

Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber

Hansjörg Seiler | *Der Beitrag behandelt die Frage, ob der formelle Gesetzgeber richterrechtlich entwickelte Regeln positivieren darf, muss oder soll und ob er dabei auch von richterrechtlich entwickelten Regeln abweichen kann, insbesondere von solchen, die das Gericht in Konkretisierung von Verfassung (Verfassungs-Richterrecht) oder Völkerrecht (Völker-Richterrecht) aufgestellt hat. Es geht dabei um die Frage der Normenhierarchie zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber. Der Beitrag weist nach, dass Verfassungs- oder Völker-Richterrecht nicht rechtslogisch zwingend den Rang von Verfassungs- oder Völkerrecht hat, sondern dass es dabei um eine Machtverteilung zwischen Gerichten und Gesetzgeber geht.*

Inhaltsübersicht

- 1 Richterrecht: Von der subsidiären zur primären Rechtsquelle
- 2 Problematik des Richterrechts
- 3 Legislatorische Kodifikation des Richterrechts?
- 4 Legislatorische Änderung des Richterrechts?

1 Richterrecht: Von der subsidiären zur primären Rechtsquelle?

1.1 Klassische Theorie: Subsidiarität

Gemäss dem Legalitätsprinzip ist primäre Rechtsquelle das Gesetz. Dies dient dem Schutz vor behördlicher oder richterlicher Willkür. Es steht zugleich im Zusammenhang mit der Theorie der funktionalen Gewaltenteilung (Moor 2011, 28 ff.; Seiler 1994, 58 ff., 573 ff): Rechtsetzung und Rechtsanwendung/Rechtsprechung sind kategorial unterschiedliche Rechtsfunktionen, die von unterschiedlichen Organen wahrgenommen werden (Häfelin/Haller/Keller 2012, 454 f., 458 f.; Errass 2010, 188 ff., 195 f.). Rechtsetzung ist Sache der Legislative; Aufgabe der Gerichte ist die Rechtsprechung, aber nicht die Rechtsetzung.

Demgemäss gibt es nach traditioneller Methodenlehre, die in Artikel 1 ZGB positiviert ist, einen prinzipiellen Unterschied zwischen Auslegung und Lückenfüllung: Die Auslegung als Erkenntnis des Gesetzessinns ist originäre Aufgabe der Judikative. Lückenfüllung ist demgegenüber Rechtsetzung, die eigentlich dem Gesetzgeber obliegt. Sie erfolgt nur (subsidiär) in der Form von Richterrecht durch das Gericht, weil die Legislative ihre Aufgabe nicht wahrgenommen hat, das heisst, wo das Gesetz keine Vorschrift enthält, mithin wenn eine echte Lücke vorliegt.¹

1.2 Gegenposition: Alles ist Richterrecht

Nach einer theoretischen Gegenposition ist die Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung/Rechtsprechung nicht kategorial: Es sind inein-

andergreifende Funktionen in einem fortlaufenden Prozess der zunehmend konkretisierenden Rechtsverwirklichung von der Verfassung über das Gesetz bis hin zum Einzelfallentscheid (Rhinow 1979, 232 ff.; Müller 2011, 754 ff.; Ehrenzeller 2016, 8 f.). Die Judikative hat auch eine Rechtsgestaltungsfunktion (Hotz 2008, 112 ff.). Erst der Rechtsanwendungsakt schafft im Einzelfall die Rechtslage bzw. die Rechtsnorm (Moor 2011, 156 ff.; Moor 2001, 390 f.; Niggli/Amstutz 2008, 222 ff.).

Demnach gibt es keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen Auslegung und Lückenfüllung: Beides gehört zur Konkretisierung des durch das Gesetz offen gelassenen Spielraums. Es kann demzufolge auch keine originäre Aufgabenverteilung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung geben.

1.3 Realität

Die Position, erst der richterliche Entscheid schaffe im Einzelfall die Rechtsnorm, kann schon deswegen nicht richtig sein, weil nur der kleinste Teil aller Rechtsanwendungsfälle überhaupt vor Gericht landet. Auch in denjenigen Fällen, die effektiv vor Gericht gebracht werden, erfolgt sehr oft Rechtsanwendung im klassischen Sinne einer Subsumtion von Sachverhalten unter gesetzliche Tatbestandselemente und automatisch sich daraus ergebender Rechtsfolge.

Die Gegenposition hat aber insofern Recht, als immer dann von Richterrecht gesprochen werden muss, wenn die (vor allem höchstinstanzliche) Rechtsprechung unklare oder unbestimmte Normen (sog. Lücken *intra legem*) konkretisiert und damit beansprucht, nicht nur den konkreten Einzelfall zu entscheiden, sondern praxisbildend und rechtsfortbildend auch künftige Fälle zu steuern.² So hat zum Beispiel das Bundesgericht Kriterien aufgestellt zur Abgrenzung zwischen steuerbarem Erwerbseinkommen (Art. 16 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer [DBG]) und steuerfreiem Gewinn aus der Veräusserung von Privatvermögen (Art. 16 Abs. 3 DBG).³ Ob das Aufstellen solcher Kriterien als Auslegung von Artikel 16 Absätze 1 und 3 DBG oder als Füllung einer vom Gesetzgeber offengelassenen Lücke betrachtet wird, ist letztlich einerlei: In beiden Fällen stellt das Bundesgericht autoritativ subsidiär zum Gesetz Regeln auf, wie diese Abgrenzung vorzunehmen ist. Diese Regeln haben funktional die gleiche Bedeutung, wie wenn der Gesetzgeber sie in Gesetzesform aufgestellt hätte oder wie wenn der Ordnungsgeber in Konkretisierung des Gesetzes eine (Vollzugs-)Verordnung erlassen hätte: Sie sind richterliche Rechtsetzung.

In diesem Sinne verstanden hat gesetzeskonkretisierendes Richterrecht in der Praxis eine sehr grosse Bedeutung. Das gilt sogar im weitgehend kodifizierten Zivilrecht und in dem von einem strengen Legalitätsprinzip geprägten Strafrecht. So beruhen im Haftpflichtrecht der Schadensbegriff und das Konzept der adäquaten Kausalität weitgehend auf Richterrecht, ebenso zum Beispiel Rechtsfiguren

wie die Haftung aus erwecktem Vertrauen.⁴ In Konkretisierung von Artikel 55 OR hat das Bundesgericht eine Art Produktehaftpflicht entwickelt.⁵ Im Strafrecht ist die Figur des Eventualvorsatzes richterrechtlichen Ursprungs.⁶ Richterrecht sind auch die Regeln, die das Bundesgericht in Konkretisierung von Artikel 47 StGB für die Strafzumessung aufstellt.⁷

Ein grosses Anwendungsgebiet hat das Richterrecht im öffentlichen Recht. Weitestgehend richterrechtlich entwickelt wurden vor allem die Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts. Aber auch zahlreiche Konstruktionen des besonderen Verwaltungsrechts sind richterrechtlichen Ursprungs. Statt vieler: die in Konkretisierung von Artikel 5 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Enteignung festgelegten Voraussetzungen für die formelle Enteignung von Nachbarrechten;⁸ steuerrechtliche Figuren wie die Steuerumgehung⁹, die indirekte Teilliquidation und die Transponierungstheorie¹⁰ oder die Dreieckstheorie;¹¹ der sozialversicherungsrechtliche Invaliditätsbegriff in Konkretisierung von Artikel 4 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung,¹² insbesondere zum objektivierten Zumutbarkeitsbegriff.¹³

1.4 Verfassungs-Richterrecht

Besonders umfangreich ist das Richterrecht in der Konkretisierung verfassungsrechtlicher Grundsätze. Zu denken ist namentlich an das umfassende Regelwerk, welches das Bundesgericht unter der Herrschaft der alten Bundesverfassung aus deren Artikel 4 abgeleitet hat, z. B. Willkürverbot, Treu und Glauben, rechtliches Gehör, Verbot der Rechtsverweigerung, unentgeltliche Rechtspflege (Hinweise bei Chiariello 2009, 33 ff.); die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte; die horizontale Wirkung der Grundrechte;¹⁴ die aus der Eigentumsgarantie abgeleitete Rechtsfigur der materiellen Enteignung¹⁵ oder die kausalabgaberechtlichen Grundsätze des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips.¹⁶

Eine spezielle Bedeutung hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung. Sie hat hier anstelle des Gesetzgebers ein umfassendes Regelwerk geschaffen, das allseits als gesetzesäquivalent betrachtet wird (Locher 2015, 3; de Vries Reilingh 2013, 30 f.).

