

Reaktionen des Gesetzgebers auf Impulse der Rechtsprechung¹

Andrea Caroni | *Wenn die Gerichte Informationen an den Gesetzgeber senden, kann dieser auf sechs Arten darauf reagieren. Der Gesetzgeber kann die Hinweise ignorieren, ohne Folge zur Kenntnis nehmen oder aber per Gesetz umsetzen. Der Gesetzgeber kann aber auch Informationen an die Gerichte zurücksenden, indem er seine Auslegungsvorstellungen kundtut, Urteile per Gesetz übersteuert oder sogar per Gesetz ins System der Rechtsprechung eingreift.*

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Reaktionen der Legislative auf Impulse der Judikative
 - 2.1 Ignorieren
 - 2.2 Kenntnisnahme ohne Handlungsbedarf
 - 2.3 Umsetzen einer Anregung
 - 2.4 Anstupsen des Gerichts
 - 2.5 Übersteuern per Gesetz
 - 2.6 Auslöser für Systemdiskussion
- 3 Schluss

1 Einleitung

Ich freue mich, dass Sie mich nun bereits zum wiederholten Male zu Ihrer Tagung eingeladen haben. Entweder hat es Ihnen letztes Mal tatsächlich gefallen – oder Sie fanden meinen Auftritt zwar eine Pleite, wollen mir aber freundlicherweise die Chance geben, mich gleich selber zu rehabilitieren. (Vgl. Caroni 2013)

Wie dem auch sei: Letztes Mal durfte ich über den Einfluss des Lobbyismus auf die Rechtsetzung referieren, diesmal über den Einfluss der Rechtsprechung auf die Rechtsetzung. Wenn wir so weitermachen, kann ich noch einige Male kommen, denn die Einflüsse auf Parlamentarier sind zahlreich. Was an dem heutigen Thema allerdings besonders ist, ist, dass der Einfluss wechselseitig ist, wie das unter den Staatsgewalten so üblich ist.

Verschiedene Fachleute haben schon früher dargelegt (Kneubühler 2014, Leuzinger 2013, Sommaruga 2012) – oder tun dies an der heutigen Tagung –, auf welchen Wegen die Justiz, namentlich das Bundesgericht, dem Gesetzgeber Anregungen für Gesetzesänderungen macht.

- Das geschieht zum einen, wenn die Meinung des Bundesgerichts im Gesetzgebungsverfahren eingeholt wird (Leuzinger 2013, Rz. 3–6), zum Beispiel indem Bundesrichtern und -richter in einer Expertengruppe Einsitz nehmen oder in parlamentarischen Kommissionen angehört werden oder indem das Bundesgericht selber an einer Vernehmlassung oder Evaluation teilnimmt.

- Zum andern geschieht dies, indem das Bundesgericht ausserhalb eines solchen Gesetzgebungsverfahrens, nämlich in einem Urteil oder im Geschäftsbericht, konkrete Anliegen an den Gesetzgeber formuliert (Leuzinger 2013, Rz. 11–15 und 17 ff.).
- Dazu gibt es auch informelle Kontakte zwischen Bundesrichterinnen und -richtern und Mitgliedern des Parlaments, zum Beispiel bei Treffen der Fraktion mit «ihren» Richterinnen und Richtern.

Über diese Formen der konkreten Anregungen hinaus können natürlich auch direkt von Urteilen Impulse an die Rechtsetzung ergehen.

2 Reaktionen der Legislative auf Impulse der Judikative

Wie reagiert nun aber die Legislative auf diese Impulse der Judikative? Es gibt sechs Stufen, die ich einladungsgemäss aus meiner persönlichen Erfahrung darlege.

2.1 Ignorieren

Von den meisten Urteilen nimmt die Politik gar nie Kenntnis. Darüber kann ich Ihnen naturgemäss nicht berichten. Sollte sich dort noch die eine oder andere Perle für den Gesetzgeber finden, so bitte ich die Betroffenen und die Lehre – und auch die Gerichte selber –, uns darauf aufmerksam zu machen. Generell fällt ja auf, dass nur sehr wenige Urteile solche Anregungen enthalten und dass auch die Hinweise in den Geschäftsberichten rar sind.

2.2 Kenntnisnahme ohne Handlungsbedarf

Ein wiederum häufiger Fall ist der, wo die Legislative zwar Kenntnis von einem Urteil erhält, sei es über die in der Politik häufigen Juristen oder über die Medien. Doch weil diese Urteile eine unproblematische Anwendung der erlassenen Gesetze im Sinne des Gesetzgebers darstellen, entsteht kein weiterer Handlungsbedarf.

