



Die Oberaufsicht der Parlamente über die Justiz: Die Interessenlage der Parlamente

Prof. Dr. iur. Hansjörg Seiler, Universität Luzern¹

1. Das Dogma der Unabhängigkeit der Justiz und seine innere Rechtfertigung

Wenn man von der parlamentarischen Oberaufsicht über die Gerichte spricht, wird man sofort mit dem Dogma der richterlichen Unabhängigkeit konfrontiert. Dogmen sollte man gelegentlich daraufhin befragen, weshalb sie entstanden sind, was ihre Funktion und ihr Sinn sind – und dann kritisch überprüfen, ob und inwiefern sie immer noch gerechtfertigt sind. Worin liegt die ideelle Rechtfertigung für das Dogma der Unabhängigkeit der Justiz?

In der ersten sog. gewaltenteiligen Verfassung der Neuzeit, dem 2. Agreement of the People von 1648, wird festgelegt, dass Sanktionen nicht durch Parlamentsbeschluss verhängt werden können, sondern nur von dafür vorgesehenen Amtsträgern nach vorausgegangenem Gesetz. Der Grundgedanke ist der: Es soll nicht die gleiche Person Gesetze erlassen und anwenden können, weil diese Person dann in Versuchung geraten könnte, entweder die Gesetze massgeschneidert zu eigenen Gunsten zu machen oder aber sich bei der Anwendung im Einzelfall souverän über die Gesetze hinwegzusetzen. Dass die gesetzgebende und die ausführende (exekutive und gerichtliche) Tätigkeit nicht in der gleichen Person vereinigt werden sollen, hat auch Montesquieu bei seiner Darstellung der englischen Verfassung festgestellt².

Die gleiche Überlegung legt auch Rousseau zu Grunde: Fundamental für Rousseau ist die strikte Trennung zwischen dem allgemeinen Gesetz und der Anwendung im Einzelfall. Letztere darf nie dem Souverän zustehen, weil dieser dann nicht die *volonté générale* statuieren, sondern Einzelfallgesetzgebung machen würde³.

Den Einzelfall sollen deshalb Gerichte gemäss dem allgemein festgelegten Gesetz entscheiden. In dieser Trennung von politischer Gesetzgebung und Anwendung dieser Gesetzgebung im Einzelfall liegt die ideelle und rechtstheoretische Begründung für die Unabhängigkeit der Justiz.

2. Richterliche Unabhängigkeit bedeutet nicht Unabhängigkeit gegenüber der Politik

Der Gesetzgeber übt politische Macht aus. Er soll deshalb demokratisch legitimiert und politisch verantwortlich sein. Es ist ein fundamentaler Grundsatz, dass keine staatliche Behörde unverantwortlich, selbstherrlich politische Entscheide trifft. Wer politische Macht ausübt, muss politischer, demokratischer Kontrolle unterstehen. Dem dienen die direktdemokratischen Instrumente, die Volkswahl der Parlamente und die direkt- oder indirektdemokratische Wahl der Regierung sowie die Möglichkeit, Parlamente und Regierungen auch wieder abzuwählen, wenn sie ihre Sache politisch nicht richtig machen. Die politischen Behörden müssen also gegenüber dem Souverän – dem Volk – verantwortlich und rechenschaftspflichtig sein.

Demgegenüber sollen die Gerichte unabhängig sein. Aber diese Unabhängigkeit darf nicht als Unabhängigkeit gegenüber der Politik missverstanden werden. Im Gegenteil: Die Gerichte wenden Gesetze an; die Gesetze werden von der Politik erlassen. Richterliche Unabhängigkeit besteht nur im Rahmen der Gesetzesbindung. Das Gewaltenteilungsmodell, welches dem Dogma der richterlichen Unabhängigkeit zugrunde liegt, bezweckt eben gerade, dass im Einzelfall aufgrund des Gesetzes entschieden wird und nicht aufgrund von sachfremden anderen Kriterien. Unabhängigkeit der Justiz will also gerade die Bindung an das Gesetz sicherstellen und damit an den Gesetz gewordenen politischen, demokratischen Willen.

