

# Persönliche Unvereinbarkeiten – Regelungen von Bund und Kantonen

## Les incompatibilités personnelles – les réglementations fédérales et cantonales

**Robert Baumann/Christine Guy-Ecabert/Caroline Laurent/Clemens Locher |**

*Die Regelung von Unvereinbarkeiten, die in persönlichen Beziehungen gründen, ist in sprachlicher und rechtlicher Hinsicht eine knifflige Aufgabe. Bund und Kantone haben verschiedene Formulierungen gefunden, die nicht immer widerspruchsfrei sind. Der folgende Beitrag zeigt den Weg durch die Klippen auf und schlägt eine legistisch korrekte Lösung vor. Abschliessend wird die Frage diskutiert, auf welcher Normstufe das Problem der persönlichen Unvereinbarkeit geregelt werden soll.<sup>1</sup>*

### Inhaltsübersicht

- 1 Das Problem
- 2 Regelungen im Bund
- 3 Regelungen in den Kantonen
- 4 Traditioneller Lösungsvorschlag
- 5 Zeitgemässer Lösungsvorschlag
- 6 *Sous le projecteur de la légistique matérielle – une réglementation au niveau de la Constitution ou de la loi formelle?*

### 1 Das Problem

Wenn es um die Bestellung von Behörden geht, muss der Gesetzgeber nicht nur entscheiden, wer wählbar ist. Er muss auch festlegen, wer in einer Behörde nicht Einsitz nehmen darf. Zum Beispiel darf ein Bundesrat nicht gleichzeitig Bundesrichter sein. Man spricht hier von *funktioneller* Unvereinbarkeit. Der Gesetzgeber kommt auch nicht darum herum, für Kollegialbehörden wie Regierungen und Gerichte zu regeln, welche Personen dort nicht *zusammen* Einsitz nehmen dürfen, also Regeln über die *persönliche* Unvereinbarkeit aufzustellen.

Für das hier behandelte Thema der Unvereinbarkeiten aufgrund persönlicher Beziehungen finden sich in Erlassen (insbesondere in den nachfolgend diskutierten Bundesgesetzen und in Kantonsverfassungen) unterschiedliche Bezeichnungen. Die wichtigsten Typen seien kurz erwähnt: «Unvereinbarkeit in der Person» (vs. «berufliche Unvereinbarkeiten», so z. B. Art. 60 und 61 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes, RVOG<sup>2</sup>); «Ausschluss von Verwandten und Angehörigen» (Kantonsverfassung Basel-Stadt); «incompatibilité d'ordre familial» (Kantonsverfassung Genf), was mit «familiärer Unvereinbarkeit» oder mit «Unvereinbarkeit aufgrund persön-

licher Beziehungen» zu übersetzen wäre; «incompatibilités rationnelles» (Aubert 2003, Rz. 2 ad Art. 144 BV). Wir ziehen den prägnanten Ausdruck «persönliche Unvereinbarkeit» und das Gegensatzpaar «persönliche Unvereinbarkeit» vs. «funktionelle Unvereinbarkeit» vor.<sup>3</sup>

Die persönliche Unvereinbarkeit gilt beispielsweise für Ehepaare. Auch Geschwister oder Eltern und ihre Kinder dürfen unbestrittenermassen nicht zusammen in einer Regierung oder einem Gericht Einsitz nehmen. Aber wie steht es mit Cousinen? Und mit Onkel und Nefte? Hier finden wir in Bezug auf die Bundesbehörden bereits unterschiedliche Antworten. Erst recht kompliziert wird es mit Personen, die verschwägert sind. Und wenn es um Lebensgemeinschaften geht, sind wir schon bald bei ideologischen Grabenkämpfen. Bei Patchworkfamilien schliesslich versagen die heutigen Unvereinbarkeitsregelungen vollends. In diesem verwirrenden Umfeld möchten wir mit unserem Artikel eine Orientierungshilfe bieten und eine Lösung vorstellen, die juristisch und sprachlich einwandfrei ist.

Worum geht es? Mit der Regelung von persönlichen Unvereinbarkeiten sollen innerhalb einer Kollegialbehörde Machtkonzentrationen und persönliche Konflikte bzw. Befangenheiten aufgrund persönlicher Beziehungen verhindert werden.<sup>4</sup> Solche Probleme könnten das korrekte Funktionieren der Behörde gefährden. Diese könnte ihre verfassungsmässige Rolle nicht mehr oder nur eingeschränkt spielen. Es geht also darum, solche Konstellationen zu verhindern – und dies mit einer gut verständlichen, eindeutigen Regelung. Bei Parlamenten stellt sich das Problem der persönlichen Unvereinbarkeit nicht, weil das einzelne Ratsmitglied ein weniger grosses Gewicht hat und das Funktionieren des Parlaments durch zwischenmenschliche Bindungen oder Probleme unter seinen Mitgliedern nicht in Frage gestellt ist, wie das bei einer siebenköpfigen Regierung der Fall sein könnte.

Auf Bundesebene sind die persönlichen Unvereinbarkeiten auf Gesetzesstufe geregelt: im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (Art. 61 RVOG), was den Bundesrat und die Bundeskanzlerin bzw. den Bundeskanzler betrifft; im Bundesgerichts-, Verwaltungsgerichts- und Strafgerichtsgesetz (Art. 8 BGG<sup>5</sup>, VGG<sup>6</sup> und SGG<sup>7</sup>) sowie im Entwurf für ein Bundespatentgerichtsgesetz (E-PatGG)<sup>8</sup>, was die eidgenössischen Gerichte betrifft. Die Kantone haben die persönliche Unvereinbarkeit teils in Gesetzen, teils in ihren Verfassungen geregelt.

Wer sich die Mühe macht, die verschiedenen Bestimmungen genauer anzuschauen, macht erstaunliche Entdeckungen: Bereits auf Bundesebene gibt es Ungereimtheiten.

## 2 Regelungen im Bund

### 2.1 Zwei Regelungstypen

Der Bund kennt Regelungen der persönlichen Unvereinbarkeit für den Bundesrat und die eidgenössischen Gerichte. Für die Bundesversammlung gelten aus den unter Ziffer 1 dargestellten Gründen nur funktionelle Unvereinbarkeiten, keine in der Person begründeten (Art. 144 BV; Art. 14 Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10).

Für den Bundesrat sowie die Bundeskanzlerin bzw. den Bundeskanzler gilt Artikel 61 RVOG, für die eidgenössischen Gerichte die von der Anlage her identischen Artikel 8 BGG, VGG und SGG; Artikel 12 E-PatGG ist ebenfalls nach diesem Muster gestaltet.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>Art. 61 RVOG</b> Unvereinbarkeit in der Person</p> <p><sup>1</sup> Nicht gleichzeitig Mitglieder des Bundesrates sein können:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. zwei Personen, die miteinander verheiratet sind, in eingetragener Partnerschaft leben oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen;</li> <li>b. Verwandte und Verschwägte in gerader Linie oder bis zum vierten Grade in der Seitenlinie;</li> <li>c. zwei Personen, deren Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner Geschwister sind.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Diese Bestimmung gilt zwischen dem Bundeskanzler oder der Bundeskanzlerin und den Mitgliedern des Bundesrates sinngemäss.</p> | <p><b>Art. 8 BGG (VGG / SGG / 12 E-PatGG)</b> Unvereinbarkeit in der Person</p> <p><sup>1</sup> Dem Bundesgericht (Bundesverwaltungsgericht/Bundesstrafgericht/Bundespatentgericht) dürfen nicht gleichzeitig als Richter oder Richterinnen angehören:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner und Personen, die in dauernder Lebensgemeinschaft leben;</li> <li>b. Ehegatten oder eingetragene Partnerinnen oder Partner von Geschwistern und Personen, die mit Geschwistern in dauernder Lebensgemeinschaft leben;</li> <li>c. Verwandte in gerader Linie sowie bis und mit dem dritten Grad in der Seitenlinie;</li> <li>d. Verschwägte in gerader Linie sowie bis und mit dem dritten Grad in der Seitenlinie.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Die Regelung von Absatz 1 Buchstabe d gilt bei dauernden Lebensgemeinschaften sinngemäss.</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>Art. 61 LOGA</b> Incompatibilité à raison de la personne</p> <p><sup>1</sup> Ne peuvent être simultanément membres du Conseil fédéral:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. deux personnes unies par le mariage, liées par un partenariat enregistré ou menant de fait une vie de couple;</li> <li>b. des parents, y compris des parents par alliance, en ligne directe et jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale;</li> <li>c. deux personnes dont les conjoints ou les partenaires enregistrés sont frères et sœurs.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Le chancelier de la Confédération ne peut avoir un lien au sens de l'al. 1 avec l'un des membres du Conseil fédéral.</p> | <p><b>Art. 8 LTF (LTAF / LTPF / 12 LTFB)</b> Incompatibilité à raison de la personne</p> <p><sup>1</sup> Ne peuvent être en même temps juges au Tribunal fédéral (Tribunal administratif fédéral, Tribunal pénal fédéral, Tribunal fédéral des brevets):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. les conjoints, les partenaires enregistrés et les personnes qui font durablement ménage commun;</li> <li>b. les conjoints et les partenaires enregistrés de frères et sœurs ainsi que les personnes qui font durablement ménage commun avec un frère ou une sœur;</li> <li>c. les parents en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclus, en ligne collatérale;</li> <li>d. les alliés en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclus, en ligne collatérale.</li> </ul> <p><sup>2</sup> La réglementation prévue à l'al. 1, let. d, s'applique par analogie aux personnes qui font durablement ménage commun.</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## 2.2 Sprachlicher Vergleich der beiden Regelungstypen

In sprachlicher Hinsicht weisen die beiden Regelungstypen (RVOG vs. BGG usw.) drei Hauptunterschiede auf (abgesehen von Details, die hier vernachlässigt werden):

1. Im RVOG wird der Begriff «faktische Lebensgemeinschaft», im BGG usw. der Begriff «dauernde Lebensgemeinschaft» verwendet. In der französischen Fassung ist der terminologische Unterschied sogar noch grösser: Während die LOGA (RVOG) von «mener de fait une vie de couple» spricht, heisst es in den Gerichtsgesetzen «faire durablement ménage commun». Zudem ist der Ausdruck «parents par alliance» (entspricht dem deutschen Ausdruck «Verschwägerter») in Artikel 61 Absatz 1 Buchstabe b LOGA eine rechtliche Absurdität, weil «parents» nur Blutsverwandte bezeichnen kann.

