

JAAC 61.3

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 7. Juni
1995

Etat et étendue de la compétence législative de la Confédération dans le domaine de la médecine de transplantation.

Bestand und Umfang von Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Bereich der Transplantationsmedizin.

Stato ed estensione delle competenze legislative della Confederazione nel campo della medicina dei trapianti.

1. Diskussionsstand über Kompetenzfragen im Bereich des Transplantationswesens

1.1. Ausländische Ansätze

Ob der Bundes- oder der Gliedstaatengesetzgeber zur Regelung der Organtransplantation befugt sei, wird auch in den Nachbarländern Deutschland und Österreich diskutiert. Während sich die verfassungsrechtliche Ausgangslage in Österreich von jener der Schweiz wesentlich unterscheidet^[49], sind in Deutschland Parallelen auszumachen: Umstritten ist, ob die zivil- und strafrechtliche Gesetzgebungskompetenz des

Bundes ausreiche, um alle relevanten Aspekte des Transplantationswesens zu regeln^[50]: Sofern der Schwerpunkt einer Regelung gesundheitspolitische Ziele verfolge, sei von einer Länderzuständigkeit auszugehen^[51]. Die gegenteilige Meinung setzt indessen eine andere Gewichtung:

«Da dogmatischer Ansatz und Regelungsschwerpunkt eines Transplantationsgesetzes wohl die zivil- und strafrechtlich bedeutsame Frage der Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Integrität mit Auswirkungen auf die ärztliche Berufsausübung wäre, erscheint eine Bundeskompetenz, die im Interesse einer einheitlichen Regelung und zur Vermeidung weiterer Rechtszersplitterung und -unsicherheit eindeutig zu befürworten wäre, gut begründbar.»^[52]

Der deutsche Verfassungsgeber scheint den Ausweg über eine Revision des massgeblichen Art. 74 GG zu suchen, wodurch der Bereich der Organtransplantation der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zugeordnet würde^[53].

1.2. Die Debatte in der Schweiz

Ähnliche Überlegungen prägen auch die Diskussion in der Schweiz: Ohne Kompetenzfragen unmittelbar anzusprechen, hat der Zürcher Kantonsrat jüngst eine Motion zur gesetzlichen Regelung der Organtransplantation auch mit der Begründung abgelehnt, dass eine Lösung auf Bundesebene erforderlich sei^[54]. Auch die parlamentarischen Vorstösse auf eidgenössischer Ebene scheinen auf der Annahme zu beruhen, dass der Bund in den Bereichen des Zivil- und Strafrechts Gesetzgebungskompetenzen besitzt, die für die Regelung des Transplantationswesens herangezogen werden können^[55]. Andererseits ist der Bundesrat bei früherer Gelegenheit und ohne vertiefte Überlegung davon ausgegangen, dass Fragen der Organtransplantation in den kantonalen Kompetenzbereich fallen würden^[56].

2. Inhalt und Tragweite von Art. 64 BV als Kompetenznorm

2.1. Ermittlung der Bundeskompetenz

a) Grundzüge

Gemäss Art. 64 Abs. 1 BV steht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zu über die persönliche Handlungsfähigkeit und über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse. Abs. 2 weist auch die «übrigen Gebiete des Zivilrechts» dem Bund zur Gesetzgebung zu. Art. 64 BV räumt mithin dem Bund eine ausschliessliche Zuständigkeit umfassender Art mit nachträglich derogatorischer Wirkung ein^[57]. Grundsätzlich ermächtigt Art. 64 BV den Bund auch, öffentlich-rechtliche Normen im Bereich des Zivilrechts zu erlassen (sogenanntes formelles Zivilrecht)^[58]; insbesondere steht ihm die Möglichkeit offen, die vom ZGB und OR erfassten zivilrechtlichen Materien durch öffentlich-rechtliche Regelungen zu ergänzen^[59]. Unter

bestimmten Voraussetzungen kann der Bundesgesetzgeber selbst in die durch Art. 64 Abs. 3 BV statuierte Organisations- und Verfahrenshoheit der Kantone eingreifen: Zivilprozessuale Regeln - wie Gerichtsstandsbestimmungen, spezielle (Schlichtungs-)Verfahren und dergleichen - darf der Bund erlassen, soweit dies für die Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig und erforderlich ist. Als Notwendigkeitskriterien gelten dabei die Sicherstellung der Geltung bzw. die effektive Durchsetzung des Bundesprivatrechts, die Einheitlichkeit und Zweckmässigkeit der Rechtsanwendung[60].

b) Behördenpraxis

Nicht selten begnügte sich der Bundesrat mit kurzen Hinweisen auf den im Ingress angerufenen Art. 64 BV als Kompetenzgrundlage für die Gesetzgebung «in allen Gebieten des Zivilrechts»[61]. Die Privatrechtskompetenz wurde stets dann angerufen, wenn sich ein Erlass «auf Rechtsverhältnisse zwischen Privaten [bezieht], die klarer- und herkömmlicherweise dem Obligationenrecht zuzuordnen sind»[62] oder wenn Bundesrecht eng mit einer «klassischen Materie der Privatrechtsordnung» zusammenhängt[63]. Einer ähnlichen Linie folgt auch die bundesgerichtliche Praxis, die darauf abstellt, ob eine Regelung die Verhältnisse unter Privaten beschlägt. So wurde eine kantonale Regelung über ein Mietvertragsformular deshalb als privatrechtlich eingestuft, weil sie «intervient directement dans les relations entre bailleur et locataire» und weil die Nichtverwendung des Formulars zivilrechtliche Folgen nach sich ziehe[64].

