. Gallen 2020.

<sup>32</sup> CONKLIN WILLIAM E., *Legal Time*, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 31(2) 2018, 281 ff.

## B. Perspektivierungen

Wenn im Folgenden gleichwohl versucht werden soll, der Beziehung von Zeit und Recht nachzugehen, dann kann es im vorliegenden Rahmen nur darum gehen, einige Überlegungen und Vermutungen zu formulieren. «Zeit» soll dabei verstanden werden als Gesamtheit von Erscheinungen, die anknüpfen bei «Phänomenen von Sukzessivität»<sup>33</sup>. Das umfasst dann die Unterscheidung zwischen einem «Vorher», einem «Nachher» und einem «Jetzt», schliesst aber auch Zustände der Dauer und der Beschleunigung ebenso ein wie Unterbrechungen oder auch den Stillstand. Davon abzugrenzen ist die Dimension von «Zeitlichkeit», mit dem die individuelle oder auch die kollektive Wahrnehmung und Deutung von Zeit und die dazu entwickelten Praktiken bezeichnet werden sollen. Zur «Zeitlichkeit» zählen dann etwa Konzeptionen von Geschehensabläufen in der Form der Geschichtsschreibung oder auch das Auswählen von und das Verhandeln darüber, welche Deutungen von Zeitmodi – etwa im Zusammenhang der Zeitmessung oder bei der Festlegung von Fristen – verbindlich sein sollen.<sup>34</sup> Unter Recht soll die Gesamtheit von Normen mit Anspruch auf durchsetzbare Verbindlichkeit verstanden werden.<sup>35</sup> Mit «Rechtswissen» gekennzeichnet werden soll die Kenntnis von Normen und deren Inhalten, aber auch das Wissen von Methoden, Interpretationen und Ordnungsentwürfen zeitgenössischer Rechtsnormen.

Recht und Rechtswissen sind dem Ansatz nach abhängig von Zeit und Zeitlichkeit.<sup>36</sup> Bereits die Gültigkeit rechtlicher Normen hängt in der Regel davon ab, dass ein Zeitpunkt für ihr Inkrafttreten festgesetzt wird. Rechtliche Ordnungen operieren immer auch mit Fristen, sei es im Zusammenhang mit dem Verfahrensrecht oder im Kontext von Bestimmungen über Verjährungen, Verwirkungen oder auch Rechtserwirkungen. Im Fall des Gewohnheitsrechts ist die Zeitdimension «Dauer» sogar tatbestandlich in den Tatbestand der Rechtsentstehung integriert. In allen Fällen wesentlich ist dabei die Existenz von Zeitordnungen, von Messgrößen dieser Dauer etwa in Form von Jahr, Monat, Tag

---

<sup>33</sup> GAMPER/HÜHN (Fn. 3), 9.

<sup>34</sup> Diese Überlegungen in Anlehnung an CLARK (Fn. 2), 9, und LUHMANN NIKLAS, *Weltzeit und Systemgeschichte. Über Beziehungen zwischen Zeithorizonten und sozialen Strukturen gesellschaftlicher Systeme*, erstmals in: Ludz Peter Christian (Hrsg.), *Soziologie und Sozialgeschichte. Aspekte und Probleme*, Opladen 1973, 81 ff., wieder abgedruckt in: Ders., *Soziologische Aufklärung 2*, Wiesbaden 1975, 103 ff., hier 114 f.

<sup>35</sup> Auf dieser Linie der allgemein etablierte Rechtsbegriff, vgl. etwa NEUMANN ULFRIED, *Recht und Moral*, in: Hilgendorf Eric/Joerden Jan C. (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2021, 9–16, 14–16. Etwas weitergehend MAHLMANN MATTHIAS, *Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, 7. A., Basel 2022, 373 m. Rz. 28, wo dem Rechtsbegriff die Ausrichtung auf die «Verwirklichung des Guten und Gerechten» zugeschrieben wird.

<sup>36</sup> Zum Folgenden näher THIER (Fn. 9), 26–29.

und Stunde. Die Bedeutung der Sinndimension Zeit<sup>37</sup> entfaltet sich also auch und gerade im Recht.<sup>38</sup> Umgekehrt ist das Funktionieren von sozialen Verbänden von der Existenz verbindlicher Regeln über die Messung von Zeit und die dazu verwendeten Ordnungsgrößen abhängig. Erst durch rechtliche Normen werden solche Ordnungen der Zeitmessung generell verbindlich.

Allerdings ist es kaum möglich, aus Rechtsnormen allein solche Referenzen zu bilden. Recht und Rechtswissen sind deswegen stets auf zeitgenössische Deutungen von Zeit angewiesen, sie sind damit verflochten mit historisch wechselnden Dimensionen von Zeitlichkeit, eine Wechselbeziehung, die etwa in der Geschichte der Kalenderreformen<sup>39</sup> oder in der Geschichte der Stunde<sup>40</sup> sehr anschaulich wird. Allerdings ist der Umgang von Recht und Rechtswissen mit solchen Dimensionen der Zeitlichkeit alles andere als neutral. Regelungen über die Zeit sind immer auch ein Stück weit von Interessen aus den Feldern der Politik, der Wirtschaft und der Kultur bestimmt. Typische Beispiele sind die Zeitregime in totalitären Regimen<sup>41</sup> oder im Zusammenhang mit kolonialen Imperien als «constitutive of imperial power»<sup>42</sup>; die Forschungen zu «Chronopolitics»<sup>43</sup> setzen hier an und es liegt auf der Hand, dass insbesondere die rechtshistorische Forschung in diesem Feld viele Anknüpfungspunkte der Analyse finden kann.<sup>44</sup>

Im vorliegenden Rahmen soll allerdings versucht werden, eine andere Perspektive zu begründen: Zeit ist im Verhältnis zum Recht keine monolithische Größe. Im Zusammenhang mit dem Recht und insofern auch im Rechtswissen entfalten sich je unterschiedliche Dimensionen von Zeit und Zeitlichkeit. Die wichtigste Zeitdimension von und für rechtliche Normativität ist dabei die Gegenwart, denn sie ist der temporale Ort, in dem der Geltungsanspruch von Recht umgesetzt wird (dazu unten [II.](#)). Recht ist aber immer auch auf die Ver-

---

<sup>37</sup> Dazu oben, bei und in Fn. 17.

<sup>38</sup> THIER (Fn. 9), 27.

<sup>39</sup> Für den europäischen Raum klassische Einführung bei VON DEN BRINCKEN ANNA-DOROTHEE, *Historische Chronologie des Abendlandes. Kalenderreformen und Jahrtausendrechnungen. Eine Einführung*, Stuttgart 2000. Für die Kalenderreformen im Alten Reich KOLLER EDITH, *Strittige Zeiten. Kalenderreformen im Alten Reich 1582–1700*, Berlin/Boston 2014.

<sup>40</sup> LANDES DAVID, *Revolution in Time. Clocks and the Making of the Modern World*, Cambridge/Mass 2000; DOHRN-VAN ROSSUM GERHARD, *Die Geschichte der Stunde. Uhren und moderne Zeitordnungen*, München/Wien 1992.

<sup>41</sup> Besonders plastisch CLARK CHRISTOPHER, *Time of the Nazis. Past and Present in the Third Reich*, in: Geppert Alexander C.T./Kössler Till (Hrsg.), *Obsession der Gegenwart*, Göttingen 2015, 156–187; DERS. (Fn. 2), 189–229.

<sup>42</sup> BENTON LAUREN/FORD LISA, *Legal Panics, Fast and Slow: Slavery and the Constitution of Empire*, in: Edelstein/Geroulanos/Wheatley (Fn. 2), 295 ff., 297.

<sup>43</sup> Vgl. oben, bei und in Fn. 20 und 21.

<sup>44</sup> Dazu die Überlegungen bei THIER (Fn. 9), 29–37 m.w.N.

gangenheit angewiesen, die nicht allein Bezugspunkt rechtlicher Regelungen sein kann, sondern vor allem der Ursprung für Geltungsbehauptungen rechtlicher Normativität (dazu unten III.). Recht hat aber aufgrund seiner sozialen Funktion als Garant von Erwartungssicherheit auch eine ausgeprägte Beziehung auf die Zukunft, die, wie es scheint, vor allem seit der Entstehung der Moderne wachsende Bedeutung gewonnen hat (IV.). Ausser Betracht bleiben müssen im vorliegenden Rahmen andere temporale Phänomene wie Dauer, Unterbrechung, Ewigkeit und auch Beschleunigung.<sup>45</sup>

## II. Die breite Gegenwart des Rechts

Seit einiger Zeit wird über die These diskutiert, dass Zukunft und Vergangenheit keine eigenständigen Zeitebenen bilden, sondern abhängig von der Gegenwart sind.<sup>46</sup> HELGA NOWOTNY hat bereits 1989 die These «vom unaufhaltsamen Verschwinden der Kategorie Zukunft und ihrer Erstreckung durch etwas, das ich erstreckte Gegenwart nenne», formuliert.<sup>47</sup> Eine deutlich erweiterte Konzeption ist dann von FRANÇOIS HARTOG entwickelt worden, der argumentiert hat, in der globalisierten Gegenwart des 21. Jahrhunderts habe «the present [...] extended both into the future and into the past», denn die Zukunft werde aus der Gegenwart her bestimmt insbesondere «through the notions of precaution and responsibility, through the acknowledgement of the irreparable and the irreversible [...]», während die Vergangenheit von der Gegenwart aufgesogen werde etwa durch «the drive to make everything into heritage [...] and last but not least the notion <debt>».<sup>48</sup> In ähnliche Richtungen zielen die Überlegungen von HANS ULRICH GUMBRECHT über «Unsere breite Gegenwart»<sup>49</sup>.

Ohne dass es hier möglich wäre, diese Ansätze näher zu untersuchen,<sup>50</sup> fällt im Blick auf das Recht gleichwohl auf, dass rechtliche Normativität in der Tat zuerst und vor allem in der Gegenwart zu verorten ist. Das beruht auf dem Um-

---

<sup>45</sup> Zur Beschleunigung als temporaler Signatur der westlichen Moderne siehe ROSA (Fn. 8).

<sup>46</sup> Knappe Übersicht bei GEPPERT/KÖSSLER (Fn. 1), 8 m.w.N.

<sup>47</sup> NOWOTNY HELGA, Eigenzeit. Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls, Frankfurt a.M. 1989 (hier in der Ausgabe 1993), 9.

<sup>48</sup> HARTOG FRANÇOIS, Regimes of Historicity. Presentism and Experiences of Time (aus dem Französischen übersetzt von BROWN SASKIA), New York 2015 (französische Originalausgabe: Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps, Paris 2003), 201 (die Hervorhebung im Original).

<sup>49</sup> GUMBRECHT HANS ULRICH, Unsere breite Gegenwart, Berlin 2010.

<sup>50</sup> Markante Kritik bei HUNT LYNN, Against Presentism, Perspectives on History 2002, abrufbar unter <<https://www.historians.org/perspectives-article/against-presentism-may-2002/>>; auf der Gegenseite ARMITAGE DAVID, In Defense of Presentism, in: McMahon Darrin M. (Hrsg.), History and Human Flourishing, New York 2022, 44 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.1093/oso/9780197625262.003.0003>>.

stand, dass sich Rechtsgeltung – also der Verbindlichkeitsanspruch rechtlicher Normativität – stets erst in der Gegenwart aktualisiert. Das gilt auch im Fall der Rückwirkung etwa von Gesetzen,<sup>51</sup> denn auch wenn damit Sachverhalte der Vergangenheit geregelt werden, so aktualisieren sich die konkreten Wirkungen – etwa die Verpflichtung zur Steuerzahlung – immer erst in der Gegenwart,<sup>52</sup> frühestens nach der Publikation des Gesetzes.<sup>53</sup> Insofern sind rückwirkende Normen «nichts anderes als die Beurteilung der Vergangenheit mit Kategorien der Gegenwart»<sup>54</sup>. Entsprechendes gilt für das Handeln der Verwaltung. Nur scheinbar anders ist die Situation im Fall gerichtlicher Urteile, die regelmässig auf der Auseinandersetzung mit Sachverhalten der Vergangenheit beruhen. Doch die Rechtsanwendung, also die gerichtliche Bewertung solcher Sachverhalte findet erst in der Gegenwart statt.<sup>55</sup> Dem entspricht es, dass die Grundlage dieser Bewertung, also der gerichtlich festgestellte Sachverhalt, gerade nicht identisch ist mit dem Sachverhalt, der in der Vergangenheit belegen ist, sondern notwendig immer eine in der Gegenwart erstellte Rekonstruktion ohne Anspruch auf absolute Wahrheit.<sup>56</sup>

Entsprechendes gilt für die Zukunftsdimension: Es ist zwar tatbestandliches Element von Bedingungen i.S.v. Art. 151–157 OR, sich auf Ereignisse in der Zu-

---

<sup>51</sup> Vgl. KRADOLFER (Fn. 31); DERS., Rückwirkung im Verwaltungsrecht, *Recht* 2022, 55 ff.; siehe auch CAMPRUBI MADELEINE, Ungeschriebene Grenzen der Rückwirkung von Rechtssätzen in der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkungsformel des Bundesgerichts, Bern 2020; für einen Überblick zur Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe LEPSIUS OLIVER, Die Rückwirkung von Gesetzen, Teil 1–2, *Juristische Ausbildung (JURA)* 2018, 577 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.1515/jura-2018-0123>>, 695 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.1515/jura-2018-0140>>.

<sup>52</sup> Zum Steuerrecht in diesen Kontexten näher CAMPRUBI (Fn. 51), 195–197 m.w.N.

<sup>53</sup> CAMPRUBI (Fn. 51), 250 f., KRADOLFER, Rückwirkung (Fn. 51), 60.

<sup>54</sup> MÖLLERS CHRISTOPH, Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2018, 309.

<sup>55</sup> Zu den daraus resultierenden normativen Problemen bei der Bewältigung vergangenen systemischen Unrechts siehe aus der Perspektive der schweizerischen Verfassungsordnung SCHÜRER STEFAN, Die Verfassung im Zeichen historischer Gerechtigkeit. Schweizerische Vergangenheitsbewältigung zwischen später Wiedergutmachung und Politik mit der Geschichte, Zürich 2009; umfassend auch die Beiträge zum Schwerpunktthema «Der Umgang des Rechts mit vergangenem staatlichen Unrecht» in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 69/2021.

<sup>56</sup> Vgl. aus der Perspektive des Zivilverfahrens etwa KuKu ZPO-BAUMGARTNER, Vor Art. 150–193 ZPO, N 2, *Kurzkommentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), 3. A., Basel 2021; Allgemein zum Wahrheitsproblem im Prozess THIER ANDREAS, «Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit». Wirklichkeitskonstruktion und Wahrheitsanspruch im Recht, *Zeitschrift für Kulturphilosophie* 2014, 247 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.28937/1000106678>> m.w.N.

kunft zu richten.<sup>57</sup> Aber der Eintritt der Bedingung und die dadurch ausgelösten Rechtswirkungen entfalten sich erst dann, wenn das Ereignis in den Horizont der Gegenwart eingetreten ist. Dem entspricht es, dass sich in der dogmengeschichtlichen Entwicklung der Schwerpunkt der Bedingungswirkung zunehmend auf die Gegenwart verschob und mit der Lehre von der Anwartschaft eine Vorwirkung der Bedingung postuliert,<sup>58</sup> also die Gegenwartsverankerung der Bedingung zusätzlich verstärkt wurde.

Rechtsnormen lassen somit im Prozess ihrer Anwendung Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft in einem Gegenwartshorizont verschmelzen.<sup>59</sup> Bisweilen ist deswegen sogar die These vertreten worden, eine rechtshistorische Auseinandersetzung mit der Zeitdimension von Recht sei letztlich nicht möglich, weil alle Rechtsnormen auf serielle Wiederholbarkeit angelegt und deswegen stets ausschliesslich gegenwartsgebunden seien.<sup>60</sup> Die Behauptung von der «Wiederkehr der Rechtsfiguren»<sup>61</sup> lässt sich dann als dogmenhistorische Fortsetzung dieser Überlegungen deuten, wird hierbei doch, überspitzt ausgedrückt, die Dogmengeschichte mit der Gegenwart der Rechtsdogmatik verschmolzen. Noch markanter ist diese Position greifbar in einer Debatte der Völkerrechtswissenschaft. Hier ist für eine «legitimate role of anachronism in international legal method» argumentiert worden. Dazu solle «the past, far from being gone» gezielt «as a source or rationalisation of present obligation» genutzt werden.<sup>62</sup> Damit einher geht bezeichnenderweise eine dezidierte Antikritik an antipresentistischen Positionen.<sup>63</sup> Diese Diskussion kann hier nicht näher betrachtet werden.<sup>64</sup> Sie verdeutlicht jedenfalls besonders plastisch die

---

<sup>57</sup> Vgl. etwa BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Vor Art. 151–157, N 13 m.w.N., Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2020.

<sup>58</sup> Zum Ganzen SCHIEMANN GOTTFRIED, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, Köln/Wien 1973. Im Überblick HKK-FINKENAUER, §§ 158–163, N 9, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, in: Schmoeckel Mathias/Rückert Joachim/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Tübingen 2003.

<sup>59</sup> So auch WHEATLEY NATASHA, Law and the Time of Angels: International Law's Method Wars and the Affective Life of Disciplines, History and Theory 60/2021, 311 ff., hier 312–320.

<sup>60</sup> KOSELLECK REINHART, Geschichte, Recht und Gerechtigkeit, in: Ders., Zeitschichten. Studien zur Historik, 6. A., Frankfurt a.M. 2021 (erstmalig Frankfurt a.M. 2000), 336 ff., hier 357: Der «Eigengehalt jener Rechtsgeschichte, deren temporale Struktur auf Wiederholbarkeit hin angelegt ist», unterscheide die Rechtsgeschichte grundsätzlich von allen anderen historischen Disziplinen.

<sup>61</sup> MAYER-MALY THEODOR, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, Juristenzeitung 1971, 1 ff.

<sup>62</sup> ORFORD ANNE, On International Legal Method, London Review of International Law 1/2013, 166 ff., 175.

<sup>63</sup> ORFORD ANNE, International Law and the Politics of History, Cambridge 2021, 83–86, 172–173 und passim.

<sup>64</sup> Umfassend hierzu WHEATLEY (Fn. 59), passim.

Tendenzen zu einer offensichtlich inzwischen auch von Teilen der Rechtswissenschaft angestrebten Ausweitung der Gegenwart des Rechtswissens auf die Geschichte von Recht und Rechtswissen. Das führt zur Frage, welche Funktionen und welche Bedeutung Vergangenheit und Geschichtlichkeit für Recht und Rechtswissen haben. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden.

### III. Vergangenheit und Geschichtlichkeit im Recht

Angesichts der präsentischen Qualität von Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung im Blick auf die «current authority»<sup>65</sup> von Rechtsnormen wie etwa der Verfassung könnte man meinen, dass die Vergangenheit von Recht und Rechtswissen ohne normative Bedeutung ist. Allerdings würde das offensichtlich zu kurz greifen. Jede positive Rechtsnorm hat einen Ursprung, der ihre Geltungsanordnung legitimiert. Dem entspricht der Hinweis auf das Beschlussorgan – etwa die Bundesversammlung – und vielfach auch die Angabe der Kompetenznorm des entsprechenden Handelns im Ingress von Gesetzen,<sup>66</sup> und dem entspricht auch der Text von Verfassungspräambeln, in denen regelmässig der Versuch unternommen wird, die Verfassungsgebung in den Zusammenhang eines kollektiven historischen Selbstverständnisses zu stellen<sup>67</sup> und damit mit den Mitteln des Historischen und des Verfassungsrechts ein Element kollektiver Identität zu schaffen.<sup>68</sup> Solche Verweisungen auf den Ursprung der Norm und vor allem auf die Autorität der normsetzenden Instanz verdeutlichen ein wichtiges Element in der Beziehung zwischen geltendem Recht und Geschichte: Durch die Referenz auf die Vergangenheit werden geschichtliche Elemente in den Gegenwartshorizont des positiven Rechts hineingeholt. Dieser Mechanismus ist nicht auf Verfassungspräambeln und den Ingress von Gesetzen beschränkt und reicht über legitimierende Funktionen hinaus. Nicht selten verweist der Gesetzgeber auf Praktiken der Vergangenheit und ordnet deren Verbindlichkeit auch in der Gegenwart an wie etwa in Art. 1 Abs. 3 ZGB, wenn dort die gerichtliche Rechtsetzungsermächtigung an

---

<sup>65</sup> KAHN PAUL, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago/London 1999, 52 (die Hervorhebung entspricht nicht dem Original).

<sup>66</sup> Dazu allgemein etwa BAUMANN ROBERT, *Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse*, LeGes 3/2014, 463 ff.

<sup>67</sup> Vgl. etwa für die BV die Bemerkungen bei BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar*, 2. A., Zürich 2017, N 2.

<sup>68</sup> Für die Präambel der BV BSK BV-BELSER, *Präambel*, N 4, 10 m.w.N., *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basel 2015; Allgemein: PAYDAŞ EREN, *Tales of the Constituent Moment. Reading Constitutional Preambles as Origin Myths*, Baden-Baden 2023.

die «bewährte Lehre» gebunden wird,<sup>69</sup> oder im Verweis auf die «teachings of the most highly qualified publicists of the various nations» in Art. 38 Abs. 1 lit. d des IGH-Statuts.<sup>70</sup>

Diesem Ansatz entspricht auch die Bedeutung der historischen Auslegung für die Rechtswissenschaft, die in der kontinentaleuropäischen Tradition seit jeher einen festen Platz hat.<sup>71</sup> Im kanonischen Recht, also dem Recht der römisch-katholischen Kirche, wird sogar ausdrücklich angeordnet, die *traditio canonica* bei der Anwendung von Normen des Codex Iuris Canonici mitzuberechnen.<sup>72</sup> Allerdings deutet diese Anordnung auf eine Problematik hin, die im Blick auf die aktuelle Debatte um die Theorie und die Praxis des sogenannten *Originalism*<sup>73</sup> in der Rechtsprechung des U.S. Federal Supreme Court zur U.S. Federal Constitution besonders plastisch wird: Im Ausgangspunkt steht dieser hermeneutische Zugang zur Bundesverfassung der USA der historischen Auslegung kontinentaleuropäischer Prägung zumindest nahe. Die Auslegung des Verfassungstexts soll sich dabei richten nach der ursprünglichen Bedeutung, die die Verfassungsgeber diesem Text beigelegt haben. Zugleich wird postuliert, dass diese originäre Bedeutung immer auch die Grenze

---

<sup>69</sup> Umfassend hierzu nunmehr STÄHLE CHRISTIAN, «Bewährte Lehre» (Art. 1 Abs. 3 ZGB) in der Praxis zum Obligationenrecht, insbesondere prozessuale Aspekte, Zürich 2023.

<sup>70</sup> Dazu etwa SIVAKUMARAN SANDESH, The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law, *International and Comparative Law Quarterly* 66/2017, 1 ff., abrufbar unter <<http://dx.doi.org/10.1017/S0020589316000531>>.

<sup>71</sup> Umfassend SCHRÖDER JAN, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)*, Bd. 2, 3. A., München 2020, 204–208 für die Zeit seit 1945. Klassische Referenz für die Schweiz BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1/IV. Auslegung/E.-H., N 309–313, Berner Kommentar, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Bern 2012.

<sup>72</sup> C. 6 § 2 CIC 1983: «Canones huius Codicis, quatenus ius vetus referunt, aestimandi sunt ratione etiam canonicae traditionis habita» – «Die Canones dieses Codex sind, soweit sie altes Recht wiedergeben, auch unter Berücksichtigung der kanonischen Tradition zu würdigen.» Zur Spannung zwischen Vergangenheit und Gegenwart bei der Auslegung des Codex siehe etwa SCHÜLLER THOMAS, *Optima regula interpretationis?! C. 6 § 2 CIC und die Interpretation kirchlicher Rechtsnormen in der Spannung von geltendem Recht und traditio canonica*, in: GÜTHOFF Elmar/Haering Stephan (Hrsg.), *Ius quia iustum*. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag, Berlin 2015, 131 ff.

<sup>73</sup> Grundlegend: BORK ROBERT H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, 2. A., New York/London 1990 (erstmalig 1983); SCALIA ANTONIN, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay*, 2. A., Princeton 2018 (erstmalig 1997). Für einen Überblick siehe SOLUM LAWRENCE B., *District of Columbia v. Heller and Originalism*, *Northwestern University Law Review* 103(2) 2009, 923 ff., 926–940, abrufbar unter <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/854>>; WHITTINGTON KEITH E., *Originalism: A Critical Introduction*, *Fordham Law Review* 82(2) 2013, 375 ff., abrufbar unter <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss2/2>>.

der Verfassungsanwendung für die Gerichtsbarkeit markiert.<sup>74</sup> Hinter diesem Rückgriff auf die Geschichte steht das Bemühen, die Verfassungsgerichtsbarkeit daran zu hindern, eigene politische Werte und Zielsetzungen durchzusetzen und das Recht damit vor der Politik zu schützen. Solche Befürchtungen vor einem übermächtigen Verfassungsgericht sind auch in Kontinentaleuropa alles andere als unbekannt.<sup>75</sup> Aber es ist bemerkenswert, dass und wie sehr in der nordamerikanischen Debatte der Ausweg in der normativen Aufladung der Geschichte gesucht wird. Das zeigt sich insbesondere in der Rechtsprechung zum zweiten Amendment, worin allen Bürgerinnen und Bürgern das Recht zum Waffentragen zugestanden wird.<sup>76</sup> In einer viel diskutierten Entscheidung aus dem Jahr 2022 hat der Federal Supreme Court nämlich bei der Überprüfung eines Gesetzes zur Beschränkung des Waffenbesitzes entschieden, dass ein solches Gesetz nur dann keine Verletzung dieser Verfassungsnorm begründe, wenn die entsprechende «regulation is consistent with this Nation's historical tradition of firearm regulation». Damit grenzte sich das Gericht zugleich entschieden ab von einer normativen Abwägung (*means-end scrutiny*) oder empirischen Analysen für das Bedürfnis nach einer Waffenregulierung. Entscheidend sei vielmehr, so erklärte das Gericht, dass das zweite Amendment eine solche Interessenabwägung enthalte und es sei «this balance – struck by the traditions of the American people – that demands our [i. e. the Court's] unqualified deference»<sup>77</sup>. Das hat das Gericht dann zu rechtshistorischen Untersuchungen über die Geschichte des Waffenrechts geführt, die bis zum Jahr 1285 zurückreichten.<sup>78</sup> Zwar hat der Supreme Court in einer Entscheidung des Jahres 2024 ein klein wenig zurückhaltender argumentiert, zudem hat eine der konservativen Richterinnen, Amy Coney Barrett, Grenzen dieses Zugriffs auf «the history surrounding the ratification of the text» markiert.<sup>79</sup> Das ändert allerdings nichts an dieser Mobilisierung der Geschichte, die auch die Entscheidung gegen die Freigabe der Abtreibung geprägt hat,

---

<sup>74</sup> WHITTINGTON (Fn. 73), 378 f.

<sup>75</sup> Vgl. nur JESTAEDT MATTHIAS ET AL., Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011.

<sup>76</sup> Second Amendment to the United States Constitution vom 15. Dezember 1791: *A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.*

<sup>77</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, 597 U. S. 1, 10, 15, 17 (2022) (Justice Thomas für das Gericht). Für eine Einordnung in die Rechtsprechungsentwicklung siehe etwa O'TOOLE CATHERINE, *NY State Rifle & Pistol Ass'n v. Bruen: The Supreme Court's Insensitivity to Sensitive Places*, *Denver Law Review* 101(1) 2023, 215 ff.

<sup>78</sup> *New York State Rifle & Pistol Association v. Bruen*, 597 U. S. 1, 40 (2022) (Justice Thomas für das Gericht).

<sup>79</sup> *United States v. Rahimi*, 602 U. S. 1, 15–16 (2024) (Chief Justice Roberts für das Gericht) mit der Andeutung eines etwas reduzierten Nachweiserfordernisses, wenn eine Regulierungstradition behauptet wird. Barrett, concurring, U.S. 1, 2 (2024).

wurde doch hierbei im Blick auf das Tatbestandsmerkmal *liberty* im 14. Amendment<sup>80</sup> wiederum allein auf die Tradition abgestellt. Im Mehrheitsvotum des Gerichts wurde nämlich formuliert, «guided by the history and tradition that map the essential components of our Nation's concept of ordered liberty, we must ask what the Fourteenth Amendment means by the term <liberty>»<sup>81</sup>. Die Zielsetzung des Federal Supreme Court, durch den Rekurs auf *history and tradition* zu verhindern, dass der demokratisch stärker legitimierte Congress aus seiner gesetzgeberischen Verantwortung entlassen wird, ist sehr gut nachvollziehbar. Allerdings zahlt das Gericht dafür einen hohen epistemischen Preis: Denn nur selten können Geschichtsdeutungen eindeutig sein, und so sind dann auch die historischen Befunde des Gerichts sehr kritisch hinterfragt worden.<sup>82</sup> Zudem geraten dann, wenn wie hier langgestreckte Zeiträume in den Blick genommen und dabei regelmässig (und ein Stück weit auch notwendigerweise) lediglich gesetzgeberische Entscheidungen der Vergangenheit einbezogen werden, wichtige gesellschaftliche Veränderungen wie etwa der Wandel der Geschlechterrollen aus dem Blick.<sup>83</sup> Deswegen stellt sich beim Vorgehen des Federal Supreme Court – das in seinem Bemühen um die Erkenntnis einer spezifisch nationalen Idee von Recht dem perspektivischen Zugang der Historischen Rechtsschule<sup>84</sup> geradezu verblüffend ähnlich ist, auch wenn die damit verfolgten Zielsetzungen sich deutlich unterscheiden – immer auch die Frage, welches Konzept von *history and tradition* durch das Gericht zugrunde gelegt wird.<sup>85</sup> In dieser Hinsicht demonstriert das Beispiel des *Originalism* in der Rechtsprechung des Federal Supreme Courts ein grundsätzliches Problem im Umgang von Recht und Rechtswissen mit Vergangenheit und Geschichte, das sich nicht allein, aber auch und gerade in diesem Kontext stellt. Die Einbindung des Geschichtlichen in den Horizont der Gegenwart ist ein elementarer Bestandteil im Handeln von Gesellschaften, sind doch alle

---

<sup>80</sup> Fourteenth Amendment to the United States Constitution vom 28. Juli 1868: *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law.*

<sup>81</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, U.S. 1, 14 (2022) (Justice Alito für das Gericht).

<sup>82</sup> MAYERI SERENA, *The Critical Role of History after Dobbs*, *Journal of American Constitutional History* 2(1) 2024, 171 ff., abrufbar unter <<https://doi.org/10.59015/jach.NXYK8697>>.

<sup>83</sup> In diese Richtung die Kritik bei SIEGEL REVA B., *How «History and Tradition» Perpetuates Inequality: Dobbs on Abortion's Nineteenth-Century Criminalization*, *Houston Law Review* 60(4) 2023, 901 ff. m.w.N.

<sup>84</sup> SCHRÖDER (Fn. 71), 196 ff.

<sup>85</sup> Dazu etwa die Überlegungen bei BARNETT RANDY E./SOLUM LAWRENCE B., *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, *Northwestern University Law Review* 118(2) 2023, 433 ff., abrufbar unter <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2555>>.

sozialen Verbände im Interesse der Identitätsbildung und der Identitätsstabilisierung auf kollektive Erinnerungen an die eigene Geschichte angewiesen. Wenn aber auf diese Weise bestimmte Deutungen von Recht und eine darauf basierende Rechtsanwendung erzeugt werden, dann wird die Frage dringend, wie die Deutungshoheiten und vor allem wie die Prozesse der Geschichtsdeutung so organisiert werden, dass sie den Anforderungen einer freien Gesellschaft entsprechen, ohne dabei zum Wettbewerb von historischen Narrativen je unterschiedlicher Akteure zu werden.<sup>86</sup> Die von der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft bevorzugte Alternative ist die grundsätzliche Abschottung der Gegenwart des Rechts von seiner Vergangenheit jedenfalls bei dessen Deutung und Anwendung durch einen *strictly legal view*, bei dem die Geschichtlichkeit des Rechts zwar stets mitbedacht wird, aber gleichwohl geringere Bedeutung erlangt.<sup>87</sup>

#### IV. Das Zukünftige und das Recht

Auch wenn sich rechtliche Normativität in der Gegenwart entfaltet, so ist doch ihre Beziehung auf die Zukunft ihre fundamentale soziale Zwecksetzung: Recht sichert Erwartungssicherheit und deswegen, so hat NIKLAS LUHMANN formuliert, liegt die zentrale Funktion von Rechtsnormen «darin, daß man versucht, sich wenigstens auf der Ebene der Erwartungen auf eine noch unbekannte, genuin unsichere Zukunft einzustellen»<sup>88</sup>. In diesem Sinn lässt sich auch sagen, dass Normen immer auf ein Zukünftiges ausgerichtet sind, weil der von ihnen erfasste Sachverhalt im Zeitpunkt des Erlasses noch gar nicht eingetreten ist.<sup>89</sup> Aus der hier entwickelten Sicht lässt sich dem zustimmen: Die These von der breiten Gegenwart des Rechts bezieht sich auf die Geltung und damit auf die Anwendung von Rechtsnormen, sagt aber nichts über die grundsätzliche Ausrichtung von solchen Normen aus. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, in welchem Umfang sich Recht auf konkrete Zukunftselemente richtet und welche Konsequenzen sich hieraus für seine Gegenwart ergeben. Aus einer rechtshistorischen Perspektive spricht viel für die Überlegung, dass – zumin-

---

<sup>86</sup> Zum Ganzen BALKIN JACK M., Constitutional Memories, William & Mary Bill of Rights Journal 31/2022, 307 ff., abrufbar unter <<https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol31/iss2/2>>; SIEGEL REVA B., Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – And Some Pathways for Resistance, Texas Law Review 101/2023, 1126 ff.

<sup>87</sup> In diese Richtung die Überlegungen von ERNST WOLFGANG, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel Christoph/Schön Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, 3 ff., hier 15–19.

<sup>88</sup> LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 130; zu Luhmann siehe bereits oben, Fn. 17.

<sup>89</sup> So das Argument bei MÖLLERS (Fn. 54), 305 f. mit der These, dass «Normen stets zukunftsgerichtet funktionieren» (306).

dest im Grundsatz – in der europäischen Rechtstradition konkrete Zukunftsbezüge von Rechtsnormen vor allem seit dem Beginn der frühen Neuzeit immer stärker etabliert werden.<sup>90</sup> Versicherungen entstehen auf breiter Front in dieser Phase<sup>91</sup> und auch der Handel mit Börsenterminkontrakten bis hin zu den ersten *Futures* nimmt in Europa (allerdings auch im japanischen *Dojima*<sup>92</sup>) seit etwa dem 17. Jahrhundert seinen Beginn.<sup>93</sup> Mit den technologischen Umwälzungen der Industrialisierung gewinnt dann die Risikoversorge immer mehr Bedeutung und wird sehr rasch zur Aufgabe des Staates.<sup>94</sup> Im Blick auf die Rechtsordnung ergeben sich daraus zwei Konsequenzen: Wenn es die elementare Aufgabe von Recht ist, Freiheit und Sicherheit zu garantieren, dann bedeutet dies im Bezug auf die Zukunft, dass rechtliche Normen sicherstellen müssen, dass diese Zielsetzungen auch weiterhin erreichbar bleiben. Die fundamentale Bedrohung der Menschheit durch den Klimawandel ist ein besonders plastisches Beispiel für diese Herausforderung auch und gerade an Recht und Rechtswissen. Zugleich muss dabei aber auch gewährleistet bleiben, dass solche Risikoentscheidungen mit den Mitteln des Rechts und damit im Rahmen demokratischer und individualrechtlicher Ordnungen vorgenommen werden.<sup>95</sup> Wenn die Sorge um die Zukunft die freiheitliche Ordnung gegenwärtiger Gesellschaften aushebeln sollte, dann hätten Recht und Rechtswissen eine zentrale gesellschaftliche Funktion verfehlt.

---

<sup>90</sup> Dazu der Überblick bei THIER (Fn. 9), 34–36.

<sup>91</sup> HELLWEGE PHILIPP (Hrsg.), *A Comparative History of Insurance Law in Europe. A Research Agenda*, Berlin 2018; ZWIERLEIN CORNEL, *Der gezähmte Prometheus. Feuer und Sicherheit zwischen Früher Neuzeit und Moderne*, Göttingen 2011.

<sup>92</sup> WEST MARK D., *Private Ordering at the World's First Futures Exchange*, *Michigan Law Review* 98/2000, 2574 ff., abrufbar unter <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol98/iss8/8>>.

<sup>93</sup> GELDERBLOOM OSCAR/JONKER JOOST, *Amsterdam as the Cradle of Modern Futures and Options Trading, 1550–1650*, in: Goetzmann William N./Rouwenhorst K. Geert (Hrsg.), *Of Value. The Financial Innovations that Created Modern Capital Markets*, Oxford 2005, 189–205, 375–381, zur Entstehung der Termingeschäfte in Amsterdam.

<sup>94</sup> Dazu THIER ANDREAS, «Mala futura», «securitas» und «Spekulation»: Rechtskulturen des Risikos im historischen Wandel, in: Weber Rolf H. et al. (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, Zürich 2017, 845 ff.

<sup>95</sup> Auf dieser Linie bereits DI FABIO UDO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, Tübingen 1994.

## V. Schlussbemerkung

Zeit und Zeitlichkeit sind, das ist vielleicht deutlich geworden, im Verhältnis zu Recht und Rechtswissen alles andere als neutrale Grössen. Zugleich spricht viel dafür, dass Rechtsnormen eine im Verhältnis zu anderen gesellschaftlichen und kulturellen Phänomenen unterschiedliche temporale Signatur aufweisen. Der Bezug zur Vergangenheit, zur Gegenwart und zur Zukunft gestaltet sich nämlich möglicherweise anders als etwa im Zusammenhang wirtschaftlicher oder auch religiöser Ordnungsformationen. Möglicherweise bildet sich auch hierin ein Phänomen ab, das als «Autonomie des Rechts»<sup>96</sup> bezeichnet worden ist. Auch deswegen ist die analytische Auseinandersetzung mit den Verflechtungen von Zeit und Zeitlichkeit mit Recht und Rechtswissen ganz sicher eine vielversprechende Fragestellung der rechtswissenschaftlichen Forschung.

---

<sup>96</sup> RÜCKERT JOACHIM, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988.

# Time May Be Short

## Die Berechnung der Verjährung unter Berücksichtigung eines Stillstandsgrundes gemäss Art. 134 OR

Alessia Dedual

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	19
II.	<a href="#">Grundsätze der Fristberechnung gemäss Art. 130 ff. und Art. 77 f. OR</a>	23
	A. <a href="#">Gesetzliche Zeiteinheiten und Regeln zur Definition von Fristbeginn und -ende</a>	23
	B. <a href="#">Offene Fragen rund um den Verjährungsstillstand</a>	26
III.	<a href="#">Berechnungsbeispiel</a>	28
	A. <a href="#">Ausgangsfall</a>	28
	1. <a href="#">Fristdauer</a>	28
	2. <a href="#">Fristauslösendes Ereignis der Verjährung</a>	28
	3. <a href="#">Beginn und Ende der ordentlichen Verjährungsfrist</a>	29
	4. <a href="#">Stillstandsereignis</a>	30
	B. <a href="#">Berechnungsbeispiel 1: Wahl der Zeiteinheiten</a>	30
	1. <a href="#">Taggenaue Berechnung der Ruhezeit</a>	30
	2. <a href="#">Umrechnung der Ruhezeit in Jahre, Monate und Tage</a>	30
	3. <a href="#">Verzerrung</a>	30
	C. <a href="#">Berechnungsbeispiel 2: Anrechnung der Ruhezeit oder des Restverjährungslaufs</a>	31
	1. <a href="#">Addition der Ruhezeit zur ordentlichen Verjährungsfrist</a>	31
	2. <a href="#">Addition der Restverjährungszeit nach Ende der Ruhezeit</a>	31
	3. <a href="#">Verzerrung</a>	32
IV.	<a href="#">Diskussion</a>	32

### I. Einleitung

Wenn die Zeit gemäss Obligationenrecht drängt, dann geht es meist um die rechtzeitige Erfüllung oder die Frist, die dem Berechtigten bis zur Durchsetzung seiner Forderung verbleibt. Letzterer Frage widmet sich dieser Beitrag. Behandelt wird, wie sich der Verjährungseintritt bei Auftreten eines Stillstandsgrundes gemäss Art. 134 OR bestimmen lässt.

Die Verjährung ist ein materiell-rechtliches Institut zur Entkräftung einer (verjähren) Forderung durch Zeitablauf.<sup>1</sup> Die Entkräftung führt dabei nicht zum Erlöschen der Forderung. Stattdessen besteht die Wirkung der Verjährung darin, die Durchsetzbarkeit der Forderung zu hindern, wenn die Einrede der Verjährung geltend gemacht wird (vgl. Art. 142 OR).<sup>2</sup>

Nach Art. 127 OR verjähren Forderungen innerhalb von zehn Jahren, wenn nicht das Gesetz eine Sonderregelung vorsieht. Sonderregeln finden sich einerseits in Art. 128 f. OR, aber ebenso im Besonderen Teil.<sup>3</sup>

*Ratio legis* der Verjährungsregeln sind aus der Perspektive des öffentlichen Interesses Rechtssicherheit und Rechtsfrieden;<sup>4</sup> die Geltendmachung von Ansprüchen soll nicht ewig hinausgezögert werden können.<sup>5</sup> Auf der individuellen Ebene zielen die Verjährungsregeln grundsätzlich auf Schuldnerschutz ab: Der Schuldner soll Beweismittel nicht über längere Zeit aufbewahren müssen. Zudem schafft die Gläubigerin durch ihre Untätigkeit auch eine Art Vertrauen beim Schuldner, dass er nach einer gewissen Zeit nicht mehr in Anspruch genommen werden wird.<sup>6</sup> Dieses Vertrauen des Schuldners ist allerdings nur dann schützenswert, wenn die Gläubigerin tatsächlich eine reelle Chance hatte, ihre Forderung durchzusetzen.<sup>7</sup> Es sind vielerlei Gründe denkbar, die der Gläubigerin diese Möglichkeit nehmen oder die Forderungsdurchsetzung zumindest erschweren.<sup>8</sup> Der Gesetzgeber trägt solchen Umständen und damit dem Gläubigerschutz in den in Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1–8 OR genannten Fällen Rechnung: Für die Zeitdauer des Bestehens solcher Hindernisse wird der Lauf der Verjährung gehemmt (vgl. Art. 134 Abs. 1 und 2 OR).<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> GAUCH PETER ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. A., Zürich 2020, Rz. 3269; HK Privatrecht-KILLIAS/WIGET, Art. 127 OR, N 1 und 3, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. HK Privatrecht-BEARBEITER/IN).

<sup>2</sup> BERTI STEPHEN V., Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligation, Zweite Lieferung, Art. 127–142 OR, 3. A., Zürich 2002, Art. 127, N 43 ff.

<sup>3</sup> KOLLER ALFRED, Unterbrechung der Verjährung, SJZ 113/2017, 201 ff.; siehe im Einzelnen GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3293 ff.

<sup>4</sup> Siehe zu Zweck und Funktion der Verjährungsregeln WILDHABER ISABELLE/DEDE SEVDA, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127–142 OR, Bern 2021, Vor. Art. 127 ff., N 10 ff.; SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I: Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975, Rz. 4 ff.; a.A. KARAŞAHIN YASIN ALPEREN, Parteiautonomie im Verjährungsrecht. Inhalt und Grenzen, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 35 ff.

<sup>5</sup> BGE 137 III 16 E. 2.1; GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3279.

<sup>6</sup> BGE 137 III 16 E. 2.1; CARRON BLAISE, Le nouveau droit suisse de la prescription, sui generis 2019, 318 ff., Rz. 2; WILDHABER/DEDE (Fn. 4), Vor. Art. 127 ff., N 21.

<sup>7</sup> WILDHABER/DEDE (Fn. 4), Vor. Art. 127 ff., N 24; SPIRO (Fn. 4), Rz. 16.

<sup>8</sup> Siehe dazu sogleich.

<sup>9</sup> GOTTINI MELANIE CATALINA, Die Verjährung im schweizerischen Privatrecht. Grundlagen und ausgewählte Problembereiche, Zürich 2019, 11.

Verjährungshemmung ist ein Überbegriff für die Hinderung und den hier interessierenden Stillstand der Verjährung.<sup>10</sup> Als Hinderung wird ein Umstand verstanden, der den Verjährungslauf nicht beginnen lässt.<sup>11</sup> Dieselben Gründe können auch dazu führen, dass die Verjährung, die bereits zu laufen begonnen hat, für die Zeitdauer, in der ein Stillstandsgrund besteht, nicht weiterläuft.<sup>12</sup> Nach Wegfall des Hemmungsgrundes nimmt die Verjährung sodann ihren Anfang (Hinderung) oder ihren Fortgang (Stillstand); die gegebenenfalls bereits abgelaufene Verjährungszeit geht jedenfalls nicht verloren.<sup>13</sup> Die faktische Verjährungsdauer ist also länger als die Verjährungsfrist.<sup>14</sup>

Die Umstände, die den Verjährungslauf ruhen lassen bzw. hemmen, sind mannigfaltig. Es sind zum einen subjektive, in der Person der Gläubigerin liegende Gründe. Diese zeichnen sich durch ein besonderes Abhängigkeits- und Näheverhältnis zum Schuldner aus (vgl. Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1–4 OR).<sup>15</sup> Darunter fällt die Verjährung von Forderungen von Kindern gegenüber ihren Eltern oder von urteilsunfähigen Personen gegenüber ihrem Vorsorgebeauftragten, solange das Kind nicht volljährig ist (Ziff. 1) oder der Vorsorgeauftrag läuft (Ziff. 2). Ebenfalls zu dieser Kategorie zählen Forderungen von Ehegatten oder eingetragenen Partnerinnen oder Partnern untereinander während der Dauer der Ehe (Ziff. 3) bzw. der eingetragenen Partnerschaft (Ziff. 3<sup>bis</sup>) und ebenso von Arbeitnehmenden gegenüber ihrem Arbeitgeber, sofern die Parteien zusammen in einer Hausgemeinschaft leben (Ziff. 4).

---

<sup>10</sup> GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3329 ff.; WILDHABER/DEDE (Fn. 4), Art. 134, N 2.

<sup>11</sup> WILDHABER/DEDE (Fn. 4), Art. 134, N 2.

<sup>12</sup> Anstatt vieler: BSK OR I-DÄPPEN, Art. 134, N 13, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN).

<sup>13</sup> GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3331; MAGNIN JOSIANNE, Die Hemmung der Verjährung, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Bern 2019, 59 ff., 59 und 70; KARAŞAHIN (Fn. 4), N 66; WILDHABER/DEDE (Fn. 4), Art. 132, N 121; BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 3. A., Bern 2018, Rz. 1463; FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018, 653; HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 2266; KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS, Grundkurs Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Basel 2018, Rz. 527; SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020, Rz. 84.2; vgl. im Gegensatz dazu die Verjährungsunterbrechung in Art. 135 ff. OR, wo die Verjährung mit Auftreten eines Unterbrechungsgrundes neu zu laufen beginnt; im Einzelnen KOLLER (Fn. 3), 201; BERGAMIN CHRISTOF, Unterbrechung der Verjährung durch Klage, Eine Untersuchung unter Mitberücksichtigung anderer Unterbrechungsgründe, Zürich/Basel/Genf 2016.

<sup>14</sup> KARAŞAHIN (Fn. 4), Rz. 93.

<sup>15</sup> GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3334; KOLLER (Fn. 3), 201; WILDHABER/DEDE (Fn. 4), Art. 134, N 1 ff.

Zum anderen sieht das Gesetz vor, dass der Verjährungslauf für Forderungen ruht, an denen dem Schuldner eine Nutzniessung zusteht (Ziff. 5), wenn die Forderung aus objektiven Gründen vor keinem Gericht geltend gemacht werden kann (Ziff. 6),<sup>16</sup> für Forderungen des Erblassers oder gegen diesen während der Errichtung des öffentlichen Inventars (Ziff. 7)<sup>17</sup> sowie schliesslich – und diese Neuerung im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts 2020 war besonders umstritten – für die Dauer von Vergleichsgesprächen, Mediationen oder anderen Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, falls dies von den Parteien schriftlich ausbedungen wurde (Ziff. 8)<sup>18</sup>.

Während sich die Verjährung im Falle eines Hinderungsgrundes nach dessen Wegfall gleich berechnet wie ordentliche Verjährungsfristen, ist ungeklärt, wann die Verjährung bei Auftreten eines Stillstandsgrundes eintritt. Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, noch nie zu dieser Berechnungsproblematik geäussert. Auch die Hinweise in der Literatur dazu sind spärlich. In der Lehre wird relativ pauschal gesagt, dass «die Verjährungsfrist um die Zeitdauer, während der ein Stillstandsgrund vorliegt, verlängert werden» muss.<sup>19</sup> Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die bei Auftreten des Stillstandsgrundes bereits abgelaufene Verjährungsdauer nicht verloren geht.<sup>20</sup> Konkretisierend wird vorgeschlagen, dass die Restlaufzeit der Verjährungsfrist bei Eintritt des Stillstandsgrundes nach Ende der Ruhezeit hinzuzurechnen sei.<sup>21</sup> Andere Stimmen plädieren dafür, die Dauer des Stillstandes (taggenau) an das ordentliche Verjährungsende hinzuzurechnen.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/MÄRKI RAPHAEL, Wir haben ein neues Verjährungsrecht, Jusletter, 2. Juli 2018, Rz. 19 f.

<sup>17</sup> KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn. 16), Rz. 21.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. CARRON BLAISE/FAVRE NIELS, La révision de la prescription dans la partie générale du Code des obligations: ce qui change et ce qui reste, et la transition entre les deux ..., in: Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (Hrsg.), Le nouveau droit de la prescription, Basel 2019, 1 ff., Rz. 89 f.; CHAPPUIS CHRISTINE, La suspension des délais de prescription, in: Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Le nouveau droit de la prescription, Bern 2019, 39 ff., 39 und 44 ff.; STÖCKLI HUBERT/BERGAMIN CHRISTOPH, Die Bestimmungen zu Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, HAVE 2014, 75 ff., 75 ff.; MAGNIN (Fn. 13), 59 und 68; OFK OR-SCHWANDER, Art. 134, N 7, Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), 4. A., Zürich 2022; KRAUSKOPF/MÄRKI (Fn. 16), Rz. 23.

<sup>19</sup> STÖCKLI/BERGAMIN (Fn. 18), 75 f.

<sup>20</sup> Siehe dazu die Hinweise in Fn. 13.

<sup>21</sup> SPIRO (Fn. 4), Rz. 126; VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, 3. A., Zürich 1984, 222; MAGNIN (Fn. 13), 59 und 70; so wohl auch BERTI (Fn. 2), Art. 134, N 33.

<sup>22</sup> So BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, Bern 1945, Art. 134, N 3.; so wohl auch HK Privatrecht-KILLIAS/WIGET, Art. 134, N 17; MEYER SARAH ANNA, Parteiverfügungen über die Verjährung im schweizerischen Zivilrecht, unter Berücksichtigung der Reformbestrebungen, Zürich/Basel/Genf

Als Annäherung an dieses Problem soll zunächst aufgezeigt werden, welche gesetzlichen Vorgaben zum Fristenlauf (Beginn und Ende) bestehen, in welchen Einheiten materiell-rechtliche Fristen gemäss dem OR zu berechnen sind und inwiefern diese Bestimmungen zur Berechnung der faktischen Verjährungsdauer bei Auftreten eines Stillstandsgrundes behilflich sind (II). Der vorliegende Beitrag will sodann anhand eines Berechnungsbeispiels und unter Zuhilfenahme von unterschiedlichen Berechnungsmethoden zeigen, dass die hierzu bestehenden Unsicherheiten zu Verzerrungen in der Dauer des faktischen Verjährungslaufs führen (III). Schliesslich werden die unterschiedlichen Ergebnisse unter Berücksichtigung des Lösungsansatzes von SPIRO aufgezeigt und kritisch diskutiert (IV).

## II. Grundsätze der Fristberechnung gemäss Art. 130 ff. und Art. 77 f. OR

### A. Gesetzliche Zeiteinheiten und Regeln zur Definition von Fristbeginn und -ende

In Abweichung von der kalendarischen Zeitrechnung<sup>23</sup> enthält das Fristenrecht diverse Regeln zur Bestimmung des massgeblichen Zeitraumes, nach dem sich eine Forderung nicht mehr durchsetzen lässt. Diese Bestimmungen gelten zur Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, indem sie Unsicherheiten bei der Bestimmung des Fristablaufs reduzieren sollen.<sup>24</sup>

Der Verjährungsbeginn ist geregelt in Art. 130 f. OR. Als fristauslösendes Ereignis knüpft das Gesetz den Verjährungsbeginn in der Regel an die Fälligkeit der Forderung (Art. 130 Abs. 1 OR). Besonderheiten gelten für Forderungen, die

---

2013, Rz. 345 ff. m.w.H. Zur vergleichbaren Problematik in Art. 145 Abs. 1 ZPO, wo es um den Stillstand von gesetzlichen und gerichtlichen Fristen geht, wird zwischen Tages- und Monatsfristen differenziert. Bei Tagesfristen wird die Zählung nach Ablauf des Stillstands um so viele Tage weitergeführt, wie vor Stillstandsbeginn zur Vollendung noch fehlten (so z.B. ERNST WOLFGANG/OBERHOLZER SERAFIN/SUNARIC PREDRAG, *Fristen und Fristberechnung im Zivilprozess* [ZPO – BGG – SchKG], 2. A., Zürich 2021, Rz. 298 ff.; KuKo ZPO-Hoffmann-Nowotny/Brunner, Art. 145, N 5, *Kurzkommentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich [Hrsg.], 3. A., Basel 2021 m.w.H.). Bei Monatsfristen wird zunächst das ordentliche Fristende berechnet und die Frist «anschliessend um die der Stillstandsdauer entsprechende Zahl von Tagen verlängert» (BSK ZPO-BENN, Art. 145, N 3a, *Basler Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung* [ZPO], in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik [Hrsg.], 3. A., Basel 2017).

<sup>23</sup> Vgl. SPIRO (Fn. 4), Rz. 124.

<sup>24</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 77, N 2; Art. 75, N 1.

durch Kündigung ausgelöst werden (Art. 130 Abs. 2 OR),<sup>25</sup> periodische Leistungen (Art. 131 OR)<sup>26</sup> sowie spezialgesetzliche Regelungen<sup>27</sup>.

Vom fristauslösenden Ereignis zu unterscheiden ist die Berechnung der Verjährungsfrist. In Art. 132 Abs. 1 OR heisst es dazu: «Bei der Berechnung der Frist ist der Tag, von dem an die Verjährung läuft, nicht mitzurechnen [...]». Das heisst: Der Tag, der den Lauf der Verjährungsfrist auslöst, ist nicht selbst Teil der Frist bis zum Verjährungseintritt.<sup>28</sup>

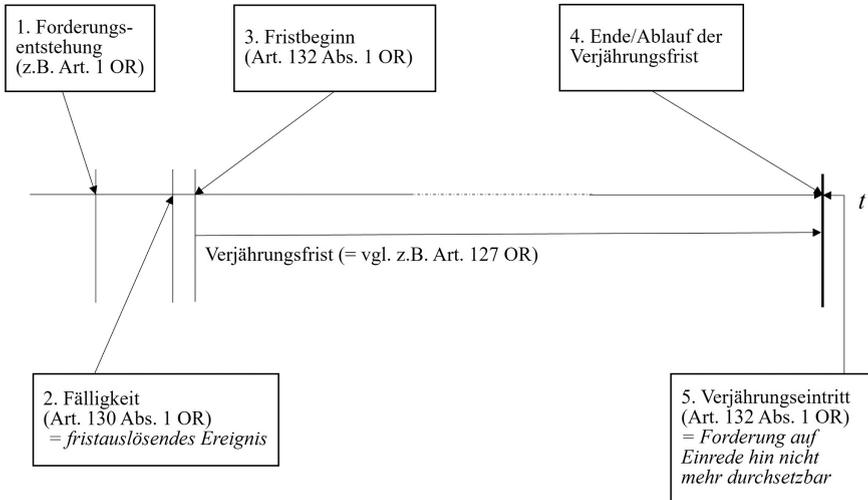


Abbildung 1

In Art. 132 Abs. 1 OR kommt damit das allgemeine Prinzip zum Ausdruck, wonach im Fristenrecht der Kalendertag die kleinste Berechnungseinheit bildet (sog. Zivilkomputation<sup>29</sup>). Das OR macht also keinen Unterschied, ob eine For-

<sup>25</sup> BERTI (Fn. 2), Art. 130, N 51 ff.; GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3311; BSK OR I-DÄPPEN, Art. 130, N 1 sowie N 14 ff.

<sup>26</sup> GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3312; BSK OR I-DÄPPEN, Art. 130, N 1 ff.

<sup>27</sup> Siehe dazu die Liste bei BERTI (Fn. 2), Art. 130, N 61 ff.; siehe auch GAUCH ET AL. (Fn. 1), Rz. 3313 ff.; BSK OR I-DÄPPEN, Art. 130, N 1; HK Privatrecht-KILLIAS/WIGET, Art. 130, N 1 f.

<sup>28</sup> BERTI (Fn. 2), Art. 132, N 4; WILDHABER/DEDE (Fn. 4), Art. 132, N 11; siehe auch BGE 81 II 135 E. 2.

<sup>29</sup> Zur Zivilkomputation: ERNST/OBERHOLZER/SUNARIC (Fn. 22), Rz. 1; BSK OR I-SCHROETER, Art. 77, N 7; siehe auch BGE 144 III 152 E. 4.4.2 sowie jüngst BGER 5A\_691/2023 vom 13. August 2024, E. 5.5.4.1.1. Die alternative Berechnungsart bildet die sog. Naturalkomputation. Die Naturalkomputation stellt zur Fristberechnung auf den konkreten Moment (eine bestimmte Uhrzeit) des Anfangstages ab, siehe dazu ERNST/OBERHOLZER/SUNARIC (Fn. 22), Rz. 1 m.w.H. bei Fn. 2; SPIRO (Fn. 4), Rz. 124. Der Vorteil der Naturalkomputation ist ihre Genauigkeit, ihr Nachteil ist die umständliche Handhabung.

derung um 6 Uhr, 15 Uhr oder 00.01 Uhr fällig wird; der Fristenlauf beginnt in all diesen Fällen am nächsten Tag und nicht in der Minute (oder Sekunde) nach Eintritt der Fälligkeit.

Das Prinzip der Zivilkomputation kommt auch bei der Definition des Verjährungseintritts zum Ausdruck. Gemäss Art. 132 Abs. 1 OR ist «die Verjährung erst dann als beendetigt zu betrachten, wenn der letzte Tag unbenutzt verstrichen ist». Die Verjährungsfrist beginnt demnach am Tag nach dem fristauslösenden Ereignis zu laufen und endet mangels Hemmung oder Unterbrechung am letzten Tag der Frist um 24.00 Uhr; die Verjährung tritt mithin am Folgetag um 0.00 Uhr ein.<sup>30</sup>

Zusätzlich zum Kalendertag sieht das OR weitere Einheiten vor, um den Fristenlauf zu berechnen. Gemäss Art. 77 Abs. 1 OR wird unterschieden zwischen acht oder 15 Tagen, Wochen, Monaten oder mehreren Monaten (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr).

Art. 77 Abs. 1 OR gilt nicht nur zur Berechnung der Erfüllungszeit (Fälligkeit), wo er systematisch verortet ist, sondern bietet auch Hinweise für die Berechnung der Verjährungsfrist, sofern das Verjährungsrecht selbst keine Bestimmung enthält (vgl. das Scharnier in Art. 132 Abs. 2 OR<sup>31</sup>). Die Verjährung knüpft allerdings nicht – wie es dem Wortlaut von Art. 77 Abs. 1 OR entspricht – an den «Vertragsabschluss» an, sondern beginnt auch hiernach mit dem fristauslösenden Ereignis zu laufen (vgl. Art. 130 f. OR).<sup>32</sup>

Eine Sonderregel gilt sodann im Fristenrecht für Samstage, Sonntage und andere gesetzlich anerkannte Feiertage. Zwar beginnt der Fristenlauf auch, wenn sich das fristauslösende Ereignis an einem solchen Tag ereignet.<sup>33</sup> Anders sieht es jedoch aus, wenn der letzte Tag der Frist auf einen dieser Tage fällt. In diesem Fall wird das Fristende auf den nächstfolgenden Werktag verschoben

---

<sup>30</sup> Vgl. BERTI (Fn. 2), Art. 130, N 136.

<sup>31</sup> Zum Scharnier: BGE 130 III 362 E. 4.4, Pra 94 (2005) Nr. 7, 62. Die Art. 77 f. OR kommen im Verjährungsrecht im Übrigen nur insoweit zur Anwendung, als es um den Ablauf der Verjährungsfrist geht; der Fristbeginn wird für den Regelfall der Verjährung bereits in Art. 132 Abs. 1 OR bestimmt, vgl. auch ERNST/OBERHOLZER/SUNARIC (Fn. 22), Rz. 36.

<sup>32</sup> Dass (in der Regel) die Fälligkeit als fristauslösendes Ereignis für den Verjährungsfristenlauf in Art. 77 Abs. 1 OR hineinzulesen ist, bringt Art. 77 Abs. 2 OR zum Ausdruck: «In gleicher Weise wird die Frist auch dann berechnet, wenn sie nicht von dem Tage des Vertragsabschlusses, sondern von einem anderen Zeitpunkte an zu laufen hat.»

<sup>33</sup> BSK OR I-DÄPPEN, Art. 132, N 2; SCHRANER MARIUS, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR, 3. A., Zürich 2000, Art. 78, N 20.

(Art. 78 OR; Art. 1 BG über den Fristenlauf an Samstagen<sup>34</sup>); die Verjährung tritt unter diesen Umständen also später ein.<sup>35</sup>

Die in Art. 77 OR genannten Einheiten zur Fristberechnung führen dort zu Abweichungen von der kalendarischen Zeitrechnung, wo die normative Vorgabe eine Vereinfachung enthält und damit die Fristberechnung vom Kalendermonat und -jahr abstrahiert. Das kann sowohl bei der gesetzlichen Ordnung von Fristen nach Monaten, Quartalen, Halbjahren und Jahren der Fall sein. So macht es etwa einen Unterschied von mehreren Tagen, je nachdem, ob der Monat Februar oder die Monate Juli und August in die Berechnung eines Vierteljahres miteinzubeziehen sind.

Die Zeitrechnung im Fristenrecht ist trotz ihrer Abstrahierung vom Kalender<sup>36</sup> überall dort relativ unproblematisch, wo dem Gesetz klare Vorgaben zu entnehmen sind, in welcher Einheit eine bestimmte Zeitspanne auszudrücken ist. Und weil das Verjährungsrecht in der Regel von ganzen Jahren (vgl. Art. 127 ff. OR) oder ganzen Monaten (vgl. Art. 315 OR) ausgeht, vermag die gesetzlich vorgesehene Ordnung grundsätzlich auch im Verjährungsrecht durch die klare Strukturierung von Zeit bzw. Zeitabläufen ihren Zweck zu erfüllen.

## B. Offene Fragen rund um den Verjährungsstillstand

Die aus dieser Vereinfachung hervorgehenden Ungenauigkeiten werden allerdings dort manifest, wo dem Gesetz keine klaren Vorgaben zu entnehmen sind, wie eine faktische Zeitspanne zu berechnen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich eine Zeitdauer nicht in einer einzigen gesetzlichen Einheit (Tage, Wochen, [mehrere] Monate) ausdrücken lässt, sondern diese Einheiten vermischt werden. Die Verjährungshemmung gemäss Art. 134 OR ist das Paradebeispiel dafür. Eine Verjährungshemmung wird in den seltensten Fällen genau ein Jahr, einen Monat oder einen Tag dauern. Vielmehr wird es regelmässig so sein, dass die zufällige Zeitspanne z.B. ein Jahr, einen Monat und drei Tage lang dauert. Anders ausgedrückt sind das 13 Monate und drei Tage oder je nach Einzelfall 396 bis 400 Kalendertage.<sup>37</sup>

Zur Frage, wie sich die Stillstandszeit auf den Fristenlauf auswirkt, wird vom Gesetz einzig festgehalten: «Nach Ablauf des Tages, an dem diese Verhältnisse

---

<sup>34</sup> Bundesgesetz über den Fristenlauf an Samstagen vom 21. Juni 1963 (SR 173.110.3).

<sup>35</sup> BSK OR I-DÄPPEN, Art. 132, N 4; WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68–96 OR, 2. A., Bern 2004, Art. 78, N 21; SCHRANER (Fn. 33), Art. 78, N 21 f.

<sup>36</sup> Vgl. SPIRO (Fn. 4), Rz. 124.

<sup>37</sup> 396 Tage: z.B. 1. Februar 2022 bis 28. Februar 2023; 400 Tage: z.B. 1. Juli 2023 bis 31. August 2024.

zu Ende gehen, nimmt die Verjährung [...], falls sie begonnen hat, ihren Fortgang.» (Art. 134 Abs. 2 OR).

Damit bleiben zwei Fragen offen:

- a) In welcher Einheit/in welchen Einheiten (Jahre, Monate, Tage) sind die Zeitdauer der Hemmung (sog. Ruhezeit) oder komplementär dazu die Restdauer der ordentlichen Verjährungsfrist auszudrücken?
- b) Zur Bestimmung des Verjährungseintritts: Wird die Ruhezeit zum ordentlichen Verjährungseintritt hinzugezählt oder wird die Restdauer der Verjährungsfrist bei Auftritt des Stillstandsgrundes nach dessen Wegfall addiert?

Hinsichtlich der zweiten Frage werden hier zwei Berechnungsweisen miteinander verglichen, nämlich die Anrechnung der Ruhezeit an das hypothetische Ende der ordentlichen Verjährungsfrist sowie die Fortsetzung der Zählung nach Ablauf des Stillstands um jene Dauer, die bei Auftreten des Stillstandsgrundes zur Vollendung der Verjährungsfrist noch fehlte.<sup>38</sup>

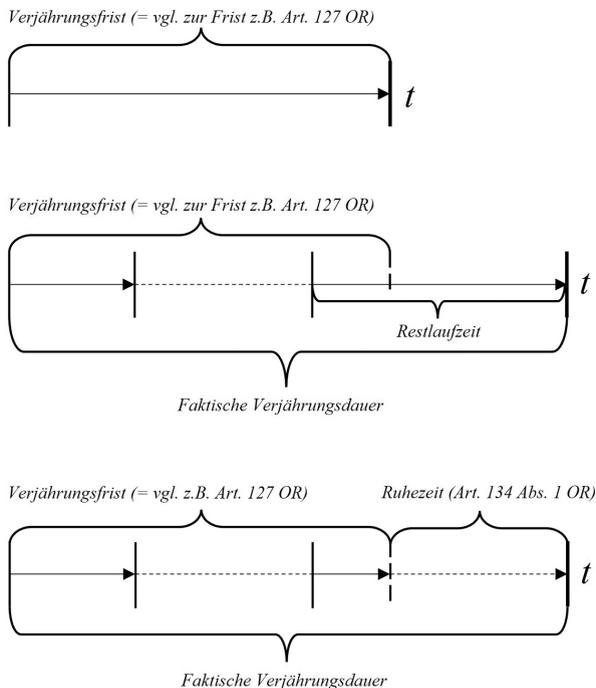


Abbildung 2

<sup>38</sup> Es sind auch andere Vorgehensweisen denkbar; vgl. SPIRO (Fn. 4), Rz. 126.

Wie gross die Verzerrung im Einzelfall sein kann, je nachdem, welcher Berechnungsmethode gefolgt wird, soll ein Beispiel veranschaulichen:

### III. Berechnungsbeispiel

#### A. Ausgangsfall

Als Anschauungsbeispiel dient folgender Sachverhalt: A und B sind Miteigentümer zu je 50 Prozent an einer Liegenschaft. In einer schriftlichen Vereinbarung, die von beiden Parteien unterzeichnet wurde, haben die Parteien festgehalten, dass die Verjährungsfrist von Forderungen aus dem Miteigentum im Falle von Vergleichsgesprächen ruhen soll. Am 24. Dezember 2019 kommt es in der Liegenschaft zu einem Wasserschaden. Da B gerade in den Ferien weilt, kümmert sich A – mit Zustimmung von B – um den Schaden, organisiert die Gebäudetrocknung und bezahlt am 7. Januar 2020 alle Handwerkerrechnungen in der Höhe von CHF 15'000.

B ist in der Folge nicht gewillt, seinen Anteil zu übernehmen. Zwischen 7. Juli 2023 und 4. März 2025 finden deshalb zwischen den Parteien Vergleichsgespräche statt. Diese bleiben ergebnislos. Für A stellt sich deshalb die Frage, bis wann er seine Forderung durchsetzen kann.

Parameter dieses Berechnungsbeispiels sind die folgenden:

##### 1. Fristdauer

Gemäss Art. 127 OR beträgt die ordentliche Verjährungsfrist – vorbehältlich anderer gesetzlicher Fristen – zehn Jahre. Darunter fällt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch die Forderung des Miteigentümers auf Rückerstattung der über seinen Anteil hinaus von ihm zulässigerweise getätigten Ausgaben nach Art. 649 Abs. 2 ZGB.<sup>39</sup>

##### 2. Fristauslösendes Ereignis der Verjährung

Beim Anspruch aus Art. 649 Abs. 2 ZGB handelt es sich um eine Ersatzforderung (Regress).<sup>40</sup> In Ermangelung abweichender Regeln knüpft das fristauslösende Ereignis des Verjährungslaufes bei einem Regressanspruch aus Mitei-

---

<sup>39</sup> BGE 119 II 330 E. 7c, Pra 83 (1994) Nr. 137, 459.

<sup>40</sup> GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Berner Kommentar, Das Zivilgesetzbuch, Das Eigentum, Art. 641–654a ZGB, Bern 2022, Art. 649, N 31; JOST ARTHUR, Die Realobligation als Rechtsinstitut, mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Sachenrechts, Bern 1956, 177.

gentum an die Fälligkeit der Forderung; diese tritt mit der Bezahlung durch den Miteigentümer ein.<sup>41</sup>

Hier hat A eine dringliche Massnahme i.S.v. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ergriffen und im Rahmen der Reparatur über seinen Anteil hinaus Kosten getragen. Solche Kosten, die die gesamte Sache betreffen, sind – sofern der handelnde Miteigentümer im gesetzlich zulässigen Rahmen tätig wird – gemäss Art. 649 Abs. 2 ZGB von den anderen Miteigentümern auszugleichen.<sup>42</sup> Da *in concreto* A zulässigerweise eine Reparatur in Höhe von CHF 15'000 in Auftrag gegeben hat und hälftiges Miteigentum vorliegt, schuldet B Miteigentümer A also CHF 7'500. Diese Ersatzforderung wird gemäss Art. 75 OR mangels anderer gesetzlicher Regelung oder vertraglicher Vereinbarung «sofort» fällig. Mithin schuldet B Miteigentümer A seinen Kostenanteil ab dem 7. Januar 2020.

### 3. Beginn und Ende der ordentlichen Verjährungsfrist

Bei der Berechnung der Verjährungsfrist ist gemäss Art. 132 Abs. 1 OR der Tag, ab welchem die Verjährung läuft (siehe fristauslösendes Ereignis), nicht mitzurechnen und die Verjährung tritt erst dann ein, wenn der letzte Tag der Frist unbenützt verstrichen ist. Der gleiche Gedanke kommt auch in Art. 77 Abs. 1 OR zum Ausdruck, wobei das gleiche Prinzip nur einmal Anwendung findet und die Vorschriften bei der Berechnung der Verjährung daher nicht kumuliert werden.<sup>43</sup>

Folglich wird die ordentliche Verjährungsfrist wie folgt berechnet: Die Frist beginnt am Tag nach dem fristauslösenden Ereignis am 7. Januar 2020 (= Bezahlung der Rechnungen), sprich am 8. Januar 2020 zu laufen (vgl. Art. 132 Abs. 1 OR).

Gemäss Art. 132 Abs. 2 i.V.m. Art. 77 Abs 1 Ziff. 3 OR dauert die Frist, die hier gemäss Art. 127 OR nach Jahren bestimmt ist, bis zum «Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag des [fristauslösenden Ereignisses] entspricht». Die Frist läuft somit bis am Montag, 7. Januar 2030, um 24.00 Uhr. Da die «Verjährung erst dann als beendet zu betrachten [ist], wenn der letzte Tag unbenützt verstrichen ist» (Art. 132 Abs. 1 OR), tritt die Verjährung hier am Dienstag, 8. Januar 2030 um 0.00 Uhr ein.

---

<sup>41</sup> Vgl. zur Fälligkeit von Regressansprüchen im Allgemeinen: BGE 133 III 6 E. 5.3.3, Pra 96 (2007) Nr. 104, 702; Urteil des BGer 4A\_656/2011 vom 12. März 2012 E. 4.2; BGE 115 II 42 E. 2b; BERTI (Fn. 2), Art. 130, N 124. Dass es hier nicht auf die Fälligkeit der ursprünglichen Forderung ankommt, rechtfertigt sich dadurch, dass die beiden Forderungen aus unterschiedlichen Rechtsgründen entstehen (vgl. Art. 51 OR).

