

Urs Saxer (Hrsg.)

# Kommunikation der Gerichte

Recht und Praxis

Tagungsband



# Inhaltsverzeichnis / Sommaire

URS SAXER	
Die Justiz als verkannte Staatsgewalt?	1
REGINA KIENER / ANJA MARTINA BINDER	
Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte im Spannungsfeld der Staatsgewalten	13
HEINZ AEMISEGGER	
Kommunikation durch das Bundesgericht	33
STEPHAN WULLSCHLEGER	
Möglichkeiten und Grenzen der gerichtlichen Kommunikation mit Bezug auf konkrete Verfahren	53
MARKUS METZ / ISABELLE HÄNER	
Kommunikation in öffentlichkeitswirksamen Verwaltungsprozessen	71
BERTIL COTTIER	
Les relations entre les tribunaux fédéraux et la presse Vers moins de frilosité et plus d'ouverture	85
Verzeichnis der Autoren	113

---

# Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte im Spannungsfeld der Staatsgewalten

REGINA KIENER / ANJA MARTINA BINDER

## Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage: Stille Gewalt?	13
II. Kommunikationsmittel	15
A. Formale Kommunikation	16
1. Geschäftsberichte	16
2. Formalisierte Treffen und Aussprachen	18
3. Expertenkommissionen	19
4. Gerichtsurteile	20
B. Informale Kommunikation	20
1. Appellentscheide	21
2. Obiter dicta	22
III. Spannungslagen	24
A. Kommunikation als Annexaufgabe	24
B. Folgerungen für die Öffentlichkeitskommunikation	25
1. Formale Kommunikation	25
2. Informale Kommunikation	27
IV. Würdigung	29
V. Ergebnis: (K)ein Kampf ums letzte Wort	31

## I. Ausgangslage: Stille Gewalt?

Gerichte gelten – in den Worten des deutschen Soziologen Rüdiger Lautmann – als die «Stille Gewalt».<sup>1</sup> Im Vergleich zu den anderen Gewalten arbeitet die dritte Gewalt im Staat tatsächlich zurückgezogen und still. Aber auch Gerichte kommunizieren, und es wird über die Gerichte und ihre Mitglieder gesprochen. Die Justiz ist mithin nicht nur

---

<sup>1</sup> LAUTMANN RÜDIGER, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungs-soziologische Analyse, Wiesbaden 2011.

Objekt von Informationshandlungen, sondern auch deren Subjekt. Will man der Presse glauben, sind richterliche Urteile mitunter von solcher kommunikativer Gewalt, dass sie eigentliche Staatskrisen auslösen<sup>2</sup> oder sogar einen «stillen Staatsstreich»<sup>3</sup> bewirken.<sup>4</sup>

Der vorliegende Text soll aufzeigen, in welcher Art und Weise die Justiz ihre Tätigkeiten und Anliegen den anderen staatlichen Gewalten übermittelt und welche Spannungslagen sich daraus ergeben können. Das Schrifttum hat die Konflikte im kommunikativen Verhältnis der Staatsgewalten bislang vor allem aus der Perspektive der politischen Gewalten beleuchtet.<sup>5</sup> Es ist unbestritten, dass Unmutsäusserungen von Mitgliedern der Parlamente und Regierungen gegenüber der Justiz geeignet sind, eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit zu bewirken und das Ansehen der Justiz in der Öffentlichkeit herabzusetzen. Bekannte Beispiele sind die mitunter im Anschluss an missliebige Urteile ergehenden Urteilsschelten; in Einzelfällen haben Mitglieder des Parlaments den am umstrittenen Urteil beteiligten Richtern bei der Wiederwahl auch schon die Stimme verweigert. Für solche «Denkzettelwahlen» besonders gefährdet sind erfahrungsgemäss jene Richterinnen und Richter, welche über Grundrechtsfragen befinden oder im Ausländer- und Asylrecht urteilen<sup>6</sup>. Notorisch ist denn auch die Unterstellung eines ehemaligen Justizministers, die frühere Asylrekurskommission habe in Einzelfällen gezielten Rechtsbruch betrieben.<sup>7</sup> Diese Beispiele öffentlicher Drohgebärden und Diffamierungen sind bekannt, ihre staatspolitische Fragwürdigkeit ist unbestritten. Es ist nur folgerichtig, dass die

---

<sup>2</sup> «<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Das-Quintett-dessen-Urteil-eine-Staatskrise-ausloeste/story/13060171?track>», zuletzt besucht am 13. November 2013.

<sup>3</sup> «Neue Zürcher Zeitung», vom 6. März 2013, S. 23, Gastkommentar von Nationalrat C. Blocher.

<sup>4</sup> Nächste Eskalationsstufe ist die «Richterdictatur», so ausdrücklich die «Weltwoche» vom 14. Februar 2013, S. 18, Kommentar von Nationalrat C. Mörgeli.

<sup>5</sup> Vgl. insb. ZIMMERLI ULRICH, Wenn die Politik Druck macht – Richtertätigkeit unter Beeinflussungsversuchen, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 4/2009.

<sup>6</sup> KIENER REGINA, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 21, Rz. 39 m.w.H.

<sup>7</sup> Untersuchung von öffentlichen Aussagen des Vorstehers des EJPD zu Gerichtsurteilen, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 10. Juli 2006, BBl 2006, 9051 ff., 9060 ff.

Bundesversammlung einzelne solche Vorgänge kritisch untersucht und in ihren Berichten die Grenzen aufgezeigt hat, welche die politischen Behörden bei der Justizkritik beachten müssen.<sup>8</sup>

Bislang nicht im Fokus steht die Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte selber. Stille Gewalt hin oder her – kann nicht auch das Kommunikationsverhalten der Gerichte Auswirkungen auf die anderen staatlichen Akteure haben? Was wäre, wenn nicht nur die Politik Druck machte, sondern auch die Justiz? Die Fragestellung mag auf den ersten Blick abwegig erscheinen. Indessen sind die Gerichte institutionell in vielfältige Beziehungen zu den anderen Staatsgewalten – vorab zu den Parlamenten – und damit auch in entsprechende kommunikative Verbindungen eingebunden. Justizkommunikation findet aber auch ausserhalb institutioneller Bindungen statt. So richten sich gewisse Gerichtsurteile wie etwa Appellentscheide explizit an den Gesetzgeber und drücken – das ist das Wesen eines Appellentscheids – die Erwartung auf Vornahme einer bestimmten politischen Handlung aus, in der Regel auf Erlass oder Änderung von gesetzlichen Bestimmungen. Kann sich nicht auch hier ein Spannungsfeld eröffnen, weil das Gericht damit die Regelungsprärogative des Gesetzgebers in Frage stellt?<sup>9</sup> Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen. Im Mittelpunkt steht jene Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte, welche andere staatliche Akteure anspricht, sei dies direkt oder auch nur indirekt. Mit welchen Mitteln also kommunizieren die Gerichte im gewaltenteiligen Staatsgefüge? Welche Spannungslagen können sich dadurch einstellen – und wie sind sie aus der staatsrechtlichen Optik zu würdigen?