Insgesamt ist paradoxerweise ausgerechnet das Verfassungsrecht, das eigentlich mehr als jedes andere Recht direktdemokratisch legitimiert sein müsste (Art. 140 Abs. 1 Bst. a und Art. 195 BV), in Wirklichkeit mehr als jedes andere Recht geprägt von Richterrecht (Haller 2005, passim; Chiariello 2009, passim; Seiler 2010, 456 ff.; Walter 2003, 6).

1.5 Völker-Richterrecht

Seit einigen Jahrzehnten wird zunehmend das Richterrecht bedeutsam, das völkerrechtliche Bestimmungen konkretisiert.¹⁷ Insbesondere der Schutz von Menschenrechten ist in völkerrechtlichen Verträgen nur auf sehr hoher Abstraktionsebene enthalten; was Menschenrechte konkret bedeuten, ergibt sich kaum aus dem Wortlaut der Verträge, sondern aus der richterlichen Konkretisierung derselben (Chiariello 2009, 211 ff., 274 ff.).

Diese Konkretisierung kann durch internationale Gerichte erfolgen. So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zum Beispiel aus dem in Artikel 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) garantierten Anspruch auf ein faires Verfahren einen weit interpretierten Grundsatz von *nemo tenetur* im Strafrecht oder ein Recht auf endlosen Schriftenwechsel abgeleitet (Hinweise bei Seiler 2012, 230 f.). Diese Regeln ergeben sich weder nach dem Wortlaut noch nach anderen völkerrechtlichen Auslegungsregeln (Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge) aus der EMRK; sie gelten nicht deshalb, weil sie in der EMRK stehen, sondern deshalb, weil der EGMR sie aufgestellt hat: Sie sind Richterrecht.

Völker-Richterrecht kann aber auch durch einzelstaatliche Gerichte geschaffen werden. So hat zum Beispiel das Bundesgericht unter Berufung auf Artikel 8 EMRK eine Praxis zum ausländerrechtlichen Familiennachzug entwickelt, die eine richterrechtliche Parallelrechtsordnung zur gesetzlichen Regelung darstellt (Hinweise bei Seiler 2014, 338 ff., 363).

Insgesamt ist der internationale Menschenrechtsschutz weit überwiegend nicht Staatsvertragsrecht, sondern Richterrecht.

2 Problematik des Richterrechts

Das Richterrecht ist im Lichte des Legalitätsprinzips nicht unproblematisch: Dieses wird in seiner rechtsstaatlichen (materielles Legalitätsprinzip; Rechtssatzerfordernis) wie in seiner demokratischen (formelles Legalitätsprinzip; Gesetzeserfordernis) Funktion durch das Richterrecht herausgefordert:

- Entgegen der Grundidee des materiellen Legalitätsprinzips ersehen die Bürgerinnen und Bürger die Rechtslage nicht aus dem Gesetz, sondern nur aus der Konsultation der Gerichtspraxis, die trotz oder gerade wegen der vollständigen Internet-Zugänglichkeit aller Urteile nicht einmal für Juristinnen und Juristen, geschweige denn für Laien überschaubar ist.
- Nach Artikel 164 BV müssen alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen auf dem Wege der formellen Gesetzgebung ergehen, um die Zuständigkeiten von Bundesversammlung und Volk (fakultatives Referendum) nicht auszu-

höhlen. Diese Vorschrift wird in Frage gestellt, wenn Richterrecht Regeln von Verfassungs- oder Gesetzesrang schafft.

Es stellt sich daher die Frage nach der Zulässigkeit von Richterrecht.

Ich möchte hier jedoch nicht auf diese Frage eingehen, die in der Literatur seit Langem eingehend diskutiert wird,¹⁸ sondern vielmehr von der Tatsache des real existierenden Richterrechts ausgehen und umgekehrt die Frage diskutieren, wie der formelle Gesetzgeber damit umgehen soll. Dabei stellen sich insbesondere zwei Fragen:

- Darf, soll oder muss der Gesetzgeber das Richterrecht legislatorisch kodifizieren, das heisst in Gesetzesform überführen?
- Darf er dabei auch inhaltlich vom Richterrecht abweichen?

3 Legislatorische Kodifikation des Richterrechts?

3.1 Dürfen

Dass der Gesetzgeber Richterrecht kodifizieren darf, ist selbstverständlich. Wenn das Richterrecht nur lückenfüllend zum Tragen kommt, das heisst gewissermassen als Irregularität, weil der Gesetzgeber die eigentlich ihm zugedachte Arbeit nicht getan hat (siehe Ziff. 1.1), dann kann es diesem nicht verwehrt sein, seiner Arbeit nachzukommen und die Lücke selber zu schliessen.

3.2 Müssen

Die Frage, ob der Gesetzgeber Richterrecht kodifizieren muss, scheint müssig. Wenn die Bundesversammlung ein Gesetz nicht erlässt oder ein solches in der Referendumsabstimmung abgelehnt wird, dann gibt es eben kein Gesetz. Die Frage ist nur, wie dann mit dieser Situation umzugehen ist.

Dabei ist zwischen verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden:

- Geht es um die Schliessung echter Lücken, so wird das Gericht diese füllen, auch wenn dies aufgrund der Wichtigkeit gemäss Artikel 164 BV an sich Sache des Gesetzgebers wäre.
- Geht es um Eingriffe, die einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, so führt das Fehlen eines Gesetzes einfach dazu, dass der betreffende Eingriff unterbleibt. Anders verhält es sich dort, wo das Richterrecht aus der Verfassung oder aus den Menschenrechten eine staatliche Handlungspflicht ableitet, die Wahrnehmung dieser Pflicht aber ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

So hat der EGMR richterrechtlich aus dem Recht auf Leben und dem Folterverbot (Art. 2 und 3 EMRK) eine staatliche Pflicht zum Schutz dieser Rechte abgeleitet und erkannt, diese Schutzpflicht könne auch verletzt sein, wenn ein Staat keine entsprechenden Strafbestimmungen erlassen hat.¹⁹ In solchen Fällen hat der Staat

drei Möglichkeiten: (1) Er bestraft ohne Gesetz und verletzt damit Artikel 7 EMRK; (2) er bestraft mangels Gesetz nicht und verletzt damit Artikel 2 oder 3 EMRK; (3) er erlässt ein Gesetz.

