

# Wie Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen

**Lorenz Kneubühler** | *Die Gerichte sind gehalten, den Gesetzgeber zum Tätigwerden aufzufordern, wenn dieser es unterlassen hat, regelungsbedürftige Sachverhalte zu normieren, oder wenn die von ihm erlassenen Bestimmungen übergeordnetem Recht widersprechen. Der folgende Beitrag analysiert die verfassungsrechtliche Problematik dieser Situation und fragt, welche Möglichkeiten des «Beine-Machens» den Gerichten offenstehen und nach welchen Kriterien die verschiedenen denkbaren Optionen zur Anwendung gelangen.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Einführung ins Thema
- 2 Verfassungsrechtliche Situierung
  - 2.1 Gewaltentrennung
  - 2.2 Respektierung der Zuständigkeiten
  - 2.3 Individualrechtsschutz
- 3 Rechtswidriger Erlass – was tun?
  - 3.1 Mögliche Rechtsfolgen
  - 3.2 Massgebliche Kriterien (Parameter) für die Wahl der Rechtsfolge
- 4 Fazit

## 1 Einführung ins Thema

Gemäss der Online-Ausgabe des Dudens bedeutet «jemandem Beine machen» so viel wie «jemanden antreiben, sich schneller zu bewegen». Bei mir erweckt es einen etwas paternalistischen Eindruck: Der Lehrer macht den Schulkindern Beine, die Chefin den faulen Angestellten. Machen auch die Gerichte dem Gesetzgeber Beine? Ich glaube kaum. Der Titel meines Vortrags – er wurde mir vom Ausrichter der heutigen Tagung vorgeschlagen – tönt zwar knackig, entspricht aber wohl nicht der schweizerischen Realität. Gewiss gibt es Situationen, in denen der Gesetzgeber – insbesondere der kantonale – aufgrund eines Gerichtsurteils unter einem gewissen Handlungsdruck steht. Insgesamt ist die Realität aber doch eine andere.

Dies lässt sich schön zeigen anhand des berühmten Urteils Hegetschweiler vom 13. April 1984<sup>1</sup>, in welchem das Bundesgericht erkannt hat, dass die Ehepaarbesteuerung im Kanton Zürich im Vergleich zur Besteuerung von Konkubinatspaaren rechtsungleich und damit verfassungswidrig sei. Diese Feststellung betraf natürlich nicht nur den Kanton Zürich, sondern auch die anderen Kantone und die Ehepaarbesteuerung auf Bundesebene. Das Urteil Hegetschweiler hat zwar rege gesetzgeberische Aktivitäten ausgelöst, eine rechtsgleiche Besteuerung von Ehepaaren und Konkubinatspaaren ist aber noch immer nicht durchwegs Realität. Zuletzt hat der Bundesrat im Spätsommer des vorletzten Jahres einen

Anlauf unternommen, um die Benachteiligung von Zweiverdiener- und Rentnerhepaaren gegenüber Konkubinatspaaren bei der direkten Bundessteuer zu beseitigen.<sup>2</sup> Die Vorlage des Bundesrats ist auf mannigfaltige Kritik gestossen und nach Abschluss der Vernehmlassung schubladisiert worden. Damit ist die vor dreissig Jahren vom Bundesgericht geforderte Gleichbehandlung noch immer nicht realisiert. Das zeigt, was es bedeutet, wenn die Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen.

Ich denke, das Urteil Hegetschweiler zeigt nicht nur die Grenzen des Einflusses der Gerichte auf, es lässt auch erkennen, wo das Problem steckt: Zum einen können die Gerichte den Bundesgesetzgeber gar nicht zur Änderung verfassungswidriger Gesetze zwingen, da die Bundesgesetze für die Gerichte aufgrund der Regel von Art. 190 BV massgeblich sind; darauf wird zurückzukommen sein (vgl. Ziff. 3.2.4). Zum andern stellen sich oft heikle gesellschaftspolitische Fragen – im Urteil Hegetschweiler waren es Grundfragen der Familienbesteuerung (Ehe- und Konkubinatspaare, Einverdiener- und Zweiverdienerpaare usw.) –, die nicht in erster Linie von den Gerichten, sondern vom Gesetzgeber im Rahmen eines breiten gesellschaftlichen und politischen Diskurses zu entscheiden sind.

