

Überschreiten nicht nur Politiker, sondern auch Gerichte die Gewaltenteilung?

In jüngster Zeit hat zu reden gegeben, dass von Seiten der Politik die von der Gewaltenteilung gezogene Grenze, die zum Schutze der richterlichen Unabhängigkeit errichtet ist, hin und wieder überschritten worden ist. Im Rahmen dieser Diskussion ist angeführt worden, die Justiz habe aber auch mehr und mehr in den Bereich eingegriffen, der eigentlich der Politik vorbehalten ist. Es wird am Platze sein, einen Blick auf die Umstände zu werfen, welche zu solchen Einflussnahmen der Gerichtsbarkeit geführt haben dürften.

Vermehrtes Rechtsschutzbedürfnis

In erster Linie scheint die Ursache darin zu liegen, dass mit der gewachsenen Komplexität des Lebens und der damit verbundenen verstärkten Reglementierung auch das Rechtsschutzbedürfnis der Individuen gestiegen ist. Dies bedeutet, dass immer mehr ursprünglich politische Entscheide richterlicher Überprüfung unterworfen werden, als Korrektiv zum wachsenden Staatseinfluss politischer Art. Die entsprechenden Gerichtsurteile betreffen allerdings Rechtsfragen, mit anderen Worten: das Sichern richtiger Rechtsanwendung. Das ist ja die eigentliche Aufgabe der Justiz. Allerdings kann das politische Auswirkungen haben. Das ist insbesondere der Fall, wenn Entscheide der politischen Behörden nicht genügend sorgfältig in den Rahmen der bestehenden Rechtsordnung eingepasst worden sind. Dies kommt gar nicht so selten vor. Denn das politische Denken ist von Interessen und Machtansprüchen dominiert. Dies beeinflusst auch den Blick auf Rechtsfragen. Hinzu kommt, dass die Rechtsordnung in gewissen Bereichen den Richtern **einen Beurteilungsspielraum oder ein Ermessen** einräumt. Das sind Bereiche, in denen Richter mehr Freiheit besitzen, doch immerhin juristisch vertretbar handeln müssen. Dies kann im Resultat als „politischer“ empfunden werden als logisch genau vorhersehbare Anwendungen strikter rechtlicher Vorgaben.

Es wäre ein Irrtum anzunehmen, die Richter würden mit derart in politische Richtung gehenden Urteilen spezifisch politische Ziele verfolgen. Dies liegt nicht in der Normalität ihrer Tätigkeit. Es ist ihnen aber in der Regel bewusst, dass und wo ihre Entscheide auch politische Auswirkungen haben können. Auf der Hand liegt das etwa, wenn das Bundesgericht über die Gültigkeit einer Abstimmung zu entscheiden hat. Massgebend ist jedoch dabei, ob etwas rechtlich Unzulässiges geschehen ist. Bei der Wertung, ob dieses auf den Abstimmungsausgang entscheidend Einfluss gehabt hat, ist jedoch eine ermessensmässige Abschätzung unvermeidlich, was natürlich leicht zu Meinungsverschiedenheiten darüber Anlass geben kann. Als das Bundesgericht über Kriterien der Bürgerrechtserteilung befinden musste, konnte es nicht ausbleiben, dass damit politische Sensibilitäten berührt wurden, obschon **auf Grund rechtlicher Grundsätze** entschieden wurde.

Solche Grundsätze, die aus den einzelnen Bestimmungen nicht ohne weiteres abgelesen werden können, sind der vorwiegend politisch denkenden Öffentlichkeit nicht selten zu wenig bekannt. Solche Grundsätze werden durch Gerichtspraxis und Rechtslehre weiterentwickelt, gewöhnlich aus guten, ja sogar zwingenden Gründen. Die öffentliche Meinung, die den Politikern näherliegt, hinkt mit ihrem Wissen und Verstehen dabei öfters hinten nach. Dies führt dann gelegentlich zu Kontroversen zwischen Politik und Juristerei. Aus solchen Situationen heraus das richterliche Ermessen eindämmen zu wollen oder den judiziari-schen Rechtsschutz abzubauen wäre indessen des öfters keine gute Lösung.

Die Skepsis gegenüber dem **Verbandsbeschwerderecht** entsteht allerdings nicht nur aus politischen, sondern auch aus wirtschaftlichen Gründen – wegen der Verzögerung oder Veränderung, ja Verhinderung wirtschaftlicher Projekte. Eine lange Erfahrung mit entsprechenden Bundesgerichtsurteilen bestärkt aber die Notwendigkeit von Verbandsbeschwerden. Diese korrigieren in auffallend vielen Fällen offensichtlich durch interessenbedingte Blindheit planender und vorentscheidender Stellen entstandene Abweichungen von der wirklichen Rechtslage.