Allerdings kann ein widerstrebender Gesetzgeber (Parlament oder Volk) nicht realiter gezwungen werden, ein Gesetz zu erlassen. Tut er es nicht, kann das Gericht nicht ersatzweise eine Strafbarkeit einführen. Der Konflikt bleibt ungelöst. Es stellt sich hier die gleiche Frage wie generell bei verfassungs- oder völkerrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen.²⁰

3.3 Sollen

Abgesehen von solchen Fällen ist es weitgehend Sache gesetzgeberischen Ermessens, ob Richterrecht legislatorisch kodifiziert werden soll.

In manchen Fällen hat der Gesetzgeber richterrechtlich entwickelte Regeln in das formelle Gesetz überführt: Die in Konkretisierung von Artikel 55 OR entwickelten Grundsätze der Produkthaftpflicht wurden durch das Produkthaftpflichtgesetz positiviert. Die richterrechtlich entwickelte Figur des Eventualvorsatzes wurde im revidierten Artikel 12 Absatz 2 zweiter Satz StGB kodifiziert. Manche richterrechtliche Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts oder des Sozialversicherungsrechts wurden im Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) kodifiziert, so die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen und Beiträge (Art. 25 ATSG) oder die Revision und Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen (Art. 53 ATSG). Die richterrechtlich entwickelten Regeln der indirekten Teilliquidation und der Transponierung wurden in Artikel 20a DBG kodifiziert.²¹ Die in der Rechtsprechung entwickelten Konkretisierungen des Invaliditätsbegriffs wurden in den Artikeln 6–8 ATSG kodifiziert. Die vom Bundesgericht entwickelten Regeln für den ausländerrechtlichen Familiennachzug wurden in den Artikeln 42 ff. des Ausländergesetzes (AuG) positiviert.

In anderen Bereichen ist eine solche Überführung nicht erfolgt: Der Schadensbegriff im Haftpflichtrecht oder die adäquate Kausalität sind nach wie vor im Gesetz nicht definiert. Die vom Bundesgericht entwickelten Regeln der Strafzumessung sind nicht ins Gesetz aufgenommen worden. Die Regeln zur interkantonalen Doppelbesteuerung sind zum grössten Teil nicht formellgesetzlich positiviert. Manche verwaltungsrechtliche Gesetze enthalten nach wie vor keine Bestimmungen über die Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen.

Manchmal erfolgt eine teilweise Positivierung. So hat der Gesetzgeber zwar die Voraussetzungen für eine Steuerumgehung nicht positiviert, aber einzelne Konstellationen geregelt, welche die Gerichtspraxis früher unter Umgehungsge-sichtspunkten betrachtete.²²

Die Vor- und Nachteile einer solchen Positivierung liegen auf der Hand; sie korrelieren mit den allgemeinen Charakteristika von Gesetzes- bzw. Richterrecht:

Richterrecht ist elastischer, erlaubt raschere Anpassungen oder Änderungen und flexiblere Rücksichtnahme auf den Einzelfall. Eine legislatorische Kodifizierung von Richterrecht ist dann nicht angebracht, wenn das Gesetz bewusst offene Formulierungen gewählt hat, um dem Rechtsanwender im Einzelfall ein Ermessen einzuräumen (vgl. Müller/Uhlmann 2013, 28 f., 165 ff.). Richterrecht ist dafür demokratisch weniger gut legitimiert, für die Rechtsunterworfenen weniger transparent, und es gewährt weniger gut eine Gleichbehandlung.

Gesetzesrecht ist starrer, weniger auf den Einzelfall bezogen und weniger leicht änderbar. Dafür ist es für die Rechtsadressaten besser erkennbar, transparenter, demokratisch besser legitimiert und besser geeignet, eine rechtsgleiche Behandlung sicherzustellen.

Wegleitend für die Gesetzgebungspolitik muss das primäre Kernanliegen des Rechtsstaates sein, nämlich: Rechtssicherheit zu schaffen. Die Normadressaten (Private und Behörden) wollen und müssen wissen, wie die Rechtslage ist, und zwar im Voraus. Eine Rechtsordnung, welche nicht ex ante klare Verhaltensregeln aufstellt, sondern erst im Nachhinein durch gerichtliches Urteil entscheidet, wie sich die Rechtsunterworfenen hätten verhalten müssen, verletzt die elementarsten Anforderungen an einen Rechtsstaat.

Eine legislatorische Positivierung von Richterrecht ist demnach vor allem dann angebracht, wenn dieses ein solches Ausmass an Ausdifferenzierung oder auch Widersprüchlichkeiten hervorgebracht hat, dass es für die Rechtssuchenden (und manchmal auch für die Gerichte selber) kaum mehr zugänglich und überschaubar ist.

Das ist zum Beispiel der Fall bei der inkohärenten und in sich widersprüchlichen Nemo-tenetur-Praxis des EGMR,²³ die einen rechtsstaatlich unhaltbaren Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen hat. Der Grundsatz ist zwar für den Strafprozess in den Artikeln 113 und 158 Absatz 1 Buchstabe b StPO positiviert. Unklar ist aber seine Tragweite in denjenigen Bereichen, die landesrechtlich als verwaltungsrechtlich, konventionsrechtlich aber als strafrechtlich gelten, so im eingreifenden Verwaltungsrecht,²⁴ aber auch im Schnittstellenbereich von Steuerrecht und Strafstrafrecht oder in Bezug auf das Strassenverkehrsrecht. Eine legislatorische Klärung wäre zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit dringend erforderlich.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Doppelbesteuerung ist zwar kaum in sich widersprüchlich, aber sehr umfangreich und ausdifferenziert und als solche nicht leicht zugänglich, sodass eine legislatorische Kodifizierung eigentlich wünschbar scheinen würde. Allerdings wird die Rechtsprechung in einigen Literaturwerken (z.B. Locher 2015; de Vries Reilingh 2013; Zweifel/

Beusch/Mäusli/Allenspach 2011) sehr gut aufgearbeitet, systematisiert und dargestellt, sodass es auch für Nichtspezialisten möglich ist, sich innert nützlicher Frist die nötigen Kenntnisse zu verschaffen. Die Literatur kann hier die Aufgabe einer Ersatzkodifikation übernehmen.

In anderen Fällen ist die richterrechtliche Regelung relativ einfach. So sind zum Beispiel die Kriterien der Werren-Praxis für die Enteignung nachbarrechtlicher Ansprüche²⁵ als solche einfach und klar und für die Rechtsunterworfenen fast so gut zugänglich wie ein Gesetz. Natürlich bedürfen sie ihrerseits der Konkretisierung im Einzelfall, aber wenn sich eine gesetzgeberische Kodifikation darauf beschränken würde, diese Kriterien wiederzugeben, wäre unter rechtsstaatlichen Aspekten nicht sehr viel gewonnen.

4 Legislative Änderung des Richterrechts?

Interessanter ist die Frage, ob der Gesetzgeber bei seiner Kodifizierung auch inhaltlich von der Regelung abweichen darf, welche die Gerichte aufgestellt haben, das heisst, ob er das Richterrecht abändern darf.

