

Aktuelle

AJP

Dike Verlag AG St. Gallen (Schweiz)

JURISCHES
Praxis

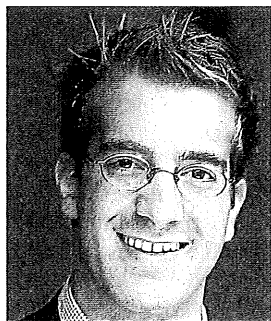
SONDERDRUCK
(nicht verkäuflich)

Verlag und Abonnementverwaltung:
Dike Verlag AG
Postfach 301, CH-8853 Lachen
Tel. 055/442 68 80, Fax 055/442 68 81
E-Mail: Bestellung@dike.ch
Internet: www.dike.ch

Der unhistorische Gesetzgeber

Anregungen für eine stärkere Berücksichtigung geltungszeitlicher Ansichten des Gesetzgebers und eine verbesserte Kommunikation zwischen Legislative und Judikative

515



Lic. iur. CONRADIN CRAMER,
Basel

Inhaltsverzeichnis:

1. Vertrauensstörung zwischen Legislative und Judikative
2. Die Suche nach dem historischen Willen
 - 2.1. Definition des historischen Willens des Gesetzgebers
 - 2.2. Hilfsmittel zur Eruierung des historischen Willens des Gesetzgebers: Materialien als Fährten
 - 2.3. Übersicht über die Materialien: Dokumente der Exekutive und Dokumente der Legislative
 - 2.4. Botschaften
 - a. Allgemeines
 - b. Problem der konkludenten Übernahme von Aussagen durch das Parlament
 - c. Gefahr der Willensfiktion
 - 2.5. Berichte von Expertenkommissionen
 - 2.6. Vernehmlassungsberichte
 - 2.7. Kommissionsberichte
 - 2.8. Kommissionsprotokolle und ihre Geheimhaltung
 - a. Allgemeines
 - b. Argumente für die Geheimhaltung von Kommissionsberatungen
 - c. Argumente für das Öffentlichkeitsprinzip in parlamentarischen Kommissionen
 - d. Schlussfolgerung und Forderungen de lege ferenda
 - 2.9. Protokolle der Plenumsberatung
3. Zur Bedeutung des Willens des Gesetzgebers in der Methodenlehre
 - 3.1. Der Wille des Gesetzgebers als Auslegungselement
 - 3.2. Relevanz des Alters des Gesetzes
 - 3.3. Grundsatzfrage und Detailfrage
4. Der vernachlässigte Wille des geltungszeitlichen Gesetzgebers
 - 4.1. Möglichkeiten des Gesetzgebers zur formellen Aktualisierung seines historischen Willens
 - 4.2. Beschränkung der klassischen Methodenlehre auf den historischen Willen des Gesetzgebers
 - 4.3. Zustimmungende Entscheide des Gesetzgebers
 - a. Zustimmungende Entscheide mit Rechtskrafterwartung
 - b. Zustimmungende Entscheide ohne Gesetzeskraft
 - 4.4. Ablehnende Entscheide des Gesetzgebers
 - 4.5. Schlussfolgerung
 - 4.6. Subsumtion späterer Äusserungen des Gesetzgebers als Materialien
 - 4.7. Folgen für die Rechtsetzer und Rechtsanwender
5. Zusammenfassung

1. Vertrauensstörung zwischen Legislative und Judikative

Welches Mass an Verbindlichkeit soll dem Willen des Gesetzgebers für die Auslegung eines Rechtssatzes zukommen? Die Frage ist nicht nur in der Methodenlehre umstritten, sondern auch in der politischen Diskussion vielgestellt. Für die Interpretation von Gesetzen gibt es keine verbindliche Richtschnur. Die Auslegungsmethodik orientiert sich an den von der Methodenlehre entwickelten Kriterien, wobei angesichts des vom Bundesgericht propagierten pragmatischen Methodenpluralismus dem Willen des Gesetzgebers eine in ihrem Umfang unklare Bedeutung zukommt.

Das latent problematische Verhältnis zwischen Legislative und Judikative hat in der Schweiz jüngst zu offenen Irritationen geführt – mehr bei Legislativpolitikern als bei Judikativjuristen. Namentlich die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Begründungspflicht von ablehnenden Einbürgerungsentscheiden¹ hat eine breite Öffentlichkeit verunsichert und die Politik zu markigen Positionsbezügen verleitet. Die teilweise harschen Ausbrüche richteten sich gegen "eine Justiz", die in einer vermeintlich politischen Materie der Ausübung des politischen Willens Grenzen setzen will und willkürliche Entscheide für unzulässig erklärt². Nach dem Verständnis der Kritiker ist in einer politischen Frage eine politische Mehrheit juristisch hintergangen worden.

Man mag diese Vertrauensstörung von Legislativvertretern gegenüber der Rechtsprechung mit dem Verhaftetsein konservativer Politiker in einem veralteten Verständnis des "politischen Entscheids" begründen. Es dürfte indes ratsam sein, die Kritiker ernst zu nehmen. Motiv ihres Widerstands ist ein befürchteter Bedeutungsverlust des politischen Entscheides und eine Verselbständigung der Rechtsanwendung von der Rechtsetzung³. Sofern nur ein Teil der über 6500 Personen, die in der Schweiz als Parlamentsabgeordnete

Der Verfasser ist Mitglied des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt und des Einwohnerrates der Gemeinde Riehen. Der vorliegende Text basiert auf einer Arbeit zu einem Doktorandenseminar für Methodik von Prof. Dr. ERNST A. KRAMER vom Januar 2005.

- 1 BGE 129 I 217 und 129 I 232.
- 2 Vgl. exemplarisch das Votum von Ständerat CARLO SCHMID anlässlich der Detailberatung der Totalrevision der Bundesrechtspflege in Amtl. Bull. SR 2003, 906 f., 907: "Wir sind immer noch die gesetzgebende Gewalt, und es gibt kein Gericht, das verfassungsmässig das Recht hätte, uns diese Prerogative wegzunehmen".
- 3 Bildhaft nochmals Ständerat CARLO SCHMID, a.a.O. Er will "all jenen Gemeinden, die an ihrer alten Ordnung festhalten wollen und noch nicht von ihren Regierungsräten – vermutlich von jungen Kanzleijuristen zur Annahme verführt, dieser bundesgerichtliche Entscheid beanspruche eine allgemeine

gesetzgeberisch tätig sind⁴, befürchtet, dass die Gesetzesauslegung sich nicht an den der Gesetzgebung zugrunde liegenden Mehrheitswillen gebunden sieht, ist dies für das allgemeine politische Klima und letztlich die Qualität der Rechtsetzung nicht förderlich.

Vorliegend geht es darum, mögliche Wege zu einem stärkeren Einbezug demokratisch legitimierter Mehrheitsentscheide auf die Gesetzesauslegung zu zeigen. Wie zu zeigen ist, sind dabei nicht nur die Rechtsprechenden gefordert sondern auch die Parlamente selbst, die ihren Mehrheitsbildungsprozess besser kommunizieren können (vgl. Ziff. 2.7 ff.). Die Rechtsprechung ihrerseits soll nach der hier vertretenen Auffassung anhand manifester Willensäusserungen des Parlaments nicht mehr nur dessen historischen Willen zu erfassen suchen, sondern auch den geltungszeitlichen Willen des Gesetzgebers berücksichtigen (vgl. Ziff. 4).

2. Die Suche nach dem historischen Willen

2.1. Definition des historischen Willens des Gesetzgebers

Der Begriff des "Willens des Gesetzgebers" erscheint unpassend für die Analyse eines im Kollektiv mittels komplexer und formalisierter Verfahrensabläufen gefassten Beschlusses. Tatsächlich klingt in der "Willensmetapher" noch der absolutistische Fürst als physischer Gesetzgeber an⁵. Als Wille des Gesetzgebers ist heute zu verstehen, was die Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft ihrem Erlass für eine Bedeutung zu Grunde legt⁶.

Gesetzgeberische Körperschaft ist, wer das Gesetz inhaltlich prägend beschliesst, nicht, wer es lediglich in globo annehmen oder ablehnen kann. Irrelevant ist somit der Wille der Mehrheit der abstimmenden Stimmbürgerinnen und Stimmbürger⁷: Deren Nein zu einem Erlass verhindert, dass dieser in Kraft treten kann, und damit ohnehin dessen rechtlich relevante Auslegung. Deren Ja gibt dem Beschlusstext keinen besonderen Akzent⁸.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist mit dem "Willen des Gesetzgebers" die Mehrheitsmeinung im Parlament gemeint. Sie passt indes auf eine Spezialsituation der direkten Demokratie Schweiz nicht: Wenn eine formulierte Volksinitiative Gesetzes- bzw. Verfassungskraft erlangt, hat das Parlament nichts dazu beigetragen⁹. Gesetzesverfasser ist ein Initiativkomitee als privater Zusammenschluss weniger Stimmberechtigter. In dieser Spezialsituation ist der erkennbare Wille des Gesetzgebers reduziert auf die Hauptforderungen der jeweiligen Initiative. Der Grundsatz der Einheit der Materie als Voraussetzung für die Gültigkeit einer Initiative muss bei der Auslegung des Willens der Abstimmenden verstärkt zum Tragen kommen, da sich das zwangsläufig undifferenzierte Ja-Votum nur auf das Kernanliegen der Initiative mit Sicherheit bezieht¹⁰.

Trotz der Kritik an der herkömmlichen "Willensmetapher" bleibt sie nach der hier vertretenen Auffassung für politische Mehrheitsentscheide treffend, weil aus der vertragsrechtlichen Willenslehre geprägte Grundsätze von Erklärungen und Vertrauen auch für die Interaktion zwischen Legislative und Judikative fruchtbar gemacht werden können¹¹. So ist bei Unklarheit eines Erlasses zu fragen, was der vernünftige Rechtsanwender für eine Bedeutung aus dem Erlass herauslesen darf. Es gilt das Vertrauensprinzip, wie überall dort, wo sich Willenserklärungen an Dritte richten¹².