## II. Kommunikationsmittel

Die Gerichte kommunizieren mit unterschiedlichen Mitteln und Formen und sprechen dabei je andere Empfänger an. Im Blickpunkt stehen hier

---

<sup>8</sup> Vgl. zum Beispiel Untersuchung von öffentlichen Aussagen des Vorstehers des EJPD zu Gerichtsurteilen, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 10. Juli 2006, BBl 2006, 9051 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu auch RYTER MARIANNE, Justiz und Öffentlichkeit – ein paar Gedanken, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 4/2008, Rz. 4.

jene Kommunikationen, die sich – direkt oder indirekt – an andere staatliche Akteure richten. Dabei lassen sich formale und informale Kommunikationen unterscheiden. In beiden Konstellationen erfolgt die Kommunikation ausserhalb der in der Kommunikationsgesellschaft sonst üblichen Mittlerfunktion der Medien, ohne aber deshalb weniger öffentlichkeitsgerichtet zu sein.

## **A. Formale Kommunikation**

Als formale Kommunikationen werden hier jene kommunikativen Handlungen der Gerichte bezeichnet, welche ihre Grundlage in der Verfassung, im Gesetz oder in einer Verordnung finden und andere staatliche Akteure als direkte und primäre Adressaten haben.

### **1. Geschäftsberichte**

Das wichtigste formale Kommunikationsmittel sind die jährlichen Geschäftsberichte, mit denen die Gerichte ihre Aufsichtsbehörden in konsolidierter und strukturierter Weise über den Geschäftsgang des vergangenen Jahres informieren.<sup>10</sup> Die Berichte dienen vorab der Rechenschaftsablage. Im Licht der vorliegenden Fragestellung sind sie insofern von Interesse, als sie teilweise auch eine Rubrik enthalten, unter welcher das Gericht seine «Hinweise an den Gesetzgeber» kommuniziert und so auf die in der Rechtsprechung erkannten Mängel der Gesetzgebung aufmerksam macht. Während die Gerichte des Bundes dieses Instrument regelmässig nutzen, ist es auf der kantonalen Ebene nicht durchgängig bekannt.

Über die blosser Mitteilung von Mängeln in der Gesetzgebung hinaus machen die Gerichte dem Gesetzgeber mitunter auch konkrete Vorschläge, wie diese behoben werden können, oder sie bieten dem Ge-

---

<sup>10</sup> Vgl. u.a. BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2007, Art. 169 BV, Rz. 18; HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, Kommentar zum GOG, Zürich/Basel/Genf 2012, § 79 GOG, Rz. 6 ff.; MASTRONARDI PHILIPPE, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2008, Art. 169 BV, Rz. 24; KOLLER HEINRICH, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.) BSK BGG, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 3 BGG, Rz. 58 ff.

setzgeber sogar direkte Hilfestellung in laufenden Gesetzgebungsverfahren an, etwa indem die Regelungsspielräume aufgezeigt werden, welche das übergeordnete Recht dem Gesetzgeber in der Einschätzung des Gerichts belässt. So hat das Bundesgericht in seinem Geschäftsbericht 2012 unter der Rubrik «Hinweise an den Gesetzgeber» auf die hängige Revision des Kartellsanktionsverfahrens Bezug genommen und darauf hingewiesen, dass aufgrund eines in der Berichtsperiode ergangenen Urteils die geltende kartellrechtliche Zuständigkeitsordnung nicht gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstosse, eine institutionelle Änderung des Sanktionsverfahrens in diesem Punkt mithin nicht zwingend sei.<sup>11</sup> Solche «abstrakten» Hinweise sind indessen selten, da sich die Vollzugstauglichkeit von Normen in der Regel erst im konkreten Anwendungsfall zeigt. Eine Analyse der bundesgerichtlichen «Hinweise an den Gesetzgeber» belegt, dass in der Regel ein bestimmtes Urteil Anlass zu einem Hinweis an den Gesetzgeber gab,<sup>12</sup> mithin dieses Instrument benutzt wird, um konkrete Probleme der Rechtsanwendung an den Gesetzgeber zu tragen.<sup>13</sup> Mitunter werden auch Systemschwächen in der Gesetzgebung aufgezeigt, die erst durch die Praxis aufgedeckt wurden. Beispielsweise hat das Bundesgericht dem Gesetzgeber im Geschäftsbericht 2011 nahegelegt, eine gesetzliche Grundlage für die innerkantonale Anfechtungsmöglichkeit von Entscheiden der kantonalen Handelsgerichte zu schaffen.<sup>14</sup> Weil die Handelsgerichte nach Massgabe von Art. 6 Abs. 1 ZPO als einzige kantonale Instanz amten, sah sich das Bundesgericht nicht nur mit einer deutlichen Mehrbelastung durch ent-

---

<sup>11</sup> Geschäftsbericht 2012 des Bundesgerichts, S. 19. Der die bundesrätliche Botschaft erstberatende Ständerat sprach sich denn auch gegen die vom Bundesrat vorgeschlagene grundsätzliche Institutionenreform (Schaffung eines Wettbewerbsgerichts) aus (Amtl.Bull. SR 2013, 329). In der Beratung wurde explizit darauf hingewiesen, dass das Festhalten an den bisherigen Institutionen nicht gegen die EMRK verstosse (vgl. Amtl.Bull. SR 2013, 326).

<sup>12</sup> Ausnahmsweise sind auch Hinweise der Verwaltungskommission enthalten, die sich nicht auf ein Urteil stützen, so z.B. der Hinweis, dass die Bezeichnung der eidgenössischen Gerichte immer wieder Anlass zu Verwechslungen gebe (Geschäftsbericht 2009 des Bundesgerichts, S. 15).

<sup>13</sup> Die Hinweise an den Gesetzgeber im Geschäftsbericht 2009 etwa ergingen u.a. aufgrund der Entscheide BGE 135 IV 113 E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 1C\_275/2009 vom 1.10.2009 und Urteil des Bundesgerichts 9C\_488/2009 vom 16.12.2009 (vgl. Geschäftsbericht 2009 des Bundesgerichts, S. 15 ff.).

<sup>14</sup> Geschäftsbericht 2011 des Bundesgerichts, S. 19.

sprechende Beschwerden konfrontiert, es wurden häufig auch Fehler in der Sachverhaltsfeststellung gerügt, welche das Bundesgericht funktionsgemäss nicht überprüfen darf (Art. 97 BGG). Das Bundesgericht sah sich somit veranlasst, dieses – nur durch die Gesetzgebung lösbare Problem – zu kommunizieren und wählte dazu den formalen Rahmen des jährlichen Geschäftsberichts.

