

νόμοις πείθου – gehorsche den Gesetzen

Liber amicorum für Hansjörg Seiler

Herausgeber

Arthur Brunner

Martin Kocher

Moritz Seiler

Thomas Stadelmann



Stämpfli Verlag



A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. The signature is slanted and appears to be a stylized name.

Arthur Brunner
Martin Kocher
Moritz Seiler
Thomas Stadelmann
(Herausgeber)

**νόμοις πείθου –
gehorsche den Gesetzen**

Liber amicorum für Hansjörg Seiler



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2022
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-4342-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-4701-9



Vorwort

νόμοις πείθου
(Χίλων τῆς Σπάρτης)

gehorsche den Gesetzen
(Chilon von Sparta, im 6. Jh. v. Chr.)

Libri amicorum für gewesene Mitglieder des Bundesgerichts stellen eine Seltenheit dar. Die akademische Gepflogenheit, besonders verdiente Professorinnen und Professoren anlässlich runder Geburtstage oder der Emeritierung mit einem Sammelband zu ehren, hat sich auf Mon Repos und am Schweizerhofquai nie richtig durchgesetzt, obschon vielen ehemaligen Bundesrichterrinnen und Bundesrichtern diese Ehre sicherlich gebührt hätte. Ohne eine eigentliche Praxisänderung anzustreben, lag und liegt es uns Herausgebern dennoch sehr am Herzen, für unseren ehemaligen Kollegen und Vorgesetzten Hans Georg (genannt Hansjörg) Seiler eine Ausnahme von der Regel zu machen. Dafür sprechen im Wesentlichen zwei Gründe. Der erste davon findet sich in der Vita von Hansjörg Seiler: Wäre er am Nationalfeiertag des Jahres 2005 im Elfenbeinturm der Wissenschaft sitzen geblieben, statt mit beiden Beinen auf die Richterbank hinabzusteigen, wäre ihm inzwischen zweifellos bereits die eine oder andere Festschrift gewidmet worden. Allein weil er in der (bisher) letzten Phase seines Berufslebens seine überragenden Fähigkeiten als Richter in den Dienst der Allgemeinheit gestellt hat, soll ihm die verdiente akademische Würdigung nicht entgehen.

Obschon Hansjörg Seiler nur schon aufgrund seines Werdegangs ein Liber amicorum zusteht, stand am Ursprung des vorliegenden Werks doch noch mehr die tiefe Bewunderung und die freundschaftliche Zuneigung, die wir Herausgeber für den Geehrten hegen und die im Verlauf unserer langjährigen Arbeit mit dem und für den Geehrten am Bundesgericht stetig gewachsen sind. Thomas Stadelmann drückte mit Hansjörg Seiler über viele Jahre die Richterbank in der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts. Kennen und schätzen gelernt hatten sich die beiden allerdings schon wesentlich früher, nämlich als sie zusammen den Grundstein für die Schweizerische Richterakademie legten und schon dannzumal intensive Diskussionen über Richterbild, Rechtsstaat, Demokratie und deren Grenzen führten. Martin Kocher war während mehr als zehn Jahren persönlicher Mitarbeiter Hansjörg Seilers, in sechs Jahren davon hat er sehr intensiv mit Hansjörg Seiler im Präsidialteam zusammengearbeitet. Auch Arthur Brunner war zuletzt Teil des Präsidialteams und konnte in dieser Funktion viel von Hansjörg Seiler lernen. Moritz Seiler

schliesslich war zwar als Gerichtsschreiber nie Hansjörg Seiler zugeteilt, hat dafür aber mit ihm nicht nur den Nachnamen, sondern auch den Thurgauer Bürgerort (Triboltingen bzw. Ermatingen) gemein. Auch aus diesem Grund empfand Moritz Seiler rasch grosse Sympathie für den Geehrten, der es nur wenig Abbruch tat, als er erfuhr, dass die Vorfahren Hansjörg Seilers Mostindien bereits vor Generationen den Rücken gekehrt hatten.

Den Titel für dieses *Liber amicorum* für Hansjörg Seiler hatten wir bald gefunden: «νόμοις πείθου – gehorche den Gesetzen». Diese Aufforderung, die Chilon von Sparta – einem der sieben Weisen Griechenlands – zugeschrieben wird, sehen wir mit Hansjörg Seiler in zweifacher Hinsicht eng verbunden. Zum einen liebt und schätzt Hansjörg Seiler alles Griechische, von der Sprache über die Vor-, Haupt- und Nachspeisen bis zum Segeln um die griechischen Inseln, über alles – bloss den griechischen Wein erwähnen wir hier lieber nicht. Schmunzelnd erinnert sich einer der Herausgeber an die Szene in München, als Hansjörg Seiler nach dem Treffen mit den Kollegen des Bundesfinanzhofes das Pils als «Absacker» schnöde ausschlug und auf einem Ouzo bestand. Zum anderen meinen wir Herausgeber, dass die Maxime Chilons die rechts- und staatsphilosophische Haltung Hansjörg Seilers wunderbar auf den Punkt bringt. Der darin angedeutete Rechtspositivismus zieht sich nämlich wie ein roter Faden durch die Publikationen des Geehrten. Er ist für Hansjörg Seiler, wie er in einem Beitrag aus seinem ersten Jahr als Mitglied des Eidgenössischen Versicherungsgerichts erklärte, die «adäquate Theorie des liberalen und demokratischen Staates». Den im liberalen und demokratischen Staat erlassenen Gesetzen gehorchen müssen dabei nicht nur die Bürgerinnen und Bürger, sondern auch – oder sogar vor allem – die Richterinnen und Richter, die diese Gesetze anwenden und nicht ihren eigenen Wertvorstellungen zum Durchbruch verhelfen sollen. Es ist daher nur folgerichtig, wenn Hansjörg Seiler einer Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene skeptisch gegenübersteht, auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein kritisches Auge wirft und er bereits in frühen Jahren auf die staatspolitischen und praktischen Vorzüge von Art. 113 Abs. 3 BV 1874 (heute Art. 190 BV 1999) hingewiesen hatte. In einem kürzlich publizierten Streitgespräch hat er seine Sicht der Dinge nun wie folgt formuliert: «Eine andere Frage ist, inwiefern ein [...] Gericht [...] «schöpferisch» tätig sein soll. Nach meinem persönlichen Rechtsverständnis ist dies nicht seine Aufgabe. Ein Gericht soll Lücken füllen, das schon, aber Gesetze zu korrigieren, ist meines Erachtens klar die Aufgabe des Gesetzgebers.»

Unser Dank geht vorab an die Autorinnen und Autoren. Wir freuen uns ausserordentlich, dass wir Vertreterinnen und Vertreter aller Karrierestationen Hansjörg Seilers – Bundesverwaltung, Wissenschaft und Justiz – dafür gewinnen konnten, an dieses *Liber amicorum* beizutragen. Das sonst übliche Beknien der angefragten Personen erwies sich als überflüssig. Die spontane Bereitschaft

der Autoren, einen Beitrag an diesen Sammelband zu leisten, ist Zeichen der grossen Wertschätzung, die auch sie für Hansjörg Seiler empfinden. Sie alle haben Hansjörg Seiler auf ganz unterschiedlichen Abschnitten seines beruflichen Weges begleitet und ihn in unterschiedlichen Rollen und Funktionen erlebt. Entsprechend vielfältig sind ihre Abhandlungen. Speziell freut uns, dass auch eine der beiden Töchter von Hansjörg Seiler, Stefanie, zum Buch beige-tragen hat; sie kennt den Geehrten von allen Schreibenden am besten und ihre persönlichen Gedanken – sowohl private, als auch berufliche –, verbunden mit dem Ausblick auf die Zukunft, runden das Werk perfekt ab. Ein grosser Dank geht sodann an den Stämpfli Verlag, speziell an Stephan Kilian, welcher ohne zu zögern seine Zusage zur Publikation gab und den Entstehungsprozess umsichtig begleitete, sowie an Azmina Khimji, die den Herausgebern als Projektleiterin mit Rat und Tat zur Seite stand und uns eine grosse Hilfe war. Zu guter Letzt danken wir der Schweizerischen Richterakademie, deren Wegbereiter und erster Direktor Hansjörg Seiler war; ihre grosszügige finanzielle Unterstützung hat die Publikation dieses *Liber amicorum* ermöglicht.