Nach der traditionellen Auffassung geht es beim Willen des Gesetzgebers immer um dessen historischen, also zum Zeitpunkt des Erlasses bestehenden Willen¹³.

Geltung – gezwungen worden sind, die alte Ordnung aufzugeben, die Chance geben, nach altem Recht zu handeln, bis der Gesetzgeber sagt, sie dürften das nicht mehr tun".

- 4 In der Bundeslegislative sind 246, in den Kantonslegislativen 2828 und auf Gemeindeebene rund 3500 Personen als gewählte Parlamentarier legiferierend tätig; vgl. <http://www.parlament.ch/spp-ssp/dfi/kommunal.htm> mit Links zu über 50 kommunalen Parlamenten.
- 5 Vgl. DAVID DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB N 142, der auf die generelle Kritik der Erkenntnislehre an der "Subjektivitätsfiktion" hinweist.
- 6 Mehrheits- oder Agentenmodell gemäss GERALD C. MACCALLUM, Legislative Intent, in: ROBERT SUMMERS (Hrsg.), Essays in Legal Philosophy, Berkeley 1968, 237 ff., 262 ff.; FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, Juristische Methodik, Band II, Berlin 2003, 262 m.w.H.; kritisch PETER FORSTMOSER, Einführung in das Recht, 3. A., Bern 2003, § 2 Rz 220.
- 7 GL.M. PHILIPP GELZER, Plädoyer für ein objektiv-historisches Verständnis des Gesetzes, in: recht 2005, 40.
- 8 Ebenso wenig können in einer Abstimmungskampagne geäusserte Interpretationen eine Rolle spielen, auch wenn sie nachweisbar den Mehrheitsentscheid massgeblich beeinflusst haben.
- 9 Kaum vergleichbar damit ist die nicht seltene Situation, dass das Parlament ein Gesetz nicht selbst "verfasst" hat und den Exekutiventwurf ohne Änderungen verabschiedet. Allein durch die Möglichkeit, Einfluss auf den Beschlusstext zu nehmen, wird das Parlament zum Gesetzesverfasser. Diese Möglichkeit steht dem Stimmvolk nie zu.
- 10 Die Einschränkung gilt in erster Linie für den in der Volksabstimmung angenommenen Erlass und nur beschränkt für die vom Parlament beschlossenen Ausführungsgesetze. Bei Erlass dieser Ausführungsgesetze hat sich das Parlament mit dem Problem der Auslegung des "Willens der Initianten" zu befassen, was sich aktuell bei der Konkretisierung von Art. 123a BV als äusserst schwierig erweist, der auf die am 8. Februar 2004 angenommene Volksinitiative "Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter" zurückgeht.
- 11 Zum Begriff kritisch MÜLLER/CHRISTENSEN (FN 6), 262.
- 12 BGE 97 I 100, 106; BGE 114 Ia 25, 28.
- 13 Dazu kritisch hinten Ziff. 4.

2.2. Hilfsmittel zur Eruiierung des historischen Willens des Gesetzgebers: Materialien als Fährten

Fraglich ist, welche historischen Quellen beigezogen werden sollen, um die Intentionen des historischen Gesetzgebers zu ergründen. Neben den in engem Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsprozess stehenden sogenannten Materialien sind nach einem Teil der Lehre alle greifbaren Anhaltspunkte und ganz allgemein der politische, ideologische, soziale und ökonomische Kontext zur Zeit des Erlasses in die Würdigung mit einzubeziehen¹⁴.

Nach diesem Ansatz darf und soll jede historische Quelle verwendet werden, sofern sie zur Erkenntnis der historischen Situation des Gesetzgebers und der Bedeutung, die er einem Erlass geben wollte, beiträgt. Dies mag im Grundsatz richtig sein, praktikabel ist es nicht. Eine Juristin ist keine Historikerin, die aus mannigfaltigen Realien ein fundiertes Bild der Situation des historischen Gesetzgebers erfasst¹⁵. Elemente wie der "ideologische Kontext" sind juristisch nicht fassbar, es sei denn aus der Legiferierung der Zeit, was zu einem Zirkelschluss führen würde. Nicht praktikabel und nicht wünschbar ist es, dass der Rechtsanwender, etwa zur Eruiierung des sozialen Kontextes, in Zeitungs-, Partei- und Verbandsarchiven nach Deutungsmustern fahndet. Eine solche – historische – Arbeit ist nicht Aufgabe des Juristen. Versucht er sich dennoch in der Deutung eines uneingegrenzten historischen Kontextes, so gründen seine Schlussfolgerungen auf unwissenschaftliche, im schlimmsten Fall in erster Linie von der Erfahrung des eigenen sozialen Kontextes zur fraglichen Zeit geprägte Kriterien und sind beliebig.

Plädiert wird aus diesen Gründen für eine Beschränkung des Interpretationsradiuses auf die zugänglichen juristischen Quellen. Erstens sind dies die zur Zeit des fraglichen Erlasses geltenden Rechtsquellen, die indirekt zur Deutung beitragen können. Zweitens ist die Rechtsprechung zu berücksichtigen, sofern sie dem Gesetzgeber zur Zeit des Erlasses bekannt sein musste. Und drittens sind die noch näher aufzuschlüsselnden klassischen Materialien relevant.

2.3. Übersicht über die Materialien: Dokumente der Exekutive und Dokumente der Legislative

Materialien sind alle im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses anfallenden amtlichen Dokumente, die Aufschluss über die Entscheidungsfindung geben können¹⁶. Sie lassen sich grob unterscheiden in Dokumente der Exekutive und Dokumente der Legislative¹⁷.

Häufig sind es Dokumente der Exekutive, in denen chronologisch zuerst vertieft auf ein Gesetzgebungsprojekt eingegangen wird. Neben der die Diskussion oft dominierenden Botschaft gehören auch Expertenberichte oder Berichte über Vernehmlassungsverfahren zu den Dokumenten der Exekutive.

Die Dokumente der Legislative beschränken sich meist auf den Kommissionsbericht und die Kommissionsproto-

kolle sowie auf die Protokolle der Beratung im Plenum. Entscheidend sind neben dem gesprochenen und geschriebenen Wort natürlich vor allem die Abstimmungen zu einzelnen umstrittenen Fragen, die nachträglich zeigen, welche Voten der Mehrheitsmeinung nahe stehen. Oft sind die Legislativdokumente nicht zahlreich. An zwei Punkten scheitert eine Konsultation des parlamentarischen Willens weit gehend: einerseits am Fehlen schriftlicher Dokumentationen, andererseits an der Nichtöffentlichkeit der bestehenden Dokumente.

Im Folgenden werden die Dokumente der Exekutive (2.4 bis 2.6) und die Dokumente der Legislative (2.7–2.9) jeweils geordnet nach ihrer Bedeutung für die Auslegung analysiert.

2.4. Botschaften

a. Allgemeines

Besonders ergiebig und leicht zugänglich sind die Botschaften des Bundesrats oder die Berichte der Kantonsregierung zu einem Gesetzgebungsvorhaben, da sie detailliert und meist in benutzerfreundlicher Kommentarform Auskunft geben über die gesetzgeberischen Absichten, welche die Exekutive in der Hoffnung auf Billigung durch das Parlament hegt¹⁸. Die Botschaft ist für die Parlamentarier zusammen mit dem Bericht der vorberatenden Kommission und dem Gesetzesentwurf selbst die wichtigste Entscheidungsgrundlage.

14 ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK, Art. 1 ZGB N 144 und 210; PHILIPP GELZER (FN 7), 43.

15 Kritisch auch H. HAUSHEER/E. JAUN, Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 ZGB N 104 a.E.

16 Vgl. P. TUOR/B. SCHNYDER/J. SCHMID/A. RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, 40 f. – Nicht zu den Materialien, aber ebenfalls zum relevanten juristischen Kontext eines Erlasses gehören Ereignisse im "Mikrokosmos Parlament": So ist etwa die Einbettung der fraglichen Gesetzesberatung in andere Gesetzesberatungen zu beachten.

17 Nicht vertieft eingegangen wird hier auf die Frage, welche Materialien relevant sein können, um den Willen der Initianten einer angenommenen Volksinitiative zu eruiieren. Unklar ist, ob hier nur das im vom Bund oder dem Kanton herausgegebenen "Abstimmungsbüchlein" abgedruckte Argumentarium relevant ist, oder auch die – privaten – Informations- bzw. Propagandaprospunkte des Initiativkomitees.

18 Botschaften des Bundesrates werden in der AS veröffentlicht, deren Ausgaben ab 1998 über www.admin.ch abrufbar sind. Öffentlich sind die Berichte der Kantonsregierungen, die ebenfalls Botschaft (SO), Vorlage (ZH, BE, LU, GR) oder Ratschlag (BS) genannt werden; ihre Zugänglichkeit über das Internet ist von Kanton zu Kanton verschieden.

b. Problem der konkludenten Übernahme von Aussagen durch das Parlament

Wenig problematisiert wird in der Lehre die Tatsache, dass es sich bei den Botschaften um Verlautbarungen der Exekutive handelt. Die Lehre geht davon aus, dass der Inhalt der Botschaft vom Willen des Gesetzgebers erfasst ist, wenn dieser einer darin getroffenen Feststellung nicht widerspricht¹⁹. Sofern die Botschaft eine Rechtsfrage "entscheidet", ist der Rechtsprechende mithin gehalten, die Dokumente des Parlaments auf allfällige abweichende Willensäusserungen hin zu konsultieren. Oft wird sich darin nichts zum Inhalt der Botschaft Ausgeführten finden. Dürfen die Äusserungen der Exekutive diesfalls als von der Legislative konkludent übernommen gelten?

Entschieden dafür spricht die Funktion des Parlaments als Gesetzgeber, der sich seiner Aufgabe und Verantwortung bewusst ist oder sein muss. Auch wenn Gesetze von der Exekutive bzw. von Verwaltungsangestellten geschrieben werden, hat das Parlament das letzte und entscheidende Wort. Die Parlamentarierin muss einer ihr nicht passenden Interpretation des Gesetzestextes durch die Botschaft widersprechen, sei es in der Kommissionsberatung oder anlässlich der Beratung im Plenum.

