«MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN DER STEUERUNG DURCH RECHT»

« PERSPECTIVES ET LIMITES DE LA FONCTION INCITATIVE DU DROIT »

Bundesrichterin Prof. Dr. Julia Hänni
Frédéric Barth, MLaw, LL.M., Advokat

Die Steuerungsfunktion der Rechtsprechung: Macht und Grenzen, die Gesellschaft zu entwickeln

Thesen

1. Im demokratischen Verfassungsstaat erfolgt die gesellschaftliche Steuerung in erster Linie durch die Gesetzgebung mit möglichst viel direkt-demokratischer Gestaltungsmöglichkeit. Die Rechtsprechung entfaltet ihre Steuerungswirkung demgegenüber subsidiär und innerhalb der verfassungsrechtlich vorgegebenen Rechtsbindung.

2. In verschiedenen europäischen Staaten zeigt sich aber: Auch Gerichte wirken faktisch auf die Politik ein. Aktuelle Beispiele sind etwa der der Entscheid des rumänischen Verfassungsgerichts, den ersten Wahlgang der rumänischen Präsidentschaftswahl von 2024 zu annullieren, das lettische Verfassungsgericht mit seinen vor dem EGMR hängigen Entscheidungen, wonach bezahlte Wahlwerbung auch gegenüber russischen Minderheiten nur auf Lettisch erfolgen darf, oder die vor französischen Gerichten hängige Frage, ob Marine Le Pen zur Präsidentschaft zugelassen werden kann.

3. In der Schweiz reicht die politische Steuerung durch Gerichte deutlich weniger weit. Entscheide wie die Aufhebung der Abstimmung über die Initiative über die Abschaffung der Heiratsstrafe, die Überprüfung eines Parteiwechsels unmittelbar nach der Wahl oder das Wohnsitzerfordernis von einem Ständerat sind die äussere Grenze dessen, worin eingegriffen wird. Gleichwohl verfügen Gerichte innerhalb der Rechtsbindung auch in der Schweiz über einen Gestaltungsspielraum.

4. Das zeigt sich bereits in methodologischer Hinsicht: Zwar begrenzt der Einzelfall die Entscheidungsgewalt. Die Konfrontation des Rechts mit realen Fällen erfordert indessen die genauere Bestimmung der Norm für einen konkreten Sachverhalt, damit überhaupt subsumiert werden kann (was ist «verhältnismässig» im Sinne der BV, wann liegt ein «Marktmissbrauch» im Sinne des KG vor, was ist eine «arglistige Täuschung» etc.). Die nähere Bestimmung ist mit Wertungserfordernissen verknüpft. Gerichte müssen sachgerechte Kriterien zur Normanwendung *entwickeln*; oft werden diese Kriterien umgangssprachlich als «Voraussetzungen» für die Normanwendung umschrieben.

5. Beleuchtet man die Erkenntnisschritte etwas genauer, so zeigt sich eine Intention der Objektivierung: Die gerichtliche Methodik erfordert eine über den Einzelfall hinausgehende

Wiederholbarkeit; vergleichbare Fallkonstellationen werden am gleichen (Anwendungs-)Massstab geprüft. So hält das Bundesgericht fest (vgl. bereits BGE 123 III 292 E.2e/aa): «Die Rechtsfindung hat sich um juristische Erkenntnis zu bemühen, welche die Umsetzung der normativen Vorgaben regelfähig macht». Rechtsanwendung beinhaltet konstitutiv-regelerzeugende Erkenntnisschritte.

6. Damit wird aber auch die steuernde Wirkung von Urteilen über den Einzelfall hinaus vermehrt sichtbar: Gerichte entwickeln Anwendungsvoraussetzungen für definite Sachverhaltskonstellationen (Präjudizielle Erwägungen), die auch die Erkenntnis in Folgefällen strukturiert. Die auf diese Weise erfolgende Steuerung durch die Rechtsprechung, die als Berücksichtigungspflicht bezeichnet werden kann, unterscheidet sich deutlich von der Steuerungswirkung des Gesetzes (Befolgungspflicht). Gleichwohl bleibt festzuhalten: In der Auslegung entwickeln Gerichte abstrakt-regelartige Anwendungsprämissen zur Norm (sog. Präjudizielle Erwägungen) – eine Konzeption, die im bereits im Denken bedeutender Rechtstheoretiker wie EUGEN HUBER oder HANS KELSEN angelegt ist.

7. Die Anwendung erfolgt dabei nicht im luftleeren Raum, sondern im institutionellen Gefüge. Die gerichtliche Regelbildung erfolgt im Rahmen der Rechtsbindung. Das Parlament wird – soweit es Bedarf sieht – auf die Rechtsprechung mit klarstellender, korrigierender, ergänzender oder bestätigender Gesetzgebung reagieren. Das institutionelle System weiss zudem um die Wertungserfordernisse im gerichtlichen Erkenntnisprozess und hegt ihn unter verschiedenen prozeduralen Aspekten ein, z.B. durch Antragsbindung und Spruchkörperbildung oder etwa durch die Wahl der Richterinnen und Richter (auch) nach freiwilligem Parteienproporz (Rückbindung gerichtlicher Wertungen an das weltanschauliche Spektrum der Bevölkerung). Dabei gestaltet sich das institutionelle Gleichgewicht zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung im Zusammenspiel von Gesetzes-, Verfassungsrecht und Konventionsrecht unterschiedlich.

8. Ausgewählte Leitentscheide des Bundesgerichts belegen auch in materieller Hinsicht die Steuerungswirkung der Rechtsprechung. Illustriert wird dies durch die Rechtsprechung, z.B. im Bereich der Geschlechtergleichstellung oder Einbürgerung. Aber auch neuere Urteile zeigen eine Steuerungswirkung, so etwa im Bildungsbereich (BGE 151 I 314, sog. «Kathi»-Entscheid), im Medienrecht (z.B. BGer 2C_859/2022 oder BGE 151 II 164), im Bereich der Hochschulpolitik (2C_299/2023) oder im Bereich der Wirtschaftsfreiheit (BGer 2C_26/2023 vom 2. Mai 2025, sog. «Planted»-Entscheid).

9. Die Fälle zeigen, wie das Bundesgericht die gesellschaftlichen Strukturen in unterschiedlichen Gebieten mitprägt und gesellschaftliche Entwicklungen begleitet. So wird deutlich: Rechtsprechung ist nicht nur Anwendung, sondern im Rahmen der Rechtsbindung ein – oftmals kontrovers diskutierter – aktiver Gestaltungsfaktor unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung.

10. Eine Tendenz hin zu einer eigentlichen «Richteraristokratie», welche die unmittelbar demokratisch legitimierten Institutionen zunehmend überlagert, lässt sich im schweizerischen Kontext dagegen nicht feststellen.