Dieser Unterschied wirft die Frage auf, ob das Adjektiv «faktisch» bzw. «dauernd» nur zufällig oder ganz bewusst gewählt worden ist. Aus den Materialien, der Rechtsprechung und der Lehre ist kein Hinweis ersichtlich, dass damit ein materieller Unterschied zum Ausdruck gebracht werden sollte. Wie die folgende Tabelle zeigt, kommt der Begriff «faktische Lebensgemeinschaft» bei Weitem nicht nur im Zusammenhang mit Regelungen der persönlichen Unvereinbarkeit vor.

| <i>«faktische Lebensgemeinschaft» in der Bundesgesetzgebung</i>                           |                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| <i>Erlassbestimmung</i>                                                                   | <i>SR-Nummer</i> |
| Strafprozessordnung <sup>9</sup> , Art. 56 Bst. c und 168 Abs. 1 Bst. a                   | ...              |
| Entwurf Zivilprozessordnung <sup>10</sup> , Art. 45 Abs. 1 Bst. c; Art. 162 Abs. 1 Bst. a | ...              |
| BG über das Verwaltungsverfahren, Art. 10 Abs. 1 Bst. a                                   | 172.021          |
| Zivilstandsverordnung, Art. 89 Abs. 3 Bst. b                                              | 211.112.2        |
| BG über den Bundeszivilprozess, Art. 42 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1                             | 273              |
| BG über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 10 Abs. 1 Ziff. 2                              | 291              |
| BG über die Bundesstrafrechtspflege, Art. 75 Bst. a                                       | 312.0            |
| BG über das Verwaltungsstrafrecht, Art. 29 Abs. 1 Bst. b                                  | 313.0            |
| Militärstrafprozess, Art. 33 Bst. b und d, Art. 75 Bst. a                                 | 322.1            |
| BG über die direkte Bundessteuer, Art. 109 Abs. 1 Bst. b                                  | 642.11           |

Der Ausdruck «faktische Lebensgemeinschaft» wird also weitaus häufiger verwendet als der Begriff «dauernde Lebensgemeinschaft». Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Begriff «faktische Lebensgemeinschaft» mit dem Partnerschaftsgesetz in die vorgenannten Erlasse (inkl. RVOG) eingeführt wurde,<sup>11</sup> während der Begriff «dauernde Lebensgemeinschaft» mit dem Bundesgerichtsgesetz eingeführt wurde, das keinen Anpassungsbedarf in diesem spezifischen Bereich auslöste. Weil eine «Lebensgemeinschaft» per se eine gewisse Dauer voraussetzt, ist das Adjektiv «dauernd» eigentlich überflüssig. Hingegen scheint uns die Kennzeichnung einer Lebensgemeinschaft mit dem Adjektiv «faktisch» in der Gegenüberstellung zu den rechtlich geregelten Lebensformen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft sinnvoll. Wir verwenden daher im Folgenden den Begriff «Lebensgemeinschaft» als Oberbegriff für alle drei Formen des Zusammenlebens zweier Personen und den Ausdruck «faktische Lebensgemeinschaft» für die Beziehung von zwei Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts, die ein eheähnliches Verhältnis pflegen, sich aber weder für die Ehe noch für die eingetragene Partnerschaft entscheiden.<sup>12</sup> Zur Bestimmung, ob ein eheähnliches Verhältnis vorliegt, kann auf die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) zurückgegriffen werden, die auf der Rechtsprechung des Bundesgerichts beruhen. Danach würde eine Lebensgemeinschaft nach einer Dauer von 2 Jahren vorliegen oder wenn die Partner mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben.<sup>13</sup>

Übrigens werden in der Bundesgesetzgebung noch weitere Begriffe verwendet. Nach Artikel 110 Absatz 1 StGB sind Angehörige einer Person ihr Ehegatte und ihre eingetragene Partnerin oder ihr eingetragener Partner, ausserdem ihre Verwandten gerader Linie, ihre vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister, ihre Adoptiveltern, ihre Adoptivgeschwister und Adoptivkinder. Die faktische Lebensgemeinschaft wird durch den Begriff «Familien-

genossen» miterfasst. Dieser ist aber weiter: Es handelt sich dabei um «Personen, die im gleichen Haushalt leben», also etwa auch um Mitglieder einer Wohngemeinschaft. Die Verordnung vom 25. April 2001 über die Versicherung im Kernplan der Pensionskasse des Bundes<sup>14</sup> spricht von «Lebenspartnerschaft»: «Eine Lebenspartnerschaft im Sinne dieser Bestimmung ist eine eheähnliche Lebensgemeinschaft von Personen – auch gleichen Geschlechts –, die miteinander nicht verwandt sind.» (Art. 39 Abs. 1)

2. In beiden Regelungstypen (RVOG bzw. BGG usw.) wird für Verheiratete das generische Maskulinum «Ehegatten» (französisch «les conjoints») verwendet. Nur im RVOG wird an einer Stelle (Art. 61 Abs. 1 Bst. a) der gleiche Sachverhalt mit dem Relativsatz «zwei Personen, die miteinander verheiratet sind» (französisch «deux personnes unies par le mariage») umschrieben.
3. Die möglichen Partnerschaftsbeziehungen zu *Geschwistern* sind in Artikel 61 Absatz 1 Buchstabe c RVOG und in Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b BGG usw. völlig anders formuliert. Das ist aber vor allem ein inhaltliches Problem, wie gleich anschliessend zu zeigen sein wird.

Die unter den Punkten 1 und 2 soeben benannten sprachlichen Probleme sollen im Kapitel 4 kurz diskutiert werden.

### 2.3 Inhaltliche Fragen zu den beiden Regelungstypen

*Gleich* ist für Bundesrat und eidgenössische Gerichte, dass ihnen Personen, die ein «*Paar*» bilden, nicht gleichzeitig angehören dürfen, ob es sich nun um Ehepaare handelt oder um registrierte oder faktische Partnerinnen und Partner (je Bst. a). Das Ziel, Machtkonzentrationen und persönliche Konflikte innerhalb einer Behörde zu verhindern, kann nur konsequent verfolgt werden, wenn die Unvereinbarkeit sowohl auf eingetragene als auch auf faktische Partnerinnen und Partner ausgedehnt wird.<sup>15</sup> Eine faktische Lebensgemeinschaft kann genauso wie eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft zu Machtkonzentrationen und Konflikten führen.<sup>16</sup> Die faktische sowie die registrierte Partnerschaft sind somit in Bezug auf Unvereinbarkeitsregelungen gleich zu behandeln wie die Ehe.

Daneben gibt es aber *Unterschiede* zwischen den Bestimmungen des RVOG einerseits und denjenigen des BGG, VGG und SGG sowie des E-PatGG andererseits:

1. Die persönliche Unvereinbarkeit trifft auch die «*Partnerinnen und Partner*» von *Geschwistern*: Beim Bundesrat gilt diese Unvereinbarkeit jedoch nur bei Ehe oder eingetragener Partnerschaft (Art. 61 Abs. 1 Bst. c RVOG),

während bei den eidgenössischen Gerichten auch die «faktische Lebensgemeinschaft» erfasst wird (Art. 8 Abs. 1 Bst. b BGG, VGG, SGG, Art. 12 Abs. 1 Bst. b E-PatGG). Die Ausweitung der Unvereinbarkeit auf faktische Lebensgemeinschaften in BGG, VGG und SGG wird in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege wie erwähnt damit begründet, dass diese den Grundsatz der Kollegialität nicht weniger gefährden als eine Ehe.<sup>17</sup> Diese Begründung müsste für den Bundesrat noch viel mehr gelten, denn anders als ein Gericht funktioniert der Bundesrat stets als Kollegium. Beim Bundesrat können also zwei Personen, die in enger Beziehung zueinander stehen, nicht zwei verschiedenen Kammern zugeteilt werden, wie dies bei einem Gericht möglich ist. In der Botschaft zum Partnerschaftsgesetz hat der Bundesrat denn auch wiederholt, dass das Ziel von in der Person begründeten Unvereinbarkeiten – die Verhinderung von Machtkonzentrationen und Konflikten innerhalb von Behörden – nur dann konsequent verfolgt werden kann, wenn die Unvereinbarkeit auf eingetragene Partnerschaften und dauernde Lebensgemeinschaften ausgedehnt wird.<sup>18</sup> Auch die Botschaft zum Patentgerichtsgesetz bestätigt diese Lösung.<sup>19</sup>

2. Weiter sind die *Verwandten* betroffen: in gerader Linie und für den Bundesrat bis zum vierten Grad in der Seitenlinie (Art. 61 Abs. 1 Bst. b RVOG), für die eidgenössischen Gerichte bis zum dritten Grad in der Seitenlinie (Art. 8 Abs. 1 Bst. c BGG, VGG, SGG, Art. 12 Abs. 1 Bst. c E-PatGG).

In gerader Linie sind zwei Personen miteinander verwandt, wenn die eine von der andern abstammt, und in der Seitenlinie, wenn sie von einer dritten Person abstammen und unter sich nicht in gerader Linie verwandt sind (Art. 20 Abs. 2 ZGB). Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten (Art. 20 Abs. 1 ZGB). Man ermittelt den Verwandtschaftsgrad also, indem man von einem Verwandten zum anderen zählt. Beispiele: Der Vater von Max ist sein Verwandter ersten Grades in gerader Linie (eine vermittelnde Geburt), die Schwester von Max ist seine Verwandte 2. Grades in der Seitenlinie (zwei vermittelnde Geburten: Geburt der Schwester, Geburt von Max bzw. Zählung über den Vater zur Schwester). Max' Grossvater ist sein Verwandter 2. Grades in gerader Linie (Geburt des Vaters, Geburt von Max bzw. Zählung über den Vater zum Grossvater), seine Tante väterlicherseits eine Verwandte 3. Grades in der Seitenlinie (Geburt der Tante, Geburt des Vaters, Geburt von Max bzw. Zählung zum Vater, zu den Grosseltern, zur Tante). Deren Sohn

ist Max' Cousin, ein Verwandter 4. Grades in der Seitenlinie (Geburt von Cousin, Tante, Vater, Max bzw. Zählung zum Vater, zu den Grosseltern, zur Tante, zum Cousin).