Das muss grundsätzlich selbst für Feststellungen in der Botschaft gelten, die mit dem Gesetzestext in keinem unmittelbaren, ja nicht einmal in einem vernünftigen Zusammenhang stehen. Angesichts der notorischen Bedeutung der Botschaft für die Gesetzesinterpretation ist es die Aufgabe des Parlaments, bezüglich allfälliger Fehlleistungen oder auch beabsichtigter gesetzgeberischer Schmutzgeleien der Exekutive kritisch zu sein²⁰.

c. Gefahr der Willensfiktion

Konsequent zu Ende gedacht, müsste beim skizzierten Verständnis des Parlaments als Gesetzgeber, der sich die Äusserungen der Exekutive konkludent zu eigen macht, ein Widerspruch ebenso in hochkomplexen Materien verlangt werden. Dies gälte auch bezüglich technischer Details, die dem Milizparlamentarier und wissenschaftlichen Laien nicht ohne weiteres in ihren Konsequenzen klar sind und im Vergleich zur Bedeutung des Gesetzgebungsvorhabens als Ganzem unwichtig erscheinen.

Diese Konsequenz erscheint nicht angebracht, da den Parlamenten, zumal den Milizparlamenten schweizerischer Ausprägung, Aufgaben überbürdet würden, die sie nicht wahrnehmen können. Angesichts der grossen Menge der Gesetzgebungsarbeiten und ihrer Komplexität nicht nur in hochspezialisierten Themata muss davon ausgegangen werden, dass sich der einzelne Parlamentarier bzw. die Parlamentsmehrheit bezüglich zahlreicher später von einem Gericht zu beurteilenden Fragen gar keinen Willen gebildet hat²¹. Selbst bei intensiven Beratungen werden oft nur einige grundsätzliche Weichenstellungen diskutiert oder aber Fixpunkte, die keinen interpretatorischen Spielraum zulassen, wie etwa die Höhe eines Steuerabzugs. Würden sämtliche in der Beratung nicht thematisierten Äusserungen in der von Fachleuten geschriebenen Botschaft als Willens-

äusserungen des Parlaments behandelt, obwohl sie für einen Laien von nicht erkennbarer Bedeutung oder in ihren Auswirkungen nicht verständlich sind, läge eine unzulässige Willensfiktion vor.

Zumal dort, wo die Exekutive selbst als Verordnungsgeber hätte rechtsetzend tätig werden können – also vereinfachend gesagt in Detailfragen –, ist nicht leichthin von einem entsprechenden Willen des Parlaments auszugehen, wenn eine Frage weder in der Kommission noch im Plenum behandelt wurde. Bei grundsätzlichen Fragen kann sich das Parlament jedoch nicht durch Schweigen aus der Verantwortung ziehen, sondern muss die ihm zugewiesenen Kompetenzen wahrnehmen²².

Ein Spezialfall liegt vor, wenn sich der Gesetzgeber mit einer Frage nicht auseinandergesetzt hat, weil sie für ihn derart selbstverständlich bereits beantwortet war, dass ihm eine abweichende Interpretation in der möglicherweise äusserst umfangreichen Botschaft nicht klar war. Auch hier kann in Anlehnung an die Vertragstheorie argumentiert werden, dass der Gesetzgeber in seinem Vertrauen in die Exekutive als Verfasserin der Botschaft zu schützen ist und ihm völlig aus dem Rahmen fallende Äusserungen nicht als konkludent übernommen zugerechnet werden können. Im Einzelfall dürfte es aus dem Zusammenhang leicht erkennbar sein, ob eine Frage aus Ignoranz nicht diskutiert wurde oder weil aufgrund einer allgemeinen Überzeugung keine Diskussion nötig war.

Kommt man zum Schluss, dass ein Parlament zu einer Frage keine Überlegungen angestellt hat und solche Überlegungen nicht hätte anstellen müssen, fehlt es an einem Willen des Gesetzgebers. Methodisch falsch wäre es, über Wortlaut, Systematik und Gesetzeszweck einen Willen des Gesetzgebers zu fingieren; vielmehr ist ein hypothetischer Wille des Gesetzgebers zu suchen, der sich an einem allgemeinen Willen zur Vernunft orientiert, wie ihn Art. 1 Abs. 2 ZGB dem modo legislatoris tätigen Gericht zugeht.

Die Unterscheidung zwischen der Frage, ob herausgefunden werden soll, was der Gesetzgeber gemeint hat, oder, was er, wenn er sich mit der Frage auseinandergesetzt hätte, mutmasslich gemeint haben dürfte, mag spitzfindig erscheinen. Sie ist – abgesehen von der methodischen Korrektheit – deshalb wichtig, weil sie das Verhältnis von Judikative und Legislative zu klären hilft. Geht man davon aus, dass das Parlament zu allem einen Willen hat, den es heraus-

19 ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. A., Bern 2005, 123.

20 Vgl. ERNST A. KRAMER (FN 19), 124 f., wonach Erwägungen praeter verba legis willkommene inhaltliche Orientierungspunkte für die richterliche Rechtsfortbildung geben können.

21 Dasselbe gilt wohl auch für Berufsparlamente, vgl. aus der deutschen Lehre KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin 1995, 150.

22 Das ergibt sich schon aus dem materiellen Gesetzesbegriff gemäss Art. 164 Abs. 1 BV.

zufinden gilt, so wird die Legislative zum Orakel, dessen dunkle Sinnsprüche der richterliche Interpretator zu erhehlen hat. Sinnvoller erscheint es, die Legislative als politisches Gremium zu verstehen, das einige wichtige und auch unwichtige Fragen diskutiert und entscheidet, während es andere wichtige und unwichtige Fragen gar nicht thematisiert und auch nicht entscheidet.

2.5. Berichte von Expertenkommissionen

Vor den Botschaften verfassen bei bedeutenden Gesetzgebungsprojekten Expertenkommissionen des Bundes- oder Regierungsrats ihre Berichte. Den Expertenberichten kann für sich genommen nur geringes Gewicht für die Gesetzesauslegung zukommen²³. Das gilt zumal für Elemente, die nicht in die Botschaft übernommen und in der späteren Beratung nicht wieder aufgegriffen werden. Die Rolle von Expertenberichten beschränkt sich auf eine zusätzliche Interpretationshilfe zu Feststellungen in der Botschaft. Die Bedeutung der Expertenberichte ist dann nicht zu unterschätzen, wenn Gesetzesentwürfe von Experten unverändert in den Regierungsentwurf integriert werden, wobei auch diesfalls die Botschaft die interpretatorischen Akzente anders setzen kann als der kommentierende Expertenbericht.

Die Zurückhaltung gegenüber den fernab vom parlamentarischen Betrieb entstandenen Expertenberichten ist auch deshalb angebracht, weil die Aufgabe von Expertenkommissionen gerade nicht darin liegt, die Mehrheitsverhältnisse und mithin das politisch Machbare zu dokumentieren, sondern eine aus der Sicht der Experten ideale Gesetzgebung vorzuschlagen.

2.6. Vernehmlassungsberichte

Noch weiter weg vom politischen Konsens sind Äusserungen in Vernehmlassungen, sofern diese aufgrund der Bündelung der einzelnen Meinungen in einem Vernehmlassungsbericht überhaupt greifbar sind²⁴. Vernehmlassungen haben vorwiegend die Aufgabe, partikularen Interessen Nachdruck zu verschaffen, damit diese im Gesetzesentwurf berücksichtigt werden. Als Fundgrube für den Willen des Gesetzgebers sind sie unbrauchbar.

2.7. Kommissionsberichte

Die schriftlichen Kommissionsberichte sind das legislative Gegenstück zur Botschaft der Exekutive. Sie orientieren sich zumeist an dieser und gehen sinnvollerweise nur auf die umstrittenen Teile der Botschaft vertieft ein. Dabei wird bisweilen die Diskussion meinungsneutral wiedergegeben und am Ende ein Abstimmungsresultat der Kommission genannt. Häufig wird im Sinn eines Mehrheitsberichts die letztlich in der Kommission obsiegende Position erläutert; seltener verfasst die unterlegene Kommissionsminderheit einen eigenen Bericht.

Zur Kommissionsberichterstattung im weiteren Sinne gehören die Voten der Kommissionssprecher in der Ple-

numsberatung (möglicherweise aufgeteilt in einen Mehrheits- und Minderheitssprecher). Diese sind allerdings nur dort greifbar, wo eine Wortprotokollierung der Plenumsberatung stattfindet.

Es versteht sich, dass Kommissionsberichte bezüglich strittiger Fragen stets im Lichte des nachmaligen Plenumsentscheids zu lesen sind, wo die Kommissionsmehrheit oder möglicherweise die einstimmig den Bericht verabschiedende Gesamtkommission in die Minderheit versetzt werden kann.

2.8. Kommissionsprotokolle und ihre Geheimhaltung

a. Allgemeines

Die Beratungen von parlamentarischen Kommissionen sind in der Schweiz in allen Kantonen und im Bund geheim. Häufig werden in den öffentlichen Kommissionsberichten nur die wichtigsten Punkte einer Diskussion zu einem umstrittenen Thema erläutert und das Abstimmungsresultat bekannt gegeben. Die Kommissionsprotokolle, die vertieft Aufschluss geben könnten, sind nicht öffentlich zugänglich. Gesuche von Gerichten, die Einsicht in die Kommissionsprotokolle zu Gesetzgebungsarbeiten benötigen, werden nach der Praxis der Parlamente zwar regelmässig genehmigt²⁵. Das Einsichtsrecht wird indes wenig genutzt, was angesichts des mit einem Gesuch verbundenen Aufwandes, des Zeitverlustes und der unsicheren Verwendbarkeit des Protokollinhalts nicht verwundert²⁶. Prozessparteien ist eine Einsichtnahme untersagt²⁷. In der erschwerten Zugänglichkeit von Kommissionsprotokollen für Gerichte und der Unzugänglichkeit für Parteien liegt nach der hier vertretenen Auffassung eine unnötige Hürde für die Gesetzesinterpretation.

b. Argumente für die Geheimhaltung von Kommissionsberatungen

Die fehlende Öffentlichkeit der Beratungen parlamentarischer Kommissionen und die Geheimhaltung ihrer Protokolle haben in der Schweiz auf Bundes- und Kantonebene

23 A.M. ERNST A. KRAMER (FN 19), 125, der die Protokolle der Expertenkommissionen als "oft besonders aufschlussreich" bezeichnet. Diese Protokolle sind indes nicht öffentlich, vgl. zum Problem der Geheimhaltung von Kommissionsprotokollen unten Ziff. 2.8.