Gerichte können in unterschiedlichen Situationen Druck auf den Gesetzgeber ausüben. Normalerweise werden sie dies tun, wenn die Legislative (oder auch die Exekutive beim Erlass von Verordnungsrecht) rechtswidrig legiferiert, indem sie gegen übergeordnetes Recht verstösst. Denkbar ist aber auch die Situation, in welcher es der Gesetzgeber überhaupt unterlässt, die erforderlichen Regelungen zu erlassen, obwohl er dazu verpflichtet wäre. Es stellen sich in diesem Zusammenhang verschiedene verfassungsrechtliche Fragen.

## **2 Verfassungsrechtliche Situierung**

### **2.1 Gewaltentrennung<sup>3</sup>**

Nach dem klassischen Modell der Gewaltentrennung herrscht eine klare Aufgabenteilung zwischen den verschiedenen Staatsgewalten: Während die erste Gewalt, der Gesetzgeber, in einem demokratischen Prozess und gestützt auf die in der Verwaltung vorhandene Fachkunde Recht erlässt und die Exekutive dieses umsetzt, kontrollieren die Gerichte die korrekte Anwendung der Gesetze im Einzelfall; sie gewährleisten den Individualrechtsschutz.

Dies ist unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten so lange unproblematisch, als eine Rechtsverletzung auf einer unzutreffenden Anwendung eines an sich rechtmässigen Erlasses beruht. Anders verhält es sich, wenn dessen korrekte Anwendung zu einer Verletzung individueller Rechtsansprüche führt bzw. führen würde, weil der Erlass gegen übergeordnetes Recht verstösst. Wenn sich ein

Gericht in dieser Konstellation über ein demokratisch erlassenes Gesetz hinwegsetzt bzw. dieses nicht oder nicht vollumfänglich anwendet, liegt offensichtlich ein Problem der Gewaltenteilung vor, denn die dritte Gewalt mischt sich in den klassischen Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers ein. Sie macht dem Gesetzgeber Vorgaben, wie er zu legislieren hat, und greift damit in dessen Kompetenzbereich ein. Die Vorsteherin des EJPD hat in diesem Zusammenhang an einem Vortrag vor Richterinnen und Richtern von einem «Wechselspiel von Gerichten und Gesetzgeber» gesprochen.<sup>4</sup>

## 2.2 Respektierung der Zuständigkeiten

Im Zusammenhang mit dem «Beine-Machen» durch das Bundesgericht stellen sich Fragen der Gewaltenteilung in unterschiedlicher Weise, je nachdem, wie stark sich die Gerichte in die materielle Regelung der Frage einmischen.

Die Zuständigkeiten werden dann am besten respektiert, wenn das Gericht bloss die Verfassungswidrigkeit einer Bestimmung feststellt; es bleibt dann ganz dem Gesetzgeber überlassen, wie er den verfassungsmässigen Zustand gewährleisten will. Am weitesten wagt sich ein Gericht in den Zuständigkeitsbereich der Legislative hinaus, wenn es gleich eine Ersatzordnung festlegt, die anstelle der rechtswidrigen Ordnung gilt, wenn auch nur so lange, bis das zuständige Organ selbst eine rechtmässige Regelung erlassen hat.

Hinsichtlich der Respektierung der Zuständigkeiten des Gesetzgebers besteht ein kategorialer Unterschied, je nachdem, ob der eidgenössische oder ein kantonaler (oder kommunaler) Gesetzgeber von der gerichtlichen Druckausübung betroffen ist. Gemäss Artikel 190 BV ist nämlich das Bundesgericht an die Bundesgesetze gebunden. Diese sind «für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend». Die Immunität der Bundesgesetze gegenüber einer bundesgerichtlichen Überprüfung ihrer Verfassungsmässigkeit bedeutet, dass die Bundesverfassung eine Nichtanwendung von Bundesgesetzen wegen Verstosses gegen übergeordnetes Recht nicht vorsieht. Gegenüber den Kantonen kommt dem Bundesgericht hingegen eine volle Verfassungsgerichtsbarkeit zu, und ausserdem darf und muss es selbstverständlich auf Beschwerde hin die Bundesrechtskonformität einer kantonalen Regelung überprüfen. Hier ist das Bundesgericht weniger eingeschränkt im «Beine-Machen».