Im Februar 2022

Arthur Brunner Martin Kocher Moritz Seiler Thomas Stadelmann

Zum Geleit

MARTHA NIQUILLE, Dr. iur., Rechtsanwältin, Präsidentin des Bundesgerichts

Am 31. Dezember 2021 hat *Hansjörg Seiler* das Bundesgericht verlassen, dem er über sechzehn Jahre als Richter angehörte. Nicht weil es das Gesetz so wollte (vgl. Art. 9 Abs. 2 BGG); er entschied sich dazu nach Ablauf seiner Amtszeit als Präsident der zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung – und damit dem Höhepunkt seiner Karriere. Mit ihm geht ein hochgeschätzter Kollege und Abteilungspräsident in den Ruhestand. Das zeigt sich allein schon darin, dass die Idee für das vorliegende *Liber amicorum* aus dem Kreis der Abteilung gekommen ist und zahlreiche aktuelle oder ehemalige Mitstreiter ihren Beitrag dazu geleistet haben. Auch für das Bundesgericht als Institution ist es ein gutes Zeichen, wenn solche Initiativen aus seiner Mitte ergriffen werden und mein Dank geht daher auch an alle jene, welche diese Aufgabe angepackt haben.

Nicht nur als langjähriger Abteilungspräsident hat *Hansjörg Seiler* seine Spuren hinterlassen. Schon mit seiner Habilitationsschrift «Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung» zeigte sich sein grundlegendes Interesse an Fragen zum Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihrer herausfordernden Aufgabe, das Verhältnis zwischen Bürgern und Staat «richtig» auszutarieren, galt auch seine Leidenschaft als Richter. Dabei entsprach es seinem Richterbild, dass es Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, Wertungsspielräume auszufüllen. Zahlreiche – auch öffentliche – Beratungen zu Fragen in diesem Spannungsfeld zeugen davon. Auch wenn *Hansjörg Seiler* solche Diskussionen mit seiner bekannten Scharfsinnigkeit geführt hat, zeichnete er sich dabei doch immer durch grosse Fairness gegenüber den Kolleginnen und Kollegen im Spruchkörper aus. Auch dafür gebührt ihm unser Dank – und natürlich für seine enorme Schaffenskraft.

Anlässlich der Würdigung von *Hansjörg Seiler* bei seiner Verabschiedung in der Bundesversammlung hiess es: Im Verlaufe der letzten 35 Jahre hat Bundesrichter *Hans Georg Seiler* seine grosse juristische Polyvalenz unter Beweis gestellt, von denen seine zahlreichen Publikationen zeugen. In der Tat: Seine Vielseitigkeit hat er bereits gezeigt, als er bei seinem Amtsantritt am 1. August 2005 als Richter in das damals noch selbständige Eidgenössische Versicherungsgericht eingetreten ist und sich mit einer ganz neuen Materie auseinandersetzen musste, aber auch durch seine spezifischen Kenntnisse im Energierecht oder im Steuerrecht. Von seiner Vielseitigkeit zeugt auch dieses *Liber amicorum* mit der Breite seiner Beiträge und der Vielfalt seiner Autoren, die aus allen Bereichen der Gerichtsbarkeit und der Wissenschaft stammen.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Zum Geleit.....	IX

1. Über Risiken und Regulierung

«Unaufhaltsam geht die Staatsentwicklung weiter»

Gedanken zur Staats- und Rechtsentwicklung, am Beispiel der Gebäudeversicherung	3
--	---

PHILIPP EGLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter des Zentrums für Sozialrecht an der ZHAW School of Management and Law, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, ehem. Gerichtsschreiber am Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung)

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiet des Kartellrechts	25
---	-----------

ANDREAS HEINEMANN

Prof. Dr. iur., Dipl.-Ök., DIAP (ENA), ordentlicher Professor für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, ständiger Gastprofessor an der Universität Lausanne, Präsident der Wettbewerbskommission

Recht und technische Risiken	47
---	-----------

WOLFGANG KRÖGER

Prof. em. ETH, Dr.-Ing. habil., Distinguished Affiliated Professor TU München, Mitglied der Schweizerischen Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW), ehem. Exekutivdirektor ETH Risk Center

Vernachlässigte Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie in den Covid-19-Regelungen des Bundes.....	63
---	-----------

PAUL RICHLI

Prof. em. Dr. iur., em. Professor für Öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre an der Universität Luzern, ehem. Rektor der Universität Luzern

2. Über Abgaben und Beiträge

Entscheidungsharmonie im internationalen Steuerrecht aus einer schweizerischen Perspektive

Aktuelle Entwicklungen und Ausblicke87

MICHAEL BEUSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Bundesrichter (II. öffentlich-rechtliche Abteilung), Titularprofessor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Steuerrecht an der Universität Zürich

Kriegsanleihe, Notenpresse oder doch Kriegsteuer?

Zur pragmatischen und dennoch doktrinkonformen schweizerischen Finanzpolitik im Ersten Weltkrieg.....105

MARTIN KOCHER

PD Dr. iur., LL.M. (Taxation, LSE), Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Lehrbeauftragter an der Universität Basel, wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung)

Von der Schwierigkeit, «neu erfundene» öffentliche Abgaben sachgerecht einzuordnen.....141

PETER LOCHER

Prof. em. Dr. iur., Dr. h.c., Fürsprecher, em. Professor für Steuerrecht an der Universität Bern, ehem. nebenamtlicher Bundesrichter (II. öffentlich-rechtliche Abteilung)

Mitwirkungspflicht Dritter im Verfahren der internationalen Steueramtshilfe167

ANDREA OPEL

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin für Steuerrecht an der Universität Luzern, Steuerrechtskonsultantin in Zürich

Sozialversicherungsrecht: näher an die Wirklichkeit! Das AHV-Beitragsrecht muss modernisiert werden.185

BRIGITTE PFIFFNER

Dr. iur., Rechtsanwältin, ehem. Bundesrichterin (II. sozialrechtliche Abteilung)

Finanzföderalistische Friktionen

Kantonale Autonomie bei den direkten Steuern: Woher kommt die Reise, wohin geht sie?209

MORITZ SEILER

lic. iur., MSc (Oxon), Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Gerichtsschreiber am Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung)

**Die wahre Überlieferung der Warenlieferung – Ein Rückblick
(ganz ohne Frust) auf die Warenumsatzsteuer (WUST)235**

AIMO JAN ZÄHNDLER

lic. iur., Advokat, Präsident des Steuergerichtes des Kantons Basel-Landschaft,
ehem. Gerichtsschreiber am Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung)

CÉLINA STRAUMANN

MLaw, Anwältskandidatin

3. Über Prozesse und Verfahren

Allgemeine Rechtsgrundsätze im öffentlichen Prozessrecht.....265

ARTHUR BRUNNER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Ersatzrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich,
Lehrbeauftragter für Öffentliches Recht an der Universität Zürich, Rechtsanwalt
in Zürich, ehem. Gerichtsschreiber am Bundesgericht (II. öffentlich-rechtliche Abteilung)

CHRISTOPH BÜRKI

Dr. iur., MPA (Uni BE), Rechtsanwalt, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons
Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung)