3. Gerichte sind verantwortlich für die Einhaltung der Gesetze

Gerade der vielfach als Vater der Gewaltenteilung betrachtete Montesquieu hat betont, dass die legislative Körperschaft kontrollieren muss, ob die von ihr geschaffenen Gesetze richtig angewendet werden⁴. Wenn die Gerichte sich über die Gesetze hinwegsetzen, dann handeln sie entgegen dem demokratischen Willen. Demokratie und Volkssouveränität würden

illusorisch, wenn staatliche Instanzen sich über die politisch erlassenen Gesetze hinwegsetzen könnten, ohne zur Rechenschaft gezogen zu werden. Jeder Beamte und jeder Gemeinderat wird kontrolliert und zur Rechenschaft gezogen, wenn er das Recht missachtet. Warum sollte für ein Gericht, welches das Recht missachtet, grundsätzlich anderes gelten?

Die strikte Auffassung, welche jede inhaltliche, materielle Aufsicht über die Rechtsprechung ablehnt, basiert auf der idealen Vorstellung, dass Richterinnen und Richter von Amtes wegen ohne Fehl und Tadel sind. Das mag weitgehend zutreffen, aber sicher nicht zu hundert Prozent. Eine Staatstheorie, welche darauf beruht, dass die Amtsinhaber ideale Menschen sind, war schon immer utopisch und gefährlich. Wenn Gerichte das Recht missachten, dann muss als *ultima ratio* die Aufsichtsbehörde intervenieren können. Das bedingt, dass diese sich auch inhaltlich mit der Arbeit der Gerichte auseinandersetzt.

4. Gerichte sind rechtsetzend

Hinzu kommt ein Weiteres: Wir wissen alle, dass das Bild des Gerichts, welches bloss im Einzelfall die vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze anwendet, nur begrenzt zutrifft. Die Gerichte sind nicht bloss *bouche de la loi*, sondern sie setzen in einem erheblichen Umfang selber Recht. Sie füllen Lücken im Gesetz und bilden damit Richterrecht. Sie füllen aber nicht nur Lücken im positiven Recht, sondern sie schreiben unter Berufung auf verfassungs- oder völkerrechtliche Grundsätze dem Gesetzgeber auch vor, was er entscheiden darf.

Ein kantonales Parlament versuche zum Beispiel ein Baugesetz zu erlassen, also ein Gesetz in einem Bereich, in dem eigentlich unbestritten die Kantone zuständig sind. Das Parlament ist meilenweit davon entfernt, souverän nach seinen politischen Vorstellungen ein Gesetz zu gestalten, wie man sich das eigentlich als Aufgabe des Gesetzgebers vorstellen würde. Im Gegenteil findet es sich in einem unendlich dichten Gestrüpp von Vorgaben, die es beachten muss. Einige

¹ Der Autor ist hauptamtlicher Verwaltungsrichter in Bern und nebenamtlicher Bundesrichter. Er vertritt die hier vorgetragenen Ansichten ausschliesslich aus persönlicher und wissenschaftlicher Optik und spricht in keiner Weise für die Gerichte, für die er tätig ist.

² Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, XI. Buch 6. Kap. § 4-6. Dazu und zu einer bisweilen anzutreffenden Fehlinterpretation von Montesquieu s. Hansjörg Seiler, *Gewaltenteilung - Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, Bern 1994, S. 18 ff.

³ Rousseau, *Contrat Social*, II. Buch 6. Kap.