Situationen richterlicher Zurückhaltung

Staatspolitische Überlegungen haben sogar zu richterlicher Zurückhaltung Anlass geben können. So hat das Bundesgericht aus dem Grundsatz, dass alle Rechtsunterworfenen vor dem Gesetz gleichgestellt sind – ein in der Bundesverfassung festgeschriebener Grundsatz – in jahrzehntelanger Praxis herauskristallisiert, dass willkürliche Behördenentscheide unzulässig sind. Unter Willkür versteht aber das Bundesgericht nur, was eine so stossende Interpretation des Rechts ist, dass sie schlechthin nicht mehr vertreten werden kann. Mit anderen Worten: Das Bundesgericht hebt eine vorinstanzliche Entscheidung, gegen die **Willkürlichkeit geltend gemacht** wird, nicht schon auf, wenn das Bundesgericht anstelle der Vorinstanz eher anders entschieden hätte. **Es hebt erst auf, wenn der vorinstanzliche Entscheid schlechthin nicht haltbar ist.** Diese Praxis von Entscheiden über Willkür schont vorinstanzliche, kantonale Entscheide, insbesondere solche politischer Behörden, vor schmalspuriger judiziarischer Überwachung. Ebenso ist die bundesgerichtliche Gewohnheit, von kantonalen Stimmberechtigten Beschlossenes **nicht ohne Not** aufzuheben, aus **Respekt des Gerichtes vor dem kantonalen Souverän entstanden.**

Es kann freilich denkbar sein, dass die weiter oben beschriebene, systembedingte Einwirkung der Justiz auf Politisches einzelne Richter in Versuchung bringen könnte, politischer zu denken und so ihre Macht über das hinaus zu erweitern, was die Gewaltenteilung eigentlich möchte. Vor Jahrzehnten hat der damalige Bundesgerichtspräsident Cavin, eine führende Richterpersönlichkeit, vor einer ähnlichen Situation gewarnt. Es handelte sich darum, die bei Beschwerden wegen behördlicher Willkür bestehende **beschränkte richterliche Entscheidungsbefugnis nicht allmählich auszudehnen.** Eine solche Ausdehnung bildete eine offensichtliche Versuchung aus dem richterlichen Bedürfnis, das richtige Recht durchzusetzen – an sich eine Aufgabe der Gerichte – und mehr als nötig in den Entscheidungsspielraum der Vorinstanz einzugreifen.

Was heisst „Verhältnismässigkeit“?

Umgekehrt mag es hie und da zu Diskussionen geführt haben, als das Bundesgericht das Gebot verallgemeinert anzuwenden besann, behördliche Entscheide müssten, wenn sie in die Rechte der Bürger eingreifen, den Verhältnissen angemessen bleiben. Dieses Verhältnismässigkeitsprinzip war ursprünglich nur dem Polizeirecht eigen. Das Bundesgericht erkannte mit der Zeit, dass für diesen Grundsatz im gesamten Verwaltungsrecht Geltung benötigt wird. Heute ist er in der Bundesverfassung verankert. Das schliesst in konkreten Fällen Meinungsverschiedenheiten allerdings nicht aus. Das liegt darin begründet, dass es sich um **eine Ermessensfrage** handelt. Man kennt das von unfriedlichen Polizeieinsätzen her: Die Polizei ist der Meinung, verhältnismässig gehandelt zu haben, die Betroffenen behaupten regelmässig das Gegenteil. Der Schreibende hat jedoch noch erlebt, was es heisst, dieses Prinzip nicht verallgemeinert anzuwenden. Das konnte zu absurden Urteilen Anlass geben. Beispielsweise wurde jemand wegen Störung der Sonntagsruhe bestraft, weil er vor der einsam abgelegenen Alphütte Holz spaltete, dies aber von einem Polizisten nur mithilfe eines Feldstechers von weitem überhaupt festgestellt werden konnte. Dasselbe geschah andern-

orts, weil jemand in seinem von der Strasse aus einsehbaren Vorgarten einige Blumenstöcke am Sonntag einpflanzte. **Das Verhältnismässigkeitsprinzip schützt** also nach seiner Entwicklung **vor übertriebenem wörtlichem Rechtsverständnis**. In den beiden Fällen spielte allerdings auch eine Rolle, dass die vom Bundesgericht damals abgewiesenen Beschwerden bloss Willkür geltend gemacht hatten. Dies geschah in einer Zeit, als das Bundesgericht aus Respekt vor dem Föderalismus – eigentlich einem politischen Prinzip – nur sehr zurückhaltend auf kantonale Willkür erkannte. In diesem Punkt war die von Cavin sonst mit Recht kritisierte Entwicklungstendenz der Rechtspraxis – hier **weg von reichlich weitgehender Schonung der Kantone** – für einmal eine kaum zutreffende Kritik.