24 In den Kantonen werden Vernehmlassungsberichte im Allgemeinen nur publiziert, wenn der Regierungsrat dies für die Akzeptanz einer Vorlage als wichtig erachtet.

25 Möglich ist eine Einsichtnahme auch für wissenschaftliche Zwecke.

26 Im Kanton Zürich gibt es nach Auskunft des Parlamentsdienstes kaum je mehr als eine Anfrage von Gerichten pro Jahr.

27 Dies gilt nach umstrittener Praxis auch für die Untersuchungsbehörde im Strafverfahren.

eine lange Tradition. Begründet wird die Geheimhaltung mit dem Bedürfnis der Parlamentarier, sich im trauten Rahmen der Kommission frei äussern zu können. Der Parlamentarier soll die Möglichkeit gegeben werden, ihre Meinung ändern zu dürfen, ohne gegenüber der Öffentlichkeit und ihrer Partei als Windfahne dazustehen. Grundsätzlich könnte argumentiert werden, dass mit der Geheimhaltung des in der Kommission Gesagten eine Stärkung des freien Mandats durch eine Schwächung der Fraktionen als Kontrollinstanz über ein einzelnes Fraktionsmitglied erreicht wird.

c. Argumente für das Öffentlichkeitsprinzip in parlamentarischen Kommissionen

Gegen das Geheimhaltungsprinzip ist folgendes einzuwenden: Eine parlamentarische Kommission mit ihren oft zahlreichen Mitgliedern ist kein geheimer Think Tank, keine geschützte Werkstatt, sondern ein Parlamentsgremium zur vorgängigen Ausmarchung von politischen Entscheidungen. Die Geheimhaltung von Kommissionsberatungen führt dazu, dass die Wahlberechtigten sich kaum über die fachlichen und politischen Qualitäten ihres politischen Mandataren vergewissern können. Das in der Schweiz sorgsam gepflegte Bild vom guten Politiker als "stiller Schaffer" ist nicht auf seine Richtigkeit überprüfbar.

Die Argumentation, dass ein Parlamentarier sich nur im Schutz der Geheimhaltung kompromissbereit geben und für das bessere Argument empfänglich sein kann, geht von einem schiefen Bild des schweizerischen Politikers aus. Das schweizerische Konkordanzsystem ist auf die Kompromissfindung angelegt; diese soll nicht im Geheimen stattfinden und sich dadurch selbst in den Ruch der Mischelei bringen.

Auch wenn man am verbreiteten Bild des "homo politicus homini politico lupus est" bleiben will, kann die Geheimhaltung eines wesentlichen Teils des politischen Diskurses nur zweckmässig sein, wenn ihre Einhaltung kontrolliert und ihre Verletzung sanktioniert wird. Das ist in der Schweiz nicht der Fall. Selbst wenn man eine Geheimhaltung von Kommissionsberatungen entgegen der hier vertretenen Auffassung befürwortet, ist diese Geheimhaltung aus systemimmanenten Gründen illusorisch. Überall dürfen die Kommissionsmitglieder ihre Fraktionskollegen über die Beratungen in der Kommission informieren. Dies ist nötig, damit sich die Gesamtfraktion ein Bild über eine Vorlage machen kann. Das Informationsrecht der Kommissionsmitglieder wird in der Schweiz allgemein weit interpretiert, so dass den Fraktionskollegen häufig alles Sachliche und Persönliche aus den Kommissionen mitgeteilt wird²⁸.

Dieses halbherzige Informationsrecht hat überdies die Konsequenz, dass es den nicht in der Kommission vertretenen Parlamentariern unmöglich ist, sich ein objektives Bild der Beratungen zu verschaffen. Sie sind im Gegenteil abhängig von den subjektiven Schilderungen durch wenige Fraktionsmitglieder. Die Optik des Kommissionsmitglieds auf Themen seines politischen Fachbereichs ist notwendi-

gerweise eine andere als die Optik des mit der Materie nicht befassten Fraktionskollegen, der möglicherweise weniger ein Sach- als ein Parteiinteresse sieht.

Es versteht sich, dass das nicht der Kommission angehörende und zulässigerweise informierte Fraktionsmitglied nicht Geheimnisträger ist. Es kann die Medien jederzeit mit nicht überprüfbaren Pikanterien aus der Kommissionsberatung beliefern. Selbst grobe Indiskretionen von Kommissionsmitgliedern, etwa über das Stimm- und Argumentationsverhalten einzelner Mitglieder, können kaum je sanktioniert werden. Angesichts der verbesserten Möglichkeiten für die schnelle und diskrete Weitergabe umfangreicher Informationen erstaunt es nicht, dass in letzter Zeit häufiger Vertrauliches an die Öffentlichkeit gelangt ist²⁹.

Der Widerstand gegen ein Öffentlichkeitsprinzip für die parlamentarische Arbeit ist bei Abgeordneten jeder politischen Couleur beträchtlich³⁰. Letztlich sind es aber gerade die Parlamentarier, die ein genuines Interesse an einer Offenlegung ihrer Wortmeldungen in Kommissionen und im Plenum haben sollten – oder umgekehrt formuliert: Das Interesse an der Geheimhaltung von nachträglich bereuten oder auch der Tatsache von nicht gehaltenen Voten ist nicht schützenswert. Die Geheimhaltung wesentlicher Teile der parlamentarischen Tätigkeit passt nicht in eine Zeit, wo das Öffentlichkeitsprinzip immer mehr Einzug in die Verwaltungen nimmt und die Parlamente selbst immer mehr Transparenz verlangen.

28 Dies trotz meist einschränkenden gesetzlichen Formulierungen, so etwa in BS: "Die Kommissionsmitglieder sind berechtigt, ihre Fraktion über den Gang der Verhandlungen im allgemeinen und die Beschlüsse der Kommission zu orientieren." (§ 53 Abs. 3 Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates).

29 Beispielhaft für die Ohnmacht der Parlamentsleitung gegenüber Informationslecks in parlamentarischen Kommissionen ist der Fall der Weitergabe eines brisanten Berichts der Geschäftsprüfungskommission des Kantons Basel-Stadt an Regionalzeitungen im Oktober 2004. Nach unergiebigen internen Untersuchungen reichte das Ratsbüro Strafanzeige wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 StGB ein. Das Verfahren wurde mangels Tatbestand umgehend eingestellt.

30 Zur Illustration unkommentiert aufgeführt sei eine Antwort des Ratsbüros des Einwohnerrats der Gemeinde Riehen auf einen Anzug (vgl. zur Terminologie FN 60) des Verfassers, die Protokolle der öffentlichen Plenumsberatungen auf der Internet-Seite der Gemeinde zugänglich zu machen: "Grenzen sind der offenen Informationspolitik dort gesetzt, wo überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Solche sind im Zusammenhang mit dem Protokoll des Einwohnerrats auf den ersten Blick nicht erkennbar, zumal die Sitzungen des Einwohnerrats ja ebenfalls öffentlich sind. Dennoch ist das Ratsbüro in der Frage einer aktiven und breiten Veröffentlichung des Protokolls eher zurückhaltend bis ablehnend. Zumindest in der heutigen Form der Protokolle – sie fassen jedes Votum knapp zusammen und sind somit relativ ausführlich gehalten – scheint ihm eine Publikation im Internet nicht angemessen".

d. Schlussfolgerung und Forderungen de lege ferenda

Nach dem Gesagten überwiegt angesichts der fraglichen Sinnhaftigkeit der Geheimhaltung und ihrer mangelnden Durchsetzbarkeit das Interesse an einer genaueren Eruiierung des Willens des Gesetzgebers das ohnehin diffuse Interesse des einzelnen Parlamentsmitglieds an der Vertraulichkeit seiner Äusserungen in einer Kommission.

Für die Rechtsprechung von Nutzen wäre ausschliesslich die Offenlegung der Kommissionsprotokolle. Die Öffentlichkeit der Beratungen selbst bringt für die Interpretation eines Gesetzestextes nichts. Eine Offenlegung lediglich der Protokolle und nicht der Beratung selbst eröffnet die Möglichkeit, dass je nach Protokollierungstechnik die Kommission nach ihrem – allerdings zu beschränkenden – Ermessen die nach aussen dringenden Informationen filtern kann, so dass allzu spontane unbedachte Äusserungen, die nicht zur schriftlichen Aufbewahrung geeignet sind, im Bereich des Mündlichen bleiben. Denkbar ist auch, dass einem Kommissionsmitglied das formalisierte Recht zugebilligt wird, etwas ausser Protokoll festzuhalten (etwa ein "Vergleichsangebot" an den politischen Gegner, auf das der Kompromissbereite sich nicht behaften lassen will). Es ist jedoch davon auszugehen, dass solche Einschränkungen des Öffentlichkeitsprinzips zu heiklen und eher unfruchtbaren Abgrenzungsfragen führen würden.

Die Forderung nach einer völligen Offenlegung von Kommissionsprotokollen dürfte in absehbarer Zeit keine Chance haben. De lege ferenda scheint es immerhin nicht unrealistisch, dass ältere, beispielsweise mehr als zehn Jahre zurückliegende Kommissionsprotokolle, auf den Internetseiten der Parlamente veröffentlicht werden.

2.9. Protokolle der Plenumsberatung

Ein Problem auf Kantonebene war früher, dass über die Plenumsberatungen vielfach keine schriftlichen Wortprotokolle geführt wurden und das Ratsgeschehen allenfalls mit Tonaufnahmen festgehalten wurde³¹. Das Fehlen schriftlicher Wortprotokolle lässt sich angesichts der heutigen Informationstechnologien und des beträchtlichen Ausbaus der Parlamentsdienste in den grösseren Kantonen mindestens bei Gesetzesvorlagen kaum mehr rechtfertigen. Heute führen die meisten Kantonsparlamente schriftliche Protokolle, wenn auch in unterschiedlicher Form³². Der oft befürchtete Korrekturaufwand angesichts von Parlamentariern, die ihr eigenes gesprochenes Wort in Schrift gegossen nachträglich nicht wiedererkennen wollen, hält sich nach den Erfahrungen in Grenzen³³.