⁴ Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, XI. Buch 6. Kap. § 29 und 44.



dieser Vorgaben stammen vom Bundesgesetzgeber, die meisten aber von den Gerichten: Das Bundesgericht und ihm gehorchend die Verwaltungsgerichte haben eine Praxis geprägt, die als verbindliche Vorgabe gilt. Diese Vorgaben sind nur teilweise vom politischen, demokratisch legitimierten Gesetzgeber so entschieden worden; manche hat das Bundesgericht selber richterrechtlich entwickelt. Auch wenn ein kantonales Parlament einen Eigenmietwert festsetzen will, sagt ihm das Bundesgericht genau, was es tun darf und was nicht⁵. Das Bundesgericht beruft sich dabei auf die Bundesverfassung. Es hat aber nie einen politischen Entscheid des Bundesverfassungsgebers über die richtige Höhe des Eigenmietwerts gegeben. Was das Bundesgericht als verfassungsrechtliche Vorgabe ausgibt, steht so nicht in der Verfassung. Die Lösung des Bundesgerichts ist vertretbar, aber es gäbe wohl auch andere vertretbare Lösungen. Nach dem Gewaltenteilungsmodell, welches dem Dogma der Unabhängigkeit der Gerichte zugrunde liegt, ist es Sache der Politik, der Gesetzgebung, zwischen mehreren vertretbaren Entscheiden auszuwählen. Wenn die Gerichte diese Entscheide treffen, dann üben sie damit eine politische Funktion aus.

Ich möchte nicht falsch verstanden werden: Richterrecht ist nicht an sich schlecht. Richterliche Lückenfüllung ist notwendig, weil das positive Recht zwangsläufig lückenhaft ist. Und in einem gewissen Rahmen ist auch richterliche Rechtsfortbildung legitim. Nur muss man sich bewusst sein, dass das Gericht, wenn es Richterrecht bildet, nicht mehr in derjenigen Funktion tätig ist, welche dem Dogma der gerichtlichen Unabhängigkeit zugrunde liegt; es handelt dann nämlich *modo legislatoris*, "als Gesetzgeber", wie Art. 1 Abs. 2 ZGB trefflich sagt.

5. Rechtsetzung braucht politische Legitimation

Wenn ein Gericht *modo legislatoris* tätig wird, handelt es nicht mehr in der Rolle, welche das Gewaltenteilungsmodell, das dem Dogma der Unabhängigkeit der Justiz zugrunde liegt, für die Justiz vorgesehen hat; es übt vielmehr eine Funktion aus, die nach diesem Bild an sich dem Gesetzgeber zustünde. Damit vereinigt es – systemwidrig – rechtsetzende und rechtsprechende Gewalt und wirft so das Gewaltenteilungs-

dogma, auf dem die richterliche Unabhängigkeit beruht, über den Haufen. Zugleich übt es damit eine politische Funktion aus. Wer politische Macht ausübt, soll demokratisch legitimiert und politisch verantwortlich sein, denn andernfalls würden die Einflussmöglichkeiten des demokratischen Prozesses unhaltbar reduziert.

Wenn nicht alles trügt, nimmt das Richterrecht laufend zu. Die Gerichte, begonnen beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, gefolgt vom Bundesgericht bis hin zu unterinstanzlichen Gerichten, getrieben von der nicht einhelligen, aber mehrheitlichen Lehre, werkeln wacker am Richterstaat und demontieren den Gesetzgebungsstaat. Die Gerichte entscheiden nicht nur, wie hoch der Eigenmietwert sein muss oder darf, sie befinden auch darüber, was für eine Einbürgerungs- oder Ausländerpolitik ein Staat betreiben darf, wo man aus- und einzuziehen darf, wie Straf- und Zivilgesetze aussehen dürfen, und wie lange ein Schriftenwechsel dauern muss, bevor man ihn endlich abschliessen kann⁶. Kurz: Die Gerichte üben nicht immer, aber immer öfter politische Macht aus. Warum soll diese Macht ohne politische Kontrolle und Verantwortlichkeit zulässig sein? Warum soll jeder Gemeinderat politisch verantwortlich sein, wenn er über den Bau eines Trottoirs oder eines Hunde-WC befindet, nicht aber ein Gericht, wenn es dem Gesetzgeber vorschreibt, was er tun darf?