2.2. Mangelnde Trennschärfe der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuteilung

a) Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht

Für die nachfolgenden Überlegungen ist wesentlich, dass Art. 64 BV Rechtsetzungskompetenzen nicht nach Massgabe von Gegenständen oder von Lebens- und Sachbereichen zwischen Bund und Kantonen verteilt, sondern auf die Regelungsmethode, d.h. die Art und Weise der Regelung von Gegenständen zurückgreift[65]. Weil aber Art. 64 BV an Ordnungskriterien und rechtsstrukturelle Merkmale anknüpft[66], lässt sich der normative Gehalt bisweilen nur ungenau ermitteln[67]. Die Lehre hat daher verschiedene Theorien entwickelt, die auf der Gegenüberstellung privater und öffentlicher Interessen (Interessentheorie), auf die Zweckorientierung (Funktionstheorie), auf die rechtliche Qualität der Beteiligten (Subjektstheorie), auf deren Unter- oder Gleichordnung (Subjektionstheorie), auf den zwingenden Charakter der Durchsetzung oder auf die Anwendung von Amtes wegen abstellen[68]. Allgemein wird heute die ausschliessliche Berufung auf eine Theorie abgelehnt

und eine Kombination - mit teils unterschiedlicher Gewichtung in den verschiedenen Rechts- und Sachgebieten - der verschiedenen Kriterien verlangt[69].

b) Zeitbedingte Verschiebungen

Dadurch, dass Art. 64 BV für die Kompetenzzuweisung auf Ordnungskriterien - Privatrecht als «rechtstechnische Methode zur Regelung der zwischenmenschlichen Beziehungen»[70] - zurückgreift, wird auch eine Orientierung an zeitlich wandelbaren Wertmassstäben unausweichlich[71]: Eine Zuordnung bestimmter gesetzlicher Regelungen zum Bereich des Privatrechts, die früher abgelehnt oder höchstens widerwillig in Kauf genommen wurde, kann heute unter Umständen mit weit weniger Widerstand rechnen. Als besonders aufschlussreich und exemplarisch kann in diesem Zusammenhang die Diskussion um die Bewilligungspflicht des Grundstückserwerbs durch Ausländer herangezogen werden: Weil sie eine einschneidende Beschränkung des Grundeigentums darstellt, wurde ihre verfassungsrechtliche Abstützung auf Art. 64 BV zuerst als wenig befriedigend beurteilt[72]. 20 Jahre später kam ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz zum Schluss, dass eine Bewilligungspflicht dann auf Art. 64 BV zurückgeführt werden könne, wenn dabei die im keineswegs als wertneutral zu verstehenden Privatrecht verankerten oder internalisierten Politiken berücksichtigt würden[73]. Wiederum rund 10 Jahre später begnügte sich der Bundesrat lediglich mit einem Verweis auf die früheren Botschaften, ohne die Frage erneut zu prüfen[74].

3. Sozialpolitik mit privatrechtlichen Mitteln

3.1. Problemstellung

Grundsätzlich geht die herrschende Lehre und die Praxis der Bundesbehörden davon aus, dass Art. 64 BV dem Bund auch erlaube, «Normen mit sozialpolitischer Zielsetzung und vorwiegend zwingendem Charakter» zu erlassen[75]. Damit stellt sich - in der überspitzten Formulierung Schnyders - die Frage, ob der Bund gestützt auf Art. 64 BV «das Privatrecht gewissermassen abschaffen», die «Säulen des Privatrechts» zum Einsturz bringen dürfte[76]. Überhaupt herrscht in Lehre und Praxis dahingehend Einigkeit, dass der Bund «unter der Flagge der Zivilrechtskompetenz (...) nicht beliebig öffentliches Recht» setzen darf[77]. Die Aussage, dass die Sicherung eines wirksamen Vollzugs oder einer bundeseinheitlichen Anwendung des Zivilrechts eine ergänzende öffentlich-rechtliche Regelung als unentbehrlich erscheinen lassen müsse[78], vermag zwar als Grundsatz zu überzeugen, erweist sich aber als zu unscharf und damit als wenig praktikable Orientierungshilfe. Weiterhin offen bleibt nämlich die Frage, welches denn die «Säulen des Privatrechts» sind, die auch von der Privatrechtsgesetzgebung des Bundes nicht angetastet werden dürfen. Weil sich Art. 64 BV nicht auf bestimmte Sachbereiche oder Regelungsgegenstände bezieht, sondern zur Kompetenzverteilung

zwischen Bund und Kantonen auf eine Regelungsmethode abstellt, wird die Frage bedeutsam, vor welchen Schranken die expansive Kraft der Privatrechtskompetenz Halt machen muss.

3.2. Lösungsansätze

a) Privatrechtsimmanente Lösungsansätze

Überholt weil realitätsfern ist heute die Auffassung, wonach das Privatrecht einfach vorbestehende, «entpolitisierte» Gerechtigkeitsvorstellungen ausdrücke[79]. Auch im kodifizierten Privatrecht sind von jeher bestimmte, das Privatrecht «gewissermassen vorbelastende» Politiken verankert[80]. Nur jene mit privatrechtlichen Instrumenten und Institutionen operierende Sozialgesetzgebung des Bundes findet in Art. 64 BV eine genügende Kompetenzgrundlage, die mit diesen vorgegebenen Politiken übereinstimmt; andernfalls ist eine andere Grundlage zu suchen:

«Materielles Zivilrecht, dem Politiken zugrunde gelegt werden, die dem herkömmlichen Zivilrechtsverständnis fremd sind, bedarf einer selbständigen, von der Zuständigkeit zur Gesetzgebung im Zivilrecht unabhängigen Verfassungsgrundlage.»[81]

Sozialpolitische Anliegen und dabei namentlich der Schutz schwächerer Vertragsparteien sind der kodifizierten Privatrechtsgesetzgebung durchaus nicht wesensfremd[82]. Vielfach ist erst mit einer Beschränkung der Vertragsfreiheit jene faktische Gleichrangigkeit der Vertragsparteien zu erzielen, auf der die Vertragsfreiheit erst Sinn macht[83]. Durchaus üblich ist es daher, dass sich der Gesetzgeber «privatrechtlicher Methoden zur Durchsetzung von Grundrechten bedient»[84]. Für die Regelung des Arzt-Patientenverhältnisses hat das Bundesgericht diese Analyse verdeutlicht:

«En conférant des droits aux patients et en imposant des limites au pouvoir des médecins, ces mesures établissent un certain équilibre dans leurs relations réciproques, et réduisent le danger d'atteintes illicites à l'intégrité physique des patients (...). Elles répondent ainsi à un intérêt public pertinent. Au surplus, loin d'entraver ou d'éluder des règles ordinaires du contrat de mandat, elles en prolongent et en renforcent la portée dans des situations qui requièrent une protection accrue des malades face aux médecins.»[85]