Allerdings befreit sich das Bundesgericht auch gegenüber den Kantonen seit je einer gewissen Zurückhaltung bei der Überprüfung und Korrektur von deren Rechtsnormen. Grund dafür ist die föderalistische Rücksichtnahme der zentralstaatlichen Organe gegenüber den Gliedstaaten; gemäss Artikel 44 Absatz 2 BV schulden Bund und Kantone einander Rücksicht und Beistand.

## 2.3 Individualrechtsschutz

Diese Zurückhaltung bei der Durchsetzung übergeordneten Rechts, also die Rücksichtnahme der Gerichte auf die kantonale Rechtssetzungsautonomie und auf kantonale Empfindlichkeiten, ist nicht unproblematisch, denn sie kommt einem Verzicht auf die Durchsetzung von Rechten der Einzelnen gegenüber dem Staat gleich. Konkret ist den Rechtsuchenden wenig geholfen, wenn die Gerichte einen rechts- oder verfassungswidrigen Zustand zwar feststellen, diesen Zustand aus Gründen des Respekts gegenüber dem verfügenden Gemeinwesen aber bestehen lassen und bloss die Rechtswidrigkeit der geltenden Regelung feststellen.

Je mehr namentlich das Bundesgericht Rücksicht nimmt auf die kantonale Rechtssetzungsautonomie, desto mehr Einschränkungen erleidet der Individualrechtsschutz, und umgekehrt. In diesem Spannungsfeld muss sich das Gericht situieren, wenn es sich mit einem Entscheid konfrontiert sieht, der zwar einen Erlass korrekt anwendet, dieser aber seinerseits rechtswidrig ist, d. h. mit übergeordnetem Recht im Widerspruch steht.

## 3 Rechtswidriger Erlass – was tun?

### 3.1 Mögliche Rechtsfolgen<sup>1</sup>

Im Spannungsfeld zwischen Individualrechtsschutz und Respektierung der funktionellen Zuständigkeiten müssen sich die Gerichte positionieren: Wie, mit welchen Instrumenten, machen die Gerichte dem Gesetzgeber Beine? Es sind hier verschiedene Stufen zu unterscheiden:

Das Mindeste, was ein Gericht in diesem Fall tun kann, ist, die Rechtswidrigkeit einer Bestimmung oder eines ganzen Regelungskomplexes festzustellen. Dies ist – selbstverständlich – stets zulässig und unter Gewaltentrennungsgesichtspunkten unproblematisch. Mit Blick auf den Schutz der Rechte des Beschwerdeführers ist die blosser Feststellung der Rechtswidrigkeit allerdings oft ziemlich nutzlos, denn damit wird diesem Zustand noch kein Ende bereitet (es sei denn, diese öffne den Weg zu Schadensersatz bei bereits beendeter Rechtsverletzung).

Einen Schritt weiter geht ein Gericht, wenn es den Gesetzgeber ausdrücklich dazu auffordert, ein legislatorisches Problem anzugehen. Geschieht dies im Rahmen eines Urteils, ist die Rede von einem Appellentscheid. Damit kann allenfalls eine Frist verbunden sein, innert welcher der Gesetzgeber einen rechtskonformen Zustand schaffen soll; in diesen seltenen Fällen ist vielleicht sogar die Formulierung des «Beine-Machens» zutreffend.

Eine andere, sehr milde Möglichkeit der expliziten Aufforderung an den Gesetzgeber sind die seit einigen Jahren in den Geschäftsberichten des Bundesgerichts enthaltenen sogenannten Hinweise an den Gesetzgeber. Bundesrichterin Leuzinger hat im Jahr 2012 eine tendenziell positive Zwischenbilanz zu diesem

neuen Instrument gezogen.<sup>6</sup> Andere Beobachter sind skeptischer: Ein ehemaliger Kadermitarbeiter des BJ hat mir gegenüber gemeint, die Hinweise des Bundesgerichts an den Gesetzgeber würden in der Verwaltung kaum zur Kenntnis genommen und bloss – eher als Vorwand – hinzugezogen, wenn ohnehin eine Gesetzesänderung geplant sei.<sup>7</sup>

Anstelle der blossen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Norm kann deren Nichtanwendung treten. Das kann eine einfache und elegante Lösung sein, etwa die Nichtanwendung einer verfassungswidrigen Verbotsnorm; die gesetzlich verbotene Tätigkeit ist dann einfach erlaubt. Es ist aber dann keine taugliche Vorgehensweise, wenn die Nichtanwendung zu einem «vide juridique» führen würde: wenn also eine konkrete gesetzliche oder eben richterliche Lösung eines Problems erforderlich ist und anderswie kein gesetzmässiger oder verfassungsmässiger Zustand hergestellt werden kann.