Die Plenumsprotokolle sind auch dort, wo sie geführt werden, oft wenig ergiebig, da besonders in kantonalen Parlamenten die in den Kommissionen bereits ausgemehrten Fragen im Plenum nicht mehr behandelt werden. Sofern eine Öffentlichkeit fehlt, die sich für einen "Schaukampf" mit für die votierenden Parlamentsmitglieder selbst absehbaren Ausgang interessieren könnte, fällt das Interesse an einem Aufrollen der Kommissionsdebatten weg.

3. Zur Bedeutung des Willens des Gesetzgebers in der Methodenlehre

3.1. Der Wille des Gesetzgebers als Auslegungselement

In der Methodenlehre ist heute umstritten, ob ein Gesetz eher objektiv-historisch oder eher objektiv-geltungszeitlich zu verstehen ist. Nach der objektiv-historischen Auslegung kommt dem objektiv erkennbaren Willen des historischen Gesetzgebers eine überragende Bedeutung zu. Nach der objektiv-geltungszeitlichen Methode ist dieser historische Wille an die Gegenwart zu adaptieren; gesellschaftliche und rechtliche Entwicklungen seit Erlass des Gesetzes sind bei dessen Auslegung zu berücksichtigen³⁴.

Trotz oft klarer Festlegungen bezüglich des Ausgangspunkts der jeweiligen Lehrpositionen stehen heute vermittelnde Ansichten im Vordergrund³⁵. So finden sich kaum Belege für die Forderung, dass Gesetze "in Stein gemeiselt" zu verstehen seien und jede vom ursprünglichen Willen des Gesetzgebers abweichende Auslegung sich verbiete. Ebenso wenig wird die Position vertreten, wonach der Gesetzestext "toter Buchstabe" sei und einzig anhand des heute dem Gericht als sinnvoll erscheinenden zu verstehen sei³⁶. Auch der "pragmatische Methodenpluralismus"³⁷, den das Bundesgericht bei der Anwendung der verschiedenen Auslegungselemente beherzigt, darf als Ausdruck einer solchen vermittelnden Position verstanden werden, deren dogmatischer Ausgangspunkt für das Resultat nicht unbedingt entscheidend ist.

Der Wille des historischen Gesetzgebers fliesst nicht nur im Rahmen des historischen Auslegungselements in die Auslegung ein. Selbstverständlich ist auch der Zweck des Gesetzes von diesem Willen geprägt. So ist nach dem Bun-

31 So noch bis ins Jahr 2003 im Kanton Basel-Stadt.

32 Wortprotokolle, wenn auch teilweise nicht über alle Geschäfte, kennen etwa Aargau, Basel-Stadt, Bern, Jura, Solothurn, St. Gallen, Thurgau und Zürich. Ohne wörtliche Wiedergabe der Voten protokollieren etwa Basel-Landschaft und Luzern.

33 Nach Auskunft der Parlamentsdienste Basel-Landschaft werden ca. 20 Korrekturen jährlich verlangt, davon ca. 15 von einem einzelnen Ratsmitglied. Der Kanton Basel-Stadt verzichtet gar ganz auf eine Korrekturmöglichkeit – bis anhin ohne Beschwerden.

34 Zum Ganzen eingehend ERNST A. KRAMER (FN 19), 104 ff.; DAVID DÜRR, ZK, Art. 1 ZGB N 135 ff.; PHILIPP GELZER (FN 7), 37 ff.

35 Vgl. ERNST A. KRAMER (FN 19), 119 m.w.H.

36 Kritisch zum Lehrstreit etwa ERNST HÖHN, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, 122.

37 Der Begriff findet sich zuletzt in BGE 131 III 33, 35, 131 II 13, 31 und 130 III 76, 82. Kritisch ein grosser Teil der Lehre, vgl. etwa PASCAL PICHONNAZ/STEFAN VOGENAUER, AJP/PJA 1999, 417 ff. m.w.H.

desgericht "das teleologische Auslegungselement (...) in erster Linie ebenfalls aus den Absichten des Gesetzgebers (...) zu erschliessen"³⁸. Auch die Gesetzessprache, die im Rahmen der grammatikalischen Auslegung untersucht wird, kann historisch (objektiv) oder zeitgemäss (subjektiv) verstanden werden. Letztlich lassen sich auch als sprachlich, systematisch oder teleologisch umschriebene Auslegungsergebnisse auf die Wertentscheidung zurückführen, wie stark die politische Vergangenheit die rechtliche Gegenwart dominieren soll.

3.2. Relevanz des Alters des Gesetzes

Die wohl herrschende Lehre ist der Auffassung, der Wille des historischen Gesetzgebers habe weniger Gewicht bei älteren als bei jüngeren Gesetzen und die Bedeutung der Materialien sei unterschiedlich, "je nach dem, ob es sich um neuere oder um ältere Gesetze handelt"³⁹.

Es erstaunt nicht, dass der grundsätzlichen Entscheidung zwischen objektivem und subjektivem Auslegungsverständnis, der Entscheidung also für den Ausgangspunkt der Gesetzesinterpretation, (noch) weniger Brisanz zukommt bei jungen Gesetzen. Junge Gesetze stehen im Einklang mit der zeitgenössischen Mehrheitsmeinung. Ein Argumentieren mit gewandelten Anschauungen ist bei jungen Gesetzen schwieriger, da sich der auf einen schnellen Wandel Pochende dem Verdacht aussetzt, er wolle einen Mehrheitsentscheid umgehen. Wer eine Regelung schon bei ihrem Entstehen für veraltet oder unzweckmässig hielt, konnte sich mit dieser Meinung politisch nicht durchsetzen, und soll sich nicht nachträglich – etwa als Richter – ausserhalb des politischen Diskurses durchsetzen können. Je älter ein Gesetz ist, desto eher kann seine Veraltetheit plausibel erklärt werden. Die Macht des historischen Willens des Gesetzgebers, seine Deutungshoheit über das Gesetz, nimmt deshalb kontinuierlich ab⁴⁰.

Gewandelte Mehrheitsvorstellungen sind nur ein Grund für eine weniger starke Bindung an weit zurückliegende Erlasse. Dazu kommt ein von Juristen im Gegensatz etwa zu Historikern aufgrund der eher statischen juristischen Sprache unterschätzter Aspekt: die Schwierigkeit, die Bedeutung einer historischen Ausdrucksweise in der Gegenwart zu erfassen. Schon aufgrund dieses allgemeinen hermeneutischen Problems haben ältere Materialien eine geringere Ausstrahlung und Bindungswirkung.

Diese geringere Bindung führt dazu, dass die "Macht über das Gesetz" sich je länger desto mehr von der Legislative löst und zur rechtanwendenden Exekutive sowie zur urteilenden Judikative hin verschiebt.

Möglich ist, dass sich die Meinung der Rechtsanwendenden und Rechtsprechenden über das Zeitgemässe von derjenigen der Legislative unterscheidet. So ist es denkbar, dass die Legislative unter veränderten Umständen und unter veränderter Argumentation eine gesetzgeberische Frage genau gleich regeln möchte wie vor vielen Jahren, eine gegenwärtige Rechtsprechung aber – trotz eines möglicherweise klaren Wortlauts – von dieser historischen Meinung abweicht.

Das Problem ist altbekannt und entspricht der Urangst jeder Legislative, dass ihren Gesetzen die materielle Geltung versagt bleibt. In der Regenerationszeit behielten sich deshalb zahlreiche Parlamente mit dem Recht, Gesetze "erläutern" zu können, die Herrschaft über die Interpretation der Gesetze vor⁴¹. Das Recht zur sogenannten authentischen Gesetzesinterpretation dürfte damals in erster Linie im Misstrauen gegenüber der Verordnungsgewalt der Exekutive und nur in zweiter Linie in der Furcht vor Eigenmächtigkeit der Gerichte begründet gewesen sein.

3.3. Grundsatzfrage und Detailfrage

Das Problem der "Halbwertzeit der Gesetze"⁴² stellt sich vor allem bei ursprünglich eindeutig entschiedenen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung.

Weniger akut ist es bei Fragen, die von Rechtsprechung und Rechtsetzern übereinstimmend als Detailfragen angesehen werden. Bei weniger wichtigen Fragen liegt oft kein konkreter Wille des Gesetzgebers vor⁴³. Hypothetisch darf von einem allgemeinen Willen des Gesetzgebers, "gute Gesetze" zu machen, ausgegangen werden. Wo aus Sicht eines Gerichts der Lauf der Zeit in einer nicht wesentlichen Frage nach einer anderen als die in der Botschaft geäußerte und in der Kommission bestätigte Lösung verlangt, kann ein allgemeiner Telos zu vernünftigen, auf die Gegenwart bezogenen Lösungen unterstellt werden.

Der Entscheid indes, was eine Grundsatzfrage ist, muss dem Gesetzgeber überlassen werden. Die Frage etwa, ob rassistische Äusserungen an einen Stammtisch schon im öffentlichen oder noch im privaten Rahmen erfolgen, mag aus staatspolitischer Sicht von geringer Bedeutung sein⁴⁴. Bezüglich der Bestimmung dessen, was eine grundsätzliche Frage ist, ist jedoch für die Deutungshoheit der Politik zu plädieren. Nicht die Judikative, sondern die der öffentlichen Meinung verpflichteten Parlamentsabgeordneten haben zu definieren, was politisch wichtig ist.

38 BGE 130 III 76, 84.

39 BGE 116 II 411, 415 m.w.H.; BGE 126 V 103, 107; HAUSHEER/JAUN (FN 15), Art. 1 N 150; ERNST A. KRAMER (FN 19), 122. – A.M. PHILIPP GELZER (FN 7), 44.

