

Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber

**Prof. Dr. Hansjörg Seiler
Bundesrichter**

Klassische Theorie: Subsidiarität

- Gesetz ist primäre Rechtsquelle
- Richterrecht nur, wenn Gesetz eine echte Lücke aufweist (ZGB 1)
- Gewaltenteilung:
 - Rechtsetzung und Rechtsprechung sind unterschiedliche Rechtsfunktionen,
 - von unterschiedlichen Organen wahrgenommen
- Auslegung: Rechtsprechung, Aufgabe der Judikative
- Lückenfüllung: Rechtsetzung, eigentlich Aufgabe der Legislative, nur subsidiär der Judikative

Gegenposition: Alles ist Richterrecht

- Unterscheidung Rechtsetzung/Rechtsprechung nicht kategorial.
- Prozess der zunehmend konkretisierenden Rechtsverwirklichung.
- Judikative hat auch Rechtsgestaltungsfunktion.
- Konsequenz:
 - Kein prinzipieller Unterschied zwischen Auslegung und Lückenfüllung; beides ist Konkretisierung des Gesetzes.
 - Keine originäre Aufgabenteilung Legislative/Judikative

Realität

- In vielen Fällen im traditionellen Sinne Subsumtion.
- aber Richterrecht ist auch die gerichtliche Praxisbildung (Konkretisierung der Norm).
- In diesem Sinne sehr grosse Bedeutung des Richterrechts.
- Funktional = Vollziehungsverordnung.

Beispiele

- Zivilrecht
 - Schadensbegriff
 - adäquate Kausalität
 - Produkthaftpflicht (OR 55)
- Strafrecht
 - Eventualvorsatz
 - Regeln für die Strafzumessung

Beispiele Verwaltungsrecht

- Allgemeines Verwaltungsrecht
- Kriterien formelle Enteignung Nachbarrechte (Werren-Praxis)
- Steuerumgehung
- indirekte Teilliquidation, Transponierung
- Dreieckstheorie
- Invaliditätsbegriff

Verfassungs-Richterrecht

Beispiele

- Konkretisierung unbestimmter Verfassungsgrundsätze
- Praxis zu aBV 4 (Willkürverbot, Treu u. Glauben usw.)
- ungeschriebene Grundrechte
- Konkretisierung geschriebener Grundrechte
- Interkant. Doppelbesteuerung

Ausgerechnet das Verfassungsrecht, das besonders direkt-demokratisch legitimiert sein müsste, ist mehr als jedes andere Recht geprägt von Richterrecht.

Völker-Richterrecht

Insbesondere: Internationaler Menschenrechtsschutz

- Konkretisierung durch internat. Gerichte

EGMR: nemo tenetur; Recht auf endlosen Schriftenwechsel

- Konkretisierung durch nationale Gerichte

BGer: Praxis zu Familiennachzug im Ausländerrecht

Der internationale Menschenrechtsschutz ist überwiegend nicht Staatsvertragsrecht, sondern Richterrecht.

Problematik des Richterrechts

- Beeinträchtigung materielles Legalitätsprinzip:
Rechtssicherheit/Rechtsgleichheit
- Beeinträchtigung formelles Legalitätsprinzip
(Gesetzesvorrang, Art. 164 BV)

Fragestellung:

1. Darf, soll oder muss der Gesetzgeber das Richterrecht kodifizieren?
2. Darf er dabei auch inhaltlich vom Richterrecht abweichen?

Legislatorische Kodifizierung von Richterrecht?

- Dürfen: Prima vista klar
- Müssen: Wer kann Gesetzgeber verpflichten?

Folgen bei Unterlassung:

- Echte Lücken: Ausfüllung durch Gericht
- Formeller Gesetzesvorbehalt für Eingriffe: kein Eingriff
- Positive Pflichten (Pflicht zum Strafen)?
- Sollen: Gesetzgeberisches Ermessen.

Beispiele für Kodifizierungen

- Produkthaftpflicht (PrHG)
- Eventualvorsatz (StGB 12.2)
- z.T. Regeln des allg. Verwaltungsrechts (z.B. ATSG 25, 53)
- Indirekte Teilliquidation (DBG 20a)
- Invaliditätsbegriff (ATSG 6-8)
- Familiennachzug (AuG 42 ff.)

