



Institut für Föderalismus  
Institut du Fédéralisme  
Institute of Federalism

**IFF Working Paper Online No 27**

## **Grundrechtsverpflichtung des Gesetzgebers**

**Analyse der programmatischen Grundrechtspflichten anhand ausgewählter Gesetzgebungsmaterialien**

NADINE SEILER

Januar 2019

Zitiervorschlag: Seiler, N., Grundrechtsverpflichtung des Gesetzgebers, IFF Working Paper Online No 27, Fribourg, January 2019.  
<https://doi.org/10.51363/unifr.diff.2019.27>

University of Fribourg  
Institute of Federalism  
Av. Beauregard 1  
CH-1700 Fribourg

Phone +41 (0) 26 300 81 25

[www.federalism.ch](http://www.federalism.ch)



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

Die IFF Working Paper Online und andere Publikationen des Instituts für Föderalismus, Freiburg, sind auf der IFF-Website [www.unifr.ch/federalism/de/forschung/](http://www.unifr.ch/federalism/de/forschung/) verfügbar.

© IFF, 2019

Institut für Föderalismus, Universität Freiburg  
Avenue Beauregard 1  
1700 Freiburg  
Schweiz  
[federalism@unifr.ch](mailto:federalism@unifr.ch)



Dieses Werk ist unter einer Creative Commons Attribution 4.0 International Lizenz veröffentlicht (CC BY 4.0): <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Autorin: Nadine Seiler

Die Beiträge werden im Namen der Autorin/des Autors veröffentlicht. Ihre Meinung gibt nicht unbedingt die Meinung des Instituts für Föderalismus wieder.

DOI: <https://doi.org/10.51363/unifr.diff.2019.27>

ISSN: 2813-5261 (Online)

## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung .....	3
2	Programmatische Grundrechtspflichten .....	4
2.1	Hintergrund.....	4
2.2.	Begriff.....	4
2.2.1	Theorie der Normschichten .....	4
2.2.2	Verwirklichungspflicht nach Art. 35 Abs. 1 BV .....	5
2.3.	Besondere Verantwortung des Gesetzgebers.....	6
3	Umsetzung in der Gesetzgebung.....	8
3.1.	Schutz der Menschenwürde.....	8
3.1.1	Programmatischer Gehalt .....	8
3.1.2	Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen .....	9
3.1.3	Transplantationsgesetz.....	11
3.1.4	Fazit .....	14
3.2.	Diskriminierungsverbot .....	15
3.2.1	Programmatischer Gehalt .....	15
3.2.2	Bürgerrechtsgesetz.....	16
3.2.3	Fazit .....	20
4	Analyse der gesetzgeberischen Grundrechtsverpflichtung .....	22
4.1.	Methode .....	22
4.2.	Intensität der Wahrnehmung der Verpflichtung .....	22
4.3.	Qualität der Umsetzung der Verpflichtung.....	23
4.4.	Fazit .....	24
5	Schlusswort .....	26
	Literaturverzeichnis .....	I
	Urteilsverzeichnis .....	III
	Materialienverzeichnis.....	IV
	Abkürzungsverzeichnis.....	VI

## 1 Einleitung

Sind genetische Untersuchungen am Menschen zur Abklärung der sportlichen Veranlagung zulässig? Darf der Angehörige einer urteilsunfähigen Person bereits vor ihrem Tod der Organentnahme zustimmen? Darf dem alleinerziehenden Vater wegen Sozialhilfeabhängigkeit die Einbürgerung verweigert werden?

Zum einen handelt es sich hier um grundrechtlich geschützte subjektive Ansprüche der Einzelnen, zum anderen um grundlegende Wertentscheidungen,<sup>1</sup> die primär vom Gesetzgeber vorzunehmen sind.<sup>2</sup> Gewiss ist der Gesetzgeber dabei nicht völlig frei, sondern muss sich an den Grundrechten als objektive Gestaltungsprinzipien und Programmnormen orientieren.<sup>3</sup> In diesem Sinne verlangt Art. 35 BV die Verwirklichung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung.

Im Zusammenhang mit der programmatischen Pflicht des Gesetzgebers zur Grundrechtsverwirklichung werden in der vorliegenden Arbeit folgende Rechtsfragen diskutiert:

- Was beinhalten die programmatischen Grundrechtspflichten?
- Wie ist die gesetzgeberische Grundrechtsverpflichtung in der jüngeren Gesetzgebung umgesetzt worden?
- Wie ist die Umsetzung im Allgemeinen zu beurteilen? Fühlt sich der Gesetzgeber an programmatische Grundrechtspflichten gebunden?

Die umfassende Verwirklichungspflicht nach Art. 35 BV richtet sich an alle, die eine staatliche Aufgabe wahrnehmen.<sup>4</sup> Dies hat nicht nur Auswirkungen für die Rechtsetzung, sondern auch für die Rechtsanwendung.<sup>5</sup> Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird jedoch ausschliesslich Ersteres untersucht.

Bei der Auswahl der Gesetzgebungsmaterialien wurde primär auf deren Aktualität und Grundrechtsrelevanz geachtet, um ein möglichst zeitgemässes Bild der gesetzgeberischen Grundrechtsverpflichtung zu erhalten. Im Fokus ist dabei die Verpflichtung der Bundesversammlung. Falls kantonale Rechtsetzungskompetenzen betroffen sind, wird auch auf diese eingegangen, wobei die Kantone der Nordwestschweiz im Vordergrund stehen.

In einem ersten Schritt wird zunächst die Bedeutung der programmatischen Grundrechtspflichten erläutert (Kap. 2, S. 4). Anschliessend wird deren praktische Umsetzung in jüngeren Gesetzesänderungen dargestellt (Kap. 3, S. 8). Anhand der erarbeiteten Erkenntnisse wird schliesslich die Grundrechtsverpflichtung des Gesetzgebers im Allgemeinen gewürdigt (Kap. 4, S. 22).

---

<sup>1</sup> BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 1; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 1; GÄCHTER, N 39.

<sup>2</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 273; MARTENET, S. 244; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 47; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 434; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 1 N 56; TSCHANNEN, Kap. 7 N 33.

<sup>3</sup> BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 3; GÄCHTER, N 50.

<sup>4</sup> Art. 35 Abs. 2 BV.

<sup>5</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 39 f.; TSCHANNEN, Kap. 7 N 33 f.

## 2 Programmatische Grundrechtspflichten

### 2.1 Hintergrund

Ausgangspunkt für die Grundrechtsverwirklichung ist die *Anerkennung ihrer Doppelnatur*.<sup>6</sup> Während Grundrechte ursprünglich nur als subjektive, justiziable Rechtsansprüche des Einzelnen im Sinne von Abwehrrechten gegen den Staat konzipiert waren, ist heute anerkannt, dass sie zugleich auch Ausdruck einer Werteordnung sind.<sup>7</sup> Sie sollen als objektive Grundsatznormen die ganze Rechtsordnung durchdringen und damit das gesamte Zusammenleben in der Gesellschaft bestimmen.<sup>8</sup> Damit verpflichten sie den Staat zur Grundrechtsverwirklichung, unabhängig davon, ob der Einzelne im konkreten Fall einen durchsetzbaren Anspruch hat.<sup>9</sup> Selbst wenn diese Doppelfunktion anerkannt ist, ist die Terminologie in der Lehre zur Beschreibung dieser zweiten Seite uneinheitlich. So wird zum Teil «konstitutives Verständnis»,<sup>10</sup> «institutionelles Verständnis»,<sup>11</sup> «objektiv-rechtliches Verständnis»<sup>12</sup> verwendet oder die Bezeichnungen werden miteinander verbunden.<sup>13</sup> In der vorliegenden Arbeit werden diese Ausdrücke deshalb synonym verwendet.

Basierend auf diesem Grundrechtsverständnis hat JÖRG PAUL MÜLLER die Theorie der Normschichten begründet, wodurch der Begriff «programmatische Schicht» in die Schweizer Grundrechtsdogmatik eingeführt wurde.<sup>14</sup>

### 2.2 Begriff

#### 2.2.1 Theorie der Normschichten

Mit der Schichtentheorie versucht MÜLLER die verschiedenen Funktionen der Grundrechte jeweils einer «Normschicht» zuzuordnen um diese anschliessend dem geeignetsten Staatsorgan zuzuweisen.<sup>15</sup> Er unterscheidet dabei die justiziable, programmatische und flankierende Schicht.<sup>16</sup>

Während die *justiziable* Schicht dem Einzelnen subjektive, direkt einklagbare Rechte verleiht, betrifft die *flankierende* Schicht die Rechtsanwendung und verlangt von den rechtsanwendenden Be-

---

<sup>6</sup> BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 1; TSCHANNEN, Kap. 7 N 18 ff.; WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 2; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 6; SCHWEIZER, SG-Kommentar, Art. 35 BV N 3 ff.

<sup>7</sup> BGE 126 V 70, E. 4c S. 70; BGE 134 I 56, E. 4.4 S. 61; SALADIN, S. 295; WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 1 f; BIAGGINI, Art. 35 BV N.

<sup>8</sup> DUBEY, Volume I, N 111; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 5; WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 2.

<sup>9</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 39; TSCHANNEN, Kap. 7 N 21; DUBEY, Volume I, N 115.

<sup>10</sup> BIAGGINI, Art. 35 BV N 4; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 9, vgl. aber MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 30; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 114.

<sup>11</sup> SALADIN, S. 295 f. Vgl. MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 13 zur unklaren Bedeutung von «institutionell» und dessen Ähnlichkeit mit «konstitutiv».

<sup>12</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 39; DUBEY, Volume I, N 109; GÄCHTER, N 52; MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 30.

<sup>13</sup> WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 3; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 1 N 47.

<sup>14</sup> MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 815 ff.; MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 29 ff.

<sup>15</sup> MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 46 ff. und 52 ff.

<sup>16</sup> MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 817; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 46 ff.

hören eine grundrechtskonforme Auslegung.<sup>17</sup> Mit der *programmatischen* Schicht wird primär der Gesetzgeber angesprochen, indem er ihm Rahmen der Rechtsetzung die Grundrechte als «objektive, fundamentale Gestaltungsprinzipien»<sup>18</sup> zu verwirklichen hat.<sup>19</sup> Es handelt sich somit um eine Pflicht des Gesetzgebers zur grundrechtskonformen Gesetzgebung.<sup>20</sup> Grundrechte setzen dabei lediglich das generelle Ziel und belassen dem Gesetzgeber eine beträchtliche Gestaltungsfreiheit.<sup>21</sup> Gemäss MÜLLER ist die Legislative nicht nur das geeignetste Organ, sondern auch legitimiert, um die Abwägung zwischen gegenläufigen Grundrechtsinteressen vorzunehmen und damit Antworten zu Grundsatzfragen zu finden.<sup>22</sup> Nichtsdestotrotz weist er darauf hin, dass im Rahmen der Gesetzesvorbereitung und Verordnungsgebung auch die Regierung und Verwaltung vom programmatischen Grundrechtsgehalt angesprochen sind.<sup>23</sup>

Diese Differenzierung in verschiedene Teilgehalte hat in der Lehre grosse Beachtung gefunden,<sup>24</sup> selbst wenn heute eher von «Dimensionen» als von Schichten gesprochen wird, da die Übergänge zwischen den verschiedenen Teilgehalten fließend sind.<sup>25</sup>

### 2.2.2 Verwirklichungspflicht nach Art. 35 Abs. 1 BV

Dieses konstitutiv-institutionelle Grundrechtsverständnis ist heute auch in die Bundesverfassung in Art. 35 Abs. 1 verankert,<sup>26</sup> welcher die Verwirklichung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung verlangt. Dieser Grundrechtsverwirklichungsauftrag bezieht sich auf *sämtliche Grundrechte* der BV<sup>27</sup> und nimmt damit alle *staatlichen Organe* in die Pflicht.<sup>28</sup>

Der Inhalt des Auftrags wird in Abs. 2 konkretisiert und umfasst zum einen die Pflicht, bei Erfüllung von staatlichen Aufgaben die grundrechtlich geschützten Ansprüche zu achten<sup>29</sup> («*Bindungswir-*

---

<sup>17</sup> MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 817; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 46 ff.; MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 29 und 30.