La révision selon l’art. 122 LTF et les dispositions apparentées

**Elargissement des conditions permettant la révision en cas de violation
de la CEDH.....303**

ALAIN CHABLAIS

Dr. iur., Agent du Gouvernement suisse devant la Cour européenne des droits
de l’homme, Office fédéral de la justice

Rule 39

**Vorsorgliche Massnahmen in der Praxis des Europäischen
Gerichtshofs für Menschenrechte aus Schweizer Sicht321**

ALEXANDER MISIC

Dr. iur., LL.M. (Cornell), Richter am Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I)

Allgemeinverfügungen im Kontext von Covid-19.....337

DANIELA THURNHERR

Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale), Professorin für Öffentliches Verfahrensrecht,
Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht an der Universität Basel, Richterin
am Appellationsgericht Basel-Stadt

L’invocation de l’arbitraire devant le Tribunal fédéral.....355

CHRISTOPHE TISSOT-DAGUETTE

lic. iur., avocat, Juge administratif au Tribunal administratif du canton de Berne,
ancien greffier auprès du Tribunal fédéral (II^e Cour de droit public)

4. Über das Bundesgericht

Zur Rolle des Bundesgerichts für die Schweizer Rechtspflege.....373

ULRICH MEYER

Prof. Dr. iur., Fürsprecher, ehem. Präsident des Bundesgerichts, ehem. Bundesrichter
(II. sozialrechtliche Abteilung)

**Was der Instagram-Account eines Fifa-Schiedsrichters
mit einem Bundesrichter zu tun hat**

Wann ist bei Richtern Zurückhaltung angesagt?387

KONRAD SAHLFELD

Dr. iur., LL.M., Referent im Stab der Departementsvorsteherin des EJPD

Reorganisation des Bundesgerichts

Ein Überlegungsansatz aus der Organisationslehre.....399

THOMAS STADELMANN

Dr. h.c., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Bundesrichter
(vormals II. öffentlich-rechtliche Abteilung, jetzt II. sozialrechtliche Abteilung),
Präsident des Schweizerischen Instituts für Judikative

Zum Schluss

Zum Gruss und Dank.....427

STEFANIE SEILER

MLaw, Rechtsanwältin, Gerichtsschreiberin am Verwaltungsgericht des Kantons Bern
(Verwaltungsrechtliche Abteilung)

**Publikationen von alt Bundesrichter
Prof. Dr. Hansjörg Seiler, Fürsprecher**

431

1. Über Risiken und Regulierung

«Unaufhaltsam geht die Staatsentwicklung weiter»

Gedanken zur Staats- und Rechtsentwicklung, am Beispiel der Gebäudeversicherung

PHILIPP EGLI

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	3
II.	«Unaufhaltsam geht die Staatsentwicklung weiter»	4
	A. Staatsaufgaben und ihre Grenzen	4
	B. Praxis zur Gebäudeversicherung	6
	1. «(...) den Bundesstaat und die Kantone töten» (1895)	6
	2. Grenzverschiebungen (1911)	7
	3. Freiheit unter Gemeinwohlvorbehalt (1998).....	9
	C. «Logique du service public».....	11
III.	Wandel des Staats- und Rechtsverständnisses	12
	A. Umkehr der Schutzrichtung	12
	B. Überanstrengung und Verzwecklichung.....	13
	C. Die Ohnmacht des Staates	16
	D. Folgerungsweise des Wohlfahrtsstaates	17
IV.	Schluss	18
V.	Literaturverzeichnis	19

I. Einleitung

Die Geschichte beginnt, wie sie enden wird: unglücklich. In der Nacht vom 10. auf den 11. Mai 1861 zerstörte der *Brand von Glarus* grosse Teile des Kantonshauptortes: «Bei starkem Föhn soll in Glarus Feuer ausgebrochen sein, das den ganzen Flecken bis auf ein Dutzend Häuser in Asche gelegt hat.»¹ Die kantonale Gebäudeversicherung kam in arge finanzielle Nöte und konnte die Folgen der Katastrophe nur unzulänglich bewältigen. Landesweit wurden Rufe nach Abschaffung der kantonalen Monopolanstalten laut, hatten aber einzig in

¹ NZZ vom 11. Mai 1861, 501.

Genf Erfolg.² Gleichzeitig trug das tragische Ereignis zur Gründung von privaten Assekuranzunternehmen, aber auch zu Fortschritten in der Versicherungstechnik bei.³

Wer wüsste besser als *Hansjörg Seiler*, dass die «Feuerversicherungsfrage» juristische Diskussionen entfachen kann.⁴ Allerdings sollen nachfolgend nicht aktuelle juristische Kontroversen zu privatwirtschaftlichem Staatshandeln in den Blick genommen werden,⁵ sondern frühere Debatten um Staatsaufgaben und ihre (fehlenden) Grenzen im Wohlfahrtsstaat.⁶ In einem ersten Teil möchte ich dies am Beispiel von drei Leitentscheiden zur Gebäudeversicherung aus den Jahren 1895, 1911 und 1998 illustrieren (II.),⁷ bevor in einem zweiten Teil einige allgemeine Gedanken zum Wandel des Staats- und Rechtsverständnisses anschliessen (III.).

II. «Unaufhaltsam geht die Staatsentwicklung weiter»

A. Staatsaufgaben und ihre Grenzen

Dass die Frage nach den *Grenzen* der Staatsaufgaben von einer gewissen Brisanz ist, zeigt sich unter anderem bei FRITZ FLEINER. Im Jahr 1923 führte er aus, der Schutz des Bürgers gegen die Allmacht des Staates liege in zwei Momenten: «in der Anerkennung einer weiten staatsgewaltfreien Sphäre des Einzelnen und in der Beschränkung der Staatsaufgaben».⁸ In der «reinen Demokratie» Schweizer Prägung waren diese Momente für FLEINER ebenfalls wichtig: «[D]ie Gewährleistung einer möglichst grossen staatsgewaltfreien Sphäre zugunsten des Einzelnen und der Verbände [ist] eine Notwendigkeit in der Demokratie, soll diese nicht absolutistisch entarten.»⁹ Es überrascht daher

² Näher: REICH, Gebäudeversicherung, S. 1406 mit Hinweisen; FISCHER, passim.

³ WALTER GÜNTHARDT, in: NZZ vom 12. Januar 1998, B 3.

⁴ Siehe bereits GIESKER, S. 1.

⁵ BGE 138 I 378; dazu statt vieler: STOFFEL/MURITH, S. 35 ff., mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf die Literatur; BEYELER, passim.

⁶ In der Schweiz spricht man eher von «Sozialstaat» als von «Wohlfahrtsstaat» (welfare state; état providence). Nachfolgend werden die Begriffe synonym verwendet, vgl. UEBERSAX, S. 4; (mit guten Gründen) *differenzierend* z.B. BÄUMLIN, Demokratie, S. 70 ff., siehe auch unten Fn. 98.

⁷ Zum Ganzen auch REICH, Gebäudeversicherung, S. 1399 ff.

⁸ FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 761.