Beispiele für unterlassene Kodifizierung

- Schadensbegriff
- adäquater Kausalzusammenhang
- Regeln der Strafzumessung
- interkantonale Doppelbesteuerung
- z.T. Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts

Kriterien für Kodifizierung

Richterrecht:

- elastischer, flexibler
- Rücksichtnahme auf Einzelfall
- weniger gut zugänglich

Gesetzesrecht:

- Starrer
- besser zugänglich
- demokratisch besser legitimiert
- Rechtsgleichheit besser gewährleistet

Hauptkriterium

Rechtssicherheit

Normadressaten müssen im Voraus aufgrund von Rechtsnormen wissen, wie die Rechtslage ist, nicht erst im Nachhinein durch gerichtliches Urteil.

- Kodifizierung, wenn Richterrecht so intransparent und widersprüchlich, dass nicht mehr überschaubar (z.B. nemo-tenetur-Praxis des EGMR).
- weniger nötig, wenn Richterrecht
 - in Literatur gut zusammengefasst (z.B. Doppelbesteuerung)
 - klar und einfach

Legislatorische Änderung des Richterrechts?

- Subsidiäres Richterrecht: Unproblematisch
- Beispiele:
 - Art. 26 ATSG: Verzugszins auch im Soz.vers.recht
 - Art. 20a DBG: indir. Teilliquidation/
Transponierung

Verfassungs- und Völker-Richterrecht?

- Haben auch die richterrechtlichen Konkretisierungen von Verfassung und Völkerrecht den Rang von Verfassung oder Völkerrecht?
- Wer konkretisiert primär Verfassung und Völkerrecht?
- Darf der Gesetzgeber z.B. konkretisieren:
 - rechtliches Gehör?
 - Rechtsgleichheit?
 - Verhältnismässigkeit?

Konkretisierung ohne (?) Änderung

Prozessgesetze konkretisieren verfassungsrechtlichen
Anspruch auf

- rechtliches Gehör
- unentgeltliche Rechtspflege
- Wiedererwägung

Dumont-Praxis

- Bundesgericht: Kein Abzug für Instandstellungsarbeiten neu erworbener vernachlässigter Liegenschaften; Rechtsgleichheit zwischen Erwerber einer renovierten und Erwerber einer nicht renovierten Liegenschaft.
- Art. 32 Abs. 2 DBG: "Bei Liegenschaften im Privatvermögen können die Unterhaltskosten, die Kosten der Instandstellung von neu erworbenen Liegenschaften, die Versicherungsprämien und die Kosten der Verwaltung durch Dritte abgezogen werden".

Direktzahlungen Landwirtschaft

- BGE 137 II 366: Verweigerung sämtlicher Direktzahlungen wegen Widerhandlung gegen Tierschutzvorschriften ist unverhältnismässig.
- LwG 170.2bis: "Bei Nichteinhaltung der für die landwirtschaftliche Produktion massgebenden Bestimmungen der Gewässerschutz-, der Umweltschutz- und der Tierschutzgesetzgebung kann die Kürzung und Verweigerung bei allen Direktzahlungsarten erfolgen."

Nachzählung bei Abstimmungen

- BGE 136 II 132: Bei sehr knappen Resultaten Anspruch auf Nachzählung auch ohne konkrete Unregelmässigkeiten, aufgrund (BPR und) BV 34.2.
- BPR 13.3: "Ein sehr knappes Abstimmungsergebnis erfordert nur dann eine Nachzählung, wenn Unregelmässigkeiten glaubhaft gemacht worden sind, die nach Art und Umfang geeignet waren, das Bundesergebnis wesentlich zu beeinflussen."