In dieser Situation kann auf die am weitesten gehende Möglichkeit eines Gerichts zurückgegriffen werden, nämlich die Statuierung einer richterlichen Ersatzregelung, die vorübergehend gilt, bis der Gesetzgeber eine eigene, neue Ordnung geschaffen hat, die den rechtlichen Anforderungen genügt. Die Schaffung einer provisorischen Ersatzregelung stellt einerseits einen weitreichenden Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz der Legislative dar; andererseits wird kein Zeitdruck auf den Gesetzgeber ausgeübt. Allerdings ist dieser Weg für die Gerichte aus praktischen Gründen oft kaum gangbar, weil diese nicht über die erforderlichen personellen Ressourcen verfügen, die für die Erarbeitung einer Ersatzlösung erforderlich wären. Darauf wird bei der nachfolgenden Darstellung der massgeblichen Kriterien für die Wahl der Rechtsfolge näher einzugehen sein.

### **3.2 Massgebliche Kriterien (Parameter) für die Wahl der Rechtsfolge<sup>8</sup>**

In diesem Abschnitt möchte ich der Frage nachgehen, nach welchen Kriterien die Gerichte die Rechtsfolge festlegen, wenn sie mit einem rechtswidrigen Erlass konfrontiert sind. Ich glaube nicht, dass der bundesgerichtlichen Praxis eine wissenschaftliche Analyse der möglichen und sinnvollen Massnahmen gegen rechtswidrige Erlasse zugrunde liegt; diese werden in der Regel einzelfallweise bestimmt. Wenn die Rechtsprechung analysiert wird, scheinen sich immerhin drei Parameter herauszukristallisieren, die für die Rechtsfolgewahl massgeblich sind:

#### **3.2.1 Schwierigkeit/Möglichkeit der Schaffung eines rechtmässigen Zustandes**

Die Möglichkeit und Schwierigkeit für die Gerichte, den rechtmässigen Zustand selbst wieder herzustellen, hängt zunächst ab von der Komplexität der Verhält-

nisse, und zwar sowohl in sachverhaltlicher als auch in rechtlicher Hinsicht. Die Gerichte verfügen weder über das fachliche Know-how der Verwaltung noch über die erforderlichen personellen Ressourcen, um eine komplexe gesetzgeberische Lösung zu erarbeiten.

Aus dieser Perspektive stellt die schlichte Nichtanwendung der problematischen Bestimmung eine elegante Lösung dar. Ein schönes Beispiel hierfür ist das Urteil BGE 119 Ia 460 betreffend ein kantonales Gesetz zur Einschränkung der künstlichen Insemination. Das Bundesgericht ist zum Ergebnis gelangt, dass sich ein generelles Verbot gewisser Methoden der künstlichen Insemination mit der persönlichen Freiheit nicht vereinbaren lasse. In der Folge hat es einzelne Bestimmungen des Erlasses aufgehoben. Werden diese Verbotsnormen nicht angewendet, findet die damit verbundene Rechtsverletzung auch nicht statt. Es besteht insofern kein unmittelbarer Handlungsdruck auf den Gesetzgeber, ihm bleibt unbenommen, zu einem späteren Zeitpunkt weniger weit gehende Regelungen des Problems zu treffen.

Komplizierter verhält es sich, wenn der rechtmässige Zustand mittels Nichtanwendung nicht behoben werden kann und das Gericht eine Ersatzregelung treffen sollte. Mit dieser Situation war das Bundesgericht in BGE 126 II 522 betreffend die Baukonzessionen für den Ausbau des Flughafens Zürich konfrontiert. Das Gericht hatte erkannt, dass gewisse Immissionsgrenzwerte in einem Anhang zur bundesrätlichen Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41) dem Umweltschutzgesetz nicht entsprachen, verfügte aber selbstverständlich nicht über das erforderliche Fachwissen, um selbst eine Ersatzlösung zu entwickeln. Es hat dieses Problem auf relativ elegante Weise gelöst, indem es die von einer eidgenössischen Expertenkommission vorgeschlagenen Grenzwerte hinzugezogen hat.<sup>9</sup>