Auf der *kantonalen Ebene* bilden die «Hinweise an den Gesetzgeber» als eigene Rubrik in den Geschäftsberichten der Gerichte die Ausnahme. Im Kanton Bern beispielsweise wurde eine entsprechende Rubrik im Jahr 2011 erstmals in den Geschäftsbericht aufgenommen, im Jahr darauf im (neu so benannten) Tätigkeitsbericht aber bereits wieder aufgegeben.<sup>15</sup> Auch in den (stichprobeweise untersuchten) Kantonen Zürich, Basel-Stadt, Aargau und Luzern sind den Geschäftsberichten der Gerichte keine expliziten Hinweise an den (kantonalen) Gesetzgeber zu entnehmen.<sup>16</sup> Vermutungsweise ist das Bedürfnis nach entsprechenden Kommunikationen hier weniger ausgeprägt, da fast ausschliesslich die Verwaltungsgerichte mit der Anwendung von kantonalem Recht befasst sind. Ergibt sich ein Bedürfnis nach Kommunikation, stehen den Gerichten zudem andere Möglichkeiten offen, um in formalisierter Weise mit dem Gesetzgeber zu kommunizieren, wie sogleich gezeigt wird.

## 2. Formalisierte Treffen und Aussprachen

Im Rahmen ihrer institutionellen Beziehungen zu den Parlamenten als Oberaufsichts- und Budgetbehörden nehmen die Gerichte regelmässig an förmlichen Treffen und Aussprachen teil. So präsentiert ein Mitglied des Bundesgerichts die Entwürfe der Voranschläge, die Rechnungen und die Geschäftsberichte der eidgenössischen Gerichte zunächst bei den zuständigen parlamentarischen Kommissionen, später dann auch in den eidgenössischen Räten.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. Geschäftsbericht 2011 der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, S. 38 und Tätigkeitsbericht 2012 der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern.

<sup>16</sup> Vgl. Rechenschaftsberichte des Obergerichtes und des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich; Jahresberichte des Kantons Basel-Stadt; Jahresberichte mit Jahresrechnungen des Kantons Aargau; Jahresberichte des Kantons Luzern.

<sup>17</sup> Vgl. etwa BBl 2012, 6783 ff, 6868 f., u.a. zur Geschäftslast des Bundesgerichts.

In den einschlägigen Parlamentsgesetzen vorgesehen ist zumeist auch die Möglichkeit der (schriftlichen) Stellungnahme der (obersten) Justizbehörden zu parlamentarischen Vorstössen, die sich auf die Geschäftsführung oder das Finanzgebaren der Gerichte beziehen.<sup>18</sup> Sodann werden Gerichtspersonen zuweilen als externe Sachverständige in parlamentarische Kommissionen eingeladen.<sup>19</sup> Sowohl auf eidgenössischer wie auch auf kantonaler Ebene formalisiert ist die Kommunikation im Rahmen von Konsultationsverfahren zu Gesetzes- und Verordnungsprojekten, namentlich wenn diese die Zuständigkeit, die Organisation oder die Verwaltung der Gerichte betreffen.<sup>20</sup> Die Gerichte nehmen die damit verbundene Möglichkeit zur Kommunikation mit der Legislative regelmässig wahr. So liess sich die Verwaltungskommission der oberen kantonalen Gerichte des Kantons Zürich im Jahr 2012 zu zahlreichen kantonalen Vorlagen vernehmen,<sup>21</sup> und auch das Bundesgericht reichte im selben Jahr mehrere Stellungnahmen zu Gesetzes- und Verordnungsprojekten des Bundes ein.<sup>22</sup>

### 3. Expertenkommissionen

Vertreterinnen und Vertreter der Gerichte nehmen regelmässig in Expertenkommissionen zu justiz- oder verfahrensrelevanten Themen Einsitz.<sup>23</sup> So wirkten in der zur «Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege» eingesetzten zehnköpfigen Begleitgruppe neben einer Vertreterin und einem Vertreter der Wissenschaft acht Richterinnen und Richter von Gerichten des Bundes und der Kantone mit.<sup>24</sup> Ihr Einsatz bezweckte unter anderem, der Verwaltung einen vereinfachten

---

<sup>18</sup> Für den Bund vgl. Art. 162 Abs. 2–4 ParlG.

<sup>19</sup> Art. 45 Abs. 1 Bst. b ParlG; vgl. dazu auch LEUZINGER SUSANNE, Hinweise des Bundesgerichts an den Gesetzgeber, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 3/2013, Rz. 5.

<sup>20</sup> Vgl. bspw. Art. 162 Abs. 4 ParlG; Art. 11 Abs. 1 VIV; § 74 Abs. 3 GOG ZH.

<sup>21</sup> Rechenschaftsbericht 2012 des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich, S. 13 f.

<sup>22</sup> Geschäftsbericht 2012 des Bundesgerichts, S. 11.

<sup>23</sup> Für das Bundesgericht ergibt sich diese Möglichkeit aus Art. 19 Abs. 1 Bst. a BGerR.

<sup>24</sup> Dabei sind je zwei Gerichtspersonen des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts sowie kantonaler Gerichte vertreten (vgl. Bericht über Zwischenergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 18. Juni 2010, BBl 2010, 4837 ff., 4840).

Zugang zu den für die Evaluation wichtigen Daten zu ermöglichen, sollte zugleich aber auch die Akzeptanzchancen in den betroffenen Gerichtsgremien sichern.<sup>25</sup>

#### **4. Gerichtsurteile**

Das quantitativ häufigste formale Kommunikationsmittel der Gerichte sind deren Urteile. Eine direkte Bindungswirkung gegenüber staatlichen Akteuren entfalten Gerichtsurteile indessen nur, wenn den Körperschaften oder Behörden im Verfahren Parteistellung zukommt, was in der Praxis aber vergleichsweise selten der Fall ist.<sup>26</sup> Die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht jedoch auch ohne formale Parteistellung, so etwa wenn der Gesetzgeber im Rahmen von Wirksamkeitsprüfungen (Gesetzes-)Evaluationen durchführen lässt und in diesem Zusammenhang eine Rechtsprechungsanalyse erfolgt.<sup>27</sup> Verschiedentlich finden Gesetzesänderungen ihren Ausgangspunkt in der Rechtsprechung, beispielsweise wenn die Initianten von parlamentarischen Vorstössen oder Volksinitiativen durch die Berichterstattung in den Medien oder durch Fachpublikationen auf Urteile hingewiesen worden sind, denen zu entnehmen ist, dass die geltende Rechtslage zu unsachlichen Ergebnissen führt.<sup>28</sup>

## **B. Informale Kommunikation**

Mitunter sprechen die Gerichte in ihren Entscheiden nicht nur die Parteien, sondern gezielt auch die weitere Öffentlichkeit an und wenden sich dabei direkt oder zumindest indirekt auch an die anderen Staatsgewalten. Dies geschieht zum einen durch das Mittel des Appellent-

---

<sup>25</sup> Bericht über Zwischenergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 18. Juni 2010, BBl 2010, 4837 ff., 4840.