Die Antwort auf die Frage, welche sozialpolitischen Zielsetzungen im Privatrecht verkörpert sind, können - wie bereits erwähnt - bereichsspezifisch und zeitbedingt unterschiedlich ausfallen. Staatliche Eingriffe in das privatrechtliche Lohnsystem können in wirtschaftlichen Krisenzeiten durchaus als verfassungsrechtlich zulässiges formelles Privatrecht eingestuft

werden, um später als Angriff auf «den Nerv der Wirtschaftsfreiheit»^[86] kritisiert zu werden, zu deren Erlass der Bund gestützt auf Art. 64 BV nicht mehr befugt sein soll.

b) Grundrechtskonformität der Privatrechtsgesetzgebung

Bei der Gratwanderung zwischen privatrechtlicher Fundierung einer Regelung und noch zulässiger sozialpolitischer Orientierung sind die Grundzüge der verfassungsmässigen Wertordnung in einer Gesamtschau zu berücksichtigen: Zu bedenken ist nämlich, «dass alle Rechtsetzungszuständigkeiten des Bundes in eine freiheitliche Verfassung eingefügt sind, mithin auch diejenige des Art. 64 BV, und nicht jedwede Sozialbelastung der Handlungsfreiheit der Privaten angehen»^[87]. Mit anderen Worten ist danach zu fragen, ob und in welchem Ausmass durch privatrechtliche Normen mit sozialpolitischer Zielsetzung grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheiten - namentlich die Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) sowie die Eigentumsgarantie und die Vertragsfreiheit - beschränkt werden dürfen. Wie weit die Bundesprivatrechtskompetenz reicht, bemisst sich damit nach der Grundrechtsvereinbarkeit der gewählten gesetzgeberischen Lösung. Vordergründig kompetenzkonform gesetztes Privatrecht hat damit zusätzlich den Test der Grundrechtskonformität zu bestehen. Es ist das Verdienst von Gygi, diese Zusammenhänge insbesondere auch am Beispiel des Grundstückserwerbs durch Ausländer verdeutlicht zu haben:

«An sich betrifft diese Materie die Verfügung über private Grundstücke, fällt somit nicht zum vorneherein zum Geltungs- und Anwendungsbereich von Art. 64 BV hinaus. Eine andere Frage ist es jedoch, ob die verfassungsmässige Eigentumsfreiheit Beschränkungen in der Verfügungsfreiheit von dieser Intensität zulässt. Wenn das zu verneinen wäre, dann müsste der Bund eine besondere Ermächtigung in der Verfassung schaffen. (...) Zur Einführung neuartiger und ungewohnter Belastungen wird die Kompetenz des Art. 64 BV, die von einer bestimmten Eigentumskonzeption ausgeht, nicht ausreichen, und sie wird nach einer zusätzlichen Verfassungsgrundlage rufen.»^[88]

Unter dem Blickwinkel der Kompetenzkonformität ist eine sozialpolitisch ausgerichtete Privatrechtsgesetzgebung jeweils dann nicht zu beanstanden, wenn die zur Verfolgung der sozialpolitischen Ziele eingesetzten privatrechtlichen Mittel grundrechtskompatibel sind^[89]. Exemplarisch sei an dieser Stelle auf die Überlegungen des Bundesrates über die Zulässigkeit arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote verwiesen:

«Es kann sich wie beim Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen die Frage stellen, ob der Gesetzgeber ein Diskriminierungsverbot erlassen kann, das die Handels- und Gewerbefreiheit einschränkt. Dieses gibt dem Arbeitgeber namentlich das Recht, seine Mitarbeiter frei auszuwählen und das Arbeitsverhältnis frei zu gestalten. Einschränkungen der Handels- und

Gewerbefreiheit zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind im Prinzip zulässig, solange sie nicht schwergewichtig wirtschaftspolitische Ziele verfolgen und solange sie verhältnismässig sind.»[90]

c) Konvergenz der Lösungsansätze

Ob die Zulässigkeit einer privatrechtlichen, auf Art. 64 BV gestützten Regelung eines bestimmten Sachbereichs durch den Bund nach Massgabe ihrer Übereinstimmung mit den vom Zivilrecht internalisierten Politiken beurteilt wird oder an der grundrechtlichen Vereinbarkeit gemessen wird, ist letztlich nur eine Frage der Optik: Die erste Sicht sucht eine zivilrechtsimmanente Lösung, während die zweite Bezug nimmt auf die übergeordneten Wertentscheidungen der Verfassung. Dabei handelt es sich in beiden Fällen um eine Orientierung an identischen Massstäben. Die inhaltliche Ausgestaltung der Grundrechtsgarantien und die zivilrechtlichen Ordnungs- und Steuerungsfunktionen beeinflussen und bedingen sich wechselseitig. Die im Privatrecht internalisierten Politiken beziehen ihren Geltungsgrund nicht zuletzt aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen. Eigentumsgarantie, HGF, aber auch die Garantie der persönlichen Freiheit haben in vielfältiger Art und Weise ihren Niederschlag im Privatrecht und dort insbesondere im Persönlichkeitsschutz oder im Grundsatz der Vertragsfreiheit[91] gefunden. Aus dieser Konvergenz privatrechtlicher Politiken und Grundrechtskonformität erklärt sich auch, dass öffentlich-rechtliche Ergänzungen und Konkretisierungen privatrechtlicher Institute dann als zulässig erachtet werden, wenn sie namentlich zum Schutz der Menschenwürde oder der physischen und psychischen Integrität erlassen werden[92].

3.3. Fazit

Für die Bestimmung des Kompetenzrahmens von Art. 64 BV ist der Rückgriff auf die von der Verfassung vorgegebene Wertordnung unerlässlich und zwar deshalb, weil Art. 64 BV - anders als sachspezifische Kompetenznormen der BV - vordergründig keine Bewertung der öffentlichen Interessen vornimmt, die eine bundesrechtliche Regelung zu verfolgen hätte. Weil wiederum zivilrechtliche Grundprinzipien wie die Vertragsfreiheit, die Eigentumsгарantie, usw. grundrechtlich abgesichert sind, verbindet sich die Ermittlung des Kompetenzbereiches mit der Frage nach der Grundrechtskonformität einer Regelung. Wesensmerkmal der Verfassungsordnung ist die «freiheitliche Organisation der Beziehungen der Rechtsgenossen untereinander»[93]. Wann die verfassungsmässig noch zulässige Sozialbelastung der Handlungsfreiheit überschritten wird, bemisst sich daher vor allem an der Vereinbarkeit einer Regelung mit den Grundrechten[94].

