

## Rechtsprechung und Rechtsetzung

**Martin Wyss** | *Rechtsetzung und Rechtsprechung stehen in einem spannungsgeladenen Verhältnis zueinander: Einerseits können Gerichtsurteile Rechtsetzungsarbeiten auslösen, andererseits können legislatorische Weichenstellungen ein «gerichtliches Nachspiel» haben. Die Tagung will die Schnittstellen zwischen diesen beiden Staatsfunktionen näher ausleuchten.*

Das für jedes Gemeinwesen spezifische gewaltenteilige Rollenverständnis spiegelt sich im institutionellen Design, das für die justiziellen Interventionsbefugnisse in die legislatorische Prärogative gewählt worden ist. Das deutsche Bundesverfassungsgericht kann dem Gesetzgeber des Bundes und der Länder verbindliche und mit Fristen versehene Nachbesserungsaufträge erteilen und vorläufige Anordnungen für die Übergangszeit treffen.<sup>1</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wiederum muss sich damit begnügen, die Konventionswidrigkeit der konkret angefochtenen Massnahme festzustellen. Immerhin kann er Mängel in der gesetzlichen Grundlage identifizieren und so indirekt auf den nationalen Gesetzgeber einwirken;<sup>2</sup> auch nicht die Schweiz betreffende Urteile aus Strassburg können dazu führen, dass das geltende Recht hierzulande kritisch zu hinterfragen ist. In den Geschäftsberichten des Bundesgerichts an die Bundesversammlung figuriert regelmässig die Rubrik «Hinweise an den Gesetzgeber».<sup>3</sup> Darin weist das Gericht auf gesetzgeberischen Handlungsbedarf hin, auf den es bei seiner Rechtsprechung gestossen ist. So hat es erklärt, dass es «sachgerecht» sein könnte, im Steuerharmonisierungsgesetz eine Regelung vorzusehen, wie der steuerrechtliche Wohnsitz von Personen zu bestimmen sei, die in einem Arbeitsverhältnis zum Bund stehen, ihre Tätigkeit aber im Ausland ausüben. Auch für die krankensicherungsrechtliche Regelung der Restfinanzierung durch die Kantone identifizierte das Bundesgericht Präzisionsdefizite, die der Gesetzgeber zu korrigieren hätte.<sup>4</sup> Solche Hinweise werden immer dann zu eigentlichen Handlungsaufträgen, wenn Gerichte zum Schluss kommen, dass für eine bestimmte Massnahme die erforderliche (formell-)gesetzliche Grundlage fehle. So hatte das Bundesgericht festgestellt, dass die FINMA keine ausreichende gesetzliche Grundlage dafür hat, einem Verfügungsadressaten die Weitergabe des Verfügungsinhalts dauerhaft zu untersagen.<sup>5</sup> Solchen Aufträgen kommt der Gesetzgeber grundsätzlich zeitgerecht nach<sup>6</sup> – beispielsweise indem der am 1. Januar 2016 in Kraft getretene Artikel 42c Absatz 5 des Kartellgesetzes solche Auflagen unter restriktiven Voraussetzungen ausdrücklich möglich gemacht hat. In anderen Fällen sind ganze Vorlagen des Bundesrates durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung

angeregt worden.<sup>7</sup> Allerdings gibt es auch Beispiele dafür, dass mit politischen Vorstössen auf eine Rechtsänderung hingewirkt wird, um eine als nicht haltbar wahrgenommene Gerichtspraxis in eine andere Richtung zu lenken.<sup>8</sup>

In der Hitze der öffentlichen Debatte über als politisch relevant wahrgenommene Gerichtsurteile wird der Judikative vorschnell Einmischung und Anmassung vorgeworfen. Diese Kritik verkürzt den Gewaltenteilungsgrundsatz zu einem Interventionsverbot zwischen scharf abgegrenzten Herrschafts- und Gestaltungssphären, die den einzelnen Staatsorganen zur exklusiven Bewirtschaftung überlassen sein sollen. Gewaltenteilung ist aber ein osmotisches System korrespondierender und sich ergänzender Verantwortlichkeiten: «Bereits in den Schriften von John Locke wird deutlich, dass die Staatsorgane im Sinne der Kooperation auch sinnvoll zusammenwirken sollen. Der Staat ist nicht nur eine Machtmaschine, die es zu bremsen gilt. Die Maschine Staat ist auch sinnvoll zu konstruieren, sodass sie ihre Ziele erreicht und nicht stillsteht, weil sich ihre verschiedenen Teile blockieren.»<sup>9</sup>