Denkbar ist in solchen Fällen auch der Rückgriff auf eine ältere Ordnung, die ersatzweise Anwendung einer bereits bestehenden Regelung eines ähnlichen Sachverhalts sowie – im Prozessrecht – der Rückgriff auf bestehende Institutionen, die ein gebotenes Mass an Rechtsschutz gewährleisten können.<sup>10</sup>

All dies ist nicht möglich, wo es nicht nur um eine sehr technische Materie geht, sondern auch keine Ersatzlösung ersichtlich ist. Mit dieser Situation war das Bundesgericht in einem Urteil vom 13. November 2013 betreffend die Zulassung von Leichtflugzeugen konfrontiert.<sup>11</sup> Der Bundesrat hatte keinen Gebrach gemacht von seiner gesetzlichen Möglichkeit, solche Luftfahrzeuge von der Benutzung des schweizerischen Luftraums auszuschliessen; zugleich waren aber auch keine Lufttüchtigkeits- und Umweltschutzanforderungen definiert, denen solche Leichtflugzeuge zu genügen hatten, um zugelassen zu werden. In dieser Situation blieb dem Bundesgericht keine andere Möglichkeit, als die zuständi-

gen Organe anzuweisen, die notwendigen Regelungen tunlichst zu erlassen oder ausländische Zeugnisse anzuerkennen.

### **3.2.2 Dringlichkeit/Schwere des Verstosses**

Ein weiteres Kriterium für die Wahl der Rechtsfolge bei einem rechtswidrigen Erlass ist die Frage, wie schwer der Verstoss wiegt und wie dringend es ist, Abhilfe zu schaffen.

Ist die Rechtsverletzung abgeschlossen, genügt es, diese festzustellen. So konnte sich das Bundesgericht mit der Feststellung begnügen, dass die Haftbedingungen eines inzwischen entlassenen Häftlings im Genfer Gefängnis Champ Dollon gegen die persönliche Freiheit verstossen hatten.<sup>12</sup> Anders hat sich die Situation im berühmten Urteil Minelli präsentiert.<sup>13</sup> Auch dort hatte das Bundesgericht über wichtige Grundrechtspositionen von Häftlingen zu befinden, allerdings losgelöst vom Einzelfall, in einem abstrakten Normenkontrollverfahren. Hier mochte sich das Gericht nicht mit einer blossen Feststellung der Rechtswidrigkeit begnügen, denn sonst hätten sich laufend grundrechtswidrige Situationen ergeben, bis – aufgrund einer entsprechenden Feststellung des Gerichts – ein neues Gefängnisreglement erlassen worden wäre. Mit einer Nichtanwendung von Normen wäre das Problem auch nicht zu lösen gewesen. Stattdessen hat das Gericht den kantonalen Behörden klare Anweisungen zu den Modalitäten des gebotenen täglichen Spaziergangs für die Häftlinge gegeben, und diese galten sofort.

Bei Verstössen gegen die politischen Rechte sind typischerweise eine Vielzahl von Bürgerinnen und Bürgern betroffen, und ein mangelhaftes Zustandekommen einer Wahl verlangt nach einer Korrektur, spätestens auf die nächste Wahl hin. Auch hierzu ein Beispiel: Das Gericht hat in einem kürzlich ergangenen Urteil erkannt, dass das im Kanton Wallis praktizierte System den bundesrechtlichen Anforderungen an ein Proporzverfahren nicht genügte.<sup>14</sup> Es hat in der Folge die zuständigen Behörden des Kantons Wallis im Sinne eines Appellentscheids aufgefordert, im Hinblick auf die nächste Grossratswahl unter Beachtung der vorstehenden Erwägungen eine verfassungskonforme Wahlordnung zu schaffen. Damit hat das Bundesgericht für die Walliser Behörden wohl einen gewissen Handlungsdruck geschaffen, ihnen «Beine gemacht».

### **3.2.3 Schwere des Eingriffs in die Kompetenzverteilung im Allgemeinen**

Die Statuierung einer Ersatzordnung durch ein Gericht stellt immer einen Eingriff in Rechtsetzungsautonomie des betreffenden Gemeinwesens dar. Zwar kann der Gesetzgeber die von den Gerichten getroffene Ersatzordnung jederzeit anpassen; insofern bleibt der Primat des Gesetzgebers gewahrt. Bis zur Schaffung



einer neuen Regelung auf dem ordentlichen Weg der Gesetzgebung gilt aber dennoch die richterrechtliche Lösung, und dieser eignet stets eine faktische Präjudizwirkung.