Dem Bundesgesetzgeber erlaubt Art. 64 BV, für bestimmte Sach- und Lebensbereiche Präzisierungen, Korrekturen oder Konkretisierungen der zivilrechtlichen Grundordnung vorzunehmen. So darf er bisher

mit Innominatkontrakten geregelte Materien einem Form- oder Vertragstypenzwang unterstellen[95] oder spezielle Haftungsregeln erlassen[96]. Erforderlich ist dabei aber, dass die gesetzliche Regelung «als Institut des Privatrechts ausgestaltet werden kann bzw. dass sie ein bestehendes privatrechtliches Institut mitgestaltet»[97]. Wird hingegen eine dem Privatrecht wesensfremde Lösung gewählt, kann Art. 64 BV als Kompetenzgrundlage nicht mehr genügen. Was dem Privatrecht wesensfremd sein soll, lässt sich auch mit dem Test der Grundrechtskonformität ermitteln.

4. Ausgewählte Einzelfragen

4.1. Öffentlich-rechtliche Gesetzgebungskompetenzen der Kantone (Art. 6 ZGB)

a) Abschliessende Bundesregelung als Schranke

Die in Art. 2 UeBest BV enthaltene Regel der derogatorischen Kraft des Bundesrechts verbietet es den Kantonen, Recht zu erlassen, das im Widerspruch zum Bundesrecht steht. In Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, sind die Kantone zur Rechtsetzung nicht befugt. Im Bereich von Art. 64 BV dürfen Kantone zivilrechtliche Bestimmungen nur soweit erlassen, als das Bundesrecht ausdrücklich oder dem Sinn nach die Geltung kantonalen Rechts vorbehält. Kantonale öffentlich-rechtliche Bestimmungen sind gemäss Art. 6 ZGB insbesondere dann zulässig, wenn der Bundesgesetzgeber keine abschliessende Ordnung geschaffen hat:

«Wo die Schranken der expansiven Kraft des öffentlichen Rechts liegen und welche zivilrechtlichen Vorschriften eine abschliessende Ordnung darstellen und damit Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechts ausschliessen, lässt sich nicht in allgemeiner Form umschreiben.»[98]

Die Praxis zu Art. 6 ZGB scheint für die vorliegende Fragestellung auf den ersten Blick wenig aussagekräftig zu sein, weil dabei die Frage ausschlaggebend ist, ob das Bundeszivilrecht eine abschliessende Regel enthält, welche eine Entfaltungs- und Einwirkungsmöglichkeit des kantonalen öffentlichen Rechts zu verhindern vermag. Ob dies der Fall sei, ist durch die üblichen Auslegungsmethoden zu ermitteln[99]. Allerdings kann daraus auch gefolgert werden, dass es dem Bundesgesetzgeber überall dort, wo - *de lege lata* - das Bundeszivilrecht keine abschliessende Regelung enthält, erlaubt wäre, auch eine abschliessende Regelung zu wählen und damit kantonales öffentliches Recht der Kantone zu verdrängen[100]. Bestehendes kantonales Recht hingegen vermag eine «Lückenfüllung» durch den Bundesgesetzgeber nicht zu hindern. Die Bestimmung über die Feststellung des Todeszeitpunktes, die in einer kantonalzürcherischen Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser enthalten war, versties nach Ansicht des Bundesgerichts deshalb nicht gegen Bundeszivilrecht - *in casu* Art. 31 ZGB -, weil der Gesetzgeber bewusst auf eine Umschreibung des Todeszeitpunktes verzichtet habe; zudem würde die entsprechende Bestimmung bei übereinstimmendem Sinngehalt Art. 31 ZGB lediglich verdeutlichen[101]. Auch im St. Galler

Grossratsbeschluss über die künstliche Befruchtung wollte das Bundesgericht keinen Verstoß gegen Bundeszivilrecht erblicken, weil dieser - anders als Art. 31 und 253 ff. ZGB - weder Anfang und Ende der Persönlichkeit noch Feststellung oder Anfechtung von Kindsverhältnis oder Vaterschaft regle[102]. Als abschliessende zivilrechtliche Regelungen, welche dem kantonalen Gesetzgeber keine Abweichung erlauben, wurden hingegen beurteilt[103]: Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih[104], die im OR normierten Ferienansprüche der Arbeitnehmer[105] oder das Institut des Willensvollstreckers[106], nicht aber die Bestimmungen des Auftragsrechts[107] oder diejenigen über den Mäklervertrag[108].

Aus dem Gesagten ergibt sich folgerichtig, dass es dem Bundesgesetzgeber nicht verwehrt wäre, die entsprechenden zivilrechtlichen Konkretisierungen[109] selber vorzunehmen[110]; nur wenn er dies nicht oder nicht abschliessend getan hat, bleibt grundsätzlich Raum für kantonales gesetzgeberisches Wirken zur Verfolgung schutzwürdiger öffentlicher Interessen.

b) Verknüpfung mit der Inhaltsbestimmung von Art. 64 BV

Zu beantworten bleibt die Frage, wie ein Konflikt zwischen kompetenzkonformem Bundesprivatrecht und einer ebenso kompetenzkonform erlassenen kantonalen Bestimmung öffentlich-rechtlicher Natur zu beseitigen ist. Dies ist dann der Fall, wenn zulässiges kantonales öffentliches Recht bundesprivatrechtswidrige Auswirkungen zeitigt, wenn also kantonales Recht die bundesrechtlich geregelte Vertragsfreiheit hemmt oder beseitigt, indem es bestimmte Verträge verbietet oder spezielle - inhaltliche oder formale - Voraussetzungen für einen gültigen Vertragsschluss verlangt[111]. Hier handelt es sich nicht mehr um eine Kompetenz- sondern um eine Normkonkurrenz.