40 Kritisch zuspitzend von einer Theorie der "Halbwertzeit" von Gesetzen spricht CHRISTIAN HILLGRUBER, Juristenzeitung 1996, 121.

41 Namentlich war dies in St. Gallen und Bern der Fall; ALFRED KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Zürich 1992, 349. Vgl. zur Rechtslage heute hinten Ziff. 4.1.

42 Vgl. FN 40.

43 Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.c.

44 Die Frage wurde in BGE 130 IV 111 zugunsten einer weiteren Auslegung der Antirassismusstrafnorm von Art. 261^{bis} StGB entschieden. Politisch warf dieser Entscheid hohe Wellen und hat zum Unmut vor allem bürgerlicher Politiker über die vermeintliche Politisierung des Bundesgerichts beigetragen.

4. Der vernachlässigte Wille des geltungszeitlichen Gesetzgebers

4.1. Möglichkeiten des Gesetzgebers zur formellen Aktualisierung seines historischen Willens

Selbstverständlich ist eine Aktualisierung des gesetzgeberischen Willens formell jederzeit durch eine "Aktualisierung" eines geltenden Gesetzes möglich. Dies kann durch eine Änderung der fraglichen Bestimmung geschehen oder auch mit einem dieser beigefügten "Interpretationsgesetz". Dem Bundesgesetzgeber sind bei der gesetzlichen Verdeutlichung seines Willens formell keine Grenzen gesetzt. Auch der kantonale Gesetzgeber kann – im Rahmen seiner föderalen Kompetenzen und den Grenzen der Verfassungsmässigkeit – einem erlassenen Gesetz eine Interpretation in Gesetzesform nachschieben. Es versteht sich, dass dabei Grundsätze wie die Einheitlichkeit der Erlasse, die Übersichtlichkeit und die Stetigkeit lediglich Idealprinzipien sind, an die der Gesetzgeber nicht gebunden ist.

Teilweise ist die Möglichkeit der authentischen Gesetzesinterpretation auf Kantonsebene normiert. Im Kanton Obwalden etwa nennt die Verfassung das Recht zur Interpretation durch das Kantonsparlament ausdrücklich⁴⁵. Der Kantonsrat kann förmliche Interpretationsbeschlüsse fassen, die Bestandteil der kantonalen Gesetzessammlung werden⁴⁶.

Über diese Auslegungshoheit mit dem Mittel revidierender oder ergänzender Legiferierung hinaus kann sich das Parlament bei den Gerichten kaum Gehör verschaffen. Eine Berücksichtigung von "Soft Facts" der Gesetzgebung findet nicht systematisch statt.

4.2. Beschränkung der klassischen Methodenlehre auf den historischen Willen des Gesetzgebers

Äusserungen des Gesetzgebers müssen von den Gerichten nur beachtet werden, wenn sie in Rechtskraft erwachsen sind. Die Methodenlehre berücksichtigt im Rahmen der Eruierung des Willens des Gesetzgebers nur Materialien, die seinen historischen Willen zeigen können, und beschränkt sich auf Dokumente der Entstehungsgeschichte. Umstritten ist höchstens, ob die zu berücksichtigenden Materialien nur bis zu den Schlussabstimmungen reichen oder bis zum Inkrafttreten der Norm⁴⁷.

Immerhin konzediert schon die ältere Lehre, dass bei der Auslegung älterer Gesetze auch "neue Gesetze und eventuell Materialien dazu, welche die Wandlungen in der Auffassung des Gesetzgebers klar erkennen lassen, von besonderer Wichtigkeit" sein können⁴⁸. Immer wieder hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei der Auslegung nicht nur auf die Materialien des in Kraft stehenden Rechts zurückzugreifen sei, sondern auch die seitherige gesetzgeberische Entwicklung berücksichtigt werden könne⁴⁹. Eine verbindliche Bedeutung misst das Bundesgericht der

gesetzgeberischen Entwicklung jedoch nicht zu. Stets spricht es von "Vorarbeiten", die im Sinne einer geltungszeitlichen Auslegung berücksichtigt werden können, ohne dass es sich "um eine strenge Berücksichtigung von Materialien im historischen Sinn" handle⁵⁰.

In schroffem Gegensatz zu Entscheiden des Gesetzgebers, die sich in der Gesetzessammlung niederschlugen, fliessen seine anderen Willensbekundungen oft gar nicht in die Auslegung ein. Falls sie berücksichtigt werden, so im Rahmen einer allgemeinen Berücksichtigung geltungszeitlicher Faktoren, ohne dass ihnen irgendeine Verbindlichkeit zukäme⁵¹. Die klare Unterscheidung zwischen Parlamentsbeschlüssen, die zu rechtskräftige Erlasse führen, und solchen, die nicht in die Gesetzessammlung aufgenommen werden, ist in ihrer Schärfe nicht geeignet als Auslegungsrichtlinie. Will man eine geltungszeitliche Interpretation zulassen, so gilt es nach der hier vertretenen Auffassung den Willen des geltungszeitlichen Gesetzgebers zu erforschen, bevor diffusere Kriterien wie allgemeine gesellschaftliche Anschauungen zum Tragen kommen. Dieser geltungszeitliche Wille zeigt sich nicht nur bei Gesetzesänderungen, sondern möglicherweise schon im Rahmen anderer Parlamentsbeschlüsse. Im Folgenden wird geprüft, welchen Nutzen die Interpretation aus nicht rechtskräftigen bzw. nicht als Erlasse zu bezeichnenden Beschlüsse des Gesetzgebers ziehen kann. Die Einteilung erfolgt zunächst grob in zustimmende und ablehnende Beschlüsse des Gesetzgebers.

45 In die Zuständigkeit des Kantonsrats fällt "die Interpretation der Kantonsverfassung, der Gesetze und der Verordnungen, jedoch nie in einem vor dem Richter anhängigen Fall" (Art. 70 Ziff. 2 KV OW).

46 Beispielhaft: Interpretation des Artikels 45 der Kantonsverfassung vom 13. April 1975, Nr. 101.2. Unklar war, ob gemäss Art. 45 Abs. 2 KV Mitglieder des Kantonsrats dem Verwaltungsgericht angehören dürfen. Der Regierungsrat hatte "unpräjudizierlich einer späteren Interpretation des Kantonsrats" festgestellt, dass dies nicht möglich sei. Nachdem eine kantonsrätliche Kommission eine abweichende Auffassung vertreten hatte, "liegt nun ein hoher Grad der Rechtsunsicherheit vor, der eine sofortige authentische Interpretation gemäss Art. 70 Ziff. 2 KV erheischt".

47 Gemäss PETER FORSTMOSER (FN 6), § 2 Rz 190 reichen die Materialien bis zum Inkrafttreten der Norm; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, § 1 Rz 103 rechnen gar den "beleuchtenden Bericht" zur Volksabstimmung dazu. Kritisch dazu PHILIPP GELZER (FN 7), 43, der nach dem Erlass des Gesetzes eingetretene Umstände nicht mehr als zur Entstehungsgeschichte gehörend versteht.

48 ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK, Art. 1 ZGB N 160.

49 BGE 131 II 13, 36.

50 BGE 124 II 193, 201. Ebenso 131 II 13, 31 f.; 122 IV 292, 297; 117 II 466, 475.

51 Vgl. BGE 124 II 193, 201, wonach es sich bei der Berücksichtigung von Vorarbeiten "um eine Art geltungszeitlicher Auslegung" handle.

4.3. Zustimmende Entscheide des Gesetzgebers

a. Zustimmende Entscheide mit Rechtskraft-erwartung

Zunächst ist zu fragen, welche Relevanz für die Eruiierung des gesetzgeberischen Willens verabschiedete Gesetzesänderungen haben, die noch keine Rechtskraft haben.

In der Lehre ist unbestritten, dass eine positive Vorwirkung von Normen, die noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, aus Gründen der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit verboten sein soll⁵².

Für die Auslegung ist das kategorische Verbot der positiven Vorwirkung von Gesetzen zu differenzieren: Hier geht es nicht um die direkte Anwendung eines noch nicht rechtskräftigen Erlasses, sondern darum, diesen vom Gesetzgeber bereits verabschiedeten Erlass zur Auslegung eines bestehenden rechtskräftigen Erlasses beizuziehen.

Eine solche "interpretatorische Vorwirkung" kann von vornherein nur dort in Frage kommen, wo ein Interpretationsspielraum besteht. Ein Gericht hätte beispielsweise keine Möglichkeit gehabt, die für eine Scheidungsklage nach Getrenntleben erforderliche Trennungsfrist von vier Jahren vor deren Inkrafttreten in die vom Gesetzgeber bereits verabschiedete zweijährige Frist umzuinterpretieren⁵³.

Wo jedoch ein Interpretationsspielraum besteht, ist zu unterscheiden, ob der Gesetzgeber mit dem neuen Erlass eine materielle Änderung einer bisherigen Rechtslage anstrebt oder ob er im fraglichen Punkt lediglich seinen Willen präzisiert oder geänderten Umständen anpasst. Falls der Gesetzgeber materiell neues Recht schaffen möchte, fällt das Rechtskraftefordernis stärker ins Gewicht⁵⁴. Dieses vom Bundesgericht stark betonte Kriterium ist insofern einzuengen, als das Rechtskraftefordernis einer vorgängigen Verbindlichkeit des Gesetzes für die richterliche Auslegung nicht entgegen stehen kann, falls der Gesetzgeber lediglich eine bereits unter geltendem Recht mögliche Interpretation kodifiziert, indem er etwa – möglicherweise angeregt von einer entsprechenden Rechtsprechung – eine offene Bestimmung eingrenzt oder eine Generalklausel weiter öffnet. Ein Gericht kann dem Gesetzgeber unter Berufung auf das Verbot der positiven Vorwirkung nicht untersagen, eine offene Bestimmung neuerdings geltungszeitlich auszulegen, wenn es sich im Rahmen der Auslegung diese Möglichkeit modo legislatoris selbst zugesteht. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit ist es nicht stossender, wenn der Gesetzgeber eine Praxisänderung vornimmt, als wenn ein Gericht dies tut, ohne dass sich der Gesetzestext geändert hat. Dieser Grundsatz muss selbst dann gelten, wenn sich eine richterliche Auslegung von der nunmehr kodifizierten Auslegung des Gesetzgebers entfernt hatte und der Gesetzgeber mit der Kodifikation "das Steuer herumreissen" wollte. Das Vertrauen des Rechtsuchenden ist hier nicht mit dem an einem formalen Kriterium anknüpfenden Verbot der positiven Vorwirkung zu schützen, sondern nach den Grundsätzen der richterli-

chen Praxisänderung⁵⁵. Eine solche lässt sich nach der Lehre insbesondere im Hinblick auf bessere Kenntnis der gesetzgeberischen Absichten rechtfertigen⁵⁶.