Internationales Recht als Politikum

Als „politische Urteile“ werden heutzutage gelegentlich solche empfunden, die sich auf internationales Recht stützen und daher **als Einmischung in souveräne einheimische Rechtsschöpfung erachtet** werden. Solche Auffassungen sind unbegründet, wenn das internationale Recht – z.B. die Europäische Menschenrechtskonvention – in einem von der Schweiz abgeschlossenen Staatsvertrag enthalten ist. Dann beruht es ja auf dem eigenen Willen der Schweiz. Wenn trotzdem etwa Urteile des Menschenrechtsgerichtshofs nicht nur wegen ihres Inhalts, sondern an sich schon missfallen, so rührt das von einer politischen Abneigung gegen sogenannte „fremde Richter“ her. Diese Abneigung fusst vielfach auf einer archaischen Abstützung auf den Bundesbrief von 1291, der nicht geltendes Recht ist und historisch eine andere Bedeutung besass, als ihm bezüglich der Richter heute bisweilen absichtsvoll unterstellt wird. Heftig bemängelt worden ist in neuester Zeit der bundesgerichtliche Entscheid, demzufolge staatsvertragliches Recht den Vorrang vor später aufgestelltem, ihm widersprechendes Verfassungsrecht erhalten kann. Dabei spielt mit, dass nicht alle Leute den Vorrang des Völkerrechtes vor dem Binnenrecht anerkennen wollen. Letzten Endes geht es jedoch wohl eher um anderes. Nämlich, dass etwas **vertraglich Zugesichertes nicht durch eine Änderung des internen Rechts der einen Vertragspartei zunichtegemacht** werden kann. Dazu braucht es eine ordentliche Kündigung; etwas anderes widerspricht dem vertragsrechtlichen Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind und dabei Treu und Glauben gelten. Dies gilt ja nicht nur im Verhältnis zwischen Staaten. Auch eine Aktiengesellschaft kann einen Vertrag mit einem anderen Unternehmen nicht einfach unverbindlich machen, indem sie ihr Gesellschaftsreglement entsprechend abändert. Dieser Mechanismus wird aber öfters von Aussenstehenden verkannt. Er ist etwas Rechtliches und kein politischer Trick von richterlicher Hand.

Richterliche Weiterbildung des Rechts

In dem, was die höchstrichterliche Rechtsprechung zu besorgen hat, liegt auch die Fortentwicklung des Rechtes. Das heisst, die Umsetzung neuer, verbesserter Erkenntnis des geltenden Rechts. Dabei kann es in bestimmter Richtung gehen. Das Weiterentwickeln in diesem Sinn wird auch als „**Rechtspolitik**“ bezeichnet. Diese kann unter Umständen in eine den Politikern ausserhalb der Justiz nicht erwünschte Richtung gehen. Sie haben jedoch das Instrument der Gesetzgebung in der Hand, um ihrer Auffassung Verbindlichkeit zu verschaffen. Da Bundesgesetze laut Verfassung für alle rechtsanwesenden Behörden verbindlich sind, können sie sich dabei sogar über die Bundesverfassung hinwegsetzen. Da keine Verfassungsgerichtsbarkeit vorhanden ist, haben die Parlamentarier dabei grosse Macht. Der Menschenrechtsgerichtshof kann allerdings hier Einhalt gebieten, wenn seine spezifische Domäne nicht beachtet wird.