<sup>18</sup> MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 48.

<sup>19</sup> MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 817; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 48; MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 30.

<sup>20</sup> MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 30.

<sup>21</sup> MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 817; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 48 und 53 ff.; MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 30 ff.

<sup>22</sup> MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 53.

<sup>23</sup> MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 55.

<sup>24</sup> RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1130; GÄCHTER, N 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 269; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 1 N 54 ff.; BIAGGINI, Art. 35 BV N 6.

<sup>25</sup> WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 4; BIAGGINI, Art. 35 BV N 6; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 32 ff. und 40 ff.; SCHWEIZER, SG-Kommentar, Art. 35 BV N 9. Heute anerkennt auch MÜLLER selbst, dass eine klare Aufspaltung der Teilgehalte nicht möglich ist. Vgl. MÜLLER, allgemeine Bemerkungen, N 31.

<sup>26</sup> Botschaft BV, S. 192; WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 11; BIAGGINI, Art. 35 BV N 3 f.; TSCHANNEN, Kap. 7 N 21; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 2 ff.

<sup>27</sup> WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 12; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 3. Vgl. dagegen SCHWEIZER, SG-Kommentar, Art. 35 BV N 6.

<sup>28</sup> RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1144; TSCHANNEN, Kap. 7 N 21; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 4; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 44 ff.; SCHWEIZER, SG-Kommentar, Art. 35 BV N 6.

<sup>29</sup> Botschaft BV, S. 192; Urteil des BGer 1P.523/2003 vom 12. Mai 2004, E. 4.3.2; MARTENET, S. 244.

kung»)<sup>30</sup> und zum anderen die Verpflichtung, die Grundrechte zu schützen und zu fördern<sup>31</sup> («*Verwirklichungspflicht i.e.S.*»)<sup>32</sup>. Der Verwirklichungsauftrag spricht somit auch die *programmatische Schicht* der Grundrechte an und verpflichtet damit den Gesetzgeber, dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte im Rahmen der Rechtsetzung Rechnung zu tragen.<sup>33</sup> Selbst wenn es sich um einen *verbindlichen* Verwirklichungsauftrag handelt, hat der Gesetzgeber bei der konkreten Ausgestaltung einen grossen *Abwägungsspielraum*.<sup>34</sup>

### 2.3 Besondere Verantwortung des Gesetzgebers

Wie erläutert wurde, hat der Gesetzgeber einen verbindlichen Handlungsauftrag zur Grundrechtsverwirklichung, womit ihm eine besondere Verantwortung zukommt. Denn selbst wenn Grundrechte grundsätzlich direkt anwendbar sind, so ist deren umfassende Verwirklichung in der Gesellschaft erst durch diese gesetzgeberische Umsetzung möglich.<sup>35</sup> In diesem Sinne wird der *Grundrechtsschutz* durch die einfache Gesetzgebung *konkretisiert und vervollständigt*.<sup>36</sup>

Die Verantwortung der Legislative wird dadurch akzentuiert, dass die *gerichtliche Korrekturmöglichkeit zur Erfüllung der Verpflichtung begrenzt ist*.<sup>37</sup> Zum einen ist die abstrakte Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und Bundesverordnungen unzulässig.<sup>38</sup> Dies bedeutet, dass lediglich kantonale Erlasse angefochten und ganz oder teilweise aufgehoben werden können.<sup>39</sup> Zwar können Erlasse des Bundes im Rahmen der konkreten Normenkontrolle vorfrageweise überprüft werden, doch bildet das Anwendungsgebot von Art. 190 BV eine bedeutsame *rechtliche Schranke*, sodass

---

<sup>30</sup> WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 14; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 6 f; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 117.

<sup>31</sup> Botschaft BV, S. 192; MARTENET, S. 244.

<sup>32</sup> WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 14; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. N 8 ff; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 120.

<sup>33</sup> TSCHANNEN, Kap. 7 N 33; MARTENET, S. 244; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 986; GÄCHTER, N 46; WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 14 und 16. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 47. Vgl. BIAGGINI, Art. 35 BV N 5 f. und MAHON, N 6, die gar von «Rechtsetzungsauftrag» sprechen.

<sup>34</sup> WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 15; BIAGGINI, Art. 35 BV N 5; TSCHANNEN, Kap. 7 N 33; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 6 N 10; MARTENET, S. 246; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 269 und 273; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 434; AUBERT, S. 162.

<sup>35</sup> TSCHANNEN, Kap. 7 N 20; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1149; SALADIN, S. LVI.

<sup>36</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 9 und 55; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 4 N 47; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 31; SALADIN, S. LVI.

<sup>37</sup> MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 32; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 56; AUBERT, S. 162.

<sup>38</sup> Art. 189 Abs. 4 BV. Vgl. dazu TSCHANNEN, Kap. 8 N 6 und Kap. 11 N 17a; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1931 und 1955. BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 N 13; SCHWEIZER, SG-Kommentar, Art. 35 BV N 30; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 68 ff. Zur Untätigkeit des Bundesgesetzgebers vgl. MÜLLER, Soziale Grundrechte, S. 910.

<sup>39</sup> In BGE 137 I 305 (Zuger Gleichstellungskommission) hat das Bundesgericht festgehalten, dass auch die Untätigkeit des kantonalen Gesetzgebers angefochten werden kann, sofern die Verfassung einen klaren und bestimmten Gesetzgebungsauftrag enthält, sodass der Beschwerdeführer einen vertretbaren potenziellen Anspruch geltend machen kann. Im vorliegenden Fall bejahte das Bundesgericht einen solchen Anspruch im Falle des Gesetzgebungsauftrags von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV. Es betonte jedoch, dass dem Kanton in der Wahl der Mittel ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt, sodass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, zwischen den möglichen Massnahmen auszuwählen.

auch ein verfassungswidriges Bundesgesetz stets angewendet werden muss.<sup>40</sup> Damit kommt der Bundesversammlung die «primäre Verantwortung»<sup>41</sup> für die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen zu.<sup>42</sup> Zum anderen besteht neben dieser rechtlichen auch eine *funktionelle Schranke* der Verfassungsgerichtsbarkeit, welche auch gegenüber kantonalen Erlassen zum Tragen kommt.<sup>43</sup> So sind die Gerichte zwar zur Überwachung politischer Prozesse beauftragt, müssen dabei aber im Hinblick auf das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip auch die entgegenstehenden gesetzgeberischen Interessen beachten.<sup>44</sup> Es ist somit nicht Sache des Richters, zwischen verschiedenen grundrechtskonformen Lösungen zu wählen.<sup>45</sup> In diesem Sinne spricht TSCHANNEN vom «Gestaltungsprimat des Gesetzgebers».<sup>46</sup> Grundrechte als objektive Wertungsprinzipien geben lediglich das Ziel vor. Es liegt aber am Gesetzgeber zu entscheiden, wie dieses Ziel erreicht wird.<sup>47</sup> Das Gericht hat somit lediglich zu prüfen, ob die «essentiellen Verfassungsstandards»<sup>48</sup> respektiert wurden.<sup>49</sup> Im Falle einer Verletzung kann seine fehlende demokratische Legitimation dazu führen, die Verfassungswidrigkeit lediglich förmlich festzustellen und den Gesetzgeber in der Form eines Appells zum Tätigwerden aufzufordern,<sup>50</sup> allenfalls verbunden mit einer Anpassungsfrist.<sup>51</sup>

---

<sup>40</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1930; 1955 und 2086 ff.; TSCHANNEN, Kap. 8 N 6 ff. und Kap. 10 N 6 ff.; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 N 16.

<sup>41</sup> TSCHANNEN, Kap. 8 N 8.

<sup>42</sup> TSCHANNEN, Kap. 8 N 8; AUBERT, S. 162.

<sup>43</sup> TSCHANNEN, Kap. 11 N 22; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 N 21.

<sup>44</sup> RÜTSCHKE, S. 279 ff.; TSCHANNEN, Kap. 11 N 22.

<sup>45</sup> RÜTSCHKE, S. 279 ff.; TSCHANNEN, Kap. 11 N 22; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 N 21.

<sup>46</sup> TSCHANNEN, Kap. 11 N 22.

<sup>47</sup> BGE 137 I 305, E. 3.1 S. 317 und E. 4 S. 320. Vgl. auch Fn. 39. BIAGGINI, Art. 35 BV N 5; WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 15; AUBERT, S. 165.

<sup>48</sup> TSCHANNEN, Kap. 11 N 22.

<sup>49</sup> TSCHANNEN, Kap. 11 N 22; AUBERT, S. 165.

<sup>50</sup> BGE 131 I 74, E. 6.1 S. 84; BGE 110 Ia 7, E. 6 S. 26; RÜTSCHKE, S. 297; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 N 193; TSCHANNEN, Kap. 11 N 23.

<sup>51</sup> BGE 137 V 210, E. 5 S. 266; BGE 136 II 120 E. 3.5.3 S. 131; BGE 117 V 318 E. 4c S. 323; TSCHANNEN, Kap. 11 N 23; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 N 28. Kritisch hingegeben RÜTSCHKE, S. 301.



### 3 Umsetzung in der Gesetzgebung

Angesichts der Grundrechtsverpflichtung des Gesetzgebers und der damit einhergehenden besonderen Verantwortung soll in diesem Kapitel die Umsetzung dieser Verpflichtung dargestellt werden. Die Untersuchung, ob und wie die Grundrechtsverpflichtung umgesetzt wurde, erfolgt primär anhand des Grundrechts der Menschenwürde und des Diskriminierungsverbots, weil diese Grundrechte zum einen eine starke programmatische Dimension aufweisen<sup>52</sup> und zum andern in mehreren kürzlich in Kraft getretenen<sup>53</sup> oder beschlossenen<sup>54</sup> Gesetzesänderungen von Bedeutung sind. Im Bewusstsein, dass weitere Grundrechte betroffen sind, wird wo nötig auch darauf eingegangen.

#### 3.1 Schutz der Menschenwürde

##### 3.1.1 *Programmatishcher Gehalt*

Die Menschenwürde (Art. 7 BV) ist eine unbestimmte und konkretisierungsbedürftige Minimalgarantie.<sup>55</sup> Sie betrifft «das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen und ist [...] ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit.»<sup>56</sup> Positiv ausgedrückt schützt die Menschenwürde damit die Subjektqualität des Menschen und bringt die prinzipielle Gleichwertigkeit aller Menschen zum Ausdruck.<sup>57</sup> Negativ ausgedrückt schützt sie den Menschen vor erniedrigender, demütigender Behandlung und vor dessen Instrumentalisierung oder Verdinglichung.<sup>58</sup>

Auf objektiv-rechtlicher Ebene gilt die Menschenwürde als *tragendes Konstitutionsprinzip und allgemeiner Ziel- und Leitwert*, an dem sich die ganze Rechtsordnung zu orientieren hat.<sup>59</sup> Diese Verpflichtung bezieht sich auf sämtliche Rechtsgebiete, ist jedoch im Medizinalrecht von besonderer Bedeutung, weshalb die Bundesverfassung den Gesetzgeber auffordert, sich am Schutz der Menschenwürde auszurichten.<sup>60</sup>

Nachfolgend wird zuerst auf die Umsetzung im Bereich der Gentechnologie und anschliessend auf jene im Bereich der Transplantationsmedizin eingegangen.

---

<sup>52</sup> Bezüglich der Menschenwürde vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 315; MAHON, N 43. Bezüglich des Diskriminierungsverbots vgl. BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 35; DUBEY, Volume II, N 3181; MÜLLER/SCHÉFER, S. 565. In diese Richtung AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1031.

<sup>53</sup> Bezüglich Transplantationsgesetz AS 2016 1163 (in Kraft seit 15. November 2017). Bezüglich BüG AS 2016 2561 (in Kraft seit 1. Januar 2018).

<sup>54</sup> Bezüglich GUMG: Beschluss der Bundesversammlung vom 15. Juni 2018, Ablauf der Referendumsfrist: 4. Oktober 2018, BBl 2018 3509.