6. Richterliche Rechtsetzung + richterliche Unabhängigkeit = Entdemokratisierung der Rechtsetzung

Die Rechnung ist einfach: Wenn die Gerichte immer mehr in die Politikgestaltung eingreifen ohne demokratischer, politischer Kontrolle zu unterstehen, dann entzieht sich ein immer grösserer Teil der Politik der demokratischen Legitimation und Gestaltbarkeit. Die Grundsatzfrage lautet: Wollen wir demokratisch regiert werden, oder aber durch eine Hohepriesterschaft, welche in eigener Machtvollkommenheit besser als der demokratische, politische Prozess in der Lage ist, das Richtige zu entscheiden? Wenn wir das Zweite wollen, dann wären konsequenterweise die Parlamente abzuschaffen oder zumindest ihre Aufgabe darauf zu reduzieren, die Gerichte zu wählen, soweit man nicht auch das lieber durch Kooptation erledigen möchte, um ja alle politischen

Einflüsse auszuschalten. Legt man aber weiterhin Wert auf Demokratie und politische Gestaltung, dann muss man die Gerichte auch in die politische Verantwortung und in die demokratische Diskussion einbinden, *soweit* – ich betone: soweit – sie politische Funktionen wahrnehmen.

Es wird befürchtet, damit werde die Justiz politisiert. In einem gewissen Sinne ja: Aber man kann nicht den Fünfer und das Wegli haben. Besonnene Stimmen warnen seit langem: Je mehr die Politik verrechtlicht wird, je stärker der Richterstaat wird und je schwächer der Gesetzgebungsstaat, umso mehr wird die Justiz politisiert. Das ist zwangsläufig. Aber die Warnungen fruchten nichts; der *legal Main Stream* treibt weiter Richtung Richterstaat: Man führt eine Rechtsweggarantie ein für alles und jedes⁷, man postuliert Verfassungsgerichtsbarkeit, man engt den politischen Gestaltungsspielraum durch richterrechtliche Konkretisierungen vager verfassungs- und menschenrechtlicher Prinzipien immer mehr ein. Dann muss man konsequent sein und akzeptieren, dass die Justiz eine politische Funktion hat. Insoweit kann sie logischerweise nicht entpolitisiert bleiben.

7. Konsequenzen für die parlamentarische Oberaufsicht

Was heisst das für die parlamentarische Oberaufsicht? Sie kann nicht strikt auf eine rein formelle begrenzt werden. Sie kann und soll auch die inhaltliche Rechtsprechung verfolgen. Dabei ist die Optik aber nicht auf den konkreten Einzelfall gerichtet. Das Parlament hat nicht einzelne gerichtlich entschiedene Fälle zu überprüfen oder gar aufzuheben. Was entschieden ist, ist entschieden. Noch weniger darf es sich in die Beurteilung hängiger Fälle einmischen.

Hingegen darf und soll die Oberaufsicht die Tendenzen der Rechtsprechung auch inhaltlich verfolgen. Das ist einerseits schon ein Element der Gesetzesevaluation. Ein guter Gesetzgeber muss wissen, wie sich die Gesetze in der Realität auswirken. Dazu muss er sich Rechenschaft ablegen, wie die Gesetze von den Gerichten angewendet werden, damit er allenfalls korrigierend eingreifen kann, wenn die Gerichte das Gesetz anders verstehen, als der Gesetzgeber sie gemeint hat.

Andererseits ist es eben ein Element der politischen Verantwortlichkeit, die un-

⁵ Z.B. BGE 124 I 145 E. 4, 193 E. 3, 125 I 65 E. 3.

⁶ Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass die Gerichte (und auch die einzelnen Abteilungen des Bundesgerichts) in sehr unterschiedlichem Masse zu einem richterrechtlichen Aktivismus neigen, und dass es generell in der Schweiz bisher weniger die Gerichte sind, welche einen solchen Aktivismus vorantreiben, als vielmehr ein erheblicher Teil der (vor allem jüngeren) Lehre, die dazu tendiert, mit immer neuen "verfassungsrechtlichen" Entdeckungen den Spielraum der Politik einzuengen. Es ist wichtig, längerfristige Tendenzen zu betrachten, insbesondere auch die Entwicklung einer von politischer Legitimation weitgehend losgelösten Gerichtsbarkeit auf internationaler Ebene.