Der bundesrätliche Entwurf zum BGG, VGG und SGG sah – wie altrechtlich Artikel 4 OG<sup>20</sup> – eine Unvereinbarkeit bis zum 4. Grad in der Seitenlinie vor. Die Beschränkung auf den 3. Grad geht auf den Nationalrat zurück.<sup>21</sup> Beim E-PatGG wurde diese Beschränkung schon im bundesrätlichen Entwurf übernommen. Somit dürfen z.B. Cousins und Cousinen zusammen im gleichen eidgenössischen Gericht sitzen, nicht aber im Bundesrat. Die restriktivere Unvereinbarkeitsregelung beim Bundesrat kann sachlich damit begründet werden, dass zwei Cousinen im Bundesrat, der stets als Kollegium von sieben Personen entscheidet, sich störender auswirken können als zwei Cousinen in einem eidgenössischen Gericht, wo sie verschiedenen Kammern zugeteilt werden könnten. Als zwingend erscheint sie aber nicht.

3. Schliesslich gilt die Unvereinbarkeit für *Verschwägerte*. Verschwägert sind ein Ehegatte oder ein eingetragener Partner und die Bluts- oder Adoptivverwandten seines Partners (Art. 21 Abs. 1 ZGB: «Wer mit einer Person verwandt ist, ist mit deren Ehegatten, deren eingetragener Partnerin oder deren eingetragendem Partner in der gleichen Linie und in dem gleichen Grade verschwägert.»). Nicht verschwägert sind die jeweiligen Verwandten der Eheleute oder registrierten Partner, ebenso wenig die Angeheirateten oder «registrierten Angepartnerten». Die jeweiligen Eltern oder Geschwister zweier Eheleute oder die Ehegatten von zwei Geschwistern sind also nicht verschwägert.<sup>22</sup> Auch die nicht gemeinsamen Kinder zweier Eheleute sind nicht verschwägert. Patchworkfamilien werden von den klassischen Unvereinbarkeitsregelungen also nicht erfasst.

In Bezug auf Verschwägerte ist die Unvereinbarkeitsregel dieselbe wie diejenige für Verwandte, sie wirkt sich also in gerader Linie und in der Seitenlinie bis zum 4. Grad (Bundesrat; Art. 61 Abs. 1 Bst. b RVOG) bzw. bis zum 3. Grad aus (eidgenössische Gerichte; Art. 8 Abs. 1 Bst. c BGG, VGG, SGG; Art. 12 Abs. 1 Bst. c E-PatGG).

4. Anders als beim Bundesrat wird bei den eidgenössischen Gerichten diese Unvereinbarkeit sinngemäss auf «dauernde Lebensgemeinschaften» ausgedehnt (Art. 8 Abs. 2 BGG, VGG und SGG; Art. 12 Abs. 2 E-PatGG). Für die unterschiedliche Regelung bei Bundesrat und eidgenössischen Gerichten ist kein sachlicher Grund ersichtlich.



5. Schliesslich ist noch eine weitere Unstimmigkeit zu signalisieren: Die Schwägerschaft und damit auch die daraus resultierende Unvereinbarkeit wird mit der Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft, die sie begründet hat, nicht aufgehoben (Art. 21 Abs. 2 ZGB). Bei den eidgenössischen Gerichten bedeutet dies auch, dass die «analoge Schwägerschaft» bei faktischen Lebensgemeinschaften nach deren Auflösung fortbesteht. Dies führt zu dem paradoxen Ergebnis, dass der Ex-Gatte beispielsweise mit seiner Ex-Gattin im Bundesrat Einsitz nehmen darf, nicht aber mit der Cousine seiner Ex-Gattin.

#### **2.4 Zusammenfassung: Fünf Inkongruenzen**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Unvereinbarkeitsregelungen für den Bundesrat und die eidgenössischen Gerichte in Bezug auf die Paare kohärent sind. Im Übrigen gibt es aber nicht weniger als fünf Inkongruenzen zwischen den beiden Regelungstypen:

1. «Partnerinnen oder Partner» von Geschwistern: Beim Bundesrat werden faktische Lebensgemeinschaften nicht erfasst, wohl aber bei den eidgenössischen Gerichten.
2. Beim Bundesrat gilt die Unvereinbarkeit für Verwandte bis zum 4. Grad (d.h. inkl. Cousins oder Cousinen), bei den eidgenössischen Gerichten nur bis zum 3. Grad (bis Onkel und Tanten bzw. Neffen und Nichten, aber ohne Cousins und Cousinen). Diese unterschiedliche Regelung kann aber, wie oben ausgeführt, sachlich gerechtfertigt werden.
3. Auch für Verschwägerte gilt beim Bundesrat eine Unvereinbarkeit bis zum 4. Grad, bei den eidgenössischen Gerichten nur bis zum 3. Grad.
4. Bei den eidgenössischen Gerichten gelten die Unvereinbarkeitsregelungen bei Schwägerschaft analog auch für faktische Lebensgemeinschaften, nicht aber beim Bundesrat.
5. Die Auflösung des Paarverhältnisses hebt auch die Unvereinbarkeit zwischen den ehemaligen Partnern auf, während die Schwägerschaft und die darauf gründende Unvereinbarkeit bestehen bleiben.

Zu bemängeln ist überdies, dass die sich aus Patchworkfamilien ergebenden Konstellationen nicht erfasst sind. Es besteht z.B. keine Unvereinbarkeit für Kinder aus erster Ehe, auch wenn diese wie leibliche Geschwister in der zweiten Ehe gemeinsam aufwachsen.

## 2.5 Diskriminierungen – verfassungsrechtliche Bedenken

Wie eingangs erwähnt, bezwecken die in der Person begründeten Unvereinbarkeiten die Verhinderung von Machtkonzentrationen und persönlichen Konflikten in einer Behörde. Wie sich aus den zitierten Botschaften des Bundesrates zum Partnerschaftsgesetz und zum Bundesgerichtsgesetz ergibt, war vorgesehen, Paarverhältnisse gleich zu behandeln, ob es sich nun um Ehepaare, um registrierte Partnerinnen und Partner oder um faktische Partnerinnen und Partner handelt. Tatsächlich stellt sich in allen diesen Konstellationen das Problem von Machtkonzentrationen und persönlichen Konflikten in gleicher Weise. Eine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung dieser «Lebensformen» (Art. 8 Abs. 2 BV) ist nicht ersichtlich. Sie ist deshalb verfassungsrechtlich unzulässig.<sup>23</sup> Es ergibt sich Folgendes:

1. Die Unvereinbarkeit für «Partnerinnen oder Partner» von Geschwistern ist beim Bundesrat auf faktische Lebensgemeinschaften auszudehnen. Gegenwärtig liegt hier eine Diskriminierung der Geschwister von Ehepaaren oder registrierten Partnerinnen und Partnern vor.
2. Unter dem Blickwinkel der Diskriminierung kann die ungleiche Regelung für Bundesrat und eidgenössische Gerichte über den unzulässigen Verwandtschafts- und Schwägerungsgrad nicht beanstandet werden. Die Frage der Zweckmässigkeit dieser unterschiedlichen Regelungen stellt sich dennoch.
3. Diskriminierend für Ehepaare und eingetragene Partnerinnen und Partner ist hingegen, dass die sich aus der Schwägerschaft ergebende Unvereinbarkeit beim Bundesrat nicht auch analog für Personen gilt, die eine faktische Lebensgemeinschaft führen. Diese Unterscheidung läuft dem Zweck der Unvereinbarkeitsregelungen – der Verhinderung von Machtkonzentrationen und persönlichen Konflikten – zuwider.
4. Das Fortbestehen der Schwägerschaft nach Auflösung des Paarverhältnisses führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Die Regelung ist nicht zweckmässig und sollte aufgehoben werden.
5. Da Stiefgeschwister nicht erfasst werden, werden die heute verbreiteten Patchworkfamilien-Verhältnisse nicht erfasst: Es gibt keine Unvereinbarkeitsregelung für gemeinsam aufgewachsene Stiefgeschwister.

### 3 Regelungen in den Kantonen

Die Kantone haben die persönlichen Unvereinbarkeiten sehr unterschiedlich geregelt. Dies gilt schon für die Regelungsstufe: Die Verfassungen von 11 Kantonen delegieren die Regelung der Unvereinbarkeiten auf die Gesetzesstufe. Dazu gehören das Wallis, das Tessin und die Westschweizer Kantone mit Ausnahme von Genf, das eine sehr alte Kantonsverfassung hat.<sup>24</sup> 13 Kantone regeln die persönliche Unvereinbarkeit auf Verfassungsstufe. Zwei Kantonsverfassungen (Bern und Solothurn) regeln die persönliche Unvereinbarkeit weder auf Verfassungsstufe noch enthalten sie eine Delegation auf die Gesetzesstufe.

Die dabei getroffenen Lösungen sind sehr unterschiedlich. Zum einen greift die Unvereinbarkeit bei der Verwandtschaft und der Schwägerschaft unterschiedlich weit, im Falle von Schaffhausen beispielsweise nur gerade bis zum 1. Grad in der geraden und zum 2. Grad in der Seitenlinie, während die Schwägerschaft gar keinen Unvereinbarkeitsgrund darstellt. In manchen Kantonen führt die Lebensgemeinschaft nicht zu einer Unvereinbarkeit. Und es gibt Kantone, die die Unvereinbarkeitsregelung (noch) nicht an das Partnerschaftsgesetz angepasst haben und eingetragene Partnerschaften also nicht erfassen.<sup>25</sup> Andere Kantone – nämlich Appenzell Innerrhoden, Glarus, Schaffhausen, Uri, Basel-Landschaft, Zug und Obwalden – haben dies bereits getan. Wenn man die verschiedenen Regelungen analysiert, sieht man, dass die Formulierung von Unvereinbarkeitsregelungen durchaus nicht einfach ist.