2.3 Umsetzen einer Anregung

In manchen Fällen beinhalten Urteile wie erwähnt ausdrückliche Hinweise an den Gesetzgeber. Es wird dann gesagt, die Lage sei so und so und gewissermassen unbefriedigend, für die Änderung aber sei der Gesetzgeber zuständig. Eine geläufige Konstellation ist hierbei die, dass ein Bundesgesetz die Verfassung oder Völkerrecht verletzt, das Bundesgericht sich aber aufgrund von Artikel 190 BV grundsätzlich zur Anwendung gezwungen sieht (vgl. zu einigen Fällen Sommaruga 2012 sowie Kneubühler 2014, 416.). Ein berühmter Fall ist die Inländerdiskriminierung im Familiennachzug,² für mich als junger Vater auch derjenige des

Vaters, der einen Mutterschaftsurlaub anstrebte.³ In diesen wie auch in andern Fällen⁴ rang sich das Parlament nicht zu einer Korrektur durch.

- Ein konkretes Beispiel einer hoffentlich bald verwirklichten Anregung aber will ich Ihnen geben: Im September 2015 hat das Bundesgericht festgehalten,⁵ zwei Männer, die in den USA via Leihmutterschaft zu einem gemeinsamen Kind gekommen waren, könnten sich in der Schweiz nicht beide als Väter anerkennen lassen. Das Gericht wies aber darauf hin, dass das mit einer Stiefkindadoption dereinst bereinigt werden könnte. Just dieser Tage nun haben wir die entsprechende Vorlage bereinigt, in einer Woche kommt sie in die Schlussabstimmung. Ob uns allerdings der gerichtliche Hinweis das Leben erleichterte oder erschwerte (weil nun auch das Leihmuttergespenst herum-schwebte), wird wohl erst der Ausgang der drohenden Referendumsabstimmung zeigen.
- Noch ein zweiter Fall: Das Bundesgericht⁶ entschied, dass Kapital der 3. Säule unter Umständen sehr hoch zu versteuern sei, wies aber darauf hin, dass der Gesetzgeber hier allenfalls eine Überbesteuerung zu korrigieren hätte. Darauf reichte ich via meine Fraktion eine Motion ein,⁷ um dies zu korrigieren. Der Nationalrat nahm sie bereits an, nun ist der Ständerat dran.
- Ein berühmtes Beispiel einer Anregung soll nicht unerwähnt bleiben: Das berühmte Urteil zur «Heiratsstrafe» i. S. «Hegetschweiler» von 1984.⁸ Das Thema ist ja ein Dauerbrenner in den eidgenössischen Räten. Gleich nächsten Montag dürfen wir wieder über eine Motion abstimmen, die das Urteil «umsetzen» will. Ich sage das in Anführungszeichen, weil zumeist unterschlagen wird, dass seither sehr viel geschehen ist, von Eheabzügen bis hin zum Zweiverdienerabzug. Und auch, weil das Bundesgericht selber einige Jahre später schon in zwei Urteilen festhielt,⁹ absolute Steuergerechtigkeit könne gar nicht angestrebt werden, ohne zu neuen Ungerechtigkeiten zu führen. Man müsste dieses Urteil daher in der Rubrik führen: «Urteile als Grundlage für Propaganda».

Nebst diesen Appellurteilen erhalten wir regelmässige Hinweise, wie ebenfalls erwähnt, wenn uns die eidgenössischen Gerichte in ihren jährlichen Berichten solche geben. Als Parlament nehmen wir diese in der Geschäftsprüfungskommission wahr, wenn wir uns jährlich mit den Gerichten aussprechen. Die Hinweise gehen aber auch via Bundesamt für Justiz an die einschlägige Verwaltungsstelle (Leuzinger 2014, Rz. 17 ff.). In den letzten Jahresberichten hat es stets zwei bis drei solcher Anregungen, ich frage mich, ob das gerichtsintern kontingentiert wird. Bundesrichterin Leuzinger (2014, Rz. 29 ff.) hat einmal dazu geschrieben, wohin diese Hinweise alle so führten. Leider war es ihr nicht möglich, umfassend auszuwerten, wie viele dieser Hinweise zu einer Änderung führten. Ich habe mit

Blick auf die heutige Tagung einmal die Parlamentsbibliothek hierzu angefragt, doch war auch ihr eine solche Auswertung nicht möglich.

2.4 Anstupsen des Gerichts

Nun gibt es aber auch die umgekehrte Konstellation: Das Gericht fällt ein Urteil, ohne weiteren Handlungsbedarf zu erblicken, doch das Parlament ist mit dem Entscheid nicht einverstanden.