<sup>42</sup> GRAHAM-SIEGENTHALER (Fn. 40), Art. 649, N 26 f.

<sup>43</sup> Siehe dazu BGE 81 II 135 E. 2; 130 III 362 E. 4.4, Pra 94 (2005) Nr. 7, 62; 144 III 152 E. 4.4.2.

#### 4. Stillstandsereignis

Im Ausgangsbeispiel finden sodann zwischen dem 7. Juli 2023 und dem 4. März 2025 Vergleichsgespräche statt. Da die Parteien schriftlich vereinbart haben, dass die Verjährung in einem solchen Fall ruht, steht die Verjährungsfrist in dieser Zeit gemäss Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR still (sog. Ruhezeit).<sup>44</sup>

### B. Berechnungsbeispiel 1: Wahl der Zeiteinheiten

Hier werden zwei Berechnungsvarianten aufgezeigt, die die zur Diskussion stehende Ruhezeit in verschiedenen Zeiteinheiten ausdrücken und dieses Ergebnis jeweils zum ordentlichen Verjährungsende am 7. Januar 2030 hinzuzählen.

#### 1. Taggenaue Berechnung der Ruhezeit

Das Stillstandsereignis dauert taggenau 606 Tage. Rechnet man diese Dauer zum ordentlichen Verjährungsende am 7. Januar 2030 hinzu, endet die Verjährungsfrist am Freitag, 5. September 2031 (7. Januar 2030 + 606 Tage). Die Verjährung tritt bei dieser Berechnungsmethode mithin am Samstag, 6. September 2031 um 0.00 Uhr ein.

#### 2. Umrechnung der Ruhezeit in Jahre, Monate und Tage

Rechnet man die Ruhezeit in die gesetzlichen Einheiten von Art. 77 Abs. 1 OR um, dauert sie ein Jahr (7. Juli 2023 bis 7. Juli 2024 [vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR]), sieben Monate (7. Juli 2024 bis 7. Februar 2025 [vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR]) und 25 Tage (7. Februar 2025 bis 4. März 2025). Wird diese Zeitdauer zum ordentlichen Verjährungsende am 7. Januar 2030 hinzugerechnet, endet die Verjährungsfrist am Montag, 1. September 2031 (vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

#### 3. Verzerrung

Dieses Beispiel offenbart eine Abweichung von vier Tagen in der Länge der faktischen Verjährungsdauer, je nachdem, in welcher Zeiteinheit (Tage oder Jahre/Monate/Tage) die Ruhezeit ausgedrückt wird. Der Grund für diese Abweichung liegt an einer Häufung von Monaten mit 31 Tagen in der Ruhezeit und am Schaltjahr 2024, das von der gesetzlichen Ordnung nicht reflektiert wird.

---

<sup>44</sup> Siehe zur Hemmungswirkung im Falle von Vergleichsgesprächen die Hinweise in Fn. 18.

## C. Berechnungsbeispiel 2: Anrechnung der Ruhezeit oder des Restverjährungslaufs

Im obigen Beispiel ist die Ruhezeit – in verschiedenen Zeiteinheiten – zum ordentlichen Verjährungsende hinzugeschlagen worden (7. Januar 2030 + X Jahre/Monate/Tage oder 7. Januar 2030 + X Tage).

Diese Herangehensweise ist diskutabel. Das Gesetz sagt in Art. 134 Abs. 2 OR ausdrücklich, dass die Verjährung «[n]ach Ablauf des Tages, an dem diese Verhältnisse zu Ende gehen, [...] ihren Fortgang [nimmt]». Dies spricht dafür, dass die Restlaufzeit der ordentlichen Verjährungsfrist nach Wegfall des Stillstandsgrundes hinzuzurechnen ist.

Für diese Vorgehensweise macht sich SPIRO stark:

«*Rechnung bei Stillstand.* Wird die Verjährung nicht zu Beginn, sondern erst später gehemmt, so ist wegen der ungleichen Länge der Monate und Jahre zu beachten: Nicht die Ruhezeit ist am Ende der Verjährungsfrist hinzuzurechnen, sondern die bei Beginn des Stillstandes noch fehlende Verjährungszeit nach dem Ende der Hemmung, das entspricht deren Begriff sowohl als dem Text des Art. 134 Abs. 2 OR [...]. Dabei werden ferner stets erst die längeren, dann die kürzeren Zeiteinheiten gezählt; das entspricht der in Art. 77 OR und § 189 Abs. 2 BGB gegebenen Regel wie der Übung des Verkehrs. [...]»<sup>45</sup>

Der Vergleich dieser beiden Berechnungsmethoden offenbart Folgendes:

### 1. Addition der Ruhezeit zur ordentlichen Verjährungsfrist

Abhängig davon, welche Zeiteinheit(en) man zur Bestimmung der Ruhezeit wählt, hat Berechnungsbeispiel 1 gezeigt, dass das Ende der Verjährungsfrist bei diesem Ausgangsfall entweder auf den 1. oder den 5. September 2031 fällt.<sup>46</sup>

### 2. Addition der Restverjährungszeit nach Ende der Ruhezeit

Addiert man die Restverjährungszeit nach Wegfall des Stillstandsgrundes hinzu, muss zunächst berechnet werden, wie lange die Zeitspanne zwischen dem Auftreten des Stillstandsgrundes bis zum ordentlichen Verjährungsende beträgt. Im Ausgangsbeispiel tritt der Stillstandsgrund am 7. Juli 2023 auf. Das ordentliche Verjährungsende fällt auf den 7. Januar 2030.

---

<sup>45</sup> SPIRO (Fn. 4), Rz. 126; so wohl auch VON TUHR/ESCHER (Fn. 21), 222; siehe auch die weiteren Hinweise bei Fn. 21.

<sup>46</sup> Siehe im Einzelnen oben.

Die Restlaufzeit beträgt – je nach gewählter Einheit (vgl. Berechnungsbeispiel 1) – entweder sechs Jahre und sechs Monate oder 2376 Tage.

In der Lehre äussert sich vor allem SPIRO dazu, in welcher Zeiteinheit zu rechnen ist. Er argumentiert:

«Endlich ist, um die zur Vollendung der Verjährung nach Beendigung des Stillstandes nötige Zeit festzustellen, der Monat einheitlich zu dreissig, das Jahr zu 365 Tagen zu rechnen; das entspricht den für nicht fortlaufende Zeiträume geltenden Grundsätzen, ist allein praktisch und mit den übrigen Regeln in Einklang.»<sup>47</sup>

Wird die Zeitspanne des Restverjährungslaufs bei Eintritt des Stillstandsgrundes zum Datum von dessen Wegfall (4. März 2025) hinzugeschlagen, verjährt die Forderung entweder am 4. September 2031 (sechs Jahre und sechs Monate später; Lösung SPIRO) oder am 5. September 2031 (2376 Tage später).

### 3. Verzerrung

Auch bei diesem Berechnungsbeispiel zeigt sich eine Verzerrung, denn der Unterschied dieser beiden Methoden liegt darin, dass das Schaltjahr 2024 bei der taggenauen Hinzurechnung der Ruhezeit an das ordentliche Verjährungsende doppelt berücksichtigt wird – einmal nämlich während der Ruhezeit und einmal bei der Berechnung der Restverjährungszeit bei Auftreten des Stillstandsgrundes.

## IV. Diskussion

Wie gezeigt, ist es alles andere als klar, wann die faktische Verjährungsdauer bei Auftreten eines Stillstandsgrundes endet. Zwar mag man sich angesichts der festgestellten Abweichung von maximal vier Tagen fragen, ob dies bei einer Gesamtverjährungszeit von vielleicht 15 Jahren im Sinne von *de minima ne curat praetor* vernachlässigbar ist. Nichtsdestotrotz ist es bemerkenswert, dass allein schon dieses Beispiel zu drei möglichen Daten des Verjährungseintritts führt.

Bezüglich der Frage, ob die Ruhezeit an das ordentliche Verjährungsende hinzuzurechnen ist oder ob die Restverjährungszeit bei Auftreten des Stillstandsgrundes nach dessen Wegfall hinzugezählt werden soll, wie es SPIRO verlangt,

---

<sup>47</sup> SPIRO (Fn. 4), Rz. 126.

spricht der Wortlaut des Gesetzes in Art. 134 Abs. 2 OR für letztere Lösung («Nach Ablauf des Tages, an dem diese Verhältnisse zu Ende gehen, nimmt die Verjährung [...] ihren Fortgang.»).

Nichtsdestotrotz bleibt fraglich, ob die faktische Verjährungsdauer taggenau oder gemäss den in Art. 77 OR vorgesehenen Einheiten zu bestimmen ist. Relevant wird diese Frage allerdings nur dann, wenn die Ruhezeit ein Schaltjahr betrifft oder unterjährig läuft bzw. auch nach Monaten zu bestimmen ist. Für eine Umrechnung in die gesetzlichen Zeiteinheiten gemäss dieser Bestimmung plädiert SPIRO. Gegen diese Lösung ist einzuwenden, dass Art. 77 Abs. 1 OR offenbar ein anderes Problem lösen wollte, nämlich die gesetzlichen Fristen – die selbst eine normative Vorgabe bilden – einheitlich festzulegen. Es ist deshalb fraglich, inwiefern sich diese Regeln auf eine faktische Zeitspanne, die unterschiedliche kalendarische Einheiten umfasst (Jahre, Monate, Tage), ummünzen lassen. Durch die Umrechnung kommt es zu einer Verzerrung der Ruhezeit, die der Gesetzgeber nirgends indiziert und die sich gerade bei einer Ruhezeit nach Monaten relativ deutlich auswirken kann.<sup>48</sup>

Das Gesetz definiert den Beginn und das Ende der Ruhezeit in Art. 134 Abs. 1 und 2 OR klar. Gemäss Art. 134 Abs. 1 OR «steht [die Verjährung] still, falls sie begonnen hat», wenn ein bestimmter Umstand gemäss Ziff. 1–8 auftritt. Die Ruhezeit dauert gemäss Abs. 2 so lange an, bis «diese Verhältnisse zu Ende gehen». Damit gemeint ist der Zeitraum, während dem der Stillstandsgrund besteht; für die Anwendung von Art. 77 OR bleibt deshalb gemäss grammatikalischer Auslegung kein Raum.

Betrachtet man die Funktionen des Verjährungsrechts und des Fristenrechts im Allgemeinen (Rechtsfrieden und Rechtssicherheit), wird offenbar, dass sich die Einfachheit der Berechnung (zur Vermeidung von Streitigkeiten und Unsicherheiten) und die Exaktheit der Berechnung (Naturalkomputation) entgegenstehen. Die Einfachheit der Berechnung verdient unter Berücksichtigung der *ratio legis* der Verjährungsregeln grundsätzlich den Vorrang.

Meines Erachtens bilden diese Vorgaben – Exaktheit und Einfachheit – hier ausnahmsweise aber zumindest zu einem gewissen Grad keinen Gegensatz, sondern lassen sich kombinieren, indem bei einem Stillstand der Verjährung

---

<sup>48</sup> Berechnungsbeispiel: Verjährungsfrist von sechs Monaten (vgl. Art. 315 OR). Fristauslösendes Ereignis ist der 1. Juni 2022. Die Verjährungsfrist endet am 1. Dezember 2022. Steht die Frist zwischen 1. Juli 2022 bis 1. November 2022 still, endet die faktische Verjährungsdauer im Falle der Umrechnung gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR am 1. April 2023, bei der taggenauen Berechnung am 3. April 2023.

die Ruhetage abgezählt und an das ordentliche Verjährungsende hinzugerechnet werden. Dies führt zum selben Resultat, wie wenn die Restverjährungszeit in Tagen abgezählt wird.

Diese Kombination von Exaktheit und Einfachheit schafft Rechtssicherheit, weil nicht über die Umrechnung einer faktischen Zeitspanne entschieden werden muss. Damit wird zugleich einem zentralen Gläubigerinteresse entsprochen: Während die Verjährungsregeln auf individueller Ebene vornehmlich auf Schuldnerschutz zielen, soll Art. 134 OR ausnahmsweise die Gläubigerin schützen, die aufgrund besonderer Umstände daran gehindert wird, ihre Forderung durchzusetzen.<sup>49</sup> Indem unter diesen Umständen der taggenauen Berechnung der faktischen Verjährungszeit der Vorzug gegeben wird, darf die Gläubigerin darauf vertrauen, dass ihr die tatsächliche Stillstandszeit zur Durchsetzung ihrer Forderung erhalten bleibt. Denn: *Time may be short*.

---

<sup>49</sup> BGE 134 III 294 E. 2.1; BERGER (Fn. 13), Rz. 1457; GOTTINI (Fn. 9), 11.

# Vermächtnis der Vergangenheit



# Die älteren Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften

## Entwicklung der vertraglichen Beziehungen zwischen 1951 und 1999

Gabriel Steffen

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	38
II.	<a href="#">Bereiche der vertraglichen Beziehungen</a>	38
	A. <a href="#">Überblick</a>	38
	B. <a href="#">Handel</a>	39
	1. <a href="#">Historischer Kontext</a>	39
	2. <a href="#">Warenhandel</a>	41
	3. <a href="#">Dienstleistungsverkehr</a>	43
	a. <a href="#">Direktversicherungen</a>	44
	b. <a href="#">Grenzüberschreitender Verkehr</a>	44
	c. <a href="#">Informatik</a>	45
	C. <a href="#">Internationales Zivilverfahrensrecht</a>	46
	D. <a href="#">Forschung</a>	46
	1. <a href="#">Zusammenarbeit im Rahmen der COST</a>	46
	2. <a href="#">Zusammenarbeit mit Euratom</a>	47
	3. <a href="#">Zusammenarbeit im Rahmen der Forschungsrahmenprogramme</a>	48
	4. <a href="#">Rahmenabkommen Forschung 1986</a>	48
	E. <a href="#">Umweltschutz</a>	49
	F. <a href="#">Bewertung und Zwischenfazit</a>	49
III.	<a href="#">Inhalte der vertraglichen Beziehungen</a>	50
	A. <a href="#">Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen</a>	50
	B. <a href="#">Abbau von nichttarifären Handelshemmnissen</a>	50
	C. <a href="#">Verwaltungszusammenarbeit</a>	52
	D. <a href="#">Forschungszusammenarbeit</a>	53
	1. <a href="#">Überblick</a>	53
	2. <a href="#">Koordination der Forschungsarbeiten</a>	53
	3. <a href="#">Beteiligung der Schweiz an Forschungsprogrammen</a>	54
	E. <a href="#">Bewertung und Zwischenfazit</a>	56
IV.	<a href="#">Fazit</a>	57

## I. Einleitung

In der Zeit zwischen der Gründung der ersten der europäischen Gemeinschaften, der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS, Montanunion), im Jahr 1951 und dem Abschluss der bilateralen Verträge I (Bilaterale I) im Jahr 1999 vergingen fast 50 Jahre. In dieser Zeit haben die Schweiz und die Europäischen Gemeinschaften (EG)<sup>1</sup> eine Vielzahl an völkerrechtlichen Abkommen<sup>2</sup> abgeschlossen. Viele dieser *älteren Abkommen* sind heute weitgehend aus dem Fokus der Öffentlichkeit, der Politik und der rechtswissenschaftlichen Forschung verschwunden.

Im Rahmen des 25. Bandes von APARIUZ unter dem Titel «Wie die Zeit vergeht» soll dieser Beitrag einen vertieften Blick auf diese älteren Abkommen werfen. Die zentrale Fragestellung des Beitrags lautet: Wie haben sich die vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und den EG zwischen 1951 und 1999 entwickelt? Die Entwicklungen sollen anhand der Gesichtspunkte der Bereiche (II.) und der Inhalte der vertraglichen Beziehungen (III.) aufgezeigt werden. Der Beitrag endet mit einem kurzen Fazit (IV.).

## II. Bereiche der vertraglichen Beziehungen

### A. Überblick

Im Zeitraum zwischen 1951 und 1999 lassen sich mit Blick auf die Bereiche der vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und den EG zwei Phasen unterscheiden:<sup>3</sup> In einer ersten Phase zwischen 1951 (Gründung der EGKS) und 1972 (Abschluss des Freihandelsabkommens [FHA] Schweiz-EWG)<sup>4</sup> kamen vor

---

<sup>1</sup> Die Europäischen Gemeinschaften (EG) umfassten die EKGS, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und die Europäische Atomgemeinschaft (Euratom).

<sup>2</sup> Der Begriff der *Abkommen* wird in diesem Beitrag als Sammelbegriff für die verschiedenen Bezeichnungen (Vertrag, Abkommen, Übereinkommen, Briefwechsel etc.) verwendet, welche im Rahmen der vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EG/EU verwendet werden.

<sup>3</sup> LAZOWSKI ADAM, Switzerland, in: Blockmans Steven/Lazowski Adam (Hrsg.), *The European Union and its Neighbours*, Den Haag 2006, 147 ff., 152; TOBLER CHRISTA, *Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – Eine unsichere Grösse?*, in: Breuss Fritz/Cottier Thomas/Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden/Basel 2008, 11 ff., 13 f. Siehe auch die Aufteilung bei OESCH MATTHIAS, *Schweiz-Europäische Union*, Zürich 2020, Rz. 18 ff.

<sup>4</sup> Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR 0.632.401).

allem Abkommen im Bereich des grenzüberschreitenden Warenhandels zustande. Die ersten zwei Abkommen von 1956 zwischen der Schweiz und der EGKS<sup>5</sup> bildeten dabei die «Anfänge des vertraglichen Bilateralismus».<sup>6</sup>

Der Abschluss des Freihandelsabkommens Schweiz-EWG bildete einerseits den Endpunkt der ersten Phase, indem das Abkommen mit dem kompletten Abbau der Industriezölle den Höhepunkt der vorgängigen Bemühungen um Zollabbau bedeutete.<sup>7</sup> Andererseits stellte es auch den Ausgangspunkt für die zweite Phase dar, die von 1972 bis zum Abschluss der Bilateralen I im Jahre 1999 dauerte und sich durch die Ausdehnung der vertraglichen Beziehungen auf die Bereiche des Dienstleistungsverkehrs, des internationalen Zivilverfahrensrechts, der Forschung und des Umweltschutzes auszeichnete.<sup>8</sup>

## B. Handel

### I. Historischer Kontext

Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs intensivierte sich der weltweite Handel mit Waren. Ein grosses Hemmnis für den grenzüberschreitenden Handel stellten die verschiedenen Arten von Zöllen und die mengenmässigen Beschränkungen dar,<sup>9</sup> welche im Handel zwischen den Staaten bestanden.<sup>10</sup> Um den Handel zu fördern, wurde einerseits unter den Mitgliedsstaaten des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT), darunter seit 1966 auch die Schweiz, in verschiedenen Verhandlungsrunden der Abbau von Zöllen vereinbart.<sup>11</sup> Andererseits schlossen sich in Europa verschiedene Länder zu sogenannten Freihandelszonen zusammen, innerhalb welcher sie untereinander den schrittweisen Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen (z.B. Kontingente auf Produkte) beschlossen, mit dem Endziel, diese ganz ab-

---

<sup>5</sup> Konsultationsabkommen vom 7. Mai 1956 (AS 1957 71); Abkommen vom 28. Juli 1956 über die Einführung direkter internationaler Eisenbahntarife im Verkehr mit Kohle und Stahl im Durchgang durch das schweizerische Gebiet (AS 1957 381).

<sup>6</sup> OESCH (Fn. 3), Rz. 21.

<sup>7</sup> Siehe unten, [II.B.2.](#)

<sup>8</sup> Bericht vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl 1988 III 249 ff., 297; LAZOWSKI (Fn. 3), 152 f.; TOBLER (Fn. 3), 14 f.; OESCH (Fn. 3), Rz. 22 ff.

<sup>9</sup> Die verschiedenen Arten von Zöllen und zollähnlichen Abgaben werden zu den tarifären Handelshemmnissen gezählt, die mengenmässigen Beschränkungen zu den nichttarifären Handelshemmnissen, vgl. SENTI RICHARD/HILPOLD PETER, WTO, System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, 2. A., Zürich 2017, Rz. 495 ff. und 535.

<sup>10</sup> SENTI/HILPOLD (Fn. 9), Rz. 483.

<sup>11</sup> Siehe den Überblick über die verschiedenen Verhandlungsrunden in BBl 1988 III (Fn. 8), 442 ff.

zuschaffen.<sup>12</sup> Da der Export von Waren für die Schweiz bereits damals von grosser Bedeutung für den Wohlstand war, setzte sich die Schweiz 1956 für die Schaffung einer grossen europäischen Freihandelszone ein.<sup>13</sup> Das Projekt konnte jedoch wegen divergierender Interessen der Staaten nicht realisiert werden.<sup>14</sup> Als sich 1957 sechs europäische Staaten, darunter die wirtschaftlich wichtigen Nachbarstaaten Deutschland, Frankreich und Italien in der EWG zusammenschlossen und untereinander den schrittweisen Abbau der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen bis 1968 beschlossen,<sup>15</sup> fürchtete die Schweiz, in der Mitte des «Zollgrabens, welcher die EWG um sich zog»,<sup>16</sup> diskriminiert<sup>17</sup> und wirtschaftlich isoliert zu werden.<sup>18</sup> Ein Beitritt der Schweiz zur EWG kam aus damaliger Sicht aufgrund der schweizerischen Neutralitätspolitik und der negativen Auswirkungen, welche bei einem Beitritt für die Autonomie der schweizerischen Aussenpolitik sowie für den Föderalismus und die Volksrechte in der Schweiz befürchtet wurden, nicht in Frage.<sup>19</sup> Die Schweiz und weitere europäische Staaten, die nicht der EWG beitreten wollten, beschlossen 1960 hingegen die Errichtung einer zweiten Freihandelszone auf europäischem Gebiet im Rahmen der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA).<sup>20</sup> Die EFTA-Mitgliedsstaaten setzten sich zum Ziel, analog zum Vorgehen in der EWG, untereinander schrittweise Zölle und weitere Handelsbeschränkungen abzubauen.<sup>21</sup> Im Unterschied zur EWG wurde mit der EFTA keine Zollunion geschaffen, wodurch die EFTA-Mitgliedsstaaten in der Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Beziehungen zu Drittstaaten frei blieben.<sup>22</sup>

---

<sup>12</sup> VON TSCHARNER BENEDIKT, Die Entwicklung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, in: Riklin Alois/Haug Hans/Probst Raymond (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart/Wien 1992, 475 ff., 477.

<sup>13</sup> VON TSCHARNER (Fn. 12), 477; OESCH MATTHIAS, Europarecht, Band I, 2. A., Bern 2019, Rz. 31.

<sup>14</sup> VON TSCHARNER (Fn. 12), 477.

<sup>15</sup> Das Ziel der EWG war von Anfang an viel weitergehend als eine Freihandelszone: Die EWG zielte auf die Schaffung eines *Gemeinsamen Marktes* ab mit gemeinsamem Aussenzoll vgl. JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2022, Rz. 3101 ff., Rz. 3116a.

<sup>16</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 15. September 1967 über die Genehmigung der im Rahmen der sechsten Handels- und Zollkonferenz des GATT (Kennedy-Runde) abgeschlossenen Übereinkommen, BBl 1967 II 605 ff., 612.

<sup>17</sup> ZELLER WILLY, Entwicklung und Stand der Beziehungen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, in: Riklin Alois/Haug Hans/Binswanger Hans Christoph (Hrsg.), Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart 1975, 462 ff., 469.

<sup>18</sup> Vgl. Integrationsbureau, Aktennotiz vom 20. April 1962, Übersicht über die Vor- und Nachteile der verschiedenen Varianten Isolierung, Vollbeitritt, Assoziation oder bilateraler Handelsvertrag mit der EWG, Diplomatische Dokumente der Schweiz (Dodis) Nr. 55573, 1.

<sup>19</sup> Integrationsbureau (Fn. 18), 9 ff.; BBl 1988 III (Fn. 8), 369 ff.

<sup>20</sup> OESCH (Fn. 13), Rz. 59 ff.; JAAG/HÄNNI (Fn. 15), Rz. 1001 ff.

<sup>21</sup> BBl 1988 III (Fn. 8), 256; OESCH (Fn. 13), Rz. 62.

<sup>22</sup> JAAG/HÄNNI (Fn. 15), Rz. 1002; BBl 1988 III (Fn. 8), 256.

Da ein EWG-Beitritt für die Schweiz keine Option war und auch eine Annäherung an die EWG in der Form eines Assoziierungsabkommens 1961 scheiterte,<sup>23</sup> blieb der Schweiz daher nur die Möglichkeit, mit der EWG bilaterale Vereinbarungen über Zollsenkungen und den Abbau von mengenmässigen Beschränkungen im Warenhandel abzuschliessen.<sup>24</sup> Aus dieser Situation heraus wurden seit 1962 eine Vielzahl an Abkommen zwischen der Schweiz und der EWG im Bereich des Warenhandels abgeschlossen.

## 2. Warenhandel

Die ersten bilateralen Zugeständnisse über den Zollabbau zwischen der Schweiz und der EWG erfolgten 1962.<sup>25</sup> Als erster *Markstein* für die bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EWG gilt die Kennedy-Runde (1963–1967),<sup>26</sup> in deren Rahmen die Schweiz und die EWG Handelserleichterungen für diverse Produkte beschlossen.<sup>27</sup> Daneben kamen vereinzelt auch Abkommen ausserhalb der Verhandlungsrunden zustande, z.B. im Bereich des Textil-Veredelungsverkehrs.<sup>28</sup> Trotz des erzielten Fortschritts wurden die Zölle und mengenmässigen Beschränkungen im Verhältnis Schweiz-EWG nur gesenkt, nicht aber ganz abgeschafft.

Dieser wichtige Schritt erfolgte erst mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EWG von 1972. Dieses Abkommen sah – analog zum Vorgehen im EWG-Vertrag – den kontinuierlichen Abbau von Zöllen, Massnahmen gleicher Wirkung und mengenmässigen Beschränkungen auf Industriegüter und das Verbot neuer solcher Handelsbeschränkungen vor.<sup>29</sup> Das FHA Schweiz-EWG ermöglichte den Freihandel im Bereich der Industriegüter und stellte damit bis zum Abschluss der Bilateralen I 1999 die wichtigste Rechtsgrundlage der Beziehungen Schweiz-EG dar.<sup>30</sup> Nach Abschluss des Freihandelsabkommens folgten weitere

---

<sup>23</sup> Vgl. VON TSCHARNER (Fn. 12), 478; ZELLER (Fn. 17), 467.

<sup>24</sup> Vgl. BBl 1967 II (Fn. 16), 615.

<sup>25</sup> Zollabkommen vom 26. Juni 1962 (AS 1962 1654).

<sup>26</sup> ZELLER (Fn. 17), 465.

<sup>27</sup> So wurden die Industriezölle zwischen der Schweiz und der EWG stark gesenkt, vgl. BBl 1967 II (Fn. 16), 620 f. Mit dem Abkommen vom 30. Juni 1967 betreffend die Erzeugnisse der Uhrenindustrie (SR 0.632.290.13) wurde der kontinuierliche Abbau von Zöllen auf Uhren vereinbart. Im Bereich der Landwirtschaft gewährte die EWG der Schweiz Zollkonzessionen z.B. im Bereich des Exports von Vieh, während die Schweiz als Gegenleistung das Einfuhrkontingent für Wein aus Frankreich und Italien vergrösserte, vgl. BBl 1967 II (Fn. 16), 622 f.; siehe auch die Briefwechsel in der AS 1967 1947 ff.

<sup>28</sup> Vereinbarung vom 1. August 1969 über den Textil-Veredelungsverkehr (AS 1969 687).

<sup>29</sup> Art. 3–9 und Art. 13 FHA; COTTIER ET AL., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, Rz. 320; JAAG/HÄNNI (Fn. 15), Rz. 4101a.

<sup>30</sup> JAAG/HÄNNI (Fn. 15), Rz. 3908.

Abkommen über den Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen im Bereich der Landwirtschaftsprodukte und Erzeugnisse aus Landwirtschaftsprodukten,<sup>31</sup> da die Handelseinschränkungen in diesem Bereich trotz des FHA zum grössten Teil<sup>32</sup> bestehen blieben.

Mit den weitgehenden Freihandelsregelungen für Industrieprodukte erreichte die Schweiz im Verhältnis zur EWG das seit den 1950er Jahren verfolgte grosse Ziel. Die Schweiz signalisierte der EWG bereits zu Beginn der Verhandlungen zum FHA, dass sie offen für eine breitere und tiefere vertragliche Zusammenarbeit sei.<sup>33</sup> Im Bereich der wirtschaftlichen Zusammenarbeit (Warenhandel und Dienstleistungsverkehr) war eine tiefere Zusammenarbeit nur durch den Abbau weiterer Handelshemmnisse zu erreichen, die sich insbesondere durch unterschiedliche Vorschriften und Verfahren in der Schweiz und der EWG ergaben.<sup>34</sup> Durch den Abschluss von verschiedenen Abkommen konnten im grenzüberschreitenden Warenverkehr seit 1972 nichttarifäre Handelshemmnisse, welche sich durch unterschiedliche Zollformalitäten und -verfahren ergaben, abgebaut werden. Die Entstehungsgeschichte der Abkommen folgt dabei stets einem vergleichbaren Muster: Zuerst schuf die EWG Regelungen, um den Warenhandel intern von Handelsschranken zu befreien und somit den freien Warenhandel innerhalb der EWG zu verbessern.<sup>35</sup> In einem zweiten Schritt wurden diese Regelungen aufgrund des gegenseitigen Interesses teilweise in bilateralen Abkommen auf die Schweiz<sup>36</sup> und teilweise in multilate-

---

<sup>31</sup> Z.B. im Rahmen der Tokio-Runde oder der Agrarverhandlungen 1980. Vgl. BBl 1988 III (Fn. 8), 444 f. und die Abkommen in der AS 1981 367 ff.

<sup>32</sup> Eine gewisse Liberalisierung sieht Protokoll Nr. 2 des FHA (SR 0.632.401.2) für die dort aufgelisteten landwirtschaftlichen Verarbeitungserzeugnisse vor, vgl. im Detail JAAG/HÄNNI (Fn. 15), Rz. 4106 f.

<sup>33</sup> ZELLER (Fn. 17), 469 m.w.H.

<sup>34</sup> Diese Handelseinschränkungen werden zu den sogenannten nichttarifären Handelshemmnissen gezählt, siehe für eine Übersicht zu den nichttarifären Handelshemmnissen SENTI/HILPOLD (Fn. 9), Rz. 533, 535.

<sup>35</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 11. Dezember 1972 betreffend Abkommen zur Anwendung der Bestimmungen über das gemeinschaftliche Versandverfahren, BBl 1973 I 185 ff., 186 ff.; Botschaft vom 20. Mai 1987 betreffend die Vereinheitlichung der Zollformalitäten und eines gemeinsamen Versandverfahrens im Warenverkehr zwischen der EG und der Schweiz sowie den EFTA-Ländern, BBl 1987 II 1437 ff., 1439; Botschaft vom 9. Januar 1991 betreffend das Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr, BBl 1991 I 496 ff., 497.

<sup>36</sup> Abkommen vom 23. November 1972 zur Anwendung der Bestimmungen über das gemeinschaftliche Versandverfahren (Versandabkommen, AS 1974 281); Abkommen vom 21. November 1990 über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr (AS 1991 1490), welches durch das Zollabkommen vom 25. Juni 2009 (SR 0.631.242.05) ersetzt wurde.

ralen Abkommen auf alle EFTA-Mitgliedsstaaten<sup>37</sup> ausgedehnt. Im Laufe der 1980er Jahre kamen schliesslich zwei Abkommen zwischen der Schweiz und der EWG im Bereich der Verwaltungszusammenarbeit im Warenhandel dazu.<sup>38</sup>

Mit dem FHA wurde die Grundlage für den vertieften Warenhandel, wie er heute zwischen der Schweiz und der EU besteht, gelegt. Die Bedeutung, welche dem FHA als Fundament für den grenzüberschreitenden Warenhandel auch heute noch zukommt, verdeutlicht sich anhand des Szenarios eines Wegfalls der Abkommen der Bilateralen I: In diesem Fall würde der Warenhandel auf der Grundlage des FHA weitergeführt werden, womit diesem Abkommen eine wichtige Auffangfunktion zukommt.<sup>39</sup>

Die verschiedenen Abkommen, mit welchen die Zollförmlichkeiten und -verfahren vereinfacht wurden,<sup>40</sup> stellen erste Schritte der Integration der Schweiz in den EG-Rechtsraum (heute EU-Rechtsraum) für Waren dar. Diese Integration wurde 1999 durch verschiedene Abkommen der Bilateralen I weiter intensiviert, wodurch heute im Bereich des Warenhandels von binnenmarktähnlichen Verhältnissen zwischen der Schweiz und der EU gesprochen werden kann.<sup>41</sup> Die meisten dieser Abkommen sind noch heute in Kraft<sup>42</sup> und von Bedeutung als Bestandteile, die zu den binnenmarktähnlichen Verhältnissen beitragen.

### 3. Dienstleistungsverkehr

Seit 1982 konnten die Schweiz und die EWG Abkommen in den Bereichen Direktversicherungen, grenzüberschreitender Verkehr sowie Informatik abschliessen und damit die vertraglichen Beziehungen auf gewisse Aspekte des Dienstleistungsverkehrs ausdehnen.

---

<sup>37</sup> Übereinkommen EWG/EFTA vom 20. Mai 1987 zur Vereinfachung der Förmlichkeiten im Warenverkehr (SR 0.631.242.03); Übereinkommen EWG/EFTA vom 20. Mai 1986 über ein gemeinsames Versandverfahren (SR 0.631.242.04), welches das Versandabkommen von 1972 (Fn. 36) ersetzte.

<sup>38</sup> Briefwechsel vom 8. Juni 1984 über die gegenseitige Verwaltungszusammenarbeit im Bereiche von nicht-präferentiellen Ursprungszeugnissen (SR 0.631.121.3); Briefwechsel vom 15. Oktober 1984 über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der amtlichen Weinkontrolle (SR 0.817.423).

<sup>39</sup> JAAG/HÄNNI (Fn. 15), Rz. 4101c.

<sup>40</sup> Vgl. die Abkommen in Fn. 36 und 37.

<sup>41</sup> Vgl. EDA, Bericht Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz-EU vom 9. Juni 2023, 18, abrufbar unter <https://www.eda.admin.ch/europa/de/home/dienstleistungen-publikationen/berichte.html>.

<sup>42</sup> Das Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr wurde 2009 durch das Zollabkommen ersetzt, vgl. Fn. 36.

### a. *Direktversicherungen*

1989 schlossen die Schweiz und die EWG ein Versicherungsabkommen für den Bereich der Direktversicherungen ab.<sup>43</sup> Mit diesem Abkommen wurde die Schweiz in den EG-Binnenmarkt im Bereich der Direktversicherungen integriert, indem Versicherungsunternehmen mit Hauptsitz in der Schweiz unter den gleichen Zutritts- und Ausübungsbedingungen wie Versicherungen aus EWG-Mitgliedsstaaten Agenturen und Zweigniederlassungen in den EWG-Mitgliedsstaaten gründen konnten.<sup>44</sup> Als die EWG 1973 erste Regelungen zur Koordinierung der Zutritts- und Ausübungsbedingungen schuf, um den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der EWG zu fördern, nahm die Schweiz Verhandlungen zum Einbezug in dieses System auf, da bereits damals viele Schweizer Versicherungen über Agenturen und Zweigniederlassungen in EWG-Mitgliedsstaaten verfügten und daher ein Interesse hatten, gleich behandelt zu werden wie Versicherungen aus den EWG-Mitgliedsstaaten.<sup>45</sup>

### b. *Grenzüberschreitender Verkehr*

Obwohl verschiedene Thematiken im Bereich des grenzüberschreitenden Verkehrs bereits in den späten 1960er Jahren zu Diskussionen zwischen der Schweiz und der EWG geführt hatten,<sup>46</sup> bestanden in diesem Gebiet lange Zeit nur Abkommen zwischen der Schweiz und einzelnen EWG-Mitgliedsstaaten.<sup>47</sup> Im FHA wurde auf die Regelung von verkehrspolitischen Fragen verzichtet.<sup>48</sup> Das erste Abkommen in diesem Bereich wurde schliesslich 1982 abgeschlossen: Das Übereinkommen über die Personenbeförderung im grenzüberschreitenden Gelegenheitsverkehr mit Kraftomnibussen (ASOR)<sup>49</sup> führte punktuell zu einer Vereinfachung der grenzüberschreitenden Busfahrten des

---

<sup>43</sup> Abkommen vom 10. Oktober 1989 betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (Versicherungsabkommen, SR 0.961.1).

<sup>44</sup> COTTIER ET AL. (Fn. 29), Rz. 596.

<sup>45</sup> Botschaft vom 14. August 1991 zum Abkommen betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung und zum Bundesgesetz über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, BBl 1991 IV 1 ff., 4.

<sup>46</sup> Gesamtbericht vom September 1969 über wirtschaftliche und politische Probleme einer Teilnahme oder Nichtteilnahme der Schweiz an der EWG, Dosis Nr. 33833, 29 ff.

<sup>47</sup> Vgl. SOLLBERGER KASPAR/EPINEY ASTRID, Verkehrspolitische Gestaltungsspielräume der Schweiz auf der Grundlage des Landverkehrsabkommens, Bern 2001, 13.

<sup>48</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 16. August 1972 über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, BBl 1972 II 653 ff., 709 f.; SOLLBERGER/EPINEY (Fn. 47), 13 m.w.H.

<sup>49</sup> SR 0.741.618. Das Abkommen wurde zwischen der EWG, den EFTA-Mitgliedsstaaten (ausser Island) und der Türkei geschlossen, vgl. BBl 1988 III (Fn. 8), 298.

Gelegenheitsverkehrs,<sup>50</sup> indem die Vertragsparteien vereinbarten, von den davor notwendigen Beförderungsgenehmigungen abzusehen.<sup>51</sup> 1992 schlossen die Schweiz und die EWG das Transitabkommen<sup>52</sup> ab mit dem Ziel, insbesondere im alpenquerenden Transitverkehr die Zusammenarbeit zu verstärken und koordinierte Massnahmen zur Förderung des Eisenbahnverkehrs und des kombinierten Verkehrs zu treffen.<sup>53</sup> Die Schweiz verpflichtete sich dabei unter anderem zum Bau einer Eisenbahntransitstrecke in der Form des Gotthard- und Lötschberg-Basistunnels.<sup>54</sup> Damit war das Transitabkommen, welches zu Teilen bis 2005 in Kraft war, von Bedeutung für die koordinierte Verkehrspolitik Schweiz-EWG und für die Verlagerung des Verkehrs von der Strasse auf die Schiene.<sup>55</sup> Im Unterschied zum im Rahmen der Bilateralen I abgeschlossenen Landverkehrsabkommen<sup>56</sup> sah das Transitabkommen noch keine Rechtsangleichung im Bereich des Verkehrs und eine Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehrs auf der Strasse und der Schiene vor.<sup>57</sup>

### c. *Informatik*

1987 wurde im Bereich der Informatik ein Abkommen über die terminologische Zusammenarbeit<sup>58</sup> abgeschlossen, im Rahmen dessen eine Zusammenarbeit im Bereich der Terminologiedatenbanken der Schweiz und der EG vereinbart wurde.

---

<sup>50</sup> Z.B. Busfahrten an Weihnachtsmärkte in Deutschland, die in der Schweiz starten und nach der Reise wieder in der Schweiz enden, vgl. Art. 2 ASOR-Übereinkommen.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 5 ASOR-Übereinkommen; SOLLBERGER/EPINEY (Fn. 47), 12.

<sup>52</sup> Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Güterverkehr auf Strasse und Schiene (Transitabkommen, AS 1993 1198).

<sup>53</sup> Vgl. Art. 1 Transitabkommen; OESCH (Fn. 3), Rz. 200.

<sup>54</sup> Art. 5 lit. b Transitabkommen; JAAG/HÄNNI (Fn. 15), Rz. 4131. Die EWG verpflichtete sich ihrerseits, die Terminalinfrastruktur zu vergrössern und ausgewählte Eisenbahnstrecken auszubauen, vgl. Art. 6 Transitabkommen.

<sup>55</sup> SOLLBERGER KASPAR, Konvergenzen und Divergenzen im Landverkehrsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, Freiburg i.Ü. 2003, 178 ff.

<sup>56</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (SR 0.740.72).

<sup>57</sup> Vgl. OESCH (Fn. 3), Rz. 201 f.

<sup>58</sup> Abkommen vom 13. November 1987 über die terminologische Zusammenarbeit in Form eines Briefwechsels (SR 0.420.514.26).

## C. Internationales Zivilverfahrensrecht

Mit dem Parallelübereinkommen von Lugano von 1988<sup>59</sup> wurden die im Brüsseler Übereinkommen geregelten Vorschriften der EWG über die Zuständigkeiten sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich der Zivil- und Handelssachen auf die Schweiz und die übrigen EFTA-Mitgliedsstaaten ausgedehnt.<sup>60</sup> Verhandlungen begannen, als die Schweiz Interesse an der Teilnahme des mit dem Brüsseler Übereinkommen geschaffenen Systems zeigte.<sup>61</sup> Da eine direkte Teilnahme am Übereinkommen aufgrund der besonderen *Gemeinschafts-Bezogenheit* nicht möglich war, wurde ein Parallelübereinkommen geschaffen, zu welchem auch die übrigen EFTA-Mitgliedsstaaten eingeladen wurden.<sup>62</sup>

## D. Forschung

Seit den 1970er Jahren rückten die Schweiz und die EG in der Forschungszusammenarbeit durch verschiedene Abkommen näher zusammen. Die Forschungszusammenarbeit erfolgte in verschiedenen Formen und Gefässen.<sup>63</sup>

### 1. Zusammenarbeit im Rahmen der COST

Die erste Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und den EG im Bereich der Forschung begann 1971 im Rahmen der Zusammenarbeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen und technischen Forschung (COST). Die Zusammenarbeit erfolgte dabei formell nicht mit der EWG, sondern den einzelnen EWG-Mitgliedsstaaten und weiteren Drittstaaten Europas.<sup>64</sup> Die COST wird hier trotz-

---

<sup>59</sup> Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (AS 1991 2436), welches durch das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12) abgelöst wurde.

<sup>60</sup> WALTER GERHARD/DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. A., Bern/Stuttgart/Wien 2012, 174.

<sup>61</sup> Botschaft vom 21. Februar 1990 betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BBl 1990 II 265 ff., 271 f.

<sup>62</sup> BBl 1990 II (Fn. 61), 272.

<sup>63</sup> Siehe im Detail unten, [III.D.](#)

<sup>64</sup> Bericht vom 11. August 1982 über die Mitwirkung der Schweiz an der europäischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen und technischen Zusammenarbeit (COST), BBl 1982 II 1100 ff., 1105 ff.

dem aufgeführt, weil sie den «Grundstein für die koordinierte Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung in Europa»<sup>65</sup> legte.

Während mit der Euratom innerhalb der EG eine Organisation bestand, welche die Kompetenz für Forschung im spezifischen Bereich der Kernfusion hatte,<sup>66</sup> fehlte der EWG die Kompetenzgrundlage für gemeinschaftliche Forschungsprogramme.<sup>67</sup> Da aufgrund der «raschen technischen Entwicklung»<sup>68</sup> nach dem zweiten Weltkrieg das Bedürfnis nach Zusammenarbeit im Bereich der Forschung stieg, entstand innerhalb der sechs EWG-Mitgliedsstaaten die Idee einer thematisch breiten Zusammenarbeit, zu welcher von Anfang an auch ausgewählte Drittstaaten wie die Schweiz eingeladen wurden.<sup>69</sup> Nach einer Vorbereitungsphase unter paritätischer Beteiligung der Drittstaaten wurden 1971 die ersten sieben Forschungsprojekte (COST-Aktionen) verabschiedet.<sup>70</sup> Seit 1971 folgten eine Vielzahl von COST-Aktionen in verschiedenen Forschungsbereichen.<sup>71</sup>

## 2. Zusammenarbeit mit Euratom

1978 wurde mit dem Abkommen über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion und der Plasmaphysik<sup>72</sup> der Grundstein für die zukünftige Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und Euratom im Bereich der Atomforschung gelegt. Mit diesem Abkommen wurde die Schweiz in die fünfjährigen Forschungsprogramme der Euratom eingebunden<sup>73</sup> und wurde am gemeinsamen JET-Projekt beteiligt, welches zum Bau der Forschungsanlage in Culham führte, in welcher die theoretischen Erkenntnisse der Forschungspro-

---

<sup>65</sup> Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI), COST, abrufbar unter <<https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/forschung-und-innovation/internationale-f-und-i-zusammenarbeit/zusammenarbeitsprogramme/cost.html>>.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 2 lit. a Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft, Euratom-Vertrag, ABl. C 327 vom 26. Oktober 2012, 1 ff. (konsolidierte Fassung). Konkret erfolgte die Forschung im Rahmen von fünfjährigen Forschungsprogrammen.

<sup>67</sup> LOCK TOBIAS, § 6 Industrie-, Technologie- und Forschungspolitik, in: Wegener Bernhard W. (Hrsg.), Europäische Querschnittpolitiken, 2. A., Baden-Baden/Zürich/Wien 2021, Rz. 13 f.

<sup>68</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. Januar 1972 über die Mitwirkung der Schweiz an der europäischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der wissenschaftlichen und technischen Forschung (COST), BBl 1972 I 165 ff., 165.

<sup>69</sup> BBl 1972 I (Fn. 68), 165.

<sup>70</sup> BBl 1972 I (Fn. 68), 167 f.

<sup>71</sup> Siehe Liste der bis 1988 durchgeführten Aktionen in BBl 1988 III (Fn. 8), 451 ff.

<sup>72</sup> Abkommen vom 14. September 1978 über Zusammenarbeit auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion und der Plasmaphysik (AS 1980 693).

<sup>73</sup> Botschaft vom 24. Mai 1978 über die Zusammenarbeit mit Euratom auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion und der Plasmaphysik, BBl 1978 II 1 ff., 11, 14.

gramme praktisch angewandt werden konnten.<sup>74</sup> Die konkreten Modalitäten der Mitwirkung der Schweiz an den Fünfjahresprogrammen der Euratom wurden im Rahmen eines Assoziationsvertrags festgelegt.<sup>75</sup>

### 3. Zusammenarbeit im Rahmen der Forschungsrahmenprogramme

Nachdem die EWG ab 1974 im Bereich der Forschung aktiv wurde, konzentrierte sie sich insbesondere auf den Aufbau eigener gemeinschaftlicher Programme.<sup>76</sup> 1984 wurde das erste gemeinschaftliche Forschungsrahmenprogramm (FRP) gestartet.<sup>77</sup> Seit dem zweiten FRP, welches von 1987 bis 1991 dauerte, konnte sich die Schweiz projektweise und in unterschiedlicher Form und Intensität nach den für Drittstaaten geltenden Bedingungen an einzelnen FRP-Teilprogrammen beteiligen.<sup>78</sup>

### 4. Rahmenabkommen Forschung 1986

1986 schufen die Schweiz und die EWG mit dem Rahmenabkommen<sup>79</sup> eine Grundlage für die weitere Zusammenarbeit im Bereich der Forschung. In seiner Funktion als *Rahmenabkommen* legt es abstrakt die möglichen Formen (Art. 3) und Arten der Durchführung der Zusammenarbeit (Art. 4) fest. Seine Bedeutung als Ausgangspunkt für die Forschungszusammenarbeit in konkreten Projekten ist an der Bezugnahme auf das Rahmenabkommen in verschiedenen Forschungsabkommen erkennbar.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> JET steht für *Joint European Torus*, BBl 1978 II (Fn. 73), 6.

<sup>75</sup> Assoziationsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft auf dem Gebiet der kontrollierten Kernfusion und der Plasmaphysik, abgeschlossen am 14. September 1978 (AS 1980 705). Für jedes neue Forschungsprogramm wurde ein neuer Assoziationsvertrag abgeschlossen.

<sup>76</sup> Die EWG stütze sich bis zur Einführung einer eigenständigen Kompetenz für Forschung auf Art. 235 Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) (Art. 352 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV), vgl. LOCK (Fn. 67), Rz. 13.

<sup>77</sup> Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128 ff., 6191.

<sup>78</sup> BBl 1999 (Fn. 77), 6191.

<sup>79</sup> Rahmenabkommen vom 8. Januar 1986 über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit (SR 0.420.518).

<sup>80</sup> Z.B. Präambel des Abkommens vom 21. Juni 1999 über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit (AS 2002 1998).

## E. Umweltschutz

Ab Mitte der 1970er Jahre kamen Abkommen über die Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der EWG im Bereich des Umweltschutzes hinzu. So wurde 1975 ein Informationsaustausch auf dem Gebiet des Umweltschutzes vereinbart<sup>81</sup> und 1976 das Übereinkommen zum Schutz des Rheins gegen chemische Verunreinigung geschlossen.<sup>82</sup> 1982 kam eine Vereinbarung über den Informationsaustausch betreffend Bewirtschaftung und Lagerung radioaktiver Abfälle zustande.<sup>83</sup> Inhaltlich bewegen sich diese Abkommen oft an der Schnittstelle zwischen Verwaltungs- und Forschungszusammenarbeit, da die Forschung ein wichtiger Faktor für besseren Umweltschutz darstellt. Die Entwicklung der bilateralen Zusammenarbeit im Umweltschutz fällt zeitlich mit den internationalen Tendenzen zu mehr Umweltschutz zusammen, die ebenfalls in den 1970er Jahren begannen.<sup>84</sup>

## F. Bewertung und Zwischenfazit

Seit dem Abschluss der ersten Abkommen 1956 haben sich die vertraglichen Beziehungen Schweiz-EG vom Warenhandel auf immer weitere Bereiche ausgedehnt. Der Abschluss dieser Abkommen folgte einem punktuellen und pragmatischen Ansatz: Abkommen wurden in jenen Bereichen geschlossen, in welchen beide Seiten ein Interesse für eine vertiefte Zusammenarbeit zeigten.<sup>85</sup> Die Entwicklungen im Verhältnis Schweiz-EG folgten dabei – mit einer zeitlichen Verzögerung – oftmals den Entwicklungen innerhalb der EG: Nachdem einheitliche Regelungen im EG-Recht geschaffen wurden, wurde auf Initiative der Schweiz oder der EG Kontakt mit der anderen Seite aufgenommen, um staatsvertragliche Lösungen zu erörtern.

---

<sup>81</sup> Briefwechsel vom 12. Dezember 1975 über einen Informationsaustausch betreffend Umweltschutzfragen, BBl 1976 I 794.

<sup>82</sup> Übereinkommen vom 3. Dezember 1976 zum Schutz des Rheins gegen chemische Verunreinigungen (AS 1979 97); siehe auch die Zusatzvereinbarung vom 3. Dezember 1976 (AS 1979 93).

<sup>83</sup> Briefwechsel vom 19. November 1982 betreffend Informationsaustausch über die Bewirtschaftung und Lagerung radioaktiver Abfälle (AS 1982 1646).

<sup>84</sup> WEGENER BERNHARD W., § 3 Umweltrecht, in: Wegener Bernhard W. (Hrsg.), Europäische Querschnittspolitiken, 2. A., Baden-Baden/Zürich/St. Gallen/Wien 2021, Rz. 3.

<sup>85</sup> BBl 1988 III (Fn. 8), 299.

### III. Inhalte der vertraglichen Beziehungen

#### A. Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen

Bis zum Abschluss des Freihandelsabkommens Schweiz-EWG im Jahr 1972 enthielten die meisten Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vor allem Verpflichtungen zum Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen.<sup>86</sup> Eine Besonderheit stellte das 1972 abgeschlossene ergänzende Abkommen zum Uhrenabkommen<sup>87</sup> dar, welches einen Mechanismus zur Anerkennung der Gleichwertigkeit von Uhren-Bestandteilen aus der EWG vorsieht.<sup>88</sup> Mit diesem Mechanismus sollte verhindert werden, dass sich die damals neu geschaffene Regelung zur Verwendung des Begriffs *Swiss Made* bei Uhren als Handelshemmnis gegenüber der EWG auswirkte.<sup>89</sup>

#### B. Abbau von nichttarifären Handelshemmnissen

Im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EWG bestanden nach dem grossen Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen durch das FHA weiterhin verschiedene Handelseinschränkungen, die den nichttarifären Handelshemmnissen zuzuordnen sind. Da sie oftmals auf unterschiedliche Vorschriften in der Schweiz und der EWG zurückzuführen waren,<sup>90</sup> konnte der Abbau dieser Handelshemmnisse nur auf dem Wege einer Vereinheitlichung der Vorschriften und Verfahren erreicht werden.<sup>91</sup>

Wie die Praxis zeigt, war sich die Schweiz bereits in den 1970er Jahren bewusst, dass eine vertiefte Zusammenarbeit mit der EWG nur durch den Abbau von nichttarifären Handelshemmnissen und damit verbunden durch eine Angleichung von Schweizer Recht an EWG-Recht möglich war: Mit dem Versandabkommen erfolgte 1972 eine erste grössere Übernahme von EWG-Recht

---

<sup>86</sup> Siehe für Beispiele die AS 1967 1947 ff.

<sup>87</sup> Ergänzendes Abkommen vom 20. Juli 1972 zum Abkommen vom 30. Juni 1967 (SR 0.632.290.131).

<sup>88</sup> BBl 1972 II (Fn. 48), 683.

<sup>89</sup> BBl 1972 II (Fn. 48), 682. Politisches Departement, Mitbericht vom 15. Oktober 1971, Dodis Nr. 36602, 3 f.

<sup>90</sup> Z.B. im Bereich der Zollformalitäten, vgl. bereits oben, [II.B.2.](#)

<sup>91</sup> Die EWG sah die Rechtsharmonisierung als Instrument zur Verwirklichung der Grundfreiheiten bereits im Gründungsvertrag in Art. 100 EWG-Vertrag (heute Art. 115 AEUV, wobei Art. 114 AEUV von grösserer Bedeutung ist) vor, vgl. TIETJE CHRISTIAN, Kommentierung zu Art. 114 AEUV, in: Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 79. EL, München 2023, Rz. 9 ff.

durch die Schweiz.<sup>92</sup> Die Schweiz verpflichtete sich, beim Transit von Waren von einem EWG-Mitgliedsstaat in einen anderen durch die Schweiz die Regeln des gemeinschaftlichen Versandverfahrens anzuwenden, welche in zehn Anlagen zum Abkommen aufgeführt wurden.<sup>93</sup> In Bezug auf diesen sachlich zwar eingeschränkten Anwendungsbereich, wandte die Schweiz seit Inkrafttreten des Abkommens 1974 erstmals Zollregeln der EWG an.<sup>94</sup>

Um den grenzüberschreitenden Warenhandel zu vereinfachen, beschloss die EWG, die verschiedenen Zoll- und Verwaltungsformulare für den grenzüberschreitenden Handel innerhalb der EWG durch ein einheitliches Zolldokument zu ersetzen.<sup>95</sup> Mit dem Übereinkommen zur Vereinfachung der Förmlichkeiten im Warenverkehr wurden auch die Zollformulare der Schweiz und der anderen EFTA-Mitgliedsstaaten durch das einheitliche Zolldokument der EWG ersetzt.<sup>96</sup> In der Konsequenz wurde damit EWG-Recht auf die Schweiz und die anderen EFTA-Mitgliedsstaaten ausgedehnt und dadurch der grenzüberschreitende Warenverkehr vereinfacht.<sup>97</sup>

Auch das 1989 abgeschlossene Versicherungsabkommen führte zu einer Übernahme des Rechts der EWG im Bereich der Direktversicherungen in das schweizerische Recht und damit zu einer Angleichung des schweizerischen Rechts an das EWG-Recht in dem vom Abkommen betroffenen Bereich.<sup>98</sup>

Eine Übernahme von EWG-Recht erfolgte ebenfalls durch das Parallelübereinkommen von Lugano, welches inhaltlich einen grossen Teil der Vorschriften des Brüsseler Übereinkommens enthält.<sup>99</sup> Die intensive Beschäftigung mit diesem Übereinkommen bei den Verhandlungen zum Parallelübereinkommen führten jedoch auch zu mehreren Änderungen beim Brüsseler Übereinkommen.<sup>100</sup>

---

<sup>92</sup> Bereits im FHA basieren verschiedene Bestimmungen auf EWG-Recht, vgl. OESCH (Fn. 3), Rz. 124; COTTIER ET AL. (Fn. 29), Rz. 311.

<sup>93</sup> Art. 1 Versandabkommen (Fn. 36); BBl 1973 I (Fn. 35), 188.

<sup>94</sup> BBl 1973 I (Fn. 35), 188.

<sup>95</sup> BBl 1987 II (Fn. 35), 1439, 1441.

<sup>96</sup> BBl 1987 II (Fn. 35), 1439 f.

<sup>97</sup> NORBERG SVEN/JOHANSSON MARTIN, The History of the EEA Agreement and the First Twenty Years of Its Existence, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016, 3 ff., 18.

<sup>98</sup> BBl 1991 IV (Fn. 45), 27. Zur Umsetzung des Abkommens wurde in der Schweiz das Schadensversicherungsgesetz erlassen und verschiedene Bundesgesetze angepasst, vgl. BBl 1991 IV (Fn. 45), 8 und 22 ff.

<sup>99</sup> WALTER/DOMEJ (Fn. 60), 174; BBl 1990 II (Fn. 61), 335, 338 f.

<sup>100</sup> BBl 1990 II (Fn. 61), 335.

## C. Verwaltungszusammenarbeit

Seit den 1970er Jahren entwickelte sich eine verstärkte vertraglich vereinbarte Zusammenarbeit zwischen den Verwaltungen in der Schweiz und den EG.

Das erste Abkommen, das hauptsächlich die Zusammenarbeit zwischen der schweizerischen und der gemeinschaftlichen Verwaltung zum Gegenstand hatte, war der 1975 abgeschlossene Briefwechsel über einen Informationsaustausch betreffend Umweltschutzfragen.<sup>101</sup> Mit dieser Vereinbarung wurde ein breiter Informationsaustausch zwischen den verantwortlichen Verwaltungsstellen vereinbart, z.B. über die Erstellung von Kriterien und Zielsetzungen zur Verbesserung der Umweltqualität.<sup>102</sup> Der mit dem Briefwechsel vereinbarte Informationsaustausch stellt eine niederschwellige Form der Verwaltungszusammenarbeit dar.

1984 kamen mit dem Briefwechsel über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der amtlichen Weinkontrolle und dem Briefwechsel über die gegenseitige Verwaltungszusammenarbeit im Bereiche von nicht-präferentiellen Ursprungszeugnissen zwei Abkommen hinzu, welche über den Informationsaustausch<sup>103</sup> hinaus eine vertiefere Form der Verwaltungszusammenarbeit vorsahen. Stellten z.B. schweizerische Behörden fest, dass Weinprodukte aus dem EWG-Raum nicht den Vorschriften der EWG entsprachen, informierten sie die zuständigen Behörden in der EWG und lieferten die relevanten Informationen.<sup>104</sup> Bei begründetem Betrugsverdacht konnte die zuständige Behörde in der EWG die schweizerischen Behörden im Sinne der Amtshilfe darum ersuchen, ein zuständiges Laboratorium in der Schweiz anzuweisen, eine vertiefte Prüfung des Weinerzeugnisses vorzunehmen.<sup>105</sup> Amtshilfe als besondere Form der Verwaltungszusammenarbeit ist auch in verschiedenen weiteren bilateralen Abkommen Schweiz-EWG, aber auch multilateralen Abkommen zwischen der EWG und den EFTA-Mitgliedsstaaten vorgesehen.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Siehe oben, [I.E.](#) und Fn. 81.

<sup>102</sup> Vgl. für die einzelnen Inhalte des Informationsaustauschs den Text des Briefwechsels (Fn. 81).

<sup>103</sup> Die Abkommen sehen den Informationsaustausch in Bezug auf den Austausch von Adressen der relevanten Verwaltungsbehörden, den relevanten Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie von wichtigen Gerichts- und Verwaltungsentscheiden vor, vgl. z.B. Ziff. 1 und 7 Briefwechsel Wein (Fn. 38).

<sup>104</sup> Ziff. 2–4 Briefwechsel Wein (Fn. 38).

<sup>105</sup> Ziff. 5 f. Briefwechsel Wein (Fn. 38). Siehe auch Ziff. 1–5 Briefwechsel Ursprungszeugnisse (Fn. 38).

<sup>106</sup> Art. 9 Übereinkommen Förmlichkeiten (Fn. 37); Art. 13 Übereinkommen gemeinsames Versandverfahren (Fn. 37); Art. 28 und 32 Versicherungsabkommen (Fn. 43).

Eine besonders wichtige Rolle spielte die Verwaltungszusammenarbeit im Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr von 1991. Die in Art. 11 umschriebene Verwaltungszusammenarbeit war ein zentraler Pfeiler zur Erreichung des Ziels des Abkommens.<sup>107</sup> Die Zusammenarbeit erfolgte zum Beispiel in der Form der Umgestaltung der Grenzstellen in nebeneinanderliegende Abfertigungsanlagen (lit. b), in der Angleichung der Aufgaben der Grenzübergangsstellen (lit. c) oder auch in Form der Angleichung der Öffnungszeiten der einzelnen Dienststellen (Art. 11 Abs. 4).<sup>108</sup>

## D. Forschungszusammenarbeit

### 1. Überblick

Die Abkommen, welche die Schweiz und die EG im Bereich der Forschung abgeschlossen haben, halten inhaltlich die konkreten Modalitäten der Forschungszusammenarbeit (Formen der Zusammenarbeit, Finanzierung, Zugang zu den Erkenntnissen der Forschungsarbeiten) in Bezug auf spezifische Forschungsprojekte und -programme fest. Das Ziel der Forschungszusammenarbeit ist, einen Beitrag zu leisten, dass sich die Forschungsanstrengungen der einzelnen Staaten ergänzen anstatt überschneiden und dass damit schneller zu Ergebnissen gelangt werden kann.<sup>109</sup> Es ist dabei zwischen Abkommen zu unterscheiden, welche die Forschungsprojekte der Schweiz und der EG koordinieren (2.), und Abkommen, welche die Beteiligung der Schweiz an Forschungsprogrammen und -projekten vorsehen (3.).

### 2. Koordination der Forschungsarbeiten

Als weniger intensive Form der Forschungszusammenarbeit sahen verschiedene Abkommen die Koordination von Forschungsprojekten aus dem Forschungsrahmenprogramm der EWG und von Forschungsprojekten der Schweiz vor.<sup>110</sup> Durch den regelmässigen Kontakt der Verantwortlichen der Forschungsprojekte aus der Schweiz und der EWG, durch eingehenden Informationsaustausch über die Programme beider Seiten und durch die Teil-

---

<sup>107</sup> BBl 1991 I (Fn. 35), 496.

<sup>108</sup> BBl 1991 I (Fn. 35), 502 f.

<sup>109</sup> Präambel und Art. 1 Abkommen Euratom (Fn. 72); Präambel und Art. 3 Kooperationsabkommen vom 30. November 1988 über Forschung und Entwicklung auf dem Gebiet der modernen Werkstoffe (EURAM, AS 1989 2296); BBl 1982 II (Fn. 64), 1100.

<sup>110</sup> Kooperationsabkommen moderne Werkstoffe (Fn. 109); Kooperationsabkommen vom 30. November 1988 über Forschung und Entwicklung auf dem Gebiet Holz, einschliesslich Kork als erneuerbarer Rohstoff (AS 1989 2290).

nahme der Vertreter der einen Vertragspartei an Seminaren und Kolloquien der anderen Partei sollte mit Blick auf das Ziel der Forschungszusammenarbeit (höhere Effizienz, weniger Überschneidungen) eine Koordination der Auswahl und Definition der Forschungsprojekte erfolgen.<sup>111</sup> Da diese Abkommen keine Teilnahme der einen Seite an Projekten der anderen Seite vorsahen, trugen die Schweiz und die EWG die Kosten für ihre Projekte selbst.<sup>112</sup> Diese Abkommen ermöglichten jedoch den gegenseitigen Zugang zu den Erkenntnissen der konkreten Forschungsprojekte<sup>113</sup> und vereinfachten die Gewährung von Patenten für Erfindungen, die im Rahmen der Forschungsprojekte entstanden sind.<sup>114</sup>

### 3. Beteiligung der Schweiz an Forschungsprogrammen

Als intensivere Form der Forschungszusammenarbeit ist in verschiedenen Abkommen die Beteiligung der Schweiz an den multilateralen Forschungsprojekten der COST<sup>115</sup> sowie an den Forschungsprogrammen der Euratom und punktuell an den EWG-Forschungsrahmenprogrammen vorgesehen.

Aufgrund des flexiblen Charakters der COST kann die Schweiz bei jeder COST-Aktion entscheiden, ob sie sich daran beteiligen möchte.<sup>116</sup> Dem Wesen der COST nach werden die konkreten Forschungsarbeiten dezentral in den einzelnen Staaten durchgeführt<sup>117</sup> und auch von diesen bezahlt.<sup>118</sup> Die aus den Forschungsprojekten resultierenden Ergebnisse werden danach allen COST-Partnerstaaten zur Verfügung gestellt.<sup>119</sup> Die Schweiz war dem pragmatischen und auf Arbeitsteilung ausgelegten Charakter der COST vor allem in der Phase vor der Entstehung der EWG-Forschungsrahmenprogramme zugetan: Durch die COST konnte die Schweiz gerade in den 1970er Jahren «ihre Bereitschaft zu konstruktiver Mitarbeit»<sup>120</sup> auch ausserhalb der Freihandelsregelungen mit

---

<sup>111</sup> Art. 3 Kooperationsabkommen moderne Werkstoffe (Fn. 109).

<sup>112</sup> Art. 2 Kooperationsabkommen moderne Werkstoffe (Fn. 109).

<sup>113</sup> Art. 5 Abs. 1 und 2 Kooperationsabkommen moderne Werkstoffe (Fn. 109).

<sup>114</sup> Art. 5 Abs. 3 Kooperationsabkommen moderne Werkstoffe (Fn. 109).

<sup>115</sup> Eine vergleichbare Beteiligung erfolgt seit 1985 im Rahmen von EUREKA (initiative de coopération européenne dans le domaine de la recherche appliquée), vgl. BBl 1988 III (Fn. 8), 314 und 419 ff.

<sup>116</sup> BBl 1982 II (Fn. 64), 1100.

<sup>117</sup> BBl 1972 I (Fn. 68), 171.

<sup>118</sup> BBl 1982 II (Fn. 64), 1100; BBl 1972 I (Fn. 68), 172.

<sup>119</sup> BBl 1982 II (Fn. 64), 1100; BBl 1972 I (Fn. 68), 171.

<sup>120</sup> BBl 1972 I (Fn. 68), 172.

den EG zeigen.<sup>121</sup> Gleichzeitig erlaubte die minimale institutionelle Ausgestaltung der COST der Schweiz, die volle Handlungsfreiheit im Bereich der Forschung zu behalten.<sup>122</sup>

Mit den Abkommen zwischen der Schweiz und Euratom<sup>123</sup> erreichte die Schweiz eine vertiefte Teilnahme an den Forschungsprogrammen der Euratom.<sup>124</sup> In Bezug auf die Teilnahme und Ausführung der konkreten Forschungsarbeiten im Rahmen des Forschungsprogramms wurde die Schweiz den Euratom-Mitgliedsstaaten gleichgestellt: So konnten Schweizer Forschungseinrichtungen Teile des dezentralisierten Forschungsprogramms der Euratom ohne Einschränkung durchführen.<sup>125</sup> Wie alle beteiligten Euratom-Mitgliedsstaaten zahlte die Schweiz dafür jährlich einen festgelegten Betrag an das Budget für das Forschungsprogramm.<sup>126</sup> Als Nicht-Mitgliedsstaat der Euratom war die Schweiz von den wichtigen Entscheidungen über die Inhalte des Forschungsprogramms und das Budget ausgeschlossen.<sup>127</sup> Im Abkommen über die Zusammenarbeit wird der gegenseitige Zugang zu den wissenschaftlichen und technischen Ergebnissen festgehalten.<sup>128</sup> Dazu gehört auch die Regelung über die gemeinsame Nutzung von Patenten, die im Zusammenhang mit der Forschung stehen.<sup>129</sup> Aufgrund der tiefgehenden Beteiligung der Schweiz am Grundlagenprogramm von Euratom und am JET-Programm stellte die Zusammenarbeit Schweiz-Euratom für lange Zeit das wichtigste Zusammenarbeitsprojekt zwischen der Schweiz und den EG im Bereich der Forschung dar.<sup>130</sup>

Eine vergleichbare Einbindung der Schweiz in die Forschungsrahmenprogramme der EWG konnte erstmals durch das Forschungsabkommen 1999<sup>131</sup> erreicht werden.<sup>132</sup> In der Zeit vor 1999 konnte sich die Schweiz durch einzelne

---

<sup>121</sup> BBl 1972 I (Fn. 68), 172; zum Ablauf der COST-Aktionen siehe BBl 1982 II (Fn. 64), 1101 ff.

<sup>122</sup> BBl 1972 I (Fn. 68), 172; BBl 1982 II (Fn. 64), 1100, 1104 f.

<sup>123</sup> Siehe oben, [II.D.2](#) und Fn. 72.

<sup>124</sup> BBl 1978 II (Fn. 73), 9; BBl 1999 (Fn. 77), 6191.

<sup>125</sup> BBl 1978 II (Fn. 73), 11, 14.

<sup>126</sup> BBl 1978 II (Fn. 73), 2, 12.

<sup>127</sup> Vgl. BBl 1978 II (Fn. 73), 9, 10. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Beteiligung der Schweiz am JET-Projekt.

<sup>128</sup> Vgl. Art. 2.1, Art. 14 und Art. 15 Abkommen Euratom (Fn. 72); BBl 1978 II (Fn. 73), 13.

<sup>129</sup> Art. 15.3 Abkommen Euratom (Fn. 72); BBl 1978 II (Fn. 73), 13.

<sup>130</sup> BBl 1978 II (Fn. 73), 9.

<sup>131</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit (AS 2002 1998). Die Beteiligung galt für das sechste Forschungsrahmenprogramm (2003–2006).

<sup>132</sup> BBl 1999 (Fn. 77), 6191 ff.

Abkommen<sup>133</sup> nur punktuell an spezifischen Teilprogrammen innerhalb der Forschungsrahmenprogramme beteiligen, wobei die Teilnahme als Drittstaat in Bezug auf verschiedene Aspekte eingeschränkt war.<sup>134</sup> So war die Möglichkeit der Schweiz, ein Projekt durchzuführen oder als Koordinator eines Projekts innerhalb des Forschungsrahmenprogramms zu wirken, nur begrenzt möglich.<sup>135</sup> Die Schweiz erhielt mit den punktuellen Abkommen Zugang zu den Erkenntnissen aus dem spezifischen Forschungsprojekt, nicht aber zu sämtlichen Erkenntnissen aus dem Forschungsrahmenprogramm.<sup>136</sup>

Mangels Einigung über das Institutionelle Abkommen zwischen der Schweiz und der EU wurde die Schweiz 2021 für das aktuelle Forschungsrahmenprogramm zu einem nicht assoziierten Drittstaat zurückgestuft.<sup>137</sup> Die Beteiligungsmöglichkeiten der Schweiz sind daher mit jenen vor 1999 vergleichbar. Da die EU die Forschungsprogramme von Euratom in die Forschungsrahmenprogramme integrierte, wurde die Schweiz mit der Zurückstufung erstmals seit 1978 auch in der Zusammenarbeit mit Euratom eingeschränkt.

## E. Bewertung und Zwischenfazit

Wie die Bereiche der vertraglichen Zusammenarbeit<sup>138</sup> entwickelten sich auch die Inhalte der Abkommen in der Zeit zwischen 1951 und 1999 stark. Nachdem die ersten Abkommen vor allem den Abbau von tarifären Handelshemmnissen und mengenmässigen Beschränkungen bezweckten, verschob sich der Fokus ab den 1970er Jahren auf den Abbau von nichttarifären Handelshemmnissen. Der Abbau dieser Handelshemmnisse erfolgte oftmals durch die Angleichung von schweizerischem Recht an EG-Recht. Somit war die Rechtsangleichung bereits seit den 1970er Jahren in ausgewählten Bereichen das Instrument, welches zur Erreichung einer vertieften Zusammenarbeit eingesetzt wurde. Diese Entwicklung setzte somit in gewissen Bereichen lange vor dem Abschluss der Bilateralen I ein, in deren Rahmen die Schweiz in vielen Bereichen und im

---

<sup>133</sup> Abkommen vom 19. Dezember 1989 über die Zusammenarbeit im Bereich der Aus- und Weiterbildung im Rahmen von COMETT II (1990–1994) (AS 1990 730); Kooperationsabkommen vom 31. Mai 1994 über Strahlenschutz (AS 1995 4827).

<sup>134</sup> BBl 1999 (Fn. 77), 6191.

<sup>135</sup> Es mussten mindestens zwei weitere EWG-Mitgliedsstaaten am Projekt beteiligt sein, vgl. BBl 1999 (Fn. 77), 6130, 6192 f.