⁹ Die reine Demokratie tendiere dazu, alle anderen Gewalten im Staat unter die feste Hand des Staates zu beugen (S. 316).

nicht, dass sich FLEINER kritisch zur Übertragung der Mobiliarversicherung und der Gebäudeversicherung (Immobilienversicherung) an kantonale Monopolanstalten äusserte: Ein rechtliches Monopol widerspreche der Bundesverfassung, da es in ihr keine Grundlage finde¹⁰ – ein Argument, das auch unter der «neuen» BV vertreten wird.¹¹

Wer die *Begrenzung* der Staatsaufgaben zu einem wichtigen Anliegen in der Demokratie erklären möchte, müsste dem Wohlfahrtsstaat moderner Prägung – nachfolgend ist in Anlehnung an KURT EICHENBERGER¹² auch vom «entfalteten Sozialstaat» die Rede – wohl schlechte Zensuren ausstellen. Insofern ist man versucht, WALTHER BURCKHARDT zuzustimmen, der am Beispiel der kantonalen Versicherungsanstalten zur Folgerung kam, das gesellschaftliche Gebilde des Staates müsse sich stetsfort entwickeln und den veränderten Umständen anpassen können: «[D]ie Entwicklungsfähigkeit der kant. Organismen in dieser Beziehung ein für allemal festlegen wollen, wäre eine solche Kurzsichtigkeit gewesen, dass sie dem Gesetzgeber nicht zugemutet werden darf.»¹³ Namentlich bot die Handels- und Gewerbefreiheit nach der Auffassung von BURCKHARDT keinen Schutz vor der Verstaatlichung eines Gewerbes: «Die Kantone sind Richter darüber, ob sich eine solche staatliche Anstalt aus Gründen des öffentlichen Wohls rechtfertigt; nur das muss verlangt werden, dass sie nicht bloss fiskalischen Zwecken diene, bloss eine neue Einnahmequelle oder Kapitalanlage sei».¹⁴ Entsprechend offen zeigte sich BURCKHARDT gegenüber einer Verstaatlichung der Immobilien- wie der Mobiliarversicherung.¹⁵

¹⁰ FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 382 Fn. 25. Der Wohlfahrtsstaat hinterliess aber auch bei FLEINER seine Spuren: Die Gründung von staatlichen und kommunalen Werken (Elektrizität, Gas, Wasserwerke etc.) schloss FLEINER nicht aus, selbst wenn damit die private Initiative lahmgelegt werden konnte (S. 382 f.).

¹¹ Vgl. z.B. SCHOTT, N. 767 f., zu Art. 94 Abs. 4 BV.

¹² EICHENBERGER, Hochleistungsverwaltung, passim.

¹³ BURCKHARDT, S. 229.

¹⁴ BURCKHARDT, 2. Aufl., S. 255; in der 3. Aufl. (S. 229) abgeschwächt: «Die Kt. können also aus Gründen des öff. Wohls ein Gewerbe verstaatlichen; sie dürfen es aber nicht zu bloss fiskalischen Zwecken tun, bloss, um sich eine Einnahme oder eine Kapitalanlage zu verschaffen.»

¹⁵ BURCKHARDT, S. 228.

B. Praxis zur Gebäudeversicherung

1. «(...) den Bundesstaat und die Kantone töten» (1895)¹⁶

Im Jahr 1894 verstaatlichte der Glarner Gesetzgeber neben dem bereits bestehenden Monopol für die Immobilienversicherung¹⁷ auch die Mobiliarversicherung (Fahrhabeversicherung). Letzteres war weder damals noch heute verbreitet und rief den Widerstand mehrerer privater «Feuerversicherungs-Aktien-Gesellschaften» hervor, die an den Bundesrat gelangten und eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 aBV) monierten.¹⁸

Die Privatassekuranz sah im Staatsmonopol eine «offenbare Verletzung» der Handels- und Gewerbefreiheit: «Denn Art. 31 der Bundesverfassung postuliert ein allgemein gültiges schweizerisches Grundrecht, anwendbar auf alle Zweige und Bethätigungen des Handels und des Gewerbes.»¹⁹ Ausnahmen müssten in der Verfassung selbst *ausdrücklich* aufgestellt sein, was vorliegend nicht der Fall sei. Auch sei ein Staatsmonopol in der Sache weder erforderlich noch zielführend.²⁰

Der Vertreter des Kantons Glarus, der Zürcher Professor Emil Zürcher, wollte die von der Privatassekuranz angerufene Handels- und Gewerbefreiheit nicht gelten lassen: «Art. 31 enthält die Garantie freier Konkurrenz der Kräfte auf einem *gegebenen* Gebiete, nicht aber die Garantie für den Umfang dieses Gebietes.»²¹ Die Grenzen der Staatsaufgaben gegenüber dem Gebiet der unter sich im Konkurrenzkampf liegenden Handel und Gewerbe müsse sich der Staat selbst setzen: «Falls die Handels- und Gewerbefreiheit als Garantie der erlaubten Ausübung auf allen ihr überhaupt zugänglichen Gebieten ausgelegt werden dürfte, so würde Art. 31 der Bundesverfassung den Bundesstaat und die Kantone töten.»²² Gerade die moderne Zeit sehe die Umwandlung des Rechtsstaats-

¹⁶ Bundesratsbeschluss vom 1. Februar 1895, BB1 1895 I 188–218.

¹⁷ Ausgenommen waren seit 1831 Industriegebäude, siehe QUINTO, S. 195 ff.

¹⁸ Vgl. dazu auch BGE 20 238, wo Grundeigentümer (erfolglos) eine *Ausdehnung* [!] des Monopols anstrebten, da die Privatassekuranz angesichts der drohenden Verstaatlichung der Fahrhabeversicherung einen Rückzug aus nicht monopolisierten Bereichen der Immobilienversicherung (Industriegebäude) androhte. Die Drohung wirkte, wenn auch nicht vor Bundesgericht: Sie führte dazu, dass das Monopol der Fahrhabeversicherung im Kanton Glarus nie eingeführt wurde, siehe QUINTO, S. 196; aus heutiger Sicht *zweifelnd* an der Verfassungsmässigkeit der Mobiliarversicherung G. MÜLLER, Monopol, N. 29.

¹⁹ BB1 1895 I 195.

²⁰ BB1 1895 I 195.

²¹ BB1 1895 I 205 (im Original zusätzlich hervorgehoben).

²² BB1 1895 I 205.

tes zum Wohlfahrtsstaat in beschleunigtem Tempo sich vollziehen: «Unaufhaltsam geht die Staatsentwicklung weiter und lässt sich nicht abhalten durch schonende Rücksicht auf das Gebiet des Handels und des Gewerbebetriebes.»²³

Der Bundesrat schützte zwar das Glarner Monopol, die Auffassung der Glarner Regierung ging ihm aber «zu weit»: «Nach dieser Auffassung stände es im Belieben eines Kantons, *jede* freie berufliche Tätigkeit zu unterdrücken und aus dem Gesichtspunkte der öffentlichen Wohlfahrt das ganze Handels- und Industriegebiet mit Staatsanstalten zu besetzen. Dass damit die Handels- und Gewerbebefreiheit des Art. 31 der Bundesverfassung zum inhaltslosen Worte würde, liegt auf der Hand.»²⁴ Den Versicherungszwang bei der kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt und damit das staatliche Monopol der Mobiliarversicherung bestätigte der Bundesrat mit Verweis auf die Auffassung der Glarner Regierung, die darin ein Mittel erblickte, eine Quelle der Verarmung zu verstopfen.²⁵

Eine klare Grenze zog der Bundesrat der Verstaatlichung bzw. Monopolisierung dort, wo sich die Staatsanstalt «als eine Erwerb bezweckende *fiskalische* Anstalt» darstellt.²⁶ Wo aber ansonsten die Grenzen der Wohlfahrtsanstalten lagen, blieb offen. Der Bundesrat lehnte es nur in allgemeiner Weise ab, den Kantonen das Recht zuzugestehen, «die Grenzen der Staatsaufgaben gegenüber dem bisher von Handel und Gewerben eingenommenen Gebiete *nach freiem Ermessen* zu ziehen, vorausgesetzt, dass vom Staate keine kaufmännischen oder gewerblichen Unternehmungen gegründet, sondern Wohlfahrtsanstalten errichtet werden».²⁷ Die Kantone sollten also nicht *alleinige* Richter darüber sein, ob sich eine staatliche Anstalt aus Gründen des öffentlichen Wohls rechtfertige oder nicht.