#### 3.1 Appenzell Innerrhoden (Art. 30 Abs. 9; Änderung vom 30. April 2006)

*<sup>9</sup> In die Standeskommission und die Gerichte können nicht zugleich Einsitz nehmen:*

- zwei Personen, die miteinander verheiratet sind, in eingetragener Partnerschaft leben oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen. Die Auflösung der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft hebt den Ausschlussgrund nicht auf;*
- Verwandte in gerader Linie oder bis zum zweiten Grade in der Seitenlinie;*
- Verschwägerte in gerader Linie.*

Hier wird klargestellt, dass die Aufhebung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft nicht zu einer Aufhebung der Unvereinbarkeit führt. Dies ist insofern konsequent, als dies bei der Schwägerschaft, wie erwähnt, von Gesetzes wegen der Fall ist. Wieso dagegen bei der faktischen Lebensgemeinschaft eine Auflösung auch den Unvereinbarkeitsgrund auflöst, bleibt das

Geheimnis der Innerrhöfder. Unbefriedigend ist ferner, dass die Schwägerschaft nicht auch analog bei faktischen Lebensgemeinschaften einen Unvereinbarkeitsgrund darstellt.

### **3.2 Glarus (Art. 76 Abs. 1; Änderung vom 7. Mai 2006)**

*<sup>1</sup> Eltern und Kinder, Geschwister, Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner, Grosseltern und Enkelkinder, Schwäger und Schwägerinnen sowie Schwiegereltern und Schwiegerkinder können nicht der gleichen Kantons- oder Gemeindebehörde angehören.*

Diese Regelung ist auf den ersten Blick schlicht und elegant. Es fehlt allerdings eine Unvereinbarkeitsregelung für faktische Lebensgemeinschaften, was dem Ziel der Unvereinbarkeitsregelungen zuwiderläuft. Auch ist nicht ganz klar, was mit den «Schwägern und Schwägerinnen» gemeint ist: Personen, die in gerader oder in der Seitenlinie verschwägert sind? Und bis zu welchem Grad? Ist nur der Schwager, die Schwägerin im umgangssprachlichen Sinne gemeint, also der Ehemann der Schwester bzw. die Ehefrau des Bruders? Umgangssprachlich werden allerdings auch die Ehegatten von Geschwistern als Schwäger bezeichnet. Ob diese Beziehung auch gemeint ist? Der Text beantwortet die Frage nicht.

### **3.3 Schaffhausen (Art. 43; Änderung vom 24. September 2006)**

*Der gleichen Behörde dürfen mit Ausnahme des Kantonsrates, der Gemeindeparlamente und des Verfassungsrates nicht gleichzeitig angehören: Ehepaare, Paare in eingetragener Partnerschaft, Konkubinatspaare, Eltern und Kinder, Geschwister.*

Diese Regelung widerspiegelt die gesunkene Bedeutung familiärer Beziehungen: Verwandtschaft ist nur gerade in der engen Familie ein Hindernis. Die Schwägerschaft stellt gar keinen Unvereinbarkeitsgrund dar. Da von «Konkubinats» die Rede ist, das nach allgemeinem Sprachgebrauch nur heterosexuelle Beziehungen umfasst, fällt eine faktische Lebensgemeinschaft von homosexuellen Personen wohl nicht unter diese Unvereinbarkeitsregelung. Für diese Ungleichbehandlung besteht indes kein sachlicher Grund.

### **3.4 Uri (Art. 77; Änderung vom 26. November 2006)**

*<sup>1</sup> Es dürfen nicht der gleichen Kantons- oder Gemeindebehörde angehören:*

- a. Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner und Personen, die zusammen in dauernder Lebensgemeinschaft leben;*
- b. Verwandte im ersten und zweiten Grad;*

- c. *Ehegatten von Verwandten im ersten und zweiten Grad, eingetragene Partnerinnen oder Partner von Verwandten im ersten und zweiten Grad sowie Personen, die mit Verwandten im ersten und zweiten Grad in dauernder Lebensgemeinschaft leben.*

Diese Bestimmung stellt die Gleichbehandlung von Ehepaaren, registrierten Partnerschaften und dauernden Lebensgemeinschaften sicher. Buchstabe c ist nach Auskunft der Urner Behörden so zu verstehen, dass eine Person und die Verwandten ersten oder zweiten Grades ihrer Ehegattin oder ihres Ehegatten, ihrer eingetragenen Partnerin oder ihres eingetragenen Partners bzw. ihrer dauernden Lebenspartnerin oder ihres dauernden Lebenspartners nicht der gleichen Kantons- oder Gemeindebehörde angehören dürfen. Der Text von Buchstabe c spricht dagegen von einer Unvereinbarkeit zwischen den jeweiligen Ehegatten, eingetragenen Partnerinnen oder Partnern oder Personen in dauernder Lebensgemeinschaft von Verwandten ersten und zweiten Grades, z.B. also von einer Unvereinbarkeit zwischen den Ehegatten von zwei Schwestern. Die Bestimmung ist unklar formuliert.<sup>26</sup>

### **3.5 Basel-Landschaft (§ 52; Änderung vom 11. März 2007)**

*Allen Behörden, ausser dem Landrat, dürfen nicht gleichzeitig angehören:*

- a. *Eltern und Kinder,*
- b. *Geschwister,*
- c. *Ehegatten,*
- d. *Grosseltern und Enkelkinder,*
- e. *Schwägerinnen und Schwäger,*
- f. *Schwiegereltern und Schwiegerkinder,*
- g. *eingetragene Partnerinnen und eingetragene Partner,*
- h. *Personen in eingetragener Partnerschaft und Geschwister der Partnerin oder des Partners dieser Personen,*
- i. *Eltern von Personen in eingetragener Partnerschaft und die Partnerin oder der Partner dieser Personen,*
- k. *Personen in eingetragener Partnerschaft und Kinder der Partnerin oder des Partners dieser Personen.*

In dieser Bestimmung werden faktische Lebensgemeinschaften gar nicht erwähnt, und damit werden die Ziele einer Regelung der persönlichen Unvereinbarkeit verfehlt.<sup>27</sup> Unglücklich ist auch die Bestimmung von Buchstabe k. Sie geht auf die Überlegung zurück, dass gleichgeschlechtliche Paare im Unterschied zu verheirateten in der Schweiz nicht zur Adoption zugelassen sind. Nun hat aber der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass eine Homosexuelle, die mit einer Frau in einer dauernden Lebensgemeinschaft lebt, zur Adoption zuzulassen ist.<sup>28</sup> Die schweizerische Regelung

steht damit auf tönernen Füßen. Vor allem aber sind die Voraussetzungen für die Adoption des Kindes des Ehepartners nur sehr selten erfüllt, denn es braucht dafür grundsätzlich das Einverständnis beider Elternteile (Art. 265a Abs. 1 ZGB). Nur unter engen Voraussetzungen kann von der Zustimmung eines Elternteils abgesehen werden, insbesondere wenn dieser sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert hat (Art. 265c ZGB). Zur Diskussion stehen kann die Stiefkindadoption ferner, wenn ein Elternteil gestorben ist. Schliesslich kommt es in seltenen Fällen vor, dass ein Kind rechtlich nur eine Mutter hat, weil der Vater (jedenfalls den Behörden) unbekannt ist, sodass kein Kindesverhältnis zu ihm hergestellt werden konnte. Wie selten Adoptionen von Kindern des Ehepartners sind, spiegelt sich in der Adoptionsstatistik: Im Jahr 2006 wurden die Eltern von 16 154 unmündigen Kindern geschieden. Es gab aber nur gerade 262 Stiefkindadoptionen.<sup>29</sup> Die überwiegende Mehrheit der Ehepaare ist also in der gleichen Situation wie die eingetragenen Partnerschaften: Die Adoption ist ihnen nicht möglich. Eine ungleiche Behandlung der beiden Situationen ist daher unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) problematisch.<sup>30</sup>

Bei der Formulierung dieser Bestimmung wurde auch übersehen, dass nach Artikel 21 Absatz 1 ZGB jemand, der mit einer Person verwandt ist, mit deren Ehegatten oder deren eingetragenen Partnerin bzw. deren eingetragenen Partner verschwägert ist. Ein Kind ist also mit seiner Stiefmutter bzw. seinem Stiefvater – entgegen dem landläufigen Sprachgebrauch – verschwägert. Die Buchstaben e und f von § 52 können also so ausgelegt werden, dass sie auch die Schwägerschaftsverhältnisse von eingetragenen Partnern umfassen. Daraus folgt, dass die Buchstaben h, i und k unnötig wären. Unklar bleibt – ebenso wie bei der Regelung der Glarner Kantonsverfassung –, was mit den Schwägerinnen und Schwägern genau gemeint ist.