<sup>26</sup> Zur Beschwerdeberechtigung von Behörden im Bund vgl. Art. 48 VwVG sowie Art. 89 BGG; zur Thematik eingehend HÄNER ISABELLE, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 825 ff.

<sup>27</sup> Vgl. für den Bund Art. 170 BV. Für ein Beispiel siehe kpm/Interface/Universität Zürich, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege. Zwischenbericht II zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern/Zürich/Luzern 2012, S. 149 ff.

<sup>28</sup> Vgl. bspw. BBl 2013, 4887 ff., 4892 ff. betr. Vorsorgeausgleich.

scheids, zum anderen durch die Formulierung von obiter dicta. In diesen Fällen wird im Rahmen formaler (Urteils-)Kommunikationen eine weitere, informale Kommunikationsebene eröffnet. Diese Meta-Kommunikation ist gesetzlich nicht vorgesehen und folgt auch keinen festen methodischen Vorgaben, sondern allein dem Gutdünken des jeweiligen Spruchkörpers.

### 1. Appellentscheide

Mitunter sehen sich die Gerichte mit der Verfassungswidrigkeit einer Norm konfrontiert, können aber in Anbetracht politischer Wertungsspielräume und unterschiedlicher Lösungsmöglichkeiten keine richterliche Ersatzregelung treffen.<sup>29</sup> In dieser Konstellation stellt jedenfalls das Bundesgericht die Verfassungsverletzung durch den Gesetzgeber fest, weist die Beschwerde aber gleichwohl ab und erlässt stattdessen einen förmlichen Appell an die zuständige Behörde, indem es diese dazu anhält, eine verfassungskonforme Regelung zu erlassen.<sup>30</sup> (Höchst-)Gerichte bedienen sich demnach des Appells an den Gesetzgeber, um diesen zu einer Änderung der als verfassungswidrig festgestellten Gesetzeslage zu veranlassen, welche die funktionellen Grenzen der Rechtsprechung sprengen würde. Zuzufolge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein solcher Appellentscheid zulässig, wenn die Nichtanwendung der verfassungswidrigen Norm einen rechtsfreien Raum schaffen oder unverhältnismässige Folgen bewirken würde; dies ist beispielsweise der Fall, wenn aufgrund der Nichtanwendung einer Norm ein ganzes Regelungssystem verändert oder die Erfüllung einer wichtigen öffentlichen Aufgabe verunmöglicht würde. Eine unverhältnismässige Folge ist auch anzunehmen, wenn durch die Nichtanwendung einer Norm eine frühere ebenfalls verfassungswidrige Ordnung wieder aufleben könnte und gleichzeitig das Gericht nicht kompetent ist, die verfassungswidrige Norm durch eine eigene Anordnung zu ersetzen.<sup>31</sup> Über den Appell hinaus gibt das Bundesgericht dem Gesetzgeber

---

<sup>29</sup> Vgl. BGE 110 Ia 7 E. 4 und E. 6 betr. Verletzung der Rechtsgleichheit (Art. 4 aBV) durch das Steuergesetz des Kt. Zürich.

<sup>30</sup> RÜTSCHER BERNHARD, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, in: ZBl 6/2005, S. 273 ff., 298 f. m.H.

<sup>31</sup> BGE 123 I 56 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 2P.279/1999 vom 3.11.2000, E. 3c.

im Urteil mitunter auch materielle Leitplanken vor, welche die gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen, jedoch keine verbindlichen Vorgaben enthalten.<sup>32</sup> So forderte das Bundesgericht die in der Sache zuständigen kantonalen Behörden dazu auf, eine verfassungskonforme Wahlordnung «unter Befolgung der bundesgerichtlichen Erwägungen» zu erarbeiten.<sup>33</sup>

Bisweilen setzt das Bundesgericht dem Gesetzgeber für die Anpassung der als verfassungswidrig erkannten Bestimmungen ausdrücklich eine Frist an und kündigt für den Fall der Säumigkeit die Ersatzvornahme an.<sup>34</sup> Ein prominentes Beispiel bildet das Leiturteil zur Inländerdiskriminierung,<sup>35</sup> wo das Bundesgericht erwog, dass dann, «wenn die zuständigen Behörden die betreffenden Fragen nicht binnen angemessener Zeit prüfen sollten (...), das Bundesgericht im Rahmen von Art. 190 BV gehalten sein [könnte], im Einzelfall weitergehende verbindliche Korrekturen vorzunehmen».<sup>36</sup>

## 2. Obiter dicta

Als zweite informale Kommunikationsform im Rahmen von (formalen) Gerichtsurteilen bedienen sich die Gerichte des obiter dictum. Bei obiter dicta handelt es sich um «nebenbei Gesagtes», also um eine in einem Gerichtsurteil beiläufig geäußerte Rechtsansicht, die für die Entscheidung des konkreten Einzelfalls nicht massgebend ist und diese nicht trägt.<sup>37</sup> In der Regel sprechen die Gerichte mit solchen obiter dicta die Rechtsgemeinschaft an und stellen eine Praxisänderung in Aussicht.<sup>38</sup> Mitunter zeigen sie damit aber auch an, wie das Gericht eine

---

<sup>32</sup> RÜTSCHÉ (Fn. 30), S. 299 f.

<sup>33</sup> BGE 131 I 74 E. 6.1. Ebendiese Aufforderung sprach das Bundesgericht auch bzgl. der Wahlordnung des Kantons Schwyz aus (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_407/2011 und 1C\_445/2011 und 1C\_447/2011 vom 19.3.2012, E. 6).

<sup>34</sup> BGE 117 V 318 E. 4c; BGE 116 V 198 E. II. 3a; Urteil des Bundesgerichts vom 8.11.1985, ZBI 1986, S. 482 ff. E. 2c; Urteil des Bundesgerichts vom 10.10.1986, ZBI 1987, S. 306 ff. E. 3b; ausführlich dazu auch RÜTSCHÉ (Fn. 30), S. 300 ff.

<sup>35</sup> BGE 136 II 20 ff.

<sup>36</sup> BGE 136 II 20 E. 3.5.3.

<sup>37</sup> FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl. Bern 2012, § 3, Rz. 32.

<sup>38</sup> BIAGGINI GIOVANNI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: ZBI 6/2013, S. 316 ff., 317.