2. *Grenzverschiebungen (1911)*²⁸

Das Bundesgericht führte die Linie des Bundesrates fort: Am 16. November 1911 hatte das Bundesgericht einen Rekurs der Privatassekuranz gegen die Verstaatlichung der bündnerischen Gebäudeversicherung (Immobilienversicherung) zu entscheiden. Für eine Verletzung der Handels- und Gewerbebefreiheit war das Bundesgericht damals (noch) nicht zuständig.²⁹ Die Privatassekuranz

²³ BB1 1895 I 206.

²⁴ BB1 1895 I 217.

²⁵ BB1 1895 I 218.

²⁶ BB1 1895 I 218 (Hervorhebung beigelegt).

²⁷ BB1 1895 I 217 (Hervorhebung beigelegt).

²⁸ BGE 37 I 503.

²⁹ Bis 1912 war der Bundesrat für die Behandlung staatsrechtlicher Rekurse wegen Verletzung der Handels- und Gewerbebefreiheit zuständig. Begründung: mangels justiziableer Kriterien, vgl. REICH, Grundsatz N. 468 ff., insb. N. 478.

machte jedoch vor Bundesgericht neben einer Verletzung der Eigentumsgarantie einen «Eingriff in die Privatrechtssphäre» im Sinne einer Verletzung des eidgenössischen Obligationenrechts (Grundsatz der Vertragsfreiheit) geltend.³⁰

Das Bundesgericht wies den Rekurs ab. Der bündnerische Gesetzgeber habe «die Gebäudeversicherung dem Bereiche des Zivilrechts überhaupt entrückt, die Herrschaft des Privatrechts auf dem Gebiete des Versicherungswesens zurückgedrängt und dadurch zu Gunsten des öffentlichen Rechts und zu Ungunsten des Privatrechts eine jener Grenzverschiebungen vorgenommen, wie sie im modernen Staate auch noch in Bezug auf zahlreiche andere Rechtsinstitute stattgefunden haben (...), und wie sie sich bei den veränderten Anschauungen über das Wesen des Staates, sowie über dessen Verhältnis zum Individuum, meist von selbst ergeben.»³¹ Die Grenze zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht werde vom Staat (und das hiess damals oft: den Kantonen) gezogen – «gemäss dem Satz, dass alles Recht Staatswille ist».³²

Den Kantonen müsse – so das Bundesgericht weiter – im Zweifel, das heisst, soweit das Bundesrecht keine entgegenstehenden Bestimmungen enthalte, die Kompetenz zuerkannt werden, aus Gründen des allgemeinen Wohls ein bestimmtes Rechtsgebiet, das bisher dem (eidgenössischen) Privatrecht angehörte, dem Privatrecht überhaupt zu entziehen und dem (kantonalen) öffentlichen Recht zu unterstellen. So wie die Handels- und Gewerbefreiheit von vornherein (sic!) nur für die nicht monopolisierten Gebiete der gewerblichen Betätigung gelte, gelte auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit von vornherein nur für die dem Privatrecht überlassenen, d.h. nicht dem öffentlichen Recht unterstellten Rechtsverhältnisse.³³

Die Kantone seien demnach befugt, «auf dem Gebiete des Versicherungswesens die Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht zu verschieben».³⁴ Immerhin dürfe der kantonale Gesetzgeber keine Grenzverschiebung aus fiskalischen Gründen vornehmen. Vorliegend habe der Kanton mit der Verstaatlichung Massnahmen getroffen, «die ihm unvermeidlich schienen», um das ordnungsmässige Funktionieren der staatlichen Wohlfahrtsanstalt zu sichern. Damit sei das Mittel der Gesetzgebung zur Durchführung einer derjenigen Aufgaben eingesetzt worden, «denen es im modernen Staate in erster Linie zu dienen bestimmt ist».³⁵

³⁰ BGE 37 I 503 E. 1.

³¹ BGE 37 I 503 E. 6.

³² BGE 37 I 503 E. 6.

³³ BGE 37 I 503 E. 6.

³⁴ BGE 37 I 503 E. 6.

³⁵ BGE 37 I 503 E. 7.

Einige Jahre später hielt AUGUST EGGER in seinem Kommentar zum Zivilgesetzbuch fest, dass sich die Grenzverschiebungen zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht im Bund wie in den Kantonen in der gleichen Richtung bewegten: «*Sie vollziehen sich heute hüben und drüben zugunsten des öffentlichen Rechts.*»³⁶ Das Bundesgericht berief sich auf FRITZ FLEINER, der diese Terraingewinne des öffentlichen Rechts bereits früh beschrieben hatte.³⁷ Dass das am 1. Januar 1912 in Kraft getretene Zivilgesetzbuch eine solche Grenzregulierung – eine weitgehende Zurückdrängung des (Bundes-)Zivilrechts durch das kantonale öffentliche Recht – überhaupt zulies und von einer ausschliesslich privatrechtlichen Regelung des Wirtschaftslebens absah, stufte EGGER damals als eine Entscheidung von grösster Tragweite ein.³⁸ Heute erscheint sie uns beinahe als deklaratorische Selbstverständlichkeit, wobei die Grenzscharmützel zunehmen, wenn sowohl das (Bundes-)Zivilrecht wie das (kantonale) öffentliche Recht für die Sozialgestaltung zuständig sind.³⁹

3. *Freiheit unter Gemeinwohlvorbehalt (1998)*⁴⁰

Am 27. Februar 1998 hatte sich das Bundesgericht zur Verfassungsmässigkeit des Glarner Gebäudeversicherungsmonopols (Immobilienversicherung) zu äussern. Die Beschwerde kam nicht von der Privatassekuranz, sondern von einer Grundeigentümerin, die gegen die Unterstellung unter die Kantonale Sachversicherung Glarus opponierte – ohne Erfolg.

Im Anschluss an den wenige Wochen zuvor ergangenen BGE 124 I 11 führte das Bundesgericht zunächst aus, das Gebäudeversicherungsmonopol sei eher mit den polizeilichen oder sozialpolitischen Gewerbemonopolen vergleichbar als mit den historischen Grundmonopolen, was eine fiskalische Zwecksetzung ausschliesse.⁴¹ Um zulässig zu sein, müsse das Monopol auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einem öffentlichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sein.⁴² Was das öffentliche Interesse betraf, verwies das Bundesgericht auf eine «mehr als ein Jahrhundert alte Verfassungspraxis» der Zulässigkeit staatlicher Gebäudeversicherungsmonopole und stufte sie jedenfalls solange

³⁶ EGGER, Art. 6 ZGB N. 1 (Hervorhebung beigelegt); siehe auch VON TUHR, S. 239.

³⁷ FLEINER, Umbildung; ferner: GIACOMETTI, Grenzziehung; teilweise kritisch IMBODEN, S. 45 f.

³⁸ EGGER, Art. 6 ZGB N. 4.

³⁹ BGE 119 Ia 59 E. 2c; zur expansiven Kraft des öffentlichen Rechts vgl. statt vieler: BK-HUBER, Art. 6 ZGB N. 209 f.

⁴⁰ BGE 124 I 25.

⁴¹ BGE 124 I 25 E. 2; dazu z.B. auch G. MÜLLER, Monopol, N. 25 ff.