<sup>55</sup> BGE 143 IV 77, E. 4.1 S. 82; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 10 N 9 ff.; BELSER/WALDMANN Kap. 1 N 13. RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, N 166; DUBEY, Volume II, N 1173 ff.

<sup>56</sup> BGE 132 I 49, E. 5.1 S. 55.

<sup>57</sup> BELSER/WALDMANN, Kap. 1 N 18 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 10 N 8; RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, N 166 ff.; DUBEY, Volume II, N 1178 ff.

<sup>58</sup> BELSER/WALDMANN, Kap. 1 N 19; DUBEY, Volume II, N 1175.

<sup>59</sup> MAHON, N 43; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 315; DUBEY, Volume II, N 1186 ff.; BELSER/WALDMANN, Kap. 1 N 22 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 10 N 6; RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, N 176 ff.

<sup>60</sup> Art. 118b Forschung am Menschen; Art. 119 Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich; Art. 119a Transplantationsmedizin.

### 3.1.2 Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen

#### 3.1.2.1 Ausgangslage

Genetische Untersuchungen im Sinne des neu beschlossenen GUMG<sup>61</sup> sind Untersuchungen zur Abklärung von Eigenschaften des menschlichen Erbguts.<sup>62</sup> In den letzten Jahren wurden in der Entschlüsselung des Erbguts *grosse technische Fortschritte* erzielt, sodass Gentests nun einfach und kostengünstig durchgeführt werden können.<sup>63</sup> Als Folge davon sind genetische Untersuchungen einem breiten Publikum zugänglich und zwar auch solche zur Abklärung von Eigenschaften ausserhalb des medizinischen Bereichs («Lifestyle-Untersuchung»). Im geltenden GUMG ist unklar, ob solche Untersuchungen zulässig sind.<sup>64</sup> Im Weiteren können heutige pränatale Bluttests bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt der Schwangerschaft ohne Risiko für das ungeborene Kind oder die Mutter Eigenschaften des ungeborenen Kindes feststellen, wie zum Beispiel das Geschlecht oder auch Fehlentwicklungen.<sup>65</sup>

Mit der Revision des GUMG wird zum einen dessen Geltungsbereich erweitert, sodass auch die Zulässigkeit solcher Tests für Untersuchungen ausserhalb des medizinischen Bereichs erfasst wird.<sup>66</sup> Dabei sind nun solche «Lifestyle-Untersuchungen» *grundsätzlich zulässig*,<sup>67</sup> womit zum Beispiel Analysen zur sportlichen Veranlagung oder Optimierung der Ernährungsweise ermöglicht werden.<sup>68</sup> Es werden Rahmenbedingungen aufgestellt, sodass zum Beispiel solche Tests nicht an Embryos oder urteilsunfähigen Personen durchgeführt werden dürfen<sup>69</sup> und dass Versicherer solche genetischen Daten nicht verlangen dürfen.<sup>70</sup>

Im Bereich der *vorgeburtlichen Untersuchungen* wird nun festgehalten, dass weiterhin nur Eigenschaften abgeklärt werden dürfen, welche die Gesundheit des Embryos direkt beeinträchtigen.<sup>71</sup> Zudem wird neu statuiert, dass das Geschlecht des Ungeborenen den Eltern erst nach der zwölften Schwangerschaftswoche mitgeteilt werden darf.<sup>72</sup>

---

<sup>61</sup> Beschluss der Bundesversammlung vom 15. Juni 2018, Ablauf der Referendumsfrist: 4. Oktober 2018, BBl 2018 3509.

<sup>62</sup> Art. 3 lit. a nGUMG.

<sup>63</sup> Faktenblatt Totalrevision GUMG, S. 2.

<sup>64</sup> Faktenblatt Totalrevision GUMG, S. 2.

<sup>65</sup> Botschaft GUMG, S. 5611; Faktenblatt Totalrevision GUMG, S. 2.

<sup>66</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. b nGUMG; Botschaft GUMG, S. 5617.

<sup>67</sup> Art. 31 nGUMG. Damit können nun Abklärungen zu physiologischen Eigenschaften, zu persönlichen Eigenschaften (Charakter, Verhalten, Intelligenz) oder zu ethischen, die Herkunft betreffenden Eigenschaften (Abstammung) gemacht werden.

<sup>68</sup> Botschaft GUMG, S. 3521.

<sup>69</sup> Art. 16 und 17 nGUMG a contrario.

<sup>70</sup> Art. 37 nGUMG.

<sup>71</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. a nGUMG; Botschaft GUMG, S. 5624.

<sup>72</sup> Art. 17 Abs. 2 lit. a nGUMG; Botschaft GUMG, S. 5624.

### 3.1.2.2. *Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien*

Im Gesetzgebungsverfahren wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass die neuen technischen Möglichkeiten wichtige gesellschaftspolitische und ethische Fragen aufwerfen.<sup>73</sup> Obwohl der Schutz der Menschenwürde im Umgang mit menschlichem Erbgut explizit in der Bundesverfassung verankert ist<sup>74</sup> und im Zweckartikel des nGUMG ebenfalls enthalten ist,<sup>75</sup> wird er in der Vernehmlassung kaum erwähnt. Vielmehr wird der Schutz der Persönlichkeit und die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts betont.<sup>76</sup> Sogar in den parlamentarischen Beratungen wurde meist nur *pauschal* auf diesen doch eigentlich fundamentalen Leitgrundsatz der Menschenwürde Bezug genommen, um das Spannungsverhältnis zwischen ethisch-moralischen Vorstellungen und wissenschaftlichem Fortschritt aufzulösen.<sup>77</sup>

Die Erfassung von neu zulässigen *Lifestyle-Untersuchungen* fand in der Vernehmlassung breite Zustimmung<sup>78</sup> und auch in den parlamentarischen Beratungen wurde diesbezüglich der Schutz der Menschenwürde höchstens implizit thematisiert, indem auf die Gefahr der Kommerzialisierung und den Persönlichkeits- und Missbrauchsschutz hingewiesen wurde.<sup>79</sup> Ein möglicher Grund dafür ist meines Erachtens, dass bereits im bundesrätlichen Vorentwurf die einschränkenden Rahmenbedingungen bezüglich Personenkreis und Verwertungsverbot des Versicherers vorgesehen waren.<sup>80</sup> Nach hier vertretener Auffassung können diese Einschränkungen als Schutzmassnahme zu Gunsten der Menschenwürde gewertet werden, denn andernfalls würden solche Lifestyle-Untersuchungen den Eltern bzw. Versicherern ermöglichen, Menschen in Kategorien von verschiedenem Wert einzuteilen, was dem Prinzip der Gleichwertigkeit aller Menschen zuwiderlaufen würde.<sup>81</sup>

Im Bereich der *Pränataldiagnostik* wurden ethische Aspekte zwar vertiefter thematisiert, wobei die Menschenwürde als solche jedoch kaum explizit erwähnt wurde.<sup>82</sup> Diskutiert wurde insbesondere, welche Eigenschaften von Embryos im Rahmen der pränatalen Untersuchung abgeklärt werden dürfen. Der Entwurf des Bundesrates sieht vor, dass nur die Abklärung von Eigenschaften zulässig ist, welche die Gesundheit des Embryos direkt beeinträchtigten.<sup>83</sup> In den parlamentarischen Beratungen verlangte ein Antrag der Minderheit jedoch, dass dies strenger zu regeln sei und forderte, dass die abzuklärenden Eigenschaften die Gesundheit des Embryos direkt und *wesentlich* beeinträchtigen müssen.<sup>84</sup> Diese Einschränkung war im Vorentwurf bereits vorgesehen, ist jedoch in der Vernehmlassung wieder weggefallen, da der Begriff «schwerwiegend» zu unbestimmt sei und Anlass zu

---

<sup>73</sup> Botschaft GUMG, S. 5604; Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 18; AB N 2018 2; AB N 2018 7 f.; AB S 2018 327 f.; AB S 2018 334.

<sup>74</sup> Art. 119 Abs. 2 BV.

<sup>75</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a nGUMG.

<sup>76</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 60.

<sup>77</sup> AB N 2018 2 f.; AB N 2018 5 ff.; AB S 2018 327; AB S 2018 331.

<sup>78</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 4 und 9.

<sup>79</sup> AB N 2018 3; AB N 2018 5 ff.; AB N 2018 10; AB S 2018 333.

<sup>80</sup> Art. 14, 15 und 36 Vorentwurf GUMG.

<sup>81</sup> Vgl. Kap. 3.1.1, S. 7.

<sup>82</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 18 ff.; AB N 2018 15 ff.

<sup>83</sup> Art. 17 Entwurf GUMG.

<sup>84</sup> AB N 2018 15 f.

«willkürlichen Interpretationen»<sup>85</sup> biete.<sup>86</sup> Auch in den parlamentarischen Beratungen wurde dieser Minderheitsantrag mit denselben Argumenten abgelehnt.<sup>87</sup>

Meines Erachtens sind diese in der Vernehmlassung und den parlamentarischen Beratungen angebrachten Zweifel kritisch zu hinterfragen und auch die befürwortenden Stimmen zu würdigen. Zum einen gilt es festzuhalten, dass die Menschenwürde auch eine flankierende Dimension aufweist und damit ein Massstab für die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist.<sup>88</sup> Überzeugend ist meines Erachtens auch die Stellungnahme der nationalen Ethikkommission, dass die Einschränkung im Sinne einer Appellnorm ins Gesetz aufgenommen werden und die Interpretationsproblematik durch ein entsprechendes Mandat des Bundesrates angegangen werden soll.<sup>89</sup> Zum anderen weisen die Stellungnahmen, welche die strengere Regelung befürworteten, durchaus auf berechnete Aspekte hin. So wird davor gewarnt, dass ohne die Präzisierung «schwerwiegend» vorschnell gewisse Diagnosen mit einem leidvollen Leben gleichgesetzt werden, sodass Schwangerschaftsabbrüche bereits aufgrund einer leichten Behinderung in Erwägung gezogen werden.<sup>90</sup> Des Weiteren wird vorgebracht, dass die Verschärfung unerwünschten Formen der Eugenetik entgegentreten will, weshalb gar gefordert wird, dass pränatale Untersuchungen nur zu therapeutischen Zwecken durchgeführt werden sollen, das heisst um die Schwangerschaft erfolgreich zum Abschluss zu bringen.<sup>91</sup> Diese Argumentation ist meines Erachtens insoweit begründet, als dass dadurch der werdenden Mutter die Möglichkeit gar nicht gegeben wird, über den «Wert» des Embryos zu befinden und sich allenfalls aufgrund einer Beeinträchtigung zur Abtreibung zu entscheiden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Schutz der Menschenwürde zwar kaum explizit thematisiert wurde, das Schutzanliegen jedoch implizit zum Ausdruck kam, sei es durch einschränkende Rahmenbedingungen oder durch die Diskussion der moralischen und ethischen Aspekte. Meines Erachtens wäre eine ausdrückliche Würdigung im Lichte der Menschenwürde jedoch angemessen und wünschenswert gewesen.

### **3.1.3 Transplantationsgesetz**

#### **3.1.3.1 Ausgangslage**

Beim Transplantationsgesetz handelt es sich um eine Teilrevision, die im vergangenen Jahr in Kraft getreten ist.<sup>92</sup> Die hier erläuterte Änderung betrifft eine Bestimmung von erheblicher Bedeutung. Diese Regel hat in der Praxis jedoch Schwierigkeiten bereitet.<sup>93</sup>

---

<sup>85</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 20.

<sup>86</sup> Botschaft GUMG, S. 5631; Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 19 f.

<sup>87</sup> AB N 2018 16; AB N 2018 19.

<sup>88</sup> BELSER/WALDMANN, Kap. 1 N 25; MAHON, N 43; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Kap. 10 N 6.

<sup>89</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 20; Botschaft GUMG, S. 5631.

<sup>90</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 19; AB N 2018 15 ff.

<sup>91</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 19 f.; AB N 2018 15 f. Dies ist auch das Hauptargument des Bundesrates für die strengere Variante in seinem Vorentwurf, vgl. Botschaft GUMG, S. 5630.