Frage «dereinst zu lösen gewillt sein könnte».<sup>39</sup> Der Unterschied zum Appellentscheid liegt darin, dass sich das Gericht beim Appell mit einem ihm tatsächlich gestellten, jedoch durch den Gesetzgeber zu lösenden Problem befasst, während das obiter dictum beiläufig eine Frage behandelt, die keinen direkten Bezug zur konkreten Entscheidung hat. Solche Ausführungen werden in der Doktrin kritisiert,<sup>40</sup> insbesondere wenn das Gericht mit einem obiter dictum den Gesetzgeber und die Vollzugsbehörden anspricht,<sup>41</sup> wie dies in einem kürzlich publizierten Entscheid des Bundesgerichts erfolgte:<sup>42</sup> Der Beschwerdeführer, ein straffällig gewordener Ausländer, hatte die Rechtmässigkeit seiner Ausweisung aus der Schweiz gerügt. Das Bundesgericht nahm die – in dieser Form regelmässig erhobene – Beschwerde zum Anlass, den mit der Umsetzung des (anerkannt nicht-justiziablen) «Ausschaffungsartikels» (Art. 121 Abs. 3 BV) in der Sache aktuell befassten Bundesgesetzgeber darüber aufzuklären, wie die Verfassungsbestimmung umzusetzen sei und welche Spielräume dem Gesetzgeber dabei zukämen.<sup>43</sup> Auch das Bundesverwaltungsgericht greift mitunter zum Mittel des obiter dictum. In einem Urteil aus dem Jahr 2009 war die Zulässigkeit der Auslieferung von Bankkundendaten an die USA zu beurteilen.<sup>44</sup> In dessen wurden die Daten noch während der Rechtshängigkeit des Verfahrens von der zuständigen Behörde an die USA geliefert, so dass das

---

<sup>39</sup> BGE 125 III 209 E. 6e. In der Lehre wird dieser Vorgang denn auch als «Annunziationsjudikatur» bezeichnet, vgl. KNÖDLER CHRISTOPH/DAUBNER ROBERT, Angekündigte Rechtsprechungsänderungen, in: Betriebs Berater 27/1992, S. 1861 ff., 1864 ff.

<sup>40</sup> So etwa BIAGGINI (Fn. 38), S. 323 ff.; MOSIMANN HANS-JAKOB, Entscheidbegründung. Begründung und Redaktion von Gerichtsurteilen und Verfügungen, Zürich/St. Gallen 2013, S. 49 m.w.H.; TSCHANNEN PIERRE, «Gute Verwaltungsgerichtsbarkeit». Drei Wünsche aus dem Elfenbeinturm, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 545 ff., 548.

<sup>41</sup> Vgl. BIAGGINI (Fn. 38), S. 318.

<sup>42</sup> BGE 139 I 16 ff.

<sup>43</sup> BGE 139 I 16 E. 4 und 5.

<sup>44</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009; vgl. dazu auch AMADÒ FLAVIO/MOLO GIOVANNI, Das Verbot von «Fishing Expeditions» gemäss der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD-Standards, in: AJP 5/2009, S. 539 ff.

Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben war. Gleichwohl erörterte das Bundesverwaltungsgericht über 50 Seiten, wie die Beschwerde materiell zu entscheiden gewesen wäre.<sup>45</sup>

Diese beiden Beispiele zeigen, dass sich sowohl das Bundesgericht wie auch das Bundesverwaltungsgericht zuweilen zu Fragen äussern, welche keinen direkten Zusammenhang mit den dem Gericht konkret vorgelegten Rechtsbegehren aufweisen. Jedenfalls die beiden erwähnten obiter dicta sind keinesfalls nur beiläufige Äusserungen, im Gegenteil bilden sie umfangmässig und inhaltlich Hauptgegenstand des jeweiligen Urteils.<sup>46</sup> Die Funktionen solcher Kommunikationen und ihre Wirkungen im Gefüge der Staatsgewalten gilt es im Folgenden zu erörtern.

### III. Spannungslagen

#### A. Kommunikation als Annexaufgabe

Damit schliesst sich der Kreis zur Ausgangsfrage: Ist die Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte geeignet, Spannungsfelder im Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten zu eröffnen? Generell ist Öffentlichkeitskommunikation kein Selbstzweck, sondern eine *Annexaufgabe* der Gerichte: Sie findet ihren Grund, aber auch ihre Grenze in den verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben und Funktionen der Justiz.<sup>47</sup> Kernfunktion der Gerichte ist die Rechtsprechung als verbindliche Entscheidung von rechtlichen Streitigkeiten am Massstab des Rechts.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Die Voraussetzungen zur Leistung von Amtshilfe nach Art. 26 DBA an die USA wurden als gegeben betrachtet, auch wenn das Gesuch aus den USA keine konkreten Personen genannt hatte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 4 ff., insb. E. 7).

<sup>46</sup> Vgl. auch LAMPRECHT ROLF, Obiter dictum – Arabeske oder Ballast?, in: NJW 15/1998, S. 1039 ff., 1039.

<sup>47</sup> Vgl. VON COELLN CHRISTIAN, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt. Rechtliche Aspekte des Zugangs der Medien zur Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, Tübingen 2005, S. 517.

<sup>48</sup> Für das Bundesgericht Art. 188 Abs. 1 und 189 BV. Dazu insb. BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht: verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991. S. 214 ff.

Daneben sind die Gerichte im Rahmen der Justizverwaltung mit der Gestaltung des justizbezogenen Verwaltungshandelns befasst und in diesem Bereich zu entsprechender Verantwortlichkeit und Rechenschaftsablage gehalten.<sup>49</sup> Angesichts dieser Zuständigkeiten sind auch die spezifischen Schranken für den Diskurs mit den anderen Staatsgewalten zu ziehen.<sup>50</sup> *Thematisch* hat sich die Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte auf die verfassungsrechtlichen Aufgaben und Tätigkeiten der Justiz, mithin auf die Rechtsprechung und die Justizverwaltung, zu beschränken.<sup>51</sup> Für allgemeine politische Stellungnahmen und Informationen bleibt in der Regel kein Raum.<sup>52</sup> *Inhaltlich* ist die kommunizierende Justizbehörde auf den eigenen Zuständigkeitsbereich begrenzt, und sie muss zudem die funktionellen Zuständigkeiten der anderen Staatsgewalten achten – eine Auflage, die nicht nur im Verhältnis zu den Parlamenten und Regierungen gilt, sondern auch im Verhältnis zu den anderen gerichtlichen Behörden.<sup>53</sup>

## B. Folgerungen für die Öffentlichkeitskommunikation

### 1. Formale Kommunikation

Wird die formale Öffentlichkeitskommunikation auf diese allgemeinen Grundsätze hin untersucht, lassen sich keine akuten Spannungslagen identifizieren. Im Bereich der Justizverwaltung und der Oberaufsicht ist die Kommunikation im verfassungsrechtlichen System gegenseitiger checks and balances angelegt und als Ausdruck eines zeitgemässen dia-

---

<sup>49</sup> Für das Bundesgericht Art. 188 Abs. 3 BV. Vgl. auch BIAGGINI (Fn. 10), Art. 188 BV, Rz. 15 ff.; KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 298 f.; KISS CHRISTINA/KOLLER HEINRICH, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 188 BV, Rz. 26 ff.; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. Bern 2011, S. 529.