<sup>136</sup> BBl 1999 (Fn. 77), 6130, 6192 f.

<sup>137</sup> Aufgrund der Fortschritte in den jüngsten Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU können Forschende in der Schweiz an gewissen Ausschreibungen für das Jahr 2025 teilnehmen, siehe SBFI, Status-Update: Teilnahme der Schweiz am Horizon-Paket 2021–2027, Information vom 16. Juli 2024, 1.

<sup>138</sup> Siehe oben, [II.F.](#)

grossen Ausmass ihr Recht an EU-Recht anglich bzw. EU-Recht übernahm.<sup>139</sup> Entwicklungslinien sind aber auch in der Verwaltungs- und der Forschungszusammenarbeit erkennbar. In der Verwaltungszusammenarbeit näherten sich die Schweiz und die EG immer stärker an und zeigten Bereitschaft, über den Austausch von Informationen hinaus intensiver zusammenzuarbeiten (z.B. im Rahmen der Amtshilfe). Im Bereich der Forschungszusammenarbeit verlagerte sich der Schwerpunkt der Kooperation von den Projekten der COST immer stärker hin zu den verschiedenen Forschungsprogrammen der EG. Während die Schweiz bereits 1978 eine tiefe Beteiligung am Forschungsprogramm der Euratom erhielt, gewährten die EG der Schweiz bei den Forschungsrahmenprogrammen bis zum Abschluss der Bilateralen I nur die Möglichkeit, vereinzelt und weniger intensiv an ausgewählten Teilprojekten mitzuwirken.

#### IV. Fazit

In den Jahren zwischen 1951 und 1999 ist in Bezug auf die vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und den EG eine grosse Entwicklung erkennbar sowohl in Bezug auf die Bereiche als auch die Inhalte der Beziehungen. Während sich die vertraglichen Abkommen bis 1972 vor allem auf den grenzüberschreitenden Warenhandel bezogen, dehnte sich die Zusammenarbeit oftmals als Reaktion auf Entwicklungen innerhalb der EG auf weitere Bereiche aus. Mit der Verlagerung der Inhalte der Handelsvereinbarungen vom Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen hin zum Abbau von nichttarifären Handelshemmnissen, welche bereits in den 1970er Jahren punktuell zur Übernahme von EG-Recht durch die Schweiz führte, war eine Integration der Schweiz in den EG-Rechtsraum verbunden. Damit waren diese älteren Abkommen erste Beispiele einer Entwicklung, welche sich mit den Abkommen der Bilateralen I intensivierte. Die Integrationsbewegung ist auch in der Forschungszusammenarbeit erkennbar: So wurde die Schweiz voll in die Forschungsprogramme der Euratom und punktuell in die Forschungsrahmenprogramme der EWG integriert.

Der Umstand, dass verschiedene ältere Abkommen heute nicht mehr unmittelbar im Fokus der Aufmerksamkeit stehen, verdeutlicht, welche Entwicklung die vertraglichen Beziehungen Schweiz-EU im Laufe der Jahre durchgemacht haben. Mit dem Freihandelsabkommen und dem Versicherungsabkommen bestehen jedoch auch Beispiele für ältere Abkommen, welche heute noch von direkter und zentraler Bedeutung im Verhältnis Schweiz-EU sind. Die Wirkung

---

<sup>139</sup> Vgl. z.B. COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS, Einleitung und Übersicht, in: Cottier Thomas/Oesch Matthias (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, 1 ff., 2; BBl 1999 (Fn. 77), 6133 ff.

der älteren Abkommen als Grundlage für neuere, weitergehende Abkommen ist auch bei den jüngsten Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über eine Weiterentwicklung der vertraglichen Beziehungen, welche am 18. März 2024 begannen, erkennbar.<sup>140</sup> So ist die Forderung der EU, institutionelle Mechanismen, insbesondere die dynamische Rechtsübernahme, in die Marktzugangsabkommen zu integrieren, auf den Umstand zurückzuführen, dass die Schweiz seit den 1970er Jahren im Rahmen bilateraler Abkommen EG-Recht übernahm und so punktuell in den EG-Rechtsraum integriert wurde. Im wichtigen Bereich der Forschungszusammenarbeit versucht die Schweiz bei den neusten Verhandlungen, die (Wieder-)Einbindung in die Forschungsrahmenprogramme der EU zu erreichen. Mit den Bestrebungen möchte die Schweiz an die Forschungszusammenarbeit anknüpfen, welche sich seit dem Abkommen zwischen der Schweiz und der Euratom 1978 stetig ausdehnte. Die Verhandlungen über eine verstärkte Verwaltungszusammenarbeit im Bereich der Gesundheit und der Lebensmittelsicherheit stehen schliesslich in der Kontinuität verschiedener Kooperationsabkommen, welche die Schweiz und die damaligen EG seit den 1970er Jahren abgeschlossen haben und welche im Laufe der Jahre eine immer engere Zusammenarbeit erlaubten.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> EDA, Medienmitteilung vom 18. März 2024, abrufbar unter <<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2024/3/18/100438.html>>.

<sup>141</sup> Vgl. zu den einzelnen Punkten das endgültige Verhandlungsmandat des Bundesrates vom 8. März 2024, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-100342.html>>.

# Denkmalschutz im Wandel der Zeit

## Eine kurze Geschichte des Denkmalschutzes in der Schweiz

Gabriel Schürch

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	59
II.	<a href="#">Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Denkmalschutzes</a>	61
A.	<a href="#">Vorstufen des Denkmalschutzes</a>	61
1.	<a href="#">Antike</a>	61
2.	<a href="#">Mittelalter</a>	62
3.	<a href="#">Aufklärung</a>	63
B.	<a href="#">Entwicklung des Denkmalschutzes im 19. Jahrhundert</a>	64
C.	<a href="#">Entwicklung des Denkmalschutzrechts im 20. Jahrhundert</a>	65
1.	<a href="#">Erste kantonale Denkmalschutzerverlasse</a>	65
2.	<a href="#">Entstehung eines bundesrechtlichen Denkmalschutzes</a>	67
III.	<a href="#">Denkmalbegriff in der Gegenwart</a>	68
A.	<a href="#">Denkmalbegriff nach kantonalem Recht</a>	68
B.	<a href="#">Erweiterung in stilistischer Hinsicht</a>	69
C.	<a href="#">Erweiterung in zeitlicher Hinsicht?</a>	70
IV.	<a href="#">Denkmalschutz morgen?</a>	73
A.	<a href="#">Problematik des erweiterten Denkmalbegriffs</a>	73
B.	<a href="#">Neue gegenläufige öffentliche Interessen</a>	74
V.	<a href="#">Schlussgedanken</a>	77

### I. Einleitung

Denkmäler überliefern die Kulturgeschichte der Menschheit. Sie sind *Vermittler zwischen Vergangenheit und Gegenwart*, indem sie einen Teil dessen, was gewesen ist, über die Zeit hinweg tragen. Denkmäler geben uns und künftigen Generationen eine Vorstellung früherer Zeiten und lassen uns erahnen, wie es gewesen sein mag, in historischen Häusern zu leben, in Industriefabriken zu arbeiten und die Kirche zur damaligen Zeit zu besuchen. Denkmäler bilden das bauliche Kulturerbe und es findet seinen Ausdruck stets in einer *körperlichen*

Ausprägung. Davon abzugrenzen ist das unkörperliche, geistige Kulturerbe, das zunehmend Schutzwürdigkeit erfährt.<sup>1</sup> Ein erstes Element eines allgemeinen Denkmalbegriffs besteht somit in der *Körperlichkeit* des Denkmals.

Das Denkmal stellt ein bewusst gesetztes Zeichen dar, das an eine vergangene Epoche, ein bestimmtes Ereignis oder eine konkrete Person erinnert.<sup>2</sup> Diese Umschreibung führt zum zweiten Element eines allgemeinen Denkmalbegriffs, das bereits in der Formel von CICERO «*Omnia monumenta dicuntur, quae faciunt alicuius rei recordationem*»<sup>3</sup> Ausdruck gefunden hat. Der lateinische Ausdruck für Denkmal «*monumentum*» setzt sich aus den Wörtern «*monere*» (mahnen, erinnern) sowie «*mens*» (Dennkraft, Sinn, Gedanke) zusammen und bedeutet in diesem Sinne, die *Menschen an etwas zu erinnern*.<sup>4</sup> Der Erinnerungswert drückt sich durch das physische Schutzobjekt aus und hängt dadurch mit diesem unmittelbar zusammen. Das körperliche Denkmalobjekt bildet das Medium für den Erinnerungswert, der den Menschen vermittelt wird. Er ist das primäre Element eines Denkmalbegriffs. Irgendein Erinnerungswert kommt jedoch grundsätzlich allen Gegenständen und Gebäuden zu, wie es in der soeben genannten Formel bereits anklingt. Die Formel ist in dieser Form allerdings sehr abstrakt gehalten, weshalb eine Konkretisierung notwendig ist. Der Denkmalbegriff ist insofern klärungsbedürftig.

Im Folgenden wird dieser Frage nachgegangen, indem nachgezeichnet wird, wie sich das Verständnis von Denkmalschutz im Laufe der Zeit verändert hat.

Hierzu werfen wir einige Schlaglichter auf wegweisende Stationen der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Denkmalschutzes in der Schweiz und auf einzelne, für diese Entwicklung relevanten Vorstufen.

---

<sup>1</sup> International durch das UNESCO Übereinkommen zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes vom 17. Oktober 2003 (SR 0.440.6); vgl. dazu BORTOLOTTI CHIARA, *Le trouble du patrimoine culturel immatériel*, in: Bortolotto Chiara (Hrsg.), *Le patrimoine culturel immatériel, Enjeux d'une nouvelle catégorie*, Paris 2011, 21 ff.

<sup>2</sup> Dies gilt auch für Bauten, die erst nachträglich als Denkmäler bezeichnet werden, gerade durch die Bezeichnung bzw. Unterschutzstellung als Denkmal, bei dem performativ ein bestimmter Erinnerungswert festgelegt wird.

<sup>3</sup> «Alle Dinge werden Monumente genannt, die Erinnerungen an irgendetwas hervorrufen». Fundstellennachweis bei SAUERLÄNDER WILLIBALD, *Erweiterung des Denkmalbegriffs?* (Erstdruck 1975), wiederabgedruckt in: Lipp Wilfred (Hrsg.), *Denkmal – Werte – Gesellschaft, Zur Pluralität des Denkmalbegriffs*, Frankfurt a.M. 1993, 120 ff., 123.

<sup>4</sup> Vgl. RIECKE JÖRG/WICH-REIF CLAUDIA, *Duden, Das Herkunftswörterbuch: Etymologie der deutschen Sprache*, 6. A., Berlin, 2020, 562 f. Zurückgehend auf die altgriechische Wurzel «*μνήμη*» («*mneme*»), was mit «*Gedächtnis/Erinnerung*» übersetzt werden kann (Langenscheidts Grosswörterbuch, Griechisch – Deutsch, 23. A., Berlin/München 1979, 458). Die sprachlichen Wurzeln wurden zwar durch spätere Entwicklungen überlagert, schwingen aber als «Ursprungsschichten unseres Begriffs» «Denkmal» untergründig noch immer mit (SAUERLÄNDER [Fn. 3], 123).

## II. Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Denkmalschutzes

### A. Vorstufen des Denkmalschutzes

Schon früh in der Kulturgeschichte setzten sich die Menschen mit ihrer geschichtlichen Umgebung auseinander. Den Stätten der Ahnen wurde grosse Bedeutung zugemessen und symbolhafte Darstellungen der Umwelt und Tiere wurden errichtet. Es sei beispielsweise an die erhaltenen Höhlenmalereien in Lascaux (Frankreich) und Altamira (Spanien) erinnert. Es ist ein langer Weg vom frühgeschichtlichen Kult-Mal zum modernen Denkmal. Im Anfangsstadium handelt es sich um einen archaischen und mystifizierten (Denkmal-)Kultus. Im Verlauf der Kulturgeschichte lagen der Bewahrung des vorgefundenen baulichen Erbes unterschiedliche Motive zugrunde.

#### 1. Antike

Der Umgang mit historisch bedeutungsvollen Gebäuden und tradierten Gegenständen war bereits bei den antiken Hochzivilisationen, wie dem Hellenismus, Thema gesellschaftlicher Auseinandersetzung.<sup>5</sup> In der römischen Kaiserzeit bestanden Edikte zum Schutz von Monumenten, die insbesondere einzelne Bestandteile wie Säulen und Statuen von Häusern, aber auch das ganze Gebäude und teilweise sogar das umgebende Strassen- und Stadtbild unter Strafandrohung vor Verunstaltung schützten.<sup>6</sup> Der Schutz war jedoch meist punktuell auf einzelne Objekte bezogen. Dabei stand die *patriotische Repräsentanz* im Vordergrund, denn der ästhetische Glanz der Vaterstadt war Ausdruck für deren politische Bedeutung.<sup>7</sup> Das Schutzmotiv historischer Bauten lag abstrakt betrachtet vorwiegend in metaphysisch geprägter Verehrung des Ästhetischen und im Bewahren der Symbole und Traditionen des Staates.<sup>8</sup> Nach diesem Verständnis liegt der Begriff «*monumentum*» im Spannungsfeld

---

<sup>5</sup> Erste nachweisbare Ansätze gebäudeordnender Gesetzgebung sind in der Astynomeninschrift von Pergamon überliefert, ein auf blaugrauen Kalkstein festgehaltenes griechisches Gesetz (aus dem Zeitraum 197 – 133 v.Chr.). Vgl. dazu HITZIG HERMANN, Die Astynomeninschrift von Pergamon, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung 26/1905, 432 ff.

<sup>6</sup> M.W.H. GIESKER HEINRICH, Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz. Darstellung des Denkmalschutzes, Kunstschutzes, Naturschutzes und Heimatschutzes im engeren Sinn, unter Berücksichtigung der Geschichte und des Auslands., Diss., Zürich 1910, 99 ff.

<sup>7</sup> Vgl. GIESKER (Fn. 6), 106.

<sup>8</sup> Vgl. HAMMER FELIX, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland, Tübingen 1995, 10 f.

zwischen Vergänglichkeit und dem transzendentalen Verlangen nach Überdauern durch Tatenruhm. Im Vordergrund stand die Darstellung der politischen Macht der eigenen Stadt.<sup>9</sup> Das antike Denkmalverständnis unterscheidet sich insofern vom modernen Denkmalschutz; heute liegt der Fokus darauf, Gebäude als Bestandteil der Geschichte zu konservieren.

Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass archaische und patriotische Motive auch heute noch eine gewisse Antriebskraft bei der Bewahrung von Denkmälern haben, wie es sich exemplarisch bei Nationaldenkmälern zeigt.<sup>10</sup> Zwar gibt es in der Schweiz keine eigentlichen Nationaldenkmäler. In einem gewissen Sinne kann man jedoch das Tell-Denkmal in Altdorf (1895), das Bundeshaus in Bern (1902) und das Bundesbriefmuseum in Schwyz (1936) als Nationaldenkmäler betrachten.

## 2. Mittelalter

In einigen Städten auf dem Gebiet der heutigen Schweiz existierten bereits im Mittelalter Bestimmungen zum Schutz von Strassen und Gebäuden. In der Stadt Zürich bestanden im 14. Jahrhundert Vorschriften über die Ordnung und die Reinlichkeit der Strassen.<sup>11</sup> Die Stadtsatzung von Bern von 1539 verbot, Häuser ohne Erlaubnis abzureissen oder grundlegende Nutzungsänderungen vorzunehmen.<sup>12</sup> Diese Bestimmungen beeinflussten zwar die bauliche Entwicklung und den Erhalt von historischen Gebäuden, sie waren jedoch eher für den Schutz der öffentlichen Gesundheit und das Nachbarrecht als für den Denkmalschutz konzipiert. In der Stadtsatzung von Zofingen aus dem Jahr 1623 hingegen lassen sich einzelne Bauvorschriften nachweisen, die sich mitunter nur aus ästhetischen Gründen des Ortsbildschutzes erklären lassen.<sup>13</sup> So war es beispielsweise verboten, auf offenen un bebauten Plätzen zu bauen, bei Häusern an der Ringmauer durfte ohne Erlaubnis gar nichts gebaut oder verändert werden und Bäume sollten dort nicht angepflanzt werden, da diese sich negativ auf die Stadtmauern und auf den Eindruck des Stadtbildes auswirken würden.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. BÜHLER THEODOR, *Der Natur- und Heimatschutz nach schweizerischen Rechten*, Zürich 1973, 14; differenziert HAMMER (Fn. 8), 10 f., wonach in der römischen Antike kunstvollen Gebäuden auch aufgrund ihres ehrwürdigen Alters bereits ein hohes Ansehen zugekommen sei.

<sup>10</sup> Vgl. dazu LIPP WILFRIED, *Natur – Geschichte – Denkmal*, Zur Entstehung des Denkmalbewusstseins der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1987, 261 ff. zum Phänomen des Nationaldenkmals und dessen ideologischer Genealogie.

<sup>11</sup> Vgl. GIESKER (Fn. 6), 117.

<sup>12</sup> Vgl. BÜHLER (Fn. 9), 21.

<sup>13</sup> M.w.H. BÜHLER (Fn. 9), 21.

<sup>14</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, AG I/5, 1914, 353 f.

### 3. Aufklärung

Zur Zeit der Helvetischen Republik erging am 15. Dezember 1798 erstmals ein denkmalschutzrechtlicher Beschluss, der das Gebiet der ganzen damaligen Schweiz betraf. Um der zunehmenden Zerstörung der alten Denkmäler Helvetiens entgegenzutreten, sollte eine Bestandesaufnahme aller bekannten und möglicherweise aufzunehmenden Denkmäler vorgenommen werden. Dieses Vorgehen entsprach dem enzyklopädischen Zug der Aufklärung und dem kulturpolitischen Kodex dieser Zeit.

Gemäss dem Beschluss der helvetischen Behörde zu Luzern hatten alle Kantone neben der Bestandesaufnahme von Monumenten auf ihrem Gebiet auch Massnahmen zum Schutz der «besagten Monumenten» zu ergreifen.<sup>15</sup> Der Minister der Künste und Wissenschaften der Helvetischen Republik, PHILLIPP ALBERT STAPPER plante, die Kantone für den Denkmalschutz einzuspannen. Dieses auch politisch motivierte Vorgehen zur staatlichen Organisation des Denkmalschutzes scheiterte schlussendlich mit dem Ende der Helvetik. Es ist nicht zufällig, dass diese Einbindung der Tradition in Zeiten des Umbruchs, wie der französischen Revolution und der napoleonischen Diktatur, erstmals systematisch angestrebt wurde. Gesellschaften, die von einer Tradierungskrise erfasst sind, neigen zur Bewahrung des überlieferten Erbes.<sup>16</sup> Durch die Bezugnahme auf das vor einem gesellschaftlichen Umsturz Bestehende, versucht die Gesellschaft den geschichtlichen Bruch zu kompensieren. Insoweit hat Denkmalschutz stets auch mit der *Identitätsbildung* einer Gesellschaft zu tun.

Das Menschenbild der Aufklärung war geprägt von einer pädagogischen und sozialen Verbesserungswürdigkeit des Menschen und entsprach der allgemeinen Fortschrittskonzeption der europäischen Aufklärung. Dieser normativ erzieherische Wert wurde auch dem Denkmal zugesprochen, der teilweise noch bei Schaffung kantonaler Denkmalschutzgesetze zum Ausdruck kam.<sup>17</sup> Neben

---

<sup>15</sup> Der Beschluss ist abgedruckt in: KNÖPFLI ALBERT, Schweizerische Denkmalpflege, Geschichte und Doktrinen, Zürich 1972, 15 ff.

<sup>16</sup> Vgl. HUBEL ACHIM, Denkmalpflege, Geschichte – Themen – Aufgaben, Eine Einführung, 4. A., Stuttgart 2019, 21 f.; WIEDLER AURÉLIEN, La protection du patrimoine bâti, Étude de droit fédéral et cantonal, Diss., Lausanne 2019, 5 ff. zum Denkmalschutz in Frankreich, der entscheidend durch den gesellschaftlichen Umsturz nach der französischen Revolution und deren Folgen für den Umgang mit dem baulichen Erbe aus der monarchischen und aristokratischen Vorherrschaft geprägt wurde.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. Botschaft des (Luzerner) Regierungsrats an den Grossrat über einen Gesetzesentwurf über den Schutz der Kulturdenkmäler vom 9. September 1958, im Protokoll der ordentlichen Sitzung des Grossrats vom 4. November 1958, 377 f.; vgl. auch SAUERLÄNDER (Fn. 3), 126 f.

der Aufklärung hat der Denkmalschutz seine ideengeschichtlichen Wurzeln insbesondere in der Romantik.<sup>18</sup>

## B. Entwicklung des Denkmalschutzes im 19. Jahrhundert

Im 19. Jahrhundert hat sich der Natur- und Heimatschutz in der Schweiz etabliert. Als Vorläufer der Umweltbewegung ging es ihm um den Schutz des natürlichen und baulichen Erbes. Es gab bereits in den 1830er Jahren Bestrebungen von Seiten Privater, die sich zwecks Erhalts von Altertümern kollektiv organisierten. Insbesondere die «Schweizerische Gesellschaft für Erhaltung historischer Kunstdenkmäler» entwickelte sich zu einer führenden Organisation im Bereich des zivilen Denkmalschutzes. Zu nennen ist auch die 1880 gegründete Gesellschaft für Schweizerische Kunstgeschichte (GSK), als Herausgeberin der Publikationsreihe «Die Kunstdenkmäler der Schweiz».<sup>19</sup> Diese Publikationsreihe bildete eine unerlässliche Grundlage für die ersten staatlichen Denkmalinventare.

In den Kantonen gab es im 19. Jahrhundert bereits vereinzelt gesetzliche Denkmalschutzbestimmungen. Im luzernischen Kriminalstrafgesetzbuch von 1860 lässt sich eine *strafrechtliche Schutzvorschrift* für Denkmäler ausmachen. Gemäss dessen § 215 wird die Strafe für Sachbeschädigung u.a. verschärft, sofern diese an öffentlichen Denkmälern, Sammlungen oder an Gegenständen der Kunst und Wissenschaft begangen wird. Freilich stellte diese einzelne Bestimmung noch keinen systematischen Denkmalschutz dar. Sie zeigt aber die Bedeutung auf, die Denkmälern und Kunstgegenständen bereits damals zugemessen wurde, bestand der Strafverschärfungsgrund u.a. auch für Sachbeschädigung an kirchlichen Gegenständen für den Gottesdienst und an Grabmälern.

Der Bund wurde Ende des 19. Jahrhunderts im Bereich des Denkmalschutzes legislatorisch tätig.<sup>20</sup> Der Bundesrat sah gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufgrund von zunehmenden Veräusserungen einheimischer Kunstschatze ins Ausland. In einem Bundesbeschluss legte er den Grundstein für die Verwendung finanzieller Ressourcen aus dem Bundesbudget (Art. 1), um Altertümer durch den Bund zu erwerben (Bst. a), und sich am Erhalt von Baudenkmalern

---

<sup>18</sup> Vgl. hierzu eingehend HAMMER (Fn. 8), 48 ff.

<sup>19</sup> Vgl. KNÖPFLI (Fn. 15), 40 ff. zu den Beiträgen ziviler Denkmalschutzorganisationen.

<sup>20</sup> Bundesbeschluss betreffend die Beteiligung des Bundes an den Bestrebungen zur Erhaltung und Erwerbung vaterländischer Altertümer vom 30. Juni 1886, BS 4 221, abrufbar unter <<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/130000013.pdf?id=130000013&action=open>>.

(Bst. c) zu beteiligen.<sup>21</sup> Gemäss dem Bundesbeschluss musste an den zu erwerbenden Altertümern ein ausserordentliches «gemeindegössisches Interesse»<sup>22</sup> bestehen und die Erhaltungsbeiträge galten ausschliesslich für historisch oder künstlerisch bedeutsame Baudenkmäler.

Nach damaliger Auffassung war für die Denkmalwürdigkeit eines Gebäudes lediglich dessen historische oder künstlerische Bedeutung ausschlaggebend.<sup>23</sup> Mit der zunehmenden technischen und industriellen Entwicklung sowie der Verstädterung Ende des 19. Jahrhunderts traten vermehrt ideelle und wissenschaftliche Interessen in den Vordergrund des Denkmalschutzes.

## C. Entwicklung des Denkmalschutzrechts im 20. Jahrhundert

### 1. Erste kantonale Denkmalschutzerverlasse

Einzelne Kantone haben an der Schwelle zum 20. Jahrhunderts erste Gesetze zum Schutz von Denkmälern erlassen. Zu den Vorreitern gehörten auch die Kantone Waadt (1898)<sup>24</sup>, Freiburg (1900)<sup>25</sup>, Bern (1901)<sup>26</sup> und Neuenburg (1902)<sup>27</sup>. Diese Gesetze entstanden zur Zeit der Gründung der ersten öffentlichen Museen. Zu dieser Zeit erreichte die Abwanderung historischer Kulturgüter ein Ausmass, das eine gesetzgeberische Reaktion erforderte.<sup>28</sup> Es erwachte zu dieser Zeit in der Schweiz ein verstärktes Bewusstsein für die eigene geschichtliche Identität und den Wert historischer Gebäude und Gegenstände.

Die meisten Kantone, die (vorerst) noch keine eigentlichen Denkmalschutzgesetze erarbeitet hatten, schufen in ihren Einführungsgesetzen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB, 1911) die Grundlagen für den Natur- und Heimatschutz. Auch direkt gestützt auf das ZGB konnten die Kantone und

---

<sup>21</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung betreffend die Beteiligung des Bundes an den Bestrebungen zur Erhaltung und Erwerbung vaterländischer Alterthümer vom 14. Juni 1886, BBl 1886 II 744 ff., 745 f.

<sup>22</sup> Art. 1 Bst. a BS 4 221 (Fn. 20).

<sup>23</sup> Vgl. GIESKER (Fn. 6), 19 ff.; WIELAND CARL ALBERT, Der Denkmal- und Heimatschutz in der Gesetzgebung der Gegenwart, Programm zur Rektoratsfeier der Universität Basel, Basel 1905, 13, der bereits auf die fehlende Bestimmtheit hinwies, was als historisch bedeutsam zu gelten hat.

<sup>24</sup> Loi du 10 septembre 1898 sur la conservation des monuments et des objets d'art ayant un intérêt historique ou artistique.

<sup>25</sup> Arrêt du 14 février 1900 sur la conservation des monuments et objets ayant un intérêt artistique, archéologique ou historique.

<sup>26</sup> Gesetz vom 27. Mai 1901 über die Erhaltung der Kunstaltertümer und Urkunden.

<sup>27</sup> Loi du 4 novembre 1902 sur la protection des monuments et sites.

<sup>28</sup> Vgl. VON FISCHER HERMANN, Die Denkmalpflege im Kanton Bern, Berner Zeitschrift für Geschichte und Heimatkunde 22/1960, 4 f.

Gemeinden öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums, wie namentlich für «die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern» (Art. 702 ZGB) erlassen. Beispielsweise stützt sich die luzernische Verordnung über den Schutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 20. Mai 1946 sowohl auf das luzernische Einführungsgesetz zum ZGB als auch direkt auf Art. 702 ZGB. Die Verordnung umfasste jedoch neben unbeweglichen Kunstdenkmälern auch *bewegliche Gegenstände* mit einem künstlerischen und wissenschaftlichen Wert. Wie in den meisten anderen kantonalen Denkmalschutzgesetzen wurden beide Kategorien von beweglichen und unbeweglichen Denkmälern geschützt. Diese Bestimmung traf den Antiquitätenhandel schwer, so dass gegen diese Verordnung staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht eingelegt wurde. Das Bundesgericht hob die Bestimmungen zum Schutz beweglicher Kunstdenkmäler auf.<sup>29</sup> Die Begründung war eine fehlende gesetzliche Grundlage der Verordnung, da sowohl Art. 702 ZGB als auch das luzernische Einführungsgesetz zum ZGB sich nicht bzw. nicht genügend deutlich auch auf bewegliches Eigentum (Kunstgegenstände) bezog. Die Konsequenz ist das Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für Beschränkungen des beweglichen Eigentums im Interesse des Denkmalschutzes.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts stellten sämtliche Kantone wertvolle bauliche Einzelobjekte auf ihrem Gebiet unter Schutz. Aufgrund unterschiedlich gewährten Schutzes wurden Stimmen für eine Vereinheitlichung auf Bundesebene laut. Dem Bund war es jedoch, mangels entsprechender Verfassungsgrundlage, damals nur möglich, die kantonale Denkmalpflege *finanziell* zu unterstützen. Der Bund hat sich frühzeitig mittels Bundesbeschluss eine Grundlage geschaffen, um Mittel aus dem Bundesbudget für die Förderung, den Erhalt und den Erwerb von Denkmälern einsetzen zu können.<sup>30</sup> In der Verordnung über die Förderung der Denkmalpflege durch den Bund vom 18. August 1955<sup>31</sup> konkretisiert dieser die Organisation und das Verfahren für seine Beteiligung. Darin werden als Denkmäler, neben kunsthistorisch oder geschichtlich, erstmals auch *archäologisch* bedeutsame unbewegliche Objekte bezeichnet (Art. 1 Abs. 3). Auch Ruinen gelten als Denkmäler, wenn es sich um Anlagen von ganz besonderer Bedeutung handelt (Art. 1 Abs. 4).

Es lässt sich somit eine Ausweitung des Denkmalbegriffs ausmachen. Nicht lediglich die künstlerische oder historische Bedeutung ist ausschlaggebend,

---

<sup>29</sup> Urteil des BGer vom 10. Oktober 1946 (nicht publiziert), zusammengefasst in: NZZ vom 18. November 1946, 8.

<sup>30</sup> Vgl. oben [II.B.](#); BS 4 221 (Fn. 20).

<sup>31</sup> AS 1955 777.

sondern auch das archäologische, wissenschaftliche Interesse wird berücksichtigt.

## 2. Entstehung eines bundesrechtlichen Denkmalschutzes

Nach zahlreichen Bestrebungen in der Zwischen- und Nachkriegszeit hiessen die eidgenössischen Räte im Jahr 1954 schlussendlich einen Vorstoss zur Schaffung einer Verfassungsänderung gut.<sup>32</sup> Das Volk und alle Stände stimmten der Aufnahme von Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874<sup>33</sup> an der Abstimmung vom 27. Mai 1962 deutlich zu.<sup>34</sup>

Ziel der Verfassungsänderung war, die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen im Bereich des Natur- und Heimatschutzes zu verstärken, wobei der Bund sich hütete, in die Kompetenz der Kantone einzugreifen. Die Aufgabe des Bundes bestand grösstenteils in der finanziellen Förderung von kantonalen und privaten Denkmalschutzbestrebungen.<sup>35</sup> Mit Aufnahme von Art. 24<sup>sexies</sup> BV 1874 war die verfassungsmässige Grundlage geschaffen für das Ausführungsgesetz, das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz,<sup>36</sup> das am 1. Januar 1967 in Kraft trat. Damit hatte der Bund die Möglichkeit, Kulturdenkmäler selbst unter Schutz zu stellen, zu erwerben und wenn nötig, mittels Enteignung zu sichern. Voraussetzung war hierfür stets eine *nationale Bedeutung* der Kulturdenkmäler.

Eine *zusätzliche Schutzdimension* erhielten Denkmäler durch das am 1. Januar 1980 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG)<sup>37</sup>. Es hatte sich gezeigt, dass auch die *Umgebung von Denkmälern* durch ein umfassendes raumplanerisches Schutzkonzept erfasst werden muss. Ansonsten bleibt der Objektschutz von Denkmälern angesichts des anhaltenden Baubooms praktisch wirkungslos. Damit einher geht die Entwicklung, dass der Denkmal- und

---

<sup>32</sup> Z.B. die Bemühungen seitens des Schweizerischen Bundes für Naturschutz (heute Pro Natura), die Motion von Nationalrat OLDANI (1931), sowie die sog. «Oltener Resolution» (1932), welche alle ein *Bundesgesetz* für einen wirksamen Natur und Heimatschutz anbegehrten. Eine Eingabe des Verbands zum Schutze des Landschaftsbildes am Zürichsee (1934) ging erstmals so weit, die Aufnahme eines *Bundesverfassungsartikels* vorzuschlagen. Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 24<sup>sexies</sup> betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 19. Mai 1961, BBl 1961 I 1093 ff., 1093.

<sup>33</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1999 2556).

<sup>34</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 27. Mai 1962 betreffend den Bundesbeschluss über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24<sup>sexies</sup> betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 15. Juni 1962, BBl 1962 I 1456 ff.

<sup>35</sup> BBl 1961 I (Fn. 32), 1102.

<sup>36</sup> AS 1966 1637.

<sup>37</sup> AS 1979 1573.

Ortbildschutz seit den 1980er Jahren stetig zusammenwachsen und in das allgemeine Schutzkonzept der Raumplanung integriert werden. Die Kantone haben in ihrer Raumplanung für bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten und Denkmäler Schutzzonen auszuscheiden (Art. 17 RPG). Der Denkmalbegriff wird allerdings auch durch das Raumplanungsrecht nicht näher umschrieben.

### III. Denkmalbegriff in der Gegenwart

#### A. Denkmalbegriff nach kantonalem Recht

Der Bund gibt den Kantonen die *konkret* unter Schutz zu stellenden Objekte nicht vor und es bleibt die Angelegenheit der Kantone, die denkmalschutzwürdigen Objekte näher zu bestimmen, wie z.B. Eisenbahnanlagen, die auch unter Denkmalschutz gestellt werden können, selbst wenn diese noch betrieben werden.<sup>38</sup> Die bundesrechtliche Eisenbahngesetzgebung steht einer kantonalen Unterschutzstellung nicht entgegen.

Im Folgenden wird anhand der Denkmalschutzgesetzgebung im Kanton Luzern eine mögliche Konkretisierung dargestellt. Im Unterschied zu anderen Kantonen, die eine einstufige Legaldefinition für «Denkmäler» angeben,<sup>39</sup> umschreibt das luzernische Denkmalschutzgesetz (DSchG)<sup>40</sup> das Kulturdenkmal zunächst in allgemeiner Weise: Denkmalcharakter kommt allen Gegenständen zu, die «Werke menschlicher Tätigkeit» sind und die wegen «ihres wissenschaftlichen, künstlerischen, historischen oder heimatkundlichen Interesses wegen zu erhalten sind» (§ 1 Abs. 1 DSchG). Nach der allgemeinen Umschreibung zählt das DSchG in einer nicht abschliessenden Auflistung mögliche Kulturdenkmäler auf (§ 1 Abs. 1 Bst. a – h DSchG). Zu den *unbeweglichen* Kulturdenkmälern gehören in erster Linie Baudenkmäler, insbesondere Sakralbauten, Burgen, Schlösser, öffentliche Bauten, Arbeiter- und andere Wohnsiedlungen, Bürger- und Bauernhäuser, Speicher, Mühlen und andere Bauten (Bst. a). In zweiter Linie zählen auch ortsfeste Bodenaltertümer (§ 1 Abs. 1 Bst. h Ziff. 2 DSchG), welche infolge archäologischer Tätigkeit aufgefunden werden, zu den unbeweglichen Kulturdenkmälern.

---

<sup>38</sup> Vgl. BGE 121 II 8.

<sup>39</sup> Vgl. z.B. in den Kantonen *Zug*, § 2 Abs. 1 Gesetz über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DMSG, BGS 423.11); *Neuenburg*, Art. 3 Loi sur la protection des biens culturels vom 27. März 1995 (LCPBC, RSN 461.30); *Bern*, Art. 2 Abs. 1 Gesetz über die Denkmalpflege vom 8. September 1999 (Denkmalpflegegesetz, DPG, BGS 426.41).

<sup>40</sup> Gesetz über den Schutz der Kulturdenkmäler vom 8. März 1960 des Kantons Luzern (DSchG, SRL 595).

Der Denkmalbegriff nach dem Luzerner Denkmalschutzgesetz ist weiter gefasst als in anderen Kantonen, da er neben unbeweglichen auch *bewegliche Objekte* umfasst. Das erklärt auch, weshalb das DSchG mit dem Begriff des *Kulturdenkmals* operiert. Bewegliche Denkmäler, wie z.B. historisch bedeutsame Urkunden, Waffen oder Münzen könnten schwerlich als *Baudenkmäler* erfasst werden.

## B. Erweiterung in stilistischer Hinsicht

Der Denkmalbegriff hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Zu den historischen und künstlerischen Bauten kamen wissenschaftlich-archäologisch bedeutende Stätten hinzu. Das Merkmal eines Denkmals ergibt sich somit aus dem Umstand, dass es ein Zeitzeuge einer Epoche ist, und nicht mehr lediglich anhand seiner künstlerischen oder historischen Ausstrahlungskraft. Dieser *erweiterte Denkmalbegriff*, wie er z.B. im Denkmalschutzgesetz des Kantons Luzern umschrieben ist,<sup>41</sup> versucht der Plurivalenz von Denkmälern gerecht zu werden.

Ein solcher Denkmalbegriff fasst die unterschiedlichen Bedeutungen, die ein Denkmal in kultureller, gesellschaftlicher oder kunstgeschichtlicher Hinsicht haben kann, in abstrakter Weise auf. Das macht ihn auch für die *Lehre* interessant, da er eine grundsätzliche Wertungsneutralität aufweist.<sup>42</sup> Theoretische Vertiefung erhielt der erweiterte Denkmalbegriff insbesondere durch die Arbeiten von SAUERLÄNDER und MÖRSCH.<sup>43</sup> Der erweiterte Denkmalbegriff stellt einzig darauf ab, ob das Denkmalobjekt ein *charakteristischer Zeitzeuge* einer Epoche ist, wodurch der Denkmalbegriff enthierarchisiert und kategorial gefächert wird.<sup>44</sup> Der Denkmalbegriff wird pluraler und damit in gesellschaftlicher Hinsicht erweitert. Politisch eingefordert wurde der erweiterte Denkmalbegriff hierzulande hauptsächlich von der Schweizerischen Vereinigung für Heimatschutz und von den 1968er Bewegungen, welche sich für den Denkmalschutz von Arbeitersiedlungen, städtischen Wohnvierteln und Industrie-

---

<sup>41</sup> Vgl. die allgemeine Umschreibung in § 1 Abs. 1 DSchG.

<sup>42</sup> Hingewiesen sei hier auf MAX WEBERS Postulat der Werturteilsfreiheit als Grundaxiom der Wissenschaftlichkeit (vgl. dazu MAX WEBER, Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: Horst Baier et al. (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Abteilung I: Schriften und Reden, Band 12, 445 ff.).

<sup>43</sup> SAUERLÄNDER (Fn. 3), 120 ff.; MÖRSCH GEORG, Zur Differenzierbarkeit des Denkmalbegriffs (Erstdruck 1981), wiederabgedruckt in: Lipp Wilfred (Hrsg.), Denkmal – Werte – Gesellschaft, Zur Pluralität des Denkmalbegriffs, Frankfurt a.M. 1993, 150 ff.

<sup>44</sup> Vgl. MÖRSCH (Fn. 43), 154 f.; SAUERLÄNDER (Fn. 3), 136 f.

denkmälern einsetzen.<sup>45</sup> Diese Erweiterung des Denkmalbegriffs steht auch in Zusammenhang mit der internationalen Vernetzung der Denkmalpflege. Dies zeigt sich anhand der Charta von Venedig (1964)<sup>46</sup>, wenn sie davon spricht, dass sich der Denkmalbegriff nicht nur «auf grosse künstlerische Schöpfungen, sondern auch auf bescheidene Werke, die im Laufe der Zeit kulturelle Bedeutung bekommen haben»<sup>47</sup> bezieht.

Dem erweiterten Denkmalbegriff folgt auch das *Bundesgericht*, wenn es Industriegebäude, Fabrik- und andere technische Anlagen, wie z.B. Bahnhofbauten und Bahnanlagen,<sup>48</sup> als Denkmäler schützt.<sup>49</sup> Während früher ein Objekt, um als Denkmal anerkannt zu werden, sich hinsichtlich Schönheit, kunsthistorischem Wert und geschichtlicher Bedeutung auszeichnen musste, ist nach moderner Auffassung, der auch das Bundesgericht folgt, in erster Linie entscheidend, ob das Bauwerk oder die Anlage als wichtiger, *charakteristischer Zeitzeuge* einer bestimmten Epoche von Bedeutung ist. Das Bauobjekt muss lediglich einen Ausdruck von kulturellen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, städtebaulichen oder technischen Gegebenheiten jener Epoche darstellen.<sup>50</sup>

Damit erweitert sich der Kreis möglicher Baudenkmäler in stilistischer Hinsicht enorm, da praktisch fast jedes Gebäude einen Ausdruck gewisser Gegebenheiten darstellt.

### C. Erweiterung in zeitlicher Hinsicht?

In zeitlicher Hinsicht erweitert sich der Denkmalbegriff, da auch Bauten aus jüngeren Epochen, wie dem ausgehenden 19. Jahrhundert und dem 20. Jahrhundert tendenziell gegenwärtig mehr Denkmalschutz erfahren. Im Vergleich zu anfänglichen Unterschutzstellungen von vorwiegend antiken, mittelalterlichen und barocken Kunst-, Kultur- und Sakraldenkmälern, reichen heutige Unterschutzstellungen von Gebäudetypen deutlich näher an die Gegenwart heran.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Vgl. GERMANN GEORG, Internationale Einflüsse auf die Denkmalpflege in der Schweiz, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen der Denkmalpflege, St. Gallen 2004, 21 ff., 30.

<sup>46</sup> Internationale Charta zur Konservierung und Restaurierung von Denkmälern und Ensembles, II. Internationaler Kongress der Architekten und Techniker in der Denkmalpflege, Venedig 1964 (Charta von Venedig).

<sup>47</sup> Art. 1, zweiter Satz Charta von Venedig (Fn. 46).

<sup>48</sup> Vgl. BGE 121 II 8 («Bern-Neuenburg-Bahn»); 120 Ia 270 betreffend die Unterschutzstellung von Innenräumen des Badischen Bahnhofs in Basel, dessen Eigentümerin die Deutsche Bundesbahn (heute Deutsche Bahn AG) ist.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 118 Ia 384 E. 5.a); Urteil des BGer vom 2. Juli 1986 E. 3.c), ZBl 88/1987, 538, 541 f.

<sup>50</sup> Statt vieler BGE 121 II 8 E. 3.b).

<sup>51</sup> Vgl. BÜHLER (Fn. 9), 44. Das mag auch erklären, weshalb zu Beginn des staatlichen Denkmalschutzes im 19. Jahrhundert der Begriff «Altertümer» geläufig war. – Vgl. BS 4 221 (Fn. 20).

Dies sorgt in der breiten Bevölkerung und in der Lehre teilweise für Kritik.<sup>52</sup> Zu bedenken ist allerdings, dass bei den ersten gesetzlichen Unterschutzstellungen die Gebäude – verglichen mit heute zu schützenden Baudenkmalern – notwendigerweise älter gewesen waren, da es vorher noch keine staatlichen Unterschutzstellungen gab. Die meisten uns bekannten schützenswerten antiken und historischen Gebäude stehen unter Denkmalschutz, weshalb sich das Feld möglicher zu schützender Bauten zunehmend einschränkt.<sup>53</sup> Zudem müssen aufgrund der Schnelllebigkeit und der Baudynamik moderner Zeiten gegenwärtig vermehrt auch vergleichsweise jüngere Gebäude erfasst werden, um überhaupt «zwischenzeitliche» Denkmäler erhalten zu können. So sind Bauten aus der Zeit des wirtschaftlichen Aufschwungs in den 1950er und den 1960er Jahre, die durch die 1968er-Bewegung eine Werteveränderung gegenüber dem historischen Erbe erfuhren, als vergangene Zeitzzeugen grundsätzlich bereits schützenswert.<sup>54</sup> Das Europäische Denkmaljahr 1975 unter dem Slogan «Eine Zukunft für unsere Vergangenheit» führte auch in der Schweiz zur Einsicht, dass Denkmalschutz eine international angestrebte Kulturaufgabe ist. Seither vereinheitlichte sich der denkmalpflegerische Umgang mit der historischen Baukultur. Die Unterschutzstellungen erreichen inzwischen Bauten aus den 1980er Jahren, wobei stets deren Bedeutung als Zeitzzeuge massgeblich sind.<sup>55</sup>

Die Frage, wie alt ein Gebäude sein muss, um als Denkmal gelten zu können, kann daher so nicht abschliessend beantwortet werden. Dass es einen gewissen zeitlichen Abstand zwischen der Errichtung des Gebäudes und dessen Unterschutzstellung brauche oder dass dieses aus einer anderen abgeschlossenen Epoche stamme, trifft nicht immer zu. Geschichtliche Übergänge von einer Epoche in eine andere sind fließend und oftmals erst retrospektiv feststellbar. Eine fixe zeitliche Grenze lässt sich deshalb nicht ohne Willkür ausmachen und eine solche würde den staatlichen Denkmalschutz unverhältnismässig stark einschränken. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb es nicht möglich sein sollte, ein architektonisch oder sozio-kulturell bedeutendes zeitgenössisches Bauwerk gleich nach Errichtung unter Denkmalschutz zu stellen.

---

<sup>52</sup> Vgl. MEYER LORENZ, Denkmalspflege und Raumplanung, Baurecht 1/1989, 4 ff., 7, der fordert, dass sich das zu schützende Baudenkmal einer abgeschlossenen Epoche zuordnen lassen müsse.

<sup>53</sup> Einmal abgesehen von archäologischen Funden und Überraschungsfunden.

<sup>54</sup> Vgl. HUBEL (Fn. 16), 164.

<sup>55</sup> Vgl. HUBEL (Fn. 16), 164; vgl. auch das Urteil des BGer 1C\_514/2020 vom 5. Mai 2021 zur denkmalrechtlichen Unterschutzstellung des architektonisch bedeutsamen «Haus Brunner» in Langnau am Albis aus den Baujahren 1986/1987. Das Bundesgericht schützte den Entscheid der Baudirektion, das Haus als Beispiel der neueren stilbildenden baukünstlerischen Entwicklung unter Denkmalschutz zu stellen (E. 4.6).

Dies sieht auch das Bundesgericht so, wie es erst kürzlich festgehalten hat.<sup>56</sup> Im Kanton Zug erfolgte eine Revision des kantonalen Denkmalschutzgesetzes, wonach Gebäude, die weniger als 70 Jahre alt sind, nicht gegen den Willen des Grundeigentümers unter Schutz gestellt werden können. Das Bundesgericht hob die gesetzliche Regelung, jüngere als 70 Jahre alte Objekte ganz vom Denkmalschutz auszuschliessen, auf. Zwar ergebe sich eine Schutzwürdigkeit häufig erst durch Zeitablauf, dies sei aber nicht zwingend.<sup>57</sup> Ein Gebäude könne schon kurze Zeit nach dessen Errichtung schutzwürdig sein, was auch für lokale und nicht nur nationale oder regionale Denkmäler zutreffen könne. Die kantonale Regelung, in solchen Fällen die Unterschutzstellung von der Zustimmung der Eigentümerschaft abhängen zu lassen, sei nicht vereinbar mit internationalen Übereinkommen.<sup>58</sup> Der Staat hätte es sonst nicht mehr in der Hand, das öffentliche Interesse am Denkmalschutz durchzusetzen.

Fraglich kann die Schutzwürdigkeit eines Denkmals werden, wenn es bereits stark verändert wurde und *Elemente verschiedener Stilepochen* aufweist. Es gibt in der Denkmalpflege unterschiedliche Ansätze damit umzugehen: Der Historismus verfolgte die Absicht, ein Bauwerk von späteren Veränderungen zu befreien und im ursprünglichen Stil wiederherzustellen oder fertigzustellen.<sup>59</sup> Bei dieser epochengetreuen Nachahmung verfügte die ausführende Denkmalbehörde über einige künstlerische Freiheiten. Dieser Ansatz gilt zu Recht als überholt. Die moderne Denkmalpflege geht vom Grundsatz aus, dass das Bauwerk als *historische Urkunde als Ganzes* in seiner geschichtlichen Substanz – auch mit Stilbrüchen – zu erhalten ist.<sup>60</sup> Diesem Ansatz entspricht die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach einem Bauwerk Denkmalcharakter dann zukommt, wenn es ein besonders charakteristischer Zeuge einer bestimmten, auch jüngeren Epoche darstellt.<sup>61</sup>

Damit kommt auch Bauwerken mit Elementen unterschiedlicher Stilepochen Denkmalcharakter zu.<sup>62</sup> Die unterschiedlichen Stilepochelemente können im Ergebnis sogar zu einem erhöhten zeitgenössischen Wert eines Baudenkmals führen, da dieses gleichzeitig verschiedene Stilepochen verkörpert.

---

<sup>56</sup> BGE 147 I 308.

<sup>57</sup> BGE 147 I 308 E. 7.5.1; vgl. auch BGE 121 II 8 E. 3.b).

<sup>58</sup> BGE 147 I 308 E. 7.5.

<sup>59</sup> Vgl. HUBEL (Fn. 16), 64 ff.

<sup>60</sup> Vgl. KNÖPFLI (Fn. 15), 210.

<sup>61</sup> S. oben, III.B. zu dieser Rechtsprechung des BGer (Fn. 48–50).

<sup>62</sup> Vgl. Urteil des VGer ZH vom 24. November 1972, ZBl 74/1973, 195 ff.

## IV. Denkmalschutz morgen?

### A. Problematik des erweiterten Denkmalbegriffs

Dem Vorzug eines grundsätzlich wertungsoffenen Denkmalbegriffs steht entgegen, dass dieser an Kontur verliert, da fast jedes Gebäude irgendeinen kulturellen, historischen oder architektonischen Bedeutungswert aufweist. Zudem muss der konkrete Bedeutungswert am einzelnen Denkmal stets von Neuem und in verschiedenster Hinsicht (historisch, sozio-kulturell, architektonisch, technisch etc.) erschlossen werden. Der erweiterte Denkmalbegriff steht vor dem Problem, in einer Ausuferung zu zerfliessen.<sup>63</sup> Durch grenzenlose Erweiterungsmöglichkeiten droht der Denkmalbegriff selbst ausgehöhlt zu werden.

Ein Ansatz mit dieser Problematik umzugehen, besteht darin, unter den möglichen Schutzobjekten lediglich die *architekturgeschichtlichen Schlüsselwerke* hervorzuheben. Damit erhofft man sich, die wesentlichen bedeutsamen Denkmale zu erfassen. Allerdings legt dieser Ansatz das Gewicht auf ein einziges typologisches Kriterium, nämlich auf die Bedeutung für die Architekturgeschichte.<sup>64</sup> Dabei stellt die architekturgeschichtliche Bedeutung gerade nur ein Kriterium unter vielen anderen dar. Es besteht durch diese einseitige Gewichtung die Gefahr, insbesondere dem *affektiven Wert* des Denkmals nicht gerecht zu werden. Dem Problem der Ausuferung mit der Fokussierung auf die architekturgeschichtliche Bedeutung entgegenzutreten, ist deshalb wenig zielführend.

Das moderne Denkmal weist eine *Vielschichtigkeit* auf, da es oftmals aus sozialer, repräsentativer, kultureller und historischer Perspektive bedeutsam ist. Um diese Plurivalenz zu erfassen, muss von objektiven, von Fachleuten festgestellten Kriterien ausgegangen werden. Das Bundesgericht betont jedoch wiederholt, dass Denkmalschutzmassnahmen auch breiter, d.h. von einem grösseren Teil der Bevölkerung getragen werden müssen.<sup>65</sup> Als Indikatoren hierfür berücksichtigt das Bundesgericht Aufrufe und Petitionen für eine Unterschutzstellung. So ereignete es sich im Fall des Literatencafés «Odeon» in Zürich, in dem 7000 Personen eine entsprechende Petition unterzeichnet hatten,<sup>66</sup> oder im Fall des Varieté-Theaters «Küchlin» in Basel, für dessen Unterschutzstellung sich sogar 15'000 Personen ausgesprochen hatten.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Vgl. zu dieser Problematik SAUERLÄNDER (Fn. 3), 120 ff.

<sup>64</sup> Dieser Ansatz wurde mit wenig Erfolg bereits in den 1870er Jahren in Frankreich angewendet; vgl. GERMANN (Fn. 45), 30 f.

<sup>65</sup> BGE 120 Ia 270 E. 4.a); 118 Ia 384 E. 5.a).

<sup>66</sup> BGE 109 Ia 257 E. 5.c).

<sup>67</sup> BGE 118 Ia 384 E. 5.d).

Das Bundesgericht geht von nach objektiven Fachkriterien ausgewählten Denkmälern aus, die jedoch eine Bedeutung über Fachkreise hinaus haben. Dies hängt einerseits mit der Feststellung eines öffentlichen Interesses zusammen, das zwar dem Denkmalschutz grundsätzlich zugestanden wird,<sup>68</sup> jedoch am Einzelobjekt stets neu begründet werden muss. Andererseits erfasst der erweiterte Denkmalbegriff gerade nicht bloss für Fachleute interessante kunsthistorisch Objekte, sondern auch sozio-kulturell bedeutsame Bauwerke.

## B. Neue gegenläufige öffentliche Interessen

Neue öffentliche Interessen haben aktuell einen Diskurs über einzelne Personendenkmäler und über Umweltaspekte von Denkmälern ausgelöst. Im Folgenden wird kurz erörtert, welchen Einfluss diese neuen öffentlichen Interessen auf denkmalrechtliche Unterschutzstellungen haben.

Die Beziehung der Gesellschaft zum baulichen Erbe kristallisiert sich insbesondere an *öffentlichen Denkmälern* heraus. Die öffentlichen Denkmäler, wie National- und Personendenkmäler, unterscheiden sich von privaten Denkmälern dadurch, dass sie von staatlichen Behörden oder mit deren Zustimmung errichtet wurden und im Eigentum des Staates stehen. Seit einiger Zeit ist ein Streit zu einzelnen öffentlichen Personendenkmälern entfacht. Es geht um die Frage, ob es noch zeitgemäss sei, Denkmäler von Personen auf öffentlichen Grund zu stellen, die direkt oder indirekt in (aus heutiger Sicht) ethisch verwerfliche Geschäfte verwickelt waren.

So forderte das «Collectif pour la mémoire» im Juni 2020 in einer Online-Petition, die Skulptur von David de Pury (1709–1786) in Neuenburg sei aus dem öffentlichen Raum zu entfernen. Der Neuenburger mit preussischem Adelstitel und englischer Staatsbürgerschaft vermachte einen Grossteil seines Nachlasses seiner Heimatstadt. Das Vermögen stammt hauptsächlich aus Handel mit brasilianischem Edelmholz und Diamanten, zu deren Gewinnung SklavInnen eingesetzt wurden, und er hielt Aktien eines Unternehmens, welches mit SklavInnen handelte. Er betrieb selbst keinen Handel mit SklavInnen. Aus dem Nachlass wurden in Neuenburg einige bedeutende Bauwerke errichtet, darunter Schulen und ein Rathaus.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. z.B. BGE 118 Ia 384 E. 5.a).

<sup>69</sup> Vgl. Bericht des Neuenburger Gemeinderates vom 5. Juli 2021, abrufbar unter <[https://www.neuchatelville.ch/fileadmin/sites/ne\\_ville/fichiers/Sortir\\_et\\_decouvrir/Rapport\\_CC-ComCICS\\_CG\\_DePury\\_21-204\\_VF\\_AvecAnnexe.pdf](https://www.neuchatelville.ch/fileadmin/sites/ne_ville/fichiers/Sortir_et_decouvrir/Rapport_CC-ComCICS_CG_DePury_21-204_VF_AvecAnnexe.pdf)>; vgl. zum Ganzen Mal Denken!, David de Pury (NE), abrufbar unter <<https://denk-mal-denken.ch/24-denkmaeler/denkmal/pury-neuchatel>>.

In diesem Zusammenhang ist m.E. der Aspekt des Denkmals als Erbgut ergiebig. Denkmäler sind für die jetzige und jede kommende Generation als ein Erbe zu betrachten. Dieser Zusammenhang wird deutlich, wenn man sich den Begriff «Heimatschutz» im französischen Verfassungstext mit «le patrimoine»<sup>70</sup> vergegenwärtigt, der bekanntlich vom lateinischen Begriff «Erbgut» stammt. In diesem Sinn spricht auch die *Weltkulturerbekonvention* vom Kultur- und Naturgut, das als Erbe aller Völker ungeschmälert zu erhalten ist.<sup>71</sup>

Aus dieser Betrachtungsweise folgt, dass auch heute unliebsam gewordene Denkmäler nicht einfach zerstört werden dürfen. Andernfalls würden sie unwiederbringlich dem Erbe entzogen, das es grundsätzlich zu erhalten gilt. Selbstverständlich schliesst ein solches Erhaltungsgebot keineswegs einen kritischen und *offenen Diskurs* über die historische Vergangenheit der abgebildeten Personen oder Ereignisse aus.

Denkbar wäre auch eine Entfernung aus dem öffentlichen Raum und eine Platzierung in einem Museum oder einem Archiv. Dieser Vorgang müsste jedoch von einem vorhergehenden demokratischen Entscheidungsfindungsprozess in Form einer Volksabstimmung auf kommunaler, lokaler oder nationaler Ebene getragen werden. Falls die Entfernung technisch oder politisch nicht realisierbar sein sollte, könnte auch eine zusätzliche Informationstafel neben dem öffentlichen Denkmal aufgestellt werden, die auf die geschichtlichen und aus heutiger Sicht problematischen Umstände oder Verwicklungen dieser Person umfassend hinweisen würde. Die gesellschaftliche Bedeutung eines Denkmals lässt sich häufig nicht auf einen einzelnen Aspekt reduzieren, auch wenn dies oftmals der einfachere Weg wäre, mit ambivalenten Entwicklungen in der Geschichte umzugehen.

In Zeiten klimatischer Veränderungen und der Energiewende stellen sich neue Fragen im Umgang mit Denkmälern. Konkret wenn es darum geht, ob auf denkmalgeschützten Objekten Solaranlagen angebracht werden dürfen. Dabei geht es zum einen um eine *Interessenabwägung* zwischen dem Denkmalschutz und weiteren öffentlichen Interessen, wie der Produktion von erneuerbarer Energie. Zum anderen geht es um ein *Wechselverhältnis* zu anderen öffentlichen Interessen, insbesondere zum Umweltschutz. Die anthropogenen klimatischen Veränderungen – wie der steigende Meeresspiegel, die Erwärmung der Ozeane, Überschwemmungen und Waldbrände – gefährden nicht nur das

---

<sup>70</sup> Vgl. die Marginalie von Art. 78 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101, französische Fassung).

<sup>71</sup> Vgl. die Präambel zum Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturgutes der Welt vom 23. November 1972 (Weltkulturerbekonvention, SR 0.451.41).

Naturerbe, sondern auch das bauliche Kulturerbe global.<sup>72</sup> Die Umsetzung klimaschonender Massnahmen kann jedoch wiederum denkmalgeschützte Bauten betreffen. In Zusammenhang mit der Energiewende und dem Ausbau erneuerbarer Energien stellt sich insbesondere die Frage, wie weit denkmalgeschützte Gebäude hierfür genutzt werden dürfen.

Gemäss Art. 18a RPG bedürfen Solaranlagen auf Kultur- und Naturdenkmälern von kantonaler oder nationaler Bedeutung stets einer Baubewilligung. Solaranlagen dürfen solche Denkmäler nicht wesentlich beeinträchtigen. Diese Beurteilung findet im Baubewilligungsverfahren statt. Zu berücksichtigen ist dabei nach Auffassung des Bundesgerichts stets auch die Relation der betroffenen öffentlichen Interessen. Im Entscheid betreffend einer Biogasanlage innerhalb eines schützenswerten Ortsbildes von nationaler Bedeutung in der Umgebung des Châteaus von Petit-Vivy (FR) erachtete das Bundesgericht das öffentliche Interesse am Betrieb der geplanten Biogasanlage als nicht überwiegend, da die Menge der mit der Anlage produzierten erneuerbaren Energie gering sei.<sup>73</sup> Zugleich sollte das Gesamtbild nicht aus dem Blickfeld geraten. Mit ca. 5% des Gesamtgebäudebestandes oder 90'000 Gebäuden unter Denkmalschutz<sup>74</sup> hängt die Energiewende nicht wesentlich von der Einbindung denkmalgeschützter Gebäude ab.

Gewisse Restaurationen an Denkmälern sind unumgänglich, sei es für die private oder öffentliche Nutzung, sei es für die Substanzerhaltung. Es bietet sich an, solche Restaurationen möglichst energieschonend auszuführen. Eine praktische Orientierungshilfe können die behördlichen Grundsatzpapiere bieten.<sup>75</sup> Es zeigt sich, dass mit einer Herangehensweise, welche beide öffentlichen Interessen an der Produktion erneuerbarer Energie und am Denkmalschutz berücksichtigt, gangbare Wege für eine nachhaltige Denkmalpflege geebnet werden können.

---

<sup>72</sup> Vgl. z.B. UNESCO/UNEP, World Heritage and Tourism in a Changing Climate, 2016, 11 ff., abrufbar unter <<https://www.ucsusa.org/sites/default/files/attach/2016/05/world-heritage-and-tourism-in-a-changing-climate.pdf>>.

<sup>73</sup> Urteil des BGer 1C\_116/2020 vom 21. April 2021, E. 4.4.2.

<sup>74</sup> Gemäss Angaben des BAK: Bundesamt für Kultur, Baukulturelles Erbe und Energiewende, abrufbar unter <<https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/baukultur/bauen-planen-entwickeln/baukultur-nachhaltigkeit/baukulturelles-erbe-und-energiewende.html>>.

<sup>75</sup> Vgl. EDI/EKD, Energie und Baudenkmal, Grundsatzdokument vom 22. Juni 2018, abrufbar unter <<https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/baukultur/ekd/grundsatzdokumente-leitsaetze.html>>.

## V. Schlussgedanken

Zu den allgemeinen Elementen des Denkmalbegriffs gehören die physische Verkörperung als Denkmalobjekt und dessen Erinnerungswert, der durch das Medium des baulichen Objekts übermittelt wird. Diese beiden, an sich unabhängigen Elemente müssen koinzidieren, damit von einem Denkmal gesprochen werden kann. Der erweiterte (moderne) Denkmalbegriff, mit dem auch die Praxis operiert, setzt einen geschichtlichen, baulichen, technischen oder sozio-kulturellen Erinnerungswert des Baudenkmals für dessen Unterschutzstellung voraus. Welche baulichen Objekte konkret als Denkmal eingestuft werden, hängt von einer wertenden Auffassung ab, die vom kulturellen Zeitgeist beeinflusst wird. Dies hat die skizzenhaft nachgezeichnete Entwicklung des Denkmalschutzes gezeigt.

Es tauchen neue öffentliche Interessen auf, die dem Denkmalschutz teilweise zuwiderlaufen. Es ist Aufgabe jeder Generation, die bisherigen Denkmäler so weit wie möglich zu erhalten und aus der Fülle der neu geschaffenen, baulichen Denkmäler eine Auswahl zu treffen. Diese Auswahl geschieht implizit oder explizit durch eine *Bestimmung des Erinnerungswertes* des baulichen Objekts. Es ist wünschenswert, dass dieser Erinnerungswert und der Kontext in der Kulturgeschichte kritisch hinterfragt wird. Dann hat das Denkmal im aufklärerischen Sinn seine Aufgabe erfüllt. Hierzu bedarf es eines offenen und kritischen Diskurses, was eine gewisse Toleranz für verschiedene Ansichten voraussetzt.

Diese Auswahl hat sich an verschiedenen Gesichtspunkten zu orientieren, wobei eine Abwägung aller involvierten öffentlichen und privaten Interessen notwendig ist. Ein scheinbarer Widerspruch kann oftmals mit einer vermittelnden Herangehensweise aufgelöst werden, wie sich beim Umgang von Denkmälern mit erneuerbaren Energien zeigt. Wenngleich Bestrebungen, auch Denkmäler für erneuerbare Energieproduktion einzubinden, grundsätzlich zu begrüßen sind, ist aufgrund des dadurch zu erzielenden möglichen Outputs für die Energiegewinnung gewisse Zurückhaltung angebracht.



# Datenschutzregulierung im Wandel der Zeit

Stella Galehr

## Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	79
II.	<a href="#">Die Entwicklung der Datenschutzregulierung in der Europäischen Union unter Berücksichtigung paralleler Entwicklungen in der Schweiz und den USA</a>	80
A.	<a href="#">Die Anfänge: Auswirkungen des Zweiten Weltkriegs bis in die 1990er Jahre</a>	80
1.	<a href="#">Datenmissbrauch während des NS-Regimes</a>	80
2.	<a href="#">Hessen-Effekt: Die erste Welle von nationalen Datenschutzgesetzen</a>	81
3.	<a href="#">Technische Pioniere «born in the USA»</a>	82
4.	<a href="#">Zunahme des grenzüberschreitenden Datenverkehrs und Beginn europäischer und internationaler Koordination</a>	83
a.	<a href="#">OECD-Leitlinien zum Schutz der Privatsphäre und zum grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten</a>	83
b.	<a href="#">Europäische Datenschutzrichtlinie</a>	84
B.	<a href="#">Die Entwicklungen in den 2000er bis 2010er Jahren</a>	85
1.	<a href="#">Veränderter politischer Fokus und Geburtsstunde der sozialen Medien</a>	85
2.	<a href="#">Einschränkung staatlicher Überwachung und Konsument*innenschutz</a>	85
3.	<a href="#">Die Entstehung neuer digitaler Ökosysteme</a>	86
C.	<a href="#">Entwicklungen seit der Einführung der Datenschutz-Grundverordnung im Jahr 2018 bis heute</a>	87
1.	<a href="#">Datenschutz-Grundverordnung</a>	87
2.	<a href="#">Parallele Entwicklungen in der Schweiz und den USA</a>	87
3.	<a href="#">Technologiespezifische Regulierung am Beispiel biometrischer Daten und künstlicher Intelligenz</a>	88
4.	<a href="#">Europäische Datenstrategie</a>	89
III.	<a href="#">Schlussbetrachtung</a>	90

## I. Einleitung

In den letzten Jahren hat die Regulierung von Daten(-schutz) augenscheinlich rapide zugenommen. Im Jahr 2018 trat in der Europäischen Union (EU) die Datenschutz-Grundverordnung<sup>1</sup> in Kraft, deren restriktive Bestimmungen zum

---

<sup>1</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 119 vom 4. Mai 2016, 1–99 (Datenschutz-Grundverordnung).

Datentransfer in EU-Drittländer dazu geführt haben, dass mehrere Länder weltweit ähnliche gesetzgeberische Initiativen ergriffen.<sup>2</sup> Dies geschah auch, um ein vergleichbares Schutzniveau wie in der EU zu etablieren, und so von einem freien Datenverkehr zu profitieren. Parallel dazu haben die Fortschritte in der Technologie und die Anpassungen in den Geschäftsmodellen von Unternehmen dazu geführt, dass Datenschutzaktivist\*innen und Verbraucher\*innen verstärkt auf ihre Rechte gepocht haben. Obwohl Privatsphäre und Datenschutz bereits mehrfach für tot erklärt wurden, ist der Schutz von Daten heute relevanter denn je, denn Chatbots, Metaverse-Anwendungen und zahllose weitere KI-Anwendungen, die das Leben erleichtern und die Produktivität steigern sollen, schwemmen die globalen Märkte. Und auch die Gesetzgeber waren in den letzten Jahren aktiv und haben ihrerseits die Märkte mit regulatorischen Massnahmen beeinflusst.

In diesem Beitrag wird untersucht, ob in der EU, der Schweiz und den USA eine lineare Entwicklung in der Datenschutzregulierung beobachtet werden kann, die sich in Form von zunehmend effektiveren Vorschriften manifestiert. Gleichzeitig wird erörtert, wie sich in Relation dazu die technologische Realität im Laufe der Zeit verändert hat.

## **II. Die Entwicklung der Datenschutzregulierung in der Europäischen Union unter Berücksichtigung paralleler Entwicklungen in der Schweiz und den USA**

### **A. Die Anfänge: Auswirkungen des Zweiten Weltkriegs bis in die 1990er Jahre**

#### **1. Datenmissbrauch während des NS-Regimes**

In Europa wurde die Diskussion rund um das Recht auf Datenschutz im Anschluss an die Verbrechen des NS-Regimes im Zweiten Weltkrieg angestossen. Erklärtes Ziel der Nationalsozialisten war eine vollständige Durchdringung des

---

<sup>2</sup> Eine Übersicht findet sich unter anderem hier: IAPP, Global Comprehensive Privacy Law Mapping Chart, abrufbar unter <<https://iapp.org/resources/article/global-comprehensive-privacy-law-mapping-chart/>>.

öffentlichen wie auch des privaten Bereichs. Auf dem Sockel einer faschistischen Idee und Kategorisierung anhand von Daten wurden Menschen verfolgt, deportiert und ermordet.<sup>3</sup>

## 2. Hessen-Effekt: Die erste Welle von nationalen Datenschutzgesetzen

Auch nach dem Zweiten Weltkrieg füllten in der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) Stasi-Offiziere Akten mit Informationen, die sie durch Postkontrollen, Hausdurchsuchungen und das Abhören von Telefonaten sammeln konnten. Zur gleichen Zeit, im Jahr 1970, wurde in Hessen, im damaligen Westdeutschland, das erste moderne Datenschutzgesetz<sup>4</sup> erlassen und damit der Grundstein für eine moderne Datenschutzregulierung in Europa gesetzt. Konkreten Anlass dazu gaben die rapid voranschreitenden Entwicklungen bei der elektronischen Datenverarbeitung.<sup>5</sup>

Das hessische Gesetz inspirierte schliesslich das deutsche Bundesdatenschutzgesetz, das 1977 in Kraft trat.<sup>6</sup> Zeitlich parallel dazu gab es Entwicklungen in anderen europäischen Staaten, wie zum Beispiel Schweden (1973)<sup>7</sup> oder Österreich (1978)<sup>8</sup>. Alle diese Datenschutzgesetze folgen dem sogenannten omnibus-Ansatz. Dabei steht die Verarbeitung von personenbezogenen Daten als solche im Vordergrund und erfasst werden alle Verarbeitungstätigkeiten, unabhängig des Sektors oder des Verhältnisses, in dem sich Verarbeiter und Datensubjekt befinden.

Im Jahr 1993 folgte schliesslich das erste Datenschutzgesetz (DSG) in der Schweiz, das ebenso dem omnibus-Ansatz folgte und damit Personendaten und ursprünglich auch Daten juristischer Personen<sup>9</sup> umfassend schützte.<sup>10</sup> Das

---

<sup>3</sup> FREUDE ALVAR C.H./FREUDE TRIXY, Echoes of History: Understanding German Data Protection, Newpolitik, 85, abrufbar unter <[https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Publication\\_Newpolitik\\_BFNA\\_2016.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Publication_Newpolitik_BFNA_2016.pdf)>.

<sup>4</sup> Hessisches Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970 (GVBl. I S. 625).

<sup>5</sup> SIMITIS SPIROS, Hessischer Datenschutzbeauftragter a.D., in: Kartmann Norbert/Ronellenfisch Michael (Hrsg.), 40 Jahre Datenschutz in Hessen, Baden-Baden 2012, 17 ff.

<sup>6</sup> Bundesdatenschutzgesetz vom 27. Januar 1977 (Bundesdatenschutzgesetz, BGBl. I S. 2097).

<sup>7</sup> Schwedisches Datenschutzgesetz vom 11. Mai 1973 (Datalag, SFS 1973:289).

<sup>8</sup> Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten vom 18. Oktober 1978 (Datenschutzgesetz, BGBl. Nr. 565/1978).

<sup>9</sup> Das revidierte Datenschutzgesetz schliesst juristische Personen heute vom Anwendungsbereich aus.

<sup>10</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (Datenschutzgesetz, aDSG, AS 1993 1945).

Schweizer DSG war zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits lange antizipiert worden, nachdem Erfahrungen in Deutschland, Österreich und anderen Ländern bereits kritisch beobachtet worden waren.<sup>11</sup>

Um zu veranschaulichen, wie die Debatte dazumal klang, folgt eine kleine Anekdote aus einer Ausgabe des 1980 erschienenen «Schweizer Treuhänder»: Ein Autor warnte in seinem Beitrag vor der ausufernden bürokratischen Bedeutung des *neuen* Datenschutzes und schrieb: «Im Bereich konventioneller Karteien mag es infolge der Datenschutzbestimmungen notwendig sein, die Daten einer Kartei auf mehrere getrennte Karteien aufzuteilen.»<sup>12</sup> Der Autor führte aus, dies wäre zur Datenminimierung notwendig, da zukünftig nur mehr diejenigen Departemente Kenntnis von Daten erhalten sollen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Somit wäre ein solches, sehr aufwendiges Vorgehen notwendig, um Daten gesetzeskonform zu verarbeiten, so die Befürchtung des Autors. Wie sich rückblickend feststellen lässt, kam es glücklicherweise nicht dazu, dass Arztpraxen mehrere Karteien pro Patient\*in anlegen mussten.<sup>13</sup> Vielmehr wird dem Grundsatz der Proportionalität der Massnahmen auch weiterhin eine grosse Bedeutung beigemessen.