<sup>92</sup> AS 2016 1163 (in Kraft seit 15. November 2017).

<sup>93</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2333.

Im heutigen Transplantationsgesetz ist für die Organentnahme die *erweiterte Zustimmungslösung* vorgesehen. Dies bedeutet, dass eine Organentnahme nur zulässig ist, wenn die Zustimmung der betroffenen Person vorliegt oder, falls eine solche fehlt, wenn die nächsten Angehörigen eine stellvertretende Zustimmung zur Entnahme geben.<sup>94</sup>

Heute ist es aber so, dass die meisten Personen in einem Spital nicht unter voller Therapie sterben, sondern dass bei einem aussichtslosen Gesundheitszustand die Therapie abgebrochen wird, woraufhin die Patienten innert kurzer Zeit sterben.<sup>95</sup> Da solche Personen als potenzielle Organspender in Frage kommen, sind bereits nach Therapieabbruch *vorbereitende Massnahmen nötig*, um die medizinische Eignung abzuklären und allenfalls die Funktionsfähigkeit der Organe bis zu einer allfälligen Entnahme sicherzustellen.<sup>96</sup> Für diese vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod verlangt das frühere wie auch das revidierte Gesetz ausdrücklich die Zustimmung der betroffenen Person.<sup>97</sup> Im früheren Transplantationsgesetz war jedoch nicht geregelt, ob die nächsten Angehörigen auch bereits für diese Vorbereitungsmaßnahmen vor dem Tod subsidiär stellvertretungsbefugt sind, wenn die betroffene Person diesbezüglich keinen Willen geäussert hat bzw. urteilsunfähig ist.<sup>98</sup>

Das Gesetz unterscheidet somit ausdrücklich zwischen der Zustimmung zur Organentnahme, wo die Angehörigen vertretungsberechtigt sind, und der Zustimmung zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen vor dem Tod, wo unklar ist, ob die Angehörigen vertretungsberechtigt sind.<sup>99</sup> Im revidierten Transplantationsgesetz wird nun deshalb klar geregelt, dass die nächsten Angehörigen auch die stellvertretende Zustimmung zu vorbereitenden Massnahmen geben können, wenn solche Massnahmen für eine erfolgreiche Transplantation unerlässlich sind und für die spendende Person nur mit minimalen Risiken und Belastungen verbunden sind.<sup>100</sup>

### 3.1.3.2. Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien

Wie im Bereich der Gentechnologie im Humanbereich ergibt sich der Schutzauftrag zu Gunsten der Menschenwürde im Bereich der Transplantationsmedizin ebenfalls explizit aus der Bundesverfassung.<sup>101</sup>

Obwohl die Ausweitung der Vertretungsberechtigung auf vorbereitende medizinische Massnahmen vor dem Tod im Grundsatz befürwortet worden ist, wurde jedoch auch deren *Vereinbarkeit mit der Menschenwürde kritisch hinterfragt*.<sup>102</sup> Besonders im Vernehmlassungsverfahren wurde in einigen Stellungnahmen erwähnt, dass mit dieser Änderung eine Instrumentalisierung der urteilsunfähigen Person einhergehe und die Interessen der Transplantationsmedizin in den Vordergrund rückten.<sup>103</sup>

---

<sup>94</sup> Art. 8 Transplantationsgesetz.

<sup>95</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2333.

<sup>96</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2333.

<sup>97</sup> Art. 10 a Transplantationsgesetz; Art. 10 Transplantationsgesetz.

<sup>98</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2237.

<sup>99</sup> Art. 10 a Transplantationsgesetz; Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2342.

<sup>100</sup> Art. 10 Abs. 3 Transplantationsgesetz.

<sup>101</sup> Art. 119b BV.

<sup>102</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2384; Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, S. 14 f.

<sup>103</sup> Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, Stellungnahme des SEK (Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund) S. 14 f.

Da die Zustimmung erfolgen kann, nachdem entschieden worden ist, die lebenserhaltende Massnahme abzubrechen, ist damit mittelbar auch die Frage der Verfügbarkeit bzw. das Anliegen verbunden, ein Spendenorgan zur Behandlung eines anderen Menschen zu haben.<sup>104</sup> Dieser ethische Konflikt wird insbesondere im Lichte des Instrumentalisierungsverbots als problematisch erachtet, da der potenzielle Spender zum blossen Mittel degradiert werde.<sup>105</sup> Des Weiteren wurde kritisiert, dass das Prinzip, wonach der Stellvertreter nur in Eingriffe einwilligen könne, die im objektiven Wohl des Patienten liegen, stark relativiert würde.<sup>106</sup> Vorbereitende medizinische Massnahmen werden nämlich nicht im Interesse des Patienten vorgenommen, sondern können gar gewisse Risiken für ihn mit sich bringen.<sup>107</sup> Solche Massnahmen haben einzig zum Zweck, die Funktionsfähigkeit der Organe im Hinblick auf eine Entnahme zu erhalten.

Aufgrund dieser Anregung hat sich der *Bundesrat in seiner Botschaft* an die Bundesversammlung eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob die vorbereitenden medizinischen Massnahmen dem objektiven Wohl des Patienten entsprechen, wozu er sich auf ein vom BAG eingeholtes Rechtsgutachten stützte.<sup>108</sup> Um das Spannungsverhältnis zwischen dem Patientenwohl des potenziellen Spenders einerseits und der Berücksichtigung der Bedürfnisse des schwer kranken Organbedürftigen andererseits aufzulösen, nimmt er eine *liberale Auslegung des objektiven Wohls* vor.<sup>109</sup> Demnach hält er fest, dass es sich beim potenziellen Spender um einen Patienten in einer aussichtslosen Situation handelt. Der Patient befindet sich im Sterbeprozess und deshalb können keine therapeutischen Ziele mehr angestrebt werden.<sup>110</sup> Bei der Definition seines objektiven Wohles gehe es somit nicht um das Wohl im Sinne der Genesung oder Lebensrettung, sondern vielmehr um das Wohl im Sinne eines würdevollen Sterbens. Schliesslich folgert der Bundesrat, dass bei einer solchen liberalen Auslegung des objektiven Wohls die vorbereitenden medizinischen Massnahmen das Interesse an einem würdevollen Sterben nicht beeinträchtigen.<sup>111</sup> Des Weiteren hat der Bundesrat auch festgehalten, dass *keine Instrumentalisierung* des urteilsunfähigen Patienten zu befürchten sei, weil die Angehörigen nur in medizinische Vorbereitungsmassnahmen zustimmen können, wenn zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss die Vorbereitungsmassnahme für die erfolgreiche Transplantation unerlässlich sein und zweitens dürfen mit dieser Vorbereitungsmassnahme für die spendende Person nur minimale Risiken verbunden sein.<sup>112</sup>

Während der *Ständerat* diese vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung zur Ausweitung der Vertretungsberechtigung auf vorbereitende Massnahmen mit diesen Rahmenbedingungen unverändert übernahm,<sup>113</sup> wurde in den *Beratungen des Nationalrats* ein Änderungsantrag der nationalrätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit diskutiert und schliesslich angenommen.<sup>114</sup> Es

---

<sup>104</sup> Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, Stellungnahme der Universität Bern, Theologische Fakultät, S. 13 f.

<sup>105</sup> Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, S. 13 f.

<sup>106</sup> Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, S. 14 f.

<sup>107</sup> Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, S. 15; Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2384.

<sup>108</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2338.

<sup>109</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2338.

<sup>110</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2338.

<sup>111</sup> Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2239.

<sup>112</sup> Art. 10 Abs. 3 Entwurf Transplantationsgesetz; Botschaft Transplantationsgesetz, S. 2352.

<sup>113</sup> AB S 2013 990 ff.

<sup>114</sup> AB 2015 N 147.

handelt sich um eine bereits im Vernehmlassungsverfahren angedeutete Kritik, dass die Voraussetzungen, unter welchen die nächsten Angehörigen die Zustimmung zu Vorbereitungsmaßnahmen geben können, zu unbestimmt seien.<sup>115</sup> Insbesondere sei unklar, welche Massnahmen «unerlässlich» seien bzw. nur mit «minimale[n] Risiken und Belastungen» verbunden seien.<sup>116</sup> Aus diesem Grund hat die Kommission eine Ergänzung beantragt, indem sie vorschlägt, dass der Bundesrat auf Verordnungsstufe festlegen soll, welchen vorbereitenden Massnahmen nicht vertretungsweise zugestimmt werden könne.<sup>117</sup> Durch die Erstellung einer Negativliste soll ein würdevolles Sterben ohne unnötige Schmerzsrisiken sichergestellt werden.<sup>118</sup> Im Rahmen eines Einzelantrags wurde jedoch eine noch präzisere Regelung verlangt, indem klare Massnahmen im Gesetz aufgelistet werden sollen, welche aufgrund ihrer Belastung für den Spender von einer stellvertretenden Zustimmung ausgeschlossen sind.<sup>119</sup> Während der restriktive Einzelantrag deutlich abgelehnt wurde,<sup>120</sup> ist der Änderungsantrag der Kommission sowohl vom Nationalrat als auch vom Ständerat ohne weiteres angenommen worden.<sup>121</sup> Insbesondere wurde hervorgehoben, dass durch eine Regelung in der Verordnung auch Innovationen und technischen Fortschritten in diesem Bereich angemessen Rechnung getragen werden könne.<sup>122</sup>

In Anbetracht der Diskussionen bei den Gesetzgebungsarbeiten kommt der Schutz der Menschenwürde als fundamentales Konstitutionsprinzip deutlich zum Ausdruck. Ausserdem ist meines Erachtens bemerkenswert, dass auch die grundsätzlich befürwortenden Stimmen die Gesetzesänderung im Lichte der Menschenwürde hinterfragt und auf Unklarheiten hingewiesen haben.

### 3.1.4 Fazit

Während in den Gesetzgebungsarbeiten zum GUMG der Menschenwürde nur implizit durch die Diskussion moralisch-ethischer Fragen Rechnung getragen wurde, hat man sich bei der Teilrevision des Transplantationsgesetzes explizit und vertieft damit auseinandergesetzt.

Bei beiden Gesetzgebungsverfahren kam jedoch deutlich zum Ausdruck, dass die Menschenwürde weitgehend unbestimmt ist und *auf verschiedene Arten konkretisiert werden kann*. Im Rahmen der Arbeiten zum GUMG galt es dem technischen Fortschritt Rechnung zu tragen, wobei beim Transplantationsgesetz die Interessenkollision zum Bedürfnis der auf ein gespendetes Organ Angewiesenen im Vordergrund stand. Angesichts der verschiedenen Einzel- und Minderheitsanträge wurde auch der Gestaltungsspielraum bei diesem Konkretisierungsprozess deutlich, sodass der Menschenwürde je nach Position mehr oder weniger Gewicht zukam und es nicht «die Lösung» per se gibt.

---

<sup>115</sup> Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, S. 13.

<sup>116</sup> Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, S. 14; AB N 2015 144; AB 2015 N 147 ff.

<sup>117</sup> AB N 2015 147.

<sup>118</sup> AB N 2015 147.

<sup>119</sup> AB N 2015 141.

<sup>120</sup> AB N 2015 147.

<sup>121</sup> AB N 2015 147; AB S 2015 441.

<sup>122</sup> AB N 2015 144.