Ist das Parlament mit der Rechtsprechung eines Gerichts nicht einverstanden, so kann es natürlich die entsprechende Norm ändern. Es gibt aber noch eine subtilere Variante, ich nenne sie mal «Anstupsen».

Mein Beispiel dazu ist die Prostitution. Das Bundesgericht hat bislang stets geurteilt, Prostitutionsverträge seien im Sinne von Artikel 20 OR sittenwidrig und damit nichtig. Das jüngste Urteil dazu datiert von 2011,¹⁰ in dem allerdings die strafrechtliche Abteilung einfach einen Textbaustein übernommen hat. Das letzte Urteil der zuständigen Abteilung ist von 1985.¹¹ Als ich neu in den Nationalrat eintrat, fragte ich den Bundesrat,¹² ob er dies noch zeitgemäss fände, was er verneinte. In der Meinung, das würden unsere Gerichte dann sicher auch so sehen, verzichtete ich auf einen weiteren Vorstoss. Dem Berner Kantonsparlament war das zu wenig, und es lancierte eine Standesinitiative hierzu.¹³ Beide Räte nahmen sie an. Doch dann urteilte das Bezirksgericht Horgen am 9. Juli 2013 – gestützt auf die erwähnte Interpellationsantwort des Bundesrates –,¹⁴ heute könnte man solche Verträge nicht mehr als sittenwidrig betrachten. Da die Gesetzgebung in dieser Frage – Artikel 20 OR ist ja sehr allgemein gehalten – ohnehin schwierig geworden wäre, und aufgrund dieses Signals eines Gerichts, schrieben die Räte den Vorstoss hernach ab, mit dem Hinweis, man gehe davon aus, das Bundesgericht würde heute auch so entscheiden. Aus diesem komplexen Zusammenspiel über alle Staatsebenen und -gewalten hinweg sehen Sie, wie ein Parlament auch noch versuchen kann, auf ein Gericht einzuwirken. Ob das Ganze wirklich funktioniert, finden wir jetzt heraus, wenn sich jemand aus dieser Runde auf einen solchen Vertrag einlässt und dann nicht zahlt ...

Ähnliches – nämlich die informelle Beeinflussung des Gerichts bei der Ermessensausübung – haben Politiker zum Beispiel auch dann im Sinne, wenn sie sich medial über eine zu lasche oder zu strenge Praxis der Gerichte wahlweise im Asyl- oder Strafrechtsbereich auslassen. Die Wirkung im Ziel ist dort etwas schwieriger zu messen.

2.5 Übersteuern per Gesetz

Wo das Gesetz zu klar oder das Gericht zu überzeugt ist, als dass man es durch blossen Stupser zu einer neuen Praxis bewegen könnte, da kann das Parlament

natürlich auf sein Vorrecht zurückgreifen, die Regeln selber zu ändern (vgl. Leuzinger 2014, Rz. 9) – allenfalls unter Mitsprache des sogenannten Souveräns. Dieses Recht ist bei uns sehr weit ausgebaut, da ja auch – zum Beispiel im Unterschied zu den USA – unsere Verfassung relativ einfach zu ändern ist. Allerdings stossen wir an Grenzen, doch dazu gleich mehr. Zunächst zwei berühmte Beispiele, wo das Parlament aktiv versucht, ein Gerichtsurteil per Gesetz zu übersteuern:

- Der erste Fall betrifft die Verrechnungssteuer im Konzern. Das Bundesgericht entschied 2011,¹⁵ dass ein Unternehmen, das die 30-tägige Meldefrist der Verrechnungssteuer-Meldung verpasst, nicht bloss melden kann, sondern die Steuer abliefern muss – inklusive Verzugszins. Anders gesagt: Diese Frist sei eine Verwirkungsfrist, derweil sie zuvor oft als Ordnungsfrist behandelt worden war. Daraufhin gab es zwei Vorstösse,¹⁶ deren Resultat als Gesetz nun in der Differenzbereinigung ist.
- Ein noch jüngerer und bekannterer Fall betrifft die Besteuerung von bäuerlichem Bauland – mittlerweile auch bekannt als «Parmelin-Gate». Hier übersteuerte das Bundesgericht ebenfalls jüngst, nämlich 2011,¹⁷ die Praxis einiger Kantone, solches Bauland privilegiert zu besteuern. Darauf wehrte sich die Politik¹⁸ und verlangte eine gesetzliche Verankerung jener heute rechtswidrigen Praxis, wofür sich bekanntlich sogar ein Bundesrat sehr aktiv einsetzte, was wieder einmal schön das Zusammenspiel aller drei Staatsgewalten illustriert.