<sup>50</sup> SAXER URS, Justizkommunikation im Rechtsstaat, in: Marianne Heer/Adrian Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2006, S. 49 ff., 58, VON COELLN (Fn. 47), S. 517.

<sup>51</sup> VON COELLN (Fn. 47), S. 517.

<sup>52</sup> SAXER (Fn. 50), S. 59, 64.

<sup>53</sup> Ebenda.

logischen Verständnisses von Staatsleitung anerkannt.<sup>54</sup> Stossen die Gerichte anlässlich der Rechtsprechung auf Inkohärenzen in der Rechtsordnung, welche die Rechtsanwendung im konkreten Fall erschweren oder verunmöglichen, und machen sie diesen Umstand zum Gegenstand einer Urteilsabwägung, dann bleiben sie funktional im Rahmen ihrer Zuständigkeiten, müssen sie doch den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) wahren und diesen die Entscheidungsgründe offenlegen.<sup>55</sup> Zudem gehört es mit zu den Aufgaben der Gerichte als Hüterinnen von Verfassung und Gesetz,<sup>56</sup> den politischen Behörden die Schwierigkeiten in der Anwendung und Umsetzung von rechtsetzenden Erlassen zu kommunizieren. Entsprechende Erkenntnisse werden in der Regel denn auch als «Hinweise an den Gesetzgeber» in die jährlichen Geschäftsberichte aufgenommen oder anlässlich der Diskussion der Geschäftsberichte vor den zuständigen Parlamentskommissionen vorgebracht. Die Erfahrung scheint zu zeigen, dass die auf diesem Weg formulierten Anliegen der Gerichte von Gesetzgeber und Verwaltung gehört und im konstruktiven Dialog aufgenommen werden.<sup>57</sup> Die Bundesversammlung reagiert in unterschiedlicher Weise auf die (höchst-)gerichtlichen Hinweise an den Gesetzgeber: Diese werden teilweise berücksichtigt, teilweise aber auch verworfen.<sup>58</sup> Das politische Ermessen des Gesetzgebers im Umgang mit entsprechenden Hinweisen aus der Justiz ist indessen nicht unbeschränkt: Weist ein Gericht auf die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses hin, besteht objektiv-rechtlich eine

---

<sup>54</sup> Insb. MÜLLER GEORG, Staatsleitung und Gewaltenteilung im Bund, in: *Parlament, Parlamento* 2/2005, S. 16 ff., 18; ZIMMERLI ULRICH, Bundesversammlung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 66, Rz. 30 f.

<sup>55</sup> Vgl. z.B. BGE 136 I 188 E. 2.2.1; BGE 133 I 270 E. 3.1; ALBERTINI MICHELE, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 400 ff.

<sup>56</sup> KÄLIN WALTER, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern 1987, S. 39 f.

<sup>57</sup> Vgl. SOMMARUGA SIMONETTA, *Rechtsentwicklung im Wechselspiel von Gerichten und Gesetzgeber*, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 4/2012.

<sup>58</sup> Vgl. Hinweise bei LEUZINGER (Fn. 19), Rz. 29 ff. Beispielsweise wurde der Hinweis auf die mangelhafte Zugänglichkeit zum Bundesrecht (Geschäftsbericht 2010 des Bundesgerichts, S. 19) im Mai 2013 durch die Aufschaltung der neuen Rechtsdatenbank, die auch die historische Fassung der Gesetzestexte (samt Chronologie) enthält, umgesetzt.

Tätigkeitspflicht des Gesetzgebers, dem aufgetragen ist, der Verfassung in der Rechtsordnung Geltung zu verleihen.<sup>59</sup> Dies gilt insbesondere, wo die Verwirklichung der Grundrechte ein gesetzgeberisches Handeln verlangt;<sup>60</sup> hier ergibt sich die entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers ausdrücklich aus Art. 35 Abs. 1 BV.<sup>61</sup> Über die Art und Weise, wie diese Harmonisierung der Rechtsordnung herzustellen ist, besteht in der Regel aber ein gesetzgeberischer Spielraum.<sup>62</sup>

## 2. Informale Kommunikation

Grösser sind die Spannungslagen im Graubereich der informalen Justizkommunikation, das heisst dort, wo sich das Gericht eines fristbewehrten Appellentscheids oder eines obiter dictum bedient, um zumindest indirekt auch die politischen Behörden anzusprechen. Zunächst und ganz allgemein stellt sich die Frage nach der kommunikativen Funktion entsprechender Äusserungen. Dem *Appell* kommt keine eigenständige rechtliche Wirkung zu, ergibt sich die objektiv-rechtliche Handlungspflicht des Gesetzgebers – der um die Kohärenz und Verfassungskonformität der Rechtsordnung besorgt sein muss – doch unmittelbar

---

<sup>59</sup> Vgl. FORSTMOSER/VOGT (Fn. 37), § 13, Rz. 108; LEUZINGER (Fn. 19), Rz. 36; RÜTSCHÉ (Fn. 30), S. 298.

<sup>60</sup> Für ein Beispiel: Die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts wiesen im Geschäftsbericht 2009 des Bundesgerichts (S. 16) darauf hin, dass das medizinische Abklärungswesen der Invalidenversicherung in verschiedener Hinsicht der Änderung bedarf (so in Bezug auf Qualitätskontrollen und Transparenz der Expertenauswahl sowie bezüglich des Verhältnisses der Experten zur IV), um einen der Rechtsgleichheit genügenden Gesetzesvollzug zu gewährleisten.

<sup>61</sup> Zur verfassungsrechtlichen Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte statt anderer BIAGGINI (Fn. 10), Art. 35 BV, Rz. 3 ff.; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl. Bern 2013, S. 42 ff.; SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 35 BV, Rz. 14 f.