Deshalb ist die Festsetzung einer positiven Ersatzregelung durch ein Gericht besonders heikel, wenn es um politische Fragen geht und dabei eine Wahl zu treffen ist zwischen mehreren möglichen Alternativlösungen. Als naheliegendes Beispiel komme ich auf das bereits zitierte Urteil Hegetschweiler zu sprechen, das die Problematik sehr schön zeigt.<sup>15</sup> Was soll das Bundesgericht tun, wenn es feststellt, dass verheiratete Steuerpflichtige gegenüber Personen im Konkubinatsverhältnis benachteiligt werden? Wollte es selbst eine Lösung treffen, müsste es entscheiden, ob die Steuern für die einen erhöht oder für die andern gesenkt werden; sodann müsste es bestimmen, wie das Verhältnis zwischen Ein- und Zweiverdiener-Paaren auszugestalten wäre usw. Damit übernehme das Gericht aber eine ausgesprochen politische Aufgabe, die ihm unter dem Gesichtspunkt der Gewaltentrennung nicht zusteht und die es angesichts der Komplexität des steuerrechtlichen Problems auch kaum zufriedenstellend lösen könnte.

#### **3.2.4 Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz der Bundesversammlung im Besonderen**

Ein schwerer Eingriff in die Kompetenzverteilung zwischen Bundesgericht und Gesetzgeber wäre sicher auch dann gegeben, wenn das Bundesgericht den Bundesgesetzgeber zu einer Anpassung des Rechts zwingen wollte, denn es ist gemäss Artikel 190 BV an die Bundesgesetze gebunden.<sup>16</sup> Allerdings hat die Rechtsprechung schon mehrfach gesagt – und das wird auch von der überwiegenden Lehre anerkannt –, dass dieser Anwendungszwang nicht gilt bei Bundesgesetzen, die dem Völkerrecht widersprechen, es sei denn, der Gesetzgeber habe bewusst völkerrechtswidrig legiferiert.

Vor dem Hintergrund dieser Praxis hat das Bundesgericht in BGE 136 II 120 versucht, den Gesetzgeber zur Beendigung der sogenannten Inländerdiskriminierung zu bewegen: Diese Situation kennen wir im Ausländerrecht mit Bezug auf EU-Ausländer: Diese dürfen im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ihre Angehörigen in weiter gehender Weise in die Schweiz nachziehen, als Schweizer Bürger dies aufgrund des Ausländergesetzes dürfen. Als sich ein Schweizer über diese Benachteiligung beklagte, hat das Bundesgericht damit gedroht, gestützt auf den Vorrang des Völkerrechts diese Diskriminierung zu beseitigen, falls der Gesetzgeber dies nicht selbst tun würde. Es hat auf das Diskriminierungsverbot von Artikel 14 EMRK hingewiesen und auf das in Artikel 8 EMRK geschützte Recht auf Familienleben. Falls der Gesetzgeber «sich dem Problem in absehbarer Zeit nicht annehmen sollte, könnte das Bundesgericht im Rahmen von Artikel 190 BV allenfalls gestützt auf Artikel 14 EMRK und den Vorrang des



Völkerrechts gehalten sein, über den vorliegenden Appellentscheid hinaus eine Konventionswidrigkeit im Einzelfall allenfalls selber zu korrigieren».<sup>17</sup>

Der Gesetzgeber hat sich des Problems dann angenommen, aber nicht so, wie sich das Bundesgericht das vorgestellt hatte:<sup>18</sup> Er hat nämlich die Inländerdiskriminierung ausdrücklich bestätigt. Das Bundesgericht war damit vor die überaus heikle Situation gestellt, entweder klar in die Zuständigkeit des Gesetzgebers einzugreifen oder die Diskriminierung von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern zu dulden und zugleich einen Schritt zurückzukrebsen. Es hat den zweitgenannten Weg gewählt, den Vorrang des Gesetzgebers anerkannt und – wiederum – angekündigt, allenfalls dann einzuschreiten, wenn der EGMR die Inländerdiskriminierung als einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot von Artikel 14 EMRK bezeichnen würde; auch diesfalls nur dadurch, dass es dem Gesetzgeber eine Frist ansetzen würde, nun doch endlich die Inländerdiskriminierung zu beseitigen, ihm also – im Sinne des Titels dieses Vortrags – Beine machen würde.<sup>19</sup>