Zu fragen ist weiter, ab welchem Zeitpunkt eine "interpretatorische Vorwirkung" möglich sein soll. Nach den Schlussabstimmungen steht der Wille des Gesetzgebers bezüglich einer Gesetzesänderung fest. Möglich ist jedoch, dass dieser Wille nie Gesetz wird, weil der Erlass in einer Referendumsabstimmung von den Stimmberechtigten abgelehnt wird.

Verfassungsänderungen auf Bundes- und Kantonsstufe bedürfen zwingend der Zustimmung der Stimmberechtigten, so dass der Entschluss des Parlaments bis zum Abstimmungstermin (nicht aber bis zur Rechtskraft bei einem zustimmenden Volksentscheid) in der Schwebe bezüglich seiner künftigen Wirksamkeit steht. Für die Auslegung des Willens des Gesetzgebers ist dies nicht entscheidend, da nach dem schweizerischen System das Parlament mit der Ausarbeitung von Gesetzen befasst ist. Genauso wie beim historischen Willen des Gesetzgebers nicht nach der Befindlichkeit der Mehrheit der Stimmbürger gefragt wird, sind für den geltungszeitlichen Willen des Parlaments nur dessen gegenwärtigen Mehrheitsverhältnisse entscheidend.

Verdrängt werden kann dieser Wille durch einen ablehnenden Entscheid des Souveräns als "letztinstanzlichem" Gesetzgeber. Es steht ausser Zweifel, dass ein parlamentarischer Wille bezüglich einer konkreten, vom Stimmvolk abgelehnten Frage im schweizerischen System über äusserst geringe Legitimation verfügt. Bei der Auslegung ist dann vielmehr der Wille des Souveräns zu berücksichtigen, sofern sich dessen Ablehnung bezüglich der zu untersuchenden Frage aus dem Ablehnungsentscheid klar ergibt⁵⁷.

Angesichts der Möglichkeit der Verdrängung des Parlamentswillens durch die Volksabstimmung scheint eine "interpretatorische Vorwirkung" unmittelbar nach der Schlussabstimmung in den Räten zumindest in umstrittenen Fragen heikel, da die geänderte Praxis nach einem Nein des Souveräns erneut geändert werden müsste. Das gilt auch für die dem fakultativen Referendum unterstellten Gesetzesänderungen. Allerdings sollte eine "interpretatorische Vorwirkung"

52 Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz 346 ff.

53 Art. 114 ZGB; die Verkürzung der Trennungsfrist gemäss Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 trat per 1. Juni 2004 in Kraft.

54 BGE 124 II 193, 201. Die Berücksichtigung von Vorarbeiten rechtfertigt sich, "wenn das geltende System nicht grundsätzlich geändert werden soll und nur eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustandes angestrebt wird oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden sollen"; ebenso BGE 117 II 466, 475.

55 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER (FN 52), Rz 509 ff.

56 HÄFELIN/MÜLLER (FN 52), Rz 511.

57 Systemimmanent ist, dass es aufgrund dieser "Konzession" an den Einbezug der Stimmbürger in den Gesetzgebungsprozess zu Verzerrungen kommen kann, da das Stimmvolk nur fallweise mitentscheidet.

eines dem fakultativen Referendum unterstellten Erlasses nur dann nicht erfolgen, wenn ein Referendum tatsächlich angekündigt worden ist. Bei den meisten Gesetzesänderungen läuft die Referendumsfrist ungenutzt ab; zu verlangen, dass die Rechtsausleger einen Parlamentsbeschluss nicht zur Auslegung beziehen dürfen, weil ihm vorläufig noch die Legitimation des "qualifizierten Schweigens" der Stimmbürger abgeht, wäre zu formalistisch⁵⁸. Die für das Erzwingen einer Referendumsabstimmung erforderlichen Unterschriften werden nie in aller Stille eingeholt, sondern von Ankündigungen und Propaganda begleitet. Sofern niemand das Referendum "ergreift"⁵⁹, steht der "interpretatorischen Vorwirkung" nichts entgegen.

b. Zustimmungende Entscheide ohne Gesetzeskraft

Auch positive Entscheide des Gesetzgebers entfalten bei weitem nicht immer Gesetzeskraft: Die Überweisung von Petitionen oder Postulaten an die Regierung zur Berichterstattung und von Motionen zur Vorlage eines Gesetzesentwurfs haben vorläufig keine Folgen für das geltende Recht. Fraglich ist, ob auch derartige nur indirekt auf eine Gesetzesänderung hinzielende Entscheide des Parlaments eine Aussagekraft für die Auslegung eines bestehenden Gesetzes haben können.

Klar zu verneinen ist dies für Parlamentsbeschlüsse, welche die Regierung nur mit der Berichterstattung beauftragen⁶⁰. Die Motivation der Parlamentsmehrheit für die Überweisung von Berichterstattungsaufträgen ist regelmässig nicht klar festzustellen. So kommt es nicht selten vor, dass Postulate aus dem einem politischen Lager auch vom anderen mitgetragen werden, in der Meinung, es sei sinnvoll, wenn die Regierung über eine umstrittene Thematik näher informiert. Das Parlament gibt den Auftrag zur Berichterstattung dann, wenn es in der Sache gerade noch nicht entscheiden möchte.

Anders könnte man voreilig für Motionen⁶¹ oder parlamentarische Initiativen⁶² argumentieren, da sich mit deren Überweisung bzw. Folgegeben der Wille des Parlaments für eine Gesetzesänderung bereits klar manifestiere. Bei Motionen und häufiger noch bei parlamentarischen Initiativen ist es möglich, dass für die Ausarbeitung der Vorlage in einem konkreten Punkt kein Ermessensspielraum mehr bleibt.

Dennoch ist der Überweisungsbeschluss zu einer Motion und selbst das Folgegeben einer parlamentarischen Initiative noch sehr weit weg von einem definitiven Parlamentsentscheid: Nicht nur, dass das Parlament weiterhin die Freiheit hat, an der von der Regierung präsentierten Vorlage beliebige Änderungen anzubringen, es kann auch jederzeit auf seinen – oft eher oberflächlich – gefassten Beschluss zurückkommen und auf die Regierungsvorlage nicht eintreten oder den Gesetzesentwurf ablehnen.

Andererseits ist es politisch gesehen ein Spiel mit dem Feuer, Willensbekundungen im Hinblick auf eine Neuregelung abzugeben, um den ausgearbeiteten Entwurf danach abzulehnen. Solchen oft taktisch motivierten parlamenta-

rischen Winkelzügen muss ein Gericht nicht nachgehen. Als Auslegungshilfe kann das gesetzgeberische Stimmungsbild im Moment der Überweisung einer Motion oder des Folgegebens einer parlamentarischen Initiative dienen, sofern diese ein konkretes, klar definiertes Anliegen zum Gegenstand hat. Der Inhalt des Vorstosses bzw. dessen zentrales Anliegen entspricht diesfalls dem Willen der Parlamentsmehrheit und ist im Rahmen der Feststellung des geltungszeitlichen Willens des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

Schliesslich ist zu fragen, wann im Rahmen eines Gesetzgebungsprojekts einzelne konkrete Beschlüsse des Parlaments vor der Schlussabstimmung über das ganze Gesetz zu Rate gezogen werden sollen. Die Frage hat deshalb Relevanz, weil sich gerade bei komplexen und umstrittenen Gesetzen die Beratungen über längere Zeit hinziehen können. Dies gilt besonders auf Bundesebene, wo beide Kammern ein Gesetz beschliessen müssen und ein zeitraubendes Differenzbereinigungsverfahren unter Umständen auch die Schlussabstimmung über wenig bestrittene Gesetzeselemente herauszögert.

Grundsätzlich können bereits einzelne Abstimmungen im Rahmen der Detailberatung im Plenum oder gar der Kommissionsberatung den Willen der Parlamentsmehrheit bezüglich einer konkreten Frage klar zeigen. Allerdings ist zu beachten, dass ein Gesetz aus taktischen Gründen mit gewissen "Killerfaktoren" aufgeladen werden kann, um in der Schlussabstimmung eine breite Mehrheit für dessen Ablehnung zu finden. Solche politischen Manöver sind meist sehr durchsichtig. Sofern sie jedoch nicht erkennbar sind, hat ein Gericht sich nicht darum zu kümmern, und darf darauf vertrauen, dass die Parlamentsmehrheit ihren Beschluss aus sachlichen und nicht aus taktischen Gründen gefasst hat. Dies ergibt sich aus dem Vertrauensprinzip, wonach sich der Erklärende auf das Erklärte behaften lassen muss, sofern sein abweichender tatsächlicher Willen dem Erklärungsempfänger nicht erkennbar war. Nichts anderes kann im Zusammenspiel von Legislative und Judikative gelten, wobei zu ergänzen ist, dass ein Gericht nicht

58 Vgl. BGE 119 Ia 254, 259.

59 Diese gängige Formulierung ist unglücklich, da damit lediglich die Ankündigung des Versuchs gemeint ist, innert Frist die nötige Anzahl Unterschriften zu sammeln.

60 Solche unverbindlichen Aufträge werden im Bund (vgl. Art. 123 f. ParlG) und in vielen Kantonen Postulat genannt; weniger gängig ist die Bezeichnung "Anzug" (Kanton BS, § 35 Gesetz über die Geschäftsordnung des Grossen Rates).

61 Art. 120 Abs. 1 ParlG: "Die Motion beauftragt den Bundesrat, einen Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung vorzulegen oder eine Massnahme zu treffen".