### 3. Technische Pioniere «born in the USA»

Während die ersten Datenschutzgesetze aus Europa stammten, kamen viele technische Fortschritte aus den USA. Global waren die technischen Pioniere jener Zeit beispielsweise IBM, Hewlett-Packard (HP) und Intel, die ihren Sitz alle in US-Bundesstaaten hatten.<sup>14</sup> Die 1970er Jahre in den USA zeichneten sich durch die Entstehung zahlreicher Tech-Giganten aus, die heute die technologische Landschaft massgeblich prägen. Besonders erwähnenswert sind dabei Apple und Microsoft, beide «born in the USA».<sup>15</sup>

Die US-amerikanische Regierung unterstützte und ermöglichte diese Entwicklungen aktiv. So wurde zum Beispiel davon abgesehen, den Entwicklungen in Europa zu folgen und ein omnibus-Datenschutzgesetz zu erarbeiten. Stattdessen setzte sich der sogenannte sektorspezifische Ansatz durch, der wesentlich mehr Flexibilität bot. Vor allem aber bedeutete es, dass Lobbyisten

---

<sup>11</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff., 423.

<sup>12</sup> SALZMANN REINHARD, Datenschutz in der Schweiz, Der Schweizer Treuhänder 54(2) 1980, 18 ff., 21.

<sup>13</sup> SALZMANN (Fn. 12), 21.

<sup>14</sup> Siehe zum Beispiel SENDLER ULRICH, USA, in: Sandler Ulrich (Hrsg.), Industrie 4.0 grenzenlos, Berlin/Heidelberg 2016, 73 ff.

<sup>15</sup> Apple wurde 1976 in Los Altos, Kalifornien, und Microsoft 1975 in Albuquerque, New Mexico gegründet (siehe Fn. 27).

bei jedem neuen Projekt in Washington vor Ort waren und versuchten, den Fortschritt für ihre Bedürfnisse zu beeinflussen.<sup>16</sup> Ein weiteres, relevantes Beispiel für die aktive Unterstützung ist die Einführung des im amerikanischen IT-Recht zentralen § 230 des *Telecommunications Act* im Jahr 1996.<sup>17</sup> Dieser bot Plattformen explizit rechtliche Absicherung vor potentiellen und kostspieligen Gerichtsstreitigkeiten: § 230 befreit Plattformen von der Haftung für Inhalte, die von Dritten auf ihren Plattformen veröffentlicht werden.<sup>18</sup>

Seitens der USA gab es angesichts dieser voranschreitenden Entwicklungen jedoch genauso Bestrebungen, Informationen, die einem Individuum zuzuordnen sind, zu schützen.<sup>19</sup> 1970 wurde zum Beispiel der *Fair Credit Reporting Act* verabschiedet.<sup>20</sup> Es folgte der *Privacy Act of 1974*.<sup>21</sup> Beides sind Bundesgesetze. Wie beschrieben, waren diese Bemühungen jedoch auf einzelne Sektoren begrenzt: Der *Fair Credit Reporting Act* schützt Verbraucher\*innen vor missbräuchlichen Praktiken im Zusammenhang mit der Auskunft zur Kreditvergabe. Der *Privacy Act of 1974* hingegen verleiht US-Bürger\*innen Rechte im Zusammenhang mit der Verarbeitung ihrer Daten durch US-Behörden.

Durch die fortschreitende Entwicklung technologischer Möglichkeiten – Vorläufer des Internets entstanden bereits in den 1960er Jahren – wurde bereits deutlich, dass politische Lösungen erforderlich sind, um der unbeschränkten, auch grenzüberschreitenden Datenübertragung gerecht zu werden.

4. Zunahme des grenzüberschreitenden Datenverkehrs und Beginn europäischer und internationaler Koordination
  - a. *OECD-Leitlinien zum Schutz der Privatsphäre und zum grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten*

Das erste internationale Instrument zur Regulierung von Personendaten wurde 1980 eingeführt: die *OECD-Leitlinien zum Schutz der Privatsphäre und zum grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten*.<sup>22</sup> Um ins-

---

<sup>16</sup> Siehe CAPPELLO LAWRENCE, *Big Iron and the Small Government: On the History of Data Collection and Privacy in the United States*, *Journal of Policy History* 2017, 177 ff., 187.

<sup>17</sup> Section 230 Communications Decency Act vom 8. Februar 1996 (CDA, 47 U.S.C. § 230).

<sup>18</sup> Siehe hierzu CHANDER ANUPAM, *How Law Made Silicon Valley*, *Emory Law Journal* 63(3) 2014, 639 ff., 650 ff.

<sup>19</sup> In den USA ist der Terminus technicus «personally identifiable information».

<sup>20</sup> *Fair Credit Reporting Act* vom 26. Oktober 1970 (FCRA, 84 Stat. 114-2).

<sup>21</sup> *Privacy Act of 1974* vom 31. Dezember 1974 (88 Stat. 1896).

<sup>22</sup> OECD, *Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, 23. September 1980.

besondere (Handels-)Hemmnisse beim grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten zu vermeiden, empfahl die OECD ihren damaligen Mitgliedsstaaten, bestimmte Leitprinzipien beim Verarbeiten von personenbezogenen Daten zu berücksichtigen und so untereinander das notwendige Vertrauen zu schaffen. Es blieb damals bei dieser Empfehlung, da die OECD-Leitlinien lediglich eine Absichtserklärung darstellten, jedoch für die Mitgliedsstaaten nicht bindend waren.

Zu jener Zeit war die individuelle Nutzung noch stark eingeschränkt. Es dominierte vielmehr die Verwendung von Grossrechnern, die üblicherweise in Rechenzentren betrieben wurden. Mobile Telekommunikation stand der breiten Masse ebenso wenig zur Verfügung: Die Kommunikation beschränkte sich auf Festnetzanschlüsse und Faxgeräte, die für die Übermittlung von Dokumenten genutzt wurden.

Vor diesem Hintergrund wurden von der OECD acht Schlüsselprinzipien festgelegt, die uns heute noch vertraut sind, da sie sich zuerst in der Europäischen Datenschutzrichtlinie<sup>23</sup> und später in der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung widerspiegeln. Die acht Prinzipien betreffen Transparenz, Datenminimierung, Datenqualität, Zweckbindung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung, Integrität/Vertraulichkeit sowie Rechenschaftspflicht.<sup>24</sup>

#### *b. Europäische Datenschutzrichtlinie*

1995 verabschiedeten die Europäischen Gemeinschaften, die damals 15 Mitgliedstaaten zählten, die Europäische Datenschutzrichtlinie und damit den ersten europäischen Rahmen für den Datenschutz und die Vorläuferin der heute geltenden Datenschutz-Grundverordnung. In Erwägungsgrund 14 heisst es, dass die Datenschutzrichtlinie «in Anbetracht der Bedeutung der gegenwärtigen Entwicklung im Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft» angewendet werden muss.<sup>25</sup> Es ist nicht klar, ob und welche spezifischen Entwicklungen der Gesetzgeber genau ins Visier genommen hat. Evident ist vielmehr, dass er eine technologieagnostische Position einnimmt und den Schwerpunkt auf den Schutz der Daten natürlicher Personen legt, grundsätzlich unabhängig von der Form der Verarbeitung.

---

<sup>23</sup> Richtlinie (EG) 95/46 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23. November 1995, 31 ff. (Europäische Datenschutz-Richtlinie).

<sup>24</sup> Siehe Art. 5 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>25</sup> Erwägungsgrund 14 zur Europäischen Datenschutz-Richtlinie.

## B. Die Entwicklungen in den 2000er bis 2010er Jahren

### 1. Veränderter politischer Fokus und Geburtsstunde der sozialen Medien

Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001, als die Sicherheitsbedenken im globalen Westen besonders gross waren, traten die Belange des Datenschutzes politisch in den Hintergrund. Vor allem Staatsapparate und Regierungen machten sich den technischen Fortschritt zu Nutze und verarbeiteten immer grössere Datenmengen von Bürger\*innen. In den USA wurden Telekommunikationsunternehmen gesetzlich dazu verpflichtet, Daten zu übermitteln und Zugriffe durch staatliche Stellen zu ermöglichen.<sup>26</sup>

Auch seitens der Privatwirtschaft gab es nach den späten 1990er und Anfängen der 2000er Jahre signifikante Entwicklungen: Internetverbindungen wurden einfacher zugänglich, stabiler und schneller. Mobile Geräte eroberten die Märkte und immer mehr Menschen integrierten die Geräte in ihren Alltag. In diesem Zeitraum kam es zu einer Welle von Gründungen neuer Technologie-Unternehmen: Palantir Technologies (2003), Facebook (2004), YouTube (2005), Twitter (2006), Amazon Web Services (2006), Spotify (2006), Netflix Streaming (2007), Dropbox (2007), Airbnb (2008), Uber (2009), Pinterest (2010), Instagram (2010) usw.<sup>27</sup> Es kommt zur Etablierung sozialer Medien, des Cloud Computing und zur Entstehung von Online-Werbepattformen. Die einzelnen Nutzer\*innen stehen nunmehr im Fokus.

### 2. Einschränkung staatlicher Überwachung und Konsument\*innenschutz

In Bezug auf die Gesetzgebung hat sich in diesem Zeitraum nur wenig verändert. In der EU blieb die Datenschutzrichtlinie in Kraft und die damit harmonisierten Datenschutzgesetze der einzelnen Mitgliedsstaaten.

Das bedeutete jedoch keineswegs einen Stillstand. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahr 2009 erhielt die EU-Grundrechtecharta<sup>28</sup> nun

---

<sup>26</sup> Die Rechtsgrundlage hierfür bildet der Communications Assistance for Law Enforcement Act vom 25. Oktober 1994 (CALEA, 108 Stat. 4279).

<sup>27</sup> Die Auswahl der Unternehmen erfolgte durch die Autorin; das Gründungsjahr wurde der Wikipedia Seite des jeweiligen Unternehmens entnommen, abrufbar unter <<https://de.wikipedia.org/>>.

<sup>28</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18. Dezember 2000 (EU-Grundrechtecharta, Abl. C 364/01); Art. 8 der EU-Grundrechtecharta postuliert das Recht auf Schutz personenbezogener Daten.

den gleichen Status wie die Verträge der EU.<sup>29</sup> Dadurch erlangte das Datenschutzregime in der EU ab diesem Zeitpunkt eine solide Grundlage. Basierend darauf schlug die Kommission im Jahr 2012 vor, die Datenschutzrichtlinie zu reformieren.<sup>30</sup>

In den USA, wo aufgrund des sektorspezifischen Ansatzes und der Dynamik zwischen Bund und Bundesstaaten mehr Flexibilität herrschte, gab es einige interessante Entwicklungen. Zum Beispiel wurde im Jahr 2002 in Kalifornien das gesetzliche Erfordernis zur Meldung von Datenschutzverletzungen eingeführt.<sup>31</sup> Es war das erste Gesetz weltweit, das eine solche Meldung an die Öffentlichkeit vorsah. Davon inspirierte ähnliche gesetzliche Verpflichtungen gibt es heute in der Datenschutz-Grundverordnung ebenso wie im revidierten Schweizer Datenschutzgesetz.<sup>32</sup> Darüber hinaus wurde auf Bundesebene der USA Patriot Act verabschiedet, um die staatliche Überwachung als Reaktion auf den zuvor erwähnten internationalen Terrorismus wiederum einzuschränken.<sup>33</sup>

### 3. Die Entstehung neuer digitaler Ökosysteme

Die skizzierten Entwicklungen in diesem Jahrzehnt verdeutlichen, dass die Datenverarbeitung zunehmend komplexere Strukturen angenommen hat, was wiederum den Schutz personenbezogener Daten zu einer immer bedeutenderen Aufgabe machte. Gleichzeitig zeichnete sich in diesem Jahrzehnt auch ein Paradigmenwechsel ab: Anfangs lag der Schwerpunkt hauptsächlich auf der Datensammlung auf staatlicher Ebene und der Nutzung staatlicher Ressourcen zur Überwachung von Einzelpersonen und Gruppen. Mit der Herausbildung einer neuen digitalen Wirtschaft und der Entstehung eigener digitaler Ökosysteme verschob sich der Fokus immer mehr weg von staatlicher Überwachung und hin zur Konsument\*innensicherheit in den USA und dem Schutz fundamentaler Grundrechte in der EU.

---

<sup>29</sup> Art. 6 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon, Abl. C 306/01).

<sup>30</sup> Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr vom 25. Januar 2012, 2012/0011 (COD).

<sup>31</sup> Vgl. California Civil Code, § 1798.82, Disclosure Of A Data Breach Involving Personal Information.

<sup>32</sup> Siehe unten, [II.C.2.](#)

<sup>33</sup> Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act vom 26. Oktober 2001 (USA Patriot Act, 115 Stat. 272).

## C. Entwicklungen seit der Einführung der Datenschutz-Grundverordnung im Jahr 2018 bis heute

### 1. Datenschutz-Grundverordnung

2018 tritt die Datenschutz-Grundverordnung in Kraft und löst damit die Datenschutz-Richtlinie von 1995 ab. Sie folgt den in Kapitel [II.A.4.a.](#) genannten Grundprinzipien der Datenschutz-Richtlinie und bleibt neutral gegenüber spezifischen Technologien. Sie führt ergänzend einige Änderungen ein, die das Schutzniveau in der EU anheben sollen. Klassisches Charakteristikum der Datenschutz-Grundverordnung ist zum Beispiel, dass jede Datenverarbeitung nunmehr eine Rechtsgrundlage benötigt.<sup>34</sup> Was als Rechtsgrundlage gilt, ist abschliessend geregelt. Darunter fallen zum Beispiel die Erforderlichkeit zur Erfüllung einer Vertragsleistung oder die Einwilligung zur Verarbeitung durch die betroffene Person.<sup>35</sup>

Kernstück der Datenschutz-Grundverordnung sind aber weiterhin die Rechte, die sie betroffenen Personen verleiht. Darunter fallen das Auskunftsrecht, das Recht auf Berichtigung, das Recht auf Löschung aber auch zum Beispiel das Recht auf Datenübertragbarkeit.<sup>36</sup> Ein Beispiel für eine Rechtsübernahme (ein «legal transplant») aus dem kalifornischen Recht ist die Implementierung einer Meldepflicht für Datenschutzverletzungen (vgl. Kapitel [II.B.2.](#)), die Unternehmen verpflichtet, die Datenschutzbehörden innerhalb eines Zeitraums von 72 Stunden über solche Vorfälle in Kenntnis zu setzen.<sup>37</sup> Die Datenschutz-Grundverordnung sieht ausserdem vor, dass Personendaten nur in Drittländer mit adäquatem Datenschutzniveau übermittelt werden.<sup>38</sup> Diese Anforderung hat dazu geführt, dass in vielen Ländern rund um den Globus nach und nach Datenschutzgesetze verabschiedet wurden, um die Datentransfers mit der EU weiterhin zu gewährleisten (vgl. [Kapitel I](#)). Man spricht vom *Brussels Effect*.

### 2. Parallele Entwicklungen in der Schweiz und den USA

Auch die Schweiz hat ihr Datenschutzgesetz reformiert. Das revidierte Gesetz ist am 1. September 2023 in Kraft getreten, und orientiert sich stark an der Da-

---

<sup>34</sup> Art. 6 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>35</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. a und b Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>36</sup> Art. 16, 17 und 20 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>37</sup> Art. 33 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>38</sup> Art. 44 ff. Datenschutz-Grundverordnung

tenschutz-Grundverordnung.<sup>39</sup> Die Grundsätze für die Verarbeitung sind stark harmonisiert. Allerdings gibt es einen wichtigen konzeptionellen Unterschied: In der EU ist für jede Datenverarbeitung eine rechtliche Grundlage erforderlich, während in der Schweiz dies nur unter bestimmten Umständen notwendig ist.<sup>40</sup> Auch sonst bestehen Differenzen, wie beispielsweise die Zeitspanne und Bedingungen zur Bekanntgabe von Datenschutzverletzungen. Gemäss der Datenschutz-Grundverordnung beträgt diese Frist 72 Stunden. In der Schweiz hingegen ist die Meldung «so schnell als möglich» erforderlich und auch nur dann, wenn die Verletzung ein hohes Risiko für die betroffene Person darstellt.<sup>41</sup>

Auch in den USA haben bis April 2024 insgesamt 15 Bundesstaaten umfassende Datenschutzgesetze erlassen.<sup>42</sup> Alle diese Gesetze enthalten omnibus-Regelungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten und sind im Gegensatz zu den vorhandenen Bundesgesetzen nicht auf bestimmte Branchen beschränkt. Sie stärken die Rechte der Personen, deren Daten verarbeitet werden und gewähren teilweise ähnliche Rechte wie die Datenschutz-Grundverordnung in der EU. Dazu gehören das Recht auf Zugang zu den eigenen Daten, das Recht auf Löschung und das Recht auf Datenübertragbarkeit.

### 3. Technologiespezifische Regulierung am Beispiel biometrischer Daten und künstlicher Intelligenz

Die Digitalökonomien haben sich mittlerweile fest etabliert, und der technologische Fortschritt hat in den letzten Jahren kaum an Geschwindigkeit verloren. Insbesondere sollten neue Anwendungsgebiete für künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen, die Fortschritte im Bereich des Quantencomputings, die Einführung von 5G-Technologien sowie die allgemeine Verbesserung der Konnektivität und der technischen Grundkompetenzen hervorgehoben werden. Aus datenschutzrechtlicher Sicht sind die Bereiche Biotechnologie und Gentechnik sowie die Forschung im Bereich der Neurotechnologie von Bedeutung, da sie Individuen bei Datenmissbrauch besonders hohen Risiken aussetzen.<sup>43</sup>

In der EU und der Schweiz sind viele Risiken durch die Datenschutz-Grundverordnung bzw. das Schweizer Datenschutzgesetz abgedeckt. Aber auch hier

---

<sup>39</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (Datenschutzgesetz, DSG, SR 235.1).

<sup>40</sup> Zum Beispiel wenn die Bearbeitung durch ein Bundesorgan erfolgt (Art. 34 DSG).

<sup>41</sup> Art. 24 DSG.

<sup>42</sup> IAPP, US State Privacy Legislation Tracker 2024, abrufbar unter <[https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/State\\_Comp\\_Privacy\\_Law\\_Chart.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/State_Comp_Privacy_Law_Chart.pdf)>.

<sup>43</sup> Mehr dazu: FARAHANY NITA, The Battle for Your Brain, New York 2023.

gibt es Bestrebungen, technologiespezifische Gesetze zu erlassen, zum Beispiel das Gesetz über Künstliche Intelligenz (der *Artificial Intelligence Act*), das mit Hilfe eines risikobasierten Ansatzes den Einsatz von künstlicher Intelligenz im Europäischen Binnenmarkt regulieren soll.<sup>44</sup>

In den USA wiederum haben einige US-Bundesstaaten vereinzelt Gesetze erlassen, die spezifisch darauf abzielen, den Schutz von biometrischen Daten sicherzustellen. Ein Beispiel hierfür ist das Biometrische Informationsdatenschutzgesetz (*Biometric Information Privacy Act*) in Illinois,<sup>45</sup> das seit seiner Verabschiedung im Jahr 2008 insbesondere in jüngster Zeit vermehrt in den Medien Aufmerksamkeit gefunden hat.<sup>46</sup> Denn es ist bis dato das einzige US-amerikanische Gesetz bezüglich des Schutzes von biometrischen Daten, das Einzelpersonen das Recht auf private Klagen gewährt. Weitere Bundesstaaten wie Texas und Washington haben ebenfalls ähnliche Gesetze erlassen, jedoch ohne ein *private right to action* für Betroffene. Ein weiteres Beispiel ist die Regulierung von Neurotechnologien. Auch in diesem Themenbereich gibt es Vorstöße, technologiespezifisch zu regulieren und so Risiken für Konsument\*innen zu minimieren, beispielsweise im US-Bundesstaat Colorado.<sup>47</sup>

#### 4. Europäische Datenstrategie

Im Jahr 2020 stellte die Europäische Kommission die europäische Datenstrategie vor.<sup>48</sup> Die Europäische Kommission erklärte die einzigartige Position der EU: Wettbewerber wie China und die USA seien innovativ und Weltspitze bei der Nutzung von und dem Zugriff auf Daten. Jedoch gibt es aus Sicht der EU Einschränkungen: In den USA ist ausschliesslich der Privatsektor zuständig für

---

<sup>44</sup> Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 206 final vom 21. April 2021; zu den aktuellen Entwicklungen in der EU siehe AUEAMNUAY CHAYANIS ET AL., *Digital Regulation in the European Union*, EuZ 03/2024.

<sup>45</sup> *Biometric Information Privacy Act* vom 3. Oktober 2008 (BIPA, SB 2400).

<sup>46</sup> Ein medial aufgegriffenes Beispiel ist der Fall *Rosenbach v. Six Flags Entertainment Corp* (2019 IL 123186) vom 25. Januar 2019. In casu musste der Inhaber eines Saisonpasses im Freizeitpark, der 14-jährige Sohn von Frau Rosenbach, seine Fingerabdrücke abgeben, um das Anmeldeverfahren für den Eintritt abzuschliessen. Rosenbach beanstandete, dass weder sie noch ihr Sohn schriftlich über den Zweck oder die Dauer der Abnahme der Fingerabdrücke informiert worden waren und bekam vor Gericht Recht.

<sup>47</sup> Siehe MOENS JONATHAN, *Your Brain Waves Are Up for Sale. A New Law Wants to Change That*, NY Times vom 17. April 2024, abrufbar unter <<https://www.nytimes.com/2024/04/17/science/colorado-brain-data-privacy.html>>.

<sup>48</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 19. Februar 2020, Eine europäische Datenstrategie (COM/2020/66 final).

die Organisation und Verbreitung der Daten, in China hat der Staat massiven Einfluss auf Datensammlungen und die Unternehmensführung der Monopolisten. Als Gegenpol dazu soll die EU zu einem globalen Vorbild werden, indem sie «den Austausch und die breite Nutzung von Daten kanalisier[t] und gleichzeitig hohe Datenschutz-, Sicherheits- und Ethik-Standards»<sup>49</sup> wahrt.

Es ist hervorzuheben, dass die Regulierung nicht mehr auf personenbezogene Informationen beschränkt ist, sondern auch auf nicht-personenbezogene Daten Anwendung findet.<sup>50</sup> Dabei rückt nicht mehr allein das Individuum in den Fokus, sondern vielmehr die Gesamtheit der Datenwirtschaft. Die Regulierung von Datennutzung und -zugängen kann jedoch dem Schutz der Privatsphäre förderlich sein. Diese umfassende Strategie hat in den letzten Monaten und Jahren viele neue Rechtsakte hervorgebracht.<sup>51</sup>

Die Reaktion der EU auf die Herausforderungen, die sich aus der Internetwirtschaft ergeben, besteht in einer umfassenden Regulierung. Diese beinhaltet die Harmonisierung von Cybersecurity-Infrastrukturen und Regelungen für die Datennutzung. Ziel ist es, klare Vorschriften dafür zu schaffen, wer Daten sammeln darf, wie sie genutzt werden können und unter welchen Bedingungen sie mit anderen geteilt werden dürfen. Das soll das Schutzniveau beibehalten, und gleichzeitig Innovation und die Zusammenarbeit im Binnenmarkt fördern.<sup>52</sup>

### III. Schlussbetrachtung

Der Beitrag verdeutlicht, dass Datenschutzgesetze weltweit – wie die Datenschutz-Grundverordnung in der EU, das revidierte Datenschutzgesetz in der Schweiz und verschiedene Ansätze in der Datenschutzgesetzgebung der USA – ähnliche Merkmale aufweisen und auf denselben Grundideen beruhen.

Parallel dazu wird der technische Kontext hervorgehoben, um zu veranschaulichen, in welchem Masse der jeweilige technische, aber auch der geopolitische Status Quo das Klima der entsprechenden Regulierung beeinflusst haben.

Abschliessend lassen sich drei Tendenzen identifizieren:

---

<sup>49</sup> Mitteilung der Kommission (Fn. 48), 4.

<sup>50</sup> Siehe zum Beispiel Art. 2 Abs. 6 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung vom 23. Februar 2022 (Datengesetz, *Data Act*, COM(2022) 68 final).

<sup>51</sup> Eine Übersicht bieten AUEAMNUAY ET AL. (Fn. 44).

<sup>52</sup> Mitteilung der Kommission (Fn. 48), 13 ff.

1. Es ist aufschlussreich, die grenzüberschreitenden und historischen Entwicklungen zu beobachten. Die Leitlinien der OECD aus dem Jahr 1980, die damals nicht bindend waren, sind inzwischen zumindest teilweise rechtsverbindliche und durchsetzbare Regeln, weil sie in die Datenschutz-Grundverordnung Eingang fanden. Zudem ist erkennbar, dass die Konzepte der Datenschutz-Grundverordnung durch die Anforderung der Angemessenheit für Transfers in Drittstaaten nach aussen vermittelt und etabliert werden (*Brussels Effect*).<sup>53</sup> Aber auch im europäischen Datenschutz gibt es ein Rechtstransplantat aus den USA, nämlich die Pflicht zur Meldung von Datenschutzverstössen.
2. Lange Zeit konzentrierte sich die transatlantische Datenschutzdebatte auf die Unterschiede zwischen omnibus- und sektorspezifischen Ansätzen. Während in Europa personenbezogene Daten umfassenden Schutz geniessen, hat es in den USA immer nur ein Mosaik von sektoralen Regelungen gegeben. Für die US-Bundesebene gilt dies auch nach wie vor. Im Laufe der Jahre gab es jedoch Entwicklungen, die darauf hindeuten, dass immer mehr US-Bundesstaaten zum omnibus-Konzept übergehen. Dies gibt Anlass zur leisen Hoffnung, dass es eines Tages ein US-Bundesdatenschutzgesetz geben könnte. Schliesslich hatte auch das Bundesland Hessen das Deutsche Datenschutzgesetz inspiriert. Ein solches US-Bundesdatenschutzgesetz würde den Datentransfer in die EU wesentlich erleichtern und das Vertrauen in das US-System im Allgemeinen verbessern.
3. Eine weitere Unterscheidung im Fokus dieses Textes ist jene zwischen technologieagnostischer und spezifischer Regulierung. Vor allem in Europa wurden die Rechtsvorschriften zu Beginn der technologischen Entwicklung technologieneutral formuliert, um sicherzustellen, dass sie mit dem technologischen Wandel Schritt halten. Heute wird allerdings insbesondere mit der Europäischen Datenstrategie deutlich, dass sich der Gesetzgeber vermehrt auf bestimmte Technologien konzentrieren möchte, zum Beispiel auf die Künstliche Intelligenz. Dieser Trend ist auch in den USA zu beobachten, dort unter anderem bei biometrischen Daten.

Das rechtliche Schutzniveau, das Einzelne heute in der EU, der Schweiz und den USA geniessen, ist auf dem Papier ohne Zweifel höher als jenes der 1970er Jahre. Der Fokus liegt insbesondere bei der Ausgestaltung der Rechte Einzelner. Offen bleibt jedoch die Frage, ob angesichts der Fortschritte in der Technologie und der Intensivität der Eingriffe in die Privatsphäre das Schutzniveau ebenso aufrechterhalten werden konnte oder ob es de facto abnimmt.

---

<sup>53</sup> Siehe oben, [II.C.1](#).



# Das Recht des Kindes zur Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung nach Art. 256 ZGB

Barbara Borkowski / Fiona Zilian

## Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	93
II.	<a href="#">Hintergründe</a>	94
III.	<a href="#">Die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung nach dem alten ZGB</a>	95
	A. <a href="#">Rezeption in Lehre und Rechtsprechung</a>	96
	B. <a href="#">Erwägungen des Bundesgerichts</a>	96
	1. <a href="#">Schutz der Interessen des Ehemannes</a>	97
	2. <a href="#">Schutz der Stabilität der Familie</a>	97
IV.	<a href="#">Die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung im geltenden Recht</a>	98
	A. <a href="#">Gesetzlich geschützte Interessen</a>	98
	B. <a href="#">Die gesetzlich geschützten Interessen aus heutiger Sicht</a>	99
V.	<a href="#">Ausblick</a>	104

## I. Einleitung

Wird ein Kind während einer bestehenden Ehe geboren, so gilt nach schweizerischem Recht die Ehelichkeitsvermutung. Diese knüpft die rechtliche Vaterschaft dem Grundsatz «*pater est, quem nuptiae demonstrant*» (sog. «*Pater est-Regel*») folgend an das formell bestehende Eheband mit der Mutter an.<sup>1</sup> Danach gilt ge-

---

<sup>1</sup> BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 252, N 8, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das eheliche Kindesverhältnis (Art. 252–301 ZGB), in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), 3. A., Bern 1964 (zit. BK ZGB [1964]-BEARBEITER/IN); BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 255, N 1 f., Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), 6. A., Basel 2023 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN). Ebenso greift die Vermutung, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes (Abs. 2) bzw. seit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht bei Verschollenerklärung (Abs. 3) geboren wird. Diese Frist wurde einer durchschnittlichen Schwangerschaft nachgebildet (ZK ZGB [1943]-EGGER, Art. 252, N 4, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft [Art. 252–359 ZGB], in: Egger August et al. [Hrsg.], Zürich 1943 [zit. ZK ZGB [1943]-BEARBEITER/IN]).

mässig Art. 255 ZGB<sup>2</sup> (früher Art. 252 aZGB<sup>3</sup>) der Mann, der im Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist, als Vater. Die gesetzliche Vermutung greift unabhängig von der Wahrscheinlichkeit einer Zeugung während der Ehe: Ob der Ehemann im konkreten Fall auch tatsächlich der biologische Vater des Kindes ist bzw. überhaupt sein kann, ist irrelevant.<sup>4</sup>

Während der Ehemann diese umfassende gesetzliche Vermutung ohne weiteres anfechten kann (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), steht dem Kind das Klagerecht bloss unter sehr beschränkten Voraussetzungen zu (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

Diese zu hinterfragende unterschiedliche gesetzgeberische Wertung ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Einleitend werden die historischen Hintergründe der Regelung beleuchtet (II), bevor der Fokus auf die bewegte Entstehung des Anfechtungsrechts des Kindes gelegt und seine Entwicklung bis heute dargestellt wird (III). Dabei wird zunächst erarbeitet, welche Interessen nach Ansicht des Bundesgerichts demjenigen des Kindes, seine wahre Abstammung zur Geltung zu bringen, entgegenstehen und eine Einschränkung seines Klagerechts zu legitimieren vermögen. Anschliessend wird dargelegt, dass diese Wertungen auch in das geltende Recht überführt wurden und aufgezeigt, weshalb diese die gesetzliche Einschränkung heute nicht mehr rechtfertigen können (IV). Abschliessend soll ein Ausblick auf eine den Wertungen unserer heutigen Gesellschaft entsprechende Ausgestaltung des Anfechtungsrechts des Kindes geboten werden (V).

## II. Hintergründe

Dem schweizerischen ZGB liegt ein ehezentriertes, bürgerliches Familienbild zugrunde,<sup>5</sup> wonach die Ehe als alleiniger Ausgangspunkt des Familienlebens

---

<sup>2</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Stand 1. September 2023 (ZGB, SR 210). Die in Art. 255a ZGB verankerte gesetzliche Vermutung (resp. die gesetzliche Fiktion) der Elternschaft der Ehefrau kann nicht durch Anfechtung umgestossen werden (eingehend dazu LÖTSCHER CORDULA, Abstammungsrecht im Wandel: Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle», FamPra.ch 2021, 656 ff., 658), weshalb diese im vorliegenden Beitrag ausgeklammert wird.

<sup>3</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Stand 10. Dezember 1907 (aZGB).

<sup>4</sup> Etwa wegen längerer Ortsabwesenheit oder laufender Haftstrafe, vgl. die den Urteilen BGE 88 II 477 und 108 II 344 zugrunde liegenden Sachverhalte; s. auch RUSCH MARTINA, Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Diss. Zürich 2008, Bern 2009, 80 f.

<sup>5</sup> BÜCHLER ANDREA, Sag mir wer die Eltern sind ... Konzeption rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, 1175 ff., 1176; SCHWENZER INGEBORG, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 2007, 705 ff., 706.

verstanden wird.<sup>6</sup> Diese Wertung ging deutlich aus der zweiten Abteilung «Die Verwandtschaft» nach Art. 252–327 aZGB hervor, welche das eheliche vom ausserehelichen Kindesverhältnis unterschied<sup>7</sup> und dem ehelichen Kind eine privilegierte familienrechtliche Stellung zukommen liess;<sup>8</sup> so erhielt nur das eheliche Kind den Namen und Stand des Registervaters und war diesem gegenüber unterstützungs- und erbberechtigt.<sup>9</sup>

Um den Ehelichkeitsstatus des Kindes möglichst zu schützen und soziale Stabilität zu wahren,<sup>10</sup> wurde das eheliche Kindesverhältnis zweifach begünstigt. Einerseits indem der Kreis der davon erfassten Kinder weit gefasst<sup>11</sup> und andererseits indem ihre familienrechtliche Stellung gefestigt wurde.<sup>12</sup> Dieses Ziel wollte der Gesetzgeber mit dem weit gesteckten Anwendungsbereich der Ehelichkeitsvermutung, deren Anfechtung in nur engsten Grenzen ermöglicht wurde, erreichen.<sup>13</sup>

### III. Die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung nach dem alten ZGB

Im Einklang mit dieser Zielsetzung konnte die aus der Ehelichkeitsvermutung resultierende Ehelichkeit des Kindes nur vom Ehemann innert einer kurzen Frist von drei Monaten seit Kenntnis der Geburt umgestossen werden (Art. 253

---

<sup>6</sup> Reformbedarf im Abstammungsrecht, Bericht der Expert-inn-engruppe vom 21. Juni 2021, Rz. 133; BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. A., Basel 2018, 195; BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 252, N 3, 8; JUNGO ALEXANDRA, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 2014, 838 ff., 838. Das Zusammenleben in einer faktischen Lebensgemeinschaft war in gewissen Kantonen sogar noch bis Mitte der Neunzigerjahre strafbar (SCHWENZER [Fn. 5], 706).

<sup>7</sup> Das aZGB regelte im siebten Titel (Art. 252–301 aZGB) das eheliche und im achten Titel (Art. 302–327 aZGB) das aussereheliche Kindesverhältnis.

<sup>8</sup> ZK ZGB [1943]-EGGER, Art. 252, N 1; BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 252, N 3.

<sup>9</sup> BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 252, N 3; SANDMEIER ERIKA, Die Ehelichkeitsvermutung und ihre Anfechtung insbesondere durch das Kind, Diss. Zürich 1937, Aarau 1938, 129, 150.

<sup>10</sup> BÜCHLER (Fn. 5), 1176; vgl. SCHWENZER INGEBORG, Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung, FamRZ 1985, 1 ff., 3.

<sup>11</sup> Das eheliche Kindesverhältnis konnte durch eheliche Abstammung (Art. 252 aZGB), Ehelicherklärung durch nachfolgende Eheschliessung (Art. 258 aZGB) oder durch Urteil (Art. 260 aZGB) sowie durch Kindesannahme (Art. 264 aZGB) entstehen.

<sup>12</sup> Botschaft des Bundesrats vom 5. Juni 1974 über die Revision des Kindesverhältnisses, BBl 1974 II 1 ff., 10; vgl. BÜCHLER (Fn. 5), 1176; ZK ZGB [1943]-EGGER Art. 252, N 1; BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 252, N 6.

<sup>13</sup> BBl 1974 II (Fn. 12), 10; BÜCHLER (Fn. 5), 1176 mit Verweis auf SCHWENZER (Fn. 10), 3; ZK ZGB [1943]-EGGER Art. 252, N 1.

aZGB). Weiteren Klageberechtigten, wie den Erben oder dem Heimatkanton (Art. 256 aZGB), wurde das Recht nur im Ausnahmefall zugestanden.<sup>14</sup>

## A. Rezeption in Lehre und Rechtsprechung

Es war schon bald eine der umstrittensten Fragen des Familienrechts, ob die gesetzliche Ausgestaltung zu eng sei und nicht auch dem Kind ein eigenes Anfechtungsrecht zukommen sollte.<sup>15</sup> Ein wachsender Anteil der Lehre bejahte ein grundsätzliches Interesse des Kindes an einer seiner wahren Abstammung entsprechenden Rechtslage und sprach sich deswegen für eine Ausweitung der Klagelegitimation aus.<sup>16</sup> Eine Vielzahl kantonaler Gerichte schloss sich der Kritik an,<sup>17</sup> bis schliesslich auch das Bundesgericht im Jahr 1962 das Anfechtungsrecht des Kindes unter eng gesteckten Voraussetzungen anerkannte<sup>18</sup> und damit die heutige Rechtslage massgebend formte.

## B. Erwägungen des Bundesgerichts

Das vom Bundesgericht anerkannte Anfechtungsrecht war an drei Voraussetzungen geknüpft: Erstens war erforderlich, dass die Ehe zwischen der Mutter und dem Registervater des Kindes aufgelöst wurde, zweitens, dass die Mutter den biologischen Vater des Kindes geheiratet, und drittens, dass der Register-

---

<sup>14</sup> Klagerechte der Mutter (Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903, in: Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band III, in: Reber Markus et al. (Hrsg.), Bern 2013, 326 ff., 333 ff.) und des biologischen Vaters (vgl. BK ZGB [1964]–HEGNAUER, Art. 253, N 14) wurden verworfen.

<sup>15</sup> Zur umfassenden Diskussion BK ZGB [1964]–HEGNAUER, Art. 253, N 9 ff.; LEEMANN HANS, Über das Recht des Kindes zur Anfechtung seiner Ehelichkeit, Ein Entscheid auf Grund des Art. 1 ZGB, SJZ 1932/33, 273 f.; SANDMEIER (Fn. 9), 135 ff.

<sup>16</sup> Mit umfassenden Nachweisen zu Doktrin und Rechtsprechung BK ZGB [1964]–HEGNAUER, Art. 253, N 8 ff.; s. auch BRIDEL MARCEL, La règle « pater is est ... » en droit suisse, Diss. Lausanne, Alençon 1927, 154 ff.; COMMENT ALBERT, Les actions du droit de famille suisse non expressément prévues, ZBJV 1935, 534 ff., 541 ff.; ZK ZGB [1943]–EGGER, Art. 253, N 4; GAUTSCHI WALTER, Über die Legitimation ehelich eingetragener unehelicher Kinder, SJZ 1922, 317 ff., 321; GUHL THEO, Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1947, ZBJV 1948, 513 ff., 522 ff.; LEEMANN (Fn. 15), 273 f.; SANDMEIER (Fn. 9), 149 ff.; SÜSS A., Anfechtung der Ehelichkeit durch das Kind, ZZW 1938, 132 ff., 132 f.; kritisch PETER OTTO, Das Problem der rechtlichen Feststellung der Vaterschaft, Mit Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und französischen Rechts, Diss. Zürich 1923, 57 f.

<sup>17</sup> S. Urteil des OGER ZH II ZivK vom 27. Mai 1960, SJZ 1960, 329 ff.; Urteil des Tribunal civil Veveyse vom 25. Mai 1959, SJZ 1960, 206 ff.; Urteil des BezGer St.Gallen vom 19. Oktober 1937, zit. bei SÜSS (Fn. 16), 133; Urteil des BezGer Hinwil vom 17. Januar 1935, SJZ 1935/36, 48; Urteil des BezGer Waldenburg vom 26. März 1934, zit. bei SÜSS (Fn. 16), 145; Urteil des KassGer ZH vom 3. Oktober 1932, SJZ 1934/35, 10.

<sup>18</sup> BGE 88 II 477 E. 3.

vater selbst die Klage versäumt hatte. Wie diese Voraussetzungen entstanden sind und auf welcher gesellschaftspolitischen Überzeugung sie gründen, wird in der Folge näher ausgeführt.

## 1. Schutz der Interessen des Ehemannes

Das Bundesgericht betonte einerseits die Schutzwürdigkeit der Interessen des Ehemannes. Die Ehelichkeitsvermutung ziehe für den Ehemann weitreichende Folgen pekuniärer und ideeller Natur nach sich (siehe oben, [II.](#)). Er müsse deswegen auch grundsätzlich allein darüber entscheiden können, ob er die Konsequenzen für ein während der Ehe geborenes, aber von einem Dritten gezeugtes Kind tragen bzw. ob er «das fremde Blut»<sup>19</sup> in seiner Familie akzeptieren wolle.<sup>20</sup>

Das Bundesgericht stellte jedoch klar, dass trotz der weitreichenden Wirkungen der Ehelichkeitsvermutung und der Bedeutung der ehelichen Treuepflicht das Klagerecht im Einzelfall auch auf das Kind ausgeweitet werden müsse.<sup>21</sup> Gerade nach Auflösung der Ehe und wenn der Ehemann selbst die Klage versäumt hat, könne dessen «begreifliche[r] Wunsch [...] den Schein der Ehelichkeit der von einem Dritten gezeugten Kinder seiner Frau aufrechtzuerhalten»<sup>22</sup>, nicht mehr gleich stark empfunden werden.<sup>23</sup> In diesem Fall sei daher dem Interesse des Kindes, die Rechtslage mit seiner wahren Abstammung in Einklang zu bringen, mehr Schutz beizumessen als dem Interesse des Ehemannes, selbst über seine familienrechtliche Stellung zu entscheiden sowie seine Ehre zu bewahren.<sup>24</sup>

## 2. Schutz der Stabilität der Familie

Andererseits wird nach Auffassung des Bundesgerichts mit der auf den Ehemann beschränkten Klagelegitimation dem gesellschaftlichen Bedürfnis nach Stabilität der ehelichen Familie Rechnung getragen.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> BGE 73 II 201, 205.

<sup>20</sup> BGE 73 II 201, 205; 44 II 223, 225; vgl. auch PETER (Fn. 16), 58. Kritisch OGer ZH (Fn. 17), 331; COMMENT (Fn. 16), 542; GAUTSCHI (Fn. 16), 317; LEEMANN (Fn. 15), 273; SANDMEIER (Fn. 9), 129, 152 f.

<sup>21</sup> BGE 88 II 477 E. 3; anders noch BGE 73 II 201, 205 mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrats vom 28. Mai 1904 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch, BBl 1904 IV 1 ff., 34, wonach «[...] zur Anfechtung regelmässig nur der Ehemann berechtigt [ist], jedenfalls niemand neben ihm [...]»; BGE 44 II 223, 225.

<sup>22</sup> BGE 88 II 477 E. 3.

<sup>23</sup> BGE 88 II 477 E. 3; vgl. auch SÜSS (Fn. 16), 133.

<sup>24</sup> BGE 88 II 477 E. 3.

<sup>25</sup> BGE 88 II 477 E. 3; vgl. BGE 73 II 201, 205; 44 II 223, 225; PETER (Fn. 16), 58.

Das Bundesgericht wies darauf hin, dass auch das Kind regelmässig ein Interesse am Fortbestand der ehelichen Gemeinschaft habe, da es vom ehelichen Status profitiere.<sup>26</sup> Ein Interesse an der Beseitigung der Vermutung sei somit nur dann ersichtlich, sofern diese ihm die Stellung eines ehelichen Kindes seines biologischen Vaters verschafft.<sup>27</sup> Das Anfechtungsrecht des Kindes sei daher an die Voraussetzung zu knüpfen, dass seine Mutter nach Auflösung der Ehe zwischen ihr und dem Registervater den biologischen Vater geheiratet hat.<sup>28</sup>

## IV. Die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung im geltenden Recht

### A. Gesetzlich geschützte Interessen

Die im 20. Jahrhundert entwickelten wissenschaftlichen Möglichkeiten zur Feststellung der biologischen Vaterschaft<sup>29</sup> sowie der Wegfall der Stigmatisierung ausserehelicher Kinder<sup>30</sup> kulminierten in der Forderung nach einer Modernisierung des Abstammungsrechts, die im Jahr 1976 umgesetzt wurde.<sup>31</sup>

Im Rahmen der Revision wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anfechtungsrecht des Kindes ins Gesetz überführt.<sup>32</sup> Dabei ist der Gesetzgeber allerdings – unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Obergerichts Zürich<sup>33</sup> – zum Schluss gekommen, dass die Kombination der drei vom Bundesgericht definierten Voraussetzungen (siehe oben, [III.B.](#)) nicht verallgemeinert werden dürfte.<sup>34</sup> So wird nach Auffassung des Obergerichts Zürich dem Schutz der höchstrichterlich angeführten Interessen bereits dann entsprochen, wenn für die Anfechtung durch das Kind lediglich die Auflösung der Ehe zwischen

---

<sup>26</sup> BGE 88 II 477 E. 3; allg. dazu SANDMEIER (Fn. 9), 2; SCHWENZER (Fn. 10), 3 m.w.H.

<sup>27</sup> BGE 88 II 477 E. 3; vgl. PETER (Fn. 16), 58.

<sup>28</sup> BGE 88 II 477 E. 3.

<sup>29</sup> Vgl. BBl 1974 II (Fn. 12), 26; HEGNAUER CYRIL, Procès-verbal de la 99e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes, ZSR 1965, 813 ff., 891 f.

<sup>30</sup> Vgl. SANDMEIER (Fn. 9), 155; SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», FamPra.ch 2014, 966 ff., 968 f.

<sup>31</sup> BBl 1974 II (Fn. 12), 12 f., wonach das Ziel der Revision war, «die Stellung ausserehelicher Kinder zu verbessern und die bestehenden Ungleichheiten [im Vergleich zu ehelichen] abzubauen».

<sup>32</sup> BBl 1974 II (Fn. 12), 29.

<sup>33</sup> Urteil des OGer ZH II ZivK vom 26. Januar 1973, SJZ 1973, 87 ff., 91; Urteil des OGer ZH II ZivK vom 30. Mai 1972, SJZ 1973, 122 ff., 123 f.

<sup>34</sup> BBl 1974 II (Fn. 12), 29.

der Mutter und dem Registervater verlangt wird.<sup>35</sup> In dieser Voraussetzung gehe sowohl der Schutz der Interessen des Ehemannes als auch derjenige der Stabilität der Familie auf.<sup>36</sup> Dieser Rechtsprechung folgend hat auch der Gesetzgeber das Klagerecht des Kindes an die alleinige Voraussetzung geknüpft, dass die Ehe der gesetzlichen Eltern nicht mehr intakt ist.<sup>37</sup>

Dementsprechend kann seit dem 1. Januar 1978 die in Art. 255 ZGB verankerte Ehelichkeitsvermutung neben dem Ehemann nur dann vom Kind angefochten werden, wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB). Diese Einschränkung entsprang dem Verständnis, dass ein gemeinsamer Haushalt «objektiver Ausdruck einer intakten Ehe»<sup>38</sup> sei.<sup>39</sup>

## B. Die gesetzlich geschützten Interessen aus heutiger Sicht

In den knapp 50 Jahren seit der Revision des Abstammungsrechts haben sich die gesellschaftlichen Wertvorstellungen und Anschauungen gewandelt. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Schutz des Ehemannes und die Stabilität der Familie das beschränkte Anfechtungsrecht des Kindes auch aus heutiger Sicht zu rechtfertigen vermögen.

Die *Interessen des Ehemannes* am Unterbleiben der Anfechtung (siehe oben, [III.B.1.](#)) werden von Lehre und Rechtsprechung nicht länger zur Legitimation des engen Anfechtungsrechts des Kindes herangezogen, was mit Blick auf das heutige moderne Familienbild überzeugt.<sup>40</sup>

Es bleibt daher zu untersuchen, ob die Beschränkung des Anfechtungsrechts unter Verweis auf den Schutz der Stabilität der Familie aufrechterhalten werden kann. Dem Begriff «Stabilität der Familie» werden in der Lehre und Rechtsprechung unterschiedliche Bedeutungen beigemessen. Diese sollen im Folgenden dargestellt und ihre aktuelle Berechtigung überprüft werden.

Aus der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht hervor, dass mit dem Begriff «Stabilität der Familie» in erster Linie die *Erhaltung der ehelichen*

---

<sup>35</sup> OGer ZH (1973) (Fn. 33), 91; OGer ZH (1972) (Fn. 33), 123; vgl. BBl 1974 II (Fn. 12), 29.

<sup>36</sup> OGer ZH (1972) (Fn. 33), 123; vgl. BBl 1974 II (Fn. 12), 29.

<sup>37</sup> BBl 1974 II (Fn. 12), 29.

<sup>38</sup> HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, Rz. 6.06; vgl. BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 6), 200.

<sup>39</sup> Die gesetzliche Verankerung eines selbstständigen Klagerechts der Mutter sowie des biologischen Vaters wurde weiterhin abgelehnt (BBl 1974 II [Fn. 12], 30).

<sup>40</sup> Vgl. SCHWENZER (Fn. 30), 974; SCHWENZER INGEBOG, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, 817 ff., 821.

*Gemeinschaft* als Grundpfeiler der Familienrechtsordnung gemeint war.<sup>41</sup> So sollte das eingeschränkte Anfechtungsrecht etwa vor ehelicher Untreue bewahren und das eheliche Kindes- und Familienverhältnis im Interesse der Allgemeinheit stärken (siehe oben, [II](#)).<sup>42</sup> Dem ist allerdings aus heutiger Perspektive entgegenzuhalten, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung eheliche Untreue selbst trotz des stark begrenzten Anfechtungsrechts nicht verhindert werden kann und auch das frühere gesellschaftliche Bedürfnis, Kinder in einer ehelichen Gemeinschaft aufwachsen zu wissen,<sup>43</sup> schon länger an Bedeutung verloren hat.<sup>44</sup> Darüber hinaus hat auch der Stellenwert der Ehe als Institution in unserer Gesellschaft in den vergangenen Jahrzehnten stetig abgenommen.<sup>45</sup> Diese Entwicklung ist auch im Familienrecht zu beobachten: Zwar orientiert es sich bis heute am Status der Ehe,<sup>46</sup> der ursprüngliche starke, institutionelle Schutz der ehelichen Gemeinschaft<sup>47</sup> wird allerdings zunehmend abgeschwächt.<sup>48</sup> In Anbetracht dieser gegenwärtigen Entwicklungen kann u.E. das beschränkte Klagerecht des Kindes nicht länger mit dem Schutz der Ehe gerechtfertigt werden.<sup>49</sup>

---

<sup>41</sup> BGE 73 II 201, 205; vgl. BGE 144 III 1 E. 4.2; s. dazu auch AEBI-MÜLLER REGINA E., Abstammung und Kindesverhältnis – wo stehen wir heute?, in: Girsberger Daniel/Luminati Michele (Hrsg.), ZGB gestern – heute – morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich 2007, 111 ff., 120 f.; SCHWENZER (Fn. 30), 973 f.; ablehnend BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 253, N 10.

<sup>42</sup> BGE 88 II 477 E. 3; 73 II 201, 205; HAUSHEER HEINZ, Die Begründung des Eltern-Kind-Verhältnisses, in: Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Das neue Kindesrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Bern 1978, 9 ff., 20 f.

<sup>43</sup> Vgl. dazu die Ausführungen von SANDMEIER (Fn. 9), 69, wonach ein uneheliches Kind dem Staat etwa Lasten auferlegen und die öffentliche Moral stören könnte.

<sup>44</sup> Reformbedarf im Abstammungsrecht, Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats 18.3714 vom 17. Dezember 2021, 11; AEBI-MÜLLER (Fn. 41), 121; vgl. BBl 1974 II (Fn. 12), 12 f.

<sup>45</sup> Bericht des Bundesrats (Fn. 44), 11; vgl. BBl 1974 II (Fn. 12), 13; JUNGO ALEXANDRA, Ein ZGB ohne Ehe?, QFLR 2017, 19 f., 19 mit Verweis auf die Entwicklung der Scheidungsrate; SCHWENZER (Fn. 30), 968.

<sup>46</sup> JUNGO (Fn. 45), 19; vgl. BBl 1974 II (Fn. 12), 28.

<sup>47</sup> Allg. dazu HANGARTNER YVO, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, AJP 2001, 252 ff., 254 f.; SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001, 295; vgl. Bericht der Expert-inn-engruppe (Fn. 6), Rz. 34.

<sup>48</sup> Etwa durch die Scheidungsrechtsrevision mit der Einführung der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 ZGB) und der Verkürzung der Trennfrist bei der Scheidung auf Klage (Art. 114 ZGB) sowie durch die Aufhebung des Verbots des nichtehelichen Zusammenlebens (BÜCHLER ANDREA, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, FamPra.ch 2014, 797 ff., 798; SCHWENZER [Fn. 30], 972 ff.; vgl. Botschaft des Bundesrats vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 1996 I 1 ff., 83).

<sup>49</sup> GL.M. SCHWENZER (Fn. 30), 974; vgl. auch AEBI-MÜLLER (Fn. 41), 121.

Nach jüngerer Auffassung dient die Regelung allgemein dem Schutz der *bestehenden Familienstruktur* im Interesse der Eltern oder gar der Gesellschaft.<sup>50</sup> So könne die Störung des häuslichen Friedens etwa zu psychischen Belastungen der Eltern führen und finanzielle Folgen für die Allgemeinheit haben.<sup>51</sup> Auch dieser Begründungsansatz vermag u.E. nicht zu überzeugen. So steht dem Ehemann das Klagerecht unabhängig davon zu, ob seine Ehe noch intakt ist (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Interessen der Gesellschaft und die seiner Ehefrau in diesem Fall weniger schutzwürdig sein sollten. Überdies müssten in der Konsequenz alle Kindesverhältnisse einen verstärkten Schutz vor ihrer Auflösung erfahren. Nach geltendem Recht lässt sich jedoch ein durch Anerkennung begründetes Kindesverhältnis vergleichsweise einfach beseitigen.<sup>52</sup> Vor diesem Hintergrund kann die gesetzliche Regelung auch nicht zum Schutz der Familiengemeinschaft aufrechterhalten werden.

Schliesslich ist zu prüfen, ob der Schutz stabiler Familienverhältnisse im *Wohle des Kindes* begründet sein könnte.<sup>53</sup> Das Kindeswohl ist sowohl ein verfassungsmässiges Prinzip<sup>54</sup> als auch eine individualrechtliche Position.<sup>55</sup> Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff,<sup>56</sup> der nach der schweizerischen Rechtspraxis als «Förderung der Entwicklung in geistiger, körperlicher und seelischer Hinsicht, ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität, die Mög-

---

<sup>50</sup> BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 6), 200; HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. A., Bern 2022, Rz. 1201; HK Privatrecht-REICH, Art. 256, N 3, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016; SCHWENZER (Fn. 40), 821; ähnlich auch Urteil des EGMR vom 10. Oktober 2006 in der Rechtssache *Paulik v. Slowenien*, Appl. No. 10699/05, Rz. 44; allg. dazu AEBI-MÜLLER (Fn. 41), 119.

<sup>51</sup> Zur Belastung der Eltern: SCHWENZER (Fn. 40), 821. Zur Belastung der Gesellschaft: Bericht der Expert-inn-engruppe (Fn. 6), Rz. 42 f.; WANNER PHILIPPE, Die steigende Anzahl Alleinerziehender schafft neue wirtschaftliche Herausforderungen, CHSS 2012, 116 f., 116, wonach Kinder getrennter Eltern einem grösseren Armutsrisiko ausgesetzt und eher auf Unterstützungsgelder der öffentlichen Hand angewiesen sind.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 260a ZGB, wonach die Anerkennung der Vaterschaft von jedermann angefochten werden kann, der ein schutzwürdiges Interesse hat. Diese unterschiedliche gesetzgeberische Wertung kritisierend Bericht der Expert-inn-engruppe (Fn. 6), Rz. 19.

<sup>53</sup> BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 253, N 10; vgl. dazu auch Urteil des EGMR vom 10. Oktober 2006 in der Rechtssache *Paulik v. Slowenien*, Appl. No. 10699/05, Rz. 44.

<sup>54</sup> Art. 11 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Stand 3. März 2024 (BV, SR 101); Art. 3 UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, Stand 27. Februar 2023 (UN-KRK, SR 0.107).

<sup>55</sup> BERNET STEPHANIE, Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen Elternrechten und staatlichem Bildungsauftrag, ex ante 2017, 30 ff., 34; vgl. BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

<sup>56</sup> BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 6), 244, 269 m.w.H.

lichkeit einer inneren Bindung des Kindes an die Beziehungsperson und eine positive Beziehung zu den Eltern sowie die Achtung des Willens und seines Selbstbestimmungsrechts»<sup>57</sup> umschrieben wird.

Die Prüfung des Kindeswohls im Zusammenhang mit der Ehelichkeitsvermutung umfasst sowohl abstrakte als auch konkrete Kriterien.<sup>58</sup> Bei der Formulierung ihrer Anfechtungsvoraussetzungen folgt der schweizerische Gesetzgeber zunächst *abstrakten Kindeswohlerwägungen*.<sup>59</sup> So dient etwa die Befristung der Anfechtungsmöglichkeit der Beständigkeit gelebter familiärer Beziehungen sowie der Rechtssicherheit;<sup>60</sup> beides entspricht abstrakt dem Kindeswohl.<sup>61</sup> Darüber hinaus werden bei der nachträglichen Aufhebung der Eltern-Kind-Zuordnung aber auch *konkrete Kindeswohlüberlegungen* angestellt, etwa wenn die Kindesschutzbehörde aufgrund ernsthafter Zweifel an der Vaterschaft des Ehemannes über die Erhebung einer Anfechtungsklage entscheidet.<sup>62</sup> Dabei hat sie die Situation im Falle der Anfechtung der Vaterschaft mit der Situation ohne Anfechtung zu vergleichen, ihre psychosozialen wie auch wirtschaftlichen Folgen (einschliesslich Unterhalts- und erbrechtlicher Ansprüche) zu berücksichtigen und unter Abwägung der Kindesinteressen zu

---

<sup>57</sup> BGE 146 III 313 E. 6.2.2; Urteil des BGer 5P.83/2006 vom 3. Mai 2006 E. 4.1; vgl. BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, FamPra.ch 2014, 231 ff., 237 m.w.H.

<sup>58</sup> Vgl. Bericht der Expert-inn-engruppe (Fn. 6), Rz. 94; HARTMANN BRITTA, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, Zum Reformbedarf des geltenden Abstammungsrechts, Berlin 2020, 54 f. So erfolgt etwa die gesetzliche Zuordnung der originären Elternschaft anhand abstrakter Kriterien; gleichwohl bleiben die vom Gesetz zugeteilten Personen selbst dann die rechtlichen Eltern des Kindes, wenn ihnen von der Kindesschutzbehörde die erforderliche Elternkompetenz abgesprochen und die elterliche Sorge entzogen wird (BK ZGB [2016]-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 311/312, N 42, Berner Kommentar, Die elterliche Sorge/der Kindesschutz [Art. 296–317 ZGB], das Kindesvermögen [Art. 318–327 ZGB], Minderjährige unter Vormundschaft, [Art. 327a–327c ZGB], in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter [Hrsg.], Bern 2016; vgl. BGE 119 II 9).

<sup>59</sup> Bericht der Expert-inn-engruppe (Fn. 6), Rz. 94; vgl. BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 256, N 4.

<sup>60</sup> Vgl. Urteil des BGer 5C.130/2003 vom 14. Oktober 2003 E. 1.2; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 50), Rz. 1207, 1227; dies entspricht auch der Rspr. des EGMR (siehe nur Urteil vom 28. November 1984 in der Rechtssache *Rasmussen v. Denmark*, Appl. No. 8777/79, Rz. 41).

<sup>61</sup> HARTMANN (Fn. 58), 55.

<sup>62</sup> Urteil des BGer 5A\_593/2011 vom 11. Februar 2012 E. 3.1.1. Das Anfechtungsrecht ist von höchstpersönlicher Natur, weswegen urteilsfähige, aber handlungsunfähige Personen den Anfechtungsprozess selbst führen (Art. 19c Abs. 1 ZGB) und urteilsunfähige Personen durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten werden (Art. 19c Abs. 2 ZGB). Da die Vertretungsbefugnis der Eltern wegen einer Interessenskollision regelmässig entfällt, wird urteilsunfähigen Minderjährigen ein Beistand bestellt (Art. 306 Abs. 2 ZGB; BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 306, N 5; ZOGG SAMUEL, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, 404 ff., 426 m.w.H.).

entscheiden, ob die Vaterschaft angefochten werden soll.<sup>63</sup> Stünde beispielsweise das Kind nach Anfechtung vaterlos da, wird grössere Zurückhaltung geübt,<sup>64</sup> als wenn bereits der biologische Vater bekannt ist und sich zur Annahme der Vaterschaft bereit erklärt.<sup>65</sup>

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob das abstrakte Interesse an einer stabilen Familiensituation der Eltern in jedem Fall dem Kindeswohl entspricht oder ob es einer differenzierteren Prüfung allfälliger abweichender Kindesinteressen bedarf.

Wie vorstehend dargelegt, dienen Kontinuität und Stabilität des (familiären) Umfelds zwar grundsätzlich dem Kindeswohl; es ist aber auch im Einzelfall denkbar, dass diese dem Kindeswohl gerade abträglich sind. So etwa wenn sich die Beziehung zum rechtlichen Vater negativ entwickelt hat, dieser sich seinen Pflichten entzieht, seine Rechte missbraucht oder sogar physische oder psychische Gewalt ausübt.<sup>66</sup>

Schon daraus ergibt sich, dass eine abstrakte Betrachtung des Kindeswohls gewissen Familiensituationen nicht gerecht werden kann und im Einzelfall eine gegebenenfalls korrigierende, konkrete Kindeswohlprüfung sogar ausschliesst.<sup>67</sup> Die gesetzliche Beschränkung des Anfechtungsrechts lässt sich deswegen u.E. mit dem Schutz des Kindeswohls nicht rechtfertigen.

Dieser Begründungsansatz stösst darüber hinaus auch beim volljährigen Kind an seine Grenzen: Das Kindeswohl ist als oberste Maxime des Kindesrechts nur bis zum Abschluss der Minderjährigkeit zu berücksichtigen.<sup>68</sup> Nach Errei-

---

<sup>63</sup> BGE 122 II 289 E. 1c; Urteil des BGer 5A\_593/2011 vom 11. Februar 2012 E. 3.1.1; HEGNAUER CYRIL, Interesse des Kindes an der Anfechtung eines unwahren Kindesverhältnisses, ZVW 2009, 377 ff., 379 f. Ähnliche konkrete Kindeswohlüberlegungen finden sich bei den Regelungen über die Wiederherstellung der Klagefristen: Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt das Kindeswohl zwar keine zusätzliche Bedingung dar (BGE 136 III 593 E. 6.2; vgl. auch Urteil des KGer SG FO.2020.5-K2 vom 15. Dezember 2020 E. 4c), doch kann das konkrete Interesse eines Kindes bei der Beurteilung der Gründe, auf welche die Anfechtung nach Ablauf der Frist gestützt werden soll, berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BGer 5A\_178/2022 vom 4. Juli 2023 E. 3.3.2; 5A\_298/2009 vom 31. August 2009 E. 4.2).

<sup>64</sup> Urteil des BGer 5A\_590/2016 vom 25. Juli 2017.

<sup>65</sup> Urteil des BGer 5A\_128/2009 vom 22. Juni 2009, in dem das BGer eine Anfechtung der Registervaterschaft durch die Vormundschaftsbehörde auf das Gesuch des biologischen Vaters hin sogar gegen den Willen der rechtlichen Eltern als im Kindesinteresse qualifizierte.

<sup>66</sup> Vgl. BK ZGB [1964]-HEGNAUER, Art. 253, N 10 m.w.H.

<sup>67</sup> Vgl. BÜCHLER (Fn. 48), 798 m.w.H. Ebenfalls kritisch SCHWENZER (Fn. 40), 821; SCHWENZER (Fn. 30), 996.

<sup>68</sup> BGE 141 III 328 E. 5.4; 132 III 359 E. 4.4.2 m.w.H.; vgl. auch der persönliche Anwendungsbereich von Art. 3 i.V.m. Art. 1 UN-KRK (vgl. SCHWENZER [Fn. 40], 817; WOLF STEPHAN, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 1998, 113 ff., 118) und Art. 11 BV (vgl. BERNET [Fn. 55], 34 Fn. 32).

chen der Volljährigkeit besteht für Kindeswohlüberlegungen bei der Ausgestaltung der Anfechtung kein Raum.<sup>69</sup> Daher kann auch insbesondere die Einschränkung des Klagerechts des volljährigen Kindes nach der hier vertretenen Ansicht nicht mit dem Schutz des Kindeswohls begründet werden.<sup>70</sup>

## V. Ausblick

Wie aufgezeigt, lässt sich die geltende Beschränkung des Anfechtungsrechts des Kindes mit den gesetzlich geschützten Interessen nicht rechtfertigen (siehe oben, [IV.B.](#)). Ob und mit welcher Begründung sie heute noch aufrechterhalten werden kann, ist u.E. deswegen fraglich.<sup>71</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht soll das Klagerecht des Kindes in einer künftigen Ausgestaltung nur zum Schutz des konkreten Kindeswohls eingeschränkt werden können.<sup>72</sup> Ob diesem mit der Anfechtungsklage entsprochen wird, kann einerseits in dem zwecks Errichtung einer Beistandschaft eingeleiteten Kindesschutzverfahren sichergestellt werden (Art. 306 Abs. 2 i.V.m. 314 i.V.m. Art. 446 ZGB, siehe oben, [IV.B.](#)).<sup>73</sup> Andererseits ist dem Kindeswohl auch durch den im Statusverfahren geltenden Offizial- und uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz Rechnung zu tragen.<sup>74</sup>

Eine ähnliche Regelung findet sich etwa im österreichischen Abstammungsrecht. Der österreichische Gesetzgeber führte aus Anlass einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs<sup>75</sup> ein eigenes Antragsrecht des Kindes auf Fest-

---

<sup>69</sup> Urteilsfähige, volljährige Personen entscheiden (vorbehaltlich des Erwachsenenschutzrechts) selbst über ihr «Wohlergehen». Ob bei urteilsfähigen Minderjährigen die Kindeswohlprüfung bereits in der Prüfung ihrer Urteilsfähigkeit aufgeht, soll hier dahingestellt bleiben, allg. dazu BOENTE WALTER, Selbstbestimmung im Privatrecht – zur weiteren Diskussion, rechtstexte nr. 1/2023, Rz. 12 ff.

<sup>70</sup> Vgl. SCHWENZER (Fn. 40), 821.

<sup>71</sup> Vgl. Bericht der Expert-inn-engruppe (Fn. 6), Rz. 105.

<sup>72</sup> GLM. Bericht der Expert-inn-engruppe (Fn. 6), Rz. 105.

<sup>73</sup> Ob der ggf. von der Kindesschutzbehörde nach Art. 299 ZPO bestellte Verfahrensbeistand den subjektiven Kindeswillen zu vertreten hat oder ob er dem objektiven Kindeswohl verpflichtet ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben, eingehend dazu BSK ZPO-MICHEL/STECK, Art. 299, N 17 ff., Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Spühler Karl et al. (Hrsg.), 3. A., Basel 2017.

<sup>74</sup> Allg. dazu HK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 296, N 2, 9, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 1–408 ZPO), in: Sutter-Somm Thomas/Seiler Benedikt (Hrsg.), Zürich 2021.

<sup>75</sup> In seinem Erkenntnis G 78/00 vom 28. Juni 2003 kam der VfGH zu dem Schluss, dass das Fehlen eines eigenen Bestreitungsrechts des Kindes als Hauptbetroffenem aus dem Statusverhältnis gegen Art. 8 EMRK verstosse.

stellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter<sup>76</sup> ein,<sup>77</sup> welches diesem ohne Berücksichtigung (abstrakter) Erwägungen des Kindeswohls zusteht (§ 151 ABGB in der geltenden Fassung<sup>78</sup>).<sup>79</sup> Die Prüfung des Kindeswohls erfolgt sodann im Vorfeld des konkreten Verfahrens, nämlich durch die gesetzliche Vertretung des Kindes bei der Entscheidung über die Antragstellung respektive die Zustimmung zum Antrag eines urteilsfähigen minderjährigen Kindes. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob der Antrag mit dem Kindeswohl vereinbart werden kann, wenn das Kind etwa in einer harmonischen familiären Beziehung mit dem Registervater aufwächst oder es im Falle der Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter ohne Vater dastünde.<sup>80</sup>

Einen Revisionsbedarf ortete ebenso der schweizerische Bundesrat – wenn auch mit anderer Begründung.<sup>81</sup> In seinem Bericht von Ende 2021 hielt er fest, dass sich «der erhöhte Schutz der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes [...] heute nicht mehr rechtfertigen»<sup>82</sup> lasse und stellte in Aussicht, die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung sei entsprechend anzupassen.<sup>83</sup> Wann die Änderung der Gesetzeslage in Angriff genommen und wie diese inhaltlich umgesetzt wird, bleibt gespannt abzuwarten.

---

<sup>76</sup> Seit der Überstellung in das Außerstreitgesetz vom 12. Dezember 2003 (AußStrG, BGBl I 2003/111) wird nicht länger Klage auf Bestreitung der Ehelichkeit erhoben, sondern Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter gestellt.

<sup>77</sup> Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz vom 27. Mai 2004 (FamErbRÄG 2004, BGBl I 2004/58).

<sup>78</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811, Stand 12. Oktober 2023 (ABGB, JGS 1811/946).

<sup>79</sup> Klang ABGB-STEFULA, § 156, Rz. 13, Großkommentar zum ABGB, §§ 137–267 ABGB, Kindschaftsrecht, in: Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/Vonkilch Andreas (Hrsg.), 3. A., Wien 2008. Solche Überlegungen sollen nach Ansicht des Gesetzgebers im Abstammungsverfahren selbst keine Rolle spielen (Erläuterungen zur Regierungsvorlage 471 BgNR 22. GP 19; vgl. Urteil des LG Wels vom 18. März 2008, EFSIlg 119.659).

<sup>80</sup> Zum Ganzen ErläutRV (Fn. 79), 19.

<sup>81</sup> So sollen für alle Kinder, unabhängig vom Zivilstand der Eltern, die gleichen Regeln gelten (Bericht des Bundesrats [Fn. 44], 13).

<sup>82</sup> Bericht des Bundesrats (Fn. 44), 14.

<sup>83</sup> Bericht des Bundesrats (Fn. 44), 14.



# Herausforderungen der Gegenwart



# Dauert das noch lange?

## Eine empirische Analyse der Verfahrensdauer am Bundesgericht

Florian Geering / Una Schamberger

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	109
II.	<a href="#">Was ist eine angemessene Frist?</a>	110
	A. <a href="#">Verfahrensdauer vor dem Bundesgericht</a>	110
	B. <a href="#">Vergleich mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht</a>	111
	C. <a href="#">Angemessene Frist in der Rechtsprechung des EGMR</a>	112
III.	<a href="#">Literatur zur Verfahrensdauer am Bundesgericht</a>	113
IV.	<a href="#">Daten und Methode</a>	115
	A. <a href="#">Das Swiss Federal Supreme Court Dataset als Grundlage</a>	115
	B. <a href="#">Vergleich mit den Angaben des Bundesgerichts zur Dauer</a>	115
V.	<a href="#">Resultate</a>	116
	A. <a href="#">Überlange Verfahren am Bundesgericht?</a>	117
	B. <a href="#">Starke Zunahme der Verfahrensdauer im Strafrecht</a>	118
VI.	<a href="#">Fazit</a>	121

## I. Einleitung

«Dauert das noch lange?» – diese Frage stellen sich nicht nur Passagiere im Bus, der im Stau steht, oder Zuschauerinnen in einem langweiligen Theaterstück, sondern auch Parteien in gerichtlichen Verfahren.

Langwierige Verfahren beeinträchtigen die Rechtsdurchsetzung. Sie entmutigen Parteien, ihre Rechte überhaupt geltend zu machen, und schwächen so die Glaubwürdigkeit der Justiz. Rechtsverzögerung wird deshalb auch als «abgeschwächte Form der Rechtsverweigerung»<sup>1</sup> bezeichnet. Für ein effizientes und gerechtes Rechtssystem ist es entsprechend wichtig zu verstehen, wodurch die Dauer von Verfahren beeinflusst wird, und es ist wichtig, die zeitliche Entwicklung von Verfahrensdauern zu beobachten.

---

<sup>1</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 181.

Wie lange also dauern Verfahren am schweizerischen Bundesgericht wirklich? In diesem Beitrag untersuchen wir die Verfahrensdauer am Bundesgericht seit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) im Jahr 2007. Dazu verwenden wir das *Swiss Federal Supreme Court Dataset* (SCD),<sup>2</sup> welches Metadaten zu allen seither entschiedenen Verfahren enthält, darunter auch die Verfahrensdauer.