4.1 Subsidiäres Richterrecht

Die Literatur befasst sich kaum mit dieser Frage, wohl deshalb, weil die Antwort auf den ersten Blick klar zu sein scheint: Richterrecht ist nach Artikel 1 ZGB subsidiär zum Gesetz. Der Richter wird nur ersatzweise tätig, weil der Gesetzgeber nicht legiferiert hat; nimmt dieser seine Aufgabe (wieder) wahr, so steht es ihm frei, dies abweichend vom Richterrecht zu tun, so wie er ja auch eine umstrittene gerichtliche Auslegung eines geltenden Gesetzes korrigieren kann, indem er das Gesetz präziser oder anders fasst (Le Roy/Schoenenberger 2015, 192, 448). Das Bundesgericht hat regelmässig betont, dass zum Beispiel die richterrechtlichen Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts nur gelten, soweit nicht spezialgesetzliche besondere Vorschriften bestehen,²⁶ und dass das Gesetz vom Richterrecht abweichen kann.²⁷

Der Gesetzgeber hat dies denn auch oft getan. So galt richterrechtlich der Grundsatz, dass im Sozialversicherungsrecht keine Verzugszinsen geschuldet sind,²⁸ in Abänderung davon hat der Gesetzgeber auch im Sozialversicherungsrecht eine grundsätzliche Verzugszinspflicht eingeführt (Art. 26 ATSG). Die Rückerstattung zu Unrecht erbrachter Leistungen richtet sich auch im öffentlichen Recht mangels spezialgesetzlicher Regeln nach den Artikeln 62 ff. OR; das Gesetz hat aber in einigen Bereichen Regeln aufgestellt, die partiell von diesen Bestimmungen abweichen, zum Beispiel andere Verjährungsfristen vorsehen als diejenigen in Artikel 67 OR (vgl. z. B. Art. 25 ATSG, Art. 35a BVG).

Oft sind es gerade bestimmte Gerichtsurteile oder Praxen, die den Gesetzgeber veranlassen, tätig zu werden und eine Frage anders zu regeln, als die Gerichtspraxis sie geregelt hat: In Konkretisierung von Artikel 24 des Raumplanungsgesetzes (RPG) hatte das Bundesgericht restriktive Anforderungen an die zulässigen Zweckänderungen von Bauten ausserhalb der Bauzone aufgestellt. Um solche Änderungen grosszügiger zuzulassen, erliess der Gesetzgeber die Artikel 24a–24e RPG. – Das Bundesgericht entschied in BGE 124 II 29, dass die sogenannten Mandatssteuern, die Inhaber bestimmter Ämter an ihre Parteien bezahlen, nicht als Gewinnungskosten abzugsfähig sind. Als Reaktion darauf erliess der Gesetzgeber eine Regelung, wonach solche Abzüge in einem bestimmten Rahmen zulässig sind (Art. 33 Abs. 1 Bst. i DBG; Art. 9 Abs. 2 Bst. l des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG]). Mit der gesetzlichen Verankerung der Steuertatbestände der indirekten Teilliquidation und der Transponierung (Art. 20a DBG in der Fassung vom 23.6.2006) wollte der Gesetzgeber diese Tatbestände abschliessend und gegenüber der bisherigen Gerichtspraxis einschränkend umschreiben, um eine ausufernde richterrechtliche Besteuerung zu vermeiden.²⁹

Alle diese Gesetzgebungen sind unproblematisch.

4.2 Übergeordnetes Richterrecht?

4.2.1 Fragestellung

Heikler ist die Frage, ob der Gesetzgeber von Verfassungs-Richterrecht oder Völker-Richterrecht abweichen kann. Kann ein Prozessgesetz zum Beispiel die Modalitäten des Anspruchs auf rechtliches Gehör oder auf unentgeltliche Rechtspflege anders regeln, als es die bisherige Gerichtspraxis getan hat? Der Anspruch als solcher ist verfassungsrechtlich (Art. 29 Abs. 2 und 3 BV), aber sind es auch seine Modalitäten oder Konkretisierungen?

Die Frage ist insbesondere bedeutsam in Bezug auf die Rechtsgleichheit oder das Verhältnismässigkeitsprinzip: Beide haben Verfassungsrang. In der neusten Literatur wird dem Verhältnismässigkeitsprinzip teilweise sogar Überverfassungsrang zugeschrieben oder gar der Rang zwingenden Völkerrechts (Künzli/Kälin 2014), sodass auch der Verfassungsgeber davon nicht abweichen könnte. Zugleich sind aber beide hochgradig konkretisierungsbedürftig. Hat nun ein Gericht die Rechtsgleichheit oder das Verhältnismässigkeitsprinzip konkretisiert, stellt sich die Frage: Kann der Gesetzgeber diese Konkretisierung anders als das Gericht vornehmen, oder hat das Gericht mit seiner Konkretisierung Verfassungsrecht oder gar Völkerrecht geschaffen, von dem der Gesetzgeber nicht abweichen kann?

4.2.2 Phänomenologie

Empirisch ist festzustellen, dass es in grosser Zahl Gesetzgebungen gibt, die richterrechtlich entwickelte Verfassungsgrundsätze konkretisieren: Prozessgesetze (z. B. Verwaltungsverfahrensgesetz; ZPO) positivieren die Teilbereiche des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die das Bundesgericht aus Artikel 4 aBV bzw. aus Artikel 29 Absatz 2 BV abgeleitet hat. Zahlreiche Gesetzesbestimmungen konkretisieren den ebenfalls aus Artikel 4 aBV abgeleiteten und heute in Artikel 29 Absatz 3 BV garantierten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 117 ff. ZPO; Art. 65 des Verwaltungsverfahrensgesetzes; Art. 64 des Bundesgerichtsgesetzes). In manchen Fällen wollte der Gesetzgeber damit allerdings nicht von den richterrechtlichen Regeln abweichen, sondern bloss diese kodifizieren. Die Rechtsprechung revanchiert sich galant und vermeidet Konfliktsituationen, indem sie ausführt, die gesetzlichen Konkretisierungen stimmten mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch überein.³⁰

In anderen Fällen hat der Gesetzgeber aber bewusst abweichend von einer Bundesgerichtspraxis legiferiert, die das Bundesgericht mit verfassungsrechtlichen Argumenten begründet hatte:

Das Bundesgericht hatte seine langjährige Dumont-Praxis im Steuerrecht mit dem Gebot der Rechtsgleichheit begründet: Instandstellungsarbeiten, die kurz nach dem Erwerb einer vernachlässigten Liegenschaft vorgenommen wurden, konnten nicht als Unterhaltsaufwand vom Einkommen abgezogen werden, damit die Rechtsgleichheit hergestellt werde zu denjenigen Steuerpflichtigen, die eine renovierte Liegenschaft erwerben.³¹ Der Gesetzgeber legte in der Folge fest, dass diese Kosten abgezogen werden können (Art. 32 Abs. 2 DBG und Art. 9 Abs. 3 StHG in der Fassung vom 3.10.2008), und zwar in bewusster Abänderung der bundesgerichtlichen Praxis, ebenfalls begründet mit Rechtsgleichheitsüberlegungen, nämlich der Rechtsgleichheit zwischen dem früheren und dem neuen Eigentümer.³²

Gemäss Artikel 70 Absatz 4 des Landwirtschaftsgesetzes (LwG) ist die Einhaltung der für die landwirtschaftliche Produktion massgeblichen Bestimmungen der Gewässerschutz-, der Umweltschutz- und der Tierschutzgesetzgebung Voraussetzung für landwirtschaftliche Direktzahlungen. Nach Artikel 170 Absatz 1 LwG können die Beiträge gekürzt oder verweigert werden, wenn der Gesuchsteller dieses Gesetz, die Ausführungsbestimmungen oder die gestützt darauf erlassenen Verfügungen verletzt. Im Fall eines Landwirts, der Tierschutzvorschriften missachtet hatte, erkannte das Bundesgericht, es sei unverhältnismässig, deswegen sämtliche Direktzahlungen zu verweigern; verweigert werden könnten nur die tierbezogenen Zahlungen, nicht aber diejenigen Beiträge, die unabhängig von einer Tierhaltung geleistet werden.³³ Darauf erliess der Gesetzgeber einen neuen