Familiennachzug

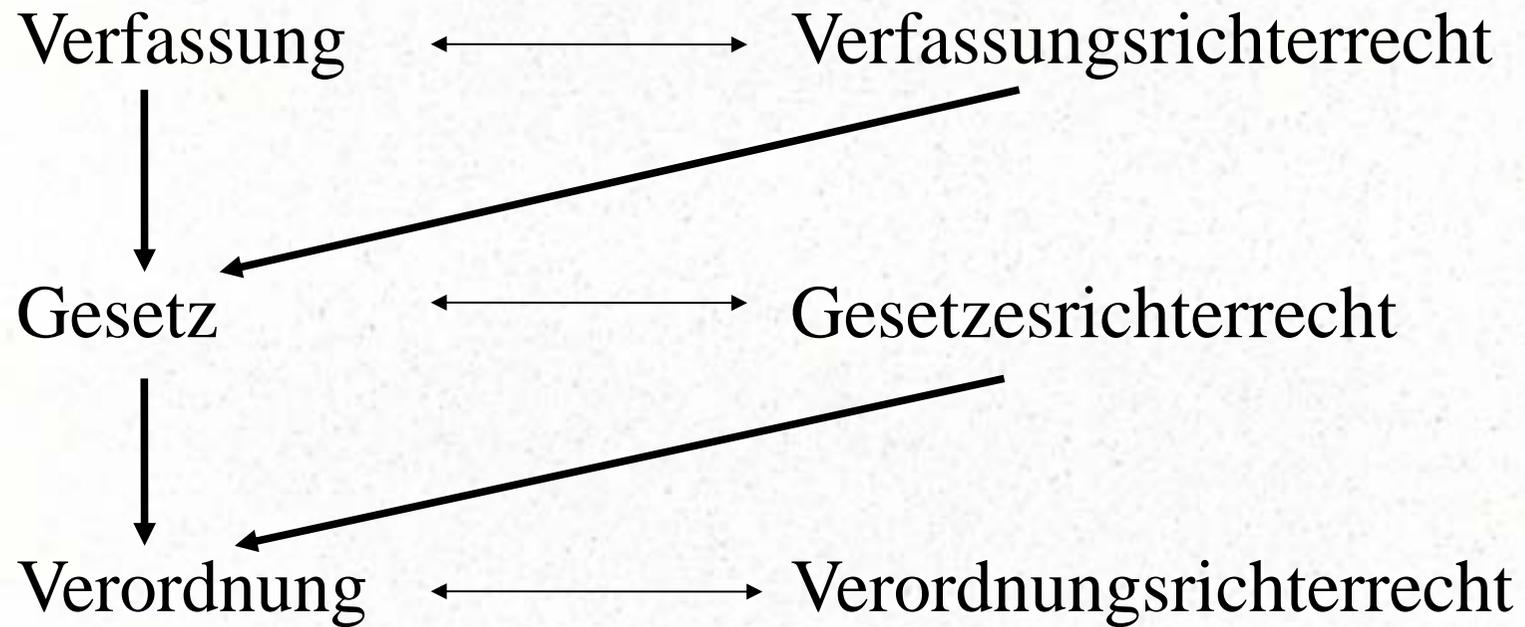
- BGer: *Anspruch* auf Familiennachzug auch wenn Aufenthaltsbewilligung, auf welche ihrerseits Anspruch besteht.
- AuG 44: "Ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung *kann* eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn ..."