62 Art. 107 ParlG: "Mit einer parlamentarischen Initiative kann der Entwurf zu einem Erlass der Bundesversammlung oder können Grundzüge eines solchen Erlasses vorgeschlagen werden".

verpflichtet ist, Mühen auf die Entdeckung allfälliger hintergründiger Motive politiktaktischer Art einer parlamentarischen Mehrheit zu verwenden.

Gesetzgebungsvorarbeiten, die vom Parlament noch in keiner Weise behandelt worden sind, können keine Beachtung finden, es sei denn als allgemeine gesellschaftliche "Entwicklungstendenz", zu deren Erfassung mangels anderer Anhaltspunkte für den Sinn einer Norm Zuflucht genommen werden muss⁶³.

4.4. Ablehnende Entscheide des Gesetzgebers

Keine Gesetzeskraft entfaltet der Entscheid des Gesetzgebers, auf eine Gesetzesvorlage nicht einzutreten, sie an die Regierung zurückzuweisen oder sie abzulehnen. Eine "negative Gesetzessammlung", worin all jene Vorlagen verzeichnet sind, die nicht Gesetz geworden sind, fehlt. Was völlig selbstverständlich erscheint, ist zumindest logisch nicht zwingend: Das Nein des Gesetzgebers ist wie sein Ja eine unbedingte Willensäußerung.

Allerdings ist ein Nein als Interpretationsobjekt undankbar: Unklar kann einerseits sein, was der Gesetzgeber nicht wollte. Möglich ist, dass er jede zusätzliche oder neue Regelung der fraglichen Materie ablehnt. Dies ist beim Nichteintretensentscheid der Fall, mit dem der Gesetzgeber im Gegensatz zum Rückweisungsbeschluss signalisiert, dass er sich mit dem vorgeschlagenen Erlass in naher Zukunft nicht mehr befassen will⁶⁴.

Bei Ablehnung nach Eintreten, aber auch beim Nichteintreten selbst, sind regelmässig einzelne Elemente des Gesetzes nicht mehrheitsfähig, während zahlreiche andere unbestritten sind. Nur sofern diese einzelnen Elemente aufgrund der Beratungen klar ersichtlich sind, steht fest, welche Art von Regelung der Gesetzgeber nicht wollte.

Unklar ist andererseits, was der Gesetzgeber anstatt der abgelehnten Regelung wollte. Ein "Nein" beinhaltet noch kein "Ja" zu etwas anderem. Unstatthaft wäre es sowohl, dem Gesetzgeber volles Einverständnis mit der bisherigen Rechtsprechung zu attestieren, als auch zu unterstellen, er habe zum Zeitpunkt des ablehnenden Erlasses den historischen Willen des dem ursprünglichen Erlass zustimmenden Gesetzgebers aktualisiert. Aus einem Nein können keine positiven Aussagen gewonnen werden.

Es zeigt sich, dass die Ablehnung einer Gesetzesvorlage für die Auslegung des geltenden Rechts nur von Belang sein kann, wenn sie eine bestimmte neue Regelung ersichtlich nicht will. Keine Antwort ergibt sich für die Frage, was für eine Interpretation einer bestehenden Regelung nach dem Willen des Gesetzgebers stattdessen gelten soll, ausser eben, dass es nicht die gerade abgelehnte sein soll.

Erstaunlicherweise sind ablehnende Beschlüsse desto aufschlussreicher, je früher sie im Gesetzgebungsverfahren erfolgen und je unverbindlicher der Vorschlag war. Manifestiert sich die Ablehnung der Mehrheit bereits gegen ein unverbindliches Postulat, das die Regierung zur Berichterstattung über eine mögliche Neuregelung verpflichten wollte, liegt darin die klare Aussage, dass das Parlament diese Neuregelung noch nicht einmal diskutiert haben will.

Das Gleiche gilt für das Nichteintreten auf eine Regierungsvorlage zu einer konkreten Frage, die – möglicherweise ohne Kommissionsberatung – von der Parlamentsmehrheit nicht erörtert werden möchte.

Die interpretatorische Verwendbarkeit von ablehnenden Parlamentsbeschlüssen sei an einem politisch brisanten Beispiel verdeutlicht: Seit langem ist in ganz Europa und in der Schweiz umstritten, ob es sinnvoll ist, Mindestlöhne für Arbeitnehmer gesetzlich vorzuschreiben. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich gegen einen gesetzlichen Mindestlohn entschieden. Eine starke politische Minderheit möchte dies ändern. Ein Teil der Lehre vertritt die Position, dass sich ein gesetzlicher Mindestlohn auch ohne Gesetzesänderung aus dem Grundrecht auf Existenzsicherung ergebe⁶⁵.

Möglich wäre, dass sich ein Gericht diese Position zu eigen macht. Dagegen könnte aus rein methodischer Sichtweise Folgendes eingewendet werden: Im Jahr 2001 hat sich die nationalrätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben eine Petition der Jugendsession 2000 zu eigen gemacht, welche die Einführung eines Mindestlohnes forderte, indem sie diese Petition zu einem Kommissions-Postulat erhob⁶⁶. Der Nationalrat diskutierte am 6. März 2002 über die Überweisung dieses Postulats und lehnte sie mit 59 zu 52 Stimmen ab. Der Tenor der Mehrheits Sprecher war klar: Ein Mindestlohn sei nicht wünschbar, und es gebe deshalb keinen Grund, den Bundesrat mit der Berichterstattung darüber zu beauftragen⁶⁷.

Nach der hier vertretenen Ansicht könnte ein Gericht diesen negativen Entscheid des Nationalrates nicht einfach ignorieren. Das gilt trotz dessen relativer Knappheit. Fraglich ist, ob etwas anders bei einem knappen Entscheid mit Zufallscharakter gelten sollte, der die Mehrheitsverhältnisse, wie sie regelmässig zum Tragen kommen, beispielsweise aufgrund geringer Präsenz im Plenum nicht verlässlich abbildet. Dafür spricht, dass ein Gericht Parlamentsbeschlüsse nicht isoliert vom parlamentarischen Umfeld betrachten darf, und es schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht sinnvoll erscheint, einem ersichtlich nicht

63 Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK, Art. 1 ZGB N 395 mit Hinweis auf BGE 51 II 427. Zur Berücksichtigung von Vorarbeiten vgl. BGE 124 II 193, 201.

64 Art. 74 Abs. 1 (Eintreten) und Art. 75 ParlG (Rückweisung).

65 Eingehend THOMAS GEISER, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, 809 ff., der argumentiert, dass das Grundrecht auf Existenzsicherung Grundbedingung zur Ausübung zahlreicher anderer Grundrechte sei und deshalb der Vereinbarung eines Lohnes für eine Vollzeitstelle unterhalb des sozialhilferechtlichen Minimum entgegen stehe. Ausserdem verböten Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR eine übermässige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit durch Vereinbarung eines nicht existenzsichernden Lohnes.

66 NR 01.2013 und NR 01.3639.

67 Vgl. die Voten der Nationalräte BRUNO ZUPPIGER, CHRISTINE WIRZ-VON PLANTA und CHARLES-ALBERT ANTILLE, Amtl. Bull. NR 2002, 114 f.

beständigen parlamentarischen Willen Gewicht beizumessen. Andererseits hat sich das Gericht nicht einlässlich mit in der Abstimmung verborgen gebliebenen wahren politischen Mehrheitsverhältnissen zu befassen, sondern darf davon ausgehen, dass Mehrheitsentscheide im Parlamentsplenum auf formell und materiell seriösen Grundlagen beruhen. Nicht wünschbar ist überdies, dass das Parlament sich gegenüber der Rechtsprechung nach einer formell korrekten, in der Sache vorerst abschliessenden Abstimmung darauf berufen kann, es gar nicht so gemeint zu haben⁶⁸.

4.5. Schlussfolgerung

Es zeigt sich, dass zustimmende und ablehnende Entschiede des Gesetzgebers teilweise auch bei nicht unmittelbar rechtsetzenden Geschäften dessen klaren Willen bezüglich einer Rechtslage zum Ausdruck bringen können. Hier hat das Gericht eigene Wertungen zu Gunsten "der klar erkennbaren Zweckbestrebungen des heutigen Gesetzgebers" zurückzustellen⁶⁹.

4.6. Subsumtion späterer Äusserungen des Gesetzgebers als Materialien

Gemäss herrschender Lehre fliessen nach dem Erlass einer Norm geäusserte Willensmanifestationen des Gesetzgebers nur im Rahmen einer allgemeinen geltungszeitlichen Auslegung in die Auslegung ein⁷⁰. Für die Auslegenden besteht damit eine Flexibilität bis zur völligen Unverbindlichkeit.

Sinnvoller erscheint es, den ohnehin nicht klar eingegrenzten Begriff der "Materialien" auf Äusserungen des Gesetzgebers auszuweiten, die erst nach dem Erlass einer Norm erfolgen. Das hat den Vorteil, dass nicht jede diffuse Äusserung des Gesetzgebers in einen Pool von geltungszeitlichen Meinungen einfliesst, sondern dass – wie bei den Materialien zur Entstehung des Gesetzes – vorhandene eingrenzende Quellen verwendet werden können. Mit dem Einbezug nachträglicher Willensäusserungen des Gesetzgebers als Materialien wird dem Gesetzgebungsprozess die künstliche Statik genommen, die ihm die klassische Methodenlehre unterstellt. Gesetzgebung ist dynamisch und an der Gegenwart orientiert, wie es die Gesetzesauslegung nach der herrschenden Auffassung auch sein soll. Die Methodenlehre gewinnt an Legitimation, wenn sie die eigene Freiheit, die sie sich mit der Möglichkeit der interpretatorischen Weiterentwicklung von Gesetzen durch eine geltungszeitliche Auslegung gibt, auch dem Gesetzgeber zugesteht.

4.7. Folgen für die Rechtsetzer und Rechtsanwender

Den Parlamenten würde mit der grösseren Beachtung auch ihrer nicht unmittelbar rechtsetzenden Beschlüsse eine zusätzliche Verantwortung gegeben. Gerade die persönlichen Vorstösse