### 3.6 Zug (§ 20 Abs. 1; Änderung vom 17. Juni 2007)

*<sup>1</sup> In einer richterlichen oder verwaltenden Behörde dürfen nicht gleichzeitig Mitglieder sein:*

- a. zwei Personen, die miteinander verheiratet sind, in eingetragener Partnerschaft leben oder eine dauernde Lebensgemeinschaft führen;*
- b. Verwandte und Verschwägte in gerader Linie oder bis zum vierten Grade in der Seitenlinie;*
- c. zwei Personen, deren Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner Geschwister sind.*

Auch in dieser Regelung (die sich an Art. 61 Abs. 1 RVOG anlehnt) sind die Unvereinbarkeitsgründe unvollständig geblieben: Personen, die eine faktische Lebensgemeinschaft führen, werden zwar als Paar erfasst, in Bezug auf die Schwägerschaft fehlt aber eine analoge Regelung (Bst. b), ebenso für die faktischen Lebenspartnerinnen oder -partner von Geschwistern (Bst. c). Für faktische Lebensgemeinschaften gelten also weniger weitgehende Unvereinbarkeiten als für Ehepaare und eingetragene Partnerinnen und Partner. Dies ist mit Blick auf das Ziel der Unvereinbarkeitsregelung nicht befriedigend.<sup>31</sup>

### 3.7 Obwalden (Art. 51; Änderung vom 16. Dezember 2007)

*<sup>1</sup> Dem Regierungsrat, dem Kantonsrat, einem Gericht, einer Kommission oder einer Gemeindebehörde dürfen nicht gleichzeitig angehören:*

- 1. Personen, die in gerader Linie oder bis und mit dem dritten Grad der Seitenlinie blutsverwandt oder verschwägert sind;*
- 2. Ehegatten sowie Ehegatten von Geschwistern;*
- 3. eingetragene Partner sowie eingetragene Partner von Geschwistern;*
- 4. Personen, die in faktischer Lebensgemeinschaft leben.*

*<sup>2</sup> Die auf einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft beruhende Unvereinbarkeit in der Person bleibt auch nach deren Auflösung bestehen.*

*<sup>3</sup> Über den durch Unvereinbarkeit in der Person bedingten Rücktritt entscheidet nötigenfalls das Los.*

Der Kanton Obwalden hat im Gegensatz zum Bund das Problem erkannt, dass Schwägerschaftsverhältnisse auch nach Auflösung und im Gegensatz zu der sie begründenden Ehe oder eingetragenen Partnerschaft weiterbestehen. Konsequenterweise wurden die Unvereinbarkeitsgründe auf aufgelöste Ehen und eingetragene Partnerschaften ausgedehnt (Abs. 2). Ausserdem kennt Obwalden eine Konfliktregel (Abs. 3) zum Entscheid darüber, wer bei Eintreten einer Unvereinbarkeit zurückzutreten hat (siehe auch sogleich unten, Ziff. 3.8). Eine solche Konfliktregel fehlt auf Bundesebene. Daneben wurden die Unvereinbarkeitsgründe in Absatz 1 für Verheiratete, eingetragene Partnerschaften und faktische Lebensgemeinschaften aber ungleich ausgestaltet und der Zweck der Unvereinbarkeitsbestimmungen mithin teilweise ebenfalls verfehlt.

### 3.8 Neuenburg – Konfliktregel auf Gesetzesstufe

Wie oben erwähnt, haben die Westschweizer Kantone mit Ausnahme von Genf die Unvereinbarkeiten auf Gesetzesebene geregelt. Wir greifen hierzu das Beispiel von Neuenburg heraus, weil hier auch eine Konfliktregel aufge-

stellt wird (Art. 34 Abs. 2 Loi sur les droits politiques vom 17. Oktober 1984)<sup>32</sup>: Für den Fall, dass zwei Personen in den Staatsrat gewählt werden, die dort nicht zusammen Einsitz nehmen dürfen, erhalten diese 10 Tage Zeit, um sich zu einigen. Falls sie keine Einigung erzielen können, regelt das Gesetz, wer Einsitz nehmen darf.

#### **Art. 34**

*<sup>1</sup> Les époux, partenaires enregistrés au sens de la loi fédérale ou cantonale sur le partenariat, personnes menant de fait une vie de couple, parents ou alliés jusqu'au troisième degré ne peuvent appartenir simultanément au Conseil d'Etat.*

*<sup>2</sup> Sauf accord différent intervenu dans les dix jours entre les élus, reste seul au bénéfice de son élection dans l'ordre des critères suivants:*

- a) le conseiller d'Etat le plus anciennement élu au gouvernement;*
- b) le conseiller d'Etat qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages lors de l'élection entraînant l'incompatibilité;*
- c) en cas d'égalité de suffrages ou d'élection tacite, le conseiller d'Etat désigné par le sort;*
- d) en cas d'égalité de suffrages ou d'élection tacite au second tour, le conseiller d'Etat qui a obtenu le plus de suffrages au premier tour.*

### **3.9 Zusammenfassung**

Es ergibt sich, dass das Beziehungsgeflecht zwischen verheirateten, eingetragenen sowie faktischen Partnerinnen und Partnern, aus Verwandtschaft und Schwägerschaft – bei der vereinzelt explizit auch das Stiefkindverhältnis erwähnt wird (§ 52 Bst. k KV-BL), wobei man sich fragen kann, ob dieses bei den anderen Verfassungen implizit wirklich mitgemeint ist oder ob man sich der Finessen von Artikel 21 Absatz 2 ZGB dort auch nicht bewusst war – normativ schwer zu durchdringen ist. Es überrascht deshalb kaum, dass die meisten Regelungen einer genaueren verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhalten. Sie enthalten Ungleichbehandlungen oder sinnwidrige Unterlassungen. Die Patchworkfamilie insbesondere wird auch bei den Kantonen nicht erfasst.

Diese Defizite dürften auch deshalb bestehen, weil Unvereinbarkeitsregelungen in der Praxis nur eine untergeordnete Bedeutung haben. Sie kommen aber vor. Erst kürzlich sind ein Vater und sein Sohn in den Stadtrat von La Chaux-de-Fonds gewählt worden (Tages-Anzeiger vom 29. April 2008). Es ist also wichtig, dass die persönlichen Unvereinbarkeiten korrekt geregelt sind. Darüber hinaus verstösst eine Ungleichbehandlung von Ehepaaren,



eingetragenen Partnerschaften und faktischen Lebensgemeinschaften und der damit verbundenen Beziehungen gegen die in Artikel 8 Absatz 1 BV garantierte Rechtsgleichheit und das Verbot einer Diskriminierung aufgrund der Lebensform in Artikel 8 Absatz 2 BV.

#### 4 Traditioneller Lösungsvorschlag

Bei einer Regelung der persönlichen Unvereinbarkeit ist darauf zu achten, dass Ehepaare, eingetragene Partnerinnen und Partner sowie faktische Lebensgemeinschaften gleich behandelt werden. Ausserdem sollte die Patchworkfamilie erfasst werden. Ein Fallstrick ist die *Verschwägerung*: Bei Ehepaaren und eingetragenen Partnerschaften entstehen von Gesetzes wegen Schwägerschaftsverhältnisse zu den Partnern der Verwandten. Bei faktischen Lebensgemeinschaften ist dies nicht der Fall. Da das Problem – die Beziehungsnähe – in allen Konstellationen aber dasselbe ist, muss deshalb dieses Verhältnis für die faktischen Lebensgemeinschaften ausdrücklich erwähnt und als «sinngemäss anwendbar» definiert werden (siehe Abs. 3 des folgenden Formulierungsvorschlags).

Ausserdem sind die Folgen der Auflösung des Paarverhältnisses genauer zu berücksichtigen: Die Schwägerschaft besteht fort – mit der bereits erwähnten Folge, dass für die Ex-Eheleute keine Unvereinbarkeit besteht, wohl aber für den Ex-Ehemann und die Cousine seiner Ex-Ehefrau. Das ist unseres Erachtens nicht angemessen. Die Unvereinbarkeit sollte auch für geschiedene Paare fortbestehen.

In Bezug auf Verwandtschaft und Schwägerschaft scheint uns der 3. Grad der Seitenlinie angemessen zu sein.

Und schliesslich sollte festgelegt werden, was passiert, wenn mit einer Wahl eine persönliche Unvereinbarkeit auftritt: Wer darf die Wahl in diesem Falle annehmen? Auf Bundesebene fehlt bislang eine entsprechende Konfliktregel.

Diese Elemente sollen mit dem folgenden Formulierungsvorschlag, der vom Regelungstyp von Artikel 8 BGG usw. ausgeht, erfasst werden. Die vorgeschlagenen Formulierungen müssten für das RVOG (bezogen auf die Mitglieder des Bundesrates und die Bundeskanzlerin bzw. den Bundeskanzler) entsprechend angepasst werden. Für die Konfliktregel haben wir uns von den Lösungen von Neuenburg (Ziff. 3.8) und Obwalden (Ziff. 3.7) inspirieren lassen.

| Geltende Fassung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Vorgeschlagene Formulierung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Formulation proposée                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>Art. 8 BGG</b> Unvereinbarkeit in der Person</p> <p><sup>1</sup> Dem Bundesgericht dürfen nicht gleichzeitig als Richter oder Richterinnen angehören:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>Ehegatten, eingetragene Partnerinnen oder Partner und Personen, die in dauernder Lebensgemeinschaft leben;</li> <li>Ehegatten oder eingetragene Partnerinnen oder Partner von Geschwistern und Personen, die mit Geschwistern in dauernder Lebensgemeinschaft leben;</li> <li>Verwandte in gerader Linie sowie bis und mit dem dritten Grad in der Seitenlinie;</li> <li>Verschwägerte in gerader Linie sowie bis und mit dem dritten Grad in der Seitenlinie.</li> </ol> <p><sup>2</sup> Die Regelung von Absatz 1 Buchstabe d gilt bei dauernden Lebensgemeinschaften sinngemäss.</p> | <p><b>Art. 8 BGG</b> Persönliche Unvereinbarkeit</p> <p><sup>1</sup> Dem Bundesgericht dürfen nicht gleichzeitig als Richterinnen oder Richter angehören:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>Personen, die miteinander verheiratet sind;</li> <li>Personen, die mit Geschwistern verheiratet sind;</li> <li>Personen, die in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie miteinander verwandt sind, sowie Stiefgeschwister, die im gleichen Haushalt aufgewachsen sind;</li> <li>Personen, die in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie miteinander verschwägert sind.</li> </ol> <p><sup>2</sup> Absatz 1 Buchstaben a und b gilt auch für Personen, deren Ehe nicht mehr besteht.</p> <p><sup>3</sup> Die Ausschlussgründe für Verheiratete nach den Absätzen 1 und 2 gelten für eingetragene Partnerschaften und für faktische Lebensgemeinschaften sinngemäss.</p> <p><sup>4</sup> Wenn die Wahl einer Richterin oder eines Richters zu einer Unvereinbarkeit führt, so gilt als gewählt:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>diejenige Person, die bei der Wahl mehr Stimmen erhalten hat;</li> <li>bei Stimmgleichheit diejenige Person, die durch das Los bestimmt wird.</li> </ol> | <p><b>Art. 8 LTF</b> Incompatibilités personnelles</p> <p><sup>1</sup> Ne peuvent être en même temps juges au Tribunal fédéral:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>deux personnes mariées;</li> <li>deux personnes dont les conjoints sont frères et sœurs;</li> <li>des parents en ligne directe ou, jusqu'au troisième degré, en ligne collatérale, ou les enfants respectifs de deux conjoints, s'ils ont été élevés ensemble;</li> <li>des personnes alliées en ligne directe ou, jusqu'au troisième degré, en ligne collatérale.</li> </ol> <p><sup>2</sup> L'al. 1, let. a et b, est applicable aux personnes dont le mariage a pris fin.</p> <p><sup>3</sup> Concernant les motifs d'incompatibilité visés aux al. 1 et 2, le partenariat enregistré et la communauté de vie de fait sont considérés à l'égal du mariage.</p> <p><sup>4</sup> Lorsqu'il y a incompatibilité, demeure élu:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>le juge qui a obtenu le plus grand nombre de voix;</li> <li>en cas d'égalité des voix, le juge désigné par le sort.</li> </ol> |