Kantonales öffentliches Recht hat - wie gezeigt - einerseits dort keinen Platz, wo der Bundesgesetzgeber explizit oder stillschweigend eine abschliessende Regelung getroffen hat. Andererseits darf das lückenfüllende kantonale Recht nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen[112]. Die Formel von Sinn und Geist des Bundesrechts weist inhaltlich eine deutliche Nähe zu den oben (Ziff. 3.2.a) erläuterten «internalisierten Politiken» des Privatrechts auf. Auffällig wird dies bei der Forderung, dass der kantonale Gesetzgeber neben den grundrechtlichen Schranken auch «den grundsätzlichen Entscheid des Bundeszivilrechtsgebers zur Vertragsfreiheit respektieren» müsse[113]. Was Sinn und Geist des Bundesprivatrechts als Schranke kantonaler Rechtsetzungshoheit sei, bestimmt sich insbesondere danach, ob die privatrechtliche Lösung des Bundesgesetzgebers die Verfolgung öffentlicher Interessen - und damit die Verwirklichung jener privatrechtlich internalisierter Politiken - zum Ziel hat:

«Die Kantone können aber in den Bereichen und in bezug auf die Institutionen nicht mehr legislieren, die das Bundeszivilrecht abschliessend geregelt hat, nachdem es selbst die einander gegenüberstehenden Interessen abgewogen, das heisst im Allgemeininteresse Recht gesetzt hat.»[114]

Es ist durchaus auch die Aufgabe des Bundesgesetzgebers, Sinn und Geist des Privatrechts auch durch ergänzendes öffentliches Recht zu konkretisieren. Er hat sich dabei insbesondere von den grundrechtlichen Wertentscheidungen der Verfassung leiten zu lassen.

4.2. Rechts- und Sittenwidrigkeit von Verträgen

In der Lehre finden sich verschiedentlich Aussagen darüber, dass entgeltliche oder unentgeltliche Vereinbarungen über die Organspende rechts- oder sittenwidrig im Sinne von Art. 19 und 20 OR und damit nichtig seien. Die in Art. 19 Abs. 2 OR zivilrechtlich konkretisierte Grundentscheidung der Verfassung dafür, dass die höchstpersönlichen Bereiche jeder rechtlichen Verpflichtung entzogen bleiben sollen, wird für das Transplantationswesen von Bedeutung sein. So gelten Verträge, welche die physische Freiheit oder die körperliche Integrität beeinträchtigen - namentlich Verpflichtungen über Blut- oder Embryonenspenden - als persönlichkeitsverletzend und sind somit unverbindlich und nicht erzwingbar^[115]. Als sittenwidrig wird ebenfalls die Einwilligung zu einer Organentnahme beurteilt, die nur aus finanziellen Interessen erteilt wurde^[116]. Bedeutung gewinnen könnten die vertragsrechtlichen Nichtigkeitsgründe auch dann, wenn bestimmte Verhalten strafrechtlich sanktioniert würden, z. B. die entgeltliche Organvermittlung.

Sittenwidrigkeit als auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff kann auch durch gesetzgeberische Entscheidungen Konturen erhalten. Art. 64 BV würde es daher dem Bund erlauben, für den Bereich der Transplantationsmedizin jene Rahmenbedingungen abzustecken, innerhalb derer sich privatvertragliches Handeln bewegen darf. In bereichsspezifischer Konkretisierung obligationenrechtlicher Begriffe könnte so z. B. die Nichtigkeit von Organabtretungsverträgen vorgesehen werden.

5. Fazit

Aus dem Gesagten ergibt sich folgendes:

Regelungen, welche die Modalitäten der rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheit festlegen, finden in Art. 64 BV eine kompetenzrechtliche Verfassungsgrundlage. Dies gilt insbesondere für die Beschränkung der Lebendspende auf nahe Verwandte wie auch für den generellen Ausschluss bestimmter Personenkategorien von der Organspende. Voraussetzung dafür bleibt, dass sich die Unterscheidung spendefähiger Personen von anderen auf sachlich vertretbare Gründe zurückführen lässt, mithin also nicht willkürlich wäre.

Der gleiche Schluss gilt für die spezifischen Beschränkungen im Bereich des Vertragsrechts: Die Unentgeltlichkeit der Organspende bzw. die Nichtigkeit entgeltlicher Organüberlassungsverträge kann als sozialpolitisch motivierte Beschränkung der Vertragsfreiheit ohne Not auf die Rechtsetzungskompetenz

von Art. 64 BV zurückgeführt werden. Die Modalitäten der Organspende hätten dabei die grundrechtlichen Schranken zu beachten^[117]. Auch datenschutzrechtliche Aspekte wie die Anonymität des Organspenders können gleichermaßen legitimiert werden^[118].

Die Bewilligungspflicht für die (gewerbliche) Vermittlung von Organen und Gewebeteilen scheint als einschneidende Beschränkung der verfassungsmässigen Handels- und Gewerbefreiheit den von Art. 64 abgesteckten Rahmen hingegen zu sprengen. Wie oben dargelegt (Ziff. 3.3.) sollte eine zusätzliche Kompetenzgrundlage - z. B. Art. 31^{bis} Abs. 2 BV - herangezogen werden: Einerseits weist die Frage der Bewilligungspflicht eines Gewerbes eine grössere sachliche Nähe zu Art. 31^{bis} Abs. 2 BV als zum traditionellen Bereich des Privatrechts auf; andererseits können solche Beschränkungen der wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten die Grenzen dessen überschreiten, was noch als privatrechtsimmanente Sozialbelastung hingenommen werden dürfte.

Diese Bestimmung bietet eine Grundlage dafür, dass der Bundesgesetzgeber die von privaten Institutionen - gewinnorientiert oder unentgeltlich - betriebene Handels- und Vermittlungstätigkeit normieren darf. Während die «Selbstversorgung» der Spitäler, d.h. die Verwendung von in eigenen Kliniken gespendeten oder entfernten Organen für die Behandlung der eigenen Spitalpatienten, weiterhin der kantonalen (Organisations-)Hoheit verbleibt, kann das vertragliche Zusammenwirken von Spitälern und externen Vermittlungsinstitutionen vom Bund geregelt werden. Sobald ein Spital Leistungen und Güter (z. B. Organe) am externen Transplantationsmarkt anbieten oder sich beschaffen will, wird der Bereich der kantonalen Organisationsautonomie verlassen: Diese Tätigkeit ist den massgeblichen vertrags- oder gewerberechtlichen Vorschriften unterworfen, die zu erlassen der Bund befugt wäre. Verfassungsrechtlich zweifelhaft könnte allenfalls die Frage sein, ob der Bund für die gesamtschweizerische Vermittlungstätigkeit gestützt auf Art. 31^{bis} Abs. 2 BV auch ein rechtliches Monopol vorsehen dürfte^[119]. Unter einem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt wohl unproblematisch ist es jedenfalls, eine Bewilligungspflicht für die Organvermittlung gestützt auf Art. 31^{bis} Abs. 2 BV einzuführen, weil und soweit sie dem Schutz des Polizeigutes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dient und namentlich unlauteren, auf Täuschung gerichteten Geschäftspraktiken entgegen wirkt^[120].