## 3.2 Diskriminierungsverbot

### 3.2.1 *Programmatischer Gehalt*

Das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) ist eine Ergänzung und Spezifizierung zum allgemeinen Gleichheitssatz (Abs. 1).<sup>123</sup> Es schützt den Menschen vor einer herabwürdigenden Behandlung allein aufgrund von Merkmalen oder Zugehörigkeiten, die er nicht oder nur schwer ändern kann, die jedoch einen wesentlichen Bestandteil seiner Identität ausmachen.<sup>124</sup> Diese verpönten Anknüpfungsmerkmale sind lediglich beispielhaft in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählt.<sup>125</sup> Durch den Schutz vor abwertender, erniedrigender Andersbehandlung gewisser Personengruppen weist das Diskriminierungsverbot zudem einen engen Bezug zur Menschenwürde auf.<sup>126</sup>

Selbst wenn ein grosser Teil der Lehre die programmatische Dimension des Diskriminierungsverbots nicht explizit darstellt, kann nach hier vertretener Ansicht dem anderen Teil der Lehre zugestimmt werden, wonach auch das Diskriminierungsverbot einen *beträchtlichen objektiv-rechtlichen Gehalt aufweist*.<sup>127</sup> Demnach erteilt das Diskriminierungsverbot dem Staat einen positiven Schutzauftrag, wonach der Staat dafür sorgen muss, dass bestimmte identitätsbildende Eigenschaften in der sozialen Wirklichkeit nicht zum benachteiligenden Faktor werden.<sup>128</sup> In diesem Sinne wird der Staat, insbesondere der Gesetzgeber, verpflichtet Massnahmen zur tatsächlichen Bekämpfung von stereotypisierenden Rollenbildern und von sozialer Ausgrenzung zu treffen.<sup>129</sup> Für diese Auffassung spricht zum einen die enge Verknüpfung mit der Menschenwürde, wodurch sich die objektivrechtliche Pflicht ergibt, für den effektiven Schutz der Wertschätzung eines Menschen als Person zu sorgen<sup>130</sup> und zum anderen mit dem Hintergrund bzw. der inneren Stossrichtung der Norm, den Menschen vor gesellschaftlicher Kategorisierung zu schützen.<sup>131</sup> Des Weiteren ist zu erwähnen, dass sich die allgemeine Bestimmung zur Grundrechtsverwirklichung nach Art. 35 BV auch auf das Diskriminierungsverbot bezieht.<sup>132</sup>

---

<sup>123</sup> KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Kap. 35 N 5; BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 23; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1885.

<sup>124</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 774; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Kap. 35 N 4 ff; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1889 ff.

<sup>125</sup> BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 24; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Kap. 35 N 15 ff.

<sup>126</sup> BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 23; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Kap. 35 N 18.

<sup>127</sup> BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 35; MÜLLER/SCHEFER, S. 685; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 292 ff. und 385 ff. In diese Richtung DUBEY, Volume II, N 3181.

<sup>128</sup> WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 385 f; BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 35; MÜLLER/SCHEFER, S. 685.

<sup>129</sup> MÜLLER/SCHEFER, S. 685; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 385 f; BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 35.

<sup>130</sup> BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 35; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 386.

<sup>131</sup> WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 386.

<sup>132</sup> Kap. 2.2.2, S. 4. Vgl. auch WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 387, wonach dieser Begründungsansatz alleine zu grobmaschig wäre.



### 3.2.2 *Bürgerrechtsgesetz*

#### 3.2.2.1. *Ausgangslage*

Das neu revidierte Bürgerrechtsgesetz ist auf den 1. Januar dieses Jahres in Kraft getreten.<sup>133</sup> Im Rahmen der hier erläuterten Änderung wird vor allem auf Einbürgerungsvoraussetzungen eingegangen, insbesondere auf die materielle *Voraussetzung der «erfolgreichen Integration.»*

Schon unter dem bisherigen Recht war die Integration eine Voraussetzung für die Einbürgerung,<sup>134</sup> ohne dass deren Bedeutung jedoch näher umschrieben wurde. Da die Integration sowohl im Ausländergesetz als auch im Bürgerrechtsgesetz ein Schlüsselement ist, wurde ihre Bedeutung im revidierten Bürgerrechtsgesetz präzisiert<sup>135</sup> und an jene des Ausländerrechts angepasst.<sup>136</sup> Die neue Formulierung stimmt inhaltlich jedoch weitgehend mit dem bisherigen Recht überein.<sup>137</sup> In diesem Sinne zeigt sich eine erfolgreiche Integration unter anderem durch die Fähigkeit, sich in einer Landessprache zu verständigen, sowie im Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben oder dem Erwerb von Bildung.<sup>138</sup>

Im Unterschied zum bisherigen Recht wird nun jedoch der Sonderfall geregelt, wenn die Integrationskriterien aufgrund unverschuldeten Unvermögens nicht erfüllt werden können.<sup>139</sup> Diese Regelung geht zurück auf einen Entscheid des Bundesgerichts im Jahr 2008 bezüglich eines negativen Einbürgerungsentscheids einer körperlich behinderten Person, die aufgrund ihrer Behinderung sozialhilfeabhängig war und damit das Erfordernis der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit nicht erfüllte.<sup>140</sup> Das Bundesgericht hat in diesem Fall entschieden, dass durch die undifferenzierte Anwendung der Integrationskriterien auf behinderte Personen eine Konstellation der indirekten Diskriminierung vorliege,<sup>141</sup> die im vorliegenden Fall mangels einer qualifizierten Rechtfertigung Art. 8 Abs. 2 BV verletze.<sup>142</sup> Da sich eine undifferenzierte Anwendung des Integrationskriteriums des Sprachnachweises und der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit auch gegenüber anderen Personen, wie zum Beispiel Personen mit Lernschwäche oder psychischer Erkrankung, besonders nachteilig auswirken, wird nun in Art. 12 Abs. 2 des revidierten Bürgerrechtsgesetz explizit festgehalten, dass der besonderen Situation einer solchen Person angemessen Rechnung zu tragen sei.<sup>143</sup>

Als grundsätzliche Neuerung in Bezug auf die formelle Einbürgerungsvoraussetzung ist an dieser Stelle noch darauf hinzuweisen, dass das revidierte Bürgerrechtsgesetz nun das *Erfordernis einer*

---

<sup>133</sup> AS 2016 2561 (in Kraft seit 1. Januar 2018).

<sup>134</sup> Art. 15 Abs. 2 lit. c aBüG i.V.m. Art. 14 aBüG.

<sup>135</sup> Art. 11 lit. a BüG i.V.m. Art. 12 BüG.

<sup>136</sup> Art. 4 AuG. Vgl. auch Art. 54 AuG.

<sup>137</sup> Art. 14 aBüG; Art. 12 BüG.

<sup>138</sup> Art. 12 Abs. 1 lit. c und d.

<sup>139</sup> Art. 12 Abs. 2 BüG.

<sup>140</sup> BGE 135 I 49.

<sup>141</sup> BGE 135 I 49, E. 6.1 S. 58.

<sup>142</sup> BGE 135 I 49, E. 6.3 S. 63. Vgl. auch BGE 139 I 169, E. 7 S. 174.

<sup>143</sup> Botschaft BüG, S. 2832 und 2851. Art. 9 BüV konkretisiert zudem die besonderen persönlichen Verhältnisse, bei denen eine Abweichung von den Integrationskriterien möglich ist.

*Niederlassungsbewilligung* vorsieht.<sup>144</sup> Dies bedeutet, dass nur Personen mit einem solchen Aufenthaltsstatus überhaupt ein Einbürgerungsverfahren einleiten können.<sup>145</sup> Auf die Tragweite dieser neuen Voraussetzung wird später noch eingegangen.<sup>146</sup>

### 3.2.2.2. *Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien*

Wie soeben erläutert wurde, wurde mit der Revision des Bürgerrechts unter anderem die Verhinderung von indirekten Diskriminierungskonstellationen bezweckt, indem nun explizit eine differenzierte Anwendung der Integrationskriterien verlangt wird.

In den Gesetzgebungsmaterialien wurde diese Notwendigkeit auch mehrfach betont.<sup>147</sup> Insbesondere hat der *Bundesrat* in seiner Botschaft explizit auf den Bundesgerichtsentscheid von 2008 Bezug genommen und die Relevanz einer gesetzlichen Anpassung im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV hervorgehoben.<sup>148</sup> Überdies hat der *Bundesrat* das Erfordernis der Neuregelung auch mit der ebenfalls 2008 in Kraft getretenen Behindertenrechtskonvention (BRK) begründet.<sup>149</sup> Dies ist meines Erachtens umso erfreulicher, als dass die Schweiz in diesem Zeitpunkt den Beitritt zwar bereits beabsichtigte, die Ratifikation und das Inkrafttreten jedoch erst 2014 erfolgte.<sup>150</sup>

Auch im Rahmen der *Vernehmlassung* wurde der Vorentwurf mit diesem *Diskriminierungsschutz zugunsten behinderter Personen generell befürwortet*.<sup>151</sup> Da der Vorentwurf jedoch nur Personen erfasste, die aus psychischen oder physischen Gründen die Integrationskriterien nicht erfüllen können,<sup>152</sup> wurde vorgeschlagen, die Aufzählung der speziellen Fälle um weitere Personengruppen zu ergänzen.<sup>153</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Sprachkenntnisse und der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit wurde betont, dass der besonderen Situation von bildungsfernen Personen, Migranten, Flüchtlingen und Frauen Rechnung zu tragen sei.<sup>154</sup>

Der Sichtweise, dass sich die Integrationskriterien auch gegenüber gesunden Menschen aufgrund derer persönlicher Umstände nachteilig auswirken können, ist auch das *Parlament* gefolgt,<sup>155</sup> sodass sie schliesslich ins revidierte Bürgerrecht übernommen worden ist.<sup>156</sup> In der Verordnung wird konkretisiert, dass eine differenzierte Anwendung der Integrationskriterien auch bei Personen mit Erwerbsarmut, Wahrnehmung von Betreuungsaufgaben oder unverschuldeter Sozialhilfeabhängigkeit verlangt wird.<sup>157</sup>

---

<sup>144</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. a BüG.

<sup>145</sup> Botschaft BüG, S. 2836.

<sup>146</sup> Kap. 3.2.2.2, S. 19 und Kap. 3.2.3, S. 20.

<sup>147</sup> Botschaft BüG, S. 2832 und 2851 f; Vernehmlassungsbericht BüG, S. 23 ff. AB N 2013 248. AB S 2013 744.

<sup>148</sup> Botschaft BüG, S. 2851.

<sup>149</sup> Botschaft BüG, S. 285.

<sup>150</sup> AS 2014 1119.

<sup>151</sup> Vernehmlassungsbericht BüG, S. 25.

<sup>152</sup> Art. 12 Abs. 2 Vorentwurf BüG.

<sup>153</sup> Vernehmlassungsbericht BüG, S. 23 ff. Vgl. Art. 12 Abs. 2 Entwurf BüG.

<sup>154</sup> Vernehmlassungsbericht BüG, S. 23 f.

<sup>155</sup> AB N 2013 248; AB N 2013 251; AB S 2013 750.

<sup>156</sup> Art. 12 Abs. 2 BüG.

<sup>157</sup> Art. 9 BüV.

Meines Erachtens wird in diesem Gesetzgebungsverfahren die Relevanz des Vernehmlassungsverfahrens deutlich. So war zwar bereits der Bundesrat bestrebt, Massnahmen zur Behebung allfälliger Diskriminierungskonstellationen vorzunehmen, war sich jedoch der Tragweite der Problematik nicht bewusst, sodass erst im Rahmen der Anhörungen ein Diskriminierungsschutz zugunsten weiterer Personengruppen ergänzt wurde.