Ein Sonderfall politischer Priorität

In 42 Jahren beim Bundesgericht akkreditierter Berichterstattertätigkeit hat der Schreibende eigentlich nur ein eindeutig politischem Willen entsprungenes Urteil erlebt. Es ging um einen während des Krieges durch eine fremdenpolizeiliche Zurückweisung an der Schweizer Grenze geschädigtem jüdischen, aus Nazideutschland geflohenen Mann. Dieser forderte von der Eidgenossenschaft für die durch die Zurückweisung erlittene, schwere Unbill eine sechsstellige Summe. Das Bundesgericht konnte ihm diese von Gesetzes wegen nicht zusprechen, da sein Anspruch durch zu langen Zeitablauf gänzlich verwirkt war. Trotz der Abweisung seiner Klage sprach es ihm jedoch eine Prozessentschädigung in der gleichen Höhe zu, offiziell, weil er Gründe hatte, eine Klage zu versuchen, und weil ihm diese – er wohnte in einem anderen Erdteil – hohe Kosten verursacht hatte. Es war jedoch offensichtlich, dass das Bundesgericht hier nach einem Weg gesucht hatte, dem Mann, der Entsetzliches erlitten hatte, doch irgendwie Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, es habe dies **aus Scham und Bestürzung über die damalige Flüchtlingspolitik, also aus politischen Gründen, so geurteilt**. Dies rief zwar aus juristischen Gründen einigen kritischen Bemerkungen, die jedoch auffallende Zurückhaltung zeigten. Diese ungewöhnliche Entscheidungsfindung wäre übrigens nicht nötig gewesen, wenn der Bundesrat sich entschlossen hätte, ohne Anerkennung eines Rechtsanspruches und einer präjudiziellen Wirkung denselben Betrag aus Billigkeitsermessen zuzusprechen. Derlei ist nämlich bei andren Gelegenheiten auch schon geschehen.

Kommunikation unter Staatsgewalten und Druckversuche

Eine als Letztes zu erwähnende, hin und wieder vorkommende Vorgehensweise des Bundesgerichtes ist folgende, wenn es ein Urteil nicht so fällen darf, wie es aus seiner Sicht richtig wäre. Dies deshalb, weil das Gesetz es nicht zulässt. In solchen Fällen hat es auch schon in der **schriftlichen Urteilsbegründung** eine letzte Erwägung angefügt, **mit der es dem Gesetzgeber empfahl, das Gesetz entsprechend zu verbessern**, und ein Urteils-exemplar auch der Bundesversammlung zugestellt. Ein derartiger Appell an die Politik ist jedoch, genau besehen, keine Überschreitung der Gewaltentrennung und kein politischer, sondern ein rechtspolitischer Akt, d.h. ein der Justiz zustehendes Signal zur Rechtsfortbildung. Es geht nicht um ein Eingreifen des Gerichts in einen der Politik reservierten Bereich, sondern um eine Kommunikation einer die Politik angehenden Feststellung. Die Gewaltentrennung hat nicht die Meinung, dass Richter und Politiker überhaupt keine Kenntnis von Missständen erhalten sollten, welche die andere Seite vorgefunden hat. Die Gewaltentrennung ist, mit einem Ausdruck aus dem amerikanischen Verfassungsrecht gesprochen, auch ein System von „checks and balances“. Das heisst, ein System von Hemmungen und ausgewogenen Ausgleichen zwischen den verschiedenen Ausprägungen der Staatsgewalt. Wenn ein Gericht in der Gesetzgebung einen Missstand entdeckt, kann es diesen in der Regel nicht selber beheben. Es ist dann nötig, aber auch recht und billig, dass es das Problem an die zuständige andere Staatsgewalt weiterleitet, die dann aus ihrer eigenen Erkenntnis handeln kann. Dass dies eher von einem Gericht an die Politik zulässig ist als von der Politik an ein Gericht, trifft allerdings zu. Denn das Gericht soll unabhängig bleiben. Die Politik ist dagegen von ihrem Wesen her Interessen und Einflüssen ausgesetzt.

Das ist denn auch der Grund, warum ein Gericht sich Demonstrationen zugunsten einer bestimmten Urteilsfällung unzugänglich geben soll und Petitionen, die ein bestimmtes Urteil erwirken wollen, nicht entgegennehmen sollte. Es darf sich **nicht unter Druck setzen lassen**. Es wird hingegen nachträgliche Urteilskritik, insbesondere wissenschaftlicher Art, studieren und so auch allenfalls von Strömungen und Wünschen der öffentlichen Meinung Kenntnis nehmen sowie solches gedanklich verarbeiten. Dies dient einerseits der

Rechtsfortbildung und schützt andererseits vor einem Rückzug der Justiz in einen Elfenbeinturm, aus dem kommende Verlautbarungen weitab vom Denken und Empfindungen der Rechtsunterworfenen geraten. Gewaltenteilung hat nicht den Zweck, Volk und Richter einander geradezu zu entfremden.

Im Herbst 2020

*Roberto Bernhard
NHG Winterthur*