Artikel 170 Absatz 2^{bis} LWG (in der Fassung vom 22. März 2013 [AS 2013 3463, 3481]) wonach bei Nichteinhaltung der für die landwirtschaftliche Produktion massgebenden Bestimmungen der Gewässerschutz-, der Umweltschutz- und der Tierschutzgesetzgebung die Kürzung und Verweigerung bei allen Direktzahlungsarten erfolgen kann. Der Gesetzgeber nahm dabei ausdrücklich Bezug auf den genannten Bundesgerichtsentscheid und wollte diesen korrigieren.³⁴

Das Bundesgericht hat eine Regel aufgestellt, dass bei sehr knappen Abstimmungsergebnissen ein Anspruch auf Nachzählung bestehe, auch ohne dass konkrete Unregelmässigkeiten vorgekommen sind; es hat sich dabei ausser auf Gesetzesrecht auch auf Artikel 34 Absatz 2 BV (Garantie der unverfälschten Stimmabgabe) berufen.³⁵ In bewusster Abweichung davon legte der Gesetzgeber in einem neuen Artikel 13 Absatz 3 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte ausdrücklich fest, dass ein sehr knappes Abstimmungsergebnis nur dann eine Nachzählung erfordert, wenn Unregelmässigkeiten glaubhaft gemacht worden sind, die nach Art und Umfang geeignet waren, das Bundesergebnis wesentlich zu beeinflussen.³⁶

Das alte Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer hatte nur wenig materielle Regeln über einen Anspruch auf ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligungen enthalten. Unter der Herrschaft dieses Gesetzes hatte das Bundesgericht aus Artikel 8 EMRK einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung abgeleitet, wenn eine intakte familiäre Beziehung zu einer Person besteht, die in der Schweiz ein gefestigtes Aufenthaltsrecht besitzt; als solches galten neben dem Schweizer Bürgerrecht und der Niederlassungsbewilligung auch eine Aufenthaltsbewilligung, auf die ein Rechtsanspruch bestand.³⁷ Im Entwurf zum neuen AuG schlug der Bundesrat vor, generell für Personen mit Aufenthaltsbewilligung einen Anspruch auf Familiennachzug vorzusehen, um Artikel 8 EMRK Rechnung zu tragen.³⁸ Dies ging über die bundesgerichtliche Praxis hinaus. Der Gesetzgeber lehnte dies jedoch ab und beschloss für Personen mit Aufenthaltsbewilligung (ausserhalb des Geltungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens) einen Familiennachzug nur als «Kann-Vorschrift» (Art. 44 AuG). Dies ging weniger weit als die Ansprüche nach bundesgerichtlicher Praxis.

Sind solche gesetzgeberische Änderungen des gerichtlich Entschiedenen zulässig?

Man könnte diese Frage als akademisch betrachten angesichts von Artikel 190 BV. Das gilt aber höchstens aus der Sicht der Rechtsanwendung und der Gerichte. Aus der Sicht des Gesetzgebers, der sich meistens zumindest doch ernsthaft bemüht, die Verfassung einzuhalten, ist die Frage durchaus praktisch bedeutsam.

4.2.3 Lösungsansätze

Zunächst ist einmal zu differenzieren, ob das Richterrecht anstelle des Gesetzgebers einen verfassungsmässigen Gesetzgebungsauftrag umsetzt oder ob es inhaltliche Verfassungsnormen konkretisiert.

Das Erstere ist zum Beispiel der Fall bei den Doppelbesteuerungsregeln. Die Verfassung verbietet zwar die interkantonale Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV), legt aber nicht fest, welchem von mehreren konkurrierenden Kantonen die Steuerhoheit zukommt. Wenn das Bundesgericht die Regel aufstellt, dass in gewissen Konstellationen der Kanton A zuständig ist, in anderen der Kanton B, dann hat es anstelle des Gesetzgebers den verfassungsmässigen Auftrag zur Vermeidung der Doppelbesteuerung erfüllt. Aber die Regel, dass in der Konstellation X der Kanton A zuständig sei, hat selber nicht Verfassungsrang. Dem Gesetzgeber steht es frei, diese richterrechtliche Regel abzuändern und den Kanton B als zuständig zu erklären. Er hat das denn auch zulässigerweise punktuell getan.³⁹

Anders ist es aber, wenn das Gericht nicht nur ersatzweise für den Gesetzgeber einen verfassungsmässigen Gesetzgebungsauftrag erfüllt hat, sondern selber eine materielle Verfassungsnorm konkretisiert hat. Es stellt sich dann die Frage: Welchen Rang hat das Richterrecht in der Normenhierarchie?

Artikel 1 ZGB spricht nur von «Gesetz», trägt aber den unterschiedlichen Normstufen (Verfassung, Gesetz, Verordnung) nicht Rechnung und gibt deshalb keine Antwort auf unsere Frage.

Ich sehe drei Antwortmöglichkeiten:

(1) Es ist (ausschliesslich) Aufgabe der Gerichte, Rechtsnormen zu konkretisieren. Richterrecht hat den Rang derjenigen Norm, die durch Richterrecht konkretisiert wird: Richterrecht, das eine Verordnung konkretisiert, hat Verordnungsrang. Richterrecht, das ein Gesetz konkretisiert, hat Gesetzesrang. Richterrecht, das die Verfassung konkretisiert, hat Verfassungsrang. Richterrecht, das Völkerrecht konkretisiert, hat Völkerrechtsrang.

Die Konsequenzen wären dann: Verfassungs-Richterrecht kann nur durch den Verfassungsgeber geändert werden, nicht durch den Gesetzgeber. Völker-Richterrecht kann nur durch Völkerrecht geändert werden, nicht durch Landesrecht.

Es wäre damit von erheblicher Bedeutung, wie ein Gericht seine richterrechtlichen Kreationen begründet: Begründet es sie mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die auf gleicher Stufe stehen wie ein Gesetz, so kann der Gesetzgeber sie abändern; leitet es sie hingegen aus der Verfassung ab, so haben sie Verfassungsrang und können vom Gesetzgeber nicht abgeändert werden (Häfelin/Müller/Uhlmann 2016, 32).

Wenn zum Beispiel das Bundesgericht die Regel, wonach Geldforderungen irgendwann einmal verjähren,⁴⁰ als (subsidiären) allgemeinen Rechtsgrundsatz deklariert, dann könnte der Gesetzgeber davon abweichen und bestimmte For-

derungen als unverjährbar bezeichnen. Wenn das Bundesgericht aber die Verjährbarkeit aus der Verfassung ableitet,⁴¹ dann könnte der Gesetzgeber nicht davon abweichen.

(2) Es ist Aufgabe der unteren Rechtsetzungsstufe, die Normen der oberen Rechtsetzungsstufe zu konkretisieren. Tut sie das nicht und erfolgt die Konkretisierung stattdessen durch Richterrecht, so hat dieses den Rang der unteren Rechtsetzungsstufe.

Es ist Aufgabe des Verordnungsgebers, unbestimmte oder lückenhafte Gesetze durch gesetzesvollziehende Verordnungen zu konkretisieren. Hat der Verordnungsgeber das nicht getan, so konkretisiert das Richterrecht das Gesetz, stellvertretend nicht für den Gesetzgeber, sondern für den Verordnungsgeber.

Ebenso ist es Aufgabe des Gesetzgebers, unbestimmte oder lückenhafte Verfassungsbestimmungen zu konkretisieren. Hat der Gesetzgeber das nicht getan, so konkretisiert das Richterrecht die Verfassung, stellvertretend nicht für den Verfassungsgeber, sondern für den Gesetzgeber.