Im Unterschied zum Diskriminierungsschutz wurde gegenüber der formellen *Voraussetzung der Niederlassungsbewilligung eine gewisse Skepsis* deutlich.<sup>158</sup> Zum einen wird kritisiert, dass der ausländerrechtliche Status nur eine begrenzte Aussagekraft zum Grad der Integration aufweise und bei der Erteilung der Niederlassungsbewilligung erhebliche kantonale Unterschiede bestehen.<sup>159</sup> Hauptsächlich wird jedoch bemängelt, dass mit dem Erfordernis der Niederlassungsbewilligung gewissen Umständen zu wenig Rechnung getragen werde, da sich dies gegenüber behinderten Personen diskriminierend auswirke und für Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen zu einer besonderen Härte führe.<sup>160</sup> Aus diesem Grund finden sich diesbezüglich in den parlamentarischen Beratungen auch zwei Minderheitsanträge, welche jedoch beide abgelehnt worden sind.<sup>161</sup> Der eine Antrag wollte das Erfordernis der Niederlassungsbewilligung relativieren, indem bloss verlangt wird, dass der Gesuchsteller «in der Regel» eine solche besitzt, während der zweite Antrag diese Voraussetzung ganz streichen wollte.<sup>162</sup> Nichtsdestotrotz wird an dieser formellen Voraussetzung festgehalten mit dem Argument, dass das Bürgerrecht als letzter Integrationsschritt auch die höchste Anforderung an Integration stellen kann und deshalb auch der stabilste ausländerrechtliche Status verlangt werden darf.<sup>163</sup>

Meines Erachtens ist diese Verschärfung der formellen Voraussetzung kritisch zu würdigen, insbesondere im Lichte des angestrebten Diskriminierungsschutzes im Bereich der materiellen Voraussetzung. Einerseits ist der Gesetzgeber zwar gewillt, beim Einbürgerungsverfahren im Sinne des Diskriminierungsschutzes die besonderen persönlichen Umstände zu berücksichtigen, indem von den Integrationskriterien abgewichen werden darf. Andererseits wird die Zulassungsbedingung zur Einleitung eines Einbürgerungsverfahrens, das heisst um überhaupt in den Anwendungsbereich des Diskriminierungsschutzes zu kommen, auf eine Weise eingeschränkt, die gewisse Personen a priori ausschliesst. Diese Problematik wird meines Erachtens dadurch akzentuiert, als dass die Erteilung der Niederlassungsbewilligung grundsätzlich im Ermessen der kantonalen Migrationsbehörde liegt<sup>164</sup> und lediglich im Rahmen des Familiennachzugs Rechtsanspruch darauf besteht.<sup>165</sup> Folglich liegt es in den Händen der kantonalen Migrationsbehörden, inwieweit besondere persönliche Umstände für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung berücksichtigt werden. Da bereits für die Erteilung dieser Niederlassungsbewilligung eine aktive Integrationsleistung verlangt wird, ist es demnach meiner Ansicht durchaus zutreffend, das Niederlassungsverfahren als «Einbürgerungsver-

---

<sup>158</sup> Vernehmlassungsbericht BÜG, S. 17 ff.; AB 2013 N 236 ff.; AB S 2013 736.

<sup>159</sup> Vernehmlassungsbericht BÜG, S. 17; AB N 2013 237; AB N 2013 239 f.; AB S 2013 741; AB S 2013 749 f.

<sup>160</sup> Vernehmlassungsbericht BÜG, S. 17; AB N 2013 236.

<sup>161</sup> AB N 2013 244.

<sup>162</sup> AB N 2013 236 f.

<sup>163</sup> Botschaft BÜG, S. 2844; AB N 2013 238; AB N 2013 241; AB S 2013 737; AB S 2013 743.

<sup>164</sup> Art. 34 AuG. Zur Ermessensausübung vgl. auch Art. 96 AuG.

<sup>165</sup> Art. 42 und 42 AuG.

fahren light»<sup>166</sup> zu bezeichnen, allerdings mit dem bedeutenden Unterschied, dass dort die differenzierte Anwendung von Integrationskriterien nicht gesetzlich verankert ist.

### 3.2.2.3. *Anpassung der kantonalen Bürgerrechtsgesetze*

Die Ausgestaltung des Bürgerrechts in der Schweiz ist durch seine Dreistufigkeit gekennzeichnet.<sup>167</sup> Dies bedeutet, dass man als Schweizer gleichzeitig drei Bürgerrechte besitzt, nämlich das Gemeinde-, Kantons- und Schweizerbürgerrecht, welche zusammen eine untrennbare Einheit bilden.<sup>168</sup>

Durch die Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht sind nun auch die Kantone aufgefordert worden, ihre kantonalen Bürgerrechtsgesetze zu revidieren und den bundesrechtlichen Mindestvorschriften anzupassen.<sup>169</sup> Die neuen Bestimmungen des revidierten Bürgerrechtsgesetzes auf Bundesebene erlauben den Kantonen zudem, innerhalb der verfassungsmässigen Grenzen weiterhin Konkretisierungen und zusätzliche Integrationsvoraussetzungen vorzunehmen.<sup>170</sup> Nachfolgend wird erläutert, ob. bzw. wie die Nordwestschweizer Kantone Aargau, Solothurn, Luzern und Zürich ihrer Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung nachgekommen sind und ihre kantonalen Bürgerrechtsgesetze im Sinne des Diskriminierungsschutzes ausgestaltet haben.

Vorweg lässt sich festhalten, dass bereits kurz nachdem der Bundesrat am 17. Juni 2016 die Bürgerrechtsverordnung (BüV) verabschiedet und deren Inkraftsetzung zusammen mit dem Bürgerrechtsgesetz auf den 1. Januar 2018 beschlossen hatte,<sup>171</sup> in sämtlichen Kantonen Gesetzgebungsarbeiten aufgenommen und entsprechende Gesetzgebungsentwürfe unterbreitet wurden.<sup>172</sup> Während in den Kantonen Solothurn und Luzern meines Erachtens von einer «mustergültigen Umsetzung» des Diskriminierungsschutzes gesprochen werden kann, so sind in den Kantonen Aargau und Zürich noch Defizite festzustellen.

Im *Kanton Solothurn* wurden die bundesrechtlichen Kriterien der «erfolgreichen Integration» praktisch wortwörtlich ins kantonale Bürgerrechtsgesetz übernommen,<sup>173</sup> wobei die Anpassung vor allem terminologischer Natur war und inhaltlich gesehen daraus keine grosse Änderung resultierte.<sup>174</sup> Eine grundlegende Neuerung ist demgegenüber die Einführung des Diskriminierungsschutzes, indem in analoger Weise festgehalten wird, dass bei der Anwendung der Integrationskriterien die besonderen Lebensumstände einer Person angemessen zu berücksichtigen sind.<sup>175</sup> Ein praktisch identisches Vorgehen ist auch im *Kanton Luzern* festzustellen,<sup>176</sup> wo die Anpassung der Integrationskrite-

---

<sup>166</sup> Vernehmlassungsbericht BÜG, S. 17. Vgl. dazu auch AB N 2013 239; AB N 2013 242.

<sup>167</sup> RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 292; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1308.

<sup>168</sup> Art. 37 Abs. 1 BV; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 292; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1308.

<sup>169</sup> Art. 38 Abs. 2 BV. Zur Rahmenkompetenz des Bundes im Bereich der ordentlichen Einbürgerung vgl. Botschaft BÜG, S. 2870.

<sup>170</sup> Art. 12 Abs. 3 BÜG; Botschaft BÜG, S. 2832; AB S 2013 734; AB S 2013 744.

<sup>171</sup> AS 2016 2577.

<sup>172</sup> Botschaft KBÜG (AG), S. 12 ff.; Botschaft KBÜG (SO), S. 8 ff.; Botschaft KBÜG (LU), S. 8 ff.; Beschluss KBÜV (ZH), S. 2.

<sup>173</sup> § 15 Abs. 1 KBÜG (SO); Botschaft KBÜG (SO), S. 6 f.

<sup>174</sup> Botschaft KBÜG (SO), S. 6 ff.

<sup>175</sup> § 15 Abs. 2 KBÜG (SO); Botschaft KBÜG (SO), S. 6 f.

<sup>176</sup> § 18 KBÜG (LU); Botschaft KBÜG (LU), S. 6 und 8 ff.

rien ebenfalls mehr die Begrifflichkeit als den Inhalt betraf.<sup>177</sup> In Bezug auf den Diskriminierungsschutz ist allerdings hervorzuheben, dass der Kanton Luzern über den bundesrechtlichen Schutz hinausgeht, sodass aufgrund gewichtiger persönlicher Umstände nicht nur vom Integrationskriterium der Sprachkenntnisse und dem Kriterium der Teilnahme am Wirtschaftsleben abgewichen werden kann, sondern die besonderen Lebensumstände generell bei jedem Teilaspekt der Integration zu berücksichtigen sind.<sup>178</sup>

Auch der *Kanton Zürich* ist sich über den Anpassungsbedarf des kantonalen Bürgerrechts ans revidierte Bundesrecht bewusst.<sup>179</sup> Da aber für die Erarbeitung einer Gesetzesvorlage bis hin zur Beschlussfassung im Kantonsrat mit einem erhöhten Zeitbedarf gerechnet wird, wurde beschlossen, in einem ersten Schritt die Revision der kantonalen Bürgerrechtsverordnung vorzunehmen. Der Erlass eines neuen kantonalen Bürgerrechtsgesetz wird voraussichtlich erst 2020 erfolgen.<sup>180</sup> Aus diesem Grund ist ein zum Bundesrecht analoger Diskriminierungsschutz auch im Zürcher Bürgerrecht umgesetzt worden, allerdings erst auf Verordnungsstufe.<sup>181</sup>

Im Gegensatz zu den erwähnten Umsetzungen in den Kantonen Solothurn, Luzern und Zürich, die zeitgleich mit den Rechtsgrundlagen des Bundes auf den 1. Januar 2018 in Kraft getreten sind, waren die Revisionsbestrebungen im *Kanton Aargau* noch nicht erfolgreich.<sup>182</sup> Mit dem derzeit geltenden Bürgerrecht ist der Diskriminierungsschutz damit nur ansatzweise gewährleistet. Lediglich im Falle der Sozialhilfeabhängigkeit besteht die Möglichkeit, in begründeten Fällen vom Integrationskriterium der Teilnahme am Wirtschaftsleben abzuweichen.<sup>183</sup> Eine differenzierte Anwendung der Anforderung an die sprachlichen und staatsbürgerlichen Kenntnisse ist jedoch nach geltendem Recht nicht vorgesehen.<sup>184</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass grundsätzlich Bestrebungen zur Umsetzung des Diskriminierungsschutzes erkennbar sind, dass diese Bestrebungen jedoch bis zum heutigen Zeitpunkt je nach Kanton unterschiedlich erfolgreich umgesetzt werden konnten. Meines Erachtens ist vor allem von Bedeutung, dass sich die Kantone der Problematik einer allfälligen Diskriminierungskonstellation bewusst sind und im Sinne des Schutzauftrags bestrebt sind, einen Beitrag zur Verhinderung von Diskriminierung zu leisten.

### 3.2.3 Fazit

Im Vergleich zur gesetzgeberischen Verwirklichung der Menschenwürde beim Gesetz über genetische Untersuchungen am Menschen und beim Transplantationsgesetz<sup>185</sup> kann festgehalten werden,

---

<sup>177</sup> Botschaft KBüG (LU), S. 6 und 8 ff.

<sup>178</sup> § 18 Abs. 2 KBüG (LU); Botschaft KBüG (LU), S. 28.

<sup>179</sup> Beschluss KBüV (ZH), S. 1.

<sup>180</sup> Beschluss KBüV (ZH), S. 1.

<sup>181</sup> § 18 KBüV (ZH).

<sup>182</sup> Botschaft KBüG (AG), S. 15. Zum ablehnenden Beschluss des Grossen Rat vgl. Protokoll Grosser Rat, Sitzung vom 9. Mai 2017, Art. Nr. 2017-0127, romm/eb, (GR.17.29-1) Gesetz über das Kantons- und das Gemeindebürgerrecht (KBüG); Änderung; Botschaft an den Grossen Rat zur 1. Beratung; Ablehnung.

<sup>183</sup> § 9 Abs. 2 KBüG (AG).

<sup>184</sup> § 5 KBüG (AG).

<sup>185</sup> Kap. 3.1, S. 8.

dass die Verwirklichung des Diskriminierungsverbots im Rahmen der Bürgerrechtsrevision die Ursache für die eingeführte Neuregelung war und nicht bloss eine Folge davon.