Rechtsetzung und Rechtsprechung sind bei dieser Betrachtungsweise geradezu aufgerufen, sich wechselseitig zu beeinflussen und aufeinander einzuwirken. Wenn das (Verfassungs-)Gericht – beispielsweise bei der Verhältnismässigkeitsprüfung – die Eignung und Tauglichkeit einer gesetzlich programmierten Massnahme prüft, dann sollte der Gesetzgeber das gerichtliche Ergebnis nicht als disziplinarische Mängelrüge begreifen, sondern als Impuls dafür, das gesetzliche Räderwerk fortlaufend zu optimieren und sich verändernden Umständen anzupassen. Und wo ein Gericht die gesetzliche Grundlage für staatliches Handeln als zu wenig tragfähig bewertet, dort gibt es gute Gründe, das vom Gesetzgeber anvisierte Ziel und die dafür eingesetzten Instrumente kritisch zu hinterfragen. «Mit gesellschaftlichen Veränderungen», so beschrieb Justizministerin Sommaruga das Verhältnis von Judikative und Legislative, «sind [die Gerichte] oft früher und direkter konfrontiert, als es der Gesetzgeber und die Politik sind. Gerichtsfälle sind ja auch Testfälle für den Gesetzgeber: Geht ein Gesetz auf in der Praxis? Erreicht es in der gerichtlichen Beurteilung die Ziele, die dem Gesetzgeber vorschwebten? Hat ein Gesetz unbeabsichtigte Nebenwirkungen? Die Rechtsprechung ist für das Parlament also ein wichtiger Signal- und Impulsgeber.»<sup>10</sup> Nationale und internationale Gerichte haben unterschiedliche Strategien entwickelt und setzen variable Strategien ein, mit denen sie auf die Gesetzgebung von Bund, Kantonen und Gemeinden einwirken. Quasi-legislatorisch werden Gerichte dort tätig, wo sie – etwa bei der Anerkennung ungeschriebener Grundrechte oder bei der dynamischen Fortschreibung bestehender Grundrechtsgarantien – den Bestand des «gesetzten Rechts» auf neuem, vom Gesetzgeber noch nicht beanspruchtem Terrain fruchtbar machen. Der Gesetzgeber seinerseits nimmt die Impulse auf und beansprucht

seine eigenen Gestaltungsfreiheiten, wo er prätorisches Recht kodifiziert und optimiert. Dies wird beispielsweise bei der Teilrevision des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) der Fall sein, die 2017 in die Vernehmlassung gehen soll. Das 12. Kapitel des Gesetzes, das die internationale Schiedsgerichtsbarkeit regelt, wird damit nachgeführt, um die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz zu erhalten. «Dabei sollen insbesondere», so die Ankündigung der Vernehmlassung, «gewisse zentrale Elemente der seit dem Inkrafttreten des IPRG vor gut zwanzig Jahren in diesem Bereich erlassenen Rechtsprechung des Bundesgerichts im Gesetz aufgenommen und nötigenfalls korrigiert werden.»<sup>11</sup>

Die Tagung wird das Thema von verschiedenen Seiten kritisch beleuchten. Es sollen die hauptsächlichen Ebenen der justiziellen Impulsgebung zu Wort kommen – also Strassburg und Lausanne, aber auch die kantonalen Gerichte, die in diesen Prozessen eine spezifische Rolle spielen, wie an den Beispielen aus den Kantonen Bern und Genf zu sehen sein wird. Spiegelbildlich wird die Politik berichten, wie sie auf die Rechtsprechung reagiert.