Lösungsansätze

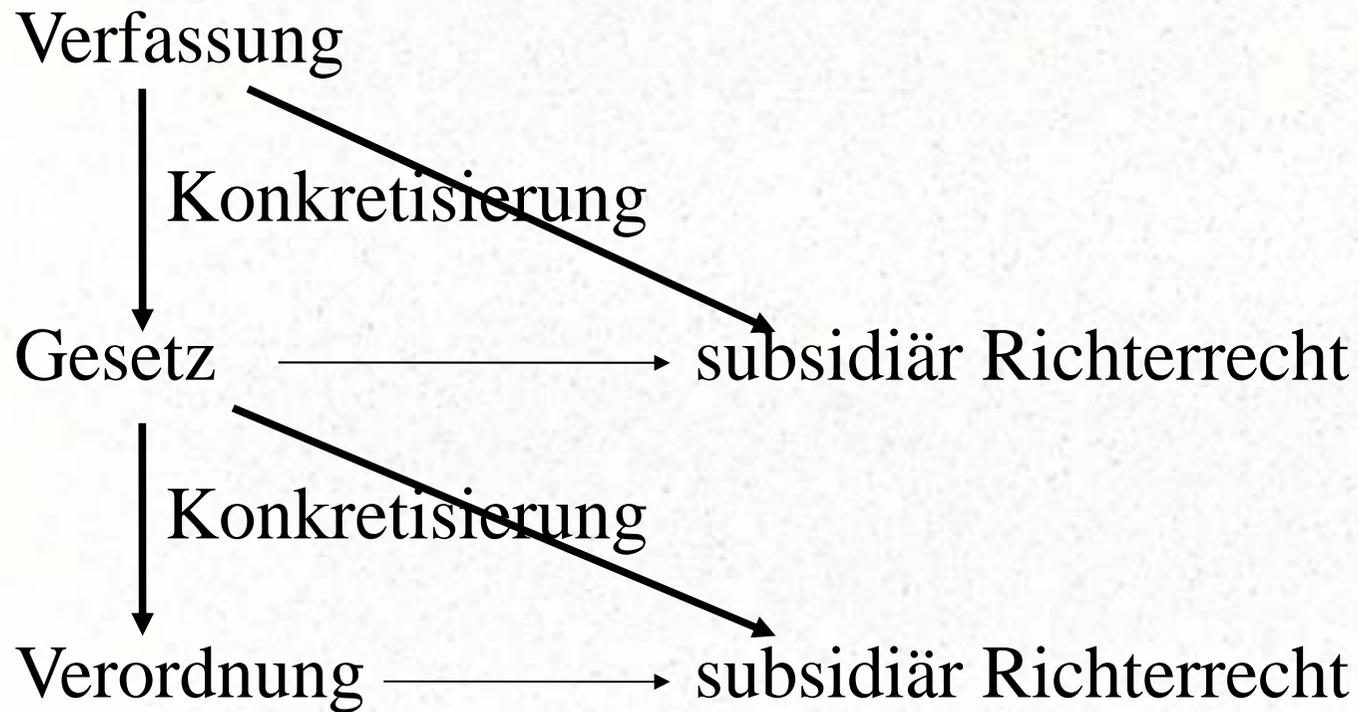
- Richterrecht erfüllt verfassungsmässigen
Gesetzgebungsauftrag: Gesetz kann von Richterrecht
abweichen (z.B. Doppelbesteuerung)
- Richterrecht konkretisiert Verfassung:
 - (a) Auslegung von Verfassungsbegriffen ist Sache
des Gerichts
 - (b) Konkretisierung der Verfassung ist Sache des
Gesetzgebers

Ist (a) oder (b) richtig?

(1) Richterrecht hat Rang der konkretisierten Norm



(2) Richterrecht steht tiefer als die konkretisierte Norm



(3) Richterrecht steht ausserhalb der Normenhierarchie

Verfassung
(oblig. Referendum)



Gesetz
(fak. Referendum)



Verordnung
(kein Referendum)



?

Richterrecht



?

Bundesgericht zu Gesetz/Verordnung

- Wo Gesetz weite Delegation enthält:
Ermessensspielraum des Verordnungsgebers.
- Auch Verwaltungsverordnungen können Gesetz konkretisieren.

Das heisst: Konkretisierung von Gesetzesbegriffen nicht ausschliesslich Sache des Gerichts.

Bundesgericht zu Verfassung/Gesetz

- Öff. Interesse: Konkretisierung durch Gesetz (BGE 138 I 378).
- Eigentumsbegriff: Konkretisierung durch Gesetz (BGE 118 Ib 38).
- Konkretisierung wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Steuerrecht
 - durch Gesetzgeber (BGE 140 II 157 E. 7)
 - aber Schranken (BGE 133 I 206; 136 I 49, 65)

Bundesgericht zu Völkerrecht/Landesrecht

- "Angemessene Vergütung" (WIPO-Vertrag):
Konkretisierung durch Gesetz (BGE 140 II 305; 133 II 263).
- EMRK: Familiennachzug: Beschränkte Konkretisierung durch Gesetz

Methodentheorie

- (1) Juristische Auslegung: *eine* richtige Antwort: Sache des Gerichts, sie zu finden.
- (2) Mehrere Auffassungen vertretbar: Gerichtlicher Entscheid bedeutet nicht zwingend, dass andere Lösung falsch wäre.

kein rechtslogischer Grund, dass nur die Justiz offene Spielräume konkretisieren kann

Frage der Machtverteilung