Mit der Einführung einer differenzierten Anwendung der Integrationskriterien, bei der auf die besondere Situation des Gesuchstellers Rücksicht genommen wird, ist der Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Pflicht zur Beseitigung einer indirekten Diskriminierung nachgekommen.<sup>186</sup> In Bezug auf das Verbot der rechtlichen Diskriminierung hat der Gesetzgeber damit seine Grundrechtsverpflichtung umgesetzt. Doch in der programmatischen Normschicht verpflichtet Art. 8 Abs. 2 BV den Staat auch zum Schutz vor tatsächlicher Diskriminierung, sodass bestimmte persönlichkeitsbildende Merkmale in der sozialen Wirklichkeit nicht zur Benachteiligung führen.<sup>187</sup> Angesichts der Neuerung, dass die Niederlassungsbewilligung nun eine Voraussetzung zur Einleitung eines Einbürgerungsverfahrens ist,<sup>188</sup> scheint es deshalb meines Erachtens zweifelhaft, ob der Gesetzgeber diesem positiven Schutzauftrag nachgekommen ist.<sup>189</sup> Um dem Sozialgestaltungsauftrag gerecht zu werden, müsste demnach nach hier vertretener Ansicht auch im Verfahren zur Erlangung der Niederlassungsbewilligung ein entsprechender Schutz vorgesehen werden. Folgt man nämlich der Auffassung des Bundesrates und des Parlaments,<sup>190</sup> wonach die Einbürgerung als letzte Etappe einer erfolgreichen Integration anzusehen ist, so muss für einen tatsächlichen Diskriminierungsschutz in der sozialen Wirklichkeit auch eine differenzierte Anwendung der Integrationskriterien auf den vorangehenden Etappen gegeben sein.

---

<sup>186</sup> Art. 35 Abs. 1 BV; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Kap. 35 N 66 ff; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 9 N 24.

<sup>187</sup> Kap. 3.2.1, S. 17.

<sup>188</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. a BüG. Vgl. auch Kap. 3.2.2.1, S. 18.

<sup>189</sup> Zur Problematik des Erfordernisses einer Niederlassungsbewilligung vgl. Kap. 3.2.2.2, S. 19.

<sup>190</sup> Botschaft BüG, S. 2844; AB N 2013 238; AB N 2013 241; AB S 2013 737; AB S 2013 743.

## 4 Analyse der gesetzgeberischen Grundrechtsverpflichtung

### 4.1 Methode

Basierend auf der vorangehenden Darstellung der gesetzgeberischen Umsetzung anhand ausgewählter Gesetzgebungsmaterialien sollen die gewonnenen Erkenntnisse nun in einen grösseren Kontext gestellt werden. Nachfolgend wird deshalb der Frage nachgegangen, welche allgemeinen Folgerungen im Hinblick auf die gesetzgeberische Grundrechtsverpflichtung gezogen werden können. Dabei wird zuerst untersucht ob bzw. wie stark sich der Gesetzgeber dieser Grundrechtsverpflichtung bewusst ist, wobei es um das *Element des «Wissens»* der Verpflichtung geht (Kap. 4.2, S. 22). Anschliessend soll beurteilt werden, wie gut diese Verpflichtung umgesetzt worden ist, wobei das *Element des «Könnens»* im Vordergrund steht (Kap. 4.3, S. 23). Die beiden Fragen sind jedoch miteinander verknüpft, denn das Wissen um betroffene Grundrechtsinteressen ist die Voraussetzung dafür, dass der Gesetzgeber diese in der Ausgestaltung der Gesetze angemessen berücksichtigen und verwirklichen kann.

### 4.2 Intensität der Wahrnehmung der Verpflichtung

Selbst wenn die Rechtsetzung die Hauptaufgabe der Bundesversammlung, dem Legislativorgan des Bundes, ist,<sup>191</sup> sind im Rahmen des Vorverfahrens auch andere Beteiligte zu erwähnen, welche Einfluss auf den politischen Prozess der Grundrechtsverwirklichung nehmen können.<sup>192</sup> Nur wenn im Rahmen des Vorverfahrens bereits das «Wissen» der Grundrechtsverpflichtung vorhanden ist, kann dieses anschliessend auch an die Legislative weitergegeben werden.

Besonders der *Exekutive*, namentlich dem Bundesrat, kommt bei Ausgestaltung der Gesetze eine *grosse Bedeutung* zu, da er das Vorverfahren der Gesetzgebung leitet und mit der Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen betraut ist.<sup>193</sup> Zu Recht wird deshalb in der Lehre auch darauf hingewiesen, dass sich die programmatische Grundrechtspflicht zwar primär, aber nicht ausschliesslich an die Legislative richtet.<sup>194</sup>

Um das Gesetzgebungsvorhaben auf seine Akzeptanz zu prüfen, wird der Vorentwurf in die Vernehmlassung geschickt, wobei Kantone, politische Parteien und weitere interessierte Kreise zur Stellungnahme eingeladen werden.<sup>195</sup> Bei der Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien hat sich dabei die *besondere Relevanz des Vernehmlassungsverfahrens* gezeigt. So wurde in sämtlichen Vernehmlassungsberichten auf grundrechtlich problematische Aspekte und allfällige Interessenkollisionen aufmerksam gemacht, auch wenn nicht immer explizit auf die verfassungsrechtliche Grundlage hingewiesen wurde. Dies ist meines Erachtens insoweit verständlich, als dass der Zweck der Vernehm-

---

<sup>191</sup> Art. 163 ff. BV.

<sup>192</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1812; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 439 ff. und 1144; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 33.

<sup>193</sup> Art. 7 RVOG; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1597 und 1812.

<sup>194</sup> MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 55; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 1 N 55; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1133.

<sup>195</sup> Art. 147 BV.

lassung gerade darin besteht, eine sachliche Sichtweise zu erhalten.<sup>196</sup> Nach hier vertretener Ansicht wäre es demnach die Aufgabe des Bundesrates, diese aufgeworfenen tatsächlichen gesellschaftlichen Bedenken einem allenfalls verfassungsrechtlich geschützten Grundrechtsinteresse zuzuweisen.

Basierend auf den Vernehmlassungsergebnissen passt der Bundesrat nämlich den Gesetzesentwurf an und überweist ihn mit der *Botschaft an die Bundesversammlung*.<sup>197</sup> Da sich der Bundesrat in der Botschaft über die Auswirkungen auf die Grundrechte und über die Verfassungsmässigkeit des Gesetzesentwurfs äussern muss,<sup>198</sup> soll nun das Legislativorgan das nötige Wissen haben um seiner besonderen Verantwortung der Grundrechtsverwirklichung nachzukommen.<sup>199</sup> Die Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien hat jedoch gezeigt, dass sich der Bundesrat diesbezüglich stets nur rudimentär geäussert hat, obwohl in diversen Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens auf grundrechtsrelevante Elemente, wenn auch implizit, hingewiesen worden ist. Nach hier vertretener Auffassung wäre es deshalb wünschenswert, wenn sich der Bundesrat in der Botschaft expliziter und eingehender mit der Grundrechtsproblematik des Vorhabens auseinandersetzt, sodass die Bundesversammlung ihrer Gesetzgebungskompetenz und der damit einhergehenden Grundrechtsverpflichtung in voller Kenntnis allfälliger Interessenskollisionen nachkommen kann. Denn wie bereits erwähnt,<sup>200</sup> ist die Qualität der Grundrechtsverwirklichung unter anderem davon abhängig, wie präzise der Gesetzgeber über die betroffenen Grundrechtsinteressen informiert worden ist.

Als Zwischenfazit lässt sich somit festhalten, dass die Bundesversammlung zwar auf die Grundrechtsrelevanz aufmerksam gemacht wird, womit sie das Wissen der Grundrechtsverpflichtung hat, welches jedoch nach hier vertretener Auffassung vertiefter sein könnte.

### 4.3 Qualität der Umsetzung der Verpflichtung

Da die Grundrechte in ihrer programmatischen Dimension lediglich die allgemeine Zielrichtung vorgeben, belassen sie dem Gesetzgeber wie bereits erwähnt einen *beträchtlichen Gestaltungsspielraum* bei der Ausgestaltung der gesetzgeberischen Umsetzung.<sup>201</sup>

Die Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien hat ergeben, dass innerhalb dieses Gestaltungsspielraums dennoch *zwei faktische Grenzen* bestehen, welche der Verwirklichungsqualität eine Schranke setzen, sodass die Bundesversammlung in ihrem «Können» eingeschränkt ist. Als erster Aspekt bildet die *Umsetzbarkeit bzw. die Praktikabilität* eine Grenze der Verwirklichungsqualität, sodass eine Regelung zwar «grundrechtsfreundlich» ausgestaltet sein kann, jedoch aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe in der Rechtsanwendung zu Interpretationsschwierigkeiten und Unsicherheiten führen würde,<sup>202</sup> was der Grundrechtsverwirklichung abträglich wäre.

---

<sup>196</sup> Art. 2 Abs. 2 VIG.

<sup>197</sup> Art. 141 Abs. 1 ParlG.

<sup>198</sup> Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG.

<sup>199</sup> Kap.2.3, S. 5.. Vgl. auch TSCHANNEN, Kap. 8 N 9.

<sup>200</sup> Kap. 4.1, S. 26.

<sup>201</sup> Kap. 2.2, S. 3.

<sup>202</sup> Vgl. Kap. 3.1.2.2, S. 10, wo im Bereich der Pränataldiagnostik eine restriktivere Regelung mit dem Argument der Interpretationsschwierigkeit abgelehnt wurde.



Aus diesem Grund zeigt sich die Relevanz des Vernehmlassungsverfahrens auch auf dieser Ebene, weil es nicht nur dazu dient, um auf allfällige Grundrechtsproblematiken aufmerksam zu machen, sondern weil auch Aufschluss über die Vollzugstauglichkeit einer neuen Regelung gegeben werden soll.<sup>203</sup> Dies hat sich auch bei der Auswertung der Vernehmlassungsberichte bestätigt, sodass in diversen Stellungnahmen auf die Anwendungsschwierigkeiten in der Rechtspraxis aufmerksam gemacht wurde.<sup>204</sup> Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dieses Argument der Interpretationsschwierigkeit auffällig oft und zum Teil pauschal vorgebracht wurde, sodass meiner Meinung nach die Gefahr besteht, dass es als blosser Vorwand dient, um den Grundrechtsschutz zu schwächen.

Als zweiter Aspekt, welcher der Qualität der gesetzgeberischen Umsetzung eine Grenze setzt, ist die *Konsens- bzw. Mehrheitsfähigkeit* einer Regelung zu erwähnen.<sup>205</sup> Im Rahmen der Grundrechtsverwirklichung geht es nämlich nicht um einen umfassenden oder flächendeckenden Grundrechtsschutz, sondern um den Schutz des Essentiellen.<sup>206</sup> So hat auch die Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien gezeigt, dass Varianten, die einem bestimmten Grundrechtsinteresse ein zu grosses Gewicht beimessen, nicht mehrheitsfähig sind. Folglich ist das Ergebnis der gesetzgeberischen Umsetzung nicht als die beste Lösung zu betrachten, abgesehen davon, dass es gar nicht «die eine Lösung» gibt, sondern vielmehr als vermittelnde Kompromisslösung. Eine solche mittelmässige Lösung ist jedoch dadurch gerechtfertigt, als dass sie mit der Bundesversammlung von einem demokratisch legitimierten Organ getroffen wird, in welchem die verschiedenen Interessengruppen so gut wie möglich repräsentiert sein sollten.<sup>207</sup> Dabei ist allerdings anzumerken, dass nach hier vertretener Ansicht gewisse Interessen ungenügend vertreten sind, wie zum Beispiel jene von ausländischen Personen. Die gesetzgeberische Umsetzung ist somit das Resultat eines Abwägungsprozesses zwischen verschiedenen Grundrechtsinteressen und damit auch Ausdruck der aktuellen Gesellschaftsauffassung.<sup>208</sup> Schliesslich ist auch an dieser Stelle nochmals die Bedeutung des Vernehmlassungsverfahrens zu erwähnen, welches im Gesetzgebungsverfahren auch die wichtige politische Funktion hat, einen «möglichst referendumssicheren Kompromiss»<sup>209</sup> auszuhandeln.<sup>210</sup>

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass dem Gesetzgeber ein grosser Gestaltungsspielraum in der Verwirklichung seiner Grundrechtsverpflichtung zukommt. Innerhalb dieses Spielraums sind seinem «Können» jedoch zwei faktische Grenzen gesetzt, zum einen die Praktikabilität und zum anderen die Konsensfähigkeit einer Regelung.