⁴² BGE 124 I 25 E. 3a.

als verfassungsrechtlich zulässig ein, als dafür hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls bestünden.⁴³ Und mit Blick auf die Verhältnismässigkeit verwies das Bundesgericht auf den grossen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers: Ein staatliches Monopol werde nicht allein deshalb – und man ist versucht zu fragen: wann dann? – unverhältnismässig, weil auch eine andere gesetzliche Lösung (ohne staatliches Monopol) denkbar wäre.⁴⁴

Das erhebliche öffentliche Interesse an einem Obligatorium der Gebäudeversicherung war nicht bestritten. Das staatliche Monopol rechtfertigte das Bundesgericht wesentlich damit, dass die Dienstleistung mit einem Monopolsystem wesentlich vorteilhafter erbracht werden könne als durch die Privatwirtschaft.⁴⁵ Dahinter verbarg sich neben einem sozialpolitischen Interesse («sozial» ausgestaltete Prämien⁴⁶) eine grundlegende – *horribile dictu* – wirtschaftspolitische Überlegung: «Die marktwirtschaftliche Ordnung, die durch die institutionelle oder wirtschaftspolitische Komponente von Art. 31 BV geschützt wird, findet ihre Legitimation darin, dass dadurch die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Bevölkerung möglichst effizient und preisgünstig befriedigt werden sollen».⁴⁷

Damit stellte das Bundesgericht die marktwirtschaftliche Ordnung *unter Gemeinwohlvorbehalt*. Dass das Bundesgericht in den von Liberalisierung und Deregulierung geprägten 1990er-Jahren das Staatsmonopol mit ökonomischen Argumenten (Effizienz, Preis) verteidigte, mag man als ebenso konsequent wie konsequentialistisch einstufen⁴⁸ – oder einfach als historische Pointe. Entscheidend ist das damit einhergehende *instrumentelle* Verständnis der Freiheitsrechte: Die Handels- und Gewerbefreiheit erscheint als Mittel zur Erzielung von Effizienz und günstigen Endverbraucherpreisen.⁴⁹ Diese folgen- und zweckorientierte Argumentation kann provozierend wirken, da sie einer «Logik des liberalen Staates»⁵⁰ widerspricht und zu einer eigentümlichen Umkehr

⁴³ BGE 124 I 25 E. 3d.

⁴⁴ BGE 124 I 25 E. 3g m.H. auf BGE 101 Ia 124 E. 8b; siehe auch bereits BURCKHARDT, S. 229: «Lassen sich triftige Gründe des öff. Wohles für die Verstaatlichung anführen, so ist Art. 31 nicht mehr in Frage, auch wenn die gewählten Mittel zweckmässiger sein könnten.»

⁴⁵ Es bestünden plausible Gründe für die Annahme, dass die kantonalen Gebäudeversicherungen einen wesentlich günstigeren Schadenverlauf und damit sowohl geringere Schäden als auch deutlich tiefere Versicherungsprämien ermöglichen.

⁴⁶ G. MÜLLER, Monopol, N. 36.

⁴⁷ BGE 124 I 25 E. 3g S. 31.

⁴⁸ Zum Welfarismus als Spielform des Konsequentialismus vgl. HETTICH/KOLMAR, S. 284.

⁴⁹ Vgl. näher und differenzierend HETTICH/KOLMAR, S. 285 f.

⁵⁰ KÄGI, Entwicklung, S. 192.

des Freiheitsideals des liberalen Rechtsstaates führt: In ihm ist Freiheit Massstab und nicht Mittel.⁵¹

Der Widerspruch in der Lehre war denn auch teilweise deutlich: In feuriger Zuspitzung sah YVO HANGARTNER in den bundesgerichtlichen Erwägungen eine «Überlegung, die der Grundrechtstheorie autoritärer Staaten geläufig ist».⁵² Mit Blick auf die früheren Entscheide zur Gebäudeversicherung erstaunt die folgen- bzw. zweckorientierte Argumentation des Bundesgerichts allerdings weniger. Vom Gedanken, dass die Handels- und Gewerbefreiheit als Freiheitsrecht gegenüber dem «Siegeszug des neuen Wohlfahrtsstaates» (FRITZ FLEINER⁵³) in Stellung gebracht werden kann und ihm *prinzipielle* Grenzen setzt, waren das Bundesgericht und zuvor der Bundesrat bemerkenswert früh abgerückt.⁵⁴ Dann liegt es aber nahe, darauf abzustellen, welcher Regelungsmechanismus – Monopol oder Markt – jeweils effizienter und preisgünstiger (verhältnismässig!) ist.⁵⁵

C. «Logique du service public»

Der zuletzt genannte Entscheid aus dem Jahr 1998 weist darauf hin, dass sich im Verlauf der Jahrzehnte nicht nur die Grenzen der Staatstätigkeit verschoben haben und sich das öffentliche Recht «zulasten» des Zivilrechts ausgedehnt hat. Vielmehr veränderte sich auch das juristische Denken, indem die «Logik des liberalen Staates» durch eine «logique du *service public*»⁵⁶ ergänzt wurde. Freiheitsrechte wurden nicht mehr (nur) als Massstab, sondern vermehrt auch *instrumentell* betrachtet, wandelten sich also quasi vom «Freiheits- zum <Sozial>-Recht».⁵⁷ Auf diesen Wandel soll im zweiten Teil des Beitrags (Ziff. III) kurz eingegangen werden.

⁵¹ REICH, Grundsatz, N. 905 ff.

⁵² HANGARTNER, Bemerkungen, S. 973.

⁵³ Gefunden bei und zitiert nach R. MÜLLER, S. 111.

⁵⁴ Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. BGE 143 I 403 E. 5.2; zu den «weissen Flecken» der Wirtschaftsfreiheit bereits SALADIN, S. 247 ff.

⁵⁵ Zu den Folgen eines folgenorientierten (Privat-)Rechtsverständnisses vgl. HELLGARDT, S. 365 ff.; siehe auch SEILER, Gewaltenteilung, S. 363.

⁵⁶ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 540.

⁵⁷ HANGARTNER, Zweckbindung, S. 381, Peter Saladin zitierend und kritisierend; zu einem instrumentalen Grundrechtsverständnis vgl. SALADIN, LIV f.

III. Wandel des Staats- und Rechtsverständnisses

A. Umkehr der Schutzrichtung

Bereits die frühen Entscheide zur Gebäudeversicherung zeigen, dass das Plädoyer von FRITZ FLEINER für eine weite staatsgewaltfreie Sphäre und eine Beschränkung der Staatsaufgaben seit je einen schweren Stand hatte. Heute scheint diese Auffassung endgültig aus der Zeit und dem Recht gefallen zu sein. Der entfaltete Sozialstaat ist ein «Staat der *wachsenden Aufgaben*». ⁵⁸ Im sozialen Rechtsstaat verschiebt sich die Rechtfertigung staatlichen Handelns von Autonomie auf Regulierung. ⁵⁹ Über die Jahrzehnte hat sich die Schutzrichtung des Rechtsstaates teilweise umgekehrt: nicht nur *vor* dem Staat, sondern vor allem auch *durch* den Staat sind (grund-)rechtliche Anliegen zu schützen. ⁶⁰ Der soziale Rechtsstaat sucht eher die Nähe als die Distanz zur Politik: Grundrechtspolitik tut Not. ⁶¹ Die «Teilhabe» an den Leistungen des (Sozial-)Staates gewinnt an Gewicht gegenüber der «Freiheit» vom Staat. ⁶² Nach KURT EICHENBERGER legitimiert sich der entfaltete Sozialstaat zunehmend durch störungsfreie Leistungen sowie sichtbare Erfolge. ⁶³ Er gründet eher auf einer politischen Leistung denn auf einer rechtlichen Garantie.

Angesichts dieser Entwicklungen verstärkt sich der Eindruck einer zunehmenden Ablösung abwehrrechtlich gedachter Freiheitsrechte mit ihrer Gewährleistung einer «staatsgewaltfreien Sphäre» durch verfassungsmässige Rechte und Prinzipien mit *staatsbezogener Zwecksetzung*. ⁶⁴ BEATRICE WEBER-DÜRLER

⁵⁸ HÄBERLE, S. 57 (Hervorhebung im Original); vgl. bereits BGE 36 I 497 E. 12, auf «den stets wachsenden Kreis der staatlichen Aufgaben» hinweisend. Ob die Schlankheitskuren gegen Ende des 20. Jahrhunderts daran etwas zu ändern vermochten, wäre an anderer Stelle zu vertiefen, vgl. z.B. G. MÜLLER, schlank, S. 159 ff.