## II. Was ist eine angemessene Frist?

Wann dauert ein bundesgerichtliches Verfahren zu lange? Aus Art. 29 Abs. 1 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II ergibt sich der verfahrensrechtliche Anspruch auf «Beurteilung innert angemessener Frist», der auch als «Verbot der Rechtsverzögerung» oder «Beschleunigungsgebot» bezeichnet wird.<sup>3</sup> Dieser Anspruch ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips sowie der Verfahrensfairness und gilt (über den Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 BV hinaus) für alle staatlichen Verfahren, die über individuelle Rechte und Pflichten entscheiden,<sup>4</sup> so auch für Verfahren vor dem Bundesgericht. Was unter *angemessener Frist* zu verstehen ist, ist allerdings nicht immer einfach zu bestimmen. Teilweise werden durch Verfahrensgesetze Fristen vorgeschrieben (z.B. Art. 109 AsylG; Art. 65 AIG; Art. 248 StPO; Art. 84 SchKG). Oftmals fehlt aber eine gesetzliche Fristenregelung, und die Angemessenheit der Verfahrensdauer muss im Einzelfall bestimmt werden.<sup>5</sup> Das Bundesgericht berücksichtigt hierbei insbesondere die Komplexität des Verfahrens, die Bedeutung der Sache für die Parteien und ihr Verhalten im Verfahren.<sup>6</sup> So hat es beispielsweise bei einer Verfahrensdauer von 17 Monaten für einen Rekurs gegen einen dreimonatigen Führerausweisenzug eine Verletzung des Beschleunigungsgebots festgestellt.<sup>7</sup>

### A. Verfahrensdauer vor dem Bundesgericht

Die Verfahrensdauer vor dem Bundesgericht selbst hat bisher kaum theoretische Aufmerksamkeit erhalten. Es bestehen keine verfahrensgesetzlichen Regelungen für die Dauer von bundesgerichtlichen Verfahren, und es gibt

---

<sup>2</sup> GEERING FLORIAN/MERANE JAKOB, *Swiss Federal Supreme Court Dataset* (SCD), Zenodo, 2023, abrufbar unter <<https://doi.org/10.5281/zenodo.7793043>>. Siehe unten, IV.A.

<sup>3</sup> KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3. A., Zürich 2021, § 6 Rz. 215.

<sup>4</sup> BSK BV-WALDMANN, Art. 29, N 66, *Basler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basel 2015.

<sup>5</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (Fn. 3), § 6 Rz. 215.

<sup>6</sup> BGE 130 I 312 E. 5.2.

<sup>7</sup> BGE 135 II 334.

keinen innerstaatlichen Rechtsbehelf bei überlangen Verfahren. Während die Rechtsverzögerungsbeschwerde in verschiedenen Verfahrensgesetzen anerkannt ist (z.B. Art. 94 BGG; Art. 319 lit. c ZPO; Art. 5 i.V.m. Art. 393 Abs. 2 lit. a StPO; Art. 46a VwVG),<sup>8</sup> erstreckt sie sich namentlich nicht auf Verfahren vor dem Bundesgericht. Diese Rechtsschutzlücke ist bedeutsam, da der Rechtsweg über den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) angesichts der typischerweise langen Verfahrensdauer vor dem EGMR selbst kein besonders wirksames Rechtsmittel für langwierige Verfahren darstellt.

## B. Vergleich mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht

Im Gegensatz dazu wurde in Deutschland 2011 ein Verfahren zur Entschädigung von Nachteilen aufgrund überlanger Gerichtsverfahren eingeführt.<sup>9</sup> Dies war eine Folge des EGMR-Urteils in Sachen *Sürmeli*,<sup>10</sup> wo das Fehlen wirksamer Rechtsbehelfe für übermässig lange Verfahren bemängelt worden war.<sup>11</sup> Der Entschädigungsanspruch gilt in allen gerichtlichen Verfahren, einschliesslich vor dem Bundesverfassungsgericht.<sup>12</sup> Über Verzögerungsbeschwerden gegen das Bundesverfassungsgericht entscheidet dieses gleich selbst, durch eine besondere Beschwerdekammer. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer richtet sich dabei nach «den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Aufgaben und der Stellung des Bundesverfassungsgerichts» (§ 97a Abs. 1 Satz 2 BVerfGG). Die Bedeutung der Beschwerdekammer sollte allerdings nicht überschätzt werden: SÉAN FOBBE hat gezeigt, dass seit 2011 nur sieben begründete Verzögerungsbeschwerden ergangen sind. Davon war nur ein einziges Verfahren erfolgreich, gegen eine Verfassungsbeschwerde, die insgesamt fünfeinhalb Jahre gedauert hatte. Die Verzögerungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht wird also «selten genutzt und ist noch seltener erfolgreich».<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> BSK BGG-UHLMANN, Art. 94, N 3, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, in: Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), 3. A., Basel 2018.

<sup>9</sup> Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24. November 2011, BGBl. I/11 (Nr. 60), 2302.

<sup>10</sup> EGMR, Urteil vom 8. Juni 2006 in der Rechtssache 75529/01 – *Sürmeli v. Deutschland*.

<sup>11</sup> STEINHORST LARS, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Schulze Carola/Fadeev Wladimir (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation und in der Bundesrepublik Deutschland, Potsdam 2013, 93 ff.

<sup>12</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993, BGBl. I S. 1473 (BVerfGG), §§ 97a bis 97d.

<sup>13</sup> FOBBE SÉAN, Sind zwanzig Jahre zuviel? Die Dauer von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, RECHTS|EMPIRIE, 13. Dezember 2022, abrufbar unter <<https://doi.org/10.25527/re.2022.03>>.

Natürlich unterscheiden sich die Rollen des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des schweizerischen Bundesgerichts: Letzteres übt eine eingeschränktere Form der Verfassungskontrolle aus und stellt gleichzeitig die einheitliche Anwendung des Bundesrechts sicher, was im deutschen System durch den Bundesgerichtshof geschieht.<sup>14</sup> Der rechtliche Rahmen für die Dauer von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht stellt trotzdem einen interessanten Kontrast zum schweizerischen System dar.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass in der Schweiz – im Gegensatz zu Deutschland – keine ausdrücklichen rechtlichen Regelungen für die Verfahrensdauer vor dem Bundesgericht bestehen. Welche Dauer für ein bundesgerichtliches Verfahren *angemessen* ist, muss also im Einzelfall bestimmt werden. Im Folgenden stützen wir uns auf die Rechtsprechung des EGMR, um allgemeine Richtwerte zu erhalten.

### C. Angemessene Frist in der Rechtsprechung des EGMR

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der EMRK-Verfahrensgarantien ist unbestritten: Der EGMR bestätigte im Fall *Kraska*, dass Art. 6 EMRK auf Verfahren vor dem Bundesgericht anwendbar ist, auch wenn es als Verfassungsgericht handelt, sofern das Ergebnis für bürgerliche Rechte und Pflichten entscheidend ist.<sup>15</sup> Die Pflicht, innerhalb einer angemessenen Frist zu entscheiden, kann jedoch nicht in derselben Weise für oberste Gerichte wie für ordentliche Gerichte ausgelegt werden. Zum Beispiel kann es ihre Rolle erfordern, dass sie Fälle in einer nicht chronologischen Reihenfolge priorisieren, z.B. aufgrund der Art der Sache oder ihrer politischen und sozialen Bedeutung.<sup>16</sup>

Für die Frage, ob ein Verfahren innert angemessener Frist behandelt wurde, berücksichtigt der EGMR insbesondere die Komplexität und die subjektive Bedeutung des Verfahrens.<sup>17</sup> Mit Bezug auf die Schweiz hat der EGMR bereits 1983 im wegweisenden Entscheid *Zimmermann und Steiner* festgehalten, dass eine Dauer von dreieinhalb Jahren für ein wenig komplexes Verfahren vor

---

<sup>14</sup> BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 188, N 4; GVG-MAYER, § 123, N 1-6, Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). Kommentar, in: Kissel Otto Rudolf/Mayer Herbert (Hrsg.), 10. A., München 2021.

<sup>15</sup> EGMR, Urteil vom 19. April 1993 in der Rechtssache 13942/88 – *Kraska v. Schweiz*, § 26.

<sup>16</sup> EGMR, Urteil vom 16. September 1996 in der Rechtssache 20024/92 – *Süssmann v. Deutschland*, § 56.

<sup>17</sup> EGMR, Urteil (Grosse Kammer) vom 27. Juni 2000 in der Rechtssache 30979/96 – *Frydender v. Frankreich*; EGMR, Urteil (Grosse Kammer) vom 6. April 2000 in der Rechtssache 35382/97 – *Comingersoll S.A. v. Portugal*.

dem Bundesgericht nicht mehr angemessen war.<sup>18</sup> Dass das Bundesgericht damals eine sehr stark zunehmende Geschäftslast zu bewältigen hatte (innert zehn Jahren hatte sich die Anzahl Beschwerden um 86% erhöht), wurde nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt: Das Bundesgericht und die Bundesversammlung hätten stattdessen wirksame Massnahmen ergreifen müssen, um den Pendenzenberg abzubauen.<sup>19</sup> In Bezug auf ein komplexes Enteignungsverfahren hat der EGMR im Fall *Müller* festgehalten, dass eine gesamte Verfahrensdauer von mehr als elf Jahren und insbesondere die Dauer des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesgericht von vier Jahren, nicht mehr angemessen war.<sup>20</sup> Andererseits hat der EGMR in *Gsell* festgehalten, dass eine Verfahrensdauer von insgesamt dreieinhalb Jahren über vier Instanzen, davon ein Jahr und vier Monate vor dem Bundesgericht, mit Blick auf die Komplexität und die begrenzte subjektive Bedeutung des Falles sowie das Verhalten des Beschwerdeführers und der Behörden nicht unangemessen war.<sup>21</sup>

Es lässt sich also nicht abstrakt definieren, wie lange ein bundesgerichtliches Verfahren dauern darf, um innert angemessener Frist abgeschlossen worden zu sein. Was als angemessen gilt, muss im Einzelfall bestimmt werden und hängt sowohl von den Umständen des Falles (insbesondere von der Komplexität und der subjektiven Bedeutung für die Parteien) als auch von der Stellung des Bundesgerichts als oberstes Gericht ab. Aus der Rechtsprechung des EGMR lässt sich dennoch ableiten, dass Verfahren am Bundesgericht, die länger als drei Jahre dauern, aus Sicht des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist zumindest problematisch sein können.

### III. Literatur zur Verfahrensdauer am Bundesgericht

Das Bundesgericht veröffentlicht in seinen jährlichen Geschäftsberichten Angaben zur mittleren und maximalen Dauer der Geschäfte.<sup>22</sup> Auf diese Statistiken aufbauend hat MARK SCHWEIZER die Entwicklung der mittleren Verfahrensdauer am Bundesgericht für die Jahre 1965 bis 2015 untersucht. Dabei geht SCHWEIZER von der These aus, dass Beschwerdeinstanzen bei zunehmender Geschäftslast entweder ihre Verfahrenseffizienz steigern, ihre Prüfungsinten-

---

<sup>18</sup> EGMR, Urteil vom 13. Juli 1983 in der Rechtssache 8737/79 – Zimmermann und Steiner v. Schweiz, § 32.

<sup>19</sup> EGMR, Zimmermann und Steiner v. Schweiz (Fn. 18), §§ 30–31.

<sup>20</sup> EGMR, Urteil vom 5. November 2002 in der Rechtssache 41202/98 – Müller v. Schweiz, § 38.

<sup>21</sup> EGMR, Urteil vom 8. Oktober 2009 in der Rechtssache 12675/05 – Gsell v. Schweiz, § 79.

<sup>22</sup> Statt vieler: Bundesgericht, Geschäftsbericht 2022, 21, abrufbar unter <[https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/BGer\\_GB22\\_DE\\_Web.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/BGer_GB22_DE_Web.pdf)>.

sität reduzieren oder sich die Prozessdauer verlängert.<sup>23</sup> Er zeigt auf, dass sich die Eingänge beim Bundesgericht von 1965 bis 2006 verdreifacht haben, während sich die Richterstellen nur von 26 auf 30 erhöht haben.<sup>24</sup> Dennoch ist die mittlere Verfahrensdauer in einem Band von etwa 150 bis 220 Tagen relativ stabil geblieben und hat ab Ende der 1990er-Jahre sogar deutlich abgenommen und auch nach dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes 2007 nicht signifikant zugenommen.<sup>25</sup>

Mit Blick auf strafrechtliche Verfahren haben MARTIN KILLIAS und SOPHIE NUNWEILER-HARDEGGER gezeigt, dass sich die Gesamtdauer von Strafverfahren, welche das Bundesgericht erreicht haben, seit dem Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuchs 1942 und bis 2008 von rund 600 Tagen auf über 1500 Tage mehr als verdoppelt hat. Die Verfahrensdauer am Bundesgericht selbst hat dabei aber nur einen geringen Anteil: Sie nahm während der Zeitreihe von 100 bis 150 Tagen auf über 200 Tage zu. Am meisten zugenommen hat die Dauer der Strafuntersuchung bis zum Urteil der ersten Instanz. Als möglichen Treiber für diese Entwicklung identifizieren sie die Einführung von längeren Verjährungsfristen, welche den Zeitdruck für die Justizbehörden verringert haben könnten.<sup>26</sup> Ausserdem hat MONIKA SIMMLER die Dauer von Entsiegelungsverfahren vor Bundesgericht untersucht und für die Periode von 2014 bis 2018 eine mittlere Dauer von 149 Tagen festgestellt. Trends lassen sich dabei aufgrund der Fallzahl (N = 96) nicht aufzeigen.<sup>27</sup>

In diesem Beitrag stellen wir auf das *Swiss Federal Supreme Court Dataset* ab. Dadurch können wir die Verfahrensdauer aller seit dem Inkrafttreten des BGG im Jahr 2007 erledigten Fälle untersuchen (N = 116'650) und gehen so im Umfang weit über die bestehenden Arbeiten hinaus. Zudem sind wir nicht auf die pro Jahr aggregierten Durchschnittswerte beschränkt, sondern können die ganze Verteilung der Verfahrensdauern und das gesamte Spektrum der Fälle betrachten.

---

<sup>23</sup> SCHWEIZER MARK, Vom Umgang des Bundesgerichts mit steigender Geschäftslast, *Justiz - Justice - Giustizia* 2/2016, Rz. 1, m.H.a. POSNER RICHARD A., *The Federal Courts*, Cambridge 1996, 345.

<sup>24</sup> SCHWEIZER (Fn. 23), Rz. 7.

<sup>25</sup> SCHWEIZER (Fn. 23), Rz. 13–15.

<sup>26</sup> KILLIAS MARTIN/HARDEGGER SOPHIE, Längere Verfahrensfristen – längere Verfahrensdauer? Empirie vs. Diskurs, in: Dessecker Axel/Harrendorf Stefan/Höffler Katrin (Hrsg.), *Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung*, Göttingen 2019, 393 ff.

<sup>27</sup> SIMMLER MONIKA, Die Dauer von Entsiegelungsverfahren, *AJP* 3/2020, 334 ff., 343.

## IV. Daten und Methode

### A. Das *Swiss Federal Supreme Court Dataset* als Grundlage

Seit 2007 publiziert das Bundesgericht grundsätzlich alle seine Entscheide im Internet (Art. 59 BGerK<sup>28</sup> i.V.m. Art. 27 BGG). Das von GEERING/MERANE erstellte *Swiss Federal Supreme Court Dataset*<sup>29</sup> bereitet diese Entscheide als Dateninfrastruktur auf und erschliesst so die Rechtsprechung des Bundesgerichts für qualitative und quantitative rechtsempirische Forschung. Das als *open data* frei verfügbare SCD enthält alle unter dem BGG ergangenen Urteile des Bundesgerichts seit 2007 – in der hier verwendeten Version 2023-3 vom 17. Juli 2023<sup>30</sup> sind das 116'650 Entscheide – und wird vierteljährlich mit den neuesten Entscheiden aktualisiert. Jeder Entscheid wird mit 31 Variablen dokumentiert, darunter Informationen zum Rechtsgebiet, zur Vorinstanz, zur Verfahrensdauer, zu den Parteien und ihrer Vertretung oder zum Verfahrensausgang.<sup>31</sup>

In dieser Studie verwenden wir die im SCD enthaltene Variable *proc\_duration*, welche die ungefähre Dauer des Verfahrens vor dem Bundesgericht in Tagen angibt und für 99.1% der im SCD enthaltenen Entscheide bestimmt ist. Sie entspricht der Anzahl Tage zwischen dem Datum des Bundesgerichtsentscheids und dem Datum des angefochtenen Entscheides, welches üblicherweise im Urteilskopf angegeben wird. So wird zum Beispiel der Gegenstand von BGer 1C\_517/2016 vom 12. April 2017 mit «Kehrlichtabfuhr, Beschwerde gegen das Urteil vom 16. August 2016 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 5. Kammer» beschrieben. Aus der Differenz zwischen dem 12. April 2017 und dem 16. August 2016 ergibt sich hier also eine Verfahrensdauer von 239 Tagen.

### B. Vergleich mit den Angaben des Bundesgerichts zur Dauer

Bei der hier verwendeten Berechnungsweise werden auch die Zeit bis zur Mitteilung des Entscheids der Vorinstanz an die Parteien sowie die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfahrensdauer gezählt. Eine Berechnung der «reinen» Verfahrensdauer am Bundesgericht, die vom Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung oder dem Beschwerdeeingang am Bundesgericht ausgeht, ist mit den öffentlich zugänglichen Informationen nicht möglich, da das

---

<sup>28</sup> Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (BGerR, SR 173.110.131).

<sup>29</sup> GEERING/MERANE (Fn. 2).

<sup>30</sup> GEERING FLORIAN/MERANE JAKOB, *Swiss Federal Supreme Court Dataset (SCD)*, Version 2023-3, Zenodo, 2023, abrufbar unter <<https://doi.org/10.5281/zenodo.8147595>>.

<sup>31</sup> Weiterführend siehe MERANE JAKOB/GEERING FLORIAN, *Bundesgerichtsurteile nutzen: Das Swiss Federal Supreme Court Dataset (SCD)*, Jusletter, 18. September 2023.

Datum der Beschwerde nur unregelmässig in den Bundesgerichtsentscheiden angegeben wird. Es ist auch nicht möglich, die gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG grundsätzlich 30-tägige Beschwerdefrist von der Verfahrensdauer abzuziehen, da einerseits Fristenstillstände nach Art. 46 BGG die Beschwerdefrist verlängern können und andererseits in verschiedenen Verfahren die Beschwerdefrist auf zehn, fünf oder drei Tage verkürzt wird (Art. 100 Abs. 2–4 BGG). Ausserdem unterscheidet das Bundesgericht intern zwischen dem Datum der Urteilsfällung und dem Ausfertigungsdatum und gibt entsprechende Statistiken in seinen Geschäftsberichten an,<sup>32</sup> veröffentlicht diese Daten jedoch nicht.

Die hier verwendete und in *proc\_duration* gemessene Verfahrensdauer unterscheidet sich also von den vom Bundesgericht intern verwendeten Daten. Sie liegt systematisch höher als die «reine» Verfahrensdauer am Bundesgericht, da auch die Zeitspanne bis zum Eingang am Bundesgericht mitgezählt wird. Aus der Sicht der Parteien ist die gemessene Verfahrensdauer allerdings näher an der Realität: Sie gibt an, wie lange das Verfahren vom vorinstanzlichen Entscheid bis zum Entscheid des Bundesgerichts noch dauert.

Um die verwendeten Daten stichprobenweise zu plausibilisieren, haben wir die gemessenen durchschnittlichen Verfahrensdauern mit den Angaben in den Geschäftsberichten für die Jahre 2010, 2016 und 2022 verglichen. Im Jahr 2022 liegt die gemessene durchschnittliche Verfahrensdauer 25 Tage (subsidiäre Verfassungsbeschwerden) bis 45 Tage (strafrechtliche Beschwerden) höher als die vom Bundesgericht erfasste durchschnittliche Verfahrensdauer. Diese Werte liegen im erwarteten Rahmen und bleiben auch in einem Quervergleich mit den Geschäftsberichten aus den beiden Jahren 2016 und 2010 relativ konstant. Das bestätigt, dass der hier verwendete Ansatz zur Messung der Verfahrensdauer grundsätzlich valide ist.

## V. Resultate

Ein bundesgerichtliches Verfahren dauert rund ein halbes Jahr. Über alle Urteile seit 2007 gesehen, liegt die durchschnittliche Verfahrensdauer bei 179 Tagen. Der Durchschnitt ist jedoch anfällig für Ausreisser, einzelne Fälle mit überlanger Verfahrensdauer können ihn stark beeinflussen.<sup>33</sup> Der Median (Mittelwert) dagegen ist robuster gegenüber solchen Ausreissern. Die Verfah-

---

<sup>32</sup> Statt vieler: Bundesgericht, Geschäftsbericht 2022 (Fn. 22), 21.

<sup>33</sup> Solche Fälle ergeben sich beispielsweise bei Sistierungen (z.B. Urteil des BGer 4A\_554/2013 vom 6. Dezember 2019), bei Revisionsgesuchen (z.B. Urteil des BGer 9F\_9/2019 vom 24. Juni 2019) oder bei nicht eindeutigen oder auch fehlerhaften Angaben zum Datum des Entscheids der Vorinstanz (z.B. Urteil des BGer 1B\_305/2021 vom 29. Juni 2019).

rensdauer am Bundesgericht liegt im Median bei 140 Tagen. Die Hälfte aller Verfahren dauert also weniger lang als 140 Tage, während die andere Hälfte länger dauert. 90% aller Verfahren werden in weniger als 358 Tagen erledigt, und nur jedes hundertste Verfahren dauert länger als 707 Tage.<sup>34</sup>

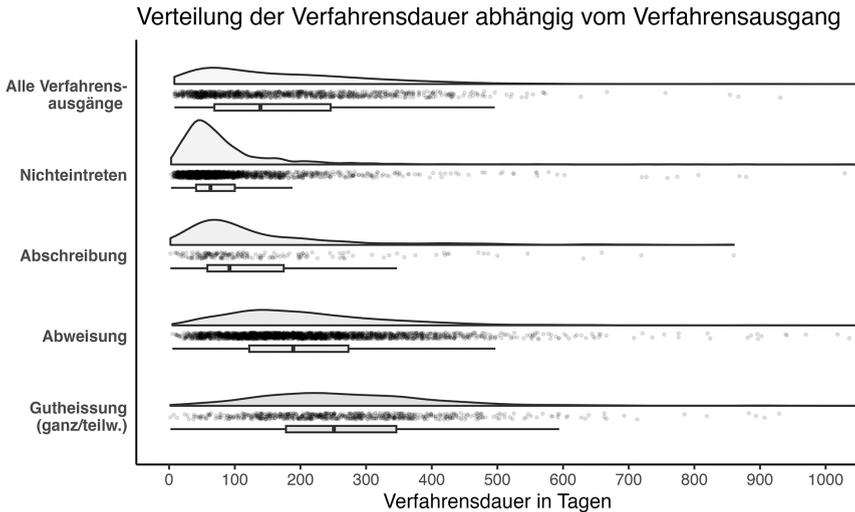


Abbildung 1: Verfahrensdauer und Verfahrensausgang

Schneller muss dabei allerdings nicht immer besser sein: Wie [Abbildung 1](#) aufzeigt, gibt es einen gewissen Zusammenhang zwischen der Verfahrensdauer und dem Verfahrensausgang. Nichteintretensentscheide werden im Median in nur 63 Tagen gefällt, Abschreibungen im Median nach 102 Tagen. Materielle Entscheide benötigen deutlich mehr Zeit: Abweisungen ergehen im Median nach 189 Tagen, für eine Gutheissung (ganz oder teilweise) werden sogar 241 Tage benötigt. Zumindest aus Sicht der beschwerdeführenden Parteien kann eine längere Verfahrensdauer also ein Indiz für einen günstigeren Verfahrensausgang sein. Trotzdem muss festgehalten werden, dass Beschwerden auch bei längeren Verfahrensdauern häufiger abgewiesen als gutgeheissen werden. Geduld bringt also nur manchmal Rosen.

## A. Überlange Verfahren am Bundesgericht?

Verfahren, die länger als drei Jahre am Bundesgericht hängig sind, können aus Sicht des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist problematisch sein: Diese Schwelle hat sich in der Analyse der Rechtsprechung des EGMR ge-

<sup>34</sup> So zum Beispiel das von 2014 bis 2018 sistierte Verfahren des BGer 4A\_554/2013 mit Urteil vom 6. Dezember 2019, das eine Verfahrensdauer von 2224 Tagen bzw. gut sechs Jahren aufweist.

zeigt, wobei jeweils auch die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden müssen (siehe oben [II](#)).

Unsere Daten zeigen, dass nur rund 0.15% aller Verfahren am Bundesgericht, oder etwa ein Dutzend Fälle pro Jahr, länger als drei Jahre (1'100 Tage) gedauert haben.<sup>35</sup> Dabei handelt es sich teilweise um Sachverhalte, welche zum Beispiel wegen eines Erbgangs, Konkursverfahrens oder Vergleichsverhandlungen während Jahren sistiert blieben.<sup>36</sup> Daneben gibt es aber auch Fälle, bei denen aus dem publizierten Entscheid nicht klar wird, wieso es bis zum Entscheid des Bundesgerichts jahrelang gedauert hat.<sup>37</sup> Solche Fälle sind auffällig und können Fragen nach der Angemessenheit der Behandlungsfrist aufwerfen, wobei eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist. Gleichzeitig ist jedoch festzuhalten, dass sich die Fälle, in denen sich solche Fragen stellen, jedes Jahr wohl an einer Hand abzählen lassen. Bei den allermeisten Verfahren am Bundesgericht wird die Beurteilung also innert angemessener Frist gewährleistet.

## B. Starke Zunahme der Verfahrensdauer im Strafrecht

Bundesgerichtliche Verfahren dauern nicht in allen Rechtsgebieten gleich lang: Straf- und Zivilsachen werden im Median in 127 bzw. 129 Tagen erledigt und damit etwa eineinhalb Monate schneller als Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, die im Median 168 Tage dauern. [Abbildung 2](#) stellt die Verteilung der Verfahrensdauer in den verschiedenen Rechtsgebieten dar.

---

<sup>35</sup> Das 95%-Konfidenzintervall (asymptotisch) liegt bei 0.11%, 0.19%. Weitere rund 0.27% (95%-KI: 0.21, 0.28) der Verfahren weisen ebenfalls eine gemessene Verfahrensdauer von über drei Jahren auf: Wir zählen diese als «unechte» überlange Verfahren jedoch nicht mit, da es sich dabei grösstenteils um Revisionsbegehren, Anfechtungen von mehreren Urteilen mit unterschiedlichen Daten sowie um Kanzleifehler bei den Datumsangaben handelt. Das Verhältnis zwischen «echten» und «unechten» überlangen Verfahren haben wir ermittelt, indem wir eine zufällig gezogene Stichprobe aus N = 100 Fällen mit mehr als drei Jahren Verfahrensdauer untersucht haben.

<sup>36</sup> Beispielsweise Urteil des BGer 5A\_30/2009 vom 24. Februar 2012 gegen einen Entscheid vom 13. Februar 2008 (Erbgang, 1'472 Tage); Urteil des BGer 5A\_970/2014 vom 19. August 2021 gegen einen Entscheid vom 18. November 2014 (Erbgang und internationaler Sachverhalt, 2'466 Tage); Urteil des BGer 6B\_740/2022 vom 8. September 2022 gegen Entscheide vom 30. September 2016 und 30. März 2017 (Einziehung, 2'169 Tage).

<sup>37</sup> Beispielsweise Urteil des BGer 8C\_613/2012 vom 6. September 2016 gegen einen Entscheid vom 31. Mai 2012 (IV, 1'559 Tage); Urteil des BGer 2C\_749/2016 vom 25. März 2020 gegen am 1. Juli 2016 publizierte Erlassänderungen (1'563 Tage); Urteil des BGer 6B\_602/2020 vom 29. März 2023 gegen Entscheide vom 3. April 2020 und 15. April 2020 (Teil-Einstellungsverfügungen, 1'090 Tage).

### Verteilung der Verfahrensdauer abhängig vom Rechtsgebiet

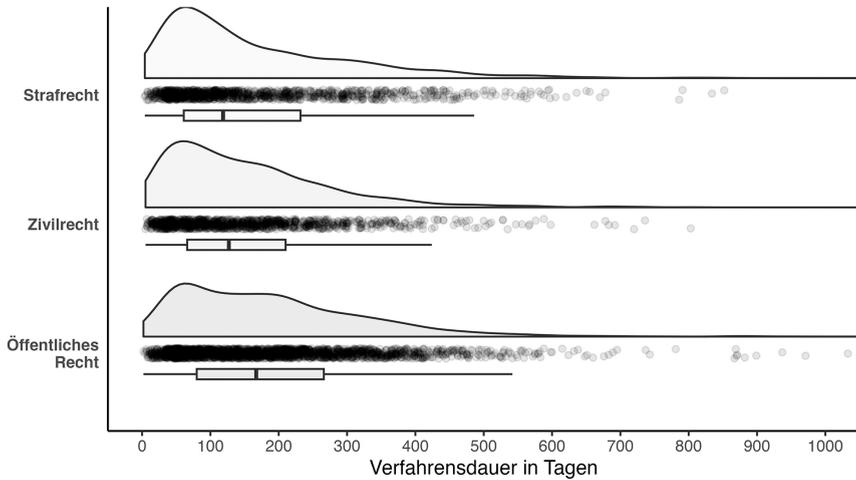


Abbildung 2: Verfahrensdauer und Rechtsgebiet

Diese Werte haben über den gesamten Untersuchungszeitraum seit 2007 im öffentlichen Recht kaum und im Zivilrecht nur leicht zugenommen. Bei Beschwerden in Strafsachen hingegen nahm die Verfahrensdauer deutlich zu. 2008 dauerte ein solches Verfahren im Median noch 125 Tage, 2022 hingegen 161 Tage, also mehr als einen Monat oder mehr als ein Viertel der Verfahrensdauer, länger.

### Entwicklung der Verfahrensdauer im Strafrecht

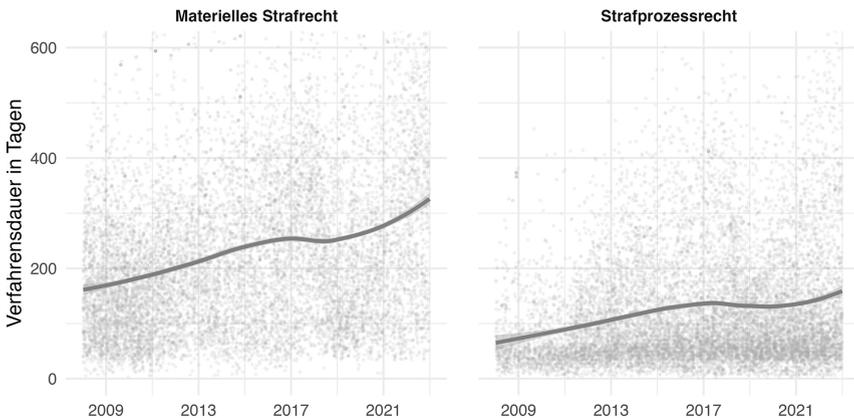


Abbildung 3: Entwicklung der Verfahrensdauer

Wie [Abbildung 3](#) zeigt, ist diese Zunahme der Verfahrensdauer in Strafsachen sowohl im materiellen Strafrecht als auch im Strafprozessrecht zu beobachten. Besonders deutlich zeigt sich die Zunahme aber bei Verfahren zum materiellen Strafrecht und ist hier stärker als in allen anderen der 14 untersuchten Rechtsgebieten:<sup>38</sup> Der Median für die Verfahrensdauer hat sich zwischen 2008 und 2022 von 152 Tagen auf 329 Tage mehr als verdoppelt, entsprechende Beschwerden sind also ein halbes Jahr länger am Bundesgericht hängig. Die Verfahrensdauer hat dabei über den ganzen Zeitraum relativ gleichmässig zugenommen. Im Strafprozessrecht hingegen scheint die Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) 2011 der Haupttreiber für die Zunahme der Verfahrensdauer gewesen zu sein. Während der Median für die Verfahrensdauer bei Verfahren zum Strafprozessrecht von 2008 bis 2010 noch bei rund 50 Tagen lag, sprang er ab 2012 auf rund 80 Tage und pendelte sich dann ab 2017 auf einem Niveau von etwa 90 Tagen ein.

Diese starke Zunahme der Verfahrensdauer in Strafsachen seit dem Inkrafttreten des BGG und der StPO ist auffällig. Der empirische Befund ist aber vereinbar mit der bekannt hohen Geschäftslast der strafrechtlichen Abteilung.<sup>39</sup> Unsere Daten zeigen, dass die Anzahl Verfahren in der strafrechtlichen Abteilung insgesamt am stärksten zugenommen hat: In den fünf Jahren von 2008–2012 wurden durchschnittlich 950 Fälle pro Jahr erledigt, von 2018–2022 hingegen durchschnittlich 1'350 Fälle, fast eineinhalb Mal mehr. In der strafrechtlichen Abteilung haben also sowohl die Geschäftslast als auch die Verfahrensdauer parallel zugenommen.

Das zeigt, dass die Geschäftslast des Bundesgerichts nicht nur eine interne gerichtsorganisatorische Bedeutung hat, sondern sich mittelbar durch länger dauernde Verfahren auch auf die Parteien auswirkt. Im Juli 2023 wurde eine zweite strafrechtliche Abteilung geschaffen.<sup>40</sup> Damit soll sich die Geschäftslast

---

<sup>38</sup> Eine ähnlich starke Zunahme der Verfahrensdauer liess sich sonst nur im Raumplanungs- und Baurecht beobachten, wo der Median der Verfahrensdauer von 2008 bis 2022 von 188 auf 365 Tage zugenommen hat. Für die Zuordnung zu den Rechtsgebieten haben wir die Variable *area\_intermediate* im SCD verwendet. Um robuste Ergebnisse zu erhalten, haben wir nur Rechtsgebiete mit mehr als 1'000 Verfahren berücksichtigt.

<sup>39</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes vom 15. Juni 2018, BBl 2018 4605 ff., 4615; Parlamentarische Initiative «Bundesgericht. Erhöhung der Zahl der ordentlichen Richterinnen und Richter», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 23. Juni 2022, BBl 2022 1931 ff.

<sup>40</sup> Reglement für das Bundesgericht, Änderung vom 27. April 2023, AS 2023 268; Bundesgericht, Interne Reorganisation: Zweite strafrechtliche Abteilung ab Juli 2023, abrufbar unter [https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/211.2\\_01\\_2023\\_yyyy\\_mm\\_dd\\_T\\_d\\_13\\_57\\_24.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/211.2_01_2023_yyyy_mm_dd_T_d_13_57_24.pdf).

in Strafsachen besser verteilen. In den nächsten Jahren wird sich zeigen, ob sich damit auch die Zunahme der Verfahrensdauer wieder rückgängig machen lässt.

## VI. Fazit

In dieser Untersuchung haben wir gezeigt, dass sich bei der Dauer von bundesgerichtlichen Verfahren aktuell kaum je Probleme aus Sicht der Verfahrensfairness stellen. Bloss eine einstellige Anzahl Verfahren pro Jahr dauert länger als drei Jahre und erreicht somit eine unter Umständen kritische Dauer nach der Rechtsprechung des EGMR.

Die Dauer der Verfahren vor Bundesgericht ist seit der Einführung des BGG im Jahr 2007 insgesamt grösstenteils stabil geblieben. Das gilt aber nicht für Strafsachen: Hier haben wir eine auffällige, starke Zunahme der Verfahrensdauer festgestellt. Die Dauer von Verfahren im materiellen Strafrecht hat von 2008 bis 2022 um ein halbes Jahr zugenommen und sich damit verdoppelt. Diese Entwicklung geht einher mit der hohen Belastung des Bundesgerichts durch strafrechtliche Beschwerden. Wir konnten damit zeigen, dass sich die Geschäftslast nicht nur intern auf das Bundesgericht auswirkt, sondern auch mittelbar auf Parteien ausstrahlt. Folglich sollte also beobachtet werden, ob die Schaffung einer zweiten strafrechtlichen Abteilung diesen besorgniserregenden Trend umkehren oder zumindest stoppen kann. Damit sich nicht immer mehr Parteien in bundesgerichtlichen Verfahren die Frage «Dauert das noch lange?» stellen müssen.

## Datenverfügbarkeitserklärung

Die Daten, die im Rahmen dieses Beitrags untersucht wurden, sind offen verfügbar in Zenodo, <<https://doi.org/10.5281/zenodo.8147595>>. <sup>41</sup>

Der Code, der zur Erstellung der Auswertungen verwendet wurde, ist offen verfügbar in Zenodo, <<https://doi.org/10.5281/zenodo.10994992>>. <sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> GEERING/MERANE (Fn. 30).

<sup>42</sup> GEERING FLORIAN/SCHAMBERGER UNA, Reproduction Code für 'Dauert das noch lange?', Zenodo, 2024, abrufbar unter <<https://doi.org/10.5281/zenodo.10994992>>.



# Chaque chose en son temps

## La réévaluation des décisions formellement entrées en force en droit d'asile

Julie Frei / Subira von Euw

### Table des matières

I.	<a href="#">Introduction</a>	123
II.	<a href="#">La réévaluation des décisions en droit d'asile</a>	124
A.	<a href="#">Les voies de droit extraordinaires</a>	125
1.	<a href="#">La révision</a>	125
2.	<a href="#">Le réexamen</a>	125
a.	<a href="#">Terminologie</a>	125
b.	<a href="#">Le réexamen simple</a>	127
c.	<a href="#">Le réexamen qualifié</a>	127
B.	<a href="#">Les demandes multiples</a>	128
III.	<a href="#">Systématique des voies de recours extraordinaires</a>	128
IV.	<a href="#">Exigences en matière de protection juridique</a>	129
A.	<a href="#">Le droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable</a>	130
B.	<a href="#">Le droit à l'assistance judiciaire gratuite</a>	131
1.	<a href="#">Les frais de procédure</a>	131
2.	<a href="#">Les honoraires d'un conseil juridique</a>	132
V.	<a href="#">Considérations pratiques</a>	133
VI.	<a href="#">Conclusion</a>	134

### I. Introduction

Un regard sur les rapports de gestion du Tribunal administratif fédéral met en évidence l'importance des voies de recours extraordinaires dans le domaine de l'asile : les Cours IV et V, compétentes en matière d'asile, enregistrent nettement plus d'entrées de demandes de révision et « d'autres moyens de droit » que les autres Cours.<sup>1</sup> Nous donnons ici dans un premier temps un

---

<sup>1</sup> Rapport de gestion du Tribunal administratif fédéral 2023, 80 ; Rapport de gestion du Tribunal administratif fédéral 2022, 76 ; Rapport de gestion du Tribunal administratif fédéral 2021, 76.

aperçu du système des voies de recours extraordinaires dans la procédure d’asile, dont la délimitation soulève souvent des difficultés.<sup>2</sup> Dans un deuxième temps, nous soulignons l’importance de certains droits fondamentaux procéduraux dans la procédure de recours extraordinaire. Enfin, dans une partie conclusive, nous mettons en évidence les problèmes pouvant apparaître en pratique.

## II. La réévaluation des décisions en droit d’asile

La procédure d’asile se termine en principe par une décision du Secrétariat d’État aux migrations (SEM). Cette décision peut faire l’objet d’un recours conformément à la loi fédérale sur la procédure administrative<sup>3</sup> (art. 31 ss LTAF<sup>4</sup>). En matière d’asile, le Tribunal administratif fédéral statue généralement de manière définitive (art. 83 let. d ch. 1 LTF<sup>5</sup>).

Les décisions en matière d’asile peuvent toutefois être soumises à un nouvel examen même si le délai de recours a expiré sans avoir été utilisé ou même après qu’un jugement du Tribunal administratif fédéral a été rendu. Pour ce faire, les requérant·e·s d’asile disposent de différents moyens : selon le contenu de leur demande, celles et ceux-ci peuvent soit utiliser les voies de recours extraordinaires (révision, réexamen simple, réexamen qualifié), soit déposer une demande multiple. Ces différentes voies de droit et leurs interactions sont présentées ci-après, l’accent étant mis sur les modifications dues à des faits ou des bases juridiques erronés ou modifiés. Nous portons une attention particulière aux *nova*. Ce que l’on appelle les *faux nova* sont des faits et des moyens de preuve qui existaient déjà dans la procédure initiale, mais qui n’étaient pas connus du ou de la requérant·e.<sup>6</sup> Inversement, les faits et les preuves qui ne se réalisent qu’après la clôture de la procédure sont qualifiés de *vrais nova*.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Migrationsrecht Kommentar-HRUSCHKA, art. 111b, par. 5, Migrationsrecht Kommentar, Schweizerisches Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) sowie Bürgerrechtsgesetz (BüG) mit weiteren Erlassen, dans : Spescha Marc et al. (édit.), 5. éd., Zurich 2019.

<sup>3</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021).

<sup>4</sup> Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF, RS 173.32).

<sup>5</sup> Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF, RS 173.110).

<sup>6</sup> BSK BGG-ESCHER, art. 123, par. 5, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, dans : Niggli Marcel Alexander et al. (édit.), 3. éd., Bâle 2018 (cit. BSK BGG-AUTEUR·ICE).

<sup>7</sup> Commentaire LTF-DENYS, art. 123, par. 18, Commentaire de la LTF, dans : Aubry Girardin Florence et al. (édit.), 3. éd., Berne 2022.

## A. Les voies de droit extraordinaires

### 1. La révision

La révision, voie de droit extraordinaire, est dirigée contre la décision de recours du Tribunal administratif fédéral (art. 45 LTAF en relation avec l'art. 121 ss LTF) et vise à modifier ou à annuler une décision ayant formellement force de chose jugée mais étant entachée d'une erreur initiale qualifiée.<sup>8</sup>

Les motifs de révision prévus par la loi sur le Tribunal fédéral s'appliquent par analogie à la révision d'une décision du Tribunal administratif fédéral, selon un renvoi prévu à l'art. 45 LTAF. Par conséquent, des vices de procédure (art. 121 LTF), la violation de la CEDH (art. 122 LTF) ainsi que d'autres motifs (art. 123 LTF) peuvent être invoqués devant le Tribunal administratif fédéral. Dans le présent contexte, c'est surtout l'art. 123 al. 2 let. a LTF qui nous intéresse, car il prévoit que la révision peut être demandée lorsque la demanderesse apprend ultérieurement l'existence de faits importants ou découvre des moyens de preuve déterminants qu'elle n'a pas pu produire dans la procédure antérieure, à l'exclusion des faits et moyens de preuve qui ne sont apparus qu'après la décision. Seuls les faits qui existent au moment de la clôture de la procédure de recours ordinaire peuvent faire l'objet d'une procédure de révision (*faux nova*), tandis que les faits qui ne se sont réalisés qu'ultérieurement (*vrais nova*) sont exclus.<sup>9</sup>

### 2. Le réexamen

#### a. Terminologie

En principe, la demande de réexamen a pour but d'inviter une autorité à revenir sur une décision initialement correcte et formellement entrée en force et à prendre une nouvelle décision en raison d'une modification ultérieure de la situation de fait ou de droit.<sup>10</sup> La demande de réexamen fait en principe

---

<sup>8</sup> KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3. éd., Zurich/Saint-Gall 2021, par. 1979.

<sup>9</sup> BSK BGG-ESCHER, art. 123, par. 5 ; cf. aussi *Kommentar VwVG-MÄCHLER*, art. 66, par. 18, *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, dans : Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (édit.), 2. éd., Zurich 2019 (cit. *Kommentar VwVG-AUTEUR-ICE*).

<sup>10</sup> KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (nbp. 8), par. 2015 ; cf. aussi BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, 2. éd., Berne 2015, 391.

partie des moyens non-juridictionnels,<sup>11</sup> raison pour laquelle l'autorité est en principe libre de décider si elle entre en matière ou non sur ladite demande.<sup>12</sup> On utilise ici également le terme de *réexamen simple*.<sup>13</sup> La Constitution ou la loi peuvent toutefois conférer à la demanderesse un droit au traitement par l'autorité compétente. S'il existe un tel droit, on parle généralement de *réexamen qualifié*;<sup>14</sup> il ne s'agit dans ce cas non pas d'un moyen non-juridictionnel, mais d'une voie de droit extraordinaire.<sup>15</sup>

Cette terminologie ne peut toutefois pas être transposée sans autre aux procédures extraordinaires dans le domaine de l'asile. Alors qu'en général, on distingue entre réexamen simple et réexamen qualifié selon qu'il existe ou non un droit au traitement, en droit d'asile, il est déterminant de savoir si la modification d'une décision se fait sur la base de *vrais* ou de *faux nova*. De par l'art. 111b LAsi, le droit d'asile dispose certes d'une norme légale spéciale sur le réexamen, mais cette réglementation n'est que de nature procédurale et ne fait pas de distinction entre le réexamen simple et le réexamen qualifié et s'applique donc de la même manière aux deux formes de réexamen.<sup>16</sup> Il ressort des travaux préparatoires qu'il a délibérément été renoncé à définir les motifs d'un réexamen – ce qui aurait facilité la distinction entre les contenus – car il existait déjà une pratique constante et de longue date dans ce domaine.<sup>17</sup>

En ce qui concerne le droit au traitement dans le cadre d'un réexamen, il ne ressort pas directement de l'art. 111b LAsi si l'autorité est tenue d'accepter une demande de réexamen fondée sur cette disposition. Le fait que le SEM doive s'occuper de la demande de réexamen – pour autant que les conditions d'entrée en matière soient remplies – résulte des travaux préparatoires, de l'art. 111b al. 4 LAsi et de la jurisprudence. Il ressort du message relatif à la modification de la loi sur l'asile<sup>18</sup> qu'il n'est pas entré en matière sur une demande de réexamen si l'une des exigences formelles de l'art. 111b al. 1 LAsi n'est pas remplie.<sup>19</sup> L'art. 111b al. 4 LAsi prévoit que les demandes de réexamen

---

<sup>11</sup> RHINOW RENÉ ET AL., *Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 4. éd., Bâle 2021, par. 1306.

<sup>12</sup> TANNER MARTIN, *Wiedererwägung, Revision von ursprünglich fehlerhaften und Anpassung von nachträglich fehlerhaft gewordenen Verfügungen*, th., Zurich 2021, par. 8.

<sup>13</sup> TANNER (nbp. 12), par. 8.

<sup>14</sup> BEERLI-BONORAND URSINA, *Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone*, th., Zurich 1985, 171 ; BACHMANN GREGOR, *Anspruch auf Verfahren und Entscheidung*, th., Berne 2019, 192 ; TANNER (nbp. 12), par. 8.

<sup>15</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (nbp. 8), par. 2017 ; cf. aussi BOVAY (nbp. 10), 394.

<sup>16</sup> SEM, *Manuel Asile et retour*, Article H2, *Les voies de droit extraordinaires et les demandes multiples* (y c. frais de procédure), 3.

<sup>17</sup> Message concernant la modification de la loi sur l'asile du 26 mai 2010, FF 2010 4035 ss, 4054.

<sup>18</sup> FF 2010 (nbp. 17).

<sup>19</sup> FF 2010 (nbp. 17), 4085.

infondées ou présentant de manière répétée les mêmes motivations sont classées sans forme. Enfin, la jurisprudence déduit de l'art. 29 al. 1 Cst.<sup>20</sup> un droit au réexamen lorsque les faits juridiquement pertinents se sont modifiés de manière significative depuis le prononcé de la décision.<sup>21</sup>

Les paragraphes suivants présentent les caractéristiques du réexamen (simple et qualifié) dans le domaine de l'asile.

b. *Le réexamen simple*

Le réexamen simple a pour but d'adapter une décision rendue erronée par une situation de fait qui a changé (*vrais nova*)<sup>22</sup>; c'est ce qui le distingue de la révision.

La demande de réexamen peut être déposée par écrit et motivée dans les trente jours suivant la découverte du motif de réexamen (art. 111b al. 1 LAsi). Elle doit être adressée au SEM. Ceci est également valable si une décision de recours du Tribunal administratif fédéral a été rendue entre-temps et a scellé l'entrée en force de la décision contestée.

L'objet du réexamen simple est un éventuel empêchement à l'exécution du renvoi,<sup>23</sup> alors qu'un changement de situation concernant la qualité de réfugié doit être évalué dans le cadre d'une demande multiple (art. 111c LAsi, cf. ci-dessous).

c. *Le réexamen qualifié*

Le réexamen qualifié est également une voie de droit extraordinaire en droit d'asile, qui découle de l'art. 111b LAsi et, par analogie, de l'art. 66 PA.<sup>24</sup> Contrairement au réexamen simple, il ne s'agit pas ici d'invoquer un changement de situation postérieur à la décision formellement entrée en force, mais de faire valoir des faits existant avant la décision du SEM, mais non-invoqués sans faute (*faux nova*), et donc d'invoquer des motifs de révision. Ceux-ci ne sont toutefois pas dirigés contre la décision de recours du Tribunal

---

<sup>20</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

<sup>21</sup> ATF 138 I 61 c. 4.3 ; 136 II 177 c. 2.1 et 2.2.2 ; 129 V 200 c. 1.1 ; 127 I 133 c. 6 ; ATAF 2008/52 c. 3.2.3 ; cf. aussi GHIELMINI SABRINA, *Ausserordentliche Rechtsmittel im Asylbereich – Aktuelle Entwicklungen*, Asyl 2/2014, 14 ss, 14 avec d'autres indications.

<sup>22</sup> JICRA 1998 no 1 c. 6a.

<sup>23</sup> JICRA 1998 no 1 c. 6c bb.

<sup>24</sup> Cf. Message concernant la modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile) du 3 septembre 2014, FF 2014 7771 ss, 7880 ; cf. aussi Kommentar VwVG-MÄCHLER, art. 66, par. 9.

administratif fédéral, mais contre la décision du SEM. Il s'ensuit que le réexamen qualifié ne peut être invoqué que tant que le Tribunal administratif fédéral n'a pas statué matériellement sur la décision contestée du SEM. Dès lors que le Tribunal administratif fédéral a rendu une décision sur le fond, il est fonctionnellement compétent pour la révision de cette décision.<sup>25</sup>

## B. Les demandes multiples

Bien que la demande multiple au sens de l'art. 111c LAsi ne soit pas une voie de droit extraordinaire, par souci d'exhaustivité et parce qu'il est souvent difficile de distinguer la demande multiple de la demande de réexamen « simple », il convient de la mentionner brièvement ici. La demande multiple est une deuxième demande d'asile (dite demande d'asile subséquente) déposée dans les cinq ans suivant l'entrée en force de la décision d'asile et de renvoi. L'art. 111c LAsi est donc une *lex specialis* par rapport à l'art. 18 LAsi.<sup>26</sup> La demande multiple est parfois désignée de variante spéciale du réexamen simple « classique » (dans le sens exposé ci-dessus pour le domaine du droit d'asile).<sup>27</sup> La demande multiple vise elle aussi à obtenir un nouvel examen sur la base d'une modification ultérieure de la situation, mais elle se distingue du réexamen par le fait qu'elle porte sur la qualité de réfugié.<sup>28</sup> De plus, contrairement aux voies de recours extraordinaires mentionnées, la demande multiple a un effet suspensif (art. 42 LAsi).

## III. Systématique des voies de recours extraordinaires

L'aperçu des voies de recours extraordinaires dans le domaine de l'asile établi ci-dessus montre que, malgré une pratique juridique bien établie, des difficultés de délimitation – notamment de nature terminologique – se manifestent. Une adaptation terminologique s'impose entre autres en ce qui concerne le réexamen simple et le réexamen qualifié. Dans le cas du réexamen qualifié, il s'agit d'une révision de la décision du SEM. Le réexamen qualifié et la révision sont des instruments de protection juridique identiques,<sup>29</sup> se

---

<sup>25</sup> Cf. BEERLI-BONORAND (nbp. 14), 35 ; Sur cette problématique, cf. arrêt du TAF E-3913/2009 du 10 juin 2013 c. 2.2 ; ATF 134 III 45 c. 2.3.

<sup>26</sup> ATAF 2014/39 c. 4.3.

<sup>27</sup> Cf. ATAF 2014/39 c. 4.5.

<sup>28</sup> ATAF 2014/39 c. 4.3 ; 2009/53 c. 4.1 ; JICRA 1998 no 1 c. 6c bb.

<sup>29</sup> BEERLI-BONORAND (nbp. 14), 176 ; cf. également Praxiskommentar VwVG-PFLEIDERER, art. 58, par. 9, VwVG, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, dans : Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (édit.), 3. éd., Zurich 2023.

distinguant cependant sur le plan fonctionnel, dès lors qu'ils relèvent de la compétence d'instances différentes.

Il serait bien plus judicieux de s'inspirer de la distinction entre l'irrégularité initiale et l'irrégularité subséquente de la décision contestée. S'il est question de modifier une décision contenant un vice apparu ultérieurement, il faudrait le faire par le biais de son *adaptation*. Dans ce cas, c'est le SEM qui serait compétent. Toutefois, si l'erreur initiale d'une décision est invoquée, cela devrait se faire par voie de *révision*, et ce peu importe l'instance compétente.<sup>30</sup> L'instance compétente pour la modification de la décision devrait être celle qui a statué en dernier lieu sur le fond. Du point de vue de la systématique, cela correspondrait à la réglementation actuelle selon laquelle les *vrais nova* sont toujours jugés par le SEM en tant que première instance – indépendamment du fait que le Tribunal administratif fédéral ait entre-temps confirmé sa décision – et les *faux nova* sont jugés par l'instance qui a statué en dernier lieu dans la procédure correspondante.

#### IV. Exigences en matière de protection juridique

Les garanties de procédure, droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale à ses art. 29 à 32, s'appliquent à toutes les procédures judiciaires ou administratives, soit à toute application d'une loi, par une autorité, à une situation concrète. En d'autres termes, elles sont applicables à tout acte juridique qui produit « des effets juridiques individuels et concrets ». <sup>31</sup> À son art. 29, la Constitution consacre les garanties générales de procédure. Ces garanties trouvent ici application, puisque les décisions rendues par les autorités, qu'il s'agisse du Tribunal administratif fédéral ou du SEM, sont des actes de souveraineté à portée individuelle et concrète.

Nous nous penchons ici sur deux garanties de procédure, qui nous semblent être les plus pertinentes, soit le droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable et le droit à l'assistance judiciaire gratuite, inscrits à l'art. 29 Cst., respectivement aux al. 1 et 3.

---

<sup>30</sup> TANNER (nbp. 12), par. 9 ; cf. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (nbp. 8), par. 2016.

<sup>31</sup> ATF 129 I 232 c. 3.3 ; 131 II 169 c. 2.2.3 ; cf. aussi KIENER REGINA/KÁLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. éd., Berne 2018, § 40, par. 16.

## A. Le droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable

La Constitution fédérale prévoit à son art. 29 al. 1 l'interdiction du retard injustifié, forme spécifique du déni de justice formel.<sup>32</sup> Cette disposition prévoit que « toute personne a droit [...] à ce que sa cause soit traitée [...] dans un délai raisonnable ». Cette garantie protège le ou la justiciable contre un retard injustifié dans la procédure pouvant être imputé à l'autorité saisie. Elle implique que la procédure soit menée à terme dans un délai raisonnable.<sup>33</sup> On parle également de principe de célérité. Cette garantie est donc violée lorsqu'une décision n'est pas rendue dans le délai prévu par la loi, ou lorsqu'une décision n'est pas rendue dans un délai considéré comme raisonnable.

La question du délai raisonnable s'examine selon trois critères développés par la jurisprudence. Il convient de rappeler que ces critères doivent être analysés à la lumière d'une affaire concrète et non pas abstraitement.<sup>34</sup> Premièrement, il faut se pencher sur la cause jugée, c'est-à-dire sa complexité ainsi que l'enjeu qu'elle revêt pour la demanderesse. Dans un deuxième temps, il faut considérer le comportement de cette dernière. Il est attendu d'elle qu'elle entreprenne les tâches nécessaires pour que l'autorité rende sa décision dans un délai convenable.<sup>35</sup> En dernier lieu sera analysé le comportement de l'autorité compétente.<sup>36</sup>

Ces critères trouvent également application lorsqu'un délai d'ordre est dépassé. Dans un tel cas apparaît seulement une « présomption réfragable de retard injustifié »,<sup>37</sup> laquelle peut être réfutée en suivant ces trois critères.

Pour les demandes de réexamen, l'art. 111b al. 3 LAsi prévoit que les décisions de non-entrée en matière sont rendues dans les cinq jours ouvrables qui suivent le dépôt de la demande. Dans les autres cas, les décisions sont rendues, selon cette disposition, dans les dix jours ouvrables suivant le dépôt de la demande. En pratique, ces délais peuvent cependant être bien plus longs,

---

<sup>32</sup> DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux*, Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018, par. 4040.

<sup>33</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (nbp. 31), § 41, par. 5.

<sup>34</sup> MALINVERNI GIORGIO ET AL., *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, Les droits fondamentaux, 4. éd., Berne 2021, par. 1408 ; SGK BV-STEINMANN, art. 29, par. 24, *St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, dans : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), 3. éd., Zurich/Saint-Gall 2014 (cit. SGK BV-AUTEUR-ICE).

<sup>35</sup> ATF 130 I 312 c. 5.2 ; DUBEY (nbp. 32), par. 4043.

<sup>36</sup> Cf. ATF 130 I 312 c. 5.2 ; MALINVERNI ET AL. (nbp. 34), par. 1409.

<sup>37</sup> DUBEY (nbp. 32), par. 4042.

l'attente pouvant durer plusieurs mois.<sup>38</sup> Aucun délai d'ordre n'est prévu pour les demandes de révision ainsi que pour les demandes multiples. Le délai pour rendre une décision dans ces cas est laissé au bon vouloir de l'autorité. Il est donc d'autant plus compliqué pour la personne concernée de savoir quand une décision va être rendue à son égard, la laissant dans une situation d'incertitude.

## B. Le droit à l'assistance judiciaire gratuite

L'assistance judiciaire gratuite revêt une importance particulière dans un État de droit<sup>39</sup> et s'inscrit dans un contexte de justice (« *fairness* »). Cette garantie, prévue à l'art. 29 al. 3 Cst., tend à ce que chaque personne qui ne dispose pas des ressources financières suffisantes puisse tout de même sauvegarder ses droits. Le droit à l'assistance judiciaire gratuite concerne deux pans, soit les frais de procédure et les honoraires d'un conseil juridique. La garantie prévue à l'art. 29 al. 3 Cst. intervient à titre subsidiaire, lorsque le droit ordinaire ne prévoit aucune disposition.<sup>40</sup>

### 1. Les frais de procédure

En ce qui concerne le premier pan, une procédure devant la justice entraîne de nombreux coûts, ceux-ci se manifestant parfois dès l'ouverture d'une procédure, notamment par les avances de frais. D'autres coûts liés à la procédure peuvent se manifester tout au long de celle-ci.<sup>41</sup> Selon cette partie de la garantie, la procédure devra être menée et achevée partiellement ou totalement gratuitement, dépendant des moyens du ou de la requérant-e.<sup>42</sup>

Ce droit est soumis à deux conditions, soit l'indigence de la demanderesse et les chances de succès de la cause (art. 29 al. 3 Cst.). La première condition implique que celle-ci « n'est pas en mesure d'assumer les frais de la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille ».<sup>43</sup> En ce qui concerne la deuxième condition, il faut que la cause ne

---

<sup>38</sup> Cf p. ex. arrêt du TAF E-4322/2017 du 22 août 2017 pour une durée de 12 mois ; E-4713/2020 du 7 octobre 2020 pour une durée de 9 semaines ; E-2490/2022 du 28 juin 2022 pour une durée de 9 semaines.

<sup>39</sup> SGK BV-STEINMANN, art. 29, par. 62.

<sup>40</sup> MALINVERNI ET AL. (nbp. 34), par. 1737.

<sup>41</sup> DUBEY (nbp. 32), par. 4773 ; SGK BV-STEINMANN, art. 29, par. 263.

<sup>42</sup> DUBEY (nbp. 32), par. 4806.

<sup>43</sup> ATF 135 I 221 c. 5.1 ; 141 III 369 c. 4.1.

soit pas dépourvue de chances de succès. Cela est le cas lorsque les risques de perdre la cause sont notamment plus faibles que les perspectives de la gagner.<sup>44</sup>

Selon l'art. 111d al. 1 LAsi, le SEM perçoit un émolument pour les demandes de réexamen et les demandes multiples si celles-ci sont rejetées ou s'il n'entre pas en matière. Cet émolument peut être réduit si la demande est partiellement acceptée. Selon l'art. 7c al. 1 OA 1<sup>45</sup>, ces frais s'élèvent à 600 CHF. Ce montant peut être augmenté d'un supplément pouvant aller jusqu'à 50% si la procédure est d'une durée extraordinaire ou d'une difficulté particulière. Le SEM peut également exiger le versement d'une avance de frais. La demanderesse peut formuler une demande d'exemption d'avance de frais. La garantie prévue à l'art. 29 al. 3 Cst. se reflète donc à l'art. 111d al. 2 LAsi, pour autant que les conditions de l'indigence et des chances de succès de la demande soient remplies.

Dans le cadre d'une demande de révision, les frais peuvent varier entre 200 et 5000 CHF selon l'art. 3 FITAF.<sup>46</sup> Il est dans ce cadre également possible de faire une demande de dispense de frais.

## 2. Les honoraires d'un conseil juridique

Comme mentionné ci-dessus, le deuxième pan de cette garantie prévoit le droit de bénéficier d'un conseil juridique gratuit. Pour cela, une condition supplémentaire doit être remplie, celle de la nécessité. En d'autres termes, il faut que l'octroi de ce conseil soit requis pour sauvegarder adéquatement les droits de la demanderesse,<sup>47</sup> condition qui s'examine selon sa situation concrète. La pratique tient compte du fait « que la décision en cause peut ou non faire l'objet d'un recours plus ou moins aisé et étendu ». <sup>48</sup> Il faut également tenir compte de la situation de la demanderesse, « et en particulier de ses aptitudes et de ses expériences en matière de procédure administrative ou judiciaire ». <sup>49</sup> Enfin, la nécessité d'un tel conseil dépend de l'affaire elle-même. Un-e conseiller-ère sera considéré-e comme nécessaire lorsque les enjeux sont importants pour la demanderesse, ou lorsque la cause peut porter une atteinte considérable aux intérêts de cette dernière.<sup>50</sup> Il est donc question ici d'un

---

<sup>44</sup> ATF 133 III 614 c. 5, *a contrario* ; SGK BV-STEINMANN, art. 29, par. 69.

<sup>45</sup> Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999 (OA 1, RS 142.311).

<sup>46</sup> Règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 21 février 2008 (FITAF, RS 173.320.2).

<sup>47</sup> ATF 130 I 180 c. 2.2.

<sup>48</sup> DUBEY (nbp. 32), par. 4815.

<sup>49</sup> DUBEY (nbp. 32), par. 4816.

<sup>50</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (nbp. 31), § 40, par. 16.

critère de gravité, qui intervient lorsque la situation juridique de la partie indigente est exposée à un risque important.<sup>51</sup>

L'accès à un conseil juridique revêt une importance particulière dans ce contexte, puisque la révision, le réexamen et la demande multiple doivent répondre à certaines exigences de forme, au risque d'être sinon rejetées. Une personne n'ayant aucune expérience juridique et ayant, possiblement, une connaissance limitée des langues nationales, ne peut répondre à ces exigences.

## V. Considérations pratiques

L'utilisation de ces moyens de droit extraordinaires se heurte à certains obstacles en pratique. Un premier aspect à considérer dans ce contexte est l'influence qu'aura la qualification de la demande sur le ou la justiciable. Une différence peut ici être relevée quant à un éventuel effet suspensif. Dans le cas d'une demande multiple, celui-ci est accordé automatiquement, l'exécution du renvoi est suspendue et la demanderesse peut séjourner en Suisse aux termes de l'art. 42 LAsi. Elle reçoit à ce titre un permis N (art. 30 OA 1). Dans le cas d'une demande de révision ainsi que dans le cas d'une demande de réexamen, un effet suspensif doit être demandé. Aucun titre de séjour ne découle du dépôt d'une telle demande. Il est donc fort probable que la demanderesse ne bénéficie d'aucun titre de séjour et se trouve donc dans une situation extrêmement précaire.

La qualification de la demande aura également une influence sur la célérité de la procédure. En effet, bien que des délais de traitement soient prévus dans la loi pour les demandes de réexamen, les autorités n'y sont pas liées, puisque ce ne sont que des délais d'ordre. Il se peut donc que le temps d'attente pour recevoir une décision sur une demande de réexamen soit bien plus long que celui inscrit dans la loi. Pour ce qui concerne les autres sortes de demandes, comme mentionné ci-avant, aucun délai d'ordre n'est prévu. La personne concernée devra donc s'en tenir au bon vouloir des autorités.

La célérité de la procédure a de plus une importance accrue pour des questions d'aide sociale. Selon l'art. 82 LAsi, peu importe que la demande soit qualifiée de demande de réexamen, de révision ou de demande multiple, la demanderesse ne bénéficiera pas de l'aide sociale mais uniquement de l'aide d'urgence, dont le montant est déterminé par les cantons, mais gravitant de manière générale autour d'une somme allouée de 10 CHF par jour.<sup>52</sup> Il est

---

<sup>51</sup> DUBEY (nbp. 32), par. 4817.

<sup>52</sup> Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), Tableau des prestations de soutien, disponible à <<https://ch-sodk.s3.eu-west-1.amazonaws.com/>>

donc important qu'une décision soit rendue rapidement pour éviter que la demanderesse se trouve dans une situation précaire trop longtemps.

Puisque la demanderesse ne bénéficie que de l'aide d'urgence, il est important qu'elle puisse bénéficier de l'assistance juridique gratuite. En effet, un tel montant ne permet pas de prendre à charge des frais de procédure ainsi que de payer les honoraires d'un conseil juridique. L'aide d'un conseil juridique est de plus nécessaire pour que les personnes touchées puissent effectivement faire valoir leurs droits. En effet, les demandes doivent respecter certaines conditions de forme et de fond. Il ne peut être attendu d'un ou d'une requérant-e d'asile débouté-e qu'il ou elle ait des connaissances juridiques et linguistiques suffisantes pour remplir ces attentes. En outre, il est rare que les personnes concernées aient connaissance du fait qu'un effet suspensif n'est accordé que sur demande dans le cas d'un réexamen ou d'une révision, il est donc hautement probable qu'il ne soit pas fait usage de cette possibilité. La nécessité d'un conseil juridique se fait donc fortement ressentir.

## VI. Conclusion

Le survol du système des voies de recours extraordinaires effectué ci-dessus démontre la complexité de ce domaine. Même s'il existe une jurisprudence différenciée sur la délimitation du contenu des différentes voies de recours, il serait souhaitable de simplifier la terminologie. Il s'imposerait de parler d'*adaptation* en cas de modification ultérieure de la situation de fait ou de droit. Le SEM serait alors compétent, qu'il s'agisse d'une demande de réexamen simple ou d'une demande multiple. Dans le cas d'une décision initialement erronée, il faudrait toujours parler de *révision*, la compétence fonctionnelle étant déterminée en fonction de la dernière instance qui a statué sur le fond.

Cette délimitation étant reconnue comme étant difficile par les expert-e-s du droit, il ne peut être exigé de personnes ne bénéficiant pas de connaissances juridiques qu'elles puissent naviguer ce domaine sans problèmes. Cela appelle donc à un respect accru des droits fondamentaux, puisque les personnes utilisant ces voies de droit se trouvent en règle générale dans une situation particulièrement vulnérable. Il est donc hautement important qu'elles puissent bénéficier du soutien prévu par les droits fondamentaux, et en particulier du soutien d'un conseil juridique pouvant sauvegarder leurs droits de façon adéquate.

---

[media/files/e89f4550/5f09/4af1/aaa8/2e91bbc2352a/Tabelle\\_Unterstützungsleistungen\\_im\\_Asybereich.pdf](media/files/e89f4550/5f09/4af1/aaa8/2e91bbc2352a/Tabelle_Unterstützungsleistungen_im_Asybereich.pdf)>.

# Barrierefreier Bildungsweg an der UZH

## Das Behindertengleichstellungsrecht von der Ersteinschreibung bis zur Promotion

Lena Hänni / Carlo Lienhard / Vera Raguth Tschärner / Cédric Schütz

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	135
II.	<a href="#">Grundlagen des Behindertengleichstellungsrechts</a>	136
	A. <a href="#">Historische Entwicklung</a>	136
	B. <a href="#">Aktuelle Ausgangslage</a>	138
III.	<a href="#">Universitäre Laufbahn und Behinderung</a>	140
	A. <a href="#">Zugang zur Universität</a>	141
	1. <a href="#">Rechtliche Ordnung</a>	141
	2. <a href="#">Die Abbildung der Realität</a>	141
	B. <a href="#">Bachelor- und Masterstudium</a>	143
	1. <a href="#">Barrierefreie Infrastruktur</a>	144
	2. <a href="#">Digitale Barrierefreiheit</a>	145
	3. <a href="#">Barrierefreie Didaktik und Lernressourcen</a>	146
	4. <a href="#">Barrierefreie Leistungsnachweise</a>	148
	C. <a href="#">Auf dem Weg zum Dokortitel</a>	149
	1. <a href="#">Das Doktoratsstudium</a>	150
	2. <a href="#">Die Anstellung als wissenschaftliche Assistenz</a>	152
	D. <a href="#">Kritik und Anregungen</a>	153
IV.	<a href="#">Schlusswort</a>	154

### I. Einleitung

«Wie macht sie das nur, obwohl sie gehörlos ist?»

Selbst in solch anerkennend gemeinten Worten widerspiegelt sich eine allgemeine Zurückhaltung hinsichtlich der Fähigkeit von Menschen mit Behinderungen, erfolgreich ein Studium zu absolvieren.<sup>1</sup> Die Wurzeln potenziell diskri-

---

<sup>1</sup> HOLLENWEGER JUDITH, Menschen mit Behinderungen an Schweizer Hochschulen, Nationales Forschungsprogramm Projekt 4045-59718, 2004, 7.

minierender, stereotypisierter Verhaltensweisen reichen tief in das alltägliche Gedankengut und verbergen sich oft hinter vermeintlich neutralen Abläufen und Strukturen;<sup>2</sup> besonders auch im Bildungswesen.

Bildung ist der Schlüssel zur persönlichen Entfaltung, zur wirtschaftlichen Selbstbestimmung und zur aktiven gesellschaftlichen Teilhabe. Sie schützt vor unterschiedlichen Formen der Ausbeutung, Gewalt sowie des Missbrauchs und ist von grundlegender Bedeutung für die Ausübung von Grundrechten.<sup>3</sup> Die Umsetzung des Rechts auf Bildung und lebenslanges Lernen markiert einen wichtigen Schritt auf dem Weg zur Schaffung einer inklusiveren Gesellschaft, in der alle Menschen ihr volles Potenzial entfalten können.

Für Menschen mit Behinderungen ist der Zugang zur Bildung jedoch oft mit besonderen Herausforderungen verbunden. Das 20-jährige Jubiläum des BehiG<sup>4</sup> vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass der Gleichstellungsprozess in diesem Bereich noch längst nicht abgeschlossen ist und es an Aufklärung sowie Sensibilisierung mangelt. Das hat erhebliche Auswirkungen, denn: «Wie gerecht und leistungsstark ein Schulsystem ist, bestimmt den Bildungserfolg.»<sup>5</sup>

Der folgende Beitrag soll die bisherigen Fortschritte im Bereich der Behindertengleichstellung und den Status Quo an der Universität Zürich (UZH) abbilden – von der Assessmentstufe bis zum Doktorat – und schliesslich die Brennpunkte aufgreifen, die es in Zukunft noch anzugehen gilt.

## II. Grundlagen des Behindertengleichstellungsrechts

### A. Historische Entwicklung

Historisch waren Menschen mit Behinderungen regelmässig einer gesteigerten Gefahr der sozialen Ausgrenzung ausgesetzt. So sahen theologische Interpretationen Beeinträchtigungen als Konsequenz sündhaften Verhaltens, im

---

<sup>2</sup> WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, 422.

<sup>3</sup> SHK BRK-FILIPPO, Art. 24, N 12, Stämpflis Handkommentar, UNO-Behindertenrechtskonvention, in: Naguib Tarek et al. (Hrsg.), Bern 2023 (zit. SHK BRK-BEARBEITER:IN).

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (BehiG, SR 151.3).

<sup>5</sup> NAGUIB TAREK ET AL., Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, Bern 2014, 82.

Zuge der Industrialisierung wurden Menschen mit Behinderungen in spezielle Einrichtungen verbannt und eugenische Bewegungen führten zu körperlichen Eingriffen wie der Sterilisation.<sup>6</sup>

Den Auftakt Richtung Gleichheit und Freiheit markierte die Bundesverfassung von 1848, die allerdings rechtlichen Schutz gegen Diskriminierungen noch missen liess. Erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts, getragen von einem zunehmenden Bewusstsein für soziale Gerechtigkeit, wurden Diskriminierungsverbote gesetzlich verankert und – angestossen durch «Affirmative Actions» der Vereinigten Staaten – erste Förderungsmassnahmen verbrieft.<sup>7</sup> Anfangs lag der Schwerpunkt dieser Massnahmen besonders auf dem Schutz der Rassendiskriminierung; im europäischen Raum konzentrierte er sich während langer Zeit auf das Merkmal des Geschlechts.<sup>8</sup>

Behinderungen hingegen galten über Jahre hinweg noch als persönliche und medizinische Herausforderungen, die primär durch Instrumente des Sozialversicherungsrechts ausgeglichen werden sollten.<sup>9</sup> In den 1960er-Jahren setzte schliesslich ein Paradigmenwechsel ein, der zu einer Auffassung von Behinderungen als komplexes Zusammenwirken von individuellen Voraussetzungen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen führte<sup>10</sup> und in der Schweiz letztlich seinen Niederschlag in den Art. 8 Abs. 2 und 4 der totalrevidierten Bundesverfassung von 1999<sup>11</sup> fand. Damit wurde auf Verfassungsebene anerkannt, dass neben Gesetzgebungen, die bei den biologischen Schwächen von Menschen mit Behinderungen ansetzen, auch Bestimmungen notwendig sind, welche die tatsächliche soziale Integration zu gewährleisten versuchen.<sup>12</sup>

Aus diesen Entwicklungen heraus und besonders auf Anregung nationaler Behindertenorganisationen hin wurden das BehiG und dessen dazugehörige Verordnungen<sup>13</sup> ausgearbeitet und am 1. Januar 2004 in Kraft gesetzt. Zeitgleich nahm das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Be-

---

<sup>6</sup> SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, 2 f. m.w.H.