Folgende Gesichtspunkte sind – abgesehen von den vorhin genannten inhaltlichen Aspekten – wichtig für die eindeutige Formulierung der verschiedenen Beziehungskonstellationen, die zu berücksichtigen sind:

1. Entscheidend ist der Anknüpfungspunkt bzw. die «Perspektive»: In Absatz 1 Buchstabe a werden die beiden Eheleute *selber* von der gleichzeitigen Einsitznahme in einer Kollegialbehörde ausgeschlossen, in Buchstabe b die Personen, die mit *Geschwistern* verheiratet sind. Diese Perspektive wird in unserem Lösungsvorschlag deutlicher als im geltenden Artikel 8 BGG.
2. Der Einsatz mit «Personen» in Absatz 1 Buchstaben c und d sowie die Formulierung mit anschliessendem Relativsatz verbessern und verdeutlichen die Aussage; es wird klarer, dass der Akzent auf Verwandtschaft bzw. Schwägerschaft liegt. In Buchstabe c werden ausserdem die Stiefgeschwister erwähnt, sodass die Regelung auch einer Patchworkfamilie gerecht wird.
3. Statt «dauernde Lebensgemeinschaft» (wie im geltenden Art. 8 BGG) bevorzugen wir – im Anschluss an Artikel 61 RVOG – «faktische Lebensgemeinschaft», wie dies unter Ziffer 2.2 bereits begründet wurde.
4. Wir verwenden den Ausdruck «faktische Lebensgemeinschaft», weil dieser auch eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft einschliesst. Der an sich naheliegende Begriff «Konkubinatspaar» (vgl. den Ausdruck «Konkubinatspaare» in der Schaffhauser Kantonsverfassung, siehe oben unter Ziff. 3.3) dagegen bezieht sich nach allgemeinem Sprachgebrauch eindeutig auf eine Frau und einen Mann, die in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenleben (beim französischen «concubinage» jedoch ist dies anscheinend nicht notwendig der Fall).
5. In der französischen Fassung verwenden wir den Ausdruck «la communauté de vie de fait». Der in den Gerichtsgesetzen verwendete Ausdruck «faire ménage commun», der z. B. auch im ZGB vorkommt (namentlich in den Artikeln 331 ff., deutsch «in gemeinsamem Haushalte leben»), bezieht sich auf das Zusammenleben in der gleichen Wohnung, ohne aber eine Paarbeziehung zu implizieren.

## 5 Zeitgemässer Lösungsvorschlag

Das Ziel von persönlichen Unvereinbarkeitsgründen ist es, in Kollegialbehörden Streit, aber auch Seilschaften zu verhindern – beides würde das korrekte Funktionieren einer Regierung oder eines Gerichts beeinträchtigen.

Die Ursachen für diese unerwünschten Phänomene können sehr vielfältig sein. Die Regelungen in Bund und Kantonen erfassen nur einige dieser Ursachen. Auch die oben vorgeschlagene «Revision» der bestehenden Regelung ist in dieser Hinsicht nicht viel besser. Es gibt viele enge Bindungen zwischen Personen, die sie nicht erfasst: Eheleute, eingetragene Partnerschaften und Lebensgemeinschaften werden berücksichtigt – wären aber frisch Verliebte nicht eine viel grössere Gefahr? Und wie steht es mit dem Götti und dem Göttibuben? Unvereinbarkeit bis zum 2., 3. oder 4. Verwandtschaftsgrad – das hat etwas Willkürliches. Jene Frau mag sehr enge Beziehungen zu ihren Cousinen haben, dieser Mann hat überhaupt kein Verhältnis zu seinem Bruder.

Vor allem aber werden Freundschaften nicht berücksichtigt. Das ist nicht mehr zeitgemäss. Wie soziologische Erhebungen zeigen, haben mit dem seltener werdenden klassischen Familienmodell die Beziehungen zu Freundinnen und Freunden an Bedeutung gewonnen, insbesondere seit den 1980er-Jahren (Beobachter 9/2008, S. 51). Freundinnen oder Freunde stehen einer Person oft näher als ein Cousin oder als die Geschwister. Auch Verbindungen, die sich über Geschäftsinteressen, Verbände, Parteien, das Militär oder Vereine ergeben, bleiben ausgeklammert. Zum Dienst- oder Vereinskameraden ebenso wie zum Geschäftspartner bestehen aber oft Loyalitäten, die weit stärker als familiäre Bande sein können.

Statt die Unvereinbarkeitsregelungen einfach mechanisch der gesellschaftlichen Entwicklung anzupassen und die eingetragene Partnerschaft sowie die faktische Lebensgemeinschaft in die überkommenen Bestimmungen «einzubauen», sollten deshalb unseres Erachtens neue Wege beschritten werden. Denn wie wir gesehen haben, ist eine enumerative Regelung mit zu vielen Schwierigkeiten verbunden. Es besteht immer das Risiko einer Lücke, einer Ungleichbehandlung. Ausserdem hat der Kreis der von Unvereinbarkeit Betroffenen immer etwas Willkürliches. Wir schlagen deshalb eine generell-abstrakte Lösung vor, die der Wahlbehörde mehr Bewegungsspielraum lässt. Sie könnte lauten:

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><sup>1</sup> Das Wahlorgan bestellt die Behörde so, dass Konflikte und Machtkonzentrationen aufgrund der persönlichen Beziehungen der Behördenmitglieder ausgeschlossen sind.</p> <p><sup>2</sup> Insbesondere dürfen der Behörde nicht gleichzeitig angehören:</p> <p>a. Personen, die miteinander verheiratet sind oder in eingetragener Partnerschaft oder in faktischer Lebensgemeinschaft leben;</p> <p>b. Personen, die in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie miteinander verwandt oder verschwägert sind.</p> <p><sup>3</sup> Falls die Wahl zweier Personen zu einer Unvereinbarkeit führt, so gilt als gewählt:</p> <p>a. diejenige Person, die bei der Wahl mehr Stimmen erhalten hat;</p> <p>b. bei Stimmgleichheit diejenige Person, die durch das Los bestimmt wird.</p> | <p><sup>1</sup> L'organe compétent élit les membres de l'autorité de sorte qu'ils n'aient pas entre eux de relations personnelles propres à créer des conflits ou des concentrations de pouvoir.</p> <p><sup>2</sup> Ne peuvent être en même temps membres de l'autorité, notamment:</p> <p>a. deux personnes mariées, liées par un partenariat enregistré ou formant une communauté de vie de fait;</p> <p>b. des parents ou des alliés en ligne directe ou, jusqu'au troisième degré, en ligne collatérale.</p> <p><sup>3</sup> Lorsqu'il y a incompatibilité, demeure élue:</p> <p>a. la personne qui a obtenu le plus grand nombre de voix;</p> <p>b. en cas d'égalité des voix, la personne désignée par le sort.</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

In Absatz 1 wird das Prinzip aufgestellt, das in Absatz 2 mit einer nicht abschliessenden Aufzählung von Unvereinbarkeiten illustriert und so auch für unvorbereitete Leserinnen und Leser verständlich gemacht wird. Die Regelung ist lückenlos. Sie erfüllt zudem das Gleichbehandlungsgebot. Mit einer solchen Lösung können sich die Unvereinbarkeitsregeln ausserdem kasuistisch der gesellschaftlichen Entwicklung anpassen. Und so neu wäre diese Lösung nicht: Im Anwaltsgesetz (SR 935.61) beispielsweise heisst es nur, dass die Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf «unabhängig» ausüben müssen (Art. 12 Bst. b). Was dies heisst, haben die Gerichte in einer reichen Rechtsprechung anhand konkreter Problemfälle herausgearbeitet. Absatz 3 schliesslich enthält eine Konfliktregel, die sich von den unter den Ziffern 3.7 und 3.8 zitierten kantonalen Regelungen inspirieren lässt.

## 6 Sous le projecteur de la légistique matérielle – une réglementation au niveau de la Constitution ou de la loi formelle?

### 6.1 Une question théorique à incidences pratiques

La réglementation des incompatibilités pose une question intéressante du point de vue de la légistique matérielle, celle du niveau normatif de ces dispositions. Faut-il les inscrire dans la Constitution ou dans la loi formelle? On a vu que les réponses de la Confédération et des cantons diffèrent largement.

Tout légiste devrait en effet, avant même de rédiger un avant-projet, mais au plus tard au stade de l'esquisse de l'acte législatif, se poser la question de savoir si les règles qu'il prépare doivent être intégrées dans la Constitution,

dans une loi ou dans une ordonnance.<sup>33</sup> Peu importe à cet égard qu'il soit dans un processus d'adoption ou de révision totale d'un acte législatif ou dans un processus de révision partielle.

Cette question, qui touche à la définition du droit constitutionnel, a déjà fait couler beaucoup d'encre sans qu'une réponse définitive y soit donnée. Elle interpelle la distinction entre constitution formelle et constitution matérielle. La constitution formelle se définit comme l'ensemble des normes supérieures à toutes les autres normes d'un ordre juridique déterminé. Cette supériorité tient toutefois exclusivement au critère de révision de la norme, qui est plus complexe et plus démocratique, en matière constitutionnelle, que celle des autres règles de droit. La notion de constitution matérielle, en revanche, se réfère au contenu des normes. En théorie, seules les normes importantes et les principes fondamentaux qui déterminent l'existence d'un Etat devraient y figurer.<sup>34</sup> Or, la question de savoir si une norme est suffisamment importante pour se trouver dans la constitution formelle est éminemment difficile à trancher. A l'occasion de la mise à jour de la Constitution fédérale, le Conseil fédéral a d'ailleurs précisé qu'«il est impossible de répondre une fois pour toutes à la question de savoir quelles règles méritent ou non de figurer dans la constitution, c'est-à-dire revêtent (ou au contraire ne revêtent pas) une importance juridique telle pour notre Etat fédéral qu'il s'impose de les inscrire dans la constitution. La réponse dépend des fonctions attribuées à la constitution, du type de constitution, de la structure, du style et de la densité normatifs et des données politiques de l'époque; ce sont là des paramètres dont peut seul juger en définitive le constituant lui-même»<sup>35</sup>.