Gesamthaft gesehen mag die Verfassungslage wenig befriedigend erscheinen. Insbesondere Kompetenzdefizite des Bundes - soweit die kantonale Organisationshoheit tangiert ist - und die nach Massgabe des Regelungsbedarfes im Transplantationswesen lückenhaften Rechtsetzungszuständigkeiten des Bundes lassen nach wie vor eine eigenständige, neu zu schaffende Kompetenznorm der Bundesverfassung als wünschbar erscheinen. Kompetenzrechtliche Zweifelsfälle, die sich aus der Interpretation von Art. 64 und 31^{bis} Abs. 2 BV ergeben, könnten so ausgeräumt werden. Angesichts des als dringlich eingestuften Bedürfnisses nach einer bundesweiten Regelung wäre eine Lösung, die sich auf bestehende Bundeskompetenzen abstützen liesse, zwar zu befürworten, sie könnte sich aber insofern als lückenhaft erweisen, als dass die legislatorische

Beantwortung zusammenhängender Fragen sowohl Bund und Kantone zufällt. Die Gefahr einer uneinheitlichen und unvollständigen Gesamtregelung kann am besten mit einer neuen Sachkompetenznorm umgangen werden.

[49] Dazu *Christian Kopetzki*, *Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation*, Wien / New York 1988, insbes. S. 59 ff. Wesentlicher Unterschied zur Schweiz ist, dass das Gesundheitswesen Bundessache ist.

[50] Dazu neuerdings *Birgit Schoeller*, *Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Organspende vom lebenden Spender*, Frankfurt am Main 1994, S. 35 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Lehre.

[51] *Joachim Linck*, *Gesetzliche Regelung von Sektionen und Transplantationen*, *Juristen-Zeitung (JZ)* 1973, S. 759 ff., S. 765.

[52] *Andrea Schmidt-Didczuhn*, *Transplantationsmedizin in Ost und West im Spiegel des Grundgesetzes*, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 1991, S. 264 ff., S. 270.

[53] Hinweise bei Schoeller (Fussnote 2), S. 39, sowie bei *Wolfram Höfling*, *Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben*, *JZ* 1995, S. 26 ff., S. 27.

[54] *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 73 vom 28. März 1995, S. 57 f.; die Motion wurde allerdings nur knapp mit 72 zu 68 Stimmen abgelehnt.

[55] So die Motion Huber vom 28. Februar 1994 (S 94.3052), welche die kantonale Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Gesundheitswesens u.a. durch «alle Normen des Zivil- und Strafrechts zum Persönlichkeitsschutz» beschränkt betrachtet, AB S 1994 870. Eine ähnliche Begründung lag bereits dem nicht überwiesenen Postulat Jelmini vom 6. Oktober 1989 (SR 89.695) zugrunde, AB S 1990 186 ff., 187.

[56] In seiner Botschaft vom 28. Februar 1983 zur Volksinitiative «Recht auf Leben», BBl 1983 II 1, figurieren die Ausführungen zur Organtransplantation unter dem Kapitel «Kantonales Recht», S. 15.

[57] Vgl. statt vieler BGE 113 Ia 309, S. 311.

[58] *Blaise Knapp*, *BV-Kommentar*, zu Art. 64 BV, Rz. 6.

[59] Vgl. dazu BGE 110 Ia 111, 114 sowie die Botschaft vom 17. August 1977 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches betreffend den fürsorgetischen Freiheitsentzug, BBl 1977 III 1, 50 ff.

[60] Dazu ausführlich VPB 45 (1981) Nr. 49, S. 279 ff., S. 284 ff.; VPB 49 (1985) Nr. 36, S. 217 ff., S. 226. ff. sowie die Botschaft vom 27. November 1985 zu einem revidierten Bundesgesetz über Arbeitsvermittlung und Personalverleih, BBl 1985 III 556, 640. Die Botschaft vom 12. Juni 1978 über ein Konsumkreditgesetz (BBl 1978 II 485 ff., S. 615) spricht von einem Bedürfnis von «ausreichender Dringlichkeit» nach Privatrechtsverwirklichung.

[61] So die sehr verkürzte Formulierung in der Botschaft vom 24. Februar 1994 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBl 1993 I 805, 892. Auch die jeweiligen Eurolex-Vorlagen enthielten nur spärliche Ausführungen über die Kompetenzgrundlage.

[62] Botschaft vom 12. Juni 1978 über ein Konsumkreditgesetz, BBl 1978 II 485, 614. Das Gesetz ist nach langjährigen Beratungen von den Räten abgelehnt worden. Das heute gültige Konsumkreditgesetz vom 8. Oktober 1993 (SR 221.214.1) erwähnt im Ingress wiederum Art. 64 BV.

[63] Botschaft vom 15. November 1960 über die Einführung der Genehmigungspflicht für die Übertragung von Boden an Personen im Ausland, BBl 1960 II 1261, 1276. Auf den ausschlaggebenden engen Sachzusammenhang einer öffentlich-rechtlichen Regelung mit der Zivilgesetzgebung verweist auch das Bundesgericht in [BGE 108 Ib 392](#), 397.

[64] [BGE 117 Ia 328](#), S. 330 f.; ähnlich auch [BGE 114 Ia 350](#), 356 zu einer kantonalen Regelung des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient.

[65] *Jean-François Aubert*, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bd. I, Neubearbeiteter Nachtrag, Basel / Frankfurt am Main 1991, Rz. 648; *Peter Widmer*, Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Winterthur 1966, S. 25 ff. und S. 61 f.

[66] Von Gygi wurde - auch mit Blick auf die Entstehungsgeschichte - hingegen die Auffassung vertreten, dass Art. 64 BV eine Kompetenzverteilung durch Zuweisung von Sachgebieten vornehme (*Fritz Gygi*, Zur Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiete des Zivilrechts, Zeitschrift für schweizerisches Recht [ZSR] 1976/I, S. 343 ff.). Eine ähnliche Auffassung vertrat auch das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten von April 1982, VPB 46 (1982) Nr. 20, S. 145 ff., S. 146. Eine vermittelnde Position scheint Schnyder einzunehmen, vgl. *Bernhard Schnyder*, Freiheit und Schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: *Freiheit und Zwang*, Festschrift für Hans Giger, Bern 1989, S. 597 ff., S. 601.