<sup>62</sup> Beispielsweise bekräftigte das Bundesgericht in seiner Entscheid zur Zuger Gleichstellungskommission, dass Bund und Kantone zum Tätigwerden mit dem Ziel der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau verpflichtet sind. Deshalb müsse im Kanton bestimmt werden, welche staatliche Stelle im Hinblick auf den Gleichstellungsauftrag welche Kompetenzen und welche personellen und finanziellen Ressourcen habe. Mithin müssten institutionelle und organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, es bestehe jedoch ein grosser Ermessensspielraum bezüglich der Art, wie der Gleichstellungsauftrag erfüllt werde (vgl. BGE 137 I 305 E. 4 f.).

schon aus der gerichtlichen Feststellung der Verfassungs- oder Völkerrechtsverletzung (vgl. Ziff. III.B.1.). Der kommunikative Zweck des Appells liegt darin, dem Urteil besonderen Nachdruck zu verleihen – eine rechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers lässt sich daraus nicht ableiten. Spezifische Spannungsfelder eröffnen sich, wenn das Gericht dem Gesetzgeber eine (Verwirkungs-)Frist setzt. Die Gesetzgebung in der Schweiz beruht auf einem komplexen Zusammenwirken von Kollegialregierung, Parlament und Stimmvolk, in das sich weitere Akteure wie insbesondere die politischen Parteien, Verbände und Medien einbringen.<sup>63</sup> In Anbetracht dieses stark ausdifferenzierten und mit zahlreichen Unwägbarkeiten behafteten – eben politischen – Verfahrens wird mit einer im Gerichtsurteil formulierten Fristansetzung und Androhung der Ersatzvornahme dem Gesetzgeber eine Aufgabe auferlegt, für deren Nichterfüllung er letztlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>64</sup>

Auch *obiter dicta* entfalten keine Bindungskraft, sie haben keine rechtsverbindliche Wirkung und bilden kein Präjudiz.<sup>65</sup> Nur in seltenen Einzelfällen erweisen sie sich als sinnvoll, namentlich dann, wenn sie der *Klarstellung* dienen, etwa weil das Gericht bei der Beurteilung einer Rechtsfrage realisiert, dass ein früheres Urteil unzutreffende oder missverständliche Erwägungen enthält. Diesfalls ist es angebracht, dass das Gericht in der Form eines *obiter dictum* klarstellt, wie seine früheren Erwägungen zu verstehen sind. Auch Gründe der *Prozessökonomie* können ein *obiter dictum* ausnahmsweise als angezeigt erscheinen lassen, solange dieses die Rechtsprechung und nicht die Rechtsetzung zum Gegenstand hat. In dieser Hinsicht sind *obiter dicta* «gerechtfertigt, wenn eine praxisrelevante abstrakte Rechtsfrage, über deren Einschätzung Unklarheiten und Missverständnisse bestehen, klar beantwortet werden kann und damit rechtliche Auseinandersetzungen, namentlich

---

<sup>63</sup> Statt anderer LINDER WOLF, Schweizerische Demokratie: Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 3. Aufl. Bern 2012, S. 334 ff.; TSCHANNEN (Fn. 49), S. 581 ff.

<sup>64</sup> Vgl. auch RÜTSCHKE (Fn. 30), S. 300 ff. mit Fn. 130.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 129 II 331 E. 5.4; BIAGGINI (Fn. 38), S. 318.

Gerichtsverfahren, die ohne das obiter dictum absehbar stattfinden würden, unnötig machen».<sup>66</sup>

#### IV. Würdigung

Gerichte sind rational handelnde Akteure. Auch wo sie sich nur beiläufig und bloss «nebenbei» äussern, tun sie dies gezielt. Namentlich obiter dicta sind bewusst eingesetzte Kommunikationsmittel der Justiz. Über die dabei tatsächlich verfolgten Ziele lässt sich indessen nur spekulieren. Welche rechtsprechungsbezogenen Motive hinter einem obiter dictum von 50 Seiten in einem bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren stehen, welches wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben wurde, ist nicht ersichtlich. Auch kann man sich fragen, warum sich das Bundesgericht veranlasst sah, dem in der Sache aktuell befassten Gesetzgeber in Form eines obiter dictum klare Vorgaben zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zu machen,<sup>67</sup> auch wenn die Erwägungen in rechtlicher Hinsicht zutreffen mögen und nachvollziehbar sind.<sup>68</sup> Die Erfahrung zeigt, dass solche Kommunikationen in der Öffentlichkeit, bei den anderen Staatsgewalten und – bei Kammerentscheiden – nicht zuletzt auch bei den Gerichten selbst nicht nur im gewünschten Sinne aufgenommen werden. Zunächst ist festzuhalten, dass Appellentscheide, namentlich wenn sie unter Ansetzung von Fristen an den Gesetzgeber erfolgen, und obiter dicta, mit denen das Gericht die «richtige» Lösung eines (gesetzgeberischen) Problems skizziert, kein Staatsorgan und keine Behörde rechtlich zu binden vermögen.<sup>69</sup> Schwerer wiegt,

---

<sup>66</sup> HANGARTNER YVO, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht. Bemerkungen aus Anlass der Bundesgerichtsurteile vom 12. Oktober 2012, in: AJP 5/2013, S. 698 ff., 701. Vgl. hierzu auch das bei TSCHANNEN diskutierte Beispiel bezüglich Änderung der einschlägigen Gesetzeslage während Hängigkeit eines Falls (PIERRE TSCHANNEN, Urteilsbesprechung zum Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsgerichtliche Abteilung) vom 29. Oktober 2012 i.S. Verein X. gegen Kanton Bern (VGE 100.2011.228), in: BVR 2013, S. 183 ff). In diese Richtung auch MOSIMANN (Fn. 40), S. 49 f.

<sup>67</sup> BGE 139 I 16 E. 5; BIAGGINI (Fn. 38), S. 323 ff.

<sup>68</sup> Aus diesem Grund erachtet HANGARTNER das obiter dictum ausnahmsweise für gerechtfertigt (vgl. HANGARTNER [Fn. 66], S. 699).

<sup>69</sup> Vgl. auch BGE 129 II 331 E. 5.4.

dass das Gericht selber seine Ankündigungen nicht ohne weiteres einzulösen vermag; die Zusammensetzung des Spruchkörpers kann wechseln, die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse können sich ändern.<sup>70</sup> Im innergerichtlichen Verhältnis besteht die Gefahr, dass die Ankündigungen eines Spruchkörpers mit quasi-präjudizieller Wirkung Spannungen zu den Mitgliedern des Gesamtgerichts auslösen.<sup>71</sup> Nicht zuletzt fehlen dem Gericht die Durchsetzungsmittel, wenn der Gesetzgeber auch nach Ablauf der gerichtlich angesetzten Frist untätig bleibt.<sup>72</sup> Informale Kommunikationen sind folglich geeignet, Spannungslagen zu begründen, dies aber paradoxerweise nicht primär im Verhältnis zum Gesetzgeber, sondern im Verhältnis zum Gericht selber, gehört es doch zu den Wesensmerkmalen unabhängiger Rechtsprechung, dass das Gericht jeden (künftigen) Entscheid offen und ohne präjudizierende Vorverständnisse angeht.<sup>73</sup> Muss das Gericht – aus welchen Gründen auch immer – trotz Ansetzens einer klaren Frist an die Adresse von Legislative und Verwaltung auf die Anordnung einer ersatzweisen Regelung verzichten, schadet dies nicht zuerst den anderen Staatsgewalten, sondern dem Ansehen und der Glaubwürdigkeit der Justiz.<sup>74</sup> So hatte das Bundesgericht in einem Urteil zur Inländerdiskriminierung den Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen und in Aussicht gestellt, die Konventionswidrigkeit in einem späteren Urteil allenfalls selber zu korrigieren.<sup>75</sup> Eine parlamentarische Initiative nahm das Anliegen umgehend auf, blieb aber chancenlos.<sup>76</sup> Zwei Jahre später war das Gericht wiederum mit einem Fall der Inländerdiskriminierung konfrontiert; angesichts der Haltung des Gesetzgebers verzichtete es aber nun darauf, die Inländerdiskriminierung wie ursprünglich angekündigt richterlich zu korrigieren. Nicht unerwartet wurde dieses zweite Urteil in der Sache nicht in