<sup>7</sup> NAGUIB ET AL. (Fn. 5), 39.

<sup>8</sup> Zum Ganzen: WALDMANN (Fn. 2), 455 f.

<sup>9</sup> WALDMANN (Fn. 2), 429.

<sup>10</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 11. Dezember 2000 zur Volkinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen, BBl 2001 1715, 1723 ff.

<sup>11</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>12</sup> WALDMANN (Fn. 2), 430.

<sup>13</sup> Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003 (BehiV, SR 151.31); Verordnung über die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs vom 12. November 2003 (VböV, SR 151.34).

hinderungen (EBGB) seine Tätigkeit auf. Bemerkenswert ist, dass der Beratungsdienst der UZH bereits Jahre zuvor – genauer 1980 – einen ersten «Universitätsführer für Behinderte» publizierte.<sup>14</sup>

Seit der Einführung des BehiG sollten aber noch zehn Jahre verstreichen, bis die Schweiz die von den Vereinten Nationen bereits 2006 abgeschlossene Behindertenrechtskonvention<sup>15</sup> ratifizieren wird.<sup>16</sup> Die BRK war das erste völkerrechtliche Regelwerk, das bestehende Menschenrechtsabkommen für die Situation von Menschen mit Behinderungen konkretisierte und zu einer inklusiven Bildung verpflichtete.<sup>17</sup> Ein Novum in der Entstehungsgeschichte eines universellen Rechtsinstruments war dabei die Teilnahme von Organisationen von und für Menschen mit Behinderungen sowie von Nichtregierungsorganisationen für Menschenrechte am Verhandlungs- und Redaktionsprozess.<sup>18</sup>

Am 1. Januar 2024 ist im Kanton Zürich schliesslich das Selbstbestimmungsgesetz<sup>19</sup> in Kraft getreten, welches Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit einräumt, weitestgehend selbst bestimmen zu können, wie und wo sie leben und von wem sie begleitet werden; das Gesetz nimmt schweizweit eine Vorreiterrolle bezüglich der Umsetzung der BRK ein.

## B. Aktuelle Ausgangslage

Nach Art. 1 Abs. 2 BRK werden unter Personen mit Behinderungen Menschen verstanden, «die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.» Diese menschenrechtsbasierte Definition verdeutlicht, dass der Begriff der Behinderung nicht nur aus der Perspektive des Individuums und seinen biologischen Fähigkeiten verstanden werden darf, sondern vielmehr auch die sozialen und systemischen Umstände mitzubehin berücksichtigen sind.<sup>20</sup> Unter dieses weite Begriffsverständnis können auch

---

<sup>14</sup> Als Vorläufer des heutigen Uniability Portals. Universität Zürich, Geschichte von Uniability UZH, abrufbar unter <<https://www.uniability.uzh.ch/de/generalinfos/historie.html>>.

<sup>15</sup> Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, für die Schweiz in Kraft getreten am 15. Mai 2014 (BRK, SR 0.109).

<sup>16</sup> Das dazugehörige Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006, welches eine Möglichkeit zur individuellen Beschwerde vorsieht, wurde von der Schweiz nicht ratifiziert.

<sup>17</sup> SHK BRK-FILIPPO, Art. 24, N 9 f.

<sup>18</sup> SHK BRK-NAGUIB, Art. 1, N 4.

<sup>19</sup> Gesetz über den selbstbestimmten Leistungsbezug durch Menschen mit Behinderung vom 28. Februar 2022 des Kantons Zürich (SLBG ZH, LS 831.5).

<sup>20</sup> SHK BRK-NAGUIB, Art. 2, N 2; diese Begriffsauffassung liegt auch dem BehiG zugrunde, vgl. BBl 2001 (Fn. 10), 1723 ff.

(chronische) Krankheiten fallen, wenn die betroffene Person dadurch in zentralen Aspekten ihrer Lebensführung vom gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen wird; die Grenze zwischen Krankheit und Behinderung ist fließend, abgestellt wird auf die Intensität der Einschränkung.<sup>21</sup>

Nichtdiskriminierung und Inklusion im Bildungsbereich werden in erster Linie durch das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV – und eng damit verknüpft die Wahrung der Menschenwürde gemäss Art. 7 BV – gewährleistet.<sup>22</sup> Gleichermassen entscheidend sind für die Schweiz die Verpflichtungen der BRK, insbesondere von Art. 24, seien sie direkt anwendbar oder programmatischer Natur. Deren Inhalt wird bei der Diskussion um die einzelnen Ausprägungen der universitären Barrierefreiheit präziser aufgegriffen.

Die Schweizer Verfassung hat überdies in Art. 8 Abs. 4 BV ein Egalisierungsgebot formuliert, welches die Legislative verpflichtet, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vorzusehen; dieser Aufgabe wurde insbesondere mit Erlass des BehiG nachgekommen. Art. 3 lit. f BehiG entfaltet aufgrund der Kompetenzverteilung von Bund und Kantonen jedoch nur für Bildungsangebote, die dem Regelungsbereich des Bundes unterliegen, direkte Wirkungen,<sup>23</sup> wird aber zur Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BV herangezogen. Praktisch hat das BehiG aber auch für die Kantone eine Relevanz: Laut der Fachstelle Studium und Behinderung der Universität Zürich (FSB) hat es zur Klärung des Behinderungsbegriffes beigetragen und wird oft bei der Gewährung von nachteilsausgleichenden Massnahmen referenziert.<sup>24</sup>

Ergänzt werden diese Grundlagen durch verschiedene Rechtsnormen auf Ebene des Bundesrechts und des kantonalen Rechts; ausdrücklich etwa durch die in Art. 8 lit. b WeBiG<sup>25</sup> statuierte Verpflichtung von Bund und Kantonen, bei der Gestaltung und Förderung der Weiterbildung die speziellen Bedürfnisse von Personen mit Behinderungen zu berücksichtigen. Für den Kanton Zürich

---

<sup>21</sup> SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 6), 15.

<sup>22</sup> Bund und Kantone sind in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich verantwortlich, dass der Schutz vor Diskriminierung im Hochschulbereich gewährleistet ist (Art. 8 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 63a BV).

<sup>23</sup> In den parlamentarischen Debatten wurde der Wille zum Ausdruck gebracht, auch kantonale Universitäten von Art. 3 lit. f BehiG zu erfassen (AB N 2002 933). Damit wären die verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Bundes jedoch erheblich überschritten worden, ohne dass ein entsprechender Wille der Legislative ersichtlich gewesen wäre.

<sup>24</sup> EGGER THERES ET AL., Evaluation des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen – BehiG, Bern 2015, 171.

<sup>25</sup> Bundesgesetz über die Weiterbildung vom 20. Juni 2014 (WeBiG, SR 419.1).

sind insbesondere die Art. 11, Art. 14 und Art. 115 der Kantonsverfassung<sup>26</sup> sowie die universitären, spezialgesetzlichen Regelungen zu nennen, auf die im Rahmen der einzelnen Studienabschnitte näher eingegangen wird.

Weitere Erlasse konkretisieren entweder den Gesetzgebungsauftrag der Benachteiligungsbeseitigung lediglich in Bezug auf bestimmte Bereiche (beispielsweise Art. 55 Abs. 1 lit. 2 und Abs. 2 lit. f HFKG<sup>27</sup> bezüglich den Akkreditierungsbedingungen) oder aber formulieren allgemeine Ziele der Entwicklungsförderung oder Chancengleichheit (beispielsweise § 2 und § 16 Abs. 2 lit. a BiG ZH<sup>28</sup>), jedoch ohne spezifische Massnahmen der Beseitigung von Benachteiligungen für Menschen mit Behinderungen vorzusehen.

Zusätzlich zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen existieren nicht verbindliche Regelungen und Orientierungshilfen wie beispielsweise der Leitfaden für Hochschulen zum Nachteilsausgleich im Studium von swissuniability<sup>29</sup> oder der Leitfaden zur Selbstevaluation einer hindernisfreien Hochschule der ZHAW.<sup>30</sup>

### III. Universitäre Laufbahn und Behinderung

Universitäre Laufbahnen an der UZH gliedern sich im Wesentlichen in drei verschiedene Studienabschnitte: das Bachelor-, das Master- und das Doktoratsstudium. Die normativen Grundlagen sind dabei nicht durchgehend dieselben, wenn auch für das Bachelor- und Masterstudium in der Regel noch die gleichen Bestimmungen gelten.

In diesem Kapitel soll eine Auswahl der Barrieren durchleuchtet werden, denen Studierende mit Behinderungen auf ihrem akademischen Weg gegenüberstehen können. Einleitend sei zudem kurz der Zugang zur Universität erwähnt, da auch dieser Menschen mit Behinderungen besondere Schwierigkeiten bieten kann.

---

<sup>26</sup> Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV ZH, SR 131.211).

<sup>27</sup> Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 30. September 2011 (HFKG, SR 414.20).

<sup>28</sup> Bildungsgesetz des Kantons Zürich vom 1. Juli 2002 (BiG ZH, LS 410.1).

<sup>29</sup> Netzwerk Studium und Behinderung Schweiz, Nachteilsausgleich im Studium, Leitfaden für Hochschulen, Zürich 2019, abrufbar unter <[https://www.swissuniability.ch/index.cfm?action=act\\_getfile&doc\\_id=100020&](https://www.swissuniability.ch/index.cfm?action=act_getfile&doc_id=100020&)>.

<sup>30</sup> PAGE JULIE ET AL., Hindernisfreie Hochschule, Ein Leitfaden zur Selbstevaluation, Winterthur 2012, abrufbar unter <<https://www.zhaw.ch/storage/hochschule/studium/beratung/leitfaden-hindernisfreie-hochschule.pdf>>.

## A. Zugang zur Universität

### 1. Rechtliche Ordnung

Die Zulassung zum Studium an der UZH bedingt den Nachweis der erforderlichen Vorbildung (§ 9 Abs. 2 VZS ZH<sup>31</sup>), die ausreichende Kenntnis der Unterrichtssprache des jeweiligen Studienprogramms (§ 10 Abs. 1 VZS ZH) sowie das Nichtvorliegen von Zulassungshindernissen i.S.v. § 12 ff. VZS ZH.

Eine Behinderung stellt an sich kein rechtliches Zugangshindernis dar. Entscheidend ist, ob die notwendige Vorbildung erlangt wurde, ausgewiesen durch einen anerkannten schweizerischen oder ausländischen Vorbildungsausweis (vgl. § 26 ff. VZS ZH). Für einen Bachelorstudiengang entspricht dies typischerweise dem Maturitätszeugnis; zu beachten ist jedoch, dass trotz Harmonisierungsbestrebungen in den Kantonen stets unterschiedliche Aufnahmebedingungen für die Mittelschulen bestehen, von den systemischen Herausforderungen im Zusammenhang mit Sonderschulen ganz zu Schweigen.

Im Rahmen des universitären Zulassungsverfahrens wird überprüft, ob eine ärztlich bescheinigte Behinderung oder chronische Krankheit Auswirkungen auf studienrelevante Aktivitäten hat. In einem solchen Fall kann die FSB nachteilsausgleichende Massnahmen vorschlagen (§ 25 VZS ZH).

Wünschenswert wäre aber, wenn besondere Eigenschaften nicht erst für die Studienzeit, sondern bereits beim Auswahlverfahren berücksichtigt würden. Dies gilt besonders für Studiengänge mit Zulassungsbeschränkungen (beispielsweise in Form von Numerus Clausus, Mindestnotenschnitt oder Praktikumserfahrung), welche abgesehen von der medizinischen und Vetsuisse-Fakultät besonders auf Master- und Doktoratsstufe verbreitet sind.

### 2. Die Abbildung der Realität

Trotz der theoretischen Erfüllung aller Zulassungsvoraussetzungen können faktische Hürden den Zugang zum Studium vereiteln. In einer Studie von 2004 gaben noch mehr als zwei Drittel der befragten Schweizer Hochschulen an, dass sie Maturand:innen mit Behinderungen grundsätzlich von einem Studium abraten würden.<sup>32</sup>

---

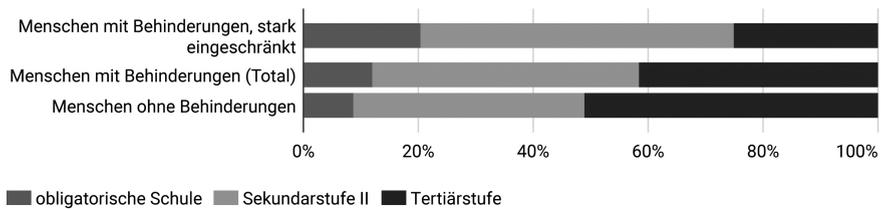
<sup>31</sup> Verordnung über die Zulassung zum Studium an der Universität Zürich vom 27. August 2018 (VZS ZH, LS 415.31).

<sup>32</sup> HOLLENWEGER (Fn. 1), 6.

Gleichstellung im Hochschulbereich ist noch nicht erreicht, das wird spätestens mit Blick auf die Zahlen klar: Während noch etwa die Hälfte der Schweizer Bevölkerung zwischen 25 und 64 Jahren mit Behinderungen einen Bildungsstand der Sekundarstufe II aufweisen, beträgt der Anteil im tertiären Bildungsbereich lediglich ca. 25% bei Menschen, welche starke Einschränkungen durch ihre Behinderungen haben und ca. 40% bei Menschen mit Behinderungen insgesamt.<sup>33</sup>

## Bildungsstand von Menschen mit und ohne Behinderungen, 2021

Bevölkerung im Alter von 25 bis 64 Jahren in Privathaushalten



Quelle: BFS – Erhebung über die Einkommen und die Lebensbedingungen (SILC)

© BFS 2023

Gleichwohl hat sich laut eigenen Angaben der UZH die Anzahl von Studierenden mit einer Behinderung oder chronischen Krankheit von 143 im Jahre 2013 auf 311 Studierende im Jahre 2019 mehr als verdoppelt.<sup>34</sup> Bei über 26'000 Immatrikulierungen im letztgenannten Jahr<sup>35</sup> entsprach dies jedoch stets lediglich 1.18% aller Studierenden. Es ist mit Blick auf das notorische Stigma aber davon auszugehen, dass nicht alle Studierenden ihre Einschränkungen bekanntgeben, weshalb diese Zahl in der Realität höher liegen wird.

<sup>33</sup> Bundesamt für Statistik, Bildungsstand von Menschen mit und ohne Behinderungen, 2021, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/gleichstellung-menschen-behinderungen/bildung/bildungsstand.assetdetail.26985565.html>>.

<sup>34</sup> Fachstelle für Studium und Behinderung, Nachteilsausgleich, abrufbar unter <<https://www.disabilityoffice.uzh.ch/de/Angebote-für-Studierende/Ihr-Nachteilsausgleich-ander-UZH.html>>.

<sup>35</sup> Universität Zürich, Zahlen und Fakten 2019, abrufbar unter <<https://www.uzh.ch/cmsssl/de/explore/portrait/annualreport/archive.html>>.

## B. Bachelor- und Masterstudium

Art. 24 Abs. 1 BRK formuliert Zielsetzungen eines inklusiven Bildungssystems, wie die volle Entfaltung der Würde, Persönlichkeit und Fähigkeiten sowie die Teilhabe an der freien Gesellschaft. Praktisch umgesetzt wird das Recht auf Bildung gemäss Abs. 2 einerseits durch den Abbau von Barrieren im allgemeinen Bildungssystem und andererseits durch angemessene individuelle Vorkehrungen, die den einzelnen Bedürfnissen entsprechen. Abs. 3 weist die Vertragsstaaten darüber hinaus zur Förderung des Erwerbs lebenspraktischer Fertigkeiten und sozialer Kompetenzen an. Schliesslich haben sie nach Abs. 4 auch geeignete Massnahmen zur Einstellung und Schulung von Lehrkräften zu treffen, insbesondere hinsichtlich deren Sensibilisierung für Behinderungen und Erlernung ergänzender und alternativer Kommunikationsmittel. Abs. 5 betont, dass angemessene Vorkehrungen von der Grundschulbildung bis zu jeder Art der weiterführenden Bildung zu treffen sind.

Anhand des letzten Absatzes statuieren die völkerrechtlichen Vorgaben das Recht auf Bildung für Menschen mit Behinderungen *expressis verbis* auch für den tertiären Bildungsbereich. Die Vertragsstaaten sind dazu angehalten, aktiv eine Bildungsumgebung zu schaffen, welche die Vorschriften der Konvention auch wirksam umzusetzen vermag. Massnahmen dazu können allgemeiner und individueller Natur sein, da die Schutzbedürfnisse je nach Art der Behinderung variieren.<sup>36</sup> Die Schweizer Umsetzung der vorgeschlagenen Massnahmen wurde bisher als ungenügend erachtet,<sup>37</sup> auf die geäusserte Kritik wird später noch genauer eingegangen.

Nachteilsausgleichende Vorkehrungen sind aktiv vorzunehmen, soweit sie im Sinne von Art. 2 BRK angemessen sind.<sup>38</sup> Mit anderen Worten hat sich – im Rahmen der Verhältnismässigkeit – das Bildungssystem dem Menschen anzupassen und nicht der Mensch dem System.<sup>39</sup> Dies kann Veränderungen im Rahmen der Pädagogik, Didaktik, Lehrausbildung aber auch Organisation der Bildungsanstalt und Curricula bedeuten.<sup>40</sup> Sämtliche Rahmenbedingungen des Studiums sollen barrierefrei zugänglich sein, um den Erfolg von Studierenden mit Behinderung zu unterstützen.<sup>41</sup> Nachteilsausgleiche sind insbesondere im

---

<sup>36</sup> BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 83, Basler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, in: Waldmann Bernhard et al. (Hrsg.), Basel 2015.

<sup>37</sup> CRPD, Concluding observations on the initial report of Switzerland, C/CHE/CO/1, Ziff. 47.

<sup>38</sup> NAGUIB ET AL. (Fn. 5), 292.

<sup>39</sup> SHK BRK-FILIPPO, Art. 24, N 2.

<sup>40</sup> SHK BRK-FILIPPO, Art. 24, N 33.

<sup>41</sup> COPUR EYLEM/PÄRLI KURT, Der hindernisfreie Zugang zu Bildung – Pflichten der Hochschule, Jusletter, 15. April 2013, 219.

Zusammenhang mit Leistungsnachweisen vorzunehmen, aber selbstverständlich auch ausserhalb dieses Bereichs einzusetzen; zu denken ist an die Bereitstellung behindertenspezifischer Hilfsmittel, das Angebot einer persönlichen Assistenz während Lehrveranstaltungen oder unter Umständen auch an eine Verlängerung von Maximalstudienzeiten (vgl. Art. 2 Abs. 5 BehiG). Grundsätzlich werden im Rahmen von Nachteilsausgleichen ausschliesslich Anpassungen der Modalitäten gewährt, während die inhaltlichen Anforderungen unverändert bleiben.<sup>42</sup>

Besonders die Bedürfnisse von Studierenden, deren Beeinträchtigungen sich zur Hauptsache auf ihre Studierfähigkeit und weniger auf ihre Mobilität auswirken, werden häufig nicht ausreichend wahrgenommen.<sup>43</sup> Oft haben diese auch deswegen Hemmungen sich zu «outen» und melden ihre Schwierigkeiten vermehrt erst in einem fortgeschrittenen Stadium ihrer Hochschulausbildung.<sup>44</sup>

## I. Barrierefreie Infrastruktur

Die Thematik der physischen Barrierefreiheit an Hochschulen unterscheidet sich im Kern nicht von derjenigen zu sonstigen öffentlichen Gebäuden. Im Kanton Zürich sind öffentlich genutzte Bauten und Anlagen in Umsetzung von Art. 11 Abs. 4 KV ZH für Menschen mit Behinderungen gemäss § 239d PBG ZH<sup>45</sup> zugänglich und benützbar zu bauen.<sup>46</sup> Die Barrierefreiheit einzelner Gebäude ist auf der Uniability Website der UZH ersichtlich.<sup>47</sup>

Es zeigt sich, dass die Mehrheit der aufgeführten Gebäude rollstuhlgängig ist, jedoch nicht alle Gebäude genannt werden. Insbesondere fehlen auf der Liste (ausseruniversitäre) Gebäude, in denen Studierende Prüfungen ablegen oder Universitätsangestellte arbeiten, mit denen die Betroffenen unter Umständen persönlich in Kontakt treten möchten. Zudem besteht auch bei den aufgeführten Bauten und Anlagen noch Verbesserungsbedarf: So sind einige der Gebäude beispielsweise nicht mit Braille-Tafeln versehen. Des Weiteren befinden sich rollstuhlgängige Eingänge oftmals an den Gebäudeseiten und die Aufzüge

---

<sup>42</sup> Siehe unten, [III.B.4.](#)

<sup>43</sup> HOLLENWEGER (Fn. 1), 5.

<sup>44</sup> EGGER ET AL. (Fn. 24), 179.

<sup>45</sup> Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG ZH, LS 700.1).

<sup>46</sup> Siehe auch § 34 PGB ZH i.V.m. 2.51 Anhang der besonderen Bauverordnung I des Kantons Zürich vom 5. Mai 1981 (BBV I ZH, LS 700.21), welche explizit auf die Norm SIA 500 «Hinderisfreie Bauten» verweist.

<sup>47</sup> Universität Zürich, Building Information, abrufbar unter [https://www.uniability.uzh.ch/static/control/building\\_display.php?bd\\_scrollY=0](https://www.uniability.uzh.ch/static/control/building_display.php?bd_scrollY=0).

sind nicht immer zentral platziert, was zu einem zusätzlichen Zeitaufwand führt, um an den Zielort zu gelangen.

Schliesslich sind gewisse Orte und Dienstleistungsangebote ausschliesslich über Treppen erreichbar, wie beispielsweise der Welcome Desk im Hauptgebäude der Universität; hier wird Studierenden, die auf den Rollstuhl angewiesen sind, von offizieller Seite her angeraten, mit Zurufen und Gesten auf sich aufmerksam zu machen, um den Service in Anspruch nehmen zu können.<sup>48</sup> Problematisch bleiben auch Standortwechsel, besonders wenn diese grosse Strecken innert kurzer Zeit betreffen, wie es bei Studierenden mit Haupt- und Nebenfächern üblich ist. An der UZH steht – im Gegensatz zur ETH<sup>49</sup> – kein universitätsinterner Shuttlebus zur Verfügung, wodurch auf den regulären ÖV zurückgegriffen werden muss,<sup>50</sup> um beispielsweise vom Zentrum zum rund 2.5 km entfernten Standort Irchel zu gelangen.

Erfreulich ist dagegen, dass die UZH im Jahre 2021 die Bauberatung des Vereins «Behindertenkonferenz Kanton Zürich» für die Realisierung des Bauprojekts «Forum UZH» in Anspruch genommen hat und somit hoffentlich in Zukunft kein Rufen mehr nötig ist.<sup>51</sup>

## 2. Digitale Barrierefreiheit

Gerade im Zeitalter der Digitalisierung ist die Barrierefreiheit von Online-Dienstleistungen entscheidender denn je.<sup>52</sup> Dazu gehören Massnahmen wie die Gestaltung von digitalen Angeboten unter Berücksichtigung von Screenreader-Kompatibilität, die Bereitstellung alternativer Formate für visuelle und auditive Inhalte und die Sicherstellung, dass alle Studierenden gleichermassen auf die elektronischen Ressourcen zugreifen können.

Eine Studie von 2016 bewertete die UZH mit vier von fünf möglichen Sternen bezüglich der Zugänglichkeit ihrer damaligen Webseite.<sup>53</sup> Obwohl die Platt-

---

<sup>48</sup> Universität Zürich, Informationsbeschaffung vor Ort, abrufbar unter <<https://www.uniability.uzh.ch/de/specialinfos/diverse/onsite.html>>.

<sup>49</sup> Eidgenössische Technische Hochschule, eLink – Shuttlebus der ETH, abrufbar unter <<https://ethz.ch/studierende/de/campus/transport-mobilitaet/science-city-link.html>>.

<sup>50</sup> Zur Gesamtproblematik im öffentlichen Verkehr: SANTORO IVAN, Hürden für Beeinträchtigte sind im ÖV noch immer immens, SRF vom 28. Januar 2023, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/schweiz/ohne-hilfe-geht-oft-nichts-huerden-fuer-beeintraechtigte-sind-im-oev-noch-immer-immens>>.

<sup>51</sup> Behindertenkonferenz Kanton Zürich, Jahresbericht 2021, 13.

<sup>52</sup> COPUR/PÄRLI (Fn. 41), 24.

<sup>53</sup> BOLPING ANTON ET AL., Schweizer Accessibility-Studie, Bestandsaufnahme der Zugänglichkeit bedeutender Schweizer Internet-Angebote, Zürich 2016, 99.

form seither mit einem Content-Management-System verwaltet wird,<sup>54</sup> welches die digitale Barrierefreiheit grundsätzlich sicherstellen sollte, sind noch nicht alle Hürden beseitigt.

Problematisch bleibt, dass die Lehrstühle ihre digitalen Angebote, wie insbesondere ihre Webseiten, Online-Kurse oder E-Learning Plattformen selbst verwalten und keine obligatorische Schulung zur Accessibility Thematik von Seite der Universität verlangt wird. Tipps und Tutorials zur Gestaltung barrierefreier Webseiten werden durch die FSB zwar ausserhalb von Kursen zur Verfügung gestellt,<sup>55</sup> deren Anwendung bleibt jedoch fakultativ. Aufgrund der freiwilligen Natur der Angebote sind Menschen mit Behinderungen, wie insbesondere Sehbeeinträchtigungen, auf das Wissen, den Willen und die Zeit derjenigen Person, welche das digitale Angebot unterhält, angewiesen.

### 3. Barrierefreie Didaktik und Lernressourcen

Um das Recht auf Bildung nach Art. 24 BRK zu verwirklichen, muss auch die Didaktik der Professor:innen und Dozierenden barrierefrei sein; dies soll zurzeit mittels Merkblätter erreicht werden.<sup>56</sup> Dabei lässt sich nicht abschätzen, ob und wie vollständig diese beachtet werden. Ein aktueller Auswertungsbericht zeigt, dass lediglich 16% der Studierenden der UZH mit einer Behinderung denken, die Sensibilisierung der Lehrpersonen sei hoch oder sehr hoch, während 20% sie als mittelmässig und 64% gar als gering einschätzen.<sup>57</sup> Diese Zahlen verdeutlichen, dass in diesem Bereich noch viel Handlungsbedarf besteht.

---

<sup>54</sup> Universität Zürich, Accessibility, abrufbar unter <<https://www.kommunikation.uzh.ch/de/web/policies/accessibility.html>>.

<sup>55</sup> Fachstelle Studium und Behinderung der Universität Zürich, Tutorials e-Accessibility, abrufbar unter <<https://www.disabilityoffice.uzh.ch/de/Angebote-für-Abteilungen-und-Fakultäten/Tutorials-e-Accessibility.html>>; Zentrale Informatik der Universität Zürich, Accessibility von pdf-Dateien, abrufbar unter <<https://www.cms.uzh.ch/de/training/tutorials/accessibility/pdf.html>>; Teaching Tools der Universität Zürich, Verbesserung der Accessibility in Lehrveranstaltungen, abrufbar unter <<https://teachingtools.uzh.ch/de/tools/e-accessibility>>.

<sup>56</sup> Fachstelle Studium und Behinderung der Universität Zürich, Merkblätter «Hindernisfreie Didaktik», abrufbar unter <<https://www.disabilityoffice.uzh.ch/de/Angebote-für-Abteilungen-und-Fakultäten/Merkblätter--Hindernisfreie-Didaktik-.html>>; vgl. auch Fachstelle Studium und Behinderung der Universität Zürich, Merkblätter «Studieren mit ...», abrufbar unter <<https://www.disabilityoffice.uzh.ch/de/Angebote-für-Studierende/documents.html>>.

<sup>57</sup> HEUSSER CAROLINE/GUGGISBERG JÜRIG, Auswertungsbericht zur Erhebung Studium und Behinderung an der Universität Zürich, Bern 2022, 17.

Ziel ist es, ein Umfeld zu schaffen, das die Vielfalt der Lernstile und -fähigkeiten der Studierenden berücksichtigt. Denkbar ist der Einsatz alternativer Mittel und Formate in Ergänzung zu herkömmlichen Unterrichtsmethoden, das Angebot von Podcasts mit Untertiteln oder die barrierefreie Ausgestaltung von Lernressourcen, beispielsweise mittels Alternativtexten oder mittels Festlegung der Lesereihenfolge in PowerPoint-Präsentationen und pdf-Dateien. Es ist hier insbesondere auch auf den unterschiedlichen Digitalisierungsgrad von Literaturquellen zu verweisen und darauf, dass nicht alle Quellen auch in Vorlesequalität digital verfügbar sind. Darüber hinaus ist nur ein minimaler Teil des Materials – wenn überhaupt – in Brailleschrift erhältlich.

Aber auch bereits weniger weitgehende Massnahmen, wie beispielsweise die vorgängige Bereitstellung der Vorlesungsunterlagen, vermögen einen wichtigen Beitrag zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen zu leisten. Erfahrungsgemäss bleiben hingegen gerade solch geringfügigere Vorkehrungen wie die letztere unbeachtet, auch wenn sechs der sieben Merkblätter die vorgängige Zurverfügungstellung des Lehrmaterials für eine barrierefreie Lehre empfehlen.<sup>58</sup>

Werden diese Massnahmen ignoriert, führt dies nicht selten dazu, dass sich die Studierenden vor die Wahl gestellt sehen, sich den Umständen zu beugen oder sich selbst an die Dozierenden zu wenden. Dies bedeutet sowohl einen individuellen Zeitverlust als auch unter Umständen die Offenlegung der Behinderung. Die Angst vor möglichen Stigmatisierungen, insbesondere im Zusammenhang mit nicht anonymisierten Leistungsnachweisen, kann in solchen Fällen dazu führen, dass die betroffene Person sich gegen diesen Schritt entscheidet und dadurch Schwierigkeiten in der Vorlesung in Kauf nehmen muss.

Die fehlende Sensibilisierung im Bereich der Lehre wird gegenwärtig mit einem Swissuniversities Projekt ins Auge gefasst.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Fachstelle Studium und Behinderung der Universität Zürich, Merkblätter «Studieren mit ...», abrufbar unter <<https://www.disabilityoffice.uzh.ch/de/Angebote-für-Studierende/documents.html>>.

<sup>59</sup> Universität Zürich, P7 Swissuniversities Projekt (2021-2024), Lehrveranstaltungen für alle: Barrierefreier Unterricht an Hochschulen, abrufbar unter <[https://www.sdr.uzh.ch/de/forschungundberatung/laufendeprojekte/p7-projekt\\_2021-2025.html](https://www.sdr.uzh.ch/de/forschungundberatung/laufendeprojekte/p7-projekt_2021-2025.html)>.

#### 4. Barrierefreie Leistungsnachweise

Leistungsnachweise können für Menschen mit Behinderungen besonders grosse Hürden darstellen. Alternative Prüfungsformen wie mündliche Klausuren, Projektarbeiten, Präsentationen, aber auch formale Anpassungen des Prüfungsrahmens können unter Umständen sicherstellen, dass Studierende mit unterschiedlichen Behinderungen ihre Fähigkeiten effektiv nachweisen können.<sup>60</sup>

Grundlage für den Erlass nachteilsausgleichender Massnahmen bilden für die Bachelor- und Masterstudiengänge die jeweiligen Rahmenverordnungen der Fakultäten.<sup>61</sup> § 9 jeder dieser Verordnungen sieht eine Überprüfung der Auswirkungen einer ärztlich bescheinigten Behinderung oder chronischen Krankheit auf studienrelevante Aktivitäten durch die FSB und deren Gewährung von allfälligen Nachteilsausgleichen vor. Der Anspruch leitet sich ebenfalls aus dem Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 2 BV ab.<sup>62</sup> Es handelt sich bei Nachteilsausgleichen nicht um materielle (Prüfungs-)Erleichterungen; die Fähigkeitsanforderungen werden nicht gesenkt.<sup>63</sup> Die Grenze von verhältnis- und unverhältnismässigen Anpassungen muss im konkreten Einzelfall gezogen werden.<sup>64</sup>

Nachteilsausgleichende Massnahmen im Bereich der Modalitäten von Leistungsnachweisen sind beispielsweise formale Prüfungserleichterungen, wie die Verlängerung der Prüfungszeit, das Schreiben am Computer anstelle der Handschriftlichkeit oder das Ablegen der Prüfung in einem separaten Raum.<sup>65</sup> Bei schriftlichen (Themen-)Arbeiten besteht hingegen die Möglichkeit einer individualisierten Unterstützung durch eine Assistenzperson; besonders Studierende, die an einer Aufmerksamkeitsdefizit-/Hyperaktivitätsstörung (ADHS) leiden und denen die Strukturierung und Planung grössere Schwierigkeiten bereitet, profitieren davon, wenn ihnen ein:e Mentor:in für die Arbeitseinteilung zur Seite gestellt wird. Vorträge oder mündliche Prüfungen hingegen können für manche Personen mit einer Autismus-Spektrum-Störung mit viel Stress verbunden sein und sollten, wenn notwendig, unter Ausschluss der Öffentlichkeit gehalten werden.

---

<sup>60</sup> COPUR/PÄRLI (Fn. 41), 28.

<sup>61</sup> Vgl. beispielsweise die Rahmenverordnung über den Bachelor- und den Masterstudiengang an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich vom 21. September 2020 (RVO RWF ZH, LS 415.415.1).

<sup>62</sup> BGE 147 I 73 E. 6.2; Urteil des BGer 2C\_974/2014 vom 27. April 2015 E. 3.4.

<sup>63</sup> BGE 122 I 130 E. 3c; NAGUIB ET AL. (Fn. 5), 294.

<sup>64</sup> SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 6), 388; COPUR/PÄRLI (Fn. 41), 17.

<sup>65</sup> Swissuniability, Nachteilsausgleich, abrufbar unter <<https://www.swissuniability.ch/de/Studium/Nachteilsausgleich>>; vgl. HOTZ SANDRA/KUHN CHRISTINE, Kinder fördern, Jusletter, 24. April 2017, 14.

Die einzelnen Fakultäten regeln die Fristen im Zusammenhang mit Nachteilsausgleichen individuell. So endet die Frist für den Antrag um Nachteilsausgleich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zeitgleich mit der Modulbuchungsfrist. Im Herbstsemester 2023 fiel dies beispielsweise auf den 10. Oktober; konkret bedeutet das, dass die Frist bereits weniger als einen Monat nach Semesterbeginn bereits abließ.<sup>66</sup> An der Vetsuisse-Fakultät kann demgegenüber bis zu vier Wochen vor dem Termin eines entsprechenden Leistungsnachweises ein Antrag um Nachteilsausgleich gestellt werden, die theologische Fakultät kennt gar keine offiziellen Fristen.<sup>67</sup>

Eine Verbesserung könnte für Studierende mit Behinderungen bereits durch die Vereinheitlichung dieser Zeitvorgaben erzielt werden, wobei tendenziell längere als kürzere Fristen wünschenswert wären. Ebenso begrüßenswert wäre die Einführung eines einmaligen Antragsverfahrens um nachteilsausgleichende Massnahmen, die für die gesamte Dauer des Studiums ihre Gültigkeit behalten. Insbesondere bei Studierenden mit dauerhaften Behinderungen ist schwer nachvollziehbar, weshalb der Nachteilsausgleich jedes Semester erneut beantragt werden muss, wenn auch in vereinfachter Art und Weise.

### C. Auf dem Weg zum Dokortitel

Doktorierende machten im Jahr 2022 rund 20% der total 27'895 Studierenden an der UZH aus.<sup>68</sup> Mit Blick auf diese Zahl erscheint es unumgänglich: Darunter befinden sich auch Menschen mit Behinderungen.

Nichtsdestotrotz scheinen Doktorierende mit Behinderungen wohl nicht im öffentlichen Bewusstsein zu sein, wird ihre Lage – gerade auch an der UZH – doch kaum beachtet. In Studien und Berichten werden Doktorierende mit Behinderungen nicht gesondert ausgewiesen, in der wissenschaftlichen Literatur werden sie nicht erwähnt, Rechtsprechung ist bisher nicht ergangen. Mehr noch: Betroffene Doktorierende mit Behinderungen berichten anekdotisch von verlegenem Schulterzucken von Seiten offizieller Stellen der UZH wenn diese auf etwaige Hilfsangebote angesprochen werden.

---

<sup>66</sup> Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, Fristen Modulbuchung, abrufbar unter <[https://www.ius.uzh.ch/de/studies/general/booking-modules.html#Fristen\\_Buchungsmodule\\_HS23](https://www.ius.uzh.ch/de/studies/general/booking-modules.html#Fristen_Buchungsmodule_HS23)>.

<sup>67</sup> Fachstelle Studium und Behinderung der Universität Zürich, Nachteilsausgleich, abrufbar unter <<https://www.disabilityoffice.uzh.ch/de/Angebote-für-Studierende/Ihr-Nachteilsausgleich-an-der-UZH/Fristen-und-Ansprechpersonen-pro-Fakultät.html>>.

<sup>68</sup> Universität Zürich, UZH in Zahlen, abrufbar unter <<https://www.uzh.ch/de/explore/por-trait/figures.html>>.

Die Situation von Doktorierenden ist eine Eigene, wenn sie auch viele Überschneidungen mit derjenigen von Bachelor- und Masterstudierenden aufweist. So geht ein Doktoratsstudium in vielen Fällen mit einer öffentlich-rechtlichen Anstellung an der Universität, respektive an einem Lehrstuhl, einher. Damit stellen sich neben bildungs- auch personalrechtliche Fragen.<sup>69</sup>

## I. Das Doktoratsstudium

Während verschiedentlich zwischen Doktorierenden und übrigen Studierenden differenziert wird,<sup>70</sup> unterscheiden die für ein Studium mit einer Behinderung relevanten Normen nicht zwischen den einzelnen Studienabschnitten. So sind nach § 25a Abs. 2 UniO ZH<sup>71</sup> schlicht alle Universitätsangehörigen durch die FSB zu beraten und § 25 VZS ZH sieht nachteilsausgleichende Massnahmen generell für Studienanwärterinnen und -anwärter vor, worunter nach § 2 Abs. 1 VZS ZH auch diejenigen für das Doktoratsstudium fallen müssen.

Die oben genannten Rahmenverordnungen über die Bachelor- und Masterstudiengänge sind nicht per se anwendbar auf die jeweiligen Doktoratsstudiengänge der Fakultäten. Während die Promotionsverordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der UZH<sup>72</sup> in § 2 Abs. 2 explizit die RVO RWF ZH für die im Erlass nicht geregelten Fragen als anwendbar erklärt, fehlt den Promotionsverordnungen der anderen Fakultäten eine analoge Regelung. Nachteilsausgleichende Massnahmen im Anschluss an ein Zulassungsverfahren (für welches, wie gesehen, noch die fakultätsübergreifende VZS ZH zur Anwendung gelangt), sind damit augenscheinlich nur im Doktoratsstudium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät explizit vorgesehen.

Wo nachteilsausgleichende Massnahmen nicht ausdrücklich in den Promotionsverordnungen verankert werden, gelten die allgemeinen Schutzgehalte von

---

<sup>69</sup> Abweichende Konstellationen, wie ein Doktorat ohne Anstellung an der UZH oder aber eine wissenschaftliche Anstellung im akademischen Mittelbau der UZH ohne Doktoratsstudium, sind ebenso verbreitet. Je nach Ausgangslage sind die folgenden Ausführungen entsprechend partiell anwendbar.

<sup>70</sup> Nicht zuletzt in der universitären Standeszuteilung, wonach Bachelor- und Masterstudierende dem Stand der Studierenden, Doktorierende jedoch dem Stand des wissenschaftlichen Nachwuchses zugeordnet werden, § 19 Universitätsgesetz vom 15. März 1998 des Kantons Zürich (UniG ZH, LS 415.11).

<sup>71</sup> Universitätsordnung der Universität Zürich vom 4. Dezember 1998 (UniO ZH, LS 415.111).

<sup>72</sup> Verordnung über die Promotion zur Doktorin/zum Doktor der Rechtswissenschaft (Dr. iur.) an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich vom 25. Mai 2009 (LS 415.413).

Art. 24 Abs. 1 und 5 BRK, Art. 8 BV und Art. 11 Abs. 4 KV ZH. Diese umfassen auch die Hochschulbildung,<sup>73</sup> wozu das Doktoratsstudium zweifellos zu zählen ist.

Der Grundsatz, dass formelle Anpassungen vorzunehmen sind, materielle Anpassungen jedoch – wenn überhaupt – nur bedingt, gilt auch im Bereich des Nachteilsausgleichs im Doktoratsstudium.<sup>74</sup>

Wo sich die Bedürfnisse von Doktorierenden mit Behinderungen nicht von denjenigen von Bachelor- und Masterstudierenden mit Behinderungen unterscheiden (wie beispielsweise bei der Barrierefreiheit der Infrastruktur), kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Welche nachteilsausgleichenden Massnahmen konkret für Doktorierende geeignet sind, lässt sich nicht abstrakt sagen.<sup>75</sup> Wie bereits aufgeführt, sind nicht nur die denkbaren Nachteile, die mit einer Behinderung einhergehen können, äusserst divers; genauso unterschiedlich sind die verschiedenen mit einem Doktorat je nach Studienrichtung verbundenen curricularen Aufgaben. Diese umfassen beispielsweise die allgemeine Recherche für die Ausarbeitung der Doktorarbeit, den Besuch von Konferenzen und Kolloquien oder auch Laborarbeiten. Während im Bachelor- oder Masterstudium teilweise Vergleichbares verlangt wird, fehlt es im Doktoratsstudium in der Regel an betreuenden, Halt gebenden Strukturen. Fehlende, auf eine Behinderung zurückzuführende Selbstständigkeit könnte im Rahmen von nachteilsausgleichenden Massnahmen beispielsweise durch Assistenz- oder Mentoringdienste kompensiert werden.

Menschen mit verschiedensten Behinderungen sollte zudem eine höhere Kulanz bei der Abgabe ihrer Doktorarbeit entgegengebracht werden, sollten die Studiengänge denn fixe Abgabefristen vorsehen. Selbst mit gewährten nachteilsausgleichenden Massnahmen wird sich eine Behinderung in der Regel verlangsamernd auswirken.

Solche formellen Anpassungen der Anforderungen, die einem Doktoratsstudium inhärent sind, senken das zu erbringende Leistungsniveau nicht; die wissenschaftliche Leistung, die für eine Promotion verlangt wird, wird nicht geschmälert.

---

<sup>73</sup> SHK BRK-FILIPPO, Art. 24, N 27, 88; COPUR/PÄRLI (Fn. 41), 14, 22; SCHEFER MARKUS/MARTIN CÉLINE/HESS-KLEIN CAROLINE, Leitfaden für die Kantone zur gesetzgeberischen Umsetzung der UN-BRK, Zürich 2022, 382 ff., 389 f.

<sup>74</sup> BGE 122 I 130 E. 3c/aa; BVGE 2008/26 E. 5.2.2; SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 6), 390 ff.

<sup>75</sup> Vgl. COPUR/PÄRLI (Fn. 41), 28; SCHEFER/MARTIN/HESS-KLEIN (Fn. 73), 390 f.; m.w.H. auf denkbare nachteilsausgleichende Massnahmen DARVISHY ALIREZA ET AL., Leitfaden für barrierefreies Lehren und Forschen an der Hochschule, 2. A., Zürich 2022, 11 ff.; PAGE ET AL. (Fn. 30), 12 ff.

## 2. Die Anstellung als wissenschaftliche Assistenz

Doktorierende und wissenschaftliche Assistierende sind als Angehörige des akademischen Mittelbaus Teil des Universitätspersonals (§ 9 UniG ZH i.V.m. § 10c Abs. 1 UniO ZH). Damit gelten für sie, neben den konkreteren Bestimmungen der PVO-UZH ZH<sup>76</sup>, die Regelungen des für das Staatspersonalrecht anwendbaren Rechts, namentlich das PG ZH<sup>77</sup>.

Das kantonale und universitäre Personalrecht äussert sich lediglich dahingehend zu Menschen mit Behinderungen, als dass der Regierungsrat seine Personalpolitik unter anderem nach dem Grundsatz bestimmen soll, die «Beschäftigung und Eingliederung von Behinderten» zu fördern (§ 5 Abs. 1 lit. i PG ZH). Weiter sieht der Kanton Zürich in § 39 PG ZH eine allgemeine Fürsorgepflicht vor: Er gewährt seinen Angestellten Schutz und Fürsorge, bewahrt deren Persönlichkeitsentfaltung und legt sich selbst ein «Ethikgebot» auf, wonach Diskriminierungen (beispielsweise aufgrund einer Behinderung) verboten sind.<sup>78</sup>

Eine vergleichbare Förderungsbestimmung wie das Zürcher Personalgesetz kennt auch die BRK, welche in Art. 27 Abs. 1 lit. g die Vertragsstaaten verpflichtet, Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor zu beschäftigen. Während daraus kein individueller Anspruch für eine Beschäftigung im öffentlichen Sektor entsteht, soll gleichwohl die Vorbildrolle des Staates in der Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen betont werden.<sup>79</sup> Die Bestimmung wird beispielsweise durch Quotenregelungen oder Zielvorgaben umgesetzt.<sup>80</sup> Zudem sind am Arbeitsplatz nach Art. 27 Abs. 1 lit. i BRK angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen zu treffen.

Was bereits zum Doktoratsstudium gesagt wurde, kann auch für wissenschaftliche Arbeitsplätze wiederholt werden: Es lassen sich kaum allgemeingültige Aussagen dahingehend treffen, wie Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen geschaffen werden kann. Die Tätigkeitsprofile unterscheiden sich teils erheblich, die mit Behinderungen verbundenen Bedürfnisse ebenso. Denkbare Vorkehrungen wären in diesem Zusammenhang eine grosszügige Genehmigung gegenüber einer Arbeitserledigung im Homeoffice, mehr Pausen (beispielsweise bei einer Tätigkeit in einem Labor), respektive weniger

---

<sup>76</sup> Personalverordnung der Universität Zürich vom 29. September 2014 (PVO-UZH ZH, LS 415.21).

<sup>77</sup> Personalgesetz des Kantons Zürich vom 27. September 1998 (PG ZH, LS 177.10).

<sup>78</sup> LANG FRITZ, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Helbling Peter/Poledna Tomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, 49 ff., 73 f.

<sup>79</sup> SHK BRK-DEMIR, Art. 27, N 54.

<sup>80</sup> SHK BRK-DEMIR, Art. 27, N 55.

Verpflichtungen, an nicht unterbrechbaren oder stark fristgebundenen Projekten und Veranstaltungen teilzunehmen, und schliesslich auch eine barrierefreie Arbeitsumgebung, beispielsweise anhand der Zurverfügungstellung höhenverstellbarer Tische.<sup>81</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass Mehrkosten, die aus solchen Vorkehrungen entstehen, weder den Budgets kleiner Organisationseinheiten (wie Lehrstühlen oder Instituten) noch den anderen Mitarbeitenden ebendieser aufzubürden sind, wäre dies doch ein negativer Anreiz für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen.<sup>82</sup>

Begrüssenswert ist in diesem Sinne die Regelung, dass Arbeitsverhältnisse von Qualifikationsstellen (z.B. Assistierende oder Doktorierende) auf begründeten Antrag über die grundsätzlich vorgesehene Gesamtdauer hinaus verlängert werden können (§ 15 PVO-UZH ZH). Es sind Bestimmungen wie diese, die Raum für die Verwirklichung der Barrierefreiheit schaffen.

## D. Kritik und Anregungen

Die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen sind oft unzureichend, um Menschen mit Behinderungen den Zugang zu einer Hochschulbildung tatsächlich zu ermöglichen.<sup>83</sup> In diesem Sinne kritisiert der BRK-Ausschuss die Schweiz insbesondere aufgrund der fehlenden Gesamtstrategie und unzureichenden Anpassung des rechtlichen und politischen Rahmens an die Konvention.<sup>84</sup> Insbesondere im Bereich der Hochschulen äussert er erhebliche Bedenken hinsichtlich des unzureichenden Zugangs zur Bildung.<sup>85</sup> Noch besorgniserregender spricht der kürzlich erschienene Schattenbericht gar davon, dass Studierenden mit Behinderungen «schon rein formelle Anpassungsmassnahmen regelmässig versagt» würden.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> Weitere denkbare nachteilsausgleichende Massnahmen bei SHK BRK-DEMIR, Art. 27, N 60 ff.; SCHEFER/MARTIN/HESS-KLEIN (Fn. 73), 406 f.; DARVISHY ET AL. (Fn. 75), 11 ff.; PAGE ET AL. (Fn. 30), 12 ff.

<sup>82</sup> So wäre eine externe Korrekturassistenz, die für einen Menschen mit Behinderung Prüfungskorrekturen übernimmt, durch gesamtuniversitäre Mittel zu finanzieren. Würde eine höhere Korrekturlast auf die Schultern der anderen Mitarbeitenden verteilt, könnte dies potenziell zu Spannungen führen – gerade, wenn dadurch deren eigene Forschungszeit leidet.

<sup>83</sup> COPUR/PÄRLI (Fn. 41), 2.

<sup>84</sup> CRPD (Fn. 37), 16 f.

<sup>85</sup> CRPD (Fn. 37), 47 f.; vgl. auch SHK BRK-FILIPPO, Art. 24, N 107.

<sup>86</sup> HESS-KLEIN CAROLINE/SCHIEBLER ELIANE, Aktualisierter Schattenbericht, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2022, 79.

Auch wenn Unterschiede in der Studierbarkeit gewisser Fächer und Flexibilität der Gestaltung der Curricula unvermeidbar sind, die faktische Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen scheint zu einem grossen Teil vom Bewusstsein der Professor:innen, Dozierenden und Mitarbeitenden der Universität abzuhängen. Von der Erfüllung der völkerrechtlichen Voraussetzungen und der Einhaltung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots kann auf dieser Grundlage wohl kaum gesprochen werden. Auch was ein Doktorat für Menschen mit Behinderungen angeht, stecken die Regelungen heute in vielen Bereichen noch in den Kinderschuhen, wie die Promotionsverordnungen eines Grossteils der Fakultäten der UZH in aller Deutlichkeit aufzeigen. Die Hochschulen würden gerade in diesem Bereich zusätzlich von einer verstärkten Vernetzung untereinander profitieren.

Zusammenfassend können vier Verbesserungsansätze formuliert werden: (1) die Umwandlung der derzeit fakultativ angebotenen Merkblätter in verbindliche Richtlinien und durchsetzbare Ansprüche; (2) die Erhöhung der Sensibilisierung durch obligatorische Schulungen oder Workshops; (3) die Vereinheitlichung und transparente Kommunikation sämtlicher Abläufe, die Studierende mit Behinderungen betreffen und (4) die Erhöhung der Sichtbarkeit der Fachstelle für Studium und Behinderung.

Projekte wie das bereits erwähnte Drittmittelprojekt «Lehrveranstaltungen für alle: Barrierefreier Unterricht an Hochschulen»,<sup>87</sup> das noch bis 2025 läuft, wären dafür geeignete Vehikel. Ebenso ist positiv auf explizite Ermutigungen zur Bewerbung von Menschen mit Behinderungen in Stellenausschreibungen für Doktorats- und Assistenzstellen hinzuweisen; so wird Vereinbarkeit bewusst sichtbar gemacht.

## IV. Schlusswort

Grundsätzlich ist festzuhalten: Das Studium an der Universität Zürich – ob nun im Bachelor, Master oder Doktorat – ist mit einer Behinderung prinzipiell vereinbar. Dasselbe kann über die mit einem Doktoratsstudium oftmals verbundene Anstellung als wissenschaftliche Assistenz gesagt werden.

Die Behindertengleichstellung im Hochschulbereich ist und bleibt jedoch ein wichtiges Thema, das letztlich nichts Minderes als die Verwirklichung von zentralen Grund- und Menschenrechten betrifft. Auch wenn sich zurückhal-

---

<sup>87</sup> Oben [III.B.3](#); Universität Zürich, P7 Swissuniversities Projekt (2021-2024), Lehrveranstaltungen für alle: Barrierefreier Unterricht an Hochschulen, abrufbar unter <[https://www.sdr.uzh.ch/de/forschungundberatung/laufendeprojekte/p7-projekt\\_2021-2025.html](https://www.sdr.uzh.ch/de/forschungundberatung/laufendeprojekte/p7-projekt_2021-2025.html)>.

tende Verbesserungen und eine wachsende Sensibilisierung im Bereich der Aus- und Weiterbildung verzeichnen lassen, bleibt angesichts der beständigen Kritik viel zu tun; zu oft bleiben Begriffe wie «Integration» und «Gleichstellung» noch mehr Ziel als Tatsache.

Die Verpflichtung zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen erfordert einen langfristigen, tiefgreifenden Transformationsprozess, der das gesamte Bildungssystem durchdringen muss und nur über Inklusion, Barrierefreiheit und Chancengleichheit erreicht werden kann.<sup>88</sup> Die Umsetzung erfordert kontinuierliche Anstrengungen und Ressourcen sowie die unbefristete Implementierung von Förderungsmaßnahmen.<sup>89</sup> In Übereinstimmung mit WALDMANN kann bezüglich der Herstellung materieller Chancengleichheit zu Recht von einer «permanent wahrzunehmende[n] Daueraufgabe» gesprochen werden.<sup>90</sup>

Vorerst liegt es also gerade auch in der Verantwortung der Leserschaft dieses Beitrags, entsprechende Diskurse in ihrem eigenen Umfeld zu führen und zur Besserung der Gegebenheiten beizutragen. Studierende und Assistierende von heute sind Professor:innen von morgen; spätestens im Rahmen dieses Generationenwechsels sollte eine barrierefreie Lehre an den Hochschulen zur Norm werden.

---

<sup>88</sup> SHK BRK-FILIPPO, Art. 24, N 13.

<sup>89</sup> Vgl. SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 6), 27.

<sup>90</sup> WALDMANN (Fn. 2), 429, 539.



# Zeit für eine neue PAVO

## Das Partizipationsrecht von Pflegekindern

Tabea Berger

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	157
II.	<a href="#">Das Partizipationsrecht von Pflegekindern</a>	159
A.	<a href="#">Internationale Anforderungen nach UN-KRK</a>	160
B.	<a href="#">Anforderungen nach Schweizer Recht</a>	161
1.	<a href="#">Anhörung</a>	162
2.	<a href="#">Kindesvertretung</a>	163
3.	<a href="#">Vertrauensperson</a>	164
C.	<a href="#">Die praktische Umsetzung des Partizipationsrechts von Pflegekindern</a>	165
III.	<a href="#">Der Reformbedarf der PAVO</a>	167
A.	<a href="#">Der aktuelle Reformbedarf</a>	167
B.	<a href="#">Verbesserungsvorschläge</a>	169
IV.	<a href="#">Fazit</a>	170

### I. Einleitung

Seit das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, sind bereits über zehn Jahre vergangen. Per 31. Dezember 2022 waren in der Schweiz knapp 5'000 Kinder ausserfamiliär untergebracht.<sup>1</sup> Ein Kind wird beispielsweise in einem Heim oder in einer Pflegefamilie untergebracht, wenn seine Eltern es misshandeln oder es infolge einer eigenen psychischen Beeinträchtigung oder einer Suchterkrankung nicht zuverlässig versorgen können.<sup>2</sup> Pflegekinder sind demnach Kinder, die in einem Heim oder

---

<sup>1</sup> Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz, KOKES-Statistik 2022/Bestand Kinder (Anzahl Kinder mit Schutzmassnahmen am 31. Dezember 2022), abrufbar unter <[https://www.kokes.ch/application/files/7816/9579/4504/KOKES-Statistik\\_2022\\_Kinder\\_Bestand\\_Massnahmenarten\\_Details\\_A3.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/7816/9579/4504/KOKES-Statistik_2022_Kinder_Bestand_Massnahmenarten_Details_A3.pdf)>.

<sup>2</sup> Zum Ganzen KOKES, Medienmitteilung vom 14. September 2022, 80-85% der KESB-Schutzmassnahmen erfolgen einvernehmlich, Unauffällige Entwicklung der KESB-Fallzahlen, Luzern 2022, abrufbar unter <[https://www.kokes.ch/application/files/2116/6313/8156/MM\\_KOKES-Statistik\\_2021.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/2116/6313/8156/MM_KOKES-Statistik_2021.pdf)>.

in einer Pflegefamilie leben, weil ihre Eltern die Grundbedürfnisse und -rechte dieser Kinder in ihrer Obhut nicht mehr erfüllen konnten.<sup>3</sup>

Bereits 1946 wurden Missstände im Pflegekinderbereich publik.<sup>4</sup> Trotzdem dauerte es bis zum 1. Januar 1978, bis eine gesamtschweizerische Regelung für die ausserfamiliäre Unterbringung von Kindern in Kraft trat. Jedoch haben sich die ausserfamiliären Betreuungsformen für Kinder in den letzten Jahren stark verändert. 2009 wurde die Kinderbetreuungsverordnung als Nachfolgemodell der Pflegekinderverordnung, PAVO,<sup>5</sup> vorgelegt. Sie stiess allerdings auf breite Kritik. Daraufhin folgte ein komplett überarbeiteter, zweiter Vorentwurf.<sup>6</sup> Doch auch dieser scheiterte. Schliesslich wurde das Vorhaben redimensioniert und die PAVO auf den 1. Januar 2013 hin nur teilrevidiert.<sup>7</sup>

Nicht nur das schweizerische Kindesschutzrecht, sondern auch das internationale Recht gewährt mit Art. 12 UN-KRK<sup>8</sup> das Partizipationsrecht des Kindes, insbesondere das Recht auf Meinungsäusserung und Anhörung in allen das Kind betreffenden Belangen. Die Partizipationsrechte von Pflegekindern sind wichtig und notwendig, da Pflegekinder eine besonders verletzbare Personengruppe sind und oftmals bereits traumatisierende Erfahrungen gemacht haben.<sup>9</sup> Jedoch ist die praktische Umsetzung der Partizipationsrechte oft unklar und wird kantonal unterschiedlich gehandhabt.<sup>10</sup> Studien zeigen, dass Pflegekinder zu wenig in den Platzierungsprozess einbezogen werden. Dabei

---

<sup>3</sup> Vgl. BLUM STEFAN, Recht, in: Pflegekinder-Aktion Schweiz (Hrsg.), Handbuch Pflegekinder, Aspekte und Perspektiven, Zürich 2016, 161 ff., 162.

<sup>4</sup> ABRAHAM ANDREA ET AL., Forschungs- und Quellenstand zu Fürsorge und Zwang im Adoptions- und Pflegekinderwesen, Wissenschaftlicher Bericht im Rahmen des NFP 76, Bern 2020, 26, abrufbar unter <<https://arbor.bfh.ch/13054/1/NFP76%20Bericht%20Abraham%20et%20al%202020.pdf>>; RIETHMÜLLER CLAUDIA, Das Leid von Pflegekindern und Verdingkindern verringern, netz 1/2015, 30 ff., 30.

<sup>5</sup> Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (Pflegekinderverordnung, PAVO, SR 211.222.338).

<sup>6</sup> Vorentwürfe (VE-2009 und VE-2010) für eine Verordnung über die ausserfamiliäre Betreuung von Kindern (KiBeV, Kinderbetreuungsverordnung), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-26999.html>> und <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-35184.html>>.

<sup>7</sup> Vgl. zum Ganzen ANDERER KARIN, Kinder hüten ist nicht Kinder hüten oder: Warum hätte die Revision der Pflegekinderverordnung gelingen müssen?, in: Rosch Daniel/Wider Diana (Hrsg.), Zwischen Schutz und Selbstbestimmung: Festschrift für Professor Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag, Bern 2013, 135 ff., 136 ff.

<sup>8</sup> Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UN-KRK, SR 0.107).

<sup>9</sup> Vgl. ANDERER (Fn. 7), 143.

<sup>10</sup> Vgl. WIDER DIANA ET AL., Qualitätsstandards für die ausserfamiliäre Unterbringung, ZKE 2/2021, 105 ff., 107; COTTIER MICHELLE ET AL., Wie erleben Kinder und Eltern den Kinderschutz?, Ergebnisse eines Forschungsprojekts des NFP 76, Juli 2023, 3 ff., abrufbar unter <<https://www.nfp76.ch/media/de/G9azAlm0irEqSrPM/Cottier-LaySummary-d.pdf>>.

ist es in ihrer schwierigen Situation umso wichtiger, dass ihr Recht auf Partizipation in der Praxis sichergestellt wird.<sup>11</sup>

Das Postulat Benjamin Roduit von 2022 fordert eine grundsätzliche Überprüfung der PAVO, unter anderem hinsichtlich der Anforderungen der UN-KRK und des schweizerischen Kindesschutzrechts. Laut Postulat sei die vor zehn Jahren nur punktuell revidierte PAVO in die Jahre gekommen. Sie benötige eine Revision, welche die zeitgemässe, kinderrechtsbasierte Gestaltung der Aufnahme von Kindern ausserhalb ihrer Familie ermögliche. Diesbezüglich seien unter anderem die Partizipationsrechte des Kindes stärker zu berücksichtigen. Insbesondere sollte der Regelungsbedarf hinsichtlich Einsatzes und Rolle der Vertrauensperson überprüft werden, da diese bei Platzierungsverfahren oft nicht eingesetzt werde.<sup>12</sup>

Nachfolgend wird das Partizipationsrecht von Pflegekindern dargestellt und aufgezeigt, ob die PAVO diesbezüglich veraltet ist, respektive inwiefern sie nicht (mehr) den Anforderungen der UN-KRK und des schweizerischen Kindesschutzrechts entspricht. Anschliessend wird ausgeführt, wie die Partizipationsrechte von Pflegekindern in der Praxis umgesetzt werden. Zudem werden Ansatzpunkte identifiziert, wie die praktische Umsetzung durch eine Reform der PAVO verbessert werden könnte. Dies, um vor allem die Anforderungen der UN-KRK an das Partizipationsrecht des Pflegekindes umzusetzen und dadurch dessen Situation im Platzierungsverfahren zu verbessern.

## II. Das Partizipationsrecht von Pflegekindern

Das Kind befindet sich bei einer ausserfamiliären Unterbringung in einer Ausnahmesituation. Es werden Entscheidungen gefällt, welche seine Entwicklung und Zukunft nachhaltig beeinflussen. Deshalb ist das Partizipationsrecht des Pflegekindes, d.h. sein Recht auf Einbezug ins beziehungsweise Teilhabe am Verfahren und auf Mitsprache, von besonderer Bedeutung.<sup>13</sup> Die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) und die Kon-

---

<sup>11</sup> Vgl. PACH/INTEGRAS, Forschungsbedarf im Pflegekinderbereich Schweiz, erstellt im Auftrag der Palatin-Stiftung, Basel 2020, 2 ff., abrufbar unter <[https://pflegekinder-nextgeneration.ch/wp-content/uploads/2020/07/Forschungsbedarf\\_Pflegekinderbereich\\_Schweiz\\_PACH\\_Integras.pdf](https://pflegekinder-nextgeneration.ch/wp-content/uploads/2020/07/Forschungsbedarf_Pflegekinderbereich_Schweiz_PACH_Integras.pdf)>.

<sup>12</sup> Postulat Benjamin Roduit (22.4407), «Ein zeitgemässer Handlungsrahmen für die ausserfamiliäre Begleitung von Kindern tut not», eingereicht am 14. Dezember 2022.

<sup>13</sup> Vgl. STÖSSEL SANDRA/GERBER JENNI REGULA, Partizipation des Kindes als Voraussetzung für einen wirksamen Kindesschutz: das Beispiel der Familien- und Heimplatzierung, FamPra.ch 2/2012, 335 ff., 344; KOFMEL EHRENZELLER SABINE, Das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren – ein Plädoyer für eine gesamtschweizerische Vereinheitlichung mit Leitlinien für die inhaltliche Ausgestaltung, FamPra.ch 2/2023, 409 ff., 420.

ferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) verlangen denn auch, dass die Partizipation des Pflegekindes als fixer Bestandteil während des ganzen Unterbringungsprozesses gewährleistet wird.<sup>14</sup>

Partizipation ist unerlässlich für eine erfolgreiche ausserfamiliäre Unterbringung, denn je mehr die Betroffenen beteiligt sind, desto besser wirkt auch die Massnahme.<sup>15</sup> Durch Partizipation kann die Betreuungsform besser auf die Wünsche und Bedürfnisse aller Beteiligten zugeschnitten werden. Dies sorgt bei ausserfamiliären Unterbringungen für stabile Lebensverhältnisse sowie geringere Belastungen des Kindes.<sup>16</sup>

## A. Internationale Anforderungen nach UN-KRK

Die Partizipationsrechte des Pflegekindes leiten sich primär aus den Bestimmungen der PAVO und der UN-KRK ab.<sup>17</sup> Im Vordergrund steht insbesondere Art. 12 UN-KRK, der laut Bundesgericht in der Schweiz direkt anwendbar ist.<sup>18</sup> Das Partizipationsrecht gemäss Art. 12 UN-KRK gewährt dem Kind in allen es betreffenden Verfahren das Recht, sich unmittelbar oder durch eine Vertretung zu äussern.<sup>19</sup> Seine Meinung soll bei Entscheidungen mitberücksichtigt werden. Art. 12 UN-KRK besagt, dass Kinder Subjekte mit eigenen Wünschen, Vorstellungen und Rechten sind. Demnach gestalten sie ihre Zukunft als handelnde Person in ihrem Leben mit und sollen unter anderem Einfluss auf Entschiede von Gerichts- und Verwaltungsbehörden haben, die sie betreffen.<sup>20</sup>

Gemäss Art. 12 UN-KRK ist das Partizipationsrecht des Kindes umfassend, d.h. es beinhaltet mehr Mitwirkungsformen als nur das Recht auf Anhörung; es erstreckt sich auch auf das Recht auf Information, Anwesenheit, freie Meinungsbildung und -äusserung, Gehör sowie Begleitung und Vertretung. Nach WEBER KHAN/HOTZ ist die Partizipation als ein Prozess und eine Haltung dem Kind

---

<sup>14</sup> SODK/KOKES, Empfehlungen zur ausserfamiliären Unterbringung vom 20. November 2020, Bern/Luzern 2020, 19, abrufbar unter <[https://www.kokes.ch/application/files/1916/1130/8588/DE\\_Einzelseiten.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/1916/1130/8588/DE_Einzelseiten.pdf)>; vgl. auch die Standards «Quality4Children» als wichtiges Referenzdokument für die Partizipation von Pflegekindern, abrufbar unter <<https://www.quality4children.net/wp-content/uploads/2024/02/q4cstandards-deutschschweiz.pdf>>.

<sup>15</sup> SODK/KOKES (Fn. 14), 15.

<sup>16</sup> GERBER JENNI REGULA, Platzierung von Kindern und Jugendlichen und Partizipation: Grundlagen und Überlegungen zur Umsetzung, ZKE 3/2013, 158 ff., 173; siehe auch SANDMEIR GUNDA ET AL., Begleitung von Pflegekindern, in: Kindler Heinz et al. (Hrsg.), Handbuch Pflegekinderhilfe, München 2010, 480 ff., 514.

<sup>17</sup> SODK/KOKES (Fn. 14), 22.

<sup>18</sup> BGE 144 II 56 E. 5.2; BGE 124 III 90 E. 3a.

<sup>19</sup> BLUM STEFAN ET AL., Kindesvertretung, Konkret, partizipativ, transdisziplinär, Bielefeld 2022, 29.

<sup>20</sup> BLUM (Fn. 3), 173.

gegenüber zu verstehen, die über die Parteistellung in einem Verfahren hinausgeht.<sup>21</sup> Das Kind muss mit seinem Standpunkt als Zentrum während sämtlichen Prozessen wahrgenommen und respektiert werden.<sup>22</sup>

Art. 12 UN-KRK gilt international verstanden für alle Kinder in sämtlichen Anlässen, die sie betreffen. Demnach setzt ihr Partizipationsrecht weder ein bestimmtes Alter noch Urteilsfähigkeit voraus. Deshalb können auch sehr junge Kinder auf ihre Art mitwirken und sie müssen kindgerecht informiert werden.<sup>23</sup>

Art. 9 Abs. 2 UN-KRK findet Anwendung, wenn den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und das Kind ausserfamiliär untergebracht wird. Demnach ist allen Beteiligten Gelegenheit zu geben, am Verfahren teilzunehmen und ihre Meinung zu äussern. In Bezug auf die Partizipationsrechte des Pflegekindes ist Art. 9 Abs. 2 UN-KRK lex specialis zu Art. 12 UN-KRK.<sup>24</sup> Denn auch bei Kindern, die ausserfamiliär untergebracht sind, müssen die Vertragsstaaten die Umsetzung von Art. 12 UN-KRK sicherstellen. Insbesondere muss das Pflegekind über die Betreuung und sein diesbezügliches Mitspracherecht informiert werden.<sup>25</sup>

## B. Anforderungen nach Schweizer Recht

Im schweizerischen Recht finden sich drei Institute, welche die Partizipation des Pflegekindes am Verfahren sicherstellen sollen, namentlich die Kindesanhörung, die Kindesvertretung und die Vertrauensperson. Diese werden nachfolgend dargestellt.

Mit der PAVO hat der Bundesrat erstmals im Jahr 1977 gestützt auf Art. 316 Abs. 2 ZGB<sup>26</sup> die Ausführungsvorschriften zur Pflegekinderaufsicht erlassen. Die Rechtsstellung des Pflegekindes in der Schweiz verbesserte sich infolge der Unterzeichnung der UN-KRK und der damit zusammenhängenden Teilrevision der PAVO, welche am 1. Januar 2013 in Kraft trat. Neu wurden kinderrechtliche Postulate stärker berücksichtigt, was sich etwa in der Pflicht der

---

<sup>21</sup> Zum Ganzen WEBER KHAN CHRISTINA/HOTZ SANDRA, Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz, Bern 2019, 1 und 12 ff.

<sup>22</sup> HOTZ SANDRA/WEBER KHAN CHRISTINA/JAFFÉ PHILIP D., Partizipation im schweizerischen Kinderschutzsystem – reloaded, ZKE 1/2021, 1 ff., 9.

<sup>23</sup> UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12, Ziff. 1 ff. und 28 f.

<sup>24</sup> WEBER KHAN/HOTZ (Fn. 21), 36; vgl. SCHMAHL STEFANIE, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. A., Baden-Baden 2017, Art. 9, N 8; GERBER JENNI (Fn. 16), 168.

<sup>25</sup> CRC/C/GC/12 (Fn. 23), Ziff. 97.

<sup>26</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) zeigt, Kinderrechte wie die altersgemässe Aufklärung über Verfahrensrechte, die Zuweisung einer Vertrauensperson sowie die Beteiligung des Pflegekindes an sein Leben beeinflussenden Entscheidungen (vgl. Art. 1a Abs. 2 PAVO) zu verwirklichen.<sup>27</sup>

Kinder haben ein Recht auf Mitsprache. Dabei wird die Anhörung des Kindes explizit in Art. 314a ZGB genannt, jedoch nicht in der PAVO (dort ist lediglich von Beteiligung die Rede; vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c PAVO). Auch die Kindesvertretung wird in der PAVO nicht explizit genannt, sondern in Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB. Dafür stellt die Vertrauensperson nach Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO eine Ergänzung zum schweizerischen Kindesschutzrecht dar, da sich Art. 432 ZGB lediglich auf die Vertrauensperson bei einer fürsorglichen Unterbringung bezieht.

## i. Anhörung

Die Anhörung (Art. 314a ZGB) dient als persönlichkeitsrechtliches Mitwirkungsrecht des Kindes und ermöglicht diesem, am Verfahren teilzunehmen, als eigenständiger Mensch mitzureden sowie die Situation mitzugestalten.<sup>28</sup> Es handelt sich um ein Gespräch des Kindes mit regelmässig einem einzelnen Mitglied der KESB. Dabei wird das Kind auf kindgerechte Art und Weise sowie entsprechend seinen speziellen Bedürfnissen (Behinderung, Fremdsprachigkeit usw.) befragt.<sup>29</sup> Gemäss Bundesgericht ist ein Kind regelmässig anzuhören, sofern es das sechste Altersjahr vollendet hat.<sup>30</sup> Bei besonderen Verhältnissen, namentlich wenn das Kind klein ist, eine spezifische Belastungssituation vorliegt oder die konkreten Umstände eine spezielle Ausbildung und Erfahrung erfordern, kann die Anhörung an eine Fachperson übertragen werden. Die Delegation an den Beistand respektive die Beiständin oder an eine allfällige Kindesvertretung ist unzulässig; jedoch kann es hilfreich sein, wenn das Kind von seiner Vertrauensperson oder seiner Kindesvertretung zur Anhörung begleitet wird.<sup>31</sup>

Auf eine Anhörung kann nur ausnahmsweise verzichtet werden. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Sicht des Kindes bereits bei einem Gutachten vollständig eingeflossen ist, das Kind die Anhörung klar ablehnt, ein begründeter Verdacht auf Repressalien gegenüber dem Kind besteht, das Kind ge-

---

<sup>27</sup> CANTIENI LINUS/BLUM STEFAN, Kindesschutzmassnahmen, in: Fountoulakis Christiana et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, 561 ff., Rz. 15.130.