Das Richterrecht steht damit in der Normenhierarchie jeweils (mindestens) eine Normstufe tiefer als die konkretisierte Norm: Richterrecht, welches das Gesetz konkretisiert, hat den Rang von Verordnungsrecht und kann vom Verordnungsgeber geändert werden. Richterrecht, das die Verfassung konkretisiert, hat den Rang von Gesetzesrecht und kann vom Gesetzgeber geändert werden.

(3) Richterrecht steht ausserhalb der Normenhierarchie

Die Normenhierarchie korreliert bekanntlich mit der demokratischen Legitimation der Normen: Die Verfassung steht in der Normenhierarchie deshalb zuoberst, weil sie demokratisch am besten legitimiert ist (obligatorisches Referendum), gefolgt vom Gesetz mit bloss fakultativem Referendum und den Verordnungen ohne Referendum. Die Gerichte stehen ausserhalb dieser Normenhierarchie. Ihre demokratische Legitimation ist nicht unterschiedlich je nachdem, ob sie Verordnungs-Richterrecht oder Verfassungs-Richterrecht aufstellen. Von daher ist zweifelhaft, ob sich Richterrecht wirklich in die Hierarchie der konkretisierten Normen einordnen lässt. Damit bleibt aber unsere Frage weiterhin offen.

4.2.4 Lösungsansätze des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich bisher kaum dogmatisch und systematisch mit dieser Frage befasst.

Im Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung neigt es der Auffassung (2) zu: Es betont regelmässig, dass dort, wo dem Bundesrat durch eine gesetzliche Delegation ein weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt wird, das Bundesgericht bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen darf.⁴²

Das Bundesgericht akzeptiert auch im Rahmen der sogenannten Verwaltungsverordnungen einen weiten Spielraum der Verwaltung zur Konkretisierung des Gesetzes.⁴³ Es geht also nicht davon aus, dass die Konkretisierung der im Gesetz enthaltenen Normen ausschliesslich oder primär Sache der Justiz sei.

Auch im Verhältnis Verfassung – Gesetz folgt das Bundesgericht nicht der Auffassung, dass die Konkretisierung offener verfassungsrechtlicher Normen einzig Sache der Justiz sei. Es betont, dass es primär Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers ist, den Verfassungsbegriff des öffentlichen Interesses zu konkretisieren.⁴⁴ Ebenso hat es der Auffassung, die Konkretisierung des Eigentumsbegriffs sei einzig Sache der Gerichte, seit je eine Absage erteilt: Das Gesetz kann den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff konkretisieren.⁴⁵ Die Eigentumsgarantie hindert den Gesetzgeber nicht, «die objektive Eigentumsordnung im Rahmen der Bedürfnisse der Gemeinschaft festzulegen».⁴⁶

Für die Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips gesteht das Bundesgericht ausserhalb von Grundrechtseingriffen dem (kantonalen) Gesetzgeber einen nur durch das Willkürverbot eingeschränkten Gestaltungsspielraum zu.⁴⁷

Auch in anderen Fragen hat sich das Bundesgericht bisweilen elastisch gezeigt. Nachdem der Gesetzgeber in Reaktion auf die Rechtsprechung ausdrücklich festgelegt hat, dass ein sehr knappes Abstimmungsresultat per se kein Grund für eine Nachzählung ist, ist das Bundesgericht zurückgekrebst und hat erwogen, es habe in dieser Rechtsprechung einen solchen Anspruch nicht unmittelbar aus der Verfassung, sondern aus dem Gesetz abgeleitet, sodass der Gesetzgeber dies auch anders regeln könne.⁴⁸

Auch im Steuerrecht hat es dem demokratischen Gesetzgeber einen grossen Spielraum belassen: Es liegt in erster Linie an ihm, die verfassungsmässigen Grundsätze der rechtsgleichen Besteuerung bzw. der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu konkretisieren.⁴⁹

In anderen Fällen war es härter: Die Aufhebung der wirtschaftlichen Doppelbelastung im Rahmen des Beteiligungsabzugs hat das Bundesgericht als verfassungswidrig erachtet und sich nur unter Berufung auf Artikel 190 BV der bundesgesetzlichen Regelung (Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG; Art. 7 Abs. 1 StHG) unterzogen, nicht aber, soweit eine kantonale Gesetzgebung darüber hinausging.⁵⁰

Besonders wichtig ist die Frage im Verhältnis von Völkerrecht zu Gesetzesrecht; hier hat die Frage nicht nur für die Rechtsetzung praktische Bedeutung, sondern auch für die Rechtsanwendung, da aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts ein völkerrechtswidriges Gesetz grundsätzlich nicht angewendet wird. Ginge man also davon aus, dass die Konkretisierung offener völkerrechtlicher Normen ausschliesslich Sache der Justiz sei, wäre es dem Gesetzgeber nicht möglich, von Richterrecht abzuweichen.

Die Praxis ist nicht einheitlich. Zur Illustration mögen zwei entgegengesetzte Beispiele dienen:

Gemäss Artikel 15 des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger haben ausübende Künstler und Tonträgerhersteller Anspruch auf eine «angemessene Vergütung», wenn zu gewerblichen Zwecken veröffentlichte Tonträger unmittelbar oder mittelbar für eine Sendung oder öffentliche Wiedergabe benutzt werden. Der Gesetzgeber hat diese Regelung in Artikel 60 des Urheberrechtsgesetzes (URG) konkretisiert. Das Bundesgericht führte aus, das Völkerrecht lasse mehrere Lösungen zu, weshalb die Regelung von Artikel 60 URG nicht als völkerrechtswidrig betrachtet werden könne.⁵¹ Es ging also nicht davon aus, dass die Konkretisierung des völkerrechtlichen Begriffs der «angemessenen» Entschädigung primär oder gar ausschliesslich Sache der Justiz sei.

Hingegen hat das Bundesgericht im Bereich des ausländerrechtlichen Familiennachzugs weiterhin seine richterrechtlichen Regeln angewendet, die es in Konkretisierung von Artikel 8 EMRK entwickelt hatte, auch nachdem der Gesetzgeber diese Regeln einschränken wollte: Trotz der gesetzlichen Regelung, wonach Personen mit Aufenthaltsbewilligung keinen Anspruch auf Familiennachzug haben, hat das Bundesgericht unter Berufung auf Artikel 8 EMRK einen solchen Anspruch angenommen, wenn ein Rechtsanspruch auf die Aufenthaltsbewilligung besteht.⁵² Hier geht das Bundesgericht also davon aus, dass das Gericht und nicht der Gesetzgeber die völkerrechtlichen Regeln konkretisiert.

4.2.5 Methodentheoretische Betrachtung

Methodentheoretisch kann man den Bogen schlagen zu den eingangs erwähnten Grundlagen (Ziff. 1.1 und 1.2):

Nach der klassischen Theorie ist die Auslegung von Rechtsbegriffen eine juristische Aufgabe, die einzig den Gerichten zustehen kann. Dahinter steht die Idee, die Auslegung führe – *lege artis* durchgeführt – zur eindeutig «richtigen» Antwort. Hat das Gericht diese Antwort gefunden und die Verfassung in einem bestimmten Sinne ausgelegt, so ist dies die richtige Antwort und jede andere Antwort ist falsch.