⁵⁹ TEUBNER, S. 308; für eine frühe Beschreibung des Sozialstaates vgl. KÄGI, Rechtsstaat, S. 14 ff.

⁶⁰ Klassisch: HÄBERLE, S. 96, 102 («Freiheit durch Gleichheit ist nicht die Folge gesellschaftlicher Selbstregulierung, sondern bedarf leistender und leitender Staatstätigkeit.»); für die Schweiz: J.P. MÜLLER, passim; SALADIN, LIV: «Grundrechtssicherung ist (...) vor allem eine Frage der Aufgabenteilung im demokratischen Rechtsstaat, besonderes im Verhältnis von Gesetzgeber und Richter.»

⁶¹ HÄBERLE, S. 66, 75, 103: (Grundrechts-)Politik als Surrogat für (Freiheits-)Rechte.

⁶² FORSTHOFF, S. 8 ff., der selbst der Auffassung war, es sei unmöglich, sozialstaatliche Gehalte rechtsstaatlich zu verbürgen (S. 128).

⁶³ EICHENBERGER, Hochleistungsverwaltung, S. 447.

⁶⁴ Dazu zählen die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5, 36 BV), aber auch Garantien wie z.B. die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), der Schutz vor Willkür und die Wahrung

hat darauf mit einer bewusst zugespitzten Frage geantwortet: «Stellen die Freiheitsrechtskataloge letztlich nur ein Durchgangsstadium auf dem Weg zum perfekten Rechtsstaat dar?»⁶⁵ In ihm nimmt die «Durchrechtlichung der Verwaltung»⁶⁶ zwar zu und wird insofern perfektioniert. Doch der soziale Rechtsstaat ist programmatisch nicht auf Enthaltung, sondern auf Entfaltung gerichtet. Die dem Gesetzgeber zugewandte Seite der Grundrechte gewinnt an Bedeutung.⁶⁷ Dem Gesetzgeber ist aufgetragen, das Mittel der Gesetzgebung zur Durchführung derjenigen Aufgaben zu benutzen, «denen es im modernen Staate in erster Linie zu dienen bestimmt ist».⁶⁸

B. Überanstrengung und Verzwecklichung

Der Entfaltung des Sozialstaates kommt entgegen, dass staatlich gesetztes (positives) Recht die primäre Rechtsquelle ist⁶⁹ – «*gemäss dem Satz, dass alles Recht Staatswille ist*». Damit stellt sich das Recht unter Politikvorbehalt:⁷⁰ Die staatliche Politik bestimmt, was das Recht ist.⁷¹ Diese aus demokratischen Gründen nachvollziehbare *Ausrichtung auf die Gesetzgebungsfreiheit* kann an tradierte Schweizer Selbstverständnisse anknüpfen⁷² und fügt sich gleichzeitig gut in die politische Dynamik des Sozialstaates ein. Mit zunehmender Aktivität des Gesetzgebers treten aber auch Schattenseiten hervor. Erwähnt sei an dieser Stelle Folgendes:

(1) Zum einen kommt es zu dem, was abwertend und vielleicht auch überzeichnend als «Gesetzesinflation» oder «Gesetzeshypertrophie» bezeichnet worden

von Treu und Glauben (Art. 9 BV) oder Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV); vgl. zu den «garanties de l'Etat de droit» z.B. BVGE 2011/22 E. 3.3; MALINVERNI et al., S. 539 ff.

⁶⁵ WEBER-DÜRLER, S. 437 ff., verbunden mit einem Plädoyer für die Aufwertung der Freiheitsrechte im Rahmen der Prüfung von Gesetz- und Verhältnismässigkeit (S. 445).

⁶⁶ MERKL, S. 74 f.

⁶⁷ Art. 35 Abs. 1 BV; vgl. auch GRIMM, S. 408 ff.

⁶⁸ Dazu oben bei Fn. 35.

⁶⁹ Art. 1 ZGB; Art. 164 BV; SEILER, Einführung, S. 107; vgl. auch SEILER, Rechtspositivismus, S. 24, zum «demokratischen Rechtspositivismus».

⁷⁰ Diskussionsvotum MICHAEL KLOEPFER, VVDStRL 1982, S. 133 (Politikvorbehalt); zum etatistischen (und monistischen) Rechtsbegriff vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N. 25.

⁷¹ SEILER, Rechtspositivismus, S. 23 ff., eine naheliegende *juristische* Sicherungsmassnahme (Verfassungsgerichtsbarkeit) ablehnend.

⁷² D. SCHINDLER, S. 946: «Er [= der Schweizer] vertraut in erster Linie der Politik, die Juristerei kommt lange nachher.» Siehe auch unten Fn. 95.

ist.⁷³ Der demokratische und soziale Rechtsstaat weist «ein geradezu gigantisches Normierungsbedürfnis» auf.⁷⁴ Als Instrument staatlicher Regulierung kolonialisiert das Recht die Lebenswelt⁷⁵ oder zumindest die Systematische Rechtssammlung.⁷⁶ Dabei läuft es mit zunehmender Durchrechtlichung wohl auf eine «Überanstrengung des Rechts»⁷⁷ hinaus, von ihm durchgehend justiziable Massstäbe zu erwarten. Folge davon kann eine Überforderung der Gerichte durch eine weitgehende Verrechtlichung nicht oder nur eingeschränkt justiziable Probleme sein.⁷⁸

Im entfalteten Sozialstaat werden staatliche Gesetze durch Ziele und Zwecke geprägt; die Herausarbeitung einer auf rechtlichen Grundsätzen beruhenden Ordnung fällt dagegen nicht immer leicht.⁷⁹ Gerade im Sozialrecht ist es mitunter schwierig, das Recht hinter den Gesetzen zu erkennen. Gleichzeitig besteht eine Tendenz hin zu Wertformeln sowie zu «Abwägungs-» und «Verhältnismässigkeits-»Formeln.⁸⁰ Feste rechtsdogmatische Formen lösen sich im berechtigten Anliegen einer juristischen Kontrolle des entfalteten Sozialstaates zunehmend auf.⁸¹ Man kann darin ein «Argumentieren auf gut Glück», ein leichtes und billiges Argumentieren oder gar die vom Geehrten wahrgenommene «gerichtliche Willkür» sehen.⁸² Eine solche Kritik mag zugespitzt sein, weist aber auf den berechtigten Punkt hin, dass die Pointe des Rechts in einer

⁷³ KÄGI, Gesetzesinflation; vgl. auch das Votum von NR Heinrich Schalcher: «Wenn das weiter so geht – entschuldigen Sie bitte, meine Herren –, können wir in 10 Jahren nicht einmal mehr auf das WC, ohne zuvor eine behördliche Bewilligung eingeholt zu haben.» (Protokolle der Bundesversammlung, NR 10. Sitzung vom 14. Dezember 1970, 436); einordnend: B. SCHINDLER, Entstehung, N. 30; LUHMANN, Seiten, S. 500 f.

⁷⁴ EICHENBERGER, Gesetzgebung, S. 22.

⁷⁵ Zur Kolonialisierung der Lebenswelt aber auch HABERMAS, S. 522 ff.

⁷⁶ Vgl. den wichtigen Hinweis von GIACOMETTI, Lehren, S. 273.

⁷⁷ HUBER, Niedergang, S. 47 ff.

⁷⁸ Vgl. – in anderem Zusammenhang – BGE 143 II 425 E. 5.8.4. Immer gemessen am Maststab der *Regelorientierung* (Art. 1 Abs. 2 ZGB), vgl. LUHMANN, Kommunikation, S. 82 ff.; aus grundrechtlicher Sicht wegleitend: J.P. MÜLLER, S. 5 f.