## 6.2 Les objectifs poursuivis et les solutions choisies par le Constituant fédéral

Les règles sur les incompatibilités sont-elles suffisamment importantes pour devoir figurer dans la Constitution? Avant de répondre à cette question, il faut d'abord s'interroger sur les objectifs poursuivis par les incompatibilités. Comme brièvement mentionné au début de cet article, on distingue usuellement les incompatibilités qui ont des causes institutionnelles de celles qui ont des causes personnelles.<sup>36</sup>

- Les *incompatibilités institutionnelles* empêchent une même personne de faire partie simultanément de deux organes de l'Etat, par exemple d'être à la fois juge fédérale et chancelière fédérale ou conseillère nationale et conseillère aux Etats; elles sont le garant de la séparation des pouvoirs (premier exemple) ou du bicamérisme (deuxième exemple).

- Les *incompatibilités personnelles* visent à garantir le bon fonctionnement des autorités collégiales. Elles sont de deux ordres au moins. Les incompatibilités familiales tendent à éviter le cumul de pouvoirs ou au contraire le transfert de conflits personnels au sein d'une autorité collégiale; elles concernent une relation entre deux individus et une fonction au sein d'une autorité collégiale: deux personnes ne peuvent occuper la même fonction en raison de leurs liens familiaux.<sup>37</sup> Il faut entendre ici des liens de famille au sens large du terme, qui découlent de la parenté, de l'alliance ou d'une vie de couple de fait. Ainsi, deux partenaires enregistrés ne peuvent faire partie simultanément du Conseil fédéral. Une autre catégorie d'incompatibilités personnelles, les incompatibilités professionnelles, interdisent à une même personne de cumuler une fonction à plein temps avec une autre activité lucrative, publique ou privée. Son but est différent. Il s'agit là de garantir que les personnes titulaires de mandats étatiques y consacrent tout leur temps, d'une part, et qu'elles conservent leur indépendance d'esprit, d'autre part. On a autrefois fait entrer dans cette catégorie les incompatibilités concernant les ecclésiastiques; celles-ci sont toutefois considérées depuis un certain temps comme discriminatoires et violant la liberté religieuse et les droits populaires.<sup>38</sup>

Prenons maintenant comme objet d'étude la manière dont le constituant fédéral s'est préoccupé de respecter le principe de la hiérarchie des normes, lors de la mise à jour de la Constitution fédérale.

La première remarque concerne l'emplacement de la norme. Alors que la Constitution fédérale du 29 mai 1874 intégrait dans chacune des sections relatives aux organes de la Confédération les incompatibilités qui lui étaient spécifiques (Conseil national: art. 77; Conseil des Etats: art. 81; Conseil fédéral: art. 97; Tribunal fédéral: art. 108), la Constitution fédérale du 18 avril 1999 réunit toutes les incompatibilités en une seule disposition, l'article 144, intégré dans la section «Dispositions générales» consacrée aux autorités fédérales. Ce choix est judicieux du point de vue de la légistique, car il évite d'inutiles répétitions.

En la forme, l'article 144 Cst. est subdivisé en trois alinéas. Le premier règle les incompatibilités entre les mandats au plus haut niveau de la Confédération. Il instaure des incompatibilités institutionnelles qui visent à garantir la séparation personnelle des pouvoirs: incompatibilité entre le Parlement et le Gouvernement, d'une part, et les autorités judiciaires, d'autre part. L'incompatibilité entre les deux chambres est en revanche l'expression du bica-

mérisme. Le deuxième alinéa traite des incompatibilités professionnelles visant à contraindre les membres du Conseil fédéral et les juges à plein temps du Tribunal fédéral à consacrer tout leur temps de travail à leur fonction. Ces incompatibilités sont de nature mixte par rapport à la typologie exposée plus haut, parce qu'elles ont également pour but d'éviter des conflits d'intérêts.<sup>39</sup> Le troisième alinéa dispose que «la loi peut prévoir d'autres incompatibilités».

Peut-on déduire de ce dernier alinéa que le constituant a considéré que les autres incompatibilités, en particulier les incompatibilités familiales, n'étaient pas, contrairement aux incompatibilités institutionnelles et aux incompatibilités professionnelles, suffisamment importantes pour être inscrites dans la Constitution fédérale, en d'autres termes qu'il se serait préoccupé de la question du niveau normatif de ces dispositions? Pour répondre à cette question, il convient de se pencher sur les travaux préparatoires. On y trouve une réponse nuancée. Fidèle à l'idée de se limiter à mettre à jour la Constitution fédérale, le Conseil fédéral proposait, dans son projet (art. 134), de transcrire dans la nouvelle Constitution les dispositions de l'ancienne Constitution et plus particulièrement ses articles 77 et 108 al. 2 et 3, lesquels décrétaient une incompatibilité généralisée entre la fonction publique fédérale, d'une part, et la qualité de membre du Conseil national ou de juge au Tribunal fédéral, d'autre part (incompatibilité institutionnelle). Lors de la consultation, la question du niveau normatif des différents types d'incompatibilités a fait l'objet de remarques. Des organisations ont notamment proposé de biffer les alinéas 2 et 3, soit les incompatibilités professionnelles et les incompatibilités institutionnelles frappant les agents de la Confédération.<sup>40</sup> D'autres au contraire ont proposé d'étendre cette dernière incompatibilité aux membres du Conseil des Etats. Se ralliant à l'opinion des commissions des institutions politiques, le Parlement a finalement biffé le projet d'alinéa 3. Cette modification a eu pour effet d'étendre la portée de l'alinéa 4 du projet du Conseil fédéral, devenu article 144 al. 3 Cst. Ce faisant, le constituant a déclassé au niveau de la loi formelle un des types d'incompatibilités institutionnelles, celui frappant les agents publics.

Cette décision procède-t-elle d'une intention de hiérarchisation des règles de droit en accord avec les principes de la légistique matérielle? Cela paraît peu probable. Le choix du niveau normatif est tout d'abord un choix politique, qui vise ou bien à lier le pouvoir «inférieur» (en l'occurrence le Parlement) ou au contraire à lui laisser une large liberté d'appréciation, voire encore à lui renvoyer le traitement d'une question particulièrement discutée ou disputée. Il relève aussi du plus pur pragmatisme lorsque le règlement de la



question requiert de nombreuses dispositions légales. Dans ce dernier cas, une bonne solution consiste à intégrer les principes dans la constitution et à renvoyer le règlement des exceptions à la loi. On en trouve un exemple aux § 71 et 72 de la Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005<sup>41</sup> et au § 22 de la Constitution du canton des Grisons du 14 septembre 2003<sup>42</sup>.

### **6.3 Une réponse nuancée et adaptée aux réalités du moment**

Si l'on revient à notre question de base – Les incompatibilités sont-elles des règles suffisamment importantes pour que le légiste propose de les inscrire dans la constitution formelle? – on répondra de manière nuancée. Les normes relatives aux incompatibilités institutionnelles sont particulièrement importantes, à tout le moins lorsqu'elles concernent les plus hautes autorités de l'Etat, le parlement, le gouvernement et le tribunal suprême. Au niveau fédéral, elles sont même la seule expression du principe de la séparation des pouvoirs inscrite dans la Constitution fédérale (ancienne et nouvelle).<sup>43</sup> S'agissant en revanche des incompatibilités structurelles concernant les fonctionnaires et les autres agents de l'Etat, les débats en commission ont démontré que l'affirmation d'un principe ne suffisait pas et que des nuances s'avéraient nécessaires. Ainsi par exemple, la question s'est posée de savoir comment définir un «agent» ou s'il était justifié d'interdire aux agents les plus subalternes l'accès aux chambres.<sup>44</sup> Comme le relève Jean-François Aubert, «ce que le constituant attendait du déclassement de la règle sur les fonctionnaires, c'était une loi plus précise, plus différenciée et où les deux chambres seraient traitées de la même manière». C'est donc bien un intérêt avant tout pratique qui a guidé ici le constituant fédéral. Il n'est toutefois pas dénué de lien avec la légistique formelle, puisque, si on voulait régler toutes les nuances dans la constitution, celle-ci prendrait des proportions démesurées, portant atteinte à l'unité de sa densité normative. La solution choisie par le constituant fédéral consiste à renvoyer au niveau de la loi formelle le règlement de toutes les autres incompatibilités. En ne précisant pas lesquelles – contrairement aux cantons de Bâle-Ville et des Grisons (voir supra) –, le constituant ne contraint toutefois pas le législateur à régler ces questions. Quant aux incompatibilités personnelles, elles paraissent moins importantes, en ce sens qu'elles ont une portée symbolique moindre, dans la mesure où elles ne se rattachent pas à un principe fondateur de notre Etat démocratique.

Encore ne faut-il pas oublier que les données historico-politiques sont également à prendre en considération lorsqu'est discutée la question de la hiérarchie des normes. L'importance des règles de droit varie en effet en

fonction du temps. Les incompatibilités structurelles en sont un bon exemple. Elles étaient sans doute d'une importance fondamentale dès les débuts de la démocratie, où elles permettaient de consolider la séparation personnelle des pouvoirs, et elles le sont encore aujourd'hui. Si on prend un autre exemple, celui des incompatibilités frappant les ecclésiastiques siégeant au Conseil national (art. 75 aCst), on constate que leur inscription dans la Constitution fédérale se justifiait dans le contexte historico-politique du milieu du 19<sup>e</sup> siècle. A cette période, les institutions évoluaient vers une laïcisation considérée comme un présupposé fondamental de la démocratie républicaine. Il s'agissait donc d'assurer la construction d'un Etat démocratique et libéral en évitant toute ingérence de l'Eglise catholique dans l'exercice du pouvoir politique.<sup>45</sup> Comme déjà dit, depuis une vingtaine d'années, cette disposition est considérée comme violant différents droits fondamentaux. C'est certes pour une raison de fond qu'elle ne figure plus dans la Constitution fédérale, mais également parce que l'environnement social s'est modifié.