2.6 Auslöser für Systemdiskussion

Es kann schliesslich Urteile geben, die nicht nur inhaltliche Fragen aufwerfen, sondern auch die Frage, ob denn die betreffende gerichtliche Institution richtig funktioniert. Damit meine ich nicht, dass wir finden, die betreffenden Richterinnen und Richter seien nicht ganz bei Trost, sodass wir unser Auswahlprozedere in der Gerichtskommission überarbeiten müssten. Ich meine Fälle, in denen wir zum Schluss kommen, dass die Gerichtsmechanismen noch nicht perfekt sind. Hierzu einige nationale und ein internationales Beispiel:

- Die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat Ende 2012 zur Ausschaffungsinitiative in einem Obiter Dictum festgehalten,¹⁹ dass die EMRK auch jüngerem Verfassungsrecht vorgehe. Dieselbe Abteilung hat sodann Ende 2015 beschlossen,²⁰ die angenommene Masseneinwanderungsinitiative sei kein triftiger Grund, von der grosszügiger werdenden EuGH-Rechtsprechung zur Personenfreizügigkeit abzuweichen; sie hat dabei auch betont, dass auch das Freizügigkeitsabkommen mit der EU dieser jüngeren Verfassungsbestimmung bzw. ihrem künftigen Umsetzungsgesetz vorgehe. Beide

Entscheide betreffen eine fundamentale Frage, diejenige nach dem Verhältnis zwischen dem Verfassungs- und dem Völkerrecht. Allerdings wurden sie jeweils nur von einer Abteilung gefasst, obschon Artikel 23 Absatz 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) festhält, dass Rechtsfragen, die mehrere Abteilungen betreffen, diesen vorzulegen sind. Das löste bei mir den Gedanken aus, dass man diese Vorlegepflicht ausbauen sollte, sodass sich die andern Abteilungen von sich aus darauf berufen können. Die Idee wird nun auf meine Anregung hin im Rahmen der BGG-Revision vom Bundesamt für Justiz und vom Bundesgericht gewälzt, wie man mir versprach.

- Den radikaleren Ansatz hierzu verfolgt die SVP mit ihrer Selbstbestimmungsinitiative, mit der sie die Hierarchie der Normen neu oder klarer zugunsten der Bundesverfassung regeln will. Auch meine Partei fordert hierzu eine Klärung der Lage – wenn auch in EMRK-freundlicherer Weise –, da es unbefriedigend ist, dass man in dieser Grundsatzfrage sogenannten «pragmatisch» vorgehen will, also von Fall zu Fall entscheiden will, was nichts anderes heisst, als dass man dem Gericht das letzte Wort belässt. Es ist aber am Verfassungsgeber, zu entscheiden, welche Norm wie gelten soll – wir überlassen es ja auch nicht dem Bundesgericht, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob Bundes- oder kantonales Recht vorgehen soll oder ob ein Gesetz oder eine Verordnung vorgeht.
- Es gab auch den umgekehrten Fall, in dem das Bundesgericht sich zu stark mit gewissen Fällen beschäftigte. Als mir dank einem Pressebericht bewusst wurde, dass man grundsätzlich jede Parkbusse vor Bundesgericht ziehen kann, habe ich 2013 eine Motion eingereicht mit dem Ziel, das Bundesgericht von Bagatellen zu befreien.²¹ Mittlerweile befindet sich die BGG-Revision in der Vernehmlassung, und diese Idee wurde aufgenommen.
- Ein weiteres Beispiel betraf den Livestream vom Bundesgericht. Hintergrund waren Zweitwohnungsentscheide, die einem Ständerat nicht gefielen. Zur besseren «Kontrolle» des Bundesgerichts schlug er daraufhin einen Livestream der Bundesgerichtsverhandlungen vor.²² Dagegen wehrte ich mich in der Schwesterkommission, brachte aber als Gegenvorschlag die Möglichkeit ein, dass ein Richter Dissenting Opinions (abweichende Meinungen) veröffentlichen könne. Die Kommission machte daraus eine Kommissionsmotion,²³ die bereits von beiden Räten angenommen wurde.
- Ein viel krasserer Angriff auf die richterliche Entscheidungsfreiheit war die Durchsetzungsinitiative, die – und deren Vorläuferin, die Ausschaffungsinitiative – ja indirekt auch eine Reaktion auf eine bestimmte Gerichtspraxis war. Diese war den Initiantinnen und Initianten angeblich zu lasch, auch wenn dies kaum seriös statistisch belegbar war.