Nach der entgegengesetzten Theorie gibt es keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Auslegung und Lückenfüllung, sondern es geht um eine Konkretisierung. Im Stufenbau der Rechtsordnung ist primär der Gesetzgeber berufen, die Verfassung und insbesondere deren offene Begriffe zu konkretisieren. Hat ein Gericht die Verfassung konkretisiert, so ist dieser Entscheid zwar für den konkret beurteilten Fall verbindlich; das bedeutet aber nicht zwingend, dass ein anderes Ergebnis nicht auch vertretbar gewesen wäre.

Es gibt zahlreiche Rechtsnormen, die in vielen Fällen im Sinne der klassischen

Rechtsanwendungstheorie zu einem praktisch eindeutigen Ergebnis führen. Aber zugleich bestreitet niemand ernsthaft, dass es zahlreiche Normen gibt, bei deren Auslegung oder Konkretisierung in guten Treuen verschiedene Meinungen vertreten werden können. Auch wenn ein Gericht entschieden hat, bedeutet das nicht, dass sein Entscheid das einzig richtige Ergebnis wäre.

Die Richtersozio­logie hat seit Langem bestätigt, dass das gerichtliche Urteil nicht ausschliesslich von der angewendeten Norm abhängt, sondern in einem mehr oder weniger breiten Bereich auch von gesellschaftlichen Hintergründen, subjektiven Vorverständnissen und persönlichen Auffassungen der mitwirkenden Richterinnen und Richter (Niggli/Amstutz 2008, 221; Hager 2009, 287 ff.). Das zeigt sich schon darin, dass die Urteile nicht immer einstimmig ergehen, dass verschiedene Gerichte oder Spruchkörper bei gleichen Normtexten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen oder dass ein Gericht trotz unveränderter Norm seine Praxis ändert, was bekanntlich meistens nicht auf bessere Rechtserkenntnis zurückzuführen ist, sondern darauf, dass die personelle Zusammensetzung des Gerichts oder des Spruchkörpers geändert hat.

Der richterliche Spielraum und damit auch die Bedeutung des richterlichen Vorverständnisses sind umso grösser, je offener und konkretisierungsbedürftiger die angewendete Norm ist; dies gilt insbesondere für die Konkretisierung hochgradig unbestimmter Verfassungsnormen, so zum Beispiel der Grundrechte, der Rechtsgleichheit oder der Verhältnismässigkeit (Seiler 2010, 458 f.). Je offener die Norm ist, umso unhaltbarer wird die Auffassung, es gebe nur eine einzige richtige Auslegung.

Diese Erkenntnis liegt auch dem oft missverstandenen Artikel 190 BV zugrunde: Dieser besagt nicht, dass der Gesetzgeber von der Verfassung abweichen dürfte, trägt jedoch der Erkenntnis Rechnung, dass die Konkretisierung verfassungsrechtlicher Begriffe einen Spielraum enthält, dessen Ausfüllung nicht allein nach juristischen Massstäben erfolgen kann, sondern zwangsläufig eine Wertung enthält. Es stellt sich nicht die Frage einer «richtigen» Auslegung der Rechtsnorm, sondern die Frage, wer zuständig sein soll, diese Wertung vorzunehmen. Es gibt keinen rechtslogischen Grund, weshalb diese Wertung ausschliesslich Sache der Judikative sein soll. Es gibt deshalb auch keinen rechtslogischen Grund, weshalb der Gesetzgeber nicht von einer richterrechtlichen Konkretisierung von Verfassungs- oder Völkerrechtsbegriffen abweichen könnte. Vielmehr geht es dabei um eine Frage der Machtverteilung zwischen Gerichten und Gesetzgeber.

*Hansjörg Seiler, Prof. Dr. iur., Fürsprecher, Bundesrichter,
Schweizerisches Bundesgericht, Lausanne 14.*

Anmerkungen

- 1 Statt vieler: BGE 141 V 481 E. 3.1; 141 IV 196 E. 1.3.1; 139 I 57 E. 6; 138 II 1 E. 4.2; 126 III 129 E. 2-4; 125 III 277 E. 2a; 120 III 131 E. 3b; Schlupe (2006, 309 ff.).
- 2 Sog. konkretisierende Rechtsfortbildung, vgl. Walter (2003, 6); vgl. auch rechtsvergleichend Ohly (2001, 19 ff.).
- 3 BGE 125 II 113 E. 3c; Urteil 2C_1276/2012 vom 24.10.2013 E. 4.2, ASA 82 S. 370
- 4 BGE 130 III 345 E. 2.1; 124 III 297 E. 6a; 121 III 350 E. 6c; 120 II 331 E. 5a
- 5 BGE 110 II 456
- 6 BGE 53 I 326 E. 2c S. 335 f.; 61 I 409 E. 3 S. 415; 69 IV 75 E. 5
- 7 BGE 136 IV 55 E. 5; 134 IV 17 E. 2.1; 134 IV 132 E. 6
- 8 BGE 94 I 286 E. 8 und 9 S. 299 ff. (sog. Werren-Praxis); vgl. BGE 136 II 263 E. 8.1
- 9 BGE 119 Ib 111 E. 1; 107 Ib 322 E. 4; 99 Ib 371 E. 3; 93 I 722 E. 1, m.w.H.
- 10 BGE 101 Ib 44 E. 3; ASA 55 S. 206 E. 3-5; 115 Ib 238 E. 2-7
- 11 ASA 63 S. 145 E. 4; BGE 138 II 57 E. 4
- 12 EVGE 1960 S. 249 E. 1
- 13 EVGE 1961 S. 160 E. 2 und 3
- 14 BGE 101 IV 167 E. 5; 111 II 245 E. 4b
- 15 BGE 96 I 123; 106 Ib 330 E. 4
- 16 BGE 104 Ia 116; 106 Ia 249 E. 3
- 17 Siehe z. B. Besson/Ziegler (2010); Hertig Randall (2010, 242 ff.), die allerdings durchwegs Verfassungsgerichtsbarkeit und Völkerrechtsgerichtsbarkeit vermengt.
- 18 Siehe die einschlägige Literatur zu Art. 1 ZGB; aus öffentlich-rechtlicher Sicht statt vieler: Biaggini (1991); Chiariello (2009); Gonin (2013).
- 19 Urteile EGMR Beganovic g. Kroatien (46423/06) vom 25.6.2009, § 71 ff.; O’Keeffe g. Irland (35810/09)
- 20 Vgl. dazu BGE 137 I 305; Schmid (2016).
- 21 Vgl. Botschaft vom 22.6.2005 zum Unternehmenssteuerreformgesetz II, BBl 2005 4733, 4767.
- 22 Z. B. Art. 79b Abs. 3 BVG betreffend die zulässigen steuerbefreiten Einkäufe in die berufliche Vorsorge, in Konkretisierung und zugleich Objektivierung der früheren Umgehungspraxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 131 II 627 E. 4.2 und 5.2; Urteil 2C_658/2009 vom 12.3.2010 E. 3.3, SVR 2011 BVG Nr. 5). Art. 65 DBG betreffend verdecktes Eigenkapital, in Objektivierung der früheren Umgehungspraxis (BGE 106 Ib 320; 102 Ib 151).
- 23 Vgl. BGE 140 II 384 E. 3.3, m.w.H.; seither Macula (2016, 28 ff., 59 ff.).
- 24 Z. B. Sanktionen im Kartellrecht (Art. 49a KG; vgl. BGE 139 I 72 E. 4) oder im Spielbankenrecht (Art. 51 SBG; vgl. BGE 140 II 384 E. 3).
- 25 BGE 94 I 286 E. 8 und 9
- 26 Z. B. in Bezug auf die ungerechtfertigte Bereicherung (BGE 138 V 426 E. 5.1; 135 II 274 E. 3.1).
- 27 BGE 136 II 263 E. 8 S. 269
- 28 EVGE 1960 S. 94; 1968 S. 167 E. 4; BGE 101 V 114 E. 3; 108 V 13; 119 V 78 E. 3-5
- 29 BBl 2005 4775 ff., 4780 f., 4803 ff., 4845, 4866 f.
- 30 BGE 142 III 131 E. 4.1; 140 III 12 E. 3.2; 139 III 475 E. 2.2 in Bezug auf die gesetzlichen Konkretisierungen der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege.
- 31 BGE 99 Ib 362 E. 3c; 123 II 218 E. 1a und b
- 32 Pa. Iv. Müller, Philipp 04.457, Einschränkung der «Dumont-Praxis», Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats vom 3. Sept. 2007, BBl 2007 7993 ff., 7999 f.
- 33 BGE 137 II 366 E. 3
- 34 Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014-2017, BBl 2012 2075, 2237 f., 2269
- 35 BGE 136 II 132 E. 2.4.2; 138 I 171 E. 5.2 und 5.3
- 36 AS 2015 543; vgl. Botschaft vom 29.11.2013 zur Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, BBl 2013 9217, 9233 f., 9239 ff., 9252 f.
- 37 BGE 126 II 335 E. 2a; 130 II 281 E. 3.1
- 38 BBl 2002 3739, 3793
- 39 Vgl. z. B. Art. 4b StHG (Steuerpflicht bei unterjährigem Wohnsitzwechsel für das ganze Jahr in dem Kanton, in welchem Wohnsitz am Ende des Jahres besteht), in Abänderung der früher geltenden richterrechtlichen Regel, wonach die Steuerpflicht in jedem Kanton pro rata temporis bestand.
- 40 BGE 140 II 384 E. 4.2; 126 II 49 E. 2a; 125 V 396 E. 3a.
- 41 In BGE 126 II 49 E. 2a spricht das Bundesgericht von einem «allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz», der sich u. a. aus dem Grundsatz «des staatlichen Verhaltens nach Treu und Glauben» ergibt, ohne allerdings ausdrücklich zu sagen, eine Verjährung sei verfassungsrechtlich vorgeschrieben.
- 42 BGE 136 II 337 E. 5.1 S. 348; 131 II 13 E. 6.1 S. 25 ff., 129 II 162 E. 2.3 S. 166 f.; je mit Hinweisen; Tschannen (2011, 148).
- 43 BGE 140 II 88 E. 5; 139 V 122 E. 3.3.4
- 44 BGE 138 I 378 E. 8.4
- 45 BGE 118 Ib 38 E. 2
- 46 BGE 105 Ia 330 E. 3c
- 47 BGE 134 I 153 E. 4.2; vgl. auch BGE 138 I 378 E. 8.7
- 48 BGE 141 II 297 E. 5.4 und 5.5
- 49 BGE 140 II 157 E. 7.3; 133 I 206 E. 7.4
- 50 BGE 136 I 49; 136 I 65
- 51 BGE 140 II 305 E. 6.3 und 6.4; ähnlich BGE 133 II 263 E. 7.3.3
- 52 BGE 137 I 284 E. 2.6; 139 I 330 E. 2.4