<sup>28</sup> BRUNNER SABINE/WIDER DIANA/SIMONI HEIDI, Anhörung, in: KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Kindesschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St. Gallen 2017, 209 ff., Rz. 7.4 und 7.6.

<sup>29</sup> BLUM (Fn. 3), 174; siehe auch BRUNNER/WIDER/SIMONI (Fn. 28), Rz. 7.13 f.

<sup>30</sup> BGE 131 III 553 E. 1.

<sup>31</sup> BGE 142 III 153 E. 5.2.3.1; BGE 133 III 553 E. 4 f.; Urteil des BGer 5A\_131/2021 vom 10. September 2021 E. 3.3; BLUM (Fn. 3), 174 f.

sundheitlich beeinträchtigt ist oder es sich um einen dringenden Fall handelt.<sup>32</sup> Wenn die KESB die Anhörung verweigert, ist das urteilsfähige Kind beschwerdeberechtigt (Art. 314a Abs. 3 ZGB).

Das Kind ist schriftlich zur Anhörung einzuladen und über den Verfahrensablauf sowie die geplanten Massnahmen zu informieren. An der Anhörung kann es seine Meinungen, Bedürfnisse und Wünsche äussern. Das Kind hat Anspruch darauf, dass die KESB sich in ihrem Entscheid ernsthaft mit seinem Willen befasst. Das Kindeswohl wird unter anderem durch den klar geäusserten Kindeswillen bestimmt. Die Anhörung muss protokolliert oder in einer Aktennotiz zumindest summarisch zusammengefasst werden. Dabei enthält das Anhörungsprotokoll nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse, die den Eltern mitgeteilt werden (vgl. Art. 314a Abs. 2 ZGB).<sup>33</sup>

## 2. Kindesvertretung

Gemäss Art. 314a<sup>bis</sup> Abs. 1 ZGB ordnet die KESB wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Demnach liegt die Einsetzung einer Kindesvertretung im Ermessen der KESB. Jedoch ist sie bei Pflegekindern immer verpflichtet, die Einsetzung einer Kindesvertretung zu prüfen, weil die Unterbringung des Kindes den Verfahrensgegenstand bildet (Art. 314a<sup>bis</sup> Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Daher muss die KESB – wenn sie bei einer angeordneten Platzierung keine Kindesvertretung anordnet – dies differenziert begründen.<sup>34</sup>

Das urteilsfähige Kind kann sowohl die Einsetzung einer Kindesvertretung bei der KESB beantragen als auch selbst eine Rechtsvertretung beauftragen. Auch die Eltern können bei der KESB beantragen, dass eine Kindesvertretung eingesetzt wird. Falls das Kind urteilsfähig ist, können sie im Rahmen ihrer elterlichen Sorge nur eine Kindesvertretung beauftragen, wenn das Kind einverstanden ist (Art. 19c Abs. 1 ZGB). Sofern das Kind gegen seinen Willen oder denjenigen der Eltern ausserfamiliär untergebracht ist oder werden soll, besteht zwischen

---

<sup>32</sup> Vgl. BSK ZPO-MICHEL/STECK, Art. 299, N 25 ff., Basler Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), 3. A., Basel 2017.

<sup>33</sup> Zum Ganzen BLUM (Fn. 3), 175; vgl. zur Protokollierung auch BRUNNER/WIDER/SIMONI (Fn. 28), Rz. 7.34.

<sup>34</sup> LEUTHOLD URSULA/REICHLIN BEAT, Verfahrensbeistandschaft (Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB), in: KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Kinderschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St. Gallen 2017, 222 ff., Rz. 7.51.

den Eltern und dem Kind eine Interessenkollision. Dadurch entfällt die Vertretungsmacht der Eltern, weshalb die KESB eine Kindesvertretung einsetzen muss (Art. 314a<sup>bis</sup> i.V.m. 306 Abs. 2 und 3 ZGB).<sup>35</sup>

Die Kindesvertretung muss sowohl verfahrenskundig sein als auch entwicklungspsychologische und familiendynamische Kenntnisse und Fähigkeiten im Umgang mit Kindern haben. Sie muss ausserdem altersgemäss mit diesen kommunizieren können. Es kann sich um Rechtsanwält\*innen, Sozialarbeiter\*innen sowie Psycholog\*innen, die jeweils über eine entsprechende Weiterbildung verfügen, handeln.<sup>36</sup> Die Kindesvertretung ist eine Beistandschaft *sui generis*. Ihre Aufgaben können an die individuellen Bedürfnisse des Pflegekindes angepasst werden.<sup>37</sup> Die Kindesvertretung vertritt das Kind umfassend im Verfahren. Sie unterstützt es, seine Partizipationsrechte wahrzunehmen, respektive setzt diese durch. Weiter informiert die Kindesvertretung das Kind, begleitet es gegebenenfalls zur Anhörung und vermittelt allenfalls auch.<sup>38</sup> Dadurch wird das Pflegekind, das sich in einer belastenden Lebenssituation befindet und von den einschneidenden Entscheiden der KESB betroffen ist, entlastet.<sup>39</sup> Als wichtigste Aufgabe übermittelt die Kindesvertretung den sorgfältig und umfassend abgeklärten subjektiven Willen des Kindes.<sup>40</sup> Dabei kann sie Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 314a<sup>bis</sup> Abs. 3 ZGB).

### 3. Vertrauensperson

Gemäss Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO sorgt die KESB dafür, dass das Pflegekind eine Vertrauensperson zugewiesen erhält, an die es sich bei Fragen oder Problemen wenden kann. Das Pflegekind soll durch die Vertrauensperson während der Platzierung gestärkt werden.<sup>41</sup> Die Vertrauensperson sollte wenn möglich vom Pflegekind vorgeschlagen worden und urteilsfähig sein. Weiter sollte sie weder Teil des Platzierungssystems noch als Erziehungsbeistand/-beiständin nach Art. 308 Abs. 1 oder 2 ZGB eingesetzt sein. In Frage kann beispielsweise

---

<sup>35</sup> Zum Ganzen BLUM (Fn. 3), 177; siehe auch LEUTHOLD/REICHLIN (Fn. 34), Rz. 7.52 f.

<sup>36</sup> HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. A., Bern 2021, Rz. 1010.

<sup>37</sup> GASSNER SYBILLE, Pflegeeltern im Dreieck zwischen Eltern, Kind und KESB, Diss. Freiburg 2018, Zürich 2018, Rz. 756; LEUTHOLD/REICHLIN (Fn. 34), Rz. 7.47.

<sup>38</sup> BLUM (Fn. 3), 178.

<sup>39</sup> SODK/KOKES (Fn. 14), 26.

<sup>40</sup> BLUM (Fn. 3), 178; gl.M. FASSBIND PATRICK/HERZIG CHRISTOPHE A., Anhörungsverfahren (rechtliches Gehör und weitere verfahrensrechtliche Aspekte), in: Rosch Daniel/Fountoulakis Christiana/Heck Christoph (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 3. A., Bern 2022, 172 ff., Rz. 324; a.M. das Bundesgericht, welches in BGE 142 III 153 E. 5.2 festgehalten hat, dass die Kindesvertretung das objektive Kindeswohl ermitteln und zu dessen Verwirklichung beitragen muss.

<sup>41</sup> GASSNER (Fn. 37), Rz. 757.

ein Nachbar oder eine Lehrerin kommen. Bestenfalls verfügt das Kind bereits über ein Vertrauensverhältnis zu dieser Person, es entwickelt sich ein solches oder dies ist möglich. Die Vertrauensperson soll nach den Intentionen des Gesetzgebers dem Kind beistehen, seine Anliegen ernst nehmen, ihm gegenüber dem Platzierungssystem Gehör verschaffen und so seine Position stärken.<sup>42</sup> Dafür muss die Vertrauensperson sich in die Situation und Bedürfnisse des Pflegekindes hinein fühlen und hineindenken sowie die subjektive Haltung des Kindes aufzeigen. Deshalb ist das persönliche Vertrauen des Pflegekindes in diese Person zentral und das urteilsfähige Kind bestimmt die Vertrauensperson selbst mit.<sup>43</sup>

### C. Die praktische Umsetzung des Partizipationsrechts von Pflegekindern

Obwohl Partizipation gemäss Art. 12 UN-KRK umfassend verstanden wird, wird diese im schweizerischen Kinderschutzrecht nur punktuell umgesetzt. Dabei sind die Rechtsgrundlagen zur Partizipation des Pflegekindes im Kinderschutzverfahren, namentlich Anhörung (Art. 314a ZGB), Kindesvertretung (Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB) und Vertrauensperson (Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO) explizit und justiziabel.<sup>44</sup> Nachfolgend wird ausgeführt, wie diese drei Institute und somit die Partizipation des Pflegekindes in der Schweiz praktisch umgesetzt werden.

Obwohl die Anhörung von Kindern lange unzureichend vollzogen wurde und es keine verlässlichen statistischen Angaben gibt, scheint das Anhörungsrecht von Kindern den Akteuren mittlerweile bewusst zu sein. Es ist anzunehmen, dass Kinder in 80-90% der Fälle angehört werden.<sup>45</sup> Nach WEBER KHAN/HOTZ bestehen Unterschiede zwischen den Kantonen, ob, bei welcher Behörde und wann Pflegekinder angehört werden. Praktisch werden Kinder regelmässig erst ab acht oder zehn Jahren angehört. Ausserdem werden in der Praxis unter Partizipation primär eine einmalige Anhörung und allenfalls Kindesvertretung verstanden statt eines Prozesses während der gesamten Verfahrensdauer.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Vgl. zum Ganzen ROSCH DANIEL/HAURI ANDREA, Zivilrechtlicher Kinderschutz, in: Rosch/Fountoulakis/Heck (Fn. 40), 462 ff., Rz. 1084.

<sup>43</sup> SODK/KOKES (Fn. 14), 23.

<sup>44</sup> HOTZ/WEBER KHAN/JAFFÉ (Fn. 22), 8.

<sup>45</sup> Zum Ganzen HÄFELI (Fn. 36), Rz. 1000; vgl. MITROVIC TANJA/JUD ANDREAS/ROSCH DANIEL, Praxis der KESB zum Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen, ZKE 3/2017, 173 ff., 173 ff.

<sup>46</sup> WEBER KHAN/HOTZ (Fn. 21), 162 und 220; vgl. auch COTTIER ET AL. (Fn. 10), 5.

Grundsätzlich prüfen die Kantone die Einsetzung einer Kindesvertretung, wobei aber die fachlichen Kriterien, wann die Einsetzung zu prüfen ist, unklar sind. Trotz einer Umfrage bei einigen Kantonen ist nicht klar, wie und wann das Kind und seine Eltern über das Recht auf eine Kindesvertretung informiert werden.<sup>47</sup> Ein Kind erhält im Verfahren nicht immer eine Kindesvertretung. Dadurch hat das Institut der Kindesvertretung nach WEBER KHAN/HOTZ sein Ziel als verfahrensmässiges Pendant zum Kindeswohl noch nicht erreicht.<sup>48</sup> Grund dafür ist nach HOTZ/WEBER KHAN/JAFFÉ, dass das Partizipationsrecht des Kindes häufig noch nicht richtig verstanden und umgesetzt wird. Dies ist aber unerlässlich, damit die KESB das Kindeswohl richtig wahrnehmen und verwirklichen kann.<sup>49</sup>

Vielmals wird dem Pflegekind keine Vertrauensperson zugewiesen, obwohl die PAVO dies in Art. 1a Abs. 2 lit. b vorsieht. Zwar erhalten Pflegekinder häufig eine Beistandsperson, diese erfüllt jedoch nicht die Funktion einer Vertrauensperson. Ihre Aufgabe ist es, die ausserfamiliäre Unterbringung zu begleiten, respektive zwischen den Eltern und der Institution oder den Pflegeeltern usw. zu vermitteln und deren Kommunikation zu fördern. Daher unterstützt sie neben dem Kind meistens auch seine leiblichen Eltern. Zudem wechseln Beistandspersonen häufig.<sup>50</sup> Dies gefährdet die Partizipation der Pflegekinder und folglich auch deren Kindeswohl.<sup>51</sup> Die Kantone setzen Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO nicht systematisch und einheitlich um.<sup>52</sup> Im Rahmen des Projekts «Partizipation von Pflegekindern» als Teil von «Pflegekinder Next Generation» wurde festgestellt, dass falls das Pflegekind über eine Vertrauensperson verfügt, diese häufig Teil des Pflegesystems oder der Herkunftsfamilie ist und daher als ungeeignet erscheint. Zudem darf die Vertrauensperson – da rechtlich nicht vorgesehen – keine aktive Rolle im Verfahren einnehmen, obwohl sie möglicherweise die Probleme und Sorgen des Pflegekindes kennt. Insgesamt ist unklar, wer verantwortlich dafür ist, dass die Partizipationsrechte des Kindes gemäss Art. 1a PAVO umgesetzt werden.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> WEBER KHAN/HOTZ (Fn. 21), 162; siehe auch HOTZ/WEBER KHAN/JAFFÉ (Fn. 22), 14.

<sup>48</sup> WEBER KHAN/HOTZ (Fn. 21), 91.

<sup>49</sup> HOTZ/WEBER KHAN/JAFFÉ (Fn. 22), 19 f.

<sup>50</sup> ROSCH/HAURI (Fn. 42), Rz. 1095; SEITERLE NICOLETTE, Das Wohl der Pflege- und Adoptivkinder, Die Rechte fremdplatzierter Kinder in der Schweiz – aktueller Stand und zentrale Forderungen, SozialAktuell 11/2018, 22 f., 23.

<sup>51</sup> SEITERLE NICOLETTE, Schlussbericht Bestandesaufnahme Pflegekinder und Heimkinder Schweiz 2015–2017, Zürich 2018, 18, abrufbar unter <[https://pa-ch.ch/wp-content/uploads/2018/10/Seiterle-2018\\_Bestandesaufnahme-2015-2017\\_d.pdf](https://pa-ch.ch/wp-content/uploads/2018/10/Seiterle-2018_Bestandesaufnahme-2015-2017_d.pdf)>.

<sup>52</sup> PACH/INTEGRAS (Fn. 11), 33 und 42.

<sup>53</sup> ARN MARISA ET AL., Schlussbericht zum Projekt «Pflegekinder – Next Generation: Projekt Partizipation von Pflegekindern (PAP)», erstellt im Auftrag der Palatin Stiftung, Freiburg/

Studienergebnisse zeigen, dass Pflegekinder bei sie betreffenden Entscheidungsprozessen wenig einbezogen werden und sie sich während des Unterbringungsprozesses mehr beteiligen möchten.<sup>54</sup> Demnach wird das Partizipationsrecht des Kindes nach Art. 12 UN-KRK in der Schweiz ungenügend umgesetzt. Der UN-Kinderrechtsausschuss bemängelte, dass Kinder in der Schweiz bei sie betreffenden Entscheidungen nicht systematisch einbezogen werden.<sup>55</sup>

### III. Der Reformbedarf der PAVO

#### A. Der aktuelle Reformbedarf

Die Partizipation gemäss Art. 12 UN-KRK ist umfassend, d.h. sie gilt für sämtliche Kinder unabhängig von ihrem Alter oder ihrer Urteilsfähigkeit während des gesamten Unterbringungsprozesses und sie beinhaltet mehr als nur die Anhörung. Demgegenüber sind die Partizipationsrechte des Pflegekindes im schweizerischen Recht mit der Anhörung, der Kindesvertretung und der Vertrauensperson nur punktuell und jeweils rudimentär geregelt (siehe Art. 314a, 314a<sup>bis</sup> ZGB und Art. 1a PAVO). Dabei wird die Partizipation von der KESB häufig nur als einmalige Anhörung und allenfalls als Einsetzung einer Kindesvertretung verstanden, jedoch nicht als Mitwirkung des Pflegekindes über das ganze Verfahren hinweg. Die Schweiz wurde bereits vom UN-Kinderrechtsausschuss aufgefordert, Art. 12 UN-KRK besser umzusetzen.<sup>56</sup>

Weiter besteht jeweils ein grosses Ermessen der KESB, inwieweit sie auf die besagten drei Institute zurückgreift, um die Partizipation des Pflegekindes zu ermöglichen.<sup>57</sup> Sie hört das Pflegekind zwar in den meisten Fällen an, jedoch oft erst ab ungefähr dem achten Altersjahr.<sup>58</sup> Dies, obwohl gemäss Bundesgericht eine Anhörung ab dem sechsten Altersjahr vorzunehmen ist,<sup>59</sup> respektive Art. 12 UN-KRK keine Altersgrenze vorsieht.

---

St. Gallen 2023, 22 ff., abrufbar unter <[https://pflegekinder-nextgeneration.ch/wp-content/uploads/2023/11/D\\_Palatin\\_Abschlussbericht\\_Partizipation\\_Nov23.pdf](https://pflegekinder-nextgeneration.ch/wp-content/uploads/2023/11/D_Palatin_Abschlussbericht_Partizipation_Nov23.pdf)>.

<sup>54</sup> PACH/INTEGRAS (Fn. 11), 15 f. und 32 ff.

<sup>55</sup> Vgl. UN Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, 26. Februar 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, Ziff. 29a.

<sup>56</sup> Vgl. CRC/C/CHE/CO/2-4 (Fn. 55), Ziff. 29; WEBER KHAN/HOTZ (Fn. 21), 9.

<sup>57</sup> COTTIER ET AL. (Fn. 10), 3.

<sup>58</sup> WEBER KHAN/HOTZ (Fn. 21), 162; vgl. zur Anhörungspraxis BRUTTIN CAROLE, Gleich und doch anders: Partizipation von Kindern in familienrechtlichen Verfahren, in: Hussmann Lukas et al. (Hrsg.), Unter Gleichen, APARIUZ XXII, Zürich 2021, 145 ff., 153 f.

<sup>59</sup> BGE 131 III 553 E. 1.

Auch bei der Kindesvertretung, die nach wie vor selten angeordnet wird, verfügt die KESB über einen grossen Ermessensspielraum. Sie ordnet diese nur wenn nötig an, wobei sie selbst entscheidet, wann dies der Fall ist. Sogar bei einer ausserfamiliären Unterbringung, welche mit tiefgreifenden Auswirkungen auf das Leben des Pflegekindes verbunden ist, ist die KESB nur verpflichtet, die Anordnung der Kindesvertretung zu prüfen. Gerade in diesem Verfahren ist es aber unerlässlich, die Partizipation des Pflegekindes zu gewährleisten und dessen Ansicht in die Entscheidungsfindung der KESB einfließen zu lassen. Die Kindesvertretung sollte zudem während des gesamten Unterbringungsprozesses gewährleistet sein und deshalb bereits ab dem Moment der Verfahrenseröffnung ernannt werden.

Schliesslich erhalten Pflegekinder immer noch selten eine Vertrauensperson zugewiesen, obwohl dieses Institut Eingang in die PAVO gefunden hat. Es fehlt eine rechtliche Verpflichtung der KESB, systematisch dafür zu sorgen, dass jedes Pflegekind eine Vertrauensperson zugewiesen erhält, sofern es dies nicht ablehnt. Ausserdem könnte die Vertrauensperson – da zwischen ihr und dem Pflegekind ein Vertrauensverhältnis besteht – eine aktivere Rolle im Unterbringungsprozess einnehmen, wenn dies rechtlich vorgesehen wäre.

Dies alles führt dazu, dass Kinder oft nicht informiert sind und/oder das Kindeschutzverfahren nicht verstehen, sie generell Partizipation als sehr begrenzt erleben und dadurch das Gefühl haben, dass ihre Ansicht den Entscheid der KESB kaum beeinflusst. Daher ist die Partizipation des Kindes im Verfahren ungenügend geregelt und insbesondere die Regelung der Kindesvertretung ist zu wenig verbindlich.<sup>60</sup> Zwar nehmen heute viele Behörden das Partizipationsrecht des Kindes ernst. Sie informieren das Kind und versuchen, die Gespräche mit diesem altersgerecht zu gestalten. Jedoch ist die Kindesanhörung nur sehr rudimentär geregelt und es gibt keine Leitlinien für eine umfassende Mitwirkung von Kindern am Entscheidungsprozess. Demnach kann die Umsetzung des Partizipationsrechts von Kindern noch erheblich verbessert werden.<sup>61</sup>

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO enthält zwar das Institut der Vertrauensperson, jedoch ist diese Bestimmung zu unbestimmt und

---

<sup>60</sup> Zu diesem Ergebnis gelangte insbesondere die empirische Studie «Intapart» innerhalb des Projektes des NFP 76 «Integrität, Autonomie und Partizipation im Kindeschutz»: COTTIER MICHELLE/MÜLLER BRIGITTE, Erkenntnisse und Schlussfolgerungen aus dem Projekt Intapart: Praxisempfehlungen und Gesetzesentwurf, Referat anlässlich der Tagung Kindeschutz 2023, abrufbar unter <<https://www.kindeschutztagung.ch/wp-content/uploads/sites/229/Abschlussreferat-Cottier-Mueller.pdf>>.

<sup>61</sup> COTTIER MICHELLE ET AL., Auf dem Weg zu einer besseren Partizipation an Kindeschutzverfahren, Bulletin NFP 76 3/2023, 24 f., 25, abrufbar unter <[https://www.nfp76.ch/media/de/MVfDEIRJgz93wKA2/NFP76-Bulletin-3\\_d.pdf](https://www.nfp76.ch/media/de/MVfDEIRJgz93wKA2/NFP76-Bulletin-3_d.pdf)>.

unverbindlich ausgestaltet. Die Anhörung des Kindes und die Kindesvertretung werden nicht explizit genannt, weshalb diesfalls Art. 314a und 314a<sup>bis</sup> ZGB Anwendung finden. Folglich sind die Bestimmungen zur Partizipation des Pflegekindes im schweizerischen Recht zu wenig verpflichtend ausgestaltet, damit das Pflegekind adäquat am Verfahren partizipieren kann.

Der Nationalrat überwies das Postulat Benjamin Roduit am 17. März 2023 an den Bundesrat.<sup>62</sup> Dieser muss nun die notwendigen Schritte für eine Revision der PAVO aufzeigen. Somit hat auch die Politik den Reformbedarf anerkannt. Dadurch ist es möglich, die Partizipationsrechte des Pflegekindes stärker zu berücksichtigen und Art. 1a PAVO – vor allem das Institut der Vertrauensperson – detaillierter sowie verbindlicher auszugestalten.

## B. Verbesserungsvorschläge

Nach Art. 1a Abs. 2 lit. a PAVO sorgt die KESB dafür, dass das Pflegekind über seine Rechte, insbesondere Verfahrensrechte, entsprechend seinem Alter aufgeklärt wird. Denn damit das Pflegekind am Verfahren mitwirken kann, muss es über das Verfahren und seine damit verbundenen Rechte Bescheid wissen.<sup>63</sup> Die SODK und die KOKES empfehlen den Kantonen auch, Pflegekinder möglichst früh über ihre Rechte zu informieren.<sup>64</sup> Die besagte Bestimmung äussert sich nicht dazu, wer genau das Pflegekind informieren muss. Denkbar ist beispielsweise, in der PAVO zu ergänzen, dass zu Verfahrensbeginn eine erste zwingende Anhörung stattfinden muss. Anlässlich dieser informiert die KESB das Pflegekind über das Verfahren und seine Verfahrensrechte.<sup>65</sup> Weiter könnte eine Kindesvertretung das Pflegekind informieren. Dies ist aber nur möglich, wenn eine solche eingesetzt worden ist.

Damit die Partizipation des Pflegekindes über das ganze Verfahren gewährleistet werden kann, sollte ihm zwingend eine Kindesvertretung zur Seite gestellt werden.<sup>66</sup> Dies gilt umso mehr, als es sich bei einer ausserfamiliären Unterbringung um eine Ausnahmesituation für das Kind handelt, weshalb seine Partizipation essenziell ist. Die Kindesvertretung ist weder Teil des Pflegesystems noch der Herkunftsfamilie und kann dem Pflegekind helfen, seine Partizipationsrechte wahrzunehmen, respektive sie kann diese durchsetzen. Gemäss Empfehlungen der SODK und der KOKES sollten die Kantone bei einer

---

<sup>62</sup> Postulat Benjamin Roduit (22.4407) (Fn. 12).

<sup>63</sup> COTTIER ET AL. (Fn. 10), 4 und 6.

<sup>64</sup> SODK/KOKES (Fn. 14), 5 und 27 f.

<sup>65</sup> Vgl. auch COTTIER ET AL. (Fn. 10), 6.

<sup>66</sup> GL.M. ARN ET AL. (Fn. 53), 43; COTTIER ET AL. (Fn. 10), 6.

angeordneten Platzierung regelmässig eine Kindesvertretung einsetzen.<sup>67</sup> Die Kindesvertretung kann das Pflegekind bei Fragen oder Problemen unterstützen und so sogar die Funktion der Vertrauensperson nach Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO übernehmen. Dies ist vor allem dann eine Option, wenn das Pflegekind in seinem Umfeld über keine entsprechende Person verfügt.<sup>68</sup>

Gemäss Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO sorgt die KESB dafür, dass das Pflegekind eine Vertrauensperson zugewiesen erhält, an die es sich bei Fragen oder Problemen wenden kann. Leider sagt diese Bestimmung nicht explizit, dass jeweils die KESB selbst dafür zuständig ist, eine Vertrauensperson für das Pflegekind zu ernennen. Weiter ist der Einsetzungsprozess der Vertrauensperson unklar. Die Bestimmung verpflichtet die KESB auch nicht direkt, jedem Pflegekind eine Vertrauensperson zuzuweisen. Deshalb soll sie entsprechend angepasst werden, sodass die KESB dem Pflegekind zwingend eine Vertrauensperson zuweisen muss, ausser das Kind wünscht keine solche.<sup>69</sup> Diesbezüglich empfehlen die SODK und die KOKES den Kantonen ohnehin, bei Pflegekindern standardmässig abzuklären, ob sie über eine Vertrauensperson verfügen. Sofern dies nicht der Fall ist, soll die vom Kanton bezeichnete Stelle, die für die Information des Pflegekindes über die Vertrauensperson und deren Bestimmungsprozess verantwortlich ist, eine Vertrauensperson suchen.<sup>70</sup> Zudem sollte Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO um die Rolle der Vertrauensperson erweitert werden. Diese kennt nämlich die Probleme und Sorgen des Kindes. Mit einer rechtlich vorgesehenen aktiven Rolle könnte sie das Pflegekind nicht nur bei Fragen und Problemen unterstützen, sondern es auch über seine Rechte aufklären, an Standortgesprächen, Anhörungen usw. begleiten und dadurch das Bindeglied zwischen dem Pflegekind und dem Pflegesystem bilden.<sup>71</sup> Schliesslich könnte ein klarer Leitfaden, wie die KESB die Anforderungen an die Partizipation des Pflegekindes umsetzen kann, sinnvoll sein.

## IV. Fazit

Die Partizipationsrechte von Pflegekindern sind sowohl auf internationaler (Art. 12 UN-KRK) als auch auf nationaler Ebene (Art. 314a, 314a<sup>bis</sup> ZGB, Art. 1a PAVO) verankert. Da sich Pflegekinder im Rahmen einer Platzierung in einer

---

<sup>67</sup> SODK/KOKES (Fn. 14), 5 und 27.

<sup>68</sup> GLM. ARN ET AL. (Fn. 53), 43 f.

<sup>69</sup> Vgl. auch ARN ET AL. (Fn. 53), 38 f.

<sup>70</sup> SODK/KOKES (Fn. 14), 5 und 23 ff.; vgl. BOÉCHAT HERVÉ, Die Vertrauensperson, erstellt im Auftrag von INTEGRAS, Lausanne 2020, 2, abrufbar unter <[https://www.integras.ch/images/actuelles/2020/Rapport\\_Vertrauensperson\\_11-2020.pdf](https://www.integras.ch/images/actuelles/2020/Rapport_Vertrauensperson_11-2020.pdf)>.

<sup>71</sup> ARN ET AL. (Fn. 53), 66; vgl. auch COTTIER/MÜLLER (Fn. 60).

Ausnahmesituation befinden und ohnehin eine besonders verletzte Personengruppe darstellen, ist es unerlässlich, dass ihre Partizipation während des gesamten Unterbringungsprozesses gewährleistet wird.

Leider ist die Partizipation im schweizerischen Kindesschutzrecht nur punktuell geregelt und scheint sich in der Praxis häufig darin zu erschöpfen, das Kind anzuhören. Da die KESB insbesondere bei der Einsetzung einer Kindesvertretung über ein grosses Ermessen verfügt, haben nur wenige Pflegekinder eine Kindesvertretung. Diese wäre jedoch wichtig, damit Pflegekinder ihre Partizipationsrechte während des ganzen Verfahrens wahrnehmen können. Auch wird dem Pflegekind häufig keine Vertrauensperson zugewiesen, obwohl dieser Anspruch explizit in Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO aufgeführt ist. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die praktische Umsetzung der Partizipationsrechte von Pflegekindern mangelhaft ist.

Die PAVO ist hinsichtlich der Anforderungen der UN-KRK und des schweizerischen Kindesschutzrechts nicht veraltet. Jedoch sind ihre Regelungen zur Partizipation des Pflegekindes zu unbestimmt und unverbindlich. Es ist notwendig, dass die PAVO endlich umfassend reformiert wird und vor allem die Bestimmungen zur Partizipation des Pflegekindes angepasst werden. Dabei ist der Fokus darauf zu setzen, dass das Pflegekind zu Verfahrensbeginn umfassend über das Verfahren und seine Verfahrensrechte informiert wird; sei dies durch eine zwingende erste Anhörung durch die KESB oder eine eingesetzte Kindesvertretung respektive Vertrauensperson. Diese Information ist wichtig, damit das Pflegekind überhaupt am Verfahren mitwirken kann. Weiter soll dem Pflegekind bei einer ausserfamiliären Unterbringung immer eine Kindesvertretung zur Seite gestellt werden, die es dabei unterstützt, seine Partizipationsrechte wahrzunehmen und diese allenfalls durchsetzt. Dies gilt umso mehr, wenn das Pflegekind über keine Vertrauensperson verfügt. Schliesslich soll Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO zur Vertrauensperson so angepasst werden, dass die KESB dem Pflegekind bei Bedarf systematisch eine Vertrauensperson zuweist und dieser rechtlich eine aktive Rolle im Unterbringungsprozess eingeräumt wird.

Dadurch werden die Partizipationsrechte des Pflegekindes praktisch besser umgesetzt und die Situation von Pflegekindern im Platzierungsverfahren verbessert. Denn umso mehr das Pflegekind am Verfahren mitwirken kann, umso besser wirkt auch die Massnahme, was sich wiederum positiv auf das Kindeswohl auswirkt. Es ist höchste Zeit, Art. 12 UN-KRK in der Schweiz umfassend umzusetzen und dadurch die Partizipation von Pflegekindern vollumfänglich zu gewährleisten.



# Droit à l'oubli : Analyse de ses composantes et applications

## Le droit à l'oubli à l'ère du numérique et à l'aube de la révision de la LPD

Lucile Pasche / Charlotte Beck\*

### Table des matières

I.	<a href="#">Introduction</a>	174
II.	<a href="#">Terminologie</a>	175
	A. <a href="#">Introduction</a>	175
	1. <a href="#">Droit à l'effacement</a>	175
	2. <a href="#">Droit d'opposition</a>	176
	3. <a href="#">Droit au déréférencement</a>	177
	B. <a href="#">Conclusion préliminaire</a>	178
III.	<a href="#">Finalités du droit à l'oubli</a>	179
	A. <a href="#">Finalité individuelle</a>	179
	B. <a href="#">Finalité sociale</a>	180
	C. <a href="#">Finalité de confiance numérique</a>	181
IV.	<a href="#">Portée et restrictions du droit à l'oubli en Suisse</a>	181
	A. <a href="#">En théorie</a>	181
	1. <a href="#">Réglementations ponctuelles</a>	181
	2. <a href="#">Protection des données</a>	182
	B. <a href="#">En pratique</a>	183
	1. <a href="#">Restrictions techniques</a>	183
	2. <a href="#">Intérêts prépondérants</a>	184
	3. <a href="#">Exception de l'anonymisation</a>	185
V.	<a href="#">Conclusion</a>	185

---

\* Les auteures remercient David Dias Matos, Julie Frei ainsi que Romaine Aita pour leurs précieux conseils lors de la relecture de cette contribution.

## I. Introduction

En mars 2012, le Conseiller national Jean Christophe Schwaab dépose un postulat ayant pour titre : « Droit à l'oubli numérique ».<sup>1</sup> Il argue que les données personnelles laissées volontairement et involontairement sur Internet par les internautes peuvent y rester indéfiniment et que ceci constitue une atteinte à la personnalité. Ce postulat charge le Conseil fédéral d'étudier l'opportunité de régler ou de préciser ce *droit à l'oubli*, notamment en créant une obligation incombant aux responsables du traitement des données personnelles de les effacer définitivement sur demande de la personne concernée, à moins qu'une raison légitime ne justifie leur conservation. Depuis, la nouvelle loi sur la protection des données est entrée en vigueur le 1er septembre 2023 et son Ordonnance contient expressément le *droit à l'effacement* (art. 9 al. 1 let. j ch. 3 OPDo).<sup>2</sup> Il semble toutefois que cela n'ait pas suffi à édifier un droit à l'oubli avec une compréhension claire et univoque.

Malgré son absence dans la loi fédérale, le terme de droit à l'oubli est régulièrement usité par les spécialistes de la protection des données<sup>3</sup> et a d'ailleurs fait l'objet d'une codification dans la Constitution genevoise lors de l'entrée en vigueur en juillet 2023 de son nouvel art. 21A relatif au droit à l'intégrité numérique.<sup>4</sup>

En outre, dans son arrêt *Google Spain*<sup>5</sup> de 2014, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a établi le droit au déréférencement sur Internet en Europe. La CJUE a déclaré que les moteurs de recherche comme Google peuvent être tenus de supprimer des liens vers des informations personnelles lorsqu'elles apparaissent « inadéquates, pas ou plus pertinentes au regard des finalités du traitement »<sup>6</sup>. Cet arrêt a eu un impact significatif sur la manière dont les données personnelles sont gérées en ligne, notamment en Suisse.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Postulat Schwaab (12.3152) « Droit à l'oubli numérique », déposé le 14 mars 2012.

<sup>2</sup> Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 (LPD, RS 235.1); Ordonnance sur la protection des données du 31 août 2022 (OPDo, RS 235.11).

<sup>3</sup> À titre d'exemple : REYMOND MICHEL, L'impact de l'arrêt *Google Spain* en Suisse, dans : Bahar Rashid/Kadner Graziano Thomas (édit.), *Le droit comparé et le droit suisse*, Genève/Zurich/Bâle 2018, 3 ss ; PASQUIER BRUNO/STOHWASSER STEPHANIE, *Extraterritorialität bei der Auslistung von Webseiten aus Suchmaschinen*, PJA 1/2021, 32 ss.

<sup>4</sup> Art. 21A al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève (rsGE A 2 00).

<sup>5</sup> CJUE, arrêt du 13 mai 2014 dans l'affaire C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 – *Google Spain et Google*.

<sup>6</sup> CJUE, arrêt du 13 mai 2014 dans l'affaire C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 – *Google Spain et Google*, par. 94 et 88.

<sup>7</sup> PÄRLI KURT, *Recht auf Vergessen bei Suchmaschinen*, *digma* 4/2014, 162 ss, 166 ; REYMOND (nbp. 3), 14.

Sans prétendre à traiter de façon exhaustive ce sujet particulièrement vaste, cette contribution a pour but d'exposer le rôle ainsi que les moyens d'exercer le droit à l'oubli en Suisse à l'aube de l'entrée en vigueur de la nouvelle LPD ainsi qu'au regard de la jurisprudence de la CJUE.

Les différentes terminologies contenues dans la notion de droit à l'oubli seront d'abord examinées (cf. II) et les finalités du droit à l'oubli recherchées (cf. III). Par la suite, la portée et les restrictions du droit à l'oubli en Suisse seront étudiées (cf. IV).

## II. Terminologie

### A. Introduction

Le *droit à l'oubli* semble englober et décrire plusieurs concepts. Les auteures ont décidé d'analyser et d'ainsi distinguer le droit à l'effacement, le droit d'opposition et le droit au déréférencement.

Cette section vise à clarifier les utilisations faites de ces différentes terminologies, dans l'optique de faciliter la compréhension de la suite de l'analyse.

#### I. Droit à l'effacement

Le Règlement général de la protection des données de l'Union européenne (RGPD) définit le droit à l'effacement comme le droit pour « [l]a personne concernée d'obtenir du responsable du traitement l'effacement [...] de données à caractère personnel la concernant »<sup>8</sup> et l'obligation pour les responsables du traitement « d'effacer ces données à caractère personnel dans les meilleurs délais [...] »<sup>9</sup> notamment lorsque que les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités, que la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, lorsqu'elle s'oppose au traitement, lorsque le traitement est illicite ou lorsque que l'effacement est nécessaire pour se conformer à une obligation légale.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Art. 17 par. 1 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (RGPD, JO 4.5.2016 L 119/1).

<sup>9</sup> Art. 17 par. 1 RGPD.

<sup>10</sup> Art. 17 par. 1 RGPD ; ARNING MARIAN ALEXANDER, *Praxishandbuch DSGVO, einschliesslich BDSG und spezifischer Anwendungsfälle*, dans : Moos Flemming/Schefzig Jens/Arning Marian Alexander (édit.), 2. éd., Francfort 2021, 367 ss, 368 ; NIKOL DOMINIK, *Zum Spannungsfeld von Hinweisgeberschutz und Datenschutzrecht*, CB 9/2023, 351 ss, 355.

Le droit à l'effacement n'est pas absolu. Il peut être contesté en présence de motifs justificatifs<sup>11</sup> ou faire l'objet d'une balance d'intérêts.<sup>12</sup>

Dans son Message, le Conseil fédéral précise que l'effacement n'est pas un synonyme de *destruction* des données, celle-ci ayant une portée plus forte et impliquant une élimination irréversible des données.<sup>13</sup> Cette distinction semble impliquer que l'effacement n'est pas définitif. On peut en déduire que la finalité poursuivie est la suppression de la possibilité d'accéder aux données, malgré leur présence sur un support non détruit.

## 2. Droit d'opposition

Le droit d'opposition de la personne concernée est le droit de s'opposer aux traitements des données. Il s'agit d'une action défensive ou en cessation de l'atteinte. L'opposition peut porter autant sur le traitement général des données que sur des aspects particuliers du traitement (p. ex. une finalité en particulier).<sup>14</sup>

De plus en plus fréquemment, les responsables du traitement proposent des procédures standardisées afin d'exercer le droit d'opposition. C'est par exemple le cas lorsqu'il est possible de se désabonner d'une liste d'envoi de courriels.<sup>15</sup> L'adresse e-mail sera supprimée dans le cadre du traitement des données dans un but publicitaire (p. ex. l'envoi d'une *newsletter*). Cependant, l'adresse e-mail pourra être conservée afin de pouvoir acheminer et traiter de futurs achats.<sup>16</sup>

Face à une opposition, les responsables du traitement peuvent démontrer l'existence de motifs justificatifs qui prévalent sur l'intérêt privé.<sup>17</sup> Le retrait du consentement peut s'apparenter à une opposition, lorsque le traitement repose sur celui-ci. En contraste avec la demande d'effacement, l'opposition au

---

<sup>11</sup> Art. 17 par. 1 let. a-f RGPD.

<sup>12</sup> ATF 111 II 209 c. 3c, JdT 1986 I 600, 603.

<sup>13</sup> Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 14 novembre 2017, FF 2017 6565 ss, 6641.

<sup>14</sup> ROSENTHAL DAVID/STUDER SAMIRA/LOMBARD ALEXANDRE, La nouvelle loi sur la protection des données, Jusletter, 16 novembre 2020, par. 138.

<sup>15</sup> Ceci découle de l'art. 7 al. 3 RGPD qui dispose que la personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait doit être aussi simple que le fait de donner son consentement. Le non-respect de cette obligation peut engendrer des sanctions (art. 83 al. 5 let. a RGPD).

<sup>16</sup> Art. 21 par. 3 RGPD.

<sup>17</sup> HK DSGVO-PFAFFINGER MONIKA, art. 31 par. 42 ss, Handkommentar Datenschutzgesetz, dans : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (édit.), 2. éd., Berne 2023, 376 ss.

traitement ne nécessite pas l'invocation d'un motif par la personne concernée. Au contraire, il revient au responsable du traitement d'opposer des motifs légitimant le traitement.<sup>18</sup>

### 3. Droit au déréférencement

En droit européen, le droit au déréférencement trouve son origine dans l'arrêt *Google Spain* comme indiqué ci-dessus,<sup>19</sup> parfois également désigné comme *droit à l'oubli numérique* ou *droit à la désindexation*.<sup>20</sup> Il vise les cas de demandes spécifiques de droit à l'oubli exercées par une personne concernée, visant un traitement réalisé par un fournisseur de moteur de recherche.

La demande de déréférencement se distingue de l'effacement strict des données, car le retrait de la liste de résultats de recherche ne signifie pas que les données concernées ne peuvent être accédées en utilisant d'autres critères de recherche.

En droit européen, le droit au déréférencement peut reposer sur deux bases juridiques. Le droit à l'effacement (art. 17 RGPD) est le principal, car la demande vise à *effacer* la donnée consistant en un référencement dans le moteur de recherche (cf. [II.A.1](#)). Le droit d'opposition au traitement des données personnelles (art. 21 RGPD) est le second, car la personne demande la cessation du traitement des données par le fournisseur de moteur de recherche (cf. [II.A.2](#)). L'interprétation de ces deux droits doit cependant être adaptée pour le cas spécifique des fournisseurs de moteurs de recherche.<sup>21</sup>

En règle générale, le droit au déréférencement va donner lieu à une balance des intérêts entre la protection de la vie privée de la personne faisant la demande et l'intérêt des internautes à avoir accès aux informations.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Art. 21 RGPD ; art. 31 LPD.

<sup>19</sup> Cf. [L](#) ; Comité européen de la protection des données, Lignes directrices 5/2019 sur les critères du droit à l'oubli au titre du RGPD dans le cadre des moteurs de recherche, version 2.0, adoptées le 7 juillet 2020, disponible à <[https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_201905\\_rtbsearchengines\\_afterpublicconsultation\\_fr.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201905_rtbsearchengines_afterpublicconsultation_fr.pdf)>.

<sup>20</sup> CR LPD-BOILLAT/WERLY, art. 32, par. 27, Commentaire Romand de la Loi fédérale sur la protection des données, dans : Meier Philippe/Métille Sylvain (édit.), Bâle 2023 (cit. CR LPD-AUTEUR/AUTRICE).

<sup>21</sup> CJUE, arrêt du 13 mai 2014 dans l'affaire C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 – *Google Spain* et *Google*, par. 88; lignes directrices 5/2019 (nbp. 19), par. 5 et 7 à 9.

<sup>22</sup> Lignes directrices 5/2019 (nbp. 19), par. 19.

En droit suisse, le droit au déréférencement n'est pas expressément prévu, malgré le souhait du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence.<sup>23</sup> Cependant, les auteures considèrent qu'un droit au déréférencement peut être déduit des dispositions du Code civil et de la LP.<sup>24</sup> Cet avis est partagé par CATTANEO<sup>25</sup> ainsi que par PASQUIER/STOHWASSER.<sup>26</sup>

## B. Conclusion préliminaire

À ce stade, l'étude a permis de démontrer que le droit de l'oubli est utilisé pour désigner plusieurs types d'actions visant à l'effacement de données personnelles ayant, en pratique, des effets différents, cependant cela ne constitue pas une définition suffisamment complète pour la suite de l'analyse.

Sur sa page Internet, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence précise que « le droit à l'oubli est une application concrète du principe de proportionnalité » ainsi que « l'expression du droit à l'auto-détermination informationnelle »<sup>27</sup>.

Certains estiment cependant que le terme de *droit à l'oubli* est erroné et qu'il serait souhaitable de parler uniquement de *droit à l'effacement*.<sup>28</sup> Les auteures sont d'avis que ce dernier ne permet pas de saisir les multiples facettes du droit à l'oubli. Le droit à l'effacement ne constituant, à leur avis, seulement l'un des aspects du droit à l'oubli.

Les auteures proposent donc d'utiliser la méthode téléologique pour définir cette notion. Ainsi, le droit à l'oubli a pour but général l'effacement de données personnelles traitées par un ou une responsable du traitement, sur demande de la personne concernée.

Dans le cadre de cet article et pour en faciliter la lecture, le terme de *droit à l'oubli* sera utilisé comme notion générale. La précision du caractère *de déréférencement*, *d'effacement* ou *d'opposition* du droit sera faite lorsque cela est approprié.

---

<sup>23</sup> FF 2017 (nbp. 13), 6694.

<sup>24</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) ; Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP, RS 281.1).

<sup>25</sup> CATTANEO GIANNI, La perspective alternative : oublier sans effacer, dans : Gianora Tristan (édit.), *Le droit à l'oubli : du mythe à la réalité*, Lausanne 2015 (CEDIDAC 96), 83 ss, 93.

<sup>26</sup> PASQUIER/STOHWASSER (nbp. 3), 35.

<sup>27</sup> Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, *Le droit à l'oubli sur Internet*, disponible à <[https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/datenschutz/internet\\_technologie/suchmaschinen.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/datenschutz/internet_technologie/suchmaschinen.html)>.

<sup>28</sup> CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6, par. 38, 122 ; CR LPD-EPINEY, art. 41, par. 733 ; voir également : FF 2017 (nbp. 13), 6693.

Afin de mieux juger de l'effectivité du droit à l'oubli, il convient d'identifier l'objectif poursuivi par la personne concernée lorsqu'elle exerce son droit à l'oubli. L'objet du chapitre suivant est d'explorer certaines de ces finalités.

### III. Finalités du droit à l'oubli

Les finalités du droit à l'oubli reposent sur différents intérêts, notamment individuels, sociaux et de confiance du numérique. Au niveau de l'individu, le droit à l'oubli renforce le contrôle sur ses données et son identité en ligne (cf. [III.A.](#)). Au niveau social, il assure que des données qui présenteraient la personne concernée sous un angle défavorable ne puissent pas ressurgir lorsque la société estime qu'elles devraient être oubliées (cf. [III.B.](#)).<sup>29</sup> Enfin, il joue un rôle essentiel dans le maintien de la confiance entre les personnes concernées et les responsables de traitement (cf. [III.C.](#)).

Dans cette section, ces finalités vont être explorées, afin de comprendre les fondements du droit à l'oubli.

#### A. Finalité individuelle

Le droit à l'oubli incarne un principe fondamental de la protection des données et de la vie privée, en particulier à l'ère digitale. Il vise à donner aux personnes concernées un certain contrôle sur les informations personnelles qui les concernent, formant ainsi la base de l'autodétermination informationnelle.<sup>30</sup> Dans son rapport « Le droit à la vie privée à l'ère du numérique » de 2018, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme souligne que le traitement des données personnelles fait perdre à l'individu une partie du contrôle qu'il exerce sur elles.<sup>31</sup>

Le contrôle sur ses données personnelles est important dans plusieurs situations, dont deux sont présentées ici.

---

<sup>29</sup> WEBER ROLF H., *The Right to Be Forgotten : More Than a Pandora's Box?*, JIPITEC 2/2011, 120 ss, par. 7 ; HAUX DARIO, *Vergessen dürfen? Erinnern müssen?*, *sui generis* 2023, 211 ss, 221 ; CourEDH, arrêt du 4 juillet 2023 dans l'affaire 57292/16 - Hurbain c. Belgique, par. 231 ss.

<sup>30</sup> Considérant 39 RGPD.

<sup>31</sup> Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Le droit à la vie privée à l'ère du numérique* du 3 août 2018, A/HRC/39/29, par. 7.

Dans un premier cas, le droit à l'oubli permet de remédier aux conséquences du traitement des données que peut subir la personne concernée à la suite d'une divulgation d'information personnelles. C'est notamment le cas du cyberharcèlement.

Dans un second cas, le droit à l'oubli permet à une personne de se présenter tel qu'il le souhaite à un moment donné en faisant supprimer les liens qu'elle aurait eu dans le passé avec une organisation, un individu, un évènement ou une idéologie. Ainsi l'effacement des données permet à la personne concernée de s'affranchir d'une telle association.

En permettant la suppression ou la mise à jour de données obsolètes ou dommageables, ce droit contribue à la sécurité en ligne et à la protection des individus contre les abus et atteintes à leur intégrité.

De manière générale, la personne concernée souhaite être *propriétaire* de ses données personnelles et en gérer librement l'utilisation. Les données personnelles constituent aujourd'hui une matière première de grande valeur sur le marché numérique.<sup>32</sup> Par exemple, la personne concernée peut simplement ne pas ou plus vouloir faire profiter de ses informations à, par exemple, une entreprise avec laquelle elle ne veut plus être liée, pour cause de divergence.

## B. Finalité sociale

Un élément récurrent dans différents arrêts rendus en matière de droit à l'oubli, dans l'Union européenne<sup>33</sup> comme en Suisse,<sup>34</sup> est que la demande de déréférencement est faite par une personne condamnée par la justice, ayant purgé sa peine ou ayant été innocentée, et souhaitant que les informations relatives à cette condamnation ne soient plus directement associées à son nom.<sup>35</sup> Dans ce cas, le droit à l'oubli est utilisé comme une mesure de préservation de la réintégration sociale d'un individu.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> YAKOVLEVA SVETLANA/IRION KRISTINA, Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade, *International Data Privacy Law* 10(3) 2020, 201 ss, 201.

<sup>33</sup> CJUE, arrêt du 13 mai 2014 dans l'affaire C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 – Google Spain et Google ; CJUE, arrêt du 24 septembre 2019 dans l'affaire C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773 – GC e.a. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ; Queen's Bench Division, England and Wales High Court, arrêt du 13 avril 2018 dans l'affaire [2018] EWHC 799 (QB) – NT1 & NT2 c. Google LLC.

<sup>34</sup> ATF 122 III 449, JdT 1998 I 131 ; ATF 109 II 353, JdT 1985 I 98.

<sup>35</sup> HARRISON ALAN, Where Next for the Right to Delete: Stepping Out of the Shadow of the Right to be Forgotten, *Federal Communications Law Journal* 75(3) 2022-2023, 319 ss, 324.

<sup>36</sup> ROSEN JEFFREY, The Right to Be Forgotten, *Stanford Law Review* 64/2012, 88 ss, 88.

## C. Finalité de confiance numérique

Le droit à l'oubli contribue au maintien de la confiance des utilisateurs et utilisatrices dans l'utilisation de leurs données. Lorsque la possibilité de demander l'effacement de ses données est communiquée aux individus, ceux-ci peuvent être plus enclins à utiliser des services numériques. Ceci favorise un environnement de confiance entre la personne concernée et les responsables du traitement.

## IV. Portée et restrictions du droit à l'oubli en Suisse

### A. En théorie

#### 1. Réglementations ponctuelles

Il existe plusieurs sources juridiques suisses ayant pour but l'effacement des données. À titre d'exemple, la loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA<sup>37</sup> prévoit que les jugements sont éliminés des casiers judiciaires dès qu'un certain délai est écoulé (p. ex. selon l'art. 30 al. 2 let. a ch. 1 LCJ le délai est de 25 ans en cas de peine privative de liberté de 5 ans au moins depuis la fin de la durée de la peine). Cette mesure est le résultat d'une balance d'intérêts entre l'intérêt public à conserver et le cas échéant, à communiquer à des autorités, des informations sur le passé judiciaire d'une personne et l'intérêt privé de cette personne à ne pas continuer à être stigmatisée par ce passé.<sup>38</sup> On retrouve ici la finalité de réintégration sociale évoquée précédemment (cf. [III.B.](#)). En droit des poursuites, on peut citer l'art. 8a al. 4 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP<sup>39</sup>) qui dispose que cinq ans après la fin d'une procédure le droit de consultation des tiers s'éteint. Cette règle renvoie donc également à la notion du droit à l'oubli.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Loi fédérale sur le casier judiciaire informatique VOSTRA du 17 juin 2016 (Loi sur le casier judiciaire, LCJ, RS 330).

<sup>38</sup> JEANNERET YVAN, La réforme du casier judiciaire et l'exemption de peine : d'une incohérence à un droit au classement ?, *Revue Pénale Suisse* 3/2023, 249 ss, 251 ; Il existe une exception s'agissant de la condamnation qui prononce une expulsion juridique, à ce propos voir : JEANNERET YVAN, Le droit à l'oubli et l'envie de se souvenir, dans : Perrier Depeursinge Camille et al. (édit.), *Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022, 205 ss, 208.

<sup>39</sup> Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP, RS 281.1).

<sup>40</sup> WENNINGER SCHMID RENATE/SCHMID ERNST F., *Einsichtsrecht in die Konkursakten nach Art. 8a SchKG*, PCEF 37/2016, 105 ss, 106.

Toutefois, la LPD aborde de manière générale la question de l'effacement.

## 2. Protection des données

En Suisse, la LPD ne fait pas de référence explicite à un droit à l'oubli. En effet, le chapitre relatif aux droits de la personne concernée ne contient pas de droit spécifique permettant à celle-ci d'exiger l'effacement de ses données personnelles.<sup>41</sup>

On peut cependant remarquer que l'art. 9 al. 1 let. j OPDo<sup>42</sup> liste les droits de la personne concernée devant être indiqués dans des clauses de protection des données d'un contrat, incluant « le droit de s'opposer à la communication des données » (ch. 2) ainsi que « le droit de demander la rectification, l'effacement ou la destruction des données » (ch. 3). Dans la LPD, c'est le chapitre relatif aux dispositions particulières pour le traitement de données personnelles par des personnes privées,<sup>43</sup> qui encadre l'effacement ou la destruction de données personnelles. Plus précisément, la possibilité de demander l'effacement des données découle de deux alinéas. Le premier alinéa de l'art. 32 LPD le prévoit de manière implicite, dans le cadre du droit de rectification, qui peut mener à une demande de suppression des données erronées.<sup>44</sup> Le deuxième alinéa de l'art. 32 al. 2 let. c LPD, prévoit la possibilité d'exiger l'effacement dans le contexte des actions des arts. 28 ss CC.

En outre de l'art. 32 LPD, l'art. 30 al. 2 let. b LPD rend illicite le traitement de données personnelles lorsque la personne concernée s'y est manifestement opposée. Des motifs justificatifs sont opposables,<sup>45</sup> notamment des intérêts privés ou publics prépondérants ou la loi. De cette disposition est déduit le droit d'opposition au traitement des données.

Une distinction claire est donc identifiable dans le cas suisse, avec d'un côté le droit de s'opposer à un certain traitement, et de l'autre, le droit d'exiger l'effacement ou la destruction des données. Le droit à l'effacement de l'art. 32 al. 1 LPD a une portée plus absolue que celui de l'art. 32 al. 2 let. c LPD ou même du droit à l'opposition de 30 al. 2 let. b LPD. En effet, celui-ci est indépendant de toute atteinte à la personnalité.<sup>46</sup> Les motifs justificatifs de l'art. 31 LPD

---

<sup>41</sup> Chapitre 4 : Droits de la personne concernée, art. 25 à 29 LPD.

<sup>42</sup> Ordonnance sur la protection des données du 31 août 2022 (OPDo, RS 235.11).

<sup>43</sup> Chapitre 5 : Dispositions particulières pour le traitement de données personnelles par des personnes privées, art. 30 à 32 LPD.

<sup>44</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (nbp. 14), 55.

<sup>45</sup> Art. 31 LPD.

<sup>46</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (nbp. 14), 55.

ne peuvent également pas être invoqués par les responsables du traitement.<sup>47</sup> Seules deux exceptions peuvent être opposées à une demande basée sur l'art. 32 al. 1 LPD, soit la modification est interdite par une disposition légale, soit les données sont traitées à des fins archivistiques répondant à un intérêt public.<sup>48</sup>

## B. En pratique

### I. Restrictions techniques

Plusieurs éléments viennent en pratique restreindre l'exercice du droit à l'oubli.

Premièrement, l'absence de standardisation dans la manière de procéder à l'effacement des données laisse libre champ à chaque responsable de traitement de procéder au traitement selon sa propre interprétation.<sup>49</sup>

Deuxièmement, la question de l'application territoriale du droit à l'oubli et, en particulier le droit au déréférencement, mérite d'être examinée. En effet, le *Advisory Council* organisé par Google à la suite de l'arrêt *Google Spain* concernant le droit à l'oubli a consacré un chapitre à cette question.<sup>50</sup> Comme la plupart des pays ont leur propre moteur de recherche (p. ex. Google.ch pour la Suisse ; Google.de pour l'Allemagne), il était nécessaire de déterminer à quel territoire le déréférencement devait s'appliquer. Google a pris l'initiative d'implémenter la mesure à l'ensemble des moteurs de recherches destinés aux internautes sur le territoire européen et cette interprétation a depuis été confirmée par la CJUE.<sup>51</sup> Cela signifie donc que le déréférencement ne s'applique que lorsqu'on effectue la recherche avec une version européenne du moteur de recherche.<sup>52</sup> Cette solution a été plébiscitée afin de respecter le principe de proportionnalité.<sup>53</sup> Selon les auteures et suivant l'avis de PASQUIER/STOHWASSER,<sup>54</sup> la mise en place d'un déréférencement global poserait beaucoup

---

<sup>47</sup> FF 2017 (nbp. 13), 6693.

<sup>48</sup> Art. 32 al. 1 LPD.

<sup>49</sup> HARRISON (nbp. 35), 334.

<sup>50</sup> The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 février 2015, 18 ss, disponible à <<https://archive.google/advisorycouncil/advisement/advisory-report.pdf>>.

<sup>51</sup> CJUE, arrêt du 24 septembre 2019 dans l'affaire C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772 – Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

<sup>52</sup> FLORIDI LUCIANO, «The Right to Be Forgotten»: a Philosophical View, *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics* 23/2015 (Themenschwerpunkt: Recht und Ethik im Internet Law and Ethics on the Internet), 163 ss, 172 ; PASQUIER/STOHWASSER (nbp. 3), 38.

<sup>53</sup> The Advisory Council to Google (nbp. 49), 19 ; PASQUIER/STOHWASSER (nbp. 3), 38.

<sup>54</sup> PASQUIER/STOHWASSER (nbp. 3), 39.

de problèmes du point de vue du principe de souveraineté de l'État.<sup>55</sup> À notre sens, il serait néanmoins nécessaire d'harmoniser les normes relatives à l'effacement dans une mesure raisonnable. À l'heure actuelle, selon POLLICINO, la situation est telle qu'il faut accepter l'inefficacité des dispositifs de préservation des droits fondamentaux en ligne.<sup>56</sup>

Troisièmement, Google indique que pour supprimer un contenu d'un site web, il est recommandé de contacter le ou la propriétaire du site.<sup>57</sup> Cependant, cette recommandation omet le phénomène de réplication des données. En effet, il est courant qu'une donnée personnelle soit stockée sur une multitude de sites ou serveurs.<sup>58</sup> Cela signifie une charge de travail titanesque, voire le plus souvent impossible pour la personne concernée qui devrait donc adresser des demandes à chaque webmaster pour obtenir la suppression des données.<sup>59</sup>

## 2. Intérêts prépondérants

Les articles 13, 16 et 17 de la Constitution fédérale suisse,<sup>60</sup> respectivement les articles 8 et 10 de la CEDH,<sup>61</sup> contiennent des droits fondamentaux qui s'opposent dans l'exercice du droit à l'oubli. D'un côté, la protection de la sphère privée (art. 13 Cst. et 8 CEDH) plaide pour un suppression des données personnelles en cas d'atteinte à la personnalité. De l'autre, les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst. et 10 CEDH) ainsi que la liberté des médias (art. 17 Cst.) défendent le droit du public d'être informé et défendent le droit du quatrième pouvoir de communiquer les informations importantes.

---

<sup>55</sup> FLORIDI (nbp. 51), 173.

<sup>56</sup> POLLICINO ORESTE, *The Territorial Dimension of the European Right to Be Forgotten*, dans : Belser Eva Maria/Pichonnaz Pascal/Stöckli Hubert (édit.), *Le droit sans frontières, Mélanges pour Franz Werro*, Berne 2022, 539 ss, 544.

<sup>57</sup> Google, *Contacteur le propriétaire d'un site Web*, disponible à <<https://support.google.com/websearch/answer/9109?sjid=3100343066710196312-EU>>.

<sup>58</sup> NEVILLE ANDREW, *Is it a Human Right to be Forgotten? Conceptualizing the World View*, *Santa Clara Journal of International Law* 15(2) 2017, 157 ss, 167 s; AMIT KUMAR SINGH/UDAI SHANKER, *Database Replication Techniques: A Review*, *International Journal of Research Review in Engineering Science & Technology*, 5(4) 2016, 16 ss, 16.

<sup>59</sup> NEVILLE (nbp. 58), 168.

<sup>60</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

<sup>61</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 28 novembre 1974 (CEDH, RS 0.101) ; voir les arrêts récents à ce propos : CourEDH, arrêt du 28 juin 2018 dans l'affaire nos 60798/10 et 65599/10 – M.L. et W.W. c. Allemagne ; CourEDH, arrêt du 4 juillet 2023 dans l'affaire no 57292/16 – Hurbain c. Belgique ; cf. HAUX (nbp. 29), 216.

Il est également essentiel de noter que le principe de la proportionnalité joue un rôle particulièrement important dans l'application du droit à l'oubli. Il est concrétisé par des critères tels que l'ancienneté des informations, la véracité des informations, le caractère sensible des données et la personnalité publique ou non de la personne concernée.<sup>62</sup>

### 3. Exception de l'anonymisation

L'anonymisation des données personnelles permet d'échapper au champ d'application de la LPD.<sup>63</sup> En effet, les données anonymes ne permettent pas l'identification d'une personne physique. L'anonymisation peut donc être vue comme une alternative à l'effacement. Ceci pose cependant un certain nombre de problèmes. Premièrement, le développement des technologies de réidentification remet sérieusement en doute l'effectivité de l'anonymisation des données personnelles.<sup>64</sup> Secondement, si l'on garde à l'idée la finalité de *garder le contrôle* sur ses données personnelles, l'anonymisation écarte la personne concernée du processus décisionnel concernant l'intégrité de ses données, mettant à mal l'objectif de contrôle du droit à l'oubli évoqué précédemment (cf. [III.A.](#)). À titre d'exemple, si le traitement se base sur le consentement et vise à l'amélioration d'outils d'un ou une responsable du traitement, leur anonymisation exclut tout contrôle de la personne concernée sur l'utilisation de celles-ci. Cette option est favorable aux responsables du traitement, leur permettant d'utiliser les données sous le couvert de *l'anonymisation*.<sup>65</sup>

## V. Conclusion

Bien qu'existant depuis des décennies, le droit à l'oubli prend toujours d'avantage d'importance à l'ère du numérique. Il soulève des questions essentielles sur le rapport entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression. La Suisse a donné une réponse en intégrant, dans la LPD, la mention expresse du droit à l'effacement des données. Le législateur européen a également codifié ce droit et la CJUE a ouvert une nouvelle voie avec le droit au déréférencement.

---

<sup>62</sup> Google, Présentation du droit à l'oubli, disponible à <<https://support.google.com/legal/answer/10769224>> ; ANDERSON ATENAS/GALETTI BENEDETTA S., La conservation des données personnelles : comment déterminer sa durée ?, sic! 2021, 103 ss, 110.

<sup>63</sup> Art. 1 et 5 let. a LPD.

<sup>64</sup> HARRISON (nbp. 35), 341 ; STENGEL CORNELIA/AUS DER AU ROMAN, Blockchain: Eine Technologie für effektiven Datenschutz ?, sic! 2018, 439 ss, 448.

<sup>65</sup> HARRISON (nbp. 35), 342.

Le droit à l'oubli n'est cependant pas absolu et son exercice s'avère être une tâche de plus en plus ardue. Les instruments de la LPD permettent l'effacement de données, néanmoins il n'est pas toujours possible de vérifier que les données personnelles aient réellement été effacées et que l'atteinte à la protection de la personnalité ait cessé.

S'agissant du droit au déréférencement, Google a indiqué avoir accepté 53% des 124'431 demandes de suppression d'URL émanant des internautes suisses effectuées depuis 2015.<sup>66</sup> Néanmoins selon MORIN, la réaction de Google peut être qualifiée de cynique. En effet, il argue que Google n'a aucun intérêt à voir la situation changer et que sa part de marché est trop grande pour que la législation puisse réellement protéger la personnalité des personnes concernées.<sup>67</sup> Les auteures de cette contribution sont d'avis qu'il n'est effectivement pas dans l'intérêt de Google de voir se durcir la législation à son égard mais que, néanmoins, le fait d'avoir un cadre juridique lui permet d'obtenir la confiance des consommateurs et consommatrices, tel qu'évoqué ci-dessus (cf. III.C.). Une harmonisation des standards d'effacement et de leur étendue nous apparaît nécessaire bien que la mondialisation d'Internet et des moyens technologiques rendent l'effacement presque impossible. Dès lors, la prévention doit, à notre sens, être favorisée, à l'instar du site internet du PFPDT qui contient des conseils pour les utilisateurs et utilisatrices.<sup>68</sup> Le droit à l'oubli continuera d'être important mais la prévention pourrait permettre aux personnes de garder le contrôle de leurs données dans une large mesure et d'ainsi éviter de devoir invoquer le droit à l'oubli.

---

<sup>66</sup> Google, Demandes de suppression de contenu dans le cadre de la législation européenne sur le respect de la vie privée, disponible à <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>.

<sup>67</sup> MORIN JEAN-HENRY, La perspective technologique : du déni d'innovation au devoir de conception responsable en passant par le cynisme économique, Lausanne 2015 (CEDIDAC 96), 111 ss, 114 ss.

<sup>68</sup> Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Le droit à l'oubli sur Internet, disponible à <[https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/datenschutz/internet\\_technologie/suchmaschinen.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/datenschutz/internet_technologie/suchmaschinen.html)>.

# Chancen der Zukunft



# To the modern dimension of the right to work

## AI opportunities and challenges

Kateryna Shapovalova\*

### Table of contents

I.	<a href="#">Introduction</a>	189
II.	<a href="#">Towards an understanding of the «right to work»</a>	190
	A. <a href="#">(Non-)freedom in choosing a job</a>	191
	B. <a href="#">Rethinking the «right to work»</a>	193
III.	<a href="#">Transforming the right to work in the context of AI</a>	195
	A. <a href="#">AI and lack of regulation in labour law: is it a problem?</a>	196
	B. <a href="#">Measures to regulate AI in the context of the RTW</a>	198
	C. <a href="#">Social Justice and AI: potential challenges and gains</a>	199
IV.	<a href="#">Conclusion and outlook into the future</a>	201

## I. Introduction

The legal regulation of issues concerning both labour law and artificial intelligence remains at the forefront of the global community's focus. The European Union (EU) has embarked on a regulatory endeavour on artificial intelligence (AI)<sup>1</sup>, marking a significant milestone as it constitutes a normative legal act addressing this specific issue. Nevertheless, it is vital to note that this regulation does not provide comprehensive solutions to the challenges presented by AI within the field of labour law. AI is only categorised as high risk due to its substantial influence on the future of labour. From our perspective, the legislative act falls short of addressing the multifaceted concerns related to the right to work and AI. It notably overlooks the intricate interplay of strengths and weaknesses exhibited by AI within this particular sector, which has unresolved issues of implementing the right to work (RTW) as a legacy

---

\* The author would like to thank PIA HUNKEMÖLLER, CLIO ZUBLER and YURI MATAT for their valuable contribution to this paper. This work was supported by Digital Society Initiatives (UZH).

<sup>1</sup> Proposal for a regulation COM(2021) 206 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2021, on laying down harmonized rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts.

of past centuries. In this study, we will initially delve into the comprehension of pivotal challenges associated with the RTW, which shall surface at a foundational level in Chapter II. Subsequently, Chapter III will examine how these challenges could be overcome through the judicious application of AI, while also sounding a note of caution regarding the potential hazards of a regulatory vacuum. It is concluded that postponing AI regulation constitutes a risky proposition and may result in irreversible repercussions for the labour market. Conversely, a well-defined trajectory for development, implemented on time, can avert the onset of crisis phenomena. This study shall primarily concentrate on the preferential (priority, preemptive) RTW within the context of AI conditions as a policy case.

## II. Towards an understanding of the «right to work»

The RTW goes back to the 1848 French Revolution when workers asserted that the state should guarantee work.<sup>2</sup> Work was recognized as a human right at an international level in Art. 23 of the Universal Declaration of Human Rights. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights deals with the RTW as essential for realizing other human rights and forms an inseparable and inherent part of human dignity. The RTW could be defined as a right with legal obligations and labour right at a job which freely gained has been proved.<sup>3</sup> A typical point of view is that the essence of the RTW is that this right gives every able-bodied person the opportunity to have the ability to work independently but does not guarantee the actual provision of a specific job.<sup>4</sup> After all, human dignity, which the RTW does or should include, must not depend on the individual's utility to society.<sup>5</sup> The RTW is an inalienable human right and one of the most important socio-economic rights and the state is responsible for its realization.<sup>6</sup> It was emphasized that the RTW addresses, among other things, conditions that best meet the needs and interests of the employee, including the right to fair remuneration, proper, safe and healthy

---

<sup>2</sup> BUENO NICOLAS, From the right to work to freedom from work: introduction to the human economy, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 33(4) 2017, 463 ff., 470.

<sup>3</sup> O'CONNOR NIALL/HARVEY DARREN, Freedom of Movement and the Normative Value of the Right to Work in the United Kingdom Post-Brexit, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 24/2024, 1 ff., 14.

<sup>4</sup> KRASNOV EVGENY, The right to work according to the legislation of Ukraine and some foreign countries, *Bulletin of Zaporizhzhia National University* 1/2015, 147 ff., 150.

<sup>5</sup> BUENO NICOLAS, Speak out at The Laboratory for Advanced Research on the Global Economy, *Introduction to the Human Economy* 2018, 2.

<sup>6</sup> KONOPELTSEVA OLENA, Legal characteristics of the right to work: understanding and context, *Law and Society* 6/2016, 74 ff., 76.

working conditions and the right to protection from abuse and violations in the field of labour.<sup>7</sup> Art. 3 par. 1 of the Havana Charter<sup>8</sup> obliges to take measures to achieve and maintain full and productive employment and large and steadily growing demand within its own country through measures appropriate to its political, economic and social institutions. Analogously, broad economic policy obligations are imposed on the contracting states of the ICESCR.<sup>9</sup> Art. 6 par. 2 requires countries to adopt «policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment»<sup>10</sup> and the RTW is a core element thereof.<sup>11</sup> Certain scholars advocate for a shift towards «freedom from work»<sup>12</sup>, while others emphasize the RTW and its implementation (depending on the difference in supply and demand, the employer's position is more or less favourable)<sup>13</sup>. Meanwhile, normative processes at a national level strive to achieve employment through intricacies within social policies, often disregarding the essence of the RTW (e.g., the wrongful introduction of people into employment due to criteria for eligibility for public benefits). Disregarding RTW minimum requirements in the AI context can lead to an even wider range of negative consequences for labour relationships.

## A. (Non-)freedom in choosing a job

Let us move from conceptual to more practical aspects: the significance of realizing why the RTW was established. An employment policy aims for

---

<sup>7</sup> MELANIE STUDER, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit, Diss. Basel 2021, 311 ff.

<sup>8</sup> Charter of the United Nations of March 24, 1948, Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment. Switzerland has abandoned to ratify it. The Havana Charter consisted of a series of extensive commitments on substantive questions in trade covering disciplines such as employment and economic activity.

<sup>9</sup> Covenant of the United Nations General Assembly of 16 December 1966, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (SR.0.103.1).

<sup>10</sup> KOLSKY LEWIS MEREDITH, The Embedded Liberalism Compromise in the Making of the GATT and Uruguay Round Agreements, in Moon Gillian/Toohey Lisa (Ed.), The Future of International Economic Integration: The Embedded Liberalism Compromise Revisited, Cambridge 2018, 12 ff., 24.

<sup>11</sup> RADAVOI CIPRIAN/OTTAVIO QUIRICO, Socioeconomic rights in the age of pandemics: Covid-19 large-scale lockdowns have exposed the weakness of the right to work, Journal of Human Rights 21(1) 2022, 73 ff., 75.

<sup>12</sup> BUENO NICOLAS, Freedom at, through and from work: Rethinking labour rights, International Labour Review 160/2021, 311 ff., 314.