#### 4 Fazit

Dieses letzte Beispiel zeigt erneut die grosse Zurückhaltung des Bundesgerichts – und wohl generell der Schweizer Gerichte –, wenn es darum geht, dem Gesetzgeber «Beine zu machen». Diese Vorsicht ist teilweise auf den Respekt vor der Gewaltentrennung zurückzuführen, teilweise aber auch auf die beschränkten Möglichkeiten der Gerichte, effektiv Druck auf den Gesetzgeber auszuüben. Insbesondere dort, wo die Sach- bzw. die Rechtslage komplex ist, aus politischer Sicht verschiedene Lösungen denkbar wären und es grösserer Ressourcen zum Erlass einer richterlichen Ersatzordnung bedürfte, sind die Gerichte quasi machtlos und können nicht mehr tun, als an den Gesetzgeber zu appellieren; anders verhält es sich immerhin dann, wenn bereits die Nichtanwendung einer Bestimmung genügt, um eine rechtmässige Situation zu schaffen.

*Lorenz Kneubühler, Dr. iur., MPA, Bundesrichter,  
E-Mail: [lorenz.kneubuehler@bger.ch](mailto:lorenz.kneubuehler@bger.ch)*

#### Anmerkungen

1 BGE 110 Ia 7.

2 Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 29. August 2012, abrufbar unter [www.news.admin.ch/message/?lang=de&msgid=45731](http://www.news.admin.ch/message/?lang=de&msgid=45731) (zuletzt besucht am 7. Juni 2014).

3 Zu dieser Problematik eingehend Kälin, S. 160 ff.

4 Sommaruga, S. 3 f.

5 Dazu eingehend Rüttsche, S. 281 ff.

6 Leuzinger, Ziff. 5.4.

7 Vgl. auch den Überblick bei Sommaruga, S. 2 ff. Mehrere Mitarbeitende der Parlamentsdienste haben mir an der Tagung der SGG gesagt, sie würden die Hinweise des Bundesgerichts durchaus zur Kenntnis nehmen. Womöglich wäre zwischen der allgemeinen Bundesverwaltung einerseits und dem Sekretariat des Parlaments andererseits zu unterscheiden.

8 Dazu Camprubi, S. 324 ff.

- 9 BGE 1126 II 522 E. 46 S. 588 ff.
- 10 Namentlich ist an Fälle zu denken, in denen die (kantonalrechtlich) vorgesehene Rechtsmittelbehörde den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Gerichtsbehörde nicht genügt.
- 11 Urteil 2C\_391/2013.
- 12 Urteil 1B\_335/2013 vom 26. Februar 2014.
- 13 BGE 102 Ia 279.
- 14 Urteil 1C\_495/2012 vom 12. Februar 2014.
- 15 Zu den verschiedenen Aspekten des Urteils vgl. Auer, S. 33 ff.
- 16 «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.»
- 17 BGE 136 II 120 E. 3.5.3 S. 131 f.
- 18 Vgl. Sommaruga, S. 3 f.
- 19 Urteil 2C\_354/2011 vom 13. Juli 2012 E. 2.7.3.

#### **Literatur**

- Auer, Andreas, Les caprices de la nature cassatoire du recours de droit public, in: Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989.
- Camprubi, Madeleine, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, Zürich 1999.
- Kälin, Walter, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie: Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987.
- Leuzinger, Susanne, Hinweise des Bundesgerichts an den Gesetzgeber, in: Justice-Justiz-Giustizia 2013/3
- Rütsche, Bernhard, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, in: ZBl 2005 S. 273 ff.
- Sommaruga, Simonetta, Rechtsentwicklung im Wechselspiel von Gerichten und Gesetzgeber, in: Justice-Justiz-Giustizia 2012/4.

#### **Résumé**

*Les tribunaux sont tenus de faire intervenir le législateur si celui-ci a omis de réglementer ce qui aurait dû l'être ou si les dispositions qu'il a édictées contredisent le droit supérieur. De quels moyens les tribunaux disposent-ils pour s'acquitter de cette mission et quels sont les critères qui déterminent leur choix ? L'auteur analyse ici la problématique sous l'angle constitutionnel.*