Literaturverzeichnis

- Besson, Samantha / Ziegler, Andreas R., 2010, (Hrsg.), *Le juge en droit européen et international*, Genf/Zürich/Basel.
- Biaggini, Giovanni, 1991, *Verfassung und Richterrecht*, Basel.
- Chiariello, Elisabeth, 2009, *Der Richter als Verfassungsgeber?* Zürich / St. Gallen.
- de Vries Reilingh, Daniel, 2013, *La double imposition intercantonale*, 2. Aufl., Bern.
- Ehrenzeller, Bernhard, 2016, *Politische Fragen vor Verwaltungsgerichten*, ZBl 2016, S. 3–21.
- Errass, Christoph, 2010, *Kooperative Rechtssetzung*, Zürich / St. Gallen.

- Gonin, Luc, 2013, *Les droits de l'homme en pratique*, Basel.
- Häfelin/Haller/Keller, 2012, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl. Zürich/Basel/Genf.
- Häfelin/Müller/Uhlmann, 2016, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich / St. Gallen.
- Hager, Günter, 2009, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen.
- Haller, Walter, 2005, *Verfassungsbildung durch Richterrecht*, ZSR 124/2005 I, S. 5–21.
- Hertig Randall, Maya, 2010, *L'internalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives*, ZSR 129/2010 II, S. 221–380.
- Hotz, Kaspar, 2008, *Richterrecht zwischen methodischer Bindung und Beliebigkeit?* Zürich / St. Gallen.
- Künzli, Jörg / Kälin, Walter, 2014, *Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?* jusletter 23. Juni 2014.
- Le Roy Yves / Schoenenberger, Marie-Bernadette, 2015, *Introduction générale au droit suisse*, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel.
- Locher, Peter, 2015, *Einführung in das interkantonale Steuerrecht*, 4. Aufl. Bern.
- Macula, Laura, 2016, *Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit*, Zürich.
- Moor, Pierre, 2001, *Norme et texte: Logique textuelle et état de droit*, Fs. Morand, Basel/Genf/München, S. 377–399.
- Moor, Pierre, 2011, *Für eine mikropolitische Theorie des Rechts*, Bern.
- Müller, Georg, 2011, *Recht setzen – Recht anwenden*, Fs. Richli, Zürich / St. Gallen, S. 753–764.
- Müller, Georg / Uhlmann, Felix, 2013, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich.
- Niggli, Marcel / Amstutz, Marc, 2008, *Der Richter als Gesetzgeber – eine sprachphilosophische Betrachtung*, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern, S. 193–266.
- Ohly, Ansgar, 2001, *Generalklauseln und Richterrecht*, AcP 2001, S. 1–47.
- Rhinow, René A., 1979, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel.
- Schluemp, Walter R., 2006, *Einladung zur Rechtstheorie*, Bern.
- Schmid, Evelyne, 2016, *Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen*, ZSR 2016 I, 3–25.
- Seiler, Hansjörg, 1994, *Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, Bern.
- Seiler, Hansjörg, 2010, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik*, ZSR 129/2010, S. 381–546.
- Seiler, Hansjörg, 2012, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Hüter der Menschenrechte, Appellationsinstanz oder Verfassungsgeber?* ZBl 113/2012, S. 223–261.
- Seiler, Hansjörg, 2014, *Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege*, ZBJV 150/2014, S. 265–368.
- Tschannen, Pierre, 2011, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern.
- Walter, Hans Peter, 2003, *Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung*, recht 2003, S. 1–11.
- Zweifel/Beusch/Mäusli/Allenspach (Hrsg.), 2011, *Interkantonales Steuerrecht*, Basel.

Résumé

La présente contribution examine si le législateur au sens formel est habilité à inscrire dans le droit positif des règles établies par la jurisprudence ou s'il n'y est pas même tenu. Lorsque le tribunal concrétise en particulier la Constitution ou le droit international public, le législateur peut-il déroger aux règles développées par la jurisprudence? Se pose la question de la hiérarchie des normes entre droit établi par le juge et celui arrêté par le législateur. La contribution montre que juridiquement le droit constitutionnel ou international découlant de la jurisprudence n'a pas impérativement le rang de droit constitutionnel ou de droit international, mais qu'il s'agit d'une question de répartition du pouvoir entre la justice et le législateur.