Pour les raisons exposées plus haut, le choix du niveau normatif effectué par le constituant fédéral et par diverses constitutions cantonales récentes nous semble défendable du point de vue de la légistique matérielle. Pour les cantons, le renvoi des incompatibilités de moindre importance au niveau de la loi leur évite la lourde procédure de garantie des constitutions cantonales (art. 51 al. 1 Cst.). En outre, une réglementation des incompatibilités au niveau de la loi cantonale a pour effet de la soumettre au contrôle des tribunaux. Tel n'est pas le cas si elle figure dans une disposition de la constitution cantonale garantie par l'Assemblée fédérale.<sup>46</sup>

Le fait est que le légiste qui prépare la modification d'une clause d'incompatibilité, par exemple suite à une modification du droit fédéral, devrait systématiquement se demander s'il se justifie de maintenir cette norme dans la Constitution cantonale – et ceci sous quelle forme – ou s'il ne serait pas préférable de la déclasser.

- Robert Baumann, Rechtsanwalt, Dr. iur., Bundesamt für Justiz, Bern  
E-Mail: robert.baumann@bj.admin.ch
- Christine Guy-Écabert, avocate, dr en droit, Office fédéral de la justice, Berne  
E-Mail: christine.guy@bj.admin.ch
- Caroline Laurent, trad. dipl., Office fédéral de la justice, Berne  
E-Mail: caroline.laurent@bj.admin.ch
- Clemens Locher, Dr. theol., Schweizerische Bundeskanzlei, Bern  
E-Mail: clemens.locher@bk.admin.ch

## Anmerkungen

- 1 Wir danken Prof. Olivier Guillod (Universität Neuchâtel) für die kritische Durchsicht unseres Artikels und für seine weiterführenden Bemerkungen.
- 2 SR 172.010; Fassung gemäss Anhang Ziff. 4 des Partnerschaftsgesetzes vom 18. Juni 2004.
- 3 Siehe auch «incompatibilités personnelles» vs. «incompatibilités institutionnelles» unter Ziffer 6.2.
- 4 Botschaft vom 29. November 2002 zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, BBl 2003 1288, S. 1351
- 5 SR 173.110; vom 17. Juni 2005
- 6 SR 173.32; vom 17. Juni 2005
- 7 SR 173.71; Fassung gemäss Anhang Ziff. 14 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005
- 8 Art. 12; vgl. Botschaft vom 7. Dezember 2007 zum Patentgerichtsgesetz, BBl 2008 455, S. 501
- 9 Vom Parlament am 5. Oktober 2007 verabschiedet; BBl 2007 6977.
- 10 BBl 2006 7413
- 11 Siehe den Anhang des Partnerschaftsgesetzes, AS 2005 5685, 5697 ff.
- 12 Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Anm. 4), S. 1351
- 13 SKOS-Richtlinien 12/07, G.3-2; BGE 2P.242/2003
- 14 AS 2001 2327; Fassung vom 14. Mai 2003 (AS 2003 1290). Verordnung aufgehoben per 1. Juli 2008 (AS 2008 2181).
- 15 Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Anm. 4), S. 1351
- 16 Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, S. 4281 (Gefährdung des Grundsatzes der Kollegialität; es geht allerdings nicht nur um die Kollegialität, sondern auch um die gegenseitige Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter, also um eine auch innergerichtlich unabhängige Rechtsfindung; vgl. Spühler/Dolge/Vock, 2006, Art. 8 Rz. 6).
- 17 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (Anm. 16), S. 4281
- 18 Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Anm. 4), S. 1351
- 19 Botschaft zum Patentgerichtsgesetz (Anm. 8), S. 476. – Thomas Sägesser (2007, 1581–1583) spricht sich für die Beibehaltung der bestehenden Regelung von Art. 61 RVOG aus. Er begründet dies mit der besonderen Natur der Ehe. Entscheidend ist aber einzig der Zweck der Unvereinbarkeitsregeln: die Verhinderung von Machtkonzentrationen und Konflikten in einer Behörde. Ob dieser Zweck erreicht wird, hängt nicht vom Zivilstand der betroffenen Personen ab.
- 20 Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943
- 21 Amtl. Bull. NR vom 5. Oktober 2004, S. 1584 f.
- 22 BGE 116 Ia 477, S. 481 ff.; BK-ZGB (3. Aufl. 2006), Art. 21 Rz. 2; Seiler / von Werdt / Güngerich, 2007, Art. 8 Rz. 6.
- 23 Vgl. Botschaft vom 24. Oktober 2007 über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Uri, Schwyz, Zug, Basellandschaft, Schaffhausen, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden, Aargau und Wallis, BBl 2007 7663, S. 7670 f.
- 24 Zürich (Art. 42 Abs. 2: «Das Gesetz kann weitere Unvereinbarkeiten vorsehen.»); Luzern (§ 33 Abs. 3 der neuen Kantonsverfassung vom 17. Juni 2007); Freiburg (Art. 87 Abs. 4); Basel-Stadt (§ 72); Graubünden (Art. 22 Abs. 5); Aargau (§ 69 Abs. 3); Tessin (Art. 54 Abs. 4); Waadt (Art. 90 Abs. 5); Wallis (Art. 90 Abs. 2 Ziff. 3); Neuenburg (Art. 48 Abs. 3); Jura (Art. 63).
- 25 Schwyz (§ 47); Nidwalden (Art. 48); Appenzell Ausserrhoden (Art. 63 Abs. 2); Thurgau (§ 30); St. Gallen (Art. 34 Abs. 1); Genf (Art. 105). – Selbstverständlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass weitere Verfassungsrevisionen bereits «in der Pipeline» sind.
- 26 Botschaft vom 24. Oktober 2007 über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Uri, Schwyz, Zug, Basellandschaft, Schaffhausen, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden, Aargau und Wallis, BBl 2007 7663, S. 7666 f.
- 27 Ebd., S. 7674
- 28 E. B. c. France, vom 22. Januar 2008 (Urteil der Grossen Kammer, d.h. Grundsatzurteil)
- 29 Quelle: Bundesamt für Statistik ([www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch))
- 30 Vgl. Botschaft vom 24. Oktober 2007 über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Uri, Schwyz, Zug, Basellandschaft, Schaffhausen, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden, Aargau und Wallis, BBl 2007 7663, S. 7673 f.
- 31 Vgl. Botschaft vom 24. Oktober 2007 über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Uri, Schwyz, Zug, Basellandschaft, Schaffhausen, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden, Aargau und Wallis, BBl 2007 7663, S. 7670
- 32 RSN 141
- 33 Office fédéral de la justice, Guide de législation, 3<sup>e</sup> édition 2007, N. 644.

- 34 Auer / Malinverni / Hottelier, 2006, n° 1335 ss.
- 35 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 47.
- 36 Aubert, 2003, N. 2 ad art. 144 Cst., préfère parler d'incompatibilités rationnelles plutôt que personnelles.
- 37 Aubert, 2003, N. 2 ad art. 144 Cst.
- 38 Voir le message du Conseil fédéral du 18 octobre 2006 concernant la garantie de la Constitution révisée du canton de Genève (FF 2006 8341 s.) et Grisel, 1988, Art. 75 N. 4.
- 39 Aubert, 2003, N. 8 ad art. 144 Cst.
- 40 FF 1997 I 380
- 41 RS 131.222.1
- 42 RS 131.226
- 43 Mahon, 2001, N. 19 ss ad § 65; Mastronardi, 2002, N. 24.
- 44 Aubert, 2003, N. 10-14 ad art. 144 Cst.
- 45 Voir l'arrêt dans lequel le Tribunal fédéral eut à juger de la constitutionnalité de la loi tessinoise sur l'organisation des communes, instaurant une incompatibilité entre la charge de membre d'un exécutif communal et l'état ecclésiastique (ATF 114 Ia 395, consid. 8b, en italien; consid. non traduite au JdT 1990 I 171 [rés.]). Voir aussi le cas de l'art. 141, al. 3, de la Constitution genevoise (FF 2006 8337).
- 46 Sidler, 2006, S. 285 ff.

## Literatur

- Auer, Andreas / Malinverni, Giorgio / Hottelier, Michel, 2006, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, L'Etat, 2<sup>e</sup> éd., Berne.
- Aubert, Jean-François/Mahon, Pascal (éds.), 2003, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève.
- Grisel, Etienne, 1988, dans: Aubert et al. (éds.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Art. 75 N 4*, Bâle/Zurich/Berne.
- Mahon, Pascal, 2001, *Le principe de la séparation des pouvoirs*, dans: D. Thürer / J.-F. Aubert / J. P. Müller (éds.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich.
- Mastronardi, Philippe, 2002, *Vorbemerkungen zu Art. 143–191*, in: B. Ehrenzeller / P. Mastronardi / R.J. Schweizer / K. Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf*.
- Sägesser, Thomas, 2007, *Bemerkungen zu Entscheidungen, Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 12/2007, S. 1581-1583.
- Seiler, Hansjörg / von Werdt, Nicolas / Günge- rich, Andreas, 2007, *Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Bern.
- Sidler, Lisbeth, 2006, *Gewährleistung von Kantonsverfassungen: Zu einigen Entwicklungen im Bereich der Gewährleistung von Kantonsverfassungen*, in: *Aus der Werkstatt des Rechts: Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller*, Basel.
- Spühler, Karl / Dolge, Annette / Vock, Dominik, 2006, *Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG]*, Zürich/St. Gallen.

## Résumé

*La réglementation des incompatibilités fondées sur des liens personnels est une tâche ardue tant sur le plan linguistique que juridique. La Confédération et les cantons ont choisi diverses formulations qui ne sont pas toutes exemptes de contradictions. La présente contribution propose une solution légistiquement correcte qui permet d'éviter les nombreux écueils que l'on rencontre dans l'élaboration de telles règles. Elle aborde également la question du niveau normatif approprié pour fixer les règles d'incompatibilités.*