[67] *Yvo Hangartner*, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern / Frankfurt am Main 1974, S. 96 f., der von geringer normativer Massstäblichkeit spricht. Im Resultat ähnlich *Hans Giger*, Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der Gesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Konsumkreditwesens, Zürich 1989, S. 40; Knapp (Fussnote 10), Rz. 27, spricht davon, dass der Umfang der Bundeskompetenzen im voraus «sehr schlecht bestimmbar» seien. Ähnlich *Hans Huber*, das Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts und des Bundeszivilrechts in der Gegenwart, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 98 (1962), S. 169 ff., S. 182 f. sowie *Tomas Poledna*, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, Rz. 98.

[68] Siehe zu den verschiedenen, regelmässig diskutierten und ihrer Unvollständigkeit wegen ebenso regelmässig kritisierten Theorieansätzen Knapp (Fussnote 10), Rz. 17 ff.; Hangartner (Fussnote 19), S. 98 f.; Giger (Fussnote 19), S. 36 ff.; *Hans Huber*, Berner Kommentar zu Art. 6 ZGB, S. 518 ff.; derselbe (Fussnote 19), S. 180 f.; *Henri Deschenaux*, Die Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht (SPR) II, Basel 1967, S. 15 ff.; *Jean Nicolas Druet*, Privatrecht als Kontaktrecht, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts 40 (1991/92), S. 149 ff., S. 152 f. Zur bundesgerichtlichen Judikatur siehe [BGE 109 Ib 146](#) sowie ausführlich *René A. Rhinow / Beat Krähenmann*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel / Frankfurt am Main 1990, S. 1 ff.

[69] Wissenschaftlich - soweit ersichtlich - nicht erörtert wurde, ob die Rechtsprechung der Strassburger Organe zu den zivilrechtlichen Ansprüchen gemäss Art. 6 EMRK einen Einfluss auf die Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht haben könnten.

[70] Knapp (Fussnote 10), Rz. 1. Illustrativ auch Druets Titel vom Privatrecht als «Kontaktrecht».

- [71] Hangartner (Fussnote 19), S. 97, unter Rückgriff auf eine sinnverwandte Einschätzung von Burckhardt; ähnlich auch *Fritz Gygi*, Zur bundesstaatlichen Rechtssetzungszuständigkeit im Gebiet des Obligationen- und Handelsrechts, ZSR 1984/I, S. 1 ff., S. 20 f.: «Was er [scil. Art. 64 BV] an Rechtssetzungsbefugnissen in sich schliesst, bestimmen (...) die überlieferten und gegenwärtigen Rechtsanschauungen darüber, wie sich ein zeitgemässes Obligationenrecht darbieten soll.»
- [72] VEB=VPB 31 (1962/63) Nr. 81, S. 154 ff., S. 155; die Ausführungen bezogen sich allerdings auf die Frage, ob eine Bewilligungspflicht für den Abbruch von Wohnbauten verfassungsrechtlich zulässig wäre und erwähnten den Grundstückserwerb durch Ausländer nur am Rande.
- [73] VPB 46 (1982) Nr. 21, S. 153 ff., S. 157 ff. Die Botschaft vom 16. September 1981 zu einem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland und zur Volksinitiative «gegen den Ausverkauf der Heimat», BBl 1981 III 585, 639 ff., setzte sich bereits summarischer mit der Kritik an der Abstützung auf Art. 64 BV auseinander.
- [74] Botschaft vom 23. März 1994 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, BBl 1994 II 509, 543.
- [75] Botschaft über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Fussnote 12), S. 639; mit gleichem Wortlaut bereits die Botschaft zum Konsumkreditgesetz (Fussnote 12).
- [76] Schnyder (Fussnote 18), S. 602.
- [77] Hangartner (Fussnote 19), S. 100, in Anlehnung an die Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft vom 15. November 1960 über die Einführung der Genehmigungspflicht für die Übertragung von Boden an Personen im Ausland, BBl 1960 II 1261, 1275; siehe ferner auch Knapp (Fussnote 10), Rz. 40.
- [78] BGE 108 Ib 392, 396.
- [79] Druey (Fussnote 20), S. 155. Vgl. dazu auch *Christian Brückner*, Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht - ein Beispiel für die Suggestivkraft von Begriffen, in: *Privatrecht - Öffentliches Recht - Strafrecht*, Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel / Frankfurt am Main 1985, S. 35 ff.
- [80] VPB 46 (1982) Nr. 21, S. 153 ff., S. 158.
- [81] Gutachten von April 1982, VPB 46 (1982) Nr. 20, S. 145 ff., S. 149; kritisch dazu Rhinow/Krähenmann (Fussnote 20), S. 4 f.
- [82] Siehe Botschaft über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Fussnote 12), S. 639.
- [83] Dazu die Botschaft über ein Konsumkreditgesetz (Fussnote 12), S. 616.
- [84] *Kurt Siehr*, Grundrechte und Privatrecht, in: *Freiheit und Zwang*, Festschrift für Hans Giger, Bern 1989, S. 627 ff., S. 636.
- [85] BGE 114 Ia 350, S. 356. Ähnlich auch die Botschaft zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung: Faktische Ungleichheiten der Vertragsparteien «lassen es geboten erscheinen, dass der Staat mit privatrechtlichen oder anderen Mitteln die Privatautonomie (zu ihrem eigenen Schutz) einschränkt, um zu verhindern, dass sie durch Missbrauch von innen ausgehöhlt wird und sich daraus sozial schädliche Auswirkungen ergeben.», BBl 1985 III 556, 639.
- [86] *Frank Vischer*, Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Eingriffe in die Lohnvereinbarungen, in: *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel / Frankfurt am Main 1982, S. 283 ff., S. 291.

- [87] Gygi (Fussnote 18), S. 348.
- [88] Gygi (Fussnote 18), S. 348 f.; im Resultat ähnlich Knapp (Fussnote 10), Rz. 46: «Im Rahmen von Kompetenzen, die dem Bund *durch andere Verfassungsbestimmungen* eingeräumt werden, kann er selbstverständlich auch öffentlichrechtliche Normen erlassen, die dazu geeignet sind, das Privatrecht, vor allem die Vertragsfreiheit, zu beeinflussen (...)» (Hervorhebung hinzugefügt).
- [89] Ähnlich auch Widmer (Fussnote 17), S. 83, der eine Bewilligungspflicht für den Abschluss bestimmter Verträge dann als kompetenzwidrig erachtet, wenn sie die HGF verletzt.
- [90] Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, BBl 1993 I 248. Ähnlich auch die Botschaft über Arbeitsvermittlung und Personalverleih (Fussnote 12), S. 639: «Eine solche Sozialschutz-Gesetzgebung steht, solange sie nicht zu unerträglichen Sozialbelastungen führt, mit den fundamentalen Grundrechten in Einklang, bildet doch die soziale Sicherung eine wesentliche Vorbedingung zur Ausübung nicht nur der wirtschaftlichen, sondern der Grundfreiheiten überhaupt».
- [91] Siehe dazu beispielsweise [BGE 112 Ia 382](#), S. 387 oder [BGE 113 Ia 126](#), S. 139 ff.
- [92] Botschaft vom 18. September 1989 zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen», BBl 1989 III 989, 1005.
- [93] VPB 46 (1982) Nr. 21, S. 153 ff., S. 156.
- [94] In aller Deutlichkeit Botschaft vom 12. Juni 1978 über ein Konsumkreditgesetz, BBl 1978 II 485, 614 f.
- [95] Z. B. für Konsumkredite, dazu Eurolex-Botschaft I, BBl 1993 I 805 ff. Denkbar wäre auch, dass der Gesetzgeber den Kreis der nicht erzwingbaren Realobligationen (z. B. Art. 513 ff. OR) ausweiten würde. Art. 11 Abs. 1 OR sieht ausdrücklich vor, dass das Gesetz Formvorschriften vorsehen kann.
- [96] Der Erlass eines Bundesgesetzes über die Produktheftpflicht wurde damit begründet, dass dadurch die allgemeinen Regeln der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 53 OR verschärft würden. Ähnlich - d.h. dass sich Haftungsverschärfungen oder besondere Haftungsregime auf Art. 64 BV abstützen lassen - argumentierte der Bundesrat auch in seiner Botschaft zum Atomartikel in der Bundesverfassung, BBl 1957 I 1137, S. 1155, sowie in der Botschaft vom 3. November 1922 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr, BBl 1922 III 461, S. 473.
- [97] Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom April 1982, VPB 46 (1982) Nr. 21, S. 153 ff., S. 155.
- [98] Ständige Rechtsprechung, zuletzt bestätigt in [BGE 120 Ia 286](#), S. 290 und [120 Ia 299](#), S. 303.
- [99] D.h. durch grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung, dazu [BGE 117 Ia 328](#), 331 ff.
- [100] Im gleichen Sinn auch Knapp (Fussnote 10), Rz. 28, wonach der Bund eine Materie auch erschöpfend normieren dürfe.
- [101] [BGE 98 Ia 508](#), 512 f.
- [102] [BGE 115 Ia 245](#).
- [103] Vgl. auch die Übersicht bei Rhinow/Krähenmann (Fussnote 20), S. 4.
- [104] [BGE 120 Ia 89](#).

- [105] Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 7. Februar 1990, VPB 54 (1990) Nr. 37, S. 248 ff.
- [106] BGE 94 II 141, 144.
- [107] BGE 114 Ia 350; daher verletzte das Genfer Gesetz über das Arzt-Patientenverhältnis den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht.
- [108] BGE 110 Ia 111.
- [109] Unter Respektierung der von den verfassungsmässigen Rechten, namentlich vom Gleichheitsgebot gezogenen Grenzen können beispielsweise auch die Institute der Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit gesetzgeberisch relativiert werden; dazu VPB 46 (1982) Nr. 21, S. 153, S. 156 f.
- [110] Gestützt auf Art. 64 BV darf der Bund auch den «nur im Grundsatz geregelten privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz durch spezifische privatrechtliche Datenschutzvorschriften erweitern und stärken», so die die Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 II 413, 425.
- [111] Knapp (Fussnote 10), Rz. 49.
- [112] Zur bundesgerichtlichen Praxis siehe Aubert (Fussnote 17), Rz. 656.
- [113] Vischer (Fussnote 38), S. 292; zulässig sind aber demnach kantonale öffentlich-rechtliche Verstärkungen von Bundeszivilrechtsnormen. In die gleiche Richtung zu deuten ist Widmer (Fussnote 17), S. 75 und S. 82 ff.
- [114] Knapp (Fussnote 10), Rz. 55, Hervorhebung hinzugefügt.
- [115] *Claire Huguenin*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel / Frankfurt am Main 1993, Kommentar zu Art. 19/20 OR, Rz. 44 mit weiteren Hinweisen, S. 174; vgl. auch *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband, Bern 1966, Systematischer Teil, Rz. 69 und 72; *Jacques-Michel Grossen*, Das Recht der Einzelperson, SPR II, Basel/Stuttgart 1967, S. 305. Ausführlich zur gleichgelagerten Rechtslage in Deutschland Schoeller (Fussnote 2), S. 41 ff. und S. 54 ff.
- [116] *Wolfgang Wiegand*, Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 178.
- [117] In BGE 98 Ia 524 hat das Bundesgericht die vom Kanton Zürich gewählte Einsprachelösung als vereinbar mit der verfassungsrechtlichen Garantie der persönlichen Freiheit beurteilt.
- [118] Allenfalls wären kantonale organisationsrechtliche Kompetenzen zu beachten, vgl. dazu die Botschaft zum Datenschutzgesetz (Fussnote 62), S. 425 f. und S. 490 ff.
- [119] In der Lehre scheint die Meinung vorzuherrschen, dass Art. 31^{bis} Abs. 2 BV dem Bund die Befugnis einräumt, gewerbepolizeiliche, nicht aber sozial- oder wirtschaftspolitische Monopole zu errichten; dazu *René A. Rhinow*, Kommentar-BV Art. 31^{bis} BV, Rz. 52; *Katrin Sutter-Somm*, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Basel 1989, S. 102 ff.; *Poledna* (Fussnote 19), Rz. 101.
- [120] Dazu neuerdings die Botschaft vom 1. März 1995 zu einem Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten, BBl 1995 II 985, 1014.

JAAC 61.3 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 7. Juni 1995

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1997
Année	
Anno	
Band	61
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 003 473

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.