Die SGG hat ihre letzten Jahrestagungen jeweils in einer kulturellen Umgebung abgehalten. Das Wechselspiel von Kultur, Politik und Recht hat der wissenschaftlichen Debatte nur gut getan. Wenn die Tagung in diesem Jahr im PROGR in Bern stattfindet, dann darf diese Wahl des Tagungsortes durchaus als Programm verstanden werden, handelt es sich doch um einen Ort, an dem sich Geschichte, Politik und Kultur bündeln. In den 1780er-Jahren wurde an dieser Stelle ein Gebäude errichtet, das zuerst als Kornhaus für das damalige Burgerspital diente, dann zeitweise als Kaserne genutzt wurde und schliesslich 1881 abgebrochen wurde. In der Stadt Bern sollte Platz geschaffen werden für Bildungseinrichtungen, und so sollten hier ein Gymnasium und eine Primarschule ihre Heimat finden. Dass der damals durchgeführte Projektwettbewerb ein Vorhaben zum Sieger kürte, das den Titel «Einfach» trug, finde ich eine charmante, etwas wehmütig stimmende Fussnote, wenn man sich die Ansprüche vergegenwärtigt, mit denen heute das öffentliche Bauen um die Gunst des Finanzreferendums buhlt. Das Gebäude ist indessen im Laufe seiner Geschichte ebenfalls zum Gegenstand engagierter politischer Auseinandersetzungen geworden: Nach dem Aus- und Umzug des Schulbetriebs wurde das Gebäude zuerst auf Initiative der Kulturverantwortlichen der Stadt Bern zu kulturellen Zwecken genutzt. Als es ab 2007 um die definitive Neunutzung ging, mobilisierte eine Gruppe von Künstlerinnen und Künstlern Geld, Ideen und politische Unterstützung für ein Projekt. Dies als Alternative für den Plan, einer Investorin den Betrieb eines Gesundheitszentrums zu ermöglichen. In der Volksabstimmung vom 17. Mai 2009 überzeugte das Künstler-Projekt 66 Prozent der Stimmenden, und so kam der PROGR zu seiner neuen Identität als Atelierhaus und Begegnungsort. Die bewegte Geschichte

des Tagungsorts möge das Nachdenken und Diskutieren über Schnittstellen zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung befruchten – hier wie dort geht es nicht um das Aufeinanderprallen von hermetisch abgeschotteten Welten und Sphären, sondern um das konstruktive Inspirieren und kreative Reagieren zum Wohl des Rechtsstaats.

*Martin Wyss, Präsident der SGG, Bundesamt für Justiz und Universität Bern,  
E-Mail: martin.wyss@bj.admin.ch*

#### **Anmerkungen**

- 1 Siehe beispielsweise BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016, 1 BvR 966/09, Rz. 355
- 2 So neuerdings EGMR Vukuta-Bojic v. Switzerland, Chamber Judgment, 18. Oktober 2016, Ziff. 77. Siehe auch EGMR Gross v. Switzerland, Chamber Judgment, 14. Mai 2013, Ziff. 66. Das Urteil wurde von der Grossen Kammer allerdings aufgehoben.
- 3 Soweit ersichtlich hat 2015 auch das Bundesverwaltungsgericht solche Hinweise in seinen Geschäftsbericht aufgenommen.
- 4 Geschäftsbericht 2015 S. 18
- 5 BGE 141 I 201.
- 6 Siehe dazu auch BGE 141 II 297 E. 5.5.3 S. 305. Das Bundesgericht erinnert in diesem Urteil daran, dass es in einem früheren Entscheid den Bundesgesetzgeber «eingeladen» habe, zu regeln, unter welchen Voraussetzungen knappe Abstimmungsresultate nachgezählt werden sollen, und erläutert dann die vom Gesetzgeber in der Zwischenzeit beschlossenen Massnahmen.
- 7 Siehe etwa die Botschaft vom 28. September 2007 zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes, BBl 2007 7617.
- 8 Siehe beispielsweise die (nicht überwiesene) Motion Lorenz Hess «Berufsbildungsfonds. Klarheit schaffen» (15.3721) oder die noch nicht behandelte Motion Hans-Peter Portmann «Höchstzinsvorschrift für alle Darlehensgeschäfte» (15.3092), welche zur Begründung ausführt, dass die vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung entwickelte Wuchergrenze von 18 Prozent wenig zweckmässig sei.
- 9 Mastronardi/Schindler, SG BV-Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 143-191c, Rz. 4.
- 10 Simonetta Sommaruga, Rechtsentwicklung im Wechselspiel von Gerichten und Gesetzgeber in: Justice – Justiz – Giustizia 2012/4, Rz. 3.
- 11 Siehe [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/preview.html#ejpd](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/preview.html#ejpd). Dieser «Nachführungsauftrag» geht auf die Motion 12.3012 der nationalrätlichen Rechtskommission zurück.

#### **Résumé**

*La Journée scientifique de cette année entend mettre en lumière les rapports parfois tendus entre les deux fonctions de l'Etat que sont la législation et la jurisprudence. Il y a, d'une part, les jugements qui sont à l'origine de projets législatifs, et d'autre part, les choix opérés par le législateur qui conduisent à des litiges portés devant les tribunaux.*