⁷⁹ Für das Sozialversicherungsrecht vgl. MEYER-BLASER, Vorwort; allgemein: EICHENBERGER, Richterstaat, S. 17 f., 27 f.; Gutachten BJ vom 30. April 1982, VPB 1982 Nr. 20 S. 145 ff., S. 149.

⁸⁰ LUHMANN, Kommunikation, S. 89.

⁸¹ Vgl. EGLI, S. 54.

⁸² LUHMANN, Entschädigung, S. 14; DERS., Grundrechte, S. 213; SEILER, Grundsätze, S. 35.

Entscheidung nach Regeln und nicht (nur) nach Interessen, Folgen oder Zwecken liegt.⁸³ Die Gefahr einer «Flucht des Normativen aus dem Recht»⁸⁴ nährt die juristische Skepsis.

(2) Mit der politischen Dynamik des Sozialstaates verbunden ist zum anderen die bereits angesprochene «*Verzwecklichung*» des Rechts. Für die staatliche Politik ist das Recht verständlicherweise *Instrument* und nicht Selbstzweck. Auch hier kann man an FRITZ FLEINER erinnern: «Für die Justiz ist die Verwirklichung des Rechtes Selbstzweck, für die Verwaltung dagegen nur Mittel zum Zweck».⁸⁵ Mit der Ausrichtung auf die Gesetzgebungsfreiheit wird das Recht zunehmend *instrumentell* betrachtet: Es ist Mittel der (Verhaltens-)Steuerung; Recht wird zu Lenkungs-Recht.⁸⁶ Für den deutschen Rechtshistoriker MICHAEL STOLLEIS war das *Vordringen des Zweckmoments* der eigentliche Schlüssel für die Veränderung der Rechtsordnung im Interventionsstaat.⁸⁷ Die wirtschaftspolitische Argumentation in BGE 124 I 25 ist dafür ein gutes Beispiel.⁸⁸

Das Vordringen des Zweckmoments ist für das Recht eine teuflische Sache: verführerisch, verfänglich und verhängnisvoll zugleich. Zweckmomente sind nach einer etwas angestaubten Begrifflichkeit «polizeiwissenschaftliche Erdenreste»⁸⁹ im Recht – teilweise unüberwindlich,⁹⁰ aber stets heikel. Die Rechtsformen und das Recht selbst werden mit zunehmender Zweckorientierung austauschbar: «Je stärker dieses <Recht> funktional gesehen wird, desto mehr wird es seinen Eigenwert verlieren und durch andere <zielführende> Mittel ersetzt werden können.»⁹¹ In dieser Hinsicht kann die Verzwecklichung des Rechts seine Verzweckung bedeuten: Das Recht wird nicht als Selbstzweck, sondern primär *instrumentell* aus der Perspektive der Gesamtverantwortung eines nachliberalen Tag- und Nachtwächterstaates betrachtet.⁹² Die «juristische Methode» hat zurückzutreten.⁹³

⁸³ Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 ZGB; vgl. dazu EGGER, Art. 1 ZGB N. 10, 36, Art. 4 ZGB N. 8; SEILER, Rechtsanwendung, S. 112.

⁸⁴ Angelehnt an die «Flucht des Normativen aus dem Erlass» bei EICHENBERGER, Richterstaat, S. 18.

⁸⁵ FLEINER, Technik, S. 3.

⁸⁶ AMSTUTZ, S. 14.

⁸⁷ STOLLEIS, Entstehung, S. 448; zum Interventionsstaat auch GYGI, passim.

⁸⁸ Dazu oben II.B.3.

⁸⁹ STOLLEIS, Entstehung, S. 452.

⁹⁰ MERKL, S. 76.

⁹¹ STOLLEIS, Öffentliches Recht, S. 183.

⁹² LUHMANN, Kommunikation, S. 82.

⁹³ VOSSKUHLE, S. 582 ff. Was nicht ausschliesst, dass eine «funktionale Methode» wissenschaftlich gewinnbringend sein kann, vgl. für eine differenziert-kritische Würdigung der «Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft» FRANZIUS, passim.

C. Die Ohnmacht des Staates

Die Diagnosen sind alles andere als neu. Man hat angesichts solcher Entwicklungen Trauerreden auf den liberalen Rechtsstaat gehalten und den Niedergang des Rechts beklagt.⁹⁴ Aber was wäre die Alternative? Weniger staatliche Regulierung im Sinne eines Zurück zu den Idealen eines liberalen Rechtsstaates mit seiner Ausgrenzungsfunktion für staatliche Politik? Dafür böten die Freiheitsrechtskataloge immer noch eine «geltende» Grundlage. Man müsste nur die Akzente anders, (vermeintlich⁹⁵) «wie früher» setzen.

Doch vieles spricht dagegen. Der entfaltete Sozialstaat ist Konsequenz der modernen Gesellschaft und kein Irrläufer der Geschichte: «Eine zu pauschal ansetzende Kritik (...) kommt leicht in die Gefahr, das Kind mit der Badewanne aus dem Badezimmer zu tragen (um es wohlfahrtsstaatlich angemessen zu formulieren).»⁹⁶ Auch würde man der modernen Gesellschaft nicht gerecht, wollte man den Staat mit Zwang und die Gesellschaft mit Freiheit gleichsetzen, wie das zwar dem Ideal einer bürgerlichen Gesellschaft, aber nie der harten Realität gesellschaftlicher Zwänge entsprochen hat.⁹⁷

Weiterführend erscheint mir ein anderer Gedanke: Angesichts der gewaltigen Ordnungsprobleme der modernen Gesellschaft ist es heute weniger Allmacht als Ohnmacht, die sich beim Staat bemerkbar macht. Der Staat übernimmt sich, wenn er die unbestreitbaren Ordnungsprobleme der modernen Gesellschaft in Wirtschaft, Erziehung, Familie, Gesundheitsversorgung und so weiter «in Eigenregie» mit seinen Mitteln (Geld und Recht) ordnen will: Für eine ausgreifende Sozialgestaltung kann sich der Staat zwar zuständig, aber nicht fähig erklären.⁹⁸ In seinem programmatischen Gehalt müsste sich der soziale Rechtsstaat nicht nur auf die Staatsorganisation, sondern auf einen *Verantwortungszusammenhang* beziehen, der Staat und Gesellschaft übergreift.⁹⁹ Ansonsten übernimmt der Staat nicht nur die Verantwortung, sondern auch sich selbst.

⁹⁴ HUBER, Niedergang, passim; weiter z.B. auch MEIER-HAYOZ, S. 78: «Der Staat ist zunehmend zu einer ‚Ausgleichskasse erlittener Unbill‘ geworden, welche entgegen dem klassischen Satz «casum sentit dominus» den einzelnen für die vom Schicksal erlittenen Schläge zu entschädigen hat.»

⁹⁵ «Im Denken und Fühlen des durchschnittlichen Schweizers steht die Demokratie als Referendumdemokratie dem materiellen Rechtsstaat der Grundrechte voran», notierte HUBER, Grundrechte, S. 188. Siehe auch oben Fn. 71.

⁹⁶ LUHMANN, Organisationsmittel des Wohlfahrtsstaates, S. 112.

⁹⁷ SEILER, Gewaltenteilung, S. 211 ff., 363 («naiv-liberale Auffassung»).

⁹⁸ So bereits BÄUMLIN, Demokratie, S. 76, siehe auch oben Fn. 6.

⁹⁹ BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, S. 81 ff.; vgl. zur «Verengung der Perspektive» auch B. SCHINDLER, Entstehung, N. 32, und den Bericht des Bundesrates über die Richtlinien der Regierungspolitik in der Legislaturperiode 1971–1975 vom 13. März 1972, BBl 1972