#### 4.4 Fazit

Ausgehend von der Auswertung ausgewählter Gesetzgebungsmaterialien im vorangehenden Kapitel kann in Bezug auf die gesetzgeberische Grundrechtsverpflichtung im Allgemeinen festgestellt wer-

---

<sup>203</sup> Art. 2 Abs. 2 VIG.

<sup>204</sup> Vernehmlassungsbericht GUMG, S. 20; Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz, S. 14; Vernehmlassungsbericht BüG, S. 21.

<sup>205</sup> In diese Richtung BIAGGINI, Art. 35 BV N 14.

<sup>206</sup> TSCHANNEN, Kap. 7 N 34; WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV N 15; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 11.

<sup>207</sup> In diese Richtung AUBERT, S. 165; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 53.

<sup>208</sup> In diese Richtung MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 31 f.

<sup>209</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1812.

<sup>210</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1812; vgl. auch Art. 2 Abs. 2 VIG.

den, dass sich der *Gesetzgeber seiner Grundrechtsverpflichtung im Grundsatz bewusst ist*. Nach hier vertretener Auffassung wäre jedoch eine vertiefte Auseinandersetzung der Grundrechtsrelevanz bereits im Vorverfahren der Gesetzgebung durch die Exekutive wünschenswert.

Des Weiteren lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber im Umfang seines (begrenzten?) Wissens bestrebt ist, die Grundrechte im Rahmen der Gesetzgebung *bestmöglich zu verwirklichen*, wobei ihm jedoch die Praktikabilität und Mehrheitsfähigkeit einer Regelung faktische Grenzen setzen. Angesichts dieser Tatsache ergibt sich, dass das *Vernehmlassungsverfahren ein Kernelement* für die programmatischen Grundrechtspflichten ist. Einerseits kann dadurch auf grundrechtlich problematische Aspekte und allfällige Interessenkollisionen aufmerksam gemacht werden. Andererseits ermöglicht es, die Vollzugstauglichkeit und gesellschaftliche Akzeptanz des Vorhabens zu prüfen, sodass im Rahmen der gesetzgeberischen Umsetzung die verschiedenen Grundrechtsinteressen gegeneinander abgewogen und entsprechend gewichtet werden können.

## 5 Schlusswort

In den vorangehenden Kapiteln wurde aufgezeigt, dass Grundrechte nicht nur justiziable Rechtsansprüche des Einzelnen sind, sondern als objektive Grundsatznormen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen (Art. 35 Abs. 1 BV). Der Begriff der programmatischen Grundrechtspflichten basiert auf diesem objektiv-rechtlichen Grundrechtsverständnis und verpflichtet primär den Gesetzgeber, die Grundrechte im Rahmen der Rechtsetzung zu verwirklichen. Da die Grundrechte als Programmnormen lediglich das generelle Ziel vorgeben, kommt dem Gesetzgeber bei der gesetzlichen Ausgestaltung ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.

Aufgrund einer Abwägung zwischen den verschiedenen Grundrechtsinteressen hat sich der Gesetzgeber im Rahmen von jüngeren Gesetzesänderungen dazu entschieden, dass genetische Untersuchungen am Menschen zur Abklärung seiner sportlichen Veranlagung unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein sollen oder dass Angehörige einer urteilsunfähigen Person bereits vor dem Tod der Organentnahme zustimmen können. Hingegen war der Gesetzgeber der Ansicht, dass der besonderen Situation eines alleinerziehenden Vaters Rechnung getragen werden muss und ihm nicht aufgrund seiner unverschuldeten Sozialhilfeabhängigkeit die Einbürgerung verweigert werden darf.

Diese gesetzgeberischen Entscheidungen sind jedoch weder die einzige noch die beste Variante. Es handelt sich vielmehr um das Bestreben des Gesetzgebers, die verschiedenen betroffenen Grundrechtsinteressen optimal zu verwirklichen. Dieser getroffene Wertungsentscheid ist somit das Resultat eines sorgfältigen Abwägungsprozesses zwischen verschiedenen gegenläufigen Grundrechtsinteressen und damit auch Ausdruck der aktuellen Gesellschaftsauffassung. In diesem Sinne kann der Lehrmeinung zugestimmt werden, wonach der Auftrag zur Grundrechtsverwirklichung «nicht eine einmalige Erfüllung [ist], sondern politisches Handeln in der Zeit mit offenem Horizont, und mit mehr oder weniger grossen Gestaltungsspielräumen».<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 434. In diese Richtung: MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 4; MARTENET, S. 244.

## Literaturverzeichnis

Die hier aufgeführten Werke werden, falls bei den einzelnen Publikationen nicht anders angegeben, mit dem Namen des Autors/der Autoren und der betreffenden Seitenzahl/Kapitel oder Randnote zitiert.

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur, in : Müller Georg/ Rhinow René A./Schmid Gerhard/Wildhaber Luzius, Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 161 ff.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 3. Auflage, Bern 2013.
- BELSER EVA MARIA/BERNHARD WALDMANN, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012.
- BELSER EVA MARIA/BERNHARD WALDMANN/MOLINARI EVA, Grundrechte I, Allgemeine Grundrechtslehren, Zürich/Basel/Genf 2012.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017.
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Basel 2018 (zit. DUBEY, Volume I).
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. DUBEY, Volume II).
- GÄCHTER THOMAS, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, S. 437 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018.
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Volume II, Droits fondamentaux, 3. Auflage, Basel 2015.
- MARTENET VINCENT, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, ZSR 130 (2011 I), S. 243 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 621 ff. (zit. MÜLLER, allgemeine Bemerkungen).
- MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. MÜLLER, Grundrechtstheorie).
- MÜLLER JÖRG PAUL, Soziale Grundrechte in der Verfassung, ZSR 92 (1973 II), S. 687 ff. (zit. MÜLLER, Soziale Grundrechte).
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Basel 2016.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Rechtsfolge von Normenkontrollen, ZBl 106 (2005), S. 273 ff. (zit. RÜTSCHKE, Normenkontrolle).

SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. Auflage, Bern 1982.

SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 35 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SCHWEIZER, SG-Kommentar, Art. 35 BV).

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016.

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Habil. Freiburg i.Ue., Bern 2003 (zit. WALDMANN, Diskriminierungsverbot).

WALDMANN BERNHARD, Kommentar zu Art. 35 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. WALDMANN, BS-Kommentar, Art. 35 BV).

## **Urteilsverzeichnis**

BGE 143 IV 77

BGE 139 I 169

BGE 137 I 305

BGE 137 V 210

BGE 136 II 120

BGE 135 I 49

BGE 134 I 56

BGE 132 I 49

BGE 131 I 74

BGE 126 V 70

BGE 117 V 318

BGE 110 Ia 7

Urteil des BGer 1P.523/2003 vom 12. Mai 2004

## Materialienverzeichnis

### Bundesverfassung

Botschaft BV                      Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom  
20. November 1996, BBl 1997 I 1.

### Bürgerrechtsgesetz

#### Bund

Botschaft BüG                      Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes  
über das Schweizer Bürgerrecht vom 4. März 2011, BBl 2011  
2825.

Entwurf BüG                      Entwurf zum Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht (Bür-  
gerrechtsgesetz, BüG),  
BBl 2011 2873.

Vernehmlassungsbericht BüG      Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zur  
Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes (BüG),  
Februar 2011,  
<[https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2011/ref\\_2011-03-041.html](https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2011/ref_2011-03-041.html)>, besucht am  
1. Oktober 2018.

Vorentwurf BüG                      Vorentwurf vom 16. Dezember 2009 zum Bundesgesetz über das  
Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BüG),  
<[https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/totalrev\\_bueg/20091216-vn-entw-bueg-d.pdf](https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/totalrev_bueg/20091216-vn-entw-bueg-d.pdf)>, besucht am 2. Ok-  
tober 2018.

#### Kanton

Beschluss KBüV (ZH)              Beschluss des Regierungsrats vom 7. Dezember 2016 zur Totalre-  
vision der Bürgerrechtsverordnung (Vernehmlassung), RRB Nr.  
1186/2016.

Botschaft KBüG (AG)              Botschaft und Entwurf des Regierungsrats an den Grossen Rat  
vom 25. Januar 2017 zum Gesetz über das Kantons- und das Ge-  
meindebürgerrecht (KBüG), 17.29.

Botschaft KBüG (LU)              Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat  
vom 29. November 2016 zur Totalrevision des Bürgerrechtsgeset-  
zes, B 68.

Botschaft KBüG (SO)              Botschaft und Entwurf des Regierungsrates  
an den Kantonsrat von Solothurn  
vom 28. Februar 2017 zur Teilrevision des Gesetzes über das  
Kantons- und Gemeindebürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz), RRB  
Nr. 2017/372.

**Gesetz über genetische Untersuchungen am Menschen**

Beschluss Bundesversammlung GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 15. Juni 2018, Ablauf der Referendumsfrist: 4. Oktober 2018, BBl 2018 3509.
Botschaft GUMG	Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5597.
Entwurf GUMG	Entwurf zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), BBl 2017 5757.
Faktenblatt Totalrevision GUMG	Faktenblatt des BAG über Fragen und Antworten zur Totalrevision des Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 5. Juli 2017, < <a href="https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html">https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html</a> >, besucht am 28. September 2018.
Vernehmlassungsbericht GUMG	Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), Februar 2017, < <a href="https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html">https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/genetische-untersuchungen/aktuelle-rechtsetzungsprojekte1.html</a> >, besucht am 28. September 2018.
Vorentwurf GUMG	Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen GUMG, < <a href="https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2374/GUMG_Entwurf_de.pdf">https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2374/GUMG_Entwurf_de.pdf</a> >, besucht am 29. September 2018.

**Transplantationsgesetz**

Botschaft Transplantationsgesetz	Botschaft zur Änderung des Transplantationsgesetzes vom 8. März 2013, BBl 2013 2317.
Entwurf Transplantationsgesetz	Entwurf zum Bundesgesetz über die die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl 2013 2389.
Vernehmlassungsbericht Transplantationsgesetz	Bericht über Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), Januar 2012, Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, <a href="https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1996/VL_Bericht_TxG_DE_2013.pdf">https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1996/VL_Bericht_TxG_DE_2013.pdf</a> , besucht am 30. September 2018.



## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBüG	Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (Bürgerrechtsgesetz, BüG), AS 1952 1087
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
aTransplantationsgesetz	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (Transplantationsgesetz), AS 2007 1935
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20
B	Botschaft des Regierungsrats
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Behindertenrechtskonvention (BRK)	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGS	Solothurnische Bereinigte Gesetzessammlung
BS-Kommentar	Basler Kommentar
BüG	Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht vom 20. Juni 2014 (Bürgerrechtsgesetz, BüG), SR 141.0
BüV	Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht vom 17. Juni 2016 (Bürgerrechtsverordnung, BüV), SR 141.01
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
etc.	et cetera
f.	folgende
GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 8. Oktober 2004 (GUMG), SR 810.12
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinn
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KBüG (AG)	Gesetz über das Kantons- und das Gemeindebürgerrecht vom 12. März 2013 (Bürgerrechtsgesetz, KBüG), SAR 121.200
KBüG (LU)	Kantonales Bürgerrechtsgesetz vom 15.05.2017 (Bürgerrechtsgesetz, KBüG), SRL 2

KBüG (SO)	Gesetz über das Kantons- und Gemeindebürgerrecht vom 06. Juni 1993 (Bürgerrechtsgesetz, KBüG), 112.11
KBüV (ZH)	Kantonale Bürgerrechtsverordnung vom 23. August 2017 (Bürgerrechtsverordnung KBüV), ZH-LS 141.11
lit.	litera
N	Randnote
nGUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 15. Juni 2018 (GUMG), BBl 2018 3509 [Ablauf der Referendumsfrist am 4. Oktober 2018]
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG), SR 171.10
RRB	Regierungsratsbeschluss
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), SR 172.010
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SG-Kommentar	St. Galler Kommentar
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
stud. iur.	studiosus iuris
Transplantationsgesetz	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (Transplantationsgesetz), SR 810.21
vgl.	vergleiche
VIG	Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 (Vernehmlassungsgesetz, VIG), SR 172.061
ZH-LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht