

# Recht und Politik

## Dekarbonisierung im Spannungsfeld

Dr. iur. Martin Kayser, Rechtsanwalt, Zürich\*

### Inhaltsverzeichnis

<b>I. DER FALL GRENCHEMBERG</b>	<b>2</b>
<b>II. POLITIK UND RECHT</b>	<b>5</b>
1. Politik	5
2. Recht	7
3. Verhältnis von Recht und Politik	8
4. Zwei Achsen	8
<b>III. COURANT NORMAL</b>	<b>10</b>
1. Judizieller courant normal	10
2. Politischer courant normal	10
3. Zwischenfazit	11
<b>IV. GERICHTE ENTSCHIEDEN POLITISCHE FRAGEN</b>	<b>11</b>
1. Fehlen rechtlicher Vorgaben	11
2. Bessere Möglichkeiten des Parlaments	12
3. Gefahren richterlicher Entscheide in politischen Bereichen	13
4. PKK-Rechtsprechung	14
5. Richterliche Rollenverständnisse	15
6. Rolle des Helden	16
7. Verschiebungen in die politische Sphäre	17

---

\* Die vorliegende Publikation wurde im Rahmen des nationalen Förderprogramms SWEET Call 1-2020 (DeCarbCH) erstellt und vom Bundesamt für Energie mitfinanziert. Der Autor trägt die alleinige Verantwortung für den Inhalt. Ein herzliches Dankeschön geht an Christian Meyer und Lukas Schaub für ihre wertvollen Hinweise.

<b>8.</b>	<b>Die Rolle des Helden im Grenchenberg-Urteil</b>	<b>17</b>
<b>9.</b>	<b>Zwischenfazit</b>	<b>18</b>
<b>V.</b>	<b>POLITIK ENTSCHIEDET RECHTLICHE FRAGEN</b>	<b>18</b>
<b>1.</b>	<b>Grundproblematik</b>	<b>18</b>
<b>2.</b>	<b>Genehmigung von Kantonsverfassungen</b>	<b>19</b>
<b>3.</b>	<b>Schematische Einordnung</b>	<b>20</b>
<b>4.</b>	<b>Verschiebungen durch Gerichte und Gesetzgeber</b>	<b>21</b>
<b>5.</b>	<b>Verschiebungen durch ein soldatische Rollenverständnis</b>	<b>22</b>
<b>6.</b>	<b>Verschiebungen durch das minimalistische Rollenverständnis</b>	<b>23</b>
<b>7.</b>	<b>Zwischenfazit</b>	<b>23</b>
<b>VI.</b>	<b>SCHLUSS</b>	<b>24</b>
<b>1.</b>	<b>Politischer Kontext in gerichtlichen Verfahren</b>	<b>24</b>
<b>2.</b>	<b>Drei Thesen</b>	<b>25</b>
<b>3.</b>	<b>Schweizer Primat des politischen Kompromisses</b>	<b>26</b>

## **I. Der Fall Grenchenberg**

Der Grenchenberg scheint auf den ersten Blick für den Bau von Windrädern<sup>1</sup> wie geschaffen.<sup>2</sup> Die Landschaft liegt fernab von bewohntem Gebiet, so dass sich höchstens Wanderer am Anblick der mächtigen Rotorblätter stören könnten. Zudem liegt das Gebiet an exponierter Lage. Dadurch lassen sich Windenergieanlagen praktisch ganzjährig nutzen.<sup>3</sup>

Doch der erste Eindruck trügt. Will man auf dem Grenchenberg Windenergie auf rentable Weise gewinnen, reicht dafür ein einziges Windrad nicht aus. Es braucht mehrere, so dass ein Windpark entsteht. Dieser wiederum kommt in unmittelbare Nähe

---

<sup>1</sup> Statt von Windenergie- spricht man auch von Windkraftanlagen bzw. Windkraftwerken oder Windrädern. Die Begriffe werden hier wie im Folgenden synonym verwendet.

<sup>2</sup> Vgl. Verwaltungsgericht Solothurn, Urteil VWBES.2017.280 vom 17. September 2018, E. 9.5.2, abrufbar auf <https://gerichtsentscheide.so.ch>.

<sup>3</sup> Vgl. die Windenergiepotentialstudie für den Kanton Solothurn, Lausanne 2008, S. 25 samt Anhang I, Standortblatt Nr. 1, [https://energie.so.ch/fileadmin/energie/pdf/Windenergiepotentialstudie\\_fuer\\_den\\_Kanton\\_Solothurn.pdf](https://energie.so.ch/fileadmin/energie/pdf/Windenergiepotentialstudie_fuer_den_Kanton_Solothurn.pdf).

zum Weissensteingebiet zu liegen.<sup>4</sup> Letzteres ist im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler verzeichnet. Der Weissenstein steht damit unter erhöhtem Schutz.<sup>5</sup> Zudem beherbergt die Region zahlreiche geschützte Vogelarten.<sup>6</sup>

Vor diesem Hintergrund erstaunt es kaum, dass der geplante Bau eines **Windparks** auf Widerstand stiess. **Die Beschwerden von Organisationen zum Schutz von Wildvögeln sollten zu einem Leiturteil des Bundesgerichts** führen. Dieses eignet sich wie kaum ein anderes, um das Verhältnis von Recht und Politik näher auszuloten.

Das Bundesgericht hatte zunächst über die Höhe der Windanlage zu befinden.<sup>7</sup> **Zu hohe Windräder verschandeln die Gegend.** Bei der Erteilung von Anlagebewilligungen ist damit auf den verfassungsrechtlich gebotenen Landschaftsschutz zu achten.<sup>8</sup> Liegen die Rotorblätter umgekehrt **zu dicht über dem Boden, werden dadurch seltene Vogelarten** gefährdet. Dies wiederum kann mit dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz bedrohter Tierarten in Konflikt geraten.<sup>9</sup> Bei der Einschätzung des zulässigen Ausmasses einer Windparkanlage müssen die Bewilligungsbehörden sodann berücksichtigen, dass die **Anlagen mit zunehmender Nabenhöhe rentabler** werden.<sup>10</sup> Die Behörden haben damit die verschiedensten verfassungs- und gesetzesrechtlich verankerten Interessen gegeneinander abzuwägen.

Das Austarieren solcher Interessen gehört zu den gängigen Aufgaben von Bewilligungsbehörden und Gerichten. Das Bundesgericht fand einen Ausgleich, indem es in seinem Urteil anordnete, die geplante Nabenhöhe der Windräder herabzusetzen.<sup>11</sup>

Wäre es im Grenchenberg-Urteil allein um die Beschaffenheit der Windräder gegangen, hätte es kaum Eingang in die amtliche Sammlung gefunden. Eher dazu dürfte die **Erwägung des Bundesgerichts geführt haben, wonach dem Ausbau erneuerbarer Energien vor dem Hintergrund des Klimawandels eine «herausragende Bedeutung»**<sup>12</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. BGE 148 II 36 E. 13.4, *Windpark Grenchenberg*. Vgl. auch Verwaltungsgericht Solothurn, Urteil VWBES.2017.280 vom 17. September 2018, E. 9.3.1.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451).

<sup>6</sup> Vgl. BGE 148 II 36 E. 2.6, *Windpark Grenchenberg*.

<sup>7</sup> Vgl. BGE 148 II 36 E. 9.5 und 13.4, *Windpark Grenchenberg*, auch zum Folgenden.

<sup>8</sup> Art. 3 Abs. 2 NHG. Art. 78 Abs. 2 Satz 2 BV verpflichtet aufgrund seines Wortlauts allein den Bund zur Schonung von Landschaften; aus Art. 2 Abs. 1 NHG wird dagegen klar, dass sich die Verfassungsvorschrift auch an die Kantone wendet, soweit sie Bundesaufgaben erfüllen.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 78 Abs. 4 Satz 2 BV, wonach der Bund bedrohte Arten vor Ausrottung zu schützen hat. Dazu BGE 148 II 36 E. 5.1 und 13.1.

<sup>10</sup> Vgl. die Windenergiepotentialstudie für den Kanton Solothurn (Anm. 3), S. 8.

<sup>11</sup> BGE 148 II 36 E. 9.1, *Windpark Grenchenberg*.

<sup>12</sup> BGE 148 II 36 E. 13.2, *Windpark Grenchenberg*, auch zum Folgenden.

zukomme. Denn der Klimawandel stelle eine «eine akute und potenziell irreversible Bedrohung für menschliche Gesellschaften und den Planeten dar»<sup>13</sup>.

Das Urteil weitet damit seinen Blick weit über den Grenchenberg hinaus. Nicht allein um den geplanten Windpark dreht sich die Auseinandersetzung; ebenso wenig beschränken sich die Erwägungen auf den Artenschutz oder die Energieversorgung<sup>14</sup>. Von einer Bedrohung des Planeten ist die Rede, und zwar von einer akuten und potenziell irreversiblen. Wenn der Planet durch den Klimawandel gefährdet wird, geht es um Themen wie alternative Energien oder die Dekarbonisierung. Die Einordnung wird grossflächig, der Kontext kaum mehr überschaubar.

Der Entscheid erging ein Jahr nach dem bundesgerichtlichen Urteil zu den KlimaSeniorinnen. In letzterem Urteil tauchte das Wort «Klimawandel» gerade an drei Stellen auf. Nur an einer trug das Wort die Begründung massgeblich, nämlich um die Legitimation der Beschwerdeführerinnen zu verneinen.<sup>15</sup> Das erstaunt umso mehr, als das Bundesgericht im KlimaSeniorinnen-Urteil auf die Vulnerabilität der durchwegs älteren Beschwerdeführerin nicht Bezug nahm.<sup>16</sup> Der Klimawandel und die besondere Situation der Beschwerdeführerinnen schienen damit nicht in einem Zusammenhang zu stehen.<sup>17</sup>

Auch wenn das Grenchenberg-Urteil den Klimawandel insgesamt bloss einmal erwähnt, argumentiert es im Vergleich zu jenem zu den KlimaSeniorinnen insgesamt politischer. Dies obwohl hinter der Beschwerde nicht eine international tätige Organisation stand, sondern ein nationaler und ein kantonaler Vogelschutzverband. Prozessthema war nicht der Schutz vulnerabler Personen oder die Bewilligung einer Anlage mit potenziellen Auswirkungen auf Tausende von Personen,<sup>18</sup> sondern die Bewilligung weniger Windräder.

Das Grenchenberg-Urteil bietet Anlass, einen Schritt zurückzutreten. Was meinen wir, wenn wir einem Gericht vorhalten, es habe in sein Urteil «politische» Erwägungen einfließen lassen? Was unterscheidet in diesem Zusammenhang «Politik» von «Recht»? Gibt es Situationen, in denen Gerichte «politische» Fragen wie jene der Dekarbonisierung entscheiden dürfen, oder gar müssen? Sollten sie sich umgekehrt von

---

<sup>13</sup> A.a.O., wobei im Urteil für die Aussage kein Beleg angeführt wird. Offenbar sieht das Bundesgericht die Aussage als gerichtsnotorisch an. Vgl. dazu *Christian Meyer*, Die Tatsachen des öffentlichen Verfahrensrechts, SJZ 2025, S. YY ff. (im Erscheinen).

<sup>14</sup> Vgl. zu Letzterer z.B. BGE 132 II 408 E. 4.5.2 = Pra 96 (2007) Nr. 66, *Crêt-Meuron*, wo das Bundesgericht deutlich zurückhaltender allein auf den globalen Energieverbrauch als solchen Bezug nahm.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 146 I 145 E. 5.2, *KlimaSeniorinnen*. In E. 5.1 wird der Klimawandel ebenfalls erwähnt, allerdings nur im Rahmen der Wiedergabe der Rügen der Beschwerdeführerinnen.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 146 I 145 E. 8, *KlimaSeniorinnen*.

<sup>17</sup> So überzeugend *Johannes Reich*, Urteilsbesprechung, ZBl 121/2020, S. 489 ff., 501.

<sup>18</sup> Vgl. BGE 140 II 315 E. 4.7, *KKW Mühleberg*, wo das Bundesgericht im Gegensatz zum KlimaSeniorinnen-Urteil auf die besondere Situation der Beschwerdeführenden (Wohnsitz in den Notfallplanungszonen 1 und 2) Bezug nahm.

politischen Fragestellungen generell fernhalten? Und schliesslich: Welche Faktoren verschieben die Gewichtungen von der Politik in Richtung des Rechts, und umgekehrt?

## II. Politik und Recht

### 1. Politik

Was das Wesen der Politik ausmacht, ist umstritten. Für die Frage nach dem Verhältnis zum Recht muss eine Arbeitsdefinition genügen.

Der amerikanische Politikwissenschaftler David Easton grenzt das politische System von anderen System ab, indem er Vorgänge in den Blick nimmt, die gemeinhin als politisch eingestuft werden.<sup>19</sup> Durch politisches Handeln werden nach Easton im Kern Wertentscheidungen getroffen.<sup>20</sup>

Der deutsche Politikwissenschaftler Gerhard Lehbruch lehnt sich an Eastons Umschreibung an, indem er Politik als «gesellschaftliches Handeln» definiert, «welches darauf gerichtet ist, gesellschaftliche Konflikte über Werte (einschliesslich materieller Güter) verbindlich zu regeln»<sup>21</sup>.

Lehbruch greift bei seiner Definition auf die Wortgeschichte von Politik zurück. *Politikos* bezeichnet das, was sich auf die *polis* bezieht, den Schauplatz also, an dem die Bürger Fragen nach der besten Ordnung des Gemeinwesens stellen und beantworten.<sup>22</sup> Um öffentliche Angelegenheiten geht es, die sämtliche Bürger betreffen.<sup>23</sup> Insofern bezieht sich Politik auf das Gemeinschaftliche, das Allgemeine, alle Bürger betreffende.<sup>24</sup>

Definitionen wie jene von Lehbruch gehören mittlerweile zu den gängigen Umschreibungen von Politik.<sup>25</sup> Lehbruchs Ansatz spart allerdings die Mittel und Methoden aus, anhand derer Konflikte verbindlich geregelt werden. Dafür lohnt sich eine Rückbesinnung auf Max Webers Politikbegriff.

---

<sup>19</sup> David Easton, *A Framework for Political Analysis*, Englewood Cliffs, 1965, S. 49.

<sup>20</sup> Easton (Anm. 19), S. 50 ("authoritative allocation of values").

<sup>21</sup> Gerhard Lehbruch, *Einführung in die Politikwissenschaft*, 4. Aufl., Stuttgart u.a. 1971, S. 17 (mit Hervorhebungen im Original).

<sup>22</sup> Christian Meier, *Die Entstehung des Politischen bei den Griechen*, Frankfurt a.M. 1980, S. 27 f. Vgl. auch Thomas Meyer, *Was ist Politik*, 3. Aufl., Wiesbaden 2010, S. 61 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Ulrich von Alemann, Eintrag «Politik», in: Werner Heun/Martin Honecker/Martin Morlok/Joachim Wieland (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart 2006.

<sup>24</sup> Meier (Anm. 22), S. 27; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, 2. Aufl., München 1984, S. 18 f. (in Bezug auf den Begriff des «Politischen»). Diesen Aspekt betonend Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, Weilerswist 2008, S. 89; Lorenz Engi, *Politische Verwaltungssteuerung*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 11 ff.

<sup>25</sup> Vgl. die Übersicht bei Carl Böhrer/Werner Jann/Eva Kronenwett, *Innenpolitik und politische Theorie*, Ein Studienbuch, 3. Aufl., Opladen 1988, S. 3.

Weber definiert Politik als das «Streben nach Machtanteil oder nach Beeinflussung der Machtverteilung, sei es innerhalb eines Staates oder zwischen den Menschengruppen, die er umschliesst»<sup>26</sup>. Bei Politik geht es damit gemeinhin<sup>27</sup> stets um gesellschaftliche Konflikte, sich widerstreitende Interessen und die Spielregeln, nach denen Macht ausgeübt bzw. Interessen verbindlich geregelt werden.<sup>28</sup> Nach Fritz Fleiner ist Politik «alles staatliche Handeln, das darauf hinausläuft, staatliche Macht neu zu bilden, die bestehende Macht zu erhalten oder sie zu bestimmten Zwecken zu verwenden»<sup>29</sup>. Macht kann dabei mit Weber als «jede Chance» begriffen werden «innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.»<sup>30</sup>

Das Element der Macht ist nach dem Gesagten zentral. Nach Luhmann ist sie «nicht etwas, was in der Politik auch vorkommt, sie ist die Quintessenz von Politik schlechthin»<sup>31</sup>.

Fügt man Lehmanns Politikbegriff das Element der Machtausübung hinzu, gelangt man zu folgender Definition: Politik ist jedes Handeln, das allgemeinverbindliche Entscheidungen auf schöpferische und wertende Weise hervorbringt, um so Konflikte abschliessend durch Machtausübung einer Regelung zuzuführen.<sup>32</sup>

Diese Umschreibung zielt auf die Formen der Willensbildung ab, mithin dasjenige, was man im englischsprachigen Raum unter *politics* versteht.<sup>33</sup> Davon wiederum lässt sich die institutionelle Seite der Politik abgrenzen, die sich aus der jeweiligen

---

<sup>26</sup> Max Weber, Politik als Beruf (1919), in: Gesamtausgabe, Abteilung 1, Band 17 Tübingen 1992, S. 157 ff., 159.

<sup>27</sup> In einer 1985 durchgeführten Erhebung wurden deutsche Politikwissenschaftler nach Begriffen gefragt, die sie für unverzichtbar halten. Den Begriff der Macht nannten sie nach jenem des Konflikts und des Interesses an dritter Stelle; Böhret/Jann/Kronenwett (Anm. 25), S. 9.

<sup>28</sup> In Anlehnung an Ulrich von Alemann, Grundlagen der Politikwissenschaft, 2. Aufl., Opladen 1995, S. 148. Vgl. auch Michael Freedon, The Political Theory of Political Thinking, Oxford 2013, S. 34; Eric Dieth, Politisiertes Recht oder verrechtlichte Politik?, Diss. Zürich, Zürich 2000, S. 64 ff.

<sup>29</sup> Fritz Fleiner, Politik als Wissenschaft, in: Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 181 ff., 181.

<sup>30</sup> Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Soziologie (1920), in: Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, Band I/23, Tübingen 2014, S. 38 (§ 16). Ähnlich Harold D. Laswell, Politics, Who Gets What, When, How, New York 1936, S. 233, der den Faktor der Einflussnahme hervorhebt.

<sup>31</sup> Niklas Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2002, S. 75.

<sup>32</sup> In Anlehnung an Ulrich Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff., 272; ders., Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in: Konrad Hesse/Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 225 ff., 259 f.; Werner J. Patzelt, Einführung in die Politikwissenschaft, 7. Aufl., Passau 2013, S. 22; Luhmann (Anm. 31), S. 254.

<sup>33</sup> Vgl. Karl Rohe, Politik, 2. Aufl., Stuttgart 1994, S. 61 ff. und Meyer (Anm. 22), S. 80 ff., je auch zum Folgenden.

verfassungsrechtlichen Ordnung ergibt (*polity*), ebenso die inhaltliche Ausrichtung einer Politik, die sich um die Ziele und Aufgaben im Einzelnen dreht (*policy*).

Auf das Beispiel der Dekarbonisierung bezogen: Fragen der Dekarbonisierung werden primär in einem politischen Kontext entschieden (*politics*). Die dafür zuständigen politischen Organe werden durch die Verfassungsordnung benannt (*polity*). Mit welchen Strategien Dekarbonisierung erreicht wird, entscheidet sich anhand des jeweiligen politischen Ziels (*policy*).

## 2. Recht

Was unterscheidet nun den so verstandene Politikbegriff von jenem des Rechts? Recht kann verstanden werden als die «Gesamtheit von institutionell kontrollierten Bestimmungen zur Regelung des gesellschaftlichen Zusammenlebens, die von der akzeptierten normgebenden Instanz legitimiert wurden»<sup>34</sup>. Recht ist damit «die Summe der geltenden, d.h. vom Gesetzgeber erlassenen und oder von den Gerichten angewendeten (‘gerichtsfähigen’) Normen».<sup>35</sup> Diese wiederum stellen die verbindliche Ordnung gesellschaftlichen Zusammenlebens dar.<sup>36</sup> Gerichte bringen dabei Normen zur Anwendung, um Streitigkeiten letztverbindlich zu entscheiden. Eberhardt Schmidt-Aßmann brachte das prägnant auf den Punkt: «Richterliche Tätigkeit ist Handeln mit den Mitteln und Methoden des Rechts»<sup>37</sup>.

Die verbindliche Entscheidung von Konflikten ist damit ein gemeinsames Merkmal von Politik und Recht bzw. dessen Anwendung. Im Unterschied zur Politik ist die Rechtsanwendung indessen auf den Einzelfall ausgerichtet.<sup>38</sup> Zudem befasst sie sich mit Sachverhalten, die in der Vergangenheit liegen.<sup>39</sup> Politik bezieht sich demgegenüber auf allgemeinere Probleme, die in der Gegenwart oder erst in naher Zukunft auftauchen.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> Bernd Gräfrath, Eintrag «Recht», in: Jürgen Mittelstrass (Hrsg.), Enzyklopädie und Wissenschaftstheorie, Band 7, 2. Aufl., Stuttgart 2024.

<sup>35</sup> Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl., München 2022, Rz. 53.

<sup>36</sup> Jan Sieckmann, Eintrag «Recht (J)», in: Werner Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 2006, S. 1881.

<sup>37</sup> Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Hans-Uwe Erichsen/Werner Hoppe/Albert von Mutius (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, Köln/Berlin 1985, S. 107 ff., 118, auch in: Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, Aufsätze 1975–2005, Tübingen 2006, S. 325 ff., 335.

<sup>38</sup> Vgl. Möllers (Anm. 24), S. 89; Engi (Anm. 24), S. 13 f.

<sup>39</sup> Vgl. Tim Koopmans, Courts and Political Institutions, Cambridge 2003, S. 94; Möllers (Anm. 24), S. 89, 100; Michael S. Moore, The Semantics of Judging, Southern Californian Law Review 1981, S. 151, 154 f.

<sup>40</sup> Möllers (Anm. 24), S. 89 f.

### 3. Verhältnis von Recht und Politik

Recht und Politik sind aufeinander bezogen.<sup>41</sup> Die Literatur hat hierfür verschiedene Kategorisierungen entwickelt.<sup>42</sup> Für das gegenseitige Verhältnis sollen hier einige Anmerkungen genügen.

Nach der Einschätzung von Dieter Grimm stehen Recht und Politik nicht in einem unversöhnlichen Gegensatz zueinander. Vielmehr würden sich die beiden Sphären gegenseitig durchdringen.<sup>43</sup> Politik lasse sich ohne Erwähnung des Rechts nicht angemessen beschreiben.<sup>44</sup> Nach Klaus Stern ist Politik ohne Recht «eine Seefahrt ohne Kompaß», Staatsrecht ohne Politik eine «Navigation ohne Wasser»<sup>45</sup>.

Recht steht nach Grimm der Politik nicht im Weg, «sondern weist ihr den Weg»<sup>46</sup>. Politik stehe also «unter dem Recht»<sup>47</sup>. Mit der Setzung von Recht werde Politik verpflichtend. Dadurch gewinne Recht eine selbständige Existenz, die der Politik entzogen sei.<sup>48</sup> Ähnlich meint Pierre Tschannen, dass mit der Überführung in einer rechtliche Form Politik dem prinzipiellen Streit entzogen werde. Recht bilde «fortan nicht mehr Gegenstand, sondern Prämisse aller weiteren Politik»<sup>49</sup>. Grimm weist dabei zu Recht einschränkend darauf hin, dass mit der Überführung in die rechtliche Form Recht nicht entpolitisiert wird.<sup>50</sup> Bei der Rechtsanwendung bleibt folglich Raum für politische Erwägungen.<sup>51</sup>

### 4. Zwei Achsen

Recht und Politik markieren nach dem Gesagten zwei Pole auf einer Skala. Die Einordnung auf einer Achse allein erscheint allerdings wenig hilfreich. Fruchtbarer wird die Unterscheidung von Recht und Politik, wenn man ihr jene der beteiligten Akteure hinzugesellt. In der Schweiz sind dies auf Seite der Politik vorab Bundesrat und

---

<sup>41</sup> Vgl. *Mark Tushnet/Dimitry Kochenov*, Introduction, in: *Research Handbook on the Politics of Constitutional Law*, Northampton 2023, S. 1, 5.

<sup>42</sup> Grundlegend *Marco Zamboni*, *Law and Politics*, Heidelberg 2008, insbes. S. 19 ff., 49 ff., 83 ff.; ders., *The Policy of Law, A Legal Framework*, Oxford/Portland 2007, insbes. S. 13 ff., 193 ff. Vgl. auch *Anne-Mette Magnussen/Anna Banasiak*, *Juridification: Disrupting the Relationship between Law and Politics?*, *European Law Journal* 2013, S. 325 ff., 327 ff.

<sup>43</sup> *Dieter Grimm*, *Recht und Politik*, *Juristische Schulung* 1969, S. 501 ff., 505.

<sup>44</sup> *Grimm* (Anm. 43), S. 502.

<sup>45</sup> *Stern* (Anm. 24), S. 20.

<sup>46</sup> *Grimm* (Anm. 43), S. 502.

<sup>47</sup> A.a.O.

<sup>48</sup> *Grimm* (Anm. 43), S. 504.

<sup>49</sup> *Pierre Tschannen*, *Stimmrecht und politische Verständigung*, *Habil. Bern, Basel* 1995, Rz. 275. Ähnlich *René Rhinow*, *Rechtsetzung und Methodik*, *Habil. Basel, Basel/Stuttgart* 1979, S. 166.

<sup>50</sup> *Grimm* (Anm. 43), S. 509.

<sup>51</sup> Vgl. *Benjamin Schindler*, *Verwaltungsermessen*, *Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen* 2010, Rz. 479. Vgl. auch *Bernhard Ehrenzeller*, *Politische Fragen vor Verwaltungsgerichten*, *ZBl* 117/2016, S. 3 ff., 8 f.

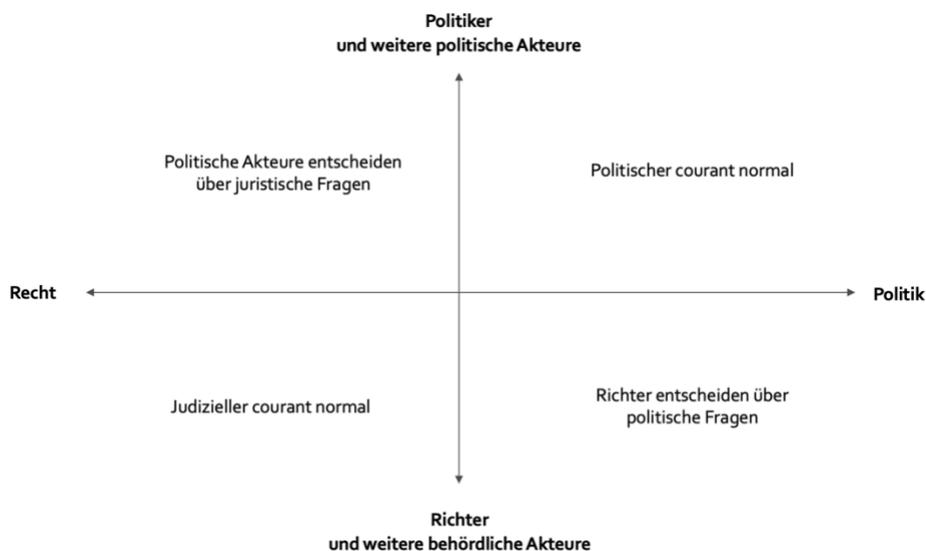
Parlament, die politischen Parteien, die Verbände und die Stimmberechtigten. Auf der Seite des (Verwaltungs-)Rechts stehen demgegenüber Verwaltungsbehörden und Gerichte. Auch wenn die Verwaltungsbehörden aufgrund ihrer hierarchische Einordnung politischen Einflüssen unterliegen,<sup>52</sup> erscheinen sie als rechtsanwendende Organe für den Zweck der vorliegenden Unterscheidung den Gerichten näher als den politischen Behörden.



Der ehemalige EuGH-Richter Tim Koopmans beschreibt die massgeblichen Akteure auf eindrückliche Weise. Koopmans zufolge korrespondiert die trockene Atmosphäre im Gerichtssaal mit der nüchternen Art, die Richtern gemeinhin zugeschrieben wird.<sup>53</sup> Politiker charakterisierten sich demgegenüber durch unbeschwerten Optimismus. Mit freudigem Lächeln und einen zielstrebigem Gesichtsausdruck könnten sie jedes Problem lösen, das der Menschheit je widerfahren könne.

Hält man sich diese beiden Rollenbilder vor Augen, tut sich zwischen Recht und Politik nicht nur ein inhaltlicher, sondern ein atmosphärischer Unterschied auf. Die Charakterisierung der Akteure wiederum wirkt auf die Foren zurück, in denen die Akteure tätig sind, mithin Bundesrat und Parlament einerseits sowie Verwaltungsgerichte und Verwaltung andererseits.

Stelle man die Unterscheidung von Recht und Politik auf einer X-Achse, jene von politischen und rechtlichen Akteuren auf einer Y-Achse dar, lassen sich folgende vier Bereiche unterscheiden:



Schema Recht und Politik

<sup>52</sup> Vgl. Felix Uhlmann, Die Neutralität der Verwaltung, ZBl 108/2007, S. 211 ff., 218 f.; Engi (Anm. 24), S. 200 f.; Schindler (Anm. 51), Rz. 479.

<sup>53</sup> Vgl. Koopmans (Anm. 39), S. 1, auch zum Folgenden.

### III. Courant Normal

Als Erstes sollen die beiden Quadranten beschrieben werden, in den sich der Courant normal abspielt. Dazu gehören zum einen Gerichte und Behörden, die rechtliche Normen zur Anwendung bringen (links unten), zum anderen Bundesrat und Parlament, die politische Entscheide fällen (rechts oben). Die verbleibenden beiden Quadranten sollen danach vertieft untersucht werden.

#### 1. Judizieller courant normal

Wenn Verwaltungsbehörden und Gerichte rechtliche Normen zur Anwendung bringen, kann man von judiziellerem courant normal sprechen. Bewilligungen werden erteilt oder verweigert, Interessen gegeneinander abgewogen, Normen so oder anders ausgelegt. Im Fall Grenchenberg wäre die Festlegung der Nabenhöhe der Windkraftanlagen aus dieser Sicht allein judizieller courant normal gewesen.

#### 2. Politischer courant normal

Wenn politische Akteure politisches Handeln hervorbringen, gehört dies zum politischen courant normal. Im Fall Grenchenberg war es der Solothurner Regierungsrat, der das Verfahren ins Rollen brachte, indem dieser im Richtplan mögliche Gebiete für Windparkanlagen ausschied. Zuvor bezog er wie vom Raumplanungsgesetz vorgeschrieben die Bevölkerung in die Planung mit ein.<sup>54</sup> Dieses planerische und gleichzeitig schöpferische Moment gehört zu den klassischen Eigenschaften politischen Handelns.<sup>55</sup>

Betrachtet man weitere Entscheidungen, die von politischen Akteuren im Feld der Politik hervorgebracht werden, trifft man auf Wahlen, Entscheide über den Beitritt zu internationalen Organisationen, die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge, die Festlegung von Steuern oder die Planung der Staatstätigkeit.

Kennzeichnend für solche politischen Entscheide ist in der Regel<sup>56</sup> das weitgehende Fehlen rechtlicher Vorgaben. So statuiert die Rechtsordnung für Wahlen zwar Vorgaben für die Wählbarkeit und das Verfahren. Welche Personen ein Parlament in die Landesregierung wählt, ist ein dagegen ein rein politischer Entscheid. Das Recht macht hierzu vom Mindestalter oder anderen Formalien abgesehen keine Vorgaben. Die Vorauswahl wird durch Fraktionen oder andere Gremien vorgenommen, die dabei wiederum allein an Verfassungskonventionen gebunden sind. Letztere begrenzen das Handeln der Akteure in politischer Weise; auf rechtlichem Weg sind sie demgegenüber

---

<sup>54</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700); Grundsatz der offenen Planung, vgl. z.B. BGE 135 II 286 E. 4.1.

<sup>55</sup> Vgl. oben Anm. 21.

<sup>56</sup> Eine Ausnahme stellt das soeben erwähnte Richtplanverfahren dar.

nicht durchsetzbar.<sup>57</sup> Wer nicht in den Bundesrat gewählt wird, kann sich dagegen nicht vor den Gerichten wehren, ebenso wenig jemand, der sein politisches Amt durch eine gesetzlich vorgesehene Abwahl verliert.<sup>58</sup>

Selbst wer als Richter nicht wiedergewählt wird, kann sich dagegen grundsätzlich nicht zur Wehr setzen.<sup>59</sup> Gerichtliche Interventionen wären höchstens in Fällen denkbar, in denen rechtliche Vorgaben überhaupt bestehen und sodann erkennbar verletzt werden.<sup>60</sup> Das Schweizer System setzt nach dem Gesagten bei politischen Entscheiden durch politische Organe nicht auf rechtliche, sondern politische Kontrollformen.

### 3. Zwischenfazit

Wenn politische Akteure politischer Entscheidungen und rechtliche Akteure rechtliche Entscheidungen hervorbringen, bringt das nach dem Gesagten kaum je Probleme hervor. Für das Verständnis des Verhältnisses von Recht und Politik vielversprechender ist der Entscheid über Politisches durch rechtliche Akteure sowie der Entscheid über Rechtliches durch politische Akteure. Darum soll es im Folgenden gehen.

## IV. Gerichte entscheiden politische Fragen

### 1. Fehlen rechtlicher Vorgaben

Rechtliche Akteure können Entscheidungen über Politisches nicht immer vermeiden. Gerichte haben zuweilen keine andere Wahl, als in politischen Bereichen zu entscheiden. Wenn z.B. die Zulässigkeit der Abtreibung nicht wie in der Schweiz durch das Gesetz beantwortet wird,<sup>61</sup> mögen Gerichte für ihren Entscheid auf rechtliche Gesichtspunkte zurückgreifen, so das Recht auf Selbstbestimmung oder den Schutz ungeborenen Lebens. Bis wann allerdings eine Abtreibung zulässig sein soll, ist eine Abwägung, die sich einer rein juristischen Abwägung entzieht. Ihr liegt das Allgemeine inne, der Entscheid über konfligierende Werte – Merkmale also, die dem Politikbegriff innewohnen.<sup>62</sup> Solche Entscheiden lassen sich im obigen Schema im unteren rechten Bereich einordnen.

---

<sup>57</sup> Vgl. *Nicholas Aroney*, Law and convention, in: Brian Galligan/Scott Brenton (Hrsg.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems*, Cambridge 2015, S. 24 ff.

<sup>58</sup> Damit steht das Schweizer System in einem scharfen Gegensatz zu Israel, wo Politiker über Gerichtsverfahren abgesetzt werden können; *Yoav Dotan*, Impeachment by Judicial Review, *Israel's Odd System of Checks and Balances*, *Theoretical Inquiries in Law* 2018, S. 705 ff.

<sup>59</sup> Vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.3, *Nichtwiederwahl* (kein Rechtsanspruch auf Wiederwahl).

<sup>60</sup> Z.B. für den Fall, in dem es um eine Altersgrenze geht; BGE 147 I 1 E. 4.3.3, *Nichtwiederwahl*.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 118 f. StGB.

<sup>62</sup> Vgl. oben Anm. 21.

Gerichte betreiben mit solchem mehr als blosses Richterrecht. Unter Letzterem können Entscheidungen verstanden werden, «die ohne wertende, gebotsbildende Akte des Richters dem Gesetz nicht entnommen werden können»<sup>63</sup>. Solche wertenden Akte können, müssen aber nicht politische Erwägungen beinhalten. **Wenn Gerichte demgegenüber über politische Fragen entscheiden, ohne sich hinter Formalien zu verstecken, wohnt diesem stets ein politisches Moment inne.**

**Entscheidungen von Gerichte in genuin politischen Bereichen faszinieren uns. Sie sorgen für Schlagzeilen, sie veranlassen uns zu allerlei rechtstheoretischen Überlegungen. Man denke bloss an das erwähnte Urteil zu den KlimaSeniorinnen<sup>64</sup> oder das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Einsetzbarkeit der Bundeswehr ausserhalb des Nato-Gebiets<sup>65</sup>.**

## **2. Bessere Möglichkeiten des Parlaments**

Genau besehen hat **Gesetzgeber in politischen Fragen zumeist die besseren Voraussetzungen, um eine breit abgestützte Entscheidung zu fällen.** Dafür sprechen eine Reihe von Gründen:<sup>66</sup>

**Parlamente können Experten anhören. Parlamentarische Kommissionen vermögen sich Sachverhalte zu erschliessen, die in Gerichtsverfahren aufgrund verschiedener prozessrechtlicher Beschränkungen oftmals nur ansatzweise erhoben werden können. Parlamente verfügen über die Möglichkeit, politische Probleme perspektivisch anzugehen. Gerichte sind demgegenüber ausserhalb von abstrakten Normenkontrollverfahren auf den Einzelfall fokussiert. Die Mitglieder des Parlaments sind bei umstrittenen Entscheiden wie über die Zulässigkeit der Abtreibung oder den Einsatz von Truppen im Ausland schliesslich dem direkt dem Volk verantwortlich. Die Legitimation der Gerichte ist dagegen in der Regel bloss eine mittelbare.**

**Vor diesem Hintergrund tun Parlamente gut daran, Fragen wie die Abtreibung selbst zu regeln. Lassen sie die Frage offen, schieben sie die Letztverantwortung zum Entscheid den Gerichten zu. Letztere mutieren so zum Ersatzgesetzgeber.**<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Rütters/Fischer/Birk (Anm. 35), Rz. 235. Vgl. sodann *Giovanni Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, Diss. Basel, Basel 1991, S. 51 ff.; *Lorenz Langer*, «Einfach nur Recht sprechen»? , Gerichte zwischen Politik und Richterrecht, ZBl 124/2023, S. 171 ff.

<sup>64</sup> Vgl. oben Anm. 15.

<sup>65</sup> BVerfGE 90, 286, *Streitkräfte*.

<sup>66</sup> Vgl. *Koopmans* (Anm. 39), S. 92 ff., auch zum Folgenden. Vgl. auch *Zamboni*, The Policy of Law (Anm. 42), S. 135 ff.

<sup>67</sup> Kritisch *Koopmans* (Anm. 39), S. 274.

### 3. Gefahren richterlicher Entscheide in politischen Bereichen

Die genannte Verschiebung kann fatale Folge haben. So entschied der amerikanische oberste Gerichtshof zunächst, dass Rassentrennung zulässig sei.<sup>68</sup> Das Urteil trug mit zum Ausbruch des amerikanischen Bürgerkriegs bei.<sup>69</sup>

Der amerikanische Bundesrichter Felix Frankfurter mahnte deshalb, dass sich Gerichte nicht ins politische Dickicht begeben sollen.<sup>70</sup> In ähnlicher Weise sprach Gerichtspräsident John Roberts den Gerichten die Kompetenz ab, politische Macht zwischen den beiden politischen Parteien neu zu verteilen, zumal es für einen solchen Entscheid an rechtlichen Anhaltspunkten fehle.<sup>71</sup>

Ebenso entschied das deutsche Bundesverfassungsgericht, dass die Risikoabwägung bezüglich Kernkraftwerken den gewählten Organen obliegen solle und nicht den Gerichten.<sup>72</sup> Für die Begründung seiner Entscheidung wählte es deutliche Worte:<sup>73</sup>

*Erst die Zukunft wird erweisen, ob die Entscheidung für die Anwendung der Brütertechnik mehr zum Nutzen oder zum Schaden gereichen wird. In dieser, notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe.*

Auf welchem Weg Dekarbonisierung zu erreichen ist, hat nach dem Gesagten zuvorderst der Gesetzgeber zu beantworten. Gerichte können zur Frage kaum sinnvolle Beiträge leisten. Ob in der Schweiz neue Kernkraftwerke wieder zugelassen werden sollen, hätten zunächst die Stimmberechtigten und alsdann der Bundesrat zu

<sup>68</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

<sup>69</sup> *Koopmans* (Anm. 39), S. 41.

<sup>70</sup> “Courts ought not to enter this political thicket”, *Colegrove v Green*, 328 U.S. 549, 556 (1946). Der Supreme Court verwarf diese Rechtsprechungslinie schliesslich in *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 197 (1962). Zu den Hintergründen *Anthony J. Gaughan*, *Redistricting in the Political Thicket: The Ghosts of Colegrove v. Green*, *Kentucky Law Journal* 2023, S. 589 ff., 617 ff., 628 ff.

<sup>71</sup> “Federal judges have no licence to reallocate political power between the two major political parties, with no plausible grant of authority in the Constitution, and no legal standards to limit and direct their decisions”; *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484, 2507 (2019). Bezüglich der Parallelen zu den Erwägungen von Richter Frankfurter *Gaughan* (Anm. 70), S. 646 f.

<sup>72</sup> BVerfGE 49, 89, *Kalkar I*.

<sup>73</sup> BVerfGE 49, 89, *Kalkar I*, E. B/II/2c, ohne Hervorhebungen im Original. Ähnlich BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 6. Dezember 2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 307: «Ob und unter welchen Bedingungen er eine Hochrisikotechnologie wie die friedliche Nutzung der Kernenergie zulässt, ist bei hinreichender Kenntnis der bestehenden Risiken zuerst eine politische Entscheidung, die der Gesetzgeber wesentlich auch von der Akzeptanz dieser Technologie in der Gesellschaft abhängig machen darf».

entscheiden.<sup>74</sup> Die Bundesversammlung hätte den bundesrätlichen Entscheid zu genehmigen, wobei ihr Entscheid wiederum dem fakultativen Referendum unterstünde.<sup>75</sup> Hat das Volk über den parlamentarischen Beschluss entschieden, wäre ein anschliessendes Hinterfragen der Gerichte nach schweizerischem Verständnis systemwidrig.<sup>76</sup> Das Gesetz nimmt deshalb Rahmenbewilligungen für Kernkraftwerke nachvollziehbarerweise vom gerichtlichen Rechtsschutz aus.<sup>77</sup>

#### 4. PKK-Rechtsprechung

Was verschiebt nun Entscheide aus dem Feld der Politik in die Domäne rechtlicher Akteure?

In der Schweiz hat das PKK-Urteil<sup>78</sup> eine der nachhaltigsten Verschiebungen im Verhältnis von Recht und Politik ausgelöst. Art. 190 BV sorgte bis zu diesem Urteil dafür, dass den Gerichten jegliche akzessorische Kontrolle von Bundesgesetzen verwehrt war. Seit dem PKK-Urteil müssen die Gerichte bundesgesetzliche Normen vorfragweise auf ihre Konventionskonformität überprüfen. Da ein beträchtlicher Teil des verfassungsrechtlichen Grundrechtekatalogs durch die EMRK abgedeckt ist, hat Art. 190 BV dadurch eine grundlegende Einschränkung erfahren.<sup>79</sup> Zusammen mit der dynamischen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann dies dazu führen, dass sich eidgenössische Gerichte zusehends mit politischen Dilemmata konfrontiert sehen. Misst man etwa Art. 8 EMRK ein Recht auf ein dekarbonisierte Umwelt zu, kann dies zur Rüge führen, ein Bundesgesetz trüge diesem Ziel nur unzureichend Rechnung.<sup>80</sup>



Auch ohne eine Aufladung konventionsrechtlicher Garantien birgt die PKK-Rechtsprechung das Potential, Entscheide aus dem politischen ins rechtliche Feld zu verschieben. Verweigert z.B. der Bundesrat eine Rahmenbewilligung für Kernkraftwerke, wäre gerichtlicher Rechtsschutz durchaus denkbar. So könnte die

<sup>74</sup> Art. 48 Abs. 1 des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 (KEG; SR 732.1).

<sup>75</sup> Art. 48 Abs. 4 KEG. Die Genehmigung erfolgt mithin in Form des Bundesbeschlusses; vgl. Art. 141 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 163 Abs. 2 BV. Kritisch *Christian Meyer*, Expertise als Leitkategorie des Energieverwaltungsrechts, Zürich 2024, Rz. 16.

<sup>76</sup> Vgl. *Elizabeth Fisher/Eloise Scotford/Emily Barritt*, The Legally Disruptive Nature of Climate Change, *Modern Law Review* 2017, S. 173 ff., 174, wo die Autorinnen hervorheben, dass ein Teil der Literatur Gerichte bloss als ein weiteres Forum für Politik ansieht (“another forum for politics”).

<sup>77</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. e Ziff. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.32; VGG).

<sup>78</sup> BGE 125 II 417 E. 4d, *PKK*.

<sup>79</sup> Die vorliegende Betrachtung erfolgt naturgemäss rückblickend. Wie sehr das Bundesgericht die Tragweite von Art. 190 BV im Moment des Entscheids über das PKK-Verfahren tatsächlich relativieren wollte, lässt sich naturgemäss nicht abschätzen.

<sup>80</sup> Vgl. hierzu *Martin Kayser*, Von Überlingen nach Strassburg, Staatshaftung aus Unterlassung und die Dekarbonisierung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Ausgewählte Fragen des öffentlichen Entschädigungsrechts*, 9. Forum für Verwaltungsrecht, Zürich 2025, S. YY ff. (im Erscheinen).

Betreiberin eines Kernkraftwerks geltend machen, dass der gesetzliche Ausschluss des Rechtsschutzes vor der konventionsrechtlichen Rechtsweggarantie in Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht standhalte. Dafür müsste sie aufzeigen können, dass sie durch die verweigerte Rahmenbewilligung in *civil rights* betroffen wurde.<sup>81</sup> Im Recht der Dekarbonisierung verfügt die Konvention damit über beträchtliches Potential, die Gewichte zwischen Recht und Politik grundlegend zu verschieben.

Durch die PKK-Rechtsprechung hat die EMRK eine äusserst bedeutende, zusätzliche Hebelwirkung erhalten. Der Schubert-Entscheid hat im Bereich der Konvention nunmehr jegliche Bedeutung verloren.<sup>82</sup> Entscheidet die Bundesversammlung aus genuin politischen Motiven und *en toute connaissance de cause* gegen die Erreichung eines Klimaziels, können die Gerichte diesen Entscheid immer noch nachträglich in Frage stellen. Falls das Parlament mit der akzentuierten Neuformulierung einer bundesgesetzlichen Norm an seiner Ansicht festhielte, wäre ein Patt mit den Gerichten vorprogrammiert. Dieses dauernde Unentschieden scheint in der Rechtsprechung bislang wenig beachtet worden zu sein.<sup>83</sup> Wie sich ein Streit um das letzte Wort lösen lassen könnte, könnte denn auch kaum überzeugend beantwortet werden.

## 5. Richterliche Rollenverständnisse

Verschiebungstendenzen durch Entscheide wie Schubert oder PKK lassen sich besser erschliessen, wenn man das Entscheidungsverhalten der an einem Urteil beteiligten Richter in den Blick nimmt. Der in Harvard lehrende Cass Sunstein analysierte das richterliche Entscheidungsverhalten anhand der Begründung einzelner verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Urteile. Aus diesen las er Rollen heraus, die Richter in ihren Separatmeinungen einnehmen.

Sunstein unterscheidet dabei den Helden, der mit grossflächig formulierten Erwägungen gerne nach vorne prescht, den Soldaten, der sich im Zweifelsfall der Einschätzung der Behörden anschliesst, den Minimalisten, der bevorzugt fallbezogen entscheidet, und schliesslich den Stummen, der verfassungsrechtlichen Fragen am liebsten aus dem Weg geht.<sup>84</sup> Solche Rollenverständnisse lassen sich durchaus auch in Urteilen kontinentaleuropäischer Gerichte aufspüren. Einschränkend muss dazu bemerkt werden, dass sich in der Schweiz Separatmeinungen nur ausnahmsweise

---

<sup>81</sup> Vgl. *Andrin Studer*, Die Entsorgung radioaktiver Abfälle, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2024, Rz. 1361 ff., 1363.

<sup>82</sup> BGE 148 II 169 E. 5.2; 142 II 35 E. 3.2.

<sup>83</sup> Ein Ausweg kann darin gesucht werden, bei der Kontrolle der Verhältnismässigkeit keine allzu strengen Massstäbe anzulegen; vgl. *Stefan Schürer*, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?, ZBl 116/2015, S. 115 ff.

<sup>84</sup> Vgl. *Cass R. Sunstein*, *Constitutional Personae*, Oxford 2015.

finden.<sup>85</sup> Für die Kategorisierung von Rollenverständnissen muss damit auf das Urteil des Gremiums als solchem abgestellt werden.

Wichtig bei der Kategorisierung von Erwägungen ist dabei, dass Richter bzw. richterliche Mehrheiten eine einmal gewählte Rolle jederzeit wieder ablegen können.<sup>86</sup> So kann derselbe Referent in einem Verfahren einmal die Rolle des Helden, ein anderes Mal die Rolle des Minimalisten einnehmen.

## 6. Rolle des Helden

Beginnen wir mit der Rolle des Helden. Helden, so schreibt Sunstein, wollen nicht auf der falschen Seite der Geschichte stehen.<sup>87</sup> Sie denken zukunftsgerichtet, in grossen Zusammenhängen, und sie scheuen sich nicht davor, sozialen Wandel anzuregen. Von politischen Aktivisten werden sie bewundert. Die Beschreibung richterlicher Helden erinnert denn auch nicht von ungefähr an Koopmans Charakterisierung des Politikers.<sup>88</sup>

Ronald Dworkin errichtete dem Richterhelden mit dem Bild des Herkules ein Denkmal.<sup>89</sup> Herkules konstruiert anhand des bestehenden Gesetzes- und Richterrechts Prinzipien, die es erlauben, den nächsten Fall zu entscheiden.

Beispiele für Mehrheiten, die nicht auf der falschen Seite der Geschichte stehen wollen, lassen sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durchaus finden. Man denke etwa an das Urteil im Fall Spring, in dem das Bundesgericht die Klage zwar als verjährt ansah, das Ergebnis aber durch eine Parteientschädigung in der Höhe des geforderten Schadenersatzes übersteuerte.<sup>90</sup> Man könnte auch das Urteil zur Stimmabgabe an Landsgemeinden hinzuzählen, in dem das Bundesgericht trotz der augenscheinlichen Unvereinbarkeit mit völkerrechtlichen Anforderungen die Institution der Landsgemeinde weiterbestehen liess.<sup>91</sup>

Die heldenhafte Rolle des Richters, der das grössere Ganze in den Blick nimmt, kann dabei eine politikorientierte Argumentation begünstigen. Das kann zuweilen den Eindruck eines Bauchentscheids hinterlassen.<sup>92</sup>

---

<sup>85</sup> Vgl. *Mirjam Baldegger*, Der wiederkehrende Ruf nach *dissenting opinions* am Bundesgericht: Wünschbarkeit, Auswirkungen und Ausgestaltung richterlicher Sondervoten in der Schweiz, ZBl 118/2017 S. 131 ff., 142 ff.

<sup>86</sup> *Sunstein* (Anm. 84), S. 145.

<sup>87</sup> *Sunstein* (Anm. 84), S. 5 ff., auch zum Folgenden.

<sup>88</sup> Oben Anm. 53.

<sup>89</sup> *Ronald Dworkin*, *Law's Empire*, Cambridge Mass. 1988, S. 224, 238 ff., 380.

<sup>90</sup> BGE 126 II 145 E. 4b und 5, *Spring*.

<sup>91</sup> BGE 121 I 138 E. 5c, *Landsgemeinde A. Rh.*

<sup>92</sup> So *Emma Lees/Ole W. Pedersen*, *Environmental Adjudication*, Oxford/New York 2020, S. 25, in Bezug auf Entscheide in Umweltangelegenheiten.

## 7. Verschiebungen in die politische Sphäre

Verschiebungstendenzen gibt es schliesslich auch in die andere Richtung. Gerichte können rechtliche Fragen in die politische Sphäre verweisen. So qualifizierte das Bundesgericht die Beschwerde der KlimaSeniorinnen als Popularbeschwerde. Die Beschwerdeführerinnen sollen ihre Anliegen mit politischen Mitteln durchsetzen.<sup>93</sup> Das Bundesgericht wählte diese Strategie auch in anderen Urteilen, wenn es die Legitimation jeweils verneinte.<sup>94</sup>

## 8. Die Rolle des Helden im Grenchenberg-Urteil

Im eingangs zitierten Grenchenberg-Urteil findet man Erwägungen, aus denen man die Rolle des Helden herauslesen kann. Nach einem Hinweis auf die «potenzielle irreversible Bedrohung»<sup>95</sup> der Klimaerwärmung kommt das Gericht zum Schluss, dass es eine dritte Windenergieanlage braucht. Anderenfalls falle die Gesamtproduktion des Windparks unter einen Schwellenwert, der die Bewilligung der Energieanlage als Ganzes nicht mehr erlauben würde.<sup>96</sup>

Die Mehrheit des Gerichts suchte damit über die Rolle des Helden einen Ausweg aus dem Dilemma von sicherer Energieversorgung und durchgehender Einhaltung der Schwellenwerte.<sup>97</sup> Eine nachhaltige Energieversorgung war nach Auffassung des Gerichts ohne CO<sub>2</sub>-neutrale Technologien wie die Windkraft nicht zu gewährleisten. Zwar käme dafür an sich Atomstrom in Frage; diesen würde es aber nach dem Abstellen der letzten Nuklearanlagen nicht mehr geben.<sup>98</sup>

Die ausgreifende Argumentation des Gerichts wird besser erklärbar, wenn man das Dilemma genauer betrachtet. Die dritte projektierte Windanlage befand sich zu nahe an einem Adlerhorst. Ein Gutachten der Vogelwarte Sempach mahnte einen Mindestabstand der Anlagen zu Vogelschutzgebieten an.<sup>99</sup> Diesen Abstand konnten die projektierten Anlagen von vornherein nicht einhalten.<sup>100</sup> Damit hätte es der geplanten

---

<sup>93</sup> BGE 146 I 145 E. 5.5, *KlimaSeniorinnen*. Anders, in Bezug auf die Vereinigung, EGMR (Grosse Kammer), Urteil Nr. 53600/20 vom 9. April 2024, *KlimaSeniorinnen Schweiz u.a. v. die Schweiz*, § 527.

<sup>94</sup> BGE 123 II 376 E. 4a/bb, *genetisch modifizierter Soja*; BGE 112 I 154 E. 3, *Abfalldeponie Tambrig*; BGE 47 I 488 E. 3, *Kirchgemeinde Neumünster*. Weiterführend *Meret Rehmann*, Besondere Betroffenheit als Element der Beschwerdebefugnis im Umweltrecht, Diss. Zürich, Zürich 2024, Rz. 71 ff.

<sup>95</sup> BGE 148 II 36 E. 13.2, *Windpark Grenchenberg*.

<sup>96</sup> BGE 148 II 36 12.5.3, *Windpark Grenchenberg*.

<sup>97</sup> Vgl. zu diesem Dilemma in Energiefragen *Raphael J. Heffron*, *Energy Law, An Introduction*, Heidelberg 2021, S. 4.

<sup>98</sup> Vgl. BGE 148 II 36 E. 13.1, *Windpark Grenchenberg*.

<sup>99</sup> Vgl. BGE 148 II 36 E. 11.5, *Windpark Grenchenberg*.

<sup>100</sup> Vgl. *Fabian Klaber*, Die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau als nationales Interesse in der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Sebastian Heselhaus/Markus Schreiber (Hrsg.), *Energierichtstagung 2022, Zürich/St. Gallen 2023*, S. 111 ff., Rz. 11, auch zum Folgenden.

Anlagen am Merkmal der nationalen Bedeutung gefehlt.<sup>101</sup> Ohne dieses war eine Bewilligung nicht möglich.<sup>102</sup> All dies hätte die Gutheissung der Beschwerde der Vogelschutzverbände nahegelegt.

Zu einem anderen Ergebnis konnte die Mehrheit nur gelangen, indem sie auf die Sicherheit der Energieversorgung Bezug nahm. Im Grunde ging die Mehrheit damit über die Anforderungen des Expertengutachtens der Vogelwarte Sempach hinweg. Letztlich übersteuerte sie damit die Anforderungen an die Bewilligungen von Windparks.

## 9. Zwischenfazit

Der Entscheid von Gerichten über politische Fragen stellt in der Schweiz den Ausnahmefall dar. Völkerrechtliche Rechtsweggarantien könnten solche Entscheide allerdings häufiger werden lassen. Auffällig ist dabei der Unterschied in den Fällen Grenchenberg und KlimaSeniorinnen. Während das Bundesgericht im ersten Fall in der Heldenrolle Politik betrieb, orientierte es sich im letzteren Urteil in weiten Teilen an einem minimalistischen oder soldatischen Rollenverständnis.

## V. Politik entscheidet rechtliche Fragen

### 1. Grundproblematik

Entscheiden politische Organe über rechtliche Fragen, bewegen sie sich ausserhalb ihres angestammten Kompetenzbereichs. Solche Entscheidungen fallen im vorne abgedruckten Schema in den oberen linken Bereich.

Bestimmen z.B. die Stimmberechtigten an der Gemeindeversammlung über die Einbürgerung von Ausländern, entscheiden sie primär eine rechtliche Frage. Ob jemand erfolgreich integriert ist oder über die Fähigkeit verfügt, am Wirtschaftsleben teilzunehmen,<sup>103</sup> hängt zwar vom Ermessen der Stimmberechtigten ab. Dieses bezieht sich allerdings auf den zu entscheidenden Einzelfall.<sup>104</sup> Über die reine Zweckmässigkeit

---

Vgl. auch *ders.*, Öffentlichrechtliche Vorgaben für Windenergieanlagen, Diss. Basel, Basel 2014, S. 142 f.

<sup>101</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 730.01; EnV); BGE 148 II 36 E. 12.5.3., 13, *Windpark Grenchenberg*. Weiterführend *Kathrin Föhse*, Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestandsaufnahme im neuen Energierecht des Bundes, ZBJV 2017 S. 581 ff., insbes. S. 592 ff.

<sup>102</sup> Vgl. BGE 148 II 36 E. 11.5, *Windpark Grenchenberg*. Vgl. auch BGE 109 Ib 214 E. 6a und 7; 133 V 123 E. 3.3.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 11 des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht vom 20. Juni 2014 (SR 141.0; BüG) sowie Art. 12 BüG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 der Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht vom 17. Juni 2016 (SR 141.01; BüV).

<sup>104</sup> Vgl. *Schindler* (Anm. 51), Rz. 428.

einer Einbürgerung haben die Stimmberechtigten an sich nicht zu entscheiden. Ihr Ermessen erscheint insoweit nicht als politisch.<sup>105</sup>

## 2. Genehmigung von Kantonsverfassungen

Die Tatsache allein, dass ein politisches Organ über eine primär rechtliche Frage entscheidet, macht den Entscheid noch nicht politisch. So werden z.B. geänderte kantonale Verfassungsbestimmungen durch die Bundesversammlung gewährleistet. Art. 51 BV macht dazu indessen einigermaßen klare rechtliche Vorgaben, so z.B. das Erfordernis der jederzeitigen Revidierbarkeit.<sup>106</sup> Dasselbe gilt, wenn ein Parlament über die Gültigkeit einer Volksinitiative oder die die Stimmberechtigten über eine Rahmenbewilligung entscheiden<sup>107</sup>. Bei anderen Erfordernissen tun sich im Gewährleistungsverfahren dagegen wie bei Einbürgerungen erhebliche Auslegungsspielräume auf.

So hatte die Bundesversammlung eine Bestimmung zu überprüfen, wonach der Kanton Basel-Landschaft darauf hinwirken soll, «dass auf dem Kantonsgebiet oder in dessen Nachbarschaft keine Atomkraftwerke ... errichtet werden»<sup>108</sup>. Dabei hatte sie die Frage der Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu entscheiden. Die Bundesversammlung hätte befinden können, dass die neue Verfassungsbestimmung den Bau neuer Kernkraftwerke in einer bestimmten Region erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht hätte.<sup>109</sup> In den Achtzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts, als es um die Genehmigung der entsprechenden Vorschrift ging, gab es noch kein Moratorium auf Bundesebene. Die kantonale Vorschrift wäre damit bundesrechtswidrig gewesen.

Die Räte genehmigten die Vorschrift gleichwohl.<sup>110</sup> Interessant ist dabei, dass der Grundsatz der Bundestreue in den Räten sowohl als Argument für die Gewährleistung als auch dagegen herangezogen wurde.<sup>111</sup> Eine rein rechtliche Beurteilung war damit offenbar kaum möglich. In Grenzfällen mag es sich daher aus staatspolitischen Erwägungen aufdrängen, den bundesrechtlich beschränkten Handlungsspielraum hervorzuheben. Dem Unbehagen gegenüber einer Verfassungsbestimmung wie derjenigen des Kantons Basel-Landschaft kann dann mit einem Vorbehalt begegnet werden.<sup>112</sup> Gleichzeitig wurde durch die Genehmigung der Bestimmung klar, dass es bei

<sup>105</sup> Vgl. Schindler (Anm. 51), Rz. 481. Siehe BGE 129 I 332 E. 3.3, *Einbürgerungen vors Volk!*

<sup>106</sup> Gemäss Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BV muss die Verfassung «revidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt».

<sup>107</sup> Oben Anm. 74 f.

<sup>108</sup> So § 115 Abs. 2 Satz 2 der totalrevidierten Kantonsverfassung Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984; vgl. dazu die Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 21. August 1985, BBl 1985 II 1157, 1192.

<sup>109</sup> In diese Richtung BGE 111 Ia 303 E. 6d zu einer vergleichbaren Bestimmung.

<sup>110</sup> Vgl. z.B. Votum NR Barrile, AB 1986 N 213 sowie Antrag SR Kuchler, AB 1986 S 90 ff., 96 f.

<sup>111</sup> Vgl. Patricia Egli, *Die Bundestreue*, Habil. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 403 ff.

<sup>112</sup> Vgl. Andrea Marcel Töndury, *Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 324.

Gewährleistungen nicht um eine primär rechtliche Entscheidung geht, wie sie Einbürgerungen eigen ist. Vielmehr verfügt die Bundesversammlung in solchen Fällen über ein Ermessen, das politisch geprägt sein darf, vielleicht auch politisch geprägt sein muss.<sup>113</sup>

Man kann sich nun ein Gewährleistungsverfahren denken, in dem die Bundesversammlung primär über rechtliche Fragen zu entscheiden hat, so z.B. die Einführung eines geänderten Wahlrechts durch eine neue kantonale Verfassungsbestimmung. Dieser Entscheid unterliegt im Gegensatz zur Einbürgerung keinerlei rechtlichen Kontrollmechanismen. Die Gewährleistung erfolgt in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses.<sup>114</sup> Ein Referendum ist dagegen nicht möglich. Aufgrund der Immunität von Parlamentsentscheiden durch Art. 189 Abs. 4 BV kann gegen eine verweigerte Gewährleistung auch keine Beschwerde erhoben werden.

Das Bundesgericht prüft schliesslich kantonale Verfassungsbestimmungen nicht vorfrageweise, soweit das übergeordnete Recht im Zeitpunkt der Gewährleistung bereits in Kraft war.<sup>115</sup> Selbst beim Entscheid der Politik über rechtliche Fragen bleibt es in der Schweiz damit beim Grundsatz, dass die Kontrollmechanismen politischer Natur bleiben.

### 3. Schematische Einordnung

Der Entscheid rechtlicher Fragen durch politische Organe macht nach dem Gesagten Sinn, wenn entweder politisches Ermessen ausgeübt werden oder die demokratische Legitimation des Entscheids erhöht werden soll. Der Entscheid sollte abschliessend sein. Würde er im Nachhinein gerichtlich in Frage gestellt, führte dies zu einer Pattsituation, die rechtlich nicht zu lösen wäre. Einschränkungen des Rechtsschutzes und damit Abstriche beim Rechtsstaatsprinzip sind in Kauf zu nehmen.

Die bisher diskutierten Beispiele lassen sich im hier entwickelten Schema wie folgt einordnen (zu den Verfahrensbeschleunigungen sogleich):

---

<sup>113</sup> Kritisch *Giovanni Biaggini*, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 51 N 19 (vgl. auch Art. 51 N 23, den Genehmigungsentscheid hinsichtlich der Kantonsverfassung von Basel-Landschaft befürwortend).

<sup>114</sup> Vgl. Art. 163 Abs. 2 BV am Ende.

<sup>115</sup> Ob es an diesem Ausschluss der konkrete Normenkontrolle festhalten wird, ist offen. Vgl. BGE 142 I 99 E. 4.3.3, *Kraftwerk Schächenschale AG*.



Abbildung: Verschiebungen innerhalb der Felder

#### 4. Verschiebungen durch Gerichte und Gesetzgeber

Das Feld, in dem rechtliche Fragen durch politische Organe entschieden werden, ist nicht ein für alle Mal abgesteckt. Vielmehr sind Verschiebungen in dieses Feld möglich. Wird z.B. der Rechtsschutz gegen energierelevante Grossanlagen eingeschränkt, entscheiden unter Umständen politische Organe rechtliche Fragen abschliessend. Dasselbe gilt, wenn die Politik Beschwerderechte beschränkt, so z.B. jene von Verbänden. Ziel solcher Einschränkungen ist die Beschleunigung von Projekten.<sup>116</sup> Sie ist Folge des abschliessenden Entscheids durch politische Organe.

In eine ähnliche Richtung ginge eine Neuerstärkung der Schubert-Rechtsprechung. Sie hätte zur Folge, dass das Parlament im Geltungsbereich der Konvention abschliessende Entscheidungen treffen könnte. So könnte das Parlament z.B. im Nachgang zum KlimaSeniorinnen-Urteil des EGMR entscheiden, Bundesgesetze nicht wie gewünscht anzupassen. Ebenso könnte es zum Schluss kommen, dass Massnahmen zur Dekarbonisierung zurückzunehmen seien. Sofern das Bundesgericht die Schubert-Rechtsprechung wieder aufleben lassen würde, hätte es solche Entscheide durch politische Organe zu respektieren. Sie erhielten damit das letzte Wort.

Eine ähnliche Wirkung hat sodann die Beschränkung der Prüfungsdichte. Wenn sich Gerichte mit Entscheiden politischer Organe auseinandersetzen haben, können sie z.B. eine Kassation davon abhängig machen, ob das politische Organ seine Beurteilung ohne jeglichen sachlichen Grund vornahm. Oder die Gerichte etablieren

<sup>116</sup> Vgl. etwa Marion Zumoberhaus, Rechtliche Vorgaben zum Um- und Ausbau der Stromnetze, Diss. Luzern, Zürich/Genf 2024, Rz. 768 ff.

eine Praxis, wonach sie nicht ohne Not von der Einschätzung von Bundesrat und Parlament abweichen.<sup>117</sup>

Auch der Gesetzgeber kann Verschiebungen vornehmen. So kann er den Begriff der Legitimation fallweise enger fassen, um so den Kreis der anfechtungsberechtigten Personen zu begrenzen. Oder er begrenzt den Kreis zulässiger Anfechtungsobjekte.

## 5. Verschiebungen durch ein soldatische Rollenverständnis

Zu einer Verschiebung kann schliesslich das richterliche Rollenverständnis im Einzelfall führen. Cass Sunstein weist dabei auf die Rolle des Soldaten hin. **Der soldatische Richter versteht die politischen Organe gleichsam als Vorgesetzte, deren Anweisungen es im Zweifelsfall zu folgen gilt.**<sup>118</sup> **Es ist an Regierung und Parlament, sich für eine bestimmte Politik zu entscheiden. Der Richter hat diese Entscheidungen nicht zu hinterfragen.**

Im Fall *Lochner* hatte der amerikanische oberste Gerichtshof ein gliedstaatliches Gesetz zu überprüfen, das die Arbeitszeit in Bäckereien auf zehn Stunden pro Tag und 60 Stunden pro Woche beschränkte. Eine Mehrheit des Gerichts erkannte darin eine unzulässige Beschränkung der Vertragsfreiheit und damit einen Verstoss gegen die Verfassungsbestimmung über den *due process*.<sup>119</sup>

Bundesrichter Oliver Wendell Holmes verfasste im Fall *Lochner* eine akzentuierte Minderheitsmeinung.<sup>120</sup> Die Mehrheit habe sich auf eine ökonomische Theorie abgestützt, die von einem grossen Teil der Bevölkerung nicht geteilt würde. Er, Holmes, könnte sich nun in diese Theorie vertiefen und so eine eigene Meinung begründen. Das sei aber nicht seine Aufgabe. Die Verfassung verkörpere keine bestimmte Theorie zu Wirtschaftsfragen. Sie sei vielmehr auf Menschen mit fundamental verschiedenen politischen Ansichten ausgerichtet. **Ob man als Richter nun mit der einen oder der anderen Ansicht sympathisiere, dürfe die Entscheidung nicht beeinflussen. Allgemeine Prinzipien seien damit nicht geeignet, konkrete Einzelfälle zu entscheiden, so Holmes.**

Der Richter hat sich damit nach der Auffassung von Holmes der Einschätzung der politischen Organe anzuschliessen. Erachten diese Arbeitszeitbeschränkungen als ökonomisch und politisch sinnvoll, hat dies so zu bleiben. Es ist nicht am Richter, seine eigene Einschätzung über jene der gliedstaatlichen Parlamente zu stellen. Der in Harvard lehrende Adrian Vermeule geht noch einen Schritt weiter, indem er fordert, Gerichte sollten sich gänzlich aus politischen Kontroversen heraushalten.<sup>121</sup>

---

<sup>117</sup> Vgl. *Martin Kayser*, Verwaltungsgerichte und Politik, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 443 ff., 454 ff.

<sup>118</sup> *Sunstein* (Anm. 84), S. 10 ff., auch zum Folgenden.

<sup>119</sup> *Lochner v New York*, 198 U. S. 45 (1905).

<sup>120</sup> *Lochner v New York*, 198 U. S. 45 (1905), Minderheitsmeinung von Bundesrichter Holmes.

<sup>121</sup> *Adrian Vermeule*, *Judging under Uncertainty*, Cambridge (Mass.) 2006, insbes. S. 40 ff.

## 6. Verschiebungen durch das minimalistische Rollenverständnis

Sunstein benennt vor diesem Hintergrund eine weitere richterliche Rolle, die dazu geeignet ist, politische Kontroversen ins Feld der politischen Akteure zu verschieben. Es ist jene des Minimalisten. Im scharfen Gegensatz zum Helden meidet der Minimalist grosse Würfe und umfassende Theoriengebäude.<sup>122</sup> Er bevorzugt das Konkrete gegenüber dem Abstrakten. Er beschränkt seine Entscheidung auf den Einzelfall. Dabei fasst er die Entscheidungsgründe so eng wie nur möglich. Auf diese Weise findet er im Richterkollegium eine Mehrheit. Je enger die zu entscheidenden Fragen gefasst werden, desto eher kann sich eine Mehrheit darauf verständigen.

Während des Koreakrieges drohte die Stahlarbeiter-Gewerkschaft mit einem Streik. Präsident Truman befürchtete, dass der Streik die Kapazität der amerikanischen Stahlindustrie stark beeinträchtigen könnte. Er stellte das Management der Stahlwerke deshalb unter die Kontrolle der Regierung.

Ein Teil des Supreme Court sah diese Unterstellung als verfassungswidrig an. Dem amerikanischen Präsidenten gehe die Befugnis zu einer solchen Unterordnung mangels gesetzlicher Grundlage von vornherein ab.<sup>123</sup> Bundesrichter Felix Frankfurter kam zwar ebenfalls zum Schluss, dass die Einführung einer staatlichen Kontrolle verfassungswidrig sei. Dazu sei es aber gar nicht notwendig, über die Reichweite präsidialer Befugnisse zu befinden. Es reiche vielmehr die Feststellung, dass das Gesetz im konkret zu entscheidenden Fall keine Ermächtigung zu einer Verstaatlichung enthalte. Bundesrichter Frankfurter betonte dabei die Wichtigkeit, sich auf die eng gefasste Funktion richterlicher Kontrolle zu beschränken.<sup>124</sup>

Sunstein befürwortet diesen Ansatz, insbesondere in Fällen, in denen die Konsequenzen eines Urteils kaum absehbar sind.<sup>125</sup> Urteile, so Sunstein, entspringen stets einem konkreten Einzelfall. Der Richter könne die Vorgänge rund diesen Einzelfall kaum abschätzen. Diese seien viel besser durch eine Norm einzufangen, die vom Gesetzgeber formuliert wird.

## 7. Zwischenfazit

Die Rollen des Minimalisten und des Soldaten hätten das Grenchenberg-Urteil anders aussehen lassen. Der Richter-Minimalist hätte sich auf das Gutachten der Vogelwarte Sempach abgestützt.<sup>126</sup> Da die geplanten Windräder den dadurch gebotenen Minimalabstand nicht hätten einhalten können, wäre der Windpark von vornherein

---

<sup>122</sup> Sunstein (Anm. 84), S. 16 ff., auch zum Folgenden.

<sup>123</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

<sup>124</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), zustimmende Meinung von Richter Felix Frankfurter.

<sup>125</sup> Sunstein (Anm. 84), S. 76, *ders.*, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York/Oxford 1996, S. 45, 144 f., je auch zum Folgenden.

<sup>126</sup> Oben Anm. 99.

nicht bewilligungsfähig gewesen.<sup>127</sup> Allgemeine Ausführungen zur Klimaerwärmung hätte der Richter in der Rolle des Minimalisten allein schon wegen der Beschränkung auf den Einzelfall weggelassen. Und der soldatisch inspirierte Richter hätte im Fall Grenchenberg keinen Grund gesehen, behördliche Einschätzungen zur Einhaltung von Grenzwerten zu hinterfragen.

## VI. Schluss

Dekarbonisierungsfragen bewegen sich nach dem Gesagten prominent im Spannungsfeld von Recht und Politik. Energie- und umweltrechtliche Vorgaben zielen mittels tradierter verwaltungsrechtlicher Instrumente auf Dekarbonisierung. Andererseits soll Dekarbonisierung mittels politischer Prozesse erreicht werden.

### 1. Politischer Kontext in gerichtlichen Verfahren

Bei einem Projekt wie jenem auf dem Grenchenberg geht es nicht allein um rechtliche Fragen. Naturgemäss haben solche Projekte eminent politische Aspekte. Es geht um die Umsetzung der Energiestrategie 2050, den Ausstieg aus der Kernenergie, die Reduktion des Treibhausgasausstosses, die erwartete Produktion von Windparks sowie die Erhaltung der Biodiversität.

Gerichte urteilen in solchen Fällen in einem ausgesprochen politischen Kontext. Dadurch können sich Fälle vom einen in den anderen Entscheidungsquadranten bewegen. Zuweilen hält das Gesetz selbst den Richter dazu an, politisch konnotierte Fragen bei seiner Entscheidung mit zu berücksichtigen. So statuiert Art. 6 Abs. 2 des Energiegesetzes,<sup>128</sup> dass Bund und Kantone für Rahmenbedingungen zu sorgen haben, die erforderlich sind, damit die Energiewirtschaft die Aufgabe der Energieversorgung «im Gesamtinteresse» optimal erfüllen kann. Das Bundesgericht nahm im Zug solcher Regelungen im Grenchenberg-Fall eine «Gesamtinteressenabwägung» vor.<sup>129</sup> Dabei nahm es auf das Netto-Null-Ziel des Pariser Abkommens und die Erhaltung der Biodiversität Bezug.<sup>130</sup>

Natürlich kann der Richter versuchen, solche Ziele in einem Urteil juristisch handhabbar zu machen. Letztlich entscheidet er aber in Bereichen, in denen die Politik die Abwägung bis zu einem gewissen Grad selbst vornahm.

---

<sup>127</sup> Oben Anm. 102.

<sup>128</sup> Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0).

<sup>129</sup> BGE 148 II 36 E. 13, *Windpark Grenchenberg*.

<sup>130</sup> BGE 148 II 36 E. 13.2 und E. 13.3, *Windpark Grenchenberg*.

Fälle können «politisch» anmuten, weil die ihnen zugrunde liegende Regelung stark politisiert ist.<sup>131</sup> Sie können aber auch als «politisch» erscheinen, da der zu beurteilende Sachverhalt allenfalls besser abschliessend von der Politik entschieden worden wäre. Ein Fall wird demgegenüber nicht allein dadurch politisch, weil an ihm politische Akteure beteiligt sind.<sup>132</sup>

## 2. Drei Thesen

Aus den vorliegenden Überlegungen lassen sich drei Thesen ableiten:

1. Der Gesetzgeber sollte sich vermehrt bewusst machen, dass er mit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder politisch aufgeladener Wendungen die Gerichte nachgerade dazu einlädt, politisch konnotierte Begründungen zu wählen.
2. Die Gerichte wiederum **sollten in Fragen der Dekarbonisierung ihre Urteile zurückhaltend begründen. Eine** schmale, minimalistische Begründung lässt **Entscheidungsspielräume für spätere Fällen offen**. Dadurch verbauen Gerichtsurteile weder der Politik noch rechtsanwendenden Behörden Optionen. Minimalistische Begründungen **erlauben es den Gerichten, sich aus politisch besonders umstrittenen Fragestellungen herauszuhalten**. Das schliesst taktische Entscheide keineswegs aus. So hätte das Bundesgericht im KlimaSeniorinnen-Urteil bei der Prüfung der Legitimation der Beschwerdeführerinnen durchaus auf ihre besondere Situation Bezug nehmen können. Dies hätte den Entscheidungsspielraum des Gerichtshofs erheblich beschränkt. Das Bundesgericht hätte die Beschwerde dabei immer noch mit dem Argument abweisen können, dass sie in das Gesetzgebungsverfahren eingreifen wollte.<sup>133</sup>
3. Entscheiden Gerichte dagegen breitflächig, der Heldenrolle von Sunstein entsprechend, riskieren sie damit mitunter den Entscheid über politische Fragen in einem Kontext, der dafür aufgrund Beweisbeschränkungen und anderer prozessrechtlicher Rahmenbedingungen wenig geeignet ist. Zudem fehlt es den Gerichten für solches an der notwendigen demokratischen Legitimation. Das Parlament kann sodann grossflächige Begründungen mit einem Federstrich tilgen. Wenn Gerichte danach gesetzliche Regelungen unter Hinweis auf deren Konventionswidrigkeit nicht anwenden, mögen sie fürs Erste Recht behalten. Die Frage, wie sie auf gesetzgeberisches Insistieren reagieren würden, bleibt dabei allerdings ungelöst. Dies wiederum spricht dafür, **Fragen zur Dekarbonisierung mit einem minimalistischen Ansatz zu begründen**.

---

<sup>131</sup> Umgekehrt sind auch Fälle denkbar, die primär rechtlich zu entscheiden sind, auch wenn sie einen politischen Hintergrund aufweisen mögen, so z.B. die Nicht-Ausschaffung eines Gewaltverbrechers wegen des Verbots des Refoulement.

<sup>132</sup> Vgl. z.B. BGE 116 IV 56, *Kopp*.

<sup>133</sup> Vgl. *Reich* (Anm. 17), S. 504.

### 3. Schweizer Primat des politischen Kompromisses

Das Verhältnis von Recht und Politik ist nicht in Stein gemeisselt. Die Gewichte können sich in die eine oder andere Richtung verschieben. Gleichwohl scheint es bedenkenswert, dabei das schweizerische Primat des politischen Kompromisses im Auge zu behalten. Thomas Maissen fasste dieses wie folgt in Worte:<sup>134</sup>

*Nicht ein übergeordnetes Recht und damit wenige juristische Fachleute, sondern der – heutzutage demokratische – politische Prozess soll die Konflikte lösen, die genuin politisch sind, nämlich allgemeinverbindliche Regeln durchsetzen wollen.*

Dem ist nichts hinzuzufügen.

---

<sup>134</sup> Thomas Maissen, Schweizer Heldengeschichten – und was dahintersteckt, 6. Aufl., Baden 2022, S. 87 f.