<sup>13</sup> JANETZ URS PETER, Chefsache Arbeitsrecht I: individual-Arbeitsrecht – leicht erklärt, Wiesbaden 2019, 8.

minimal unemployment, and ideally, full employment in the EU.<sup>14</sup> Herewith, the EU Activation Policy, as formulated in the Broad Economic Policy Guidelines, marks a paradigm shift: it means the RTW and the right to social security undergo a change of character from being an essential fundamental human right to a (contractual) entitlement based on conditional reciprocity.<sup>15</sup> A lot of scientific work has been devoted to the Activating Policy over the past decade. Within the framework of this policy, we agree that the requirements of labour and social law are not always adequately met, e.g., the gap between «any available work» and «decent work» is not eliminated. People have to accept jobs in the EU<sup>16</sup> they would not normally consider suitable because of the mechanism of social welfare. Some of these job positions are considered worse than unemployment.<sup>17</sup> Based on the RTW concept, employees should be free to choose or accept work.<sup>18</sup> The imbalance in the labour ecosystem results in a scarcity of attractive job offers for candidates. This qualitative-quantitative problem still exists, based on the OECD unemployment rate (2023).<sup>19</sup> The supply of jobs is limited, the demand is disproportionately high and the negotiating position of the potential employer is significantly better.<sup>20</sup> However, following universally acknowledged and evident principles of labour law, freedom of labour implies the choice of a person to engage or not to engage in labour, and if engaged in work, to choose it freely.<sup>21</sup> In the EU, approximately one in five residents currently in employment is not satisfied with their job.<sup>22</sup> In the US 50% of workers reported «feeling stressed at their

---

<sup>14</sup> GROOT LOEK/VAN PARIJS PHILIPPE, Basic income, unemployment and compensatory justice, Boston 2004, 25.

<sup>15</sup> GUNDT NICOLA, The Right to Work, EU Activation Policies and National Unemployment Benefit Schemes, *European Labour Law Journal* 5(3-4) 2014, 350 ff., 359.

<sup>16</sup> IMMERVOLL HERWIG/KNOTZ CARLO, How demanding are activation requirements for jobseekers, *Social, Employment and Migration Working Papers* 215, Paris 2018, 5.

<sup>17</sup> KÜCHEL TERESA, EU youth unemployment: Some jobs are worse than being unemployed, *Nordic Labour Journal* 2018, available at <[http://www.nordiclabourjournal.org/nyheter/news-2017/article.2018-01-15.4801052502/folder\\_contents](http://www.nordiclabourjournal.org/nyheter/news-2017/article.2018-01-15.4801052502/folder_contents)>.

<sup>18</sup> REILLY ANANDA, The right to work and rights at work, in: Bedggood Margaret/Gledhill Kris (Ed.), *Law into action. Economic, social and cultural rights in Aotearoa New Zealand*, Wellington 2011, 71 ff., 71.

<sup>19</sup> OECD, Statistics New Release «Unemployment» of 14 March 2023, available at <<https://web.archive.oecd.org/2023-03-13/652815-unemployment-rates-oecd-03-2023.pdf>>.

<sup>20</sup> JANETZ (Fn. 13), 8.

<sup>21</sup> General comment 18 of Committee on economic, social and cultural rights of 24 November 2005, on the right to work.

<sup>22</sup> PETERLE, Quality of life in Europe – facts and views – employment, Eurostat, available at <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Quality\\_of\\_life\\_in\\_Europe\\_-\\_facts\\_and\\_views\\_-\\_employment&oldid=236091#Employment\\_in\\_the\\_European\\_Union](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Quality_of_life_in_Europe_-_facts_and_views_-_employment&oldid=236091#Employment_in_the_European_Union)>.

jobs» daily.<sup>23</sup> Official statistics show that despite a growing global economic crisis, workers are continuing to leave or at least considering leaving their jobs. Almost 11 million job vacancies remain unfilled, according to the US Bureau of Labour Statistics.<sup>24</sup> In the EU, an average of almost 3% of jobs remain unfilled as employees seek personal value and purpose at work.<sup>25</sup> For a whole list of tasks, employees find no motivation. Economics based on human rights and seeking to promote the RTW must construe that right is more than just fighting unemployment, or regard full employment as a goal in itself but place the individual at the heart of its *raison d'être*.<sup>26</sup> While we could generally concur with the concept that Art. 4 par. 2 of the ECHR is an ineffective way to challenge the UK's conditional welfare scheme,<sup>27</sup> the assessment of voluntary work execution and the evaluation of mutual benefits for both the state and the individual should extend to considerations encompassing biological indicators. Given the increasing prevalence of stress and dissatisfaction in the workplace, we cannot rely solely on the standards («reasonable employment», «benefit by working», «work-related obligations and excessive burdens»<sup>28</sup>). Disregarding indicators that serve as evidence of manifest dissatisfaction with work could be a violation within the domain of the RTW. Inherently, the Activation Policy has shown its effectiveness from the point of view of unemployment but it must be viewed critically from a RTW perspective.

## B. Rethinking the «right to work»

The previous paragraph has pointed out that there are several fields in which people today are unwilling to accept work tasks. This provides scope for the development of technologies that could meet employers' needs while allowing those who lack explicit and evident desire for such tasks to decline them. The analysis of unoccupied niches can serve as a guide to which occupations

---

<sup>23</sup> COLLINS LEAH, Job unhappiness is at a staggering all-time high, according to Gallup, available at <<https://www.cnn.com/2022/08/12/job-unhappiness-is-at-a-staggering-all-time-high-according-to-gallup.html>>.

<sup>24</sup> ELLERBECK STEFAN, This country has the highest number of people planning to quit their jobs, World Economic Forum, available at <<https://www.weforum.org/agenda/2022/08/jobs-work-quit-great-resignation/>>.

<sup>25</sup> TURNER JORDAN, Employees Seek Personal Value and Purpose at Work. Be Prepared to Deliver, available at <<https://www.gartner.com/en/articles/employees-seek-personal-value-and-purpose-at-work-be-prepared-to-deliver>>.

<sup>26</sup> BRANCO MANUEL CASTELO, Economics for the right to work, *International Labour Review* 158(1) 2019, 63 ff., 78.

<sup>27</sup> ALMUTAWA AHMED/ALMAJED BASHAYER, The prohibition of forced or compulsory labour and conditional welfare under the United Kingdom's Universal Credit Scheme, *Legal Studies* 43(4) 2023, 734 ff., 740.

<sup>28</sup> ALMUTAWA/ALMAJED (Fn. 27), 746.

should be replaced by AI. Furthermore, it can enhance the quantitative and qualitative aspects of professional training for those who may be involved in AI creation within these domains and its subsequent maintenance. The purpose of the RTW should be to focus on the individual and the actual ability to exercise this right and, returning to the statistical data of the above paragraph, to do so in the best possible way. If the trend towards dissatisfaction with work continues, this will have a negative impact, e.g., on the number of voluntary resignations, frequent changes of employers, development of depression or stress, dismissals by the employer and lower labour efficiency.

This prompts us to reconsider the RTW and avoid contradictions with its fundamental essence. It must be effectively implemented through specific mechanisms to address problematic issues. Normative bodies should transition from rhetoric to a concrete and feasible plan for addressing areas of concern. The global labour market outlook has deteriorated and global unemployment has increased.<sup>29</sup> But whether future laid-off workers will be forced to work in unwanted jobs, thereby increasing their job dissatisfaction, remains a matter of debate. Labour law should be designed to mitigate the circumstances of unemployment while meeting the requirements for providing workers with perceived adequate work, without compromising the socio-economic framework of the state. Considering the essence and content of the abovementioned international legal acts and scholars' statements, it becomes apparent that they assert the significance of work for both society and the individual. However, the legislation has not been revised recently to include modern mechanisms to deal with various new shortcomings.

However, can we talk about the realization of the RTW in terms of «value» when dissatisfaction is at record levels, the unemployment rate is still increasing and, moreover, a large number of jobs are available in some areas? Considering the above, we partially agree that the debate places too much emphasis on how to provide work, although work can sometimes be meaningless, unwanted or even harmful to society. By focusing on the human potential and the impact of human costs on the need to work, it may be possible to increase both freedom from work and a wide range of human benefits.<sup>30</sup> These conclusions look quite ambitious from the perspective of «want-to-get» if one considers the available statistical information and implementation mechanisms. However, the focus on the benefits of work for an individual, including the option of reducing work hours, assuming a position with a

---

<sup>29</sup> ERNST EKKEHARD ET AL., *World Employment and Social Outlook: Trends 2022*, International Labour Office, Geneva 2022, 11, available at <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_834081.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_834081.pdf)>.

<sup>30</sup> BUENO (Fn. 12), 312.

certain background and experience, and unlocking the employee's potential, is a statement that should be fundamental in shaping future mechanisms for realizing the RTW. The mechanism for implementing the law is more than just a legal norm, it is a whole system of legal means, which allows the declared right to be realized in real life to gain executive capacity.<sup>31</sup> We argued that priority right as an element of the RTW should be considered as a set of organizational and managerial rules aimed at ensuring the RTW of certain categories of people to achieve both an economic effect and social protection of certain population groups at different stages of labour relations.<sup>32</sup> Currently, we are dealing with the interplay within the RTW, its elements and the implementation mechanism. At the same time, the RTW is affected by other labour laws, disciplines and impact factors. It is abundantly clear that neither the EU's AI Regulation Act nor the legal acts in the field of labour law provide solutions to the existing or future challenges of the labour market. We can acknowledge the positive «freedom from work» aspects of AI but we nevertheless urge a cautious approach.

### III. Transforming the right to work in the context of AI

We would like to explain the new rules for the RTW in the context of using the potential of AI. While making the transition from conventional labour law to one that is developing under the influence of digital technologies and AI, the formation of an adaptive workforce is of paramount importance. The impact of AI on professions can be found in the studies by STRACK ET AL.,<sup>33</sup> WEBB<sup>34</sup> and others. We agree that it is not about stopping the use of AI but about learning and teaching how to use it efficiently.<sup>35</sup> We could perceive a certain potential in using AI to overcome the identified issues in the RTW, which includes a

---

<sup>31</sup> OSIPOV MICHAEL, Mechanism of Legal Regulation and the Mechanism of Realization of the Law, *Sovremennoe Pravo* 12/2013, 16 ff., 21.

<sup>32</sup> SHAPOVALOVA KATERYNA, Implementation of the pre-emptive law in the selection of employees: current state and prospects, *Juridical scientific and electronic journal* 4/2022, 220 ff., 223.

<sup>33</sup> STRACK RAINER ET AL., The Future of Jobs in the Era of AI, Boston Consulting Group, 11, available at <<https://web-assets.bcg.com/f5/e7/9aa9f81a446198ac5402aaf97a87/bcg-the-future-of-jobs-in-the-era-of-ai-mar-2021-r-r.pdf>>.

<sup>34</sup> WEBB MICHAEL, The Impact of Artificial Intelligence on the Labor Market, 4, available at <[https://www.michaelwebb.co/webb\\_ai.pdf](https://www.michaelwebb.co/webb_ai.pdf)>.

<sup>35</sup> GATES BILL, The risks of AI are real but manageable, GatesNotes, available at <<https://www.gatesnotes.com/The-risks-of-AI-are-real-but-manageable>>; see also WATKINS MICHAEL D./WEISSBECK RALF, What business leaders must do to avoid extreme AI risks, *Technology*, available at <<https://www.imd.org/ibyimd/technology/what-business-leaders-must-do-to-avoid-extreme-ai-risks/>>.

combination of factors: unemployment, forced labour, job dissatisfaction, the existence of vacant positions, and the reluctance to fill them. It is difficult to find a scientist who can accurately and unerringly predict the nature of changes due to AI in the labour market and all the subsequent consequences for the state, society, the economy, profitable activity and the individual. We believe that formulating the updated policy regarding AI, along with the existing consensus within the global community for implementing this policy, will enable the labour market to operate adaptively and efficiently for all stakeholders. Current legislation regarding the RTW and/or AI hardly covers the question of how we can reduce potential negative and increase positive consequences of the interaction between people and AI.

### A. AI and lack of regulation in labour law: is it a problem?

AI addresses questions in the sociology of work and intelligent digitalization. Researchers have explored various aspects of work and employer motivation for using AI (e.g., tax strategies). «The effective realization and equitable distribution of benefits from intelligent automation tools depend not only on their technological design but also on the formulation of well-designed policies».<sup>36</sup> For example, there are concerns that 800 million workers could be displaced in 42 countries because of the Fourth Industrial Revolution.<sup>37</sup> So far, there is no legal means of mitigating these risks. The mentioned statement suggests the need for establishing rules in labour relationships in light of the growing use of AI. For instance, it is crucial to anticipate changes in jobs and skills in individual industries to avoid large-scale redundancy plans,<sup>38</sup> but at the same time, this is challenging to implement them. That is why the integration of AI into the labour environment should be approached with sensible restrictions.

The number of jobs after the industrial revolution increased as did living standards and every other social indicator.<sup>39</sup> However, there is a difference between previous automation<sup>40</sup> processes and the potential of AI to com-

---

<sup>36</sup> TYSON LAURA D'ANDREA/ZYSMAN JOHN, Automation, AI and Work, *Daedalus* 151(2) 2022, 256 ff., 256.

<sup>37</sup> MENON JAYANT, Why the Fourth Industrial Revolution could spell more jobs – not fewer, available at <<https://bigthink.com/the-present/fourth-industrial-revolution/>>.

<sup>38</sup> Avocats Soulier, France: Labor Law And The Challenges Of Artificial Intelligence: 1st Part Of A Trilogy, available at <<https://www.mondaq.com/france/employee-rights-labour-relations/716714/labor-law-and-the-challenges-of-artificial-intelligence-1st-part-of-a-trilogy>>.

<sup>39</sup> MENON (Fn. 37).

<sup>40</sup> Oxford Learner's Dictionaries, automation, available at <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/automation>>.

pletely replace workers across different industries. Many workers claim that they are worried about losing their jobs to AI in the next 10 years.<sup>41</sup> Replacement by AI may also affect professionals with intermediate levels of qualification.<sup>42</sup> It is generally assumed that AI will replace workers in many industries, which raises concerns about the uncertainty of whether the development of AI tools will achieve the socially optimal balance between automation and augmentation of tasks at the right pace.<sup>43</sup> All of the aforementioned makes it clear that there exists a high degree of AI uncertainty.

The labour laws of many countries include a provision on priority RTW for citizens of the respective state and the obligation to justify the impossibility of performing this work by a citizen if a position was filled by a person from a developing country. This rule aims to protect the domestic labour market. AI replacing human labour could be considered analogous to a citizen of another country. It may not be a concern if one immigrant arrives and works in a particular country, but what if about two million immigrants arrive in a small country? There are hardly any examples of extremely large immigration of labour in Europe due to priority legal regulation of certain situations. Thus, from a company perspective, the labour of immigrants (e.g., people from countries with a less stable economy) which is significantly underpaid, may seem beneficial for the performance of profitable tasks, but it is unlikely to meet the needs of society. That is why there are certain strict criteria and a mechanism for market access for these specified persons to prevent a damage to the economy. This comparison raises a discussion on the framework for AI regulation: that is, specifying the sectors in which its use is authorized, and defining the qualifications of specialists involved and their respective roles, while ensuring that it does not disrupt the established order. Furthermore, it is important to emphasize that the International Labour Organisation could play a regulatory role in this context, given its recognised mandate. The future regulation should not negatively affect the economic benefits for employers. Under the current circumstances, employers might also find themselves in a

---

<sup>41</sup> CORMANN MATHIAS/SCARPETTA STEFANO, OECD Employment Outlook 2023, Artificial Intelligence and the Labour Market, 5, available at <<https://www.oecd.org/employment/employment-outlook-2023-launch-presentation.pdf>>.

<sup>42</sup> RUSSO ALBERTO ET AL., Automation, Job Polarisation and Structural Change, *Journal of Economic Behavior and Organization* 200/2022, 499 ff., 499.

<sup>43</sup> The impact of artificial intelligence on the future of workforces in the European Union and the United States of America. An economic study prepared in response to the US-EU Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement, 9, available at <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/12/TTC-EC-CEA-AI-Report-12052022-1.pdf>>.

position of concern, particularly if AI replaces areas with motivated workers but has limited impact on occupations that are deemed undesirable from the workers' perspective.

## **B. Measures to regulate AI in the context of the RTW**

Effectively regulating AI in the workplace requires legal frameworks that consider the risks of AI, especially in the area of the RTW. We can focus on addressing RTW transitional norms and, to prevent unemployment risks, require employers, for example, to justify replacing societally vulnerable professions with AI and submit this justification to a supervisory authority. Learning from past industrial revolutions and fostering stakeholder collaboration is essential for creating new frameworks. In our opinion, the above makes sense in the case when AI simultaneously with the optimisation of work processes (and other positive effects on the public and private economy sectors) does not create any jobs directly or indirectly or creates extremely high risks of increasing unemployment among a significant number of people who are unable and cannot be able to adapt their professional skills and field of activity to modern requirements.

The number of sectors where AI is most actively displacing workers needs to be examined. This includes the significant consideration of input from employee representatives on the quantitative and qualitative indicators of their work functions delegated to AI. It is essential for the identification of vulnerable occupations as some employees could face dismissal for apparently legitimate reasons, such as company reorganization.<sup>44</sup> At the same time, scientists are aware that the use of AI in the EU justice sector is not suitable for achieving the primary objectives of justice. Therefore, its use in this area does not seem permissible (except for judicial statistics).<sup>45</sup> Thus, the legislator's preparedness to maintain a balance of interests between employees and employers in the face of current innovations is of utmost importance. In the case of a significant reduction of staff due to the involvement of AI (the number must be determined based on the impact on the company), the employer should be obliged to pay material compensation to those made redundant. It is possible to determine the employer's obligation before introducing such AI replacement to prove the economic benefits of changes not only for the

---

<sup>44</sup> Directive (EU) 2001/23/EC of the Councils of the European Union of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, OJ 82 of 22 March 2001, 16.

<sup>45</sup> GENTILE GIULIA, AI in the Courtroom and Judicial Independence: An EU Perspective, *EU Ideas* 2022, available at <<https://ssrn.com/abstract=4198145>>.

enterprise, but also for the economy, or/and impose an obligation to justify why the performance of the specified functions by employees is inefficient. Certain percentage ratios between the specified human and AI job performance may be established. The balance between fostering innovation and ensuring the RTW, economic and political stability, and other variables must be considered. Instructions and workforce market support programs in the context of an imminent surge in AI use must be developed before its occurrence.

### C. Social justice and AI: potential challenges and gains

Social protection standards need revision, in particular the approach to providing financial support for individuals who have lost their RTW due to AI and cannot restore it with adequate means (that is, considering the possibility of retraining or upgrading, the age of the person, the field of employment, etc.). Here is an example that illustrates a person's ability to work in combination with a particular circumstance. A pianist who loses a finger can no longer play the piano but a shop assistant who loses a finger can still work in a shop.<sup>46</sup> It is possible to draw an analogy where a pianist is a person who completely loses the opportunity to work due to AI while a consultant is someone who can adapt. The finger can be considered as a circumstance that hardly depended on the person's desire to adapt their abilities to AI (e.g., implementing AI for a whole industry). As a consequence, the question of a priority RTW for AI-vulnerable workers arises.

In considering the issue of a priority RTW, the interesting aspect lies in the positive impact it may have on the overall quality of life, provided there are no excessively significant contradictions in the aforementioned context. For example, it is possible to consider the level of happiness, the level of stress and the amount of income of employees.<sup>47</sup> No less interesting is the cross-reference to the fact that labour is not to be equated with work.<sup>48</sup> So, from the point of view of quality of life, the possibility of AI replacing a person with a low level of happiness and guaranteeing the person approximately the same income seems quite uncontroversial if we get acceptable changes

---

<sup>46</sup> Federal Social Insurance Office, Switzerland's invalidity insurance system, 7, available at <[https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/en/dokumente/iv/broschueren/broschuere-invaliditaet.pdf.download.pdf/20210119\\_IV\\_Broschüre\\_ENG\\_web\\_BF.pdf](https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/en/dokumente/iv/broschueren/broschuere-invaliditaet.pdf.download.pdf/20210119_IV_Broschüre_ENG_web_BF.pdf)>.

<sup>47</sup> VAN DAM ANDREW, The happiest, least stressful, most meaningful jobs in America, The Washington Post of 6 January 2023, <<https://www.washingtonpost.com/business/2023/01/06/happiest-jobs-on-earth/>>.

<sup>48</sup> STANDING GUY, Left Should Stop Equating Labour With Work, available at <<https://www.socialeurope.eu/why-work-not-labour-is-ecological-imperative>>.

in other aspects of the labour market. This can be considered within the framework of the concept of «freedom from work» proposed by BUENO.<sup>49</sup> In addition, the positive impact on occupational health and safety needs further investigation. This allows us to avoid so-called «forced labour» (which was discussed above)<sup>50</sup> and will allow people to carry out a socially less useful but more desirable activity.

It is tricky to solve the problems caused by AI in the area of the replacement of people with disabilities or certain diseases that affect labour relationships but are insufficiently covered by labour law (e.g., persons with depression, multiple sclerosis [MS], etc., diseases of an unpredictable nature which could sometimes guarantee a person some additional social rights). The existing legislation attempts to support these categories of individuals<sup>51</sup> but does not consider that AI could lead to even more disadvantages in the labour market. The issues could be grouped as follows: challenges faced by certain groups of people and their employer's contribution within the scope of the RTW; their influence and role in the labour market and economy; discrimination issues that cast a shadow over them and, on the other hand, would not constitute a discrimination for an average worker; and finally, the lack of effective laws and regulatory provisions to address all these issues. Besides this, for individuals with MS, participation in working life has a «positive impact on social integration ... and a health-related quality of life...»<sup>52</sup> and resigning from employment can be detrimental to their well-being.<sup>53</sup> The priority RTW is crucial for them during the implementation of AI to not to lose the possibility to perform a job. Virtual Reality could be a compromise solution to provide people with the possibility to work and an employer with the chance to test qualities. The success of VR depends on whether it fulfils the promise of experiencing the real world naturally in a virtual space.<sup>54</sup> The specified positive influence on self-realization must be assessed by experts in a field.

We believe that when developing the system of priority rights as an element of the RTW mechanism for the labour market ecosystem in case of large-scale replacements of workers by AI, the impact on sociodemographic, health, functional, and disability factors should also be considered with the involve-

---

<sup>49</sup> BUENO (Fn. 5), 7.

<sup>50</sup> IMMERSVOLL/KNOTZ (Fn. 16), 5.

<sup>51</sup> E.g., Swiss Federal Act on Disability Insurance of 19 June 1959 (SR 831.20).

<sup>52</sup> LEHMANN ANJA ET AL., Factors associated with employment and expected work retention among persons with multiple sclerosis: findings of a cross-sectional citizen science study, *Journal of Neurology* 267/2020, 3069 ff., 3069.

<sup>53</sup> LEHMANN ET AL. (Fn. 52), 3079.

<sup>54</sup> CHALMERS ALAN/HOWARD DAVID/MOIR CHRISTOPHER, *Real Virtuality: A step change from virtual reality*. Spring Conference on Computer Graphics 2009, 14.

ment of the appropriate specialists from various disciplines. Therefore, defining these factors is important not only for people who currently have a partial disability but for all the participants of the labour relationships. Moreover, the issue of fairness should be considered in relation to supporting people who are no longer able to work due to AI, and for people who continue to work in the usual mode, along with the impact on the work motivation in society. From their perspective, it may seem inequitable to offer benefits to individuals who have exhausted their job search efforts. These individuals may subsequently receive long-term welfare, which can approach the level of a working individual's wage. As a result, individuals might receive nearly identical financial outcomes despite differing amounts of labour invested. These circumstances often lie beyond their control. Using AI also requires an examination of the ethical dilemma, which is particularly relevant in areas that deal with social challenges. This may not always coincide with the prevailing ethical norms within a specific society, which is a topic worthy of future research.

#### **IV. Conclusion and outlook into the future**

In light of the rapid advancement of digital technologies, the failure to address the fundamental concept of the right to employment in its traditional sense could result in a substantial deterioration of the status of subjects governed by labour law. Concurrently, the legislator must take cognizance of industry-specific nuances about artificial intelligence, to proactively address risks and forestall the potential emergence of an unregulated scenario. There are several tasks for policymakers to mitigate risks: determine the predominant right to perform work by humans or AI; highlight the subsequent impact on related aspects, namely on the financial support of the individual facing replacement; overview AI's performance of specific tasks; provide instructions to cultivate an adaptive workforce. Currently, there is no clear criterion that makes it possible to unambiguously determine in which areas AI can be used, and vice versa, and which indicators make its application debatable. Future research could focus also on addressing the unique challenges posed by AI within the realm of labour law through an interdisciplinary lens. This may involve investigating its impact on mental and physiological well-being, as well as solving the question of the appropriateness of replacement in certain domains. No less important for issues of social justice and the RTW is the study of the role of metaverses, including the perspectives of other disciplines (e.g., ethics) in conjunction with labour law specialists.



# Digitale Leistungen in der Langzeitpflege

## Potential, Chancen und Risiken

Marion A. Huggler

### Inhaltsübersicht

I.	<a href="#">Einleitung</a>	203
II.	<a href="#">Hintergrund</a>	204
III.	<a href="#">Digitale Leistungen in der Langzeitpflege</a>	207
	A. <a href="#">Telepflege</a>	207
	B. <a href="#">Robotische Systeme</a>	208
	C. <a href="#">Smarthome</a>	209
	D. <a href="#">Fazit</a>	210
IV.	<a href="#">Ethische Fragen</a>	210
V.	<a href="#">Rechtliche Aspekte</a>	212
	A. <a href="#">Finanzierung von Pflegeleistungen</a>	212
	B. <a href="#">Datenschutzregulierung</a>	215
	C. <a href="#">Haftung</a>	216
VI.	<a href="#">Schlussfolgerungen</a>	217

## I. Einleitung

Mit dem Fortschritt in der Technologie und der Medizin steigt die Lebenserwartung der Menschen.<sup>1</sup> Dies stellt das Gesundheitswesen vor neue Herausforderungen und es werden neue Anforderungen an die Pflege gestellt.

Die demografische Entwicklung ist nur eine der aktuellen Herausforderungen im Gesundheitssystem weltweit. Eine weitere Herausforderung stellt der Fachkräftemangel im Gesundheitswesen dar.<sup>2</sup> Aus diesen Gründen werden Möglichkeiten erprobt, um die Pflege mit technischen Entwicklungen zu un-

---

<sup>1</sup> Siehe Bundesamt für Statistik, Alterung der Bevölkerung, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/alterung.html>.

<sup>2</sup> Siehe dazu u.v.: HEHLI SIMON, Ringen um die raren Pflegefachkräfte: Der Personalmangel in den Gesundheitsinstitutionen ist dramatisch – vor allem Pflegeheime müssen sich einiges einfallen lassen, NZZ vom 29. Dezember 2022, 7.

terstützen und die Arbeit interessanter zu gestalten. So beispielsweise mittels Telepflege, Robotik, technischen Assistenzsystemen, aber auch elektronischer Dokumentation.<sup>3</sup>

Die fortschreitenden technologischen Entwicklungen und Möglichkeiten bringen neue rechtliche Herausforderungen mit und geben Anlass zu ethischen Fragen bezüglich ihrer Anwendung. Es ist notwendig, den technischen Fortschritt im Gesundheitswesen, so auch in der Langzeitpflege, rechtlich und ethisch zu diskutieren und entsprechend abzubilden. Denn nicht alles was technisch möglich ist, muss rechtlich erlaubt sein.

## II. Hintergrund

Die Lebenserwartung der Schweizer Bevölkerung erhöht sich kontinuierlich. Seit 2010 steigt die Anzahl der über 80-jährigen Personen um durchschnittlich 2% jährlich an.<sup>4</sup> Mit dem zunehmenden Alter der Bevölkerung steigt die Anzahl potentiell pflegebedürftiger Personen. Das soziale Risiko Alter stellt für Krankheiten mit hohem Pflegebedarf, wie beispielsweise Demenz, den grössten Risikofaktor dar. Nur 5% aller Menschen mit Demenz erkranken vor dem 65. Lebensjahr daran.<sup>5</sup> Die Pflege von älteren Personen wird aufgrund zunehmender Häufigkeit von altersbedingten Krankheiten und Multimorbidität anspruchsvoller. Der Fokus verschiebt sich somit von der Akutmedizin auf die Langzeitmedizin und -pflege. Auch die Bedeutung von Prävention und Gesundheitsförderung wird grösser.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> KARLICZEK ANJA, Geleitwort, in: Meissner Anne/Kunze Christophe (Hrsg.), *Neue Technologien in der Pflege: Wissen, Verstehen, Handeln*, Stuttgart 2021, 5 f., 5; KLAUWUNN RONNY ET AL., *Auswahl und Einführung von Pflegetechnologien*, in: Bettig Uwe et al. (Hrsg.), *Digitalisierung in der Pflege: Auswahl und Einsatz innovativer Pflegetechnologien in der geriatrischen Praxis*, Heidelberg 2021, 39; KLEIN BARBARA ET AL., *Robotik in der Gesundheitswirtschaft: Einsatzfelder und Potenziale*, Heidelberg 2018, 5; KRAMER IRIS ET AL., *Soziale Roboter im Schweizer Gesundheitswesen – Einsatzmöglichkeiten, Chancen und Risiken aus der Sicht von potenziellen Anwendergruppen*, GIO 09/2022, 1 ff., 1 f.; MEISSNER ANNE/KUNZE CHRISTOPHE, *Vorwort*, in: Meissner Anne/Kunze Christophe (Hrsg.), *Neue Technologien in der Pflege: Wissen, Verstehen, Handeln*, Stuttgart 2021, 13 ff., 13.

<sup>4</sup> Eigene Berechnung aufgrund Bundesamt für Statistik, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/asset/de/26565150>>.

<sup>5</sup> Alzheimer Schweiz, *Demenz in der Schweiz*, abrufbar unter <<https://www.alzheimer-schweiz.ch/de/ueber-demenz/beitrag/demenz-in-der-schweiz>>.

<sup>6</sup> Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016, *Bestandesaufnahme und Perspektiven im Bereich der Langzeitpflege*, 9, 50; COSANDEY JÉRÔME, *Neue Massstäbe für die Alterspflege, Organisation und Finanzierung einer gesellschaftlich immer wichtigeren Aufgabe*, Zürich 2016, 9; Bericht des Bundesrates vom 26. April 2018, *Bessere Betreuung und Behandlung von Menschen am Lebensende*, Stand 18. September 2020, 15; Leitungsgruppe NFP74, *Programmfazit, Grundlagen einer «smarten» Gesundheitsversorgung der Zukunft*, 2023, 10;

Im Alter fallen für das Gesundheitswesen die höchsten Kosten an.<sup>7</sup> So haben im Jahr 2021 in der Schweiz die über 61-jährigen Personen gleich hohe Kosten generiert wie diejenigen unter 61 Jahren, obwohl sie weniger als einen Viertel der Gesamtbevölkerung ausmachen.<sup>8</sup> Die Ausgaben für Leistungen der Langzeitpflege machen einen Fünftel der gesamten Gesundheitskosten im Jahr 2020 aus, d.h. 17'209 Millionen von 83'311 Millionen Franken.<sup>9</sup>

Der zunehmenden Anzahl pflegebedürftiger älteren Personen steht ein Fachkräftemangel gegenüber. Laut Hochrechnung braucht es bis Ende 2030 rund 30% mehr Pflegefachleute, um den Bedarf bei der aktuellen demografischen Entwicklung abdecken zu können.<sup>10</sup> Gemäss dem Fachkräftemangel-Index der Adecco Group gehören SpezialistInnen in Gesundheitsberufen 2022 zu den Top 5 Berufen mit Fachkräftemangel.<sup>11</sup> Wenn es um die Vakanzdauer für die Stellenbesetzung geht, liegt der Gesundheitssektor von 41 in einer KOF/ETH Studie untersuchten Branchen auf Platz 15. Der Fachkräftemangel im Gesundheitswesen hat über die ausgewerteten Jahre (2018–2021) zugenommen. Es wird ersichtlich, dass es bei ÄrztInnen länger dauert, um eine Stelle wieder zu besetzen, als bei Pflegeberufen. Da jedoch das Pflegepersonal einen deutlich höheren Beschäftigungsanteil als die Ärzteschaft ausmacht, fällt deren Fachkräftemangel quantitativ gesehen stärker ins Gewicht.<sup>12</sup>

Folgende Gründe sind für den Fachkräftemangel zu nennen:

- (1) Es werden zu wenig Fachkräfte ausgebildet. Von den 6'000 Ausbildungsplätzen waren im Jahr 2022 nur 3'000 besetzt.

---

VOGT CHRISTIAN, Strategie des Bundes zur Langzeitpflege, abrufbar unter <<https://soziale-sicherheit.ch/de/strategie-des-bundes-zur-langzeitpflege>>.

<sup>7</sup> Siehe zur Diskussion rund um die steigenden Gesundheitskosten u.a. SEVERIN CHRISTIN, Steigende Prämien: Der Einfluss des Alterns wird stark überschätzt, NZZ vom 29. September 2023, 21: Unabhängig davon wie alt die Menschen werden, sind die letzten beiden Jahre die teuersten. Zu beachten sind daher als Begründung für die höheren Kosten auch die gestiegenen Ansprüche der Bevölkerung.

<sup>8</sup> Bundesamt für Statistik, Kosten nach Altersklasse und Geschlecht, abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/asset/de/24845916>> und <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/stand-entwicklung/alter.assetdetail.26565150.html>>.

<sup>9</sup> Bundesamt für Statistik, Gesundheit, Taschenstatistik, Neuchâtel 2023, 32.

<sup>10</sup> KHUNTI LOUIS, Fachkräftemangel bei Pflegefachpersonen, abrufbar unter <<https://www.muller-consulting.ch/post/fachkraeftemangel-bei-pflegefachpersonen>>.

<sup>11</sup> Adecco Group, Fachkräftemangel Index Schweiz 2022, abrufbar unter <<https://www.adecco.com/de-ch/zukunft-der-arbeit/swiss-skills-shortage/swiss-skills-shortage-2022>>.

<sup>12</sup> KAISER BORIS/MÖHR THOMAS/SIEGENTHALER MICHAEL, Welche Stellen sind von Fachkräftemangel betroffen? Erkenntnisse aus der Analyse der Vakanzdauer von Stelleninseraten, Basel/Zürich 2023, 10 ff., 23 f.

- (2) Viele Pflegekräfte steigen aufgrund des enormen Zeitdrucks und den vielen Nacht- und Wochenendeinsätzen frühzeitig aus dem Beruf wieder aus.
- (3) Die geburtenstarken Jahrgänge (bis 1964) erreichen bis ins Jahr 2030 das Rentenalter, womit der demografische Wandel das Gesundheitswesen doppelt belastet.<sup>13</sup>

Angesichts des aktuellen Fachkräftemangels im Gesundheitswesen werden vielversprechende Technologien als Antwort auf die Herausforderungen des demografischen Wandels verstärkt in Betracht gezogen. Der technologische Fortschritt hat das Gesundheitswesen revolutioniert und damit sowohl neue Möglichkeiten als auch Herausforderungen für die Langzeitpflege geschaffen. Die Art und Weise, wie Pflegeleistungen erbracht und empfangen werden, hat sich mit der Entwicklung von Medizintechnik, Informationstechnologie und Robotik verändert.<sup>14</sup> Telemedizinische Anwendungen haben sich etabliert, ebenso haben sich Roboterassistenz und andere technologische Innovationen zu einem wichtigen Bestandteil des Gesundheitssektors entwickelt.<sup>15</sup> In den Pflegeheimen werden zunehmend elektronische Bewohnerdokumentationen eingeführt.<sup>16</sup> Diese Technologien können die Effizienz und Qualität der Langzeitpflege verbessern, indem der Zugang zu medizinischer Begleitung überhaupt ermöglicht, die Dokumentation erleichtert und die Selbstständigkeit der pflegebedürftigen Personen gefördert wird.

Es gilt jedoch auch zu bedenken, dass mit dem Einsatz von Robotern und KI-Systemen in der Pflege ethische und rechtliche Fragen aufgeworfen werden. Daher ist es wichtig, den technischen Fortschritt in der Langzeitpflege zu beobachten und die Auswirkungen auf die Pflegepraxis mit den damit einhergehenden Chancen und Risiken zu analysieren.

---

<sup>13</sup> KHUNTI (Fn. 10); PERRICONE MICHAEL, Jeder Zweite dreht dem Beruf den Rücken zu, Tagesschau vom 12. Mai 2020, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/schweiz/tag-der-pflege-jeder-zweite-dreht-dem-beruf-den-ruecken-zu>>.

<sup>14</sup> Siehe bspw. zur Diagnosestellung mittels KI: GLICK RANDY, Artificial Intelligence in Medical Diagnosis, abrufbar unter <<https://sma.org/ai-in-medical-diagnosis>>.

<sup>15</sup> Siehe hierzu beispielsweise die Ausführungen des Kantonsspitals Winterthur zum Einsatz des Da-Vinci-Roboters in der Urologie: Kantonsspital Winterthur, Da-Vinci-Roboter – in der Urologie unentbehrlich, abrufbar unter <<https://www.ksw.ch/fachabteilungen/urologie/wie-wir-behandeln/da-vinci-roboter>>.

<sup>16</sup> AUSSERHOFER DIETMAR ET AL., Electronic Health Record Use in Swiss Nursing Homes and Its Association With Implicit Rationing of Nursing Care Documentation, JMIR Med Inform, 9(3) 2021.

### III. Digitale Leistungen in der Langzeitpflege

In den nachfolgenden Abschnitten werden ausgewählte Anwendungsfälle digitaler Leistungen in der Langzeitpflege dargestellt.

#### A. Telepflege

Betroffene über eine räumliche Distanz hinweg zu unterstützen, ist mit der Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien möglich. Es wird dann von Telepflege oder Telemedizin gesprochen.<sup>17</sup> Mittels Telepflege werden Daten (beispielsweise Blutzucker-, Blutdruck- oder Pulswerte) per Sensor zwischen Pflegeanbietenden und pflegebedürftigen Personen ausgetauscht. Bei Bedarf können die noch in den eigenen vier Wänden lebenden pflegebedürftigen Personen mit einem Sensor ausgestattet werden, der alarmiert, wenn die Person stürzt oder sich längere Zeit nicht bewegt hat. Per Telefon oder Videotelefonie unterstützen die Pflegekräfte die Person und im Notfall geht der Pflegedienst oder eine Medizinalperson vor Ort. Die Telepflege bietet sich insbesondere für Beratungstermine aller Art, für Nachsorgetermine und auch Schulungen für pflegende Angehörige an. Gerade für Personen in ländlichen Gebieten stellt die Telepflege eine Bereicherung dar, da sie ein Gefühl der Sicherheit vermittelt und eine bessere Kommunikation mit Pflegefachpersonen ermöglicht. Wegstrecken fallen weg durch den Einsatz von Videotelefonie und es kommt zu verkürzten Kommunikationszeiten. Die pflegebedürftige Person kann so allenfalls länger in ihrer häuslichen Umgebung wohnen bleiben. Dies alles trägt auch zu einer erheblichen Kosteneinsparung bei.

Für den weiteren Ausbau von Telepflege ist auf die Gefühle der Menschen zu achten. Telepflege lässt bei einigen Menschen die Angst entstehen, dass persönliche Interaktionen und menschliche Nähe verloren gehen. Dies kann dazu führen, dass sich die zu pflegenden Personen weniger gebraucht und allein gelassen fühlen. Auch kann das Gefühl entstehen, von Technologien abhängig und damit weniger selbstständig zu sein, was das Selbstwertgefühl beeinträchtigen kann. Ebenso zu beachten ist die Befürchtung pflegebedürftiger Personen, sich von den Pflegekräften zu entfernen und das Gefühl einer entfremdeten Beziehung zu diesen. Damit diese Gefühle nicht entstehen, ist es sehr wichtig bei der Implementierung von Telepflege darauf zu achten, diese emotionalen Bedenken und Bedürfnisse einer Person zu berücksichtigen und

---

<sup>17</sup> LINDWEDEL ULRIKE/KUHLBERG JENNIFER/CZUDNOCHOWSKI DAVID, Videokommunikation in der Pflege – Chancen und Hindernisse in: Meissner Anne/Kunze Christophe (Hrsg.), Neue Technologien in der Pflege: Wissen, Verstehen, Handeln, Stuttgart 2021, 81 ff., 81.

eine gute Kommunikation aufzubauen. Ebenso muss auf die oft mangelhafte oder auch fehlende Internetabdeckung geachtet werden, wie auch auf den Kenntnisstand der anwendenden Person geachtet werden muss.<sup>18</sup>

Die Nutzung von Telepflege führt zu einer Veränderung des Pflegeberufs. Es eröffnen sich auch neue Handlungs- und Tätigkeitsfelder.<sup>19</sup> So wird die pflegende Person auch Ansprech- und Beratungsperson bei technischen Schwierigkeiten. Dies kann dazu beitragen, den Pflegeberuf attraktiver zu gestalten.

## B. Robotische Systeme

Etabliert ist der Einsatz von Robotik insbesondere bereits bei chirurgischen Systemen,<sup>20</sup> wie auch in der Rehabilitation. In der Pflege steht der Einsatz noch in den Anfängen. So können Hebehilfen und Transportsysteme die Pflege unterstützen. Robotische Systeme können die Mobilisierung von pflegebedürftigen Personen, das Verteilen von Mahlzeiten und den Transport von Wäsche übernehmen.<sup>21</sup> Dies entlastet die Pflegefachkräfte sowohl in zeitlicher als auch in körperlicher Hinsicht. Jedoch sind andere Einsatzfelder für robotische Systeme noch nicht genügend ausgereift. So fehlt die Flexibilität in der Bewegung, die gerade in der Pflege sehr wichtig ist. Diese werden beispielsweise bei der Hilfe beim Aufstehen benötigt. Es ist robotischen Systemen zwar schon möglich, Gefühle sensorisch zu erfassen, diese zu deuten und dementsprechend darauf zu reagieren. Jedoch können sie Gefühle nicht durchleben und nach-

---

<sup>18</sup> HAHNEL ELISABETH ET AL, Studie zu den Potenzialen der Telepflege in der pflegerischen Versorgung, Endbericht für das Bundesministerium für Gesundheit, Berlin 2020, 73 f.; AOK, Digitalisierung in der Pflege: Vor- und Nachteile, abrufbar unter <<https://www.aok.de/pk/magazin/pflege/pflegeformen/so-kann-die-digitalisierung-pflegepersonen-entlasten>>; Das Potential der Telepflege wird auch diskutiert in Arztkonsultation. Sie sehen den grössten Nutzen in der Einbindung von weit entfernt lebenden Angehörigen in die Pflege sowie der Förderung zur Selbstorganisation der pflegebedürftigen Person. Siehe dazu: Arztkonsultation, Telepflege – Die Zukunft der ambulanten Pflege, abrufbar unter <<https://arzt-konsultation.de/ratgeber/telepflege-die-zukunft-der-ambulanten-pflege>>; als Nachteil wird durch Medwing klar die eingeschränkte Kommunikationsmöglichkeit hervorgehoben. So sind bspw. keine Berührungen möglich. Auch können Gerüche nicht wahrgenommen werden, welche zur Beurteilung einer Krankheit und eines Pflegebedarfs auch ausschlaggebend sein können. Siehe dazu: MEDWING, Digitale Versorgung: Telepflege als Chance für ländliche Regionen, abrufbar unter <<https://medwing.com/de/de/magazine/artikel/telepflege-telecare>>.

<sup>19</sup> HAHNEL ET AL. (Fn 18), 75.

<sup>20</sup> Siehe Kantonsspital Winterthur (Fn. 15).

<sup>21</sup> Bspw. Lio für Pflegeeinrichtungen. Siehe hierzu den Bericht der Fachhochschule Vorarlberg FHV, Evaluationsbericht zum Einsatz des Pflegeassistenz-Roboters «Lio» in der stationären Altenpflege, 2019–2022, abrufbar unter <[https://www.age-stiftung.ch/fileadmin/user\\_upload/Projekte/2019/044/2022\\_Age\\_733\\_2019\\_044\\_1.pdf](https://www.age-stiftung.ch/fileadmin/user_upload/Projekte/2019/044/2022_Age_733_2019_044_1.pdf)>.

empfinden und diese somit auch nicht gesamthaft verstehen. Es wird in der Literatur allerdings nicht ausgeschlossen, dass auch solche Fähigkeiten künftig möglich sein sollten. Bekannt ist unter anderem der Personal Assistive Roboter PARO, der einer Baby-Robbe nachgebildet ist.<sup>22</sup> Dieser ist für die Interaktion mit Menschen mit einer Demenzerkrankung konzipiert und löst fürsorgliches Handeln aus. Dies wird von uns Menschen als sinngebend empfunden. Empfinden Menschen ihr Leben als sinnvoll, fühlen sie sich wohler.<sup>23</sup>

### C. Smarthome

Smarthome Technologien tragen dazu bei, dass Menschen länger in ihren eigenen vier Wänden wohnen können. Bereits in vielen Haushalten (rund 20% der schweizerischen Haushalte) finden sich Geräte, die zu den Smarthome Technologien zählen: Staubsaugerroboter, digitale Türöffnungssysteme, Herdabschaltautomatiken und Temperaturregulatoren für den Wasserverbrauch in Bad und Küche oder die Raumtemperatur. Diese Technologien tragen zu gesteigertem Komfort, Energieeffizienz und Sicherheit bei. Insbesondere in der Langzeitpflege wird auf eine Vernetzung der Geräte untereinander und die Übertragung von Informationen an Dritte geachtet, so zum Beispiel auch die Erfassung von Vitaldaten und die Verständigung Dritter im Notfall (intelligentes Hausnotrufsystem). Diese führen nicht zu einem Abbau von Fachkräften, sondern sollen diese dahingehend entlasten, dass mehr Zeit für die Zuwendung zum Menschen besteht. Für eine gewinnbringende Umsetzung von Smarthome Technologien bedarf es der Offenheit für Innovation, welche sich bei den heute über 60-jährigen Personen zunehmend abzeichnet. Mit Smarthome Technologien gehen jedoch auch Cyberrisiken einher.<sup>24</sup> Das Smarthome sammelt Daten, beispielsweise mittels Überwachungskameras, die gehackt werden können. Es braucht ein gutes Sicherheitssystem, um die Daten vor unbefugten Dritten zu schützen.

---

<sup>22</sup> Vgl. bspw. Vorstellung PARO im Bericht Ars Electronica, abrufbar unter <<https://ars.electronica.art/aeblog/de/2021/12/23/throwback-paro-die-roboter-robbe>>.

<sup>23</sup> AOK (Fn. 18); MEISSNER ANNE, Robby, hilf mir mal! in: Meissner Anne/Kunze Christophe (Hrsg.), Neue Technologien in der Pflege: Wissen, Verstehen, Handeln, Stuttgart 2021, 180 ff., 186.

<sup>24</sup> ENDTER CORDULA, Der Einsatz digitaler Technologien und Assistenzsysteme in der Pflege, in: Butner Peter (Hrsg.), Digitalisierung in der Pflege: mehr als Robben und Roboter, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit (Themenheft), 1/2021, 4 ff., 8; ERNY MATTHIAS ET AL., Smarthome, Ein Ansatz für aktives und gesundes Altern?: Eine Studie zu Potenzial und Erwartung, Zürich 2023, 4 ff.; ZEIER RÖSCHMANN ANGELA ET AL., Risikowandel durch Smart Home, Competence 2021, 22 f., 22 f.

## D. Fazit

All diese Ansätze können dazu beitragen, dass pflegebedürftige Menschen die notwendige Pflege erhalten. Sie haben das Potential, Pflegekräfte zu entlasten und den Pflegeberuf attraktiver zu gestalten. Einerseits indem körperlich anspruchsvolle Arbeiten durch den Einsatz von robotischen Systemen übernommen werden und andererseits indem neue Berufsbilder entstehen. Von zentraler Bedeutung ist, dass die Selbstbestimmung von pflegebedürftigen Personen gestärkt werden kann. Sie können länger in ihren vier Wänden bleiben, was ein grosses Bedürfnis ist,<sup>25</sup> und haben die Möglichkeit, Leistungen selber zu wählen und zu beziehen. Die Digitalisierung der Langzeitpflege kann auch für pflegende Angehörige eine Entlastung bedeuten, da Smarthome Technologien die Gewissheit bieten, dass in Notfällen automatisch ein Alarm ausgelöst wird oder sie jederzeit von Fachleuten in der Pflege durch Telepflege unterstützt werden können.

## IV. Ethische Fragen

In der Arbeit mit Menschen mit einer Demenzerkrankung stellt sich beim Einsatz von robotischen Systemen die Frage, inwiefern diese die erforderliche menschliche Wärme und emotionale Unterstützung bieten können. Hierbei muss bedacht werden, dass digitale Technologien nicht den menschlichen Kontakt ersetzen sollen und somit die ethischen Bedenken hinsichtlich der Isolation von pflegebedürftigen Personen nicht aufkommen müssen. Auch stellt sich die Frage, ob ein Einsatz dann ethisch vertretbar ist, wenn die Person nicht mehr wahrnimmt, dass ihr ein Roboter gegenüber steht.<sup>26</sup>

Bei der Integration digitaler Leistungen in der Langzeitpflege stehen Überlegungen zum Schutz der Autonomie und der Würde eines betroffenen Menschen im Zentrum. Die Wahrung der Selbstbestimmung ist auch insbesondere bei Menschen mit einer Demenzerkrankung von hoher Bedeutung. Die kognitive Fähigkeit zur Einwilligung in digitalisierte Leistungen kann bei einer Person mit Demenzerkrankung eingeschränkt sein. Ob eine Person mit einer Demenzerkrankung noch urteilsfähig ist, muss im Einzelfall individuell geprüft

---

<sup>25</sup> Vgl. SEVERIN (Fn. 7); Bundesamt für Wohnungswesen (BWO), Wohnen im Alter, abrufbar unter <<https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/wie-wir-wohnen/alter.html>>.

<sup>26</sup> Vgl. dazu HEINZMANN SARAH, Roboter pflegen Menschen: eine Frage der Ethik, abrufbar unter <<https://www.infosperber.ch/gesundheit/grundversorgung/roboter-pflegen-menschen-eine-frage-der-ethik>>; siehe auch MANZESCHKE ARNE, Roboter in der Pflege: ethische Überlegungen zu einem unklaren Phänomen, Archiv für Wissenschaft und Praxis in der Sozialen Arbeit, 1/2021, 18 ff., 25.

und kann nicht generell abgelehnt werden. Die Diagnose einer Demenz stellt lediglich ein Indiz zum Vorliegen einer möglichen Urteilsunfähigkeit dar, kann jedoch auch zu einer Beweislastumkehr führen, so dass die Urteilsfähigkeit bewiesen werden muss.<sup>27</sup>

Als eines der zentralen Grundrechte wird der Schutz der Menschenwürde in Art. 7 BV<sup>28</sup> festgehalten. Es ist beim Einsatz von Technologien darauf zu achten, dass diese nicht als dehumanisierend oder entwürdigend wahrgenommen werden.<sup>29</sup> Die psychische und emotionale Gesundheit der betroffenen Person ist zu schützen und nicht zu vernachlässigen. Die Pflegekräfte sind demnach angehalten, den Einsatz von digitalisierten Leistungen so zu wählen, dass das individuelle Wohlbefinden und die soziale Interaktion der betroffenen Person unterstützt wird.

Das Gefühl der Scham kann bei diesen Abwägungen eine wichtige Rolle spielen. So handelt es sich beim Toilettengang beispielsweise um einen sehr intimen Bereich einer Person. Es kann sein, dass einige Menschen gerade deshalb dabei die Pflege durch einen Roboter derjenigen durch einen Menschen vorziehen würden. Andererseits ist es aber auch möglich, dass gerade in einem solch intimen Setting die Pflege durch eine Person vorgezogen wird, da es sich um etwas Höchstpersönliches handelt.<sup>30</sup> Die Abwägung und Erfassung der Gefühle und Bedürfnisse einer Person im Einzelfall müssen unbedingt berücksichtigt werden. Bei der Frage des Einsatzes von digitalen Leistungen in der Langzeitpflege gilt es abzuwägen zwischen dem Wunsch nach effizienter und qualitativ hochwertiger Pflege und den ethischen Prinzipien der Fürsorge und Empathie. In der Praxis spielt im Endeffekt auch die Kostenfrage eine Rolle. Individuelle Pflege kann aufwändig und kostentreibend sein, jedoch muss dies je nach Umgang mit individuellen Bedürfnissen und den Möglichkeiten der Technologie nicht der Fall sein.

---

<sup>27</sup> Für die Urteilsfähigkeit wird gem. Art. 16 ZGB vorausgesetzt, dass es einer Person nicht aufgrund bestimmter Tatbestandsmerkmale an der Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Zürich/Basel/Genf 2010, 38.

<sup>28</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>29</sup> Laut einer Studie von SÄVENSTEDT ET AL. aus dem Jahr 2006 sah die Autorenschaft Dehumanisierung der Pflege und Qualitätsverlust bei sozialen Interaktionen als Risiken in der Akzeptanz zur Anwendung von neuen Informations- und Kommunikationstechnologien in Altersheimen in Schweden (SÄVENSTEDT STEFAN/SANDMAN PER-OLOF/ZINGMARK KARIN, The duality in using information and communication technology in elder care, Boden 2006, 17 f.). Siehe dazu auch MERDA MEIKO/SCHMIDT KRISTINA/KÄHLER BJØRN, Pflege 4.0 - Einsatz moderner Technologien aus der Sicht professionell Pflegenden, Forschungsbericht, Hamburg 2017, 38.

<sup>30</sup> MANZESCHKE (Fn. 26), 26.

Auch ein wichtiger ethischer Aspekt in der Langzeitpflege mit digitalen Leistungen ist die Frage nach der Transparenz und der Kontrolle über diese Technologien. Betroffene Personen, ihre Angehörigen wie auch Pflegekräfte müssen Vertrauen in die Technologie haben. Sie müssen darüber informiert werden, was die Technologie kann und wie sie funktioniert.<sup>31</sup> Weiter sollten sie jederzeit die Möglichkeit besitzen, Einfluss auf Entscheidungen sowie die Einstellungen der Technologien nehmen zu können.

Um die ethischen und rechtlichen Standards im Umgang mit digitalen Leistungen umfassend zu klären, müssen auch die Fragen nach der Verantwortlichkeit und Haftung geklärt werden. Denn wer trägt die Verantwortung, wenn ein Roboter oder ein KI-System einen Fehler macht und damit einen unerwünschten Vorfall verursacht?<sup>32</sup>

## V. Rechtliche Aspekte

In der Schweiz gibt es verstärkte Digitalisierungsinitiativen in der Spitex und in Alters- sowie Pflegeheimen. Gleichzeitig wächst auch das Interesse an der Forschung zum Einsatz von Sozialrobotern, insbesondere im gerontologischen Bereich. Das wirft zunehmend rechtliche Aspekte auf, die sorgfältig bedacht werden müssen. Diese Entwicklungen werfen ebenfalls Fragen zur Finanzierung von Pflegeleistungen, zur Datenschutzregulierung und der Haftung auf.

### A. Finanzierung von Pflegeleistungen durch die OKP

Gemäss Art. 24 KVG<sup>33</sup> werden durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) die Kosten für Leistungen übernommen, welche in Art. 25–31 KVG aufgeführt sind und die Voraussetzungen von Art. 32–34 KVG erfüllen. Es wird gemäss Art. 25a KVG zwischen stationären und ambulanten Pflegeleistungen unterschieden. Erstere erfassen sämtliche Leistungen, die während eines Spitalaufenthaltes anfallen.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> HOFF KEVIN ANTHONY/BASHIR MASOODA, Trust in Automation: Integrating Empirical Evidence on Factors That Influence Trust, Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society 3/2015, 407 ff., 413 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu HEINZMANN (Fn. 26).

<sup>33</sup> Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10).

<sup>34</sup> LANDOLT HARDY, Handbuch Pflegerecht, St. Gallen 2023, 356; EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. A., Zürich 2018, Art. 25, Rz. 8; BSK KVG-LANDOLT, Art. 25a, N 7, Basler Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Krankenversicherungsgesetz und Krankenversicherungsaufsichtsrecht, in: Blechta Gabor et al. (Hrsg.), Basel 2020 (zit. BSK KVG-BEARBEITER/IN); BSK KVG-VOKINGER, Art. 24, N 3 f.

Damit Pflegeleistungen von der OKP übernommen werden, müssen gemäss Art. 25a KVG folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV<sup>35</sup>, Mittel und Gegenstände zur Erbringung der Pflegeleistung siehe Art. 52 KVG
- Pflegeleistung muss durch einen Arzt/eine Ärztin angeordnet sein
- Pflegebedarf muss durch eine Pflegefachperson ermittelt worden sein
- Pflegeleistung wird von zugelassenen Leistungserbringenden erbracht<sup>36</sup>

Bei den ambulanten Pflegeleistungen wird zwischen der Akut- und Übergangspflege, sowie der daran anschliessenden Langzeitpflege unterschieden. Dabei werden Leistungen der Akut- und Übergangspflege durch die OKP längstens während zwei Wochen vergütet. Der Bundesrat legt gemäss Art. 25a Abs. 3 KVG die Pflegeleistungen gemäss Art. 7 KLV fest und regelt das Verfahren der Bedarfsermittlung nach Art. 8 und 8a KLV. Die Ermittlung des versicherten Pflegebedarfs hat prospektiv und anhand von einheitlichen Kriterien zu erfolgen. Nach Art. 25 KVG werden Leistungen für die Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und deren Folgen übernommen. Wobei Leistungen nach Art. 25–31 KVG gemäss Art. 32 Abs. 1 KVG sowohl wirksam, zweckmässig als auch wirtschaftlich sein müssen. Die Wirksamkeit muss nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen werden.<sup>37</sup>

Verfügen digitale Anwendungen über weiterführende Funktionalitäten ausserhalb des medizinischen Zweckes, beispielsweise die Verknüpfbarkeit mit einem sozialen Netzwerk, so werden diese zusätzlichen Funktionen nicht von der OKP vergütet. Auch darf die vergütete Leistung durch diese Zusatzfunktionen nicht in ihrer Wirksamkeit oder zweckmässigen Anwendung beeinflusst werden. Digitale Anwendungen werden nur dann von der OKP übernommen, wenn diese auf dem schweizerischen Markt gemäss der Medizinalprodukteverordnung zugelassen sind.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (KLV, SR 832.112.31).

<sup>36</sup> Bundesamt für Gesundheit (BAG), Krankenversicherung, Leistungen und Tarife, Pflegeleistungen, abrufbar unter <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-leistungen-tarife/pflegeleistungen.html>>; siehe auch BOLLIER GERTRUD E./CONRAD BEAT, Leitfaden schweizerische Sozialversicherungen, Luzern 2020, 521, 528.

<sup>37</sup> LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2014, § 32, Rz. 5 ff., 23 f.; BOLLIER/CONRAD (Fn. 36), 528 f.; LANDOLT (Fn. 34), 356 ff., 360; BSK KVG-LANDOLT, Art. 25a, N 8, 19 f., 99 ff., 118; BSK KVG-OLAH, Art. 25, N 7, 12 f.

<sup>38</sup> BAG, Faktenblatt, Vergütung von digitalen Gesundheitsanwendungen im Rahmen der OKP, 1, abrufbar unter <<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/kuv-leistungen/>>

Es wird unterschieden zwischen digitalen Anwendungen, welche durch das Gesundheitsfachpersonal, durch die PatientInnen selber oder durch beide kombiniert angewandt werden. Der hauptsächliche Anwendungsbereich bestimmt die Regulierung der Leistungspflicht. Bei ärztlichen Leistungen (beispielsweise Apparate zur diagnostischen Messung von Körperfunktionen) gilt das Vertrauensprinzip. Es wird in Anhang 1 KLV aufgeführt, welche ärztlichen Leistungen als umstritten<sup>39</sup> gemeldet und geprüft wurden und wie die Vergütung geregelt ist. Ansonsten wird bis auf Einzelfälle die Leistung durch die OKP vergütet. Handelt es sich um digitale nicht-ärztliche Leistungen (wie beispielsweise Apps zur telemedizinischen Beratung), werden diese nur durch die OKP vergütet, wenn sie in der KLV aufgeführt sind. Für neue Anwendungen kann ein Antrag zur Aufnahme in die Liste zuhanden der Eidgenössischen Kommission für allgemeine Leistungen und Grundsatzfragen (ELGK) gestellt werden. Wobei die ELGK das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) bei der Entscheidung über die Aufnahme berät. Gesundheitsanwendungen, die von den PatientInnen selber angewendet werden und mit einem Monitoring verbunden sind, fallen unter die Kategorie der Mittel und Gegenstände.<sup>40</sup>

Die Mittel und Gegenstände, die von der OKP vergütet werden, sind gemäss Art. 20a KLV in Anhang 2 aufgeführt. Dazu zählen gemäss Art. 25 KVG diejenigen Mittel und Gegenstände, die der Behandlung oder der Untersuchung einer Krankheit und deren Folgen dienen. Dabei bezieht sich die Untersuchung einer Krankheit im Bereich der Mittel- und Gegenständeliste (MiGeL) auf die Überwachung der Behandlung der Krankheit. Mittel und Gegenstände, die für verschiedene PatientInnen angewandt werden können (Blutdruckmessgeräte, Stethoskope, Fieberthermometer etc.), werden nicht über die MiGeL vergütet. Digitale Technologien, die das Gesundheitspersonal unterstützen (beispielsweise das Auslesen und Analysieren von Daten oder Steuern eines Gerätes), werden mit den in den Tarifen enthaltenen Overheadkosten verrechnet. Seit dem 1. Oktober 2021 werden explizit auch die ärztlich angeordneten Pflegeleistungen, die nach Art. 25a KVG angewandt werden, in der MiGeL geregelt. Ein Antrag um Aufnahme einer Anwendung in der MiGeL muss zuhanden der Eidgenössischen Kommission für Analysen, Mittel und Gegenstände (EAMGK) mit einem Nachweis zur Erfüllung der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit gestellt werden. Bei digitalen Anwendungen muss zusätz-

---

[leistungen-und-tarife/verguetung\\_digitale\\_anwendungen\\_31\\_03\\_2022.pdf.download.pdf/FAQ\\_Verg%C3%BCtung%20digitale%20Anwendungen\\_clean\\_20220331.pdf](#)>.

<sup>39</sup> Bei neuen oder umstrittenen Leistungen handelt es sich um solche, deren Wirksamkeit, Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit noch nicht nachgewiesen ist und sich in Abklärung befindet. Siehe dazu LOCHER/GÄCHTER (Fn. 37), § 32, Rz. 25.

<sup>40</sup> BAG, Faktenblatt (Fn. 38), 3; BSK KVG-OLAH, Art. 25, N 7, 96, 101 ff.

lich ein Statement zur Konformität mit der schweizerischen Datenschutzgesetzgebung abgegeben werden. Nach Anhörung der EAMGK entscheidet das EDI über die Aufnahme.<sup>41</sup>

Bei Smarthome Technologien handelt es sich teilweise um die Behandlung, wenn beispielsweise an die Medikamenteneinnahme erinnert wird, oder an die Einnahme von Flüssigkeit. Solche Technologien können die Überwachung von Körperwerten einer Person unterstützen und vernetzen. Häufig jedoch steht die blosser Unterstützung im Alltag im Vordergrund. Daher kann die Anschaffung solcher Technologien nicht über die Krankenkasse abgerechnet werden und die Kosten müssen von den Personen selber getragen werden. Dies ist einer der Gründe, weshalb sich Anwendende vor den hohen Kosten und Aufwendungen fürchten, die mit der Anschaffung und dem Unterhalt von Smarthome Technologien entstehen.<sup>42</sup>

## B. Datenschutzregulierung

Neben der rechtlichen Klärung der Kostenübernahme gilt es auch das Datenschutzrecht zu klären. Gerade in der Telepflege und in der Anwendung von Smarthome Technologien hat der Schutz der Privatsphäre und der persönlichen Daten einen grossen Stellenwert. Die Nutzung solcher Technologien können sensible Gesundheitsdaten, im Sinne besonders schützenswerter Daten gemäss Art. 3 lit. c DSG<sup>43</sup> betreffen. Daher ist es wichtig, klare Richtlinien im Umgang mit Daten festzulegen.

Im Umgang mit KI haben Daten eine grosse Relevanz. So braucht es für den Computer eine Unmenge an Daten, um ein Muster entwickeln zu können. Je hochstehender die Qualität der Daten und je grösser die Menge an Daten im Training ist, um so grösser die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Beurteilung. Die steigende Quantität der Daten ist jedoch kein Garant für die Qualität der berechneten Daten. Daten können aus der Öffentlichkeit, aus staatlichen Datensammlungen oder aus Forschungsprojekten gezogen werden. Des Weiteren werden heutzutage immer mehr Daten von Maschinen generiert, die auch ausgewertet werden können. Es stellt sich die Frage, ob KI als Datenbearbeiterin wahrgenommen wird oder der/die AuftraggeberIn. Wird KI als Werk-

---

<sup>41</sup> BAG, Kommentierte Mittel- und Gegenstandsliste vom 1. Juli 2023, 4, 6; BAG, Faktenblatt (Fn. 38), 4; BOLLIER/CONRAD (Fn. 36), 532; EUGSTER (Fn. 34), Art. 25, Rz. 51; BSK KVG-LANDOLT, Art. 25a, N 8, 86 f.

<sup>42</sup> ERNY ET AL. (Fn. 24), 22.

<sup>43</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (DSG, SR 235.1).

zeug verstanden, so ist es die/der KundIn und nicht der Provider, der über die Datenbearbeitung bestimmt.<sup>44</sup> Dies sind relevante Grundüberlegungen im Zusammenhang mit der Gewährleistung des Datenschutzes.

### C. Haftung

Neben der Frage der Abgeltung und derjenigen nach dem Datenschutz stellen sich auch Fragen in Bezug auf die Haftung.<sup>45</sup> Es muss geklärt werden, wer die Haftung für allfällig begangene Fehler übernehmen soll. Es ist denkbar, dass Herstellende einer digitalen Leistung haften, wenn ein robotisches System die Aufgabe nicht so erfüllt, wie es vorgesehen ist oder die programmierte Quelle einen Fehler enthält. Es ist aber auch denkbar, dass die Pflegefachkraft haftbar ist, wenn sie die digitale Leistung falsch anwendet, oder falsch auf die zu pflegende Person einstellt. Andererseits ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Person selber haftet, welche die Leistung bezieht, wenn sie die digitale Leistung selbstständig beeinflusst.<sup>46</sup> Dabei muss die Frage nach der Zumutbarkeit berücksichtigt werden. Inwieweit soll eine Person überhaupt die Möglichkeit haben, Einfluss auf eine digitale Anwendung zu nehmen, oder inwieweit muss dies immer über eine ausgewiesene Fachperson geschehen. Dies muss auf die jeweilige digitale Leistung separat abgewogen werden.

Das Europäischen Parlament beauftragte die Kommission zu diskutieren, ob mit dem Auftritt von autonomen Systemen, die ihr Verhalten selber steuern, neue Haftungssubjekte entstehen. Ordnungspolitisch ist es nicht ratsam, autonome digitale Systeme isoliert als Haftungssubjekte zu sehen. Damit würden die Schäden, welche das System verursacht, externalisiert. Ein Roboter verfügt über keinerlei finanzielle Möglichkeiten, um allfällige Schadenersatzansprüche auszugleichen. Es könnte kein Rückgriff auf das herstellende Unternehmen genommen werden, wenn das autonome digitale System selbst als Rechtssubjekt behandelt würde, was dem Effekt einer Art Haftungsentlastung für die Hersteller und Nutzer des Systems gleichkäme. Dies gilt es zu vermeiden. Es wird in dem Zusammenhang die Möglichkeit einer ePerson diskutiert, die mit finanziellen Mitteln ausgestattet würde, um allfällige Ansprüche decken zu können. Das erinnert an die Haftpflichtversicherung bei Kraftfahrzeugen, wo-

---

<sup>44</sup> ROSENTHAL DAVID, Datenschutz und KI: Worauf in der Praxis zu achten ist, Jusletter IT, 22. April 2022, 3 ff.

<sup>45</sup> Deutscher Ethikrat, Robotik für gute Pflege: Stellungnahme: 10. März 2020, Berlin 2020, 47.

<sup>46</sup> Siehe dazu die Frage nach den neuen Arten von Leistungserbringenden in GÄCHTER THOMAS, Digitalisierung in der Krankenversicherung, Jusletter, 27. Januar 2020, Rz. 29 f.; siehe auch Überlegungen WIDRIG DANIEL/TAG BRIGITTE, HTA and its legal issues: a framework for identifying legal issues in health technology assessment, International Journal of Technology Assessment in Health Care 30(6) 2014, 587 ff., 588.

bei diese nur dann zugelassen sind, wenn der/die HalterIn eine Haftpflichtversicherung aufweist. Dabei wird aber der/die HalterIn und nicht das System selber zum Haftungssubjekt.<sup>47</sup>

Die Diskussion, wie mit dem technischen Fortschritt aus haftpflichtrechtlicher Sicht umzugehen ist, ist noch nicht abgeschlossen und muss weiter verfolgt werden.

## VI. Schlussfolgerungen

Digitale Leistungen haben grosses Potential für die Langzeitpflege, wenn sie ergänzend und nicht anstelle von Fachkräften eingesetzt werden. Es ist von zentraler Bedeutung, gerade für die Akzeptanz bei Pflegefachkräften, dass diese nicht als Konkurrenz, sondern als Unterstützung, Entlastung oder Ergänzung wahrgenommen werden. So soll die menschliche Interaktion nicht ersetzt, sondern das Berufsbild der Pflegefachkraft attraktiver gestaltet werden. Beispielsweise können von robotischen Systemen körperlich anspruchsvolle Arbeiten übernommen werden oder die Ausführung von einfachen Routinearbeiten die Alltagsarbeit entlasten. Der Zugang und der Kontakt von zu Hause betreuten pflegebedürftigen Personen kann mittels Telepflege bereichert werden. Wenn der Weg wegfällt, ist eine häufigere Interaktion und damit eine intensivere Begleitung möglich. Weiter ermöglichen Smarthome Technologien, dass Menschen länger zu Hause bleiben können und sie entlasten pflegende Angehörige.

Die Digitalisierung birgt auch Risiken, die sichtbar gemacht und diskutiert werden müssen. So ist es relevant, dass pflegebedürftige Personen nicht ihrer Selbstständigkeit beraubt werden, indem über ihren Kopf hinweg entschieden wird. Mittels digitalisierter Prozesse soll es ihnen möglich sein, ihre Autonomie so weit wie möglich weiterhin zu wahren.

Damit die Chancen, welche digitalisierte Leistungen in der Langzeitpflege mit sich bringen, optimal ausgeschöpft werden können, ist für die Integration von solchen Technologien in der Langzeitpflege eine befürwortende Haltung aller beteiligter Personen (pflegebedürftige Person, Angehörige, Pflegekräfte, weitere Gesundheitsfachpersonen) eine zentrale Voraussetzung. Wird die digitale Leistung nicht als Unterstützung und gewinnbringend empfunden, so wird diese nicht zweckdienlich angewandt und wird ihren Nutzen verfehlen. Dazu bedarf es einer Anpassung des Ausbildungsprogrammes, bei der vermehrt auf

---

<sup>47</sup> WAGNER GERHARD, Digitale Ordnungspolitik – Haftung und Verantwortung, List Forum 14. Februar 2022, 13 f.

diese neuen technologischen Möglichkeiten eingegangen werden muss. Das Berufsbild wird sich wandeln und neue Berufsrollen können entstehen (zu denken wäre etwa an eine/n Pflege-InformatikerIn).

Weiter gilt auch immer im Einzelfall zu prüfen, wie weit die betroffene Person fähig und willens ist, dass ihre Pflege mit solchen Leistungen unterstützt wird. Hierbei geht es insbesondere um die Wahrung der Würde eines jeden Menschen und die Möglichkeit über die eigene Pflege mitzubestimmen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Integration digitaler Leistungen in der Langzeitpflege vielversprechend ist, um die Pflegequalität zu erhöhen, Pflegefachkräfte zu entlasten und die Selbstständigkeit von pflegebedürftigen Personen zu bewahren. Entscheidend ist, dass die Einführung solcher Technologien auf Akzeptanz und Vertrauen stösst. Dies erfordert eine offene Diskussion über die ethischen und sozialen Aspekte dieser Entwicklung, sowie kontinuierliche Anpassungen sowohl der rechtlichen Bedingungen als auch der Pflegeausbildung. Die Potentiale und Herausforderungen der digitalen Langzeitpflege sollten als Gelegenheit verstanden werden, die Lebensqualität und die Versorgung älterer Menschen zu verbessern und die Pflegeberufe attraktiver zu gestalten.

Der XXV. Jubiläumsband der Schriftenreihe APARIUZ steht unter dem Leitthema «Wie die Zeit vergeht». In elf Beiträgen reflektieren Nachwuchsforschende der Universität Zürich aktuelle Themen zur Temporalität in der Rechtswissenschaft. Die Beiträge analysieren neue Herausforderungen, zeigen historische Entwicklungen auf, fragen, ob die bekannten Lösungen noch zeitgemäss sind, und ordnen zeitliche Abläufe von Verfahren ein. Abgerundet wird der Band durch zwei Gastbeiträge.