- Das internationale Beispiel betrifft den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR): Vor dem Hintergrund der Erfahrung zahlreicher Staaten, inklusive der Schweiz und ihres Gesetzgebers, dass der EGMR sich in einzelnen Fragen zu sehr in nationale Kompetenzen einmischte, wurde das 15. Zusatzprotokoll zur EMRK verabschiedet und jüngst auch von unserem Parlament genehmigt. Es betont das Subsidiaritätsprinzip und macht dem EGMR klar, dass er keine vierte Instanz ist.

3 Schluss

Vielfältig sind die Wege, auf denen die Justiz der Legislative Impulse liefert. Mindestens ebenso vielfältig sind die Wege, auf denen die Legislative in den erwähnten sechs Stufen darauf reagiert.

Nun kennen Sie meine Gedanken zum Einfluss der Rechtsprechung auf die Politik und umgekehrt, und von meinem letzten Auftritt her auch schon den Einfluss des Lobbyismus auf die Politik. Leider rufen weitere Verpflichtungen, ich hätte gerne mit Ihnen beim Apéro auch noch den Einfluss des Alkohols auf die Politik besprochen.

Andrea Caroni, Ständerat, Dr. iur., MPA Harvard, Rechtsanwalt; andrea.caroni@parl.ch

Anmerkungen

- Dieser Beitrag ist die geringfügig redigierte Version des Referats, das der Autor am 9. Juni 2016 vor der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung hielt. Der Referatsstil wurde beibehalten.
- BGE 136 II 120
- Entscheid des Bundesgerichts 9C_810/2013 vom 15. Sept. 2014
- So demjenigen zur Mankoteilung (BGE 135 III 66, E. 10) oder zum Rechtsschutz bei Asylhärtefällen (BGE 137 I 128 E. 4.3.2).
- Entscheid des Bundesgerichts 5A_443/2014 vom 20. Sept. 2015
- Urteile des Bundesgerichts 2C_906/2011 und 2C_907/2011 vom 8. Juni 2012
- Mo. FDP-Fraktion 12.3814, «Stopp der Steuerstrafe in der Säule 3b»
- BGE 110 Ia 7
- BGE 118 Ia 1; BGE 120 Ia 329
- Urteil 6B_188/2011 vom 26. Okt. 2011 E.2.3
- BGE 111 II 295
- Ip. Caroni 12.3187, «Privatrechtliche Anerkennung des Prostituiertenlohns»
- Standesinitiative Kt. BE 12.317, «Prostitution ist nicht sittenwidrig».
- Urteil FV120047 vom 9. Juli 2013
- Urteil 2C_756/2010 vom 19. Jan. 2011
- So die pa.Iv. Gasche 13.479 «Klarstellung der langjährigen Praxis beim Meldeverfahren bei der Verrechnungssteuer».
- Urteil 2C_11/2011 vom 2. Dez. 2011
- Mo. Müller, Leo 12.3172, «Besteuerung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken»
- BGE 139 I 16
- Urteil 2C_716/2014 vom 26. Nov. 2015
- Mo. Caroni 13.3694, «Befreiung des Bundesgerichtes von Bagatellen»
- Mo. Schmid 13.3660, «Live-Stream-Direktübertragung öffentlicher Urteilsberatungen des Bundesgerichtes»
- Mo. RK-N 14.3667, «Bundesgericht. Dissenting Opinions»

Literaturverzeichnis

- Caroni, Andrea, 2013, Die «Symbiose» von Parlamentariern und Lobbyisten: kritische Gedanken, LeGes 2013/3, 579 ff.
- Kneubühler, Lorenz, 2014, Wie Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen, LeGes 2014/3, 409 ff.
- Leuzinger Susanne, 2013, Hinweise des Bundesgerichtes an den Gesetzgeber, Justice – Justiz – Giustizia 2013/3.
- Sommaruga, Simonetta, 2012, Rechtsentwicklung im Wechselspiel von Gerichten und Gesetzgeber, Justice – Justiz – Giustizia 2012/4.

Résumé

Le législateur peut réagir de différentes manières aux informations émises par les tribunaux à son encontre. Il peut les ignorer, en prendre acte sans leur donner de suite ou alors les mettre en œuvre par la voie législative. Il peut aussi répondre à la justice en présentant son point de vue sur l'interprétation des règles en cause ou en édictant des normes qui contrent un jugement ou interviennent dans le système judiciaire.