---

<sup>70</sup> Vgl. hierzu auch KNÖDLER/DAUBNER (Fn. 39), S. 1866.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 23 BGG betr. Koordination der Rechtsprechung bei Praxisänderungen und Schaffung von Präjudizien. Weiterführend BIAGGINI GIOVANNI/HAAG STEPHAN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.) (Fn. 10), Art. 23 BGG.

<sup>72</sup> RÜTSCHKE (Fn. 30), S. 302.

<sup>73</sup> BGE 114 Ia 50 E. 3d; KIENER (Fn. 49), S. 59.

<sup>74</sup> RÜTSCHKE (Fn. 30), S. 302.

<sup>75</sup> BGE 136 II 120 E. 3.5.

<sup>76</sup> Parlamentarische Initiative Nr. 10.427, Beseitigung und Verhinderung von Inländerdiskriminierung, eingereicht von Andy Tschümperlin am 19.3.2010.

der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts publiziert.<sup>77</sup> Schliesslich besteht die Gefahr, dass mit informalen Kommunikationen an den Gesetzgeber die Grenzen der funktionellen Zuständigkeit gedehnt werden und das Gericht damit eine Funktion übernimmt, die ihm verfassungsrechtlich nicht zusteht.<sup>78</sup> Die informale Kommunikation führt die Justiz folglich fast zwangsläufig in ein Dilemma: Setzt das Gericht seine Ankündigungen um, eröffnet sich ein Spannungsfeld zur richterlichen Unabhängigkeit;<sup>79</sup> nimmt es sie zurück, steht seine Glaubwürdigkeit in Frage. Im Rechtsstaat sind aber Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit die kostbarsten Güter der Justiz.<sup>80</sup>

## V. Ergebnis: (K)ein Kampf ums letzte Wort

In der Diskussion um die politische Kommunikation unter den Staatsgewalten standen bislang die (punktuellen) kommunikativen Übergriffe der politischen Behörden auf die Justiz und die damit einhergehenden Beengungen der richterlichen Unabhängigkeit im Zentrum. Mit dem vorliegenden Beitrag wurde versucht, eine andere Sichtweise einzunehmen und danach zu fragen, ob es auch zu kommunikativen Eingriffen der Justiz in die Zuständigkeitsbereiche anderer Organe und Behörden kommt. Im Ergebnis zeigt sich, dass jedenfalls gewisse Ausprägungen der informalen gerichtlichen Öffentlichkeitskommunikation unerwünschte Spannungslagen begründen können. Diese Spannungslagen wirken aber paradoxerweise nicht in erster Linie zum Nachteil der politischen Behörden, sondern zulasten von Ansehen und Unabhängig-

---

<sup>77</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_354/2011 vom 13.7.2012. Das Urteil stiess denn auch auf heftige Kritik, vgl. SPESCHA MARC, Kleinlaute Kapitulation vor verfassungsfernem Gesetzgeber. Kommentar zu: Urteil des Bundesgerichts 2C\_354/2011 vom 13.7.2012, in: dRSK 19/2012. Zum Urteil auch UEBERSAX PETER, Von Kreisen und Menschen – Zum Migrationsrecht, in: ZBJV 7-8/2013, S. 557 ff., 591 ff.

<sup>78</sup> Vgl. dazu eingehend BIAGGINI (Fn. 38), S. 324, 336 f. Anders HANGARTNER (Fn. 66), S. 699.

<sup>79</sup> KIENER (Fn. 49), S. 196.

<sup>80</sup> MEYER LORENZ/TSCHÜMPERLIN PAUL, Die Aufsicht des Bundesgerichts, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 3/2012, Rz. 4.

keit der Justiz.<sup>81</sup> Bei ihrer Öffentlichkeitskommunikation sollten sich die Gerichte deshalb auf die formalen Kommunikationsgefässe beschränken und keinen «Kampf ums letzte Wort» eingehen.<sup>82</sup> Kommunikative Einmischungen der einen Staatsgewalt in den funktionellen Zuständigkeitsraum einer anderen sind staatspolitisch immer heikel. Druckversuche der Justiz auf die Politik aber sollte es funktionsgemäss gar nicht geben; sie sind weder in der Richterpersönlichkeit angelegt noch in den formalen Mitteln der Justiz.<sup>83</sup> Die Kunst der richterlichen Entscheidungsfindung liegt nicht zuletzt darin, die – mitunter subtilen – Grenzen zwischen Rechtsanwendung und Rechtspolitik auszuloten und sich als Richterinnen und Richter funktionsadäquat zu verhalten. Das bedingt Zurückhaltung, mitunter auch in Sphären, wo man es (vielleicht) besser weiss.<sup>84</sup> Richterliche Zurückhaltung in der Öffentlichkeitskommunikation bedeutet keineswegs einen Verzicht auf den Schutz der Rechtsordnung. Vielmehr geht es – in den Worten des deutschen Bundesverfassungsgerichts – um den «Verzicht, Politik zu treiben»<sup>85</sup> – damit vermindert sich nicht zuletzt auch die Gefahr, dass mit der Justiz Politik betrieben wird.

---

<sup>81</sup> Vgl. auch MERZ BARBARA, Der lange Weg zum kurzen Urteil – Die Redaktion von Urteilen, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 3/2007, Rz. 23.

<sup>82</sup> Die Staatspolitische Kommission (SPK) des Nationalrats jedenfalls ist dem Bundesgericht nicht gefolgt; unbesehen der ausführlichen Erwägungen in BGE 139 I 16 E. 5 hat sie am 11. Oktober 2013 beschlossen, den Ausschaffungsartikel strikt nach dem Wortlaut umzusetzen, vgl. Medienmitteilung SPK-N vom 11. Oktober 2013.

<sup>83</sup> SAXER (Fn. 50), S. 58 f.

<sup>84</sup> Vgl. dazu auch LAMPRECHT ROLF, Vom Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter, Baden-Baden 1995, S. 231 f.

<sup>85</sup> BVerfGE 36, 1 (13 f.) betr. deutsch-deutschen Grundlagenvertrag.