⁷ Art. 29a BV (in der Fassung vom 12. März 2000, noch nicht in Kraft gesetzt).



ausweichlich ist, soweit Gerichte *modo legislatoris* tätig sind.

Wenn die parlamentarische Oberaufsicht einzelne Urteile betrachtet, dann nicht im Hinblick auf den konkreten entschiedenen Einzelfall, sondern im Hinblick darauf, was dieses Urteil für künftige Fälle für eine Bedeutung hat, ob diese Tendenz politisch erwünscht ist und ob allenfalls eine politische Korrektur der Richtung angebracht ist. In diesem Sinn darf die Oberaufsicht die politische Bedeutung gerichtlicher Urteile würdigen und einen allenfalls sich daraus ergebenden politischen Handlungsbedarf diskutieren.

Das heisst nicht, dass die parlamentarische Aufsicht dem Gericht vorschreiben darf, wie es zu entscheiden hat. Die Rollenverteilung lautet so, dass die Gerichte das entscheiden, was die politische Rechtsetzung offen gelassen hat. Diese Rollenteilung darf nicht während dem laufenden Spiel rückwirkend geändert werden⁸. Aber sie darf natürlich *pro futuro* geändert werden. Der Gesetzgeber hat nicht das Rechtsetzungsmonopol, aber er hat den Rechtsetzungs*primat*. Und wenn das Richterrecht in eine Richtung geht, die dem Gesetzgeber nicht gefällt, dann hat dieser das Recht, auf dem Wege der Gesetzgebung einzugreifen und die gerichtliche Praxis auf die demokratisch gewollte Bahn zu lenken.

8. Kooperation statt Konfrontation

Dass im Verhältnis zwischen Parlament und Regierung entgegen doktrinären Gewaltenteilungsphantasien nicht ein Verhältnis strikter Trennung, sondern ein kooperatives Verhältnis besteht, war in der Praxis immer schon selbstverständlich und hat sich mittlerweile sogar in der Wissenschaft herumgesprochen. Und genauso ist es auch im Verhältnis zwischen Parlamenten und Gerichten, *soweit* diese eine politische Funktion ausüben: Ein kooperatives Verständnis bedeutet nicht eine Einwegkommunikation, in welcher die Parlamente befehlen. Aber es bedeutet eine Diskussion über Inhalte der richterlichen Rechtsetzung. Vielleicht ist diese Rechtsetzung ja so gut, dass auch das Parlament sie überzeugend findet und mit Freude und Dankbarkeit die richterliche Unterstützung zur Kenntnis nimmt. Aber vielleicht entdeckt die parlamentarische Oberaufsicht auch Mängel, Lücken, Inkonsequenzen, politisch Ungewolltes im richterlichen Recht. Dann wird sie dies zumindest mal thematisieren.

Vielleicht lässt sich umgekehrt die gerichtliche Seite überzeugen und ändert ihr Richterrecht. Vielleicht beharrt sie darauf. Dann muss die parlamentarische Seite zum Wege der Gesetzgebung greifen.

9. Eine Schlussbemerkung

Je mehr die Justiz den Gestaltungsspielraum der Politik eingrenzt, umso wichtiger ist eine minimale demokratische Rückkopplung der Justiz. Die Akzeptanz richterlicher Entscheide in der Öffentlichkeit ist auf die Dauer nur zu erhalten, wenn sich auch die Justiz ihrer politischen Funktion bewusst wird. Sie darf sich nicht gegenüber demokratischer Kritik abschotten, sondern muss sich dem Dialog mit der Politik stellen. Die parlamentarische Oberaufsicht ist in einem zeitgemässen Verständnis das Gefäss für einen solchen Dialog.

⁸ Deshalb hat sich die parlamentarische Oberaufsicht nicht mit hängigen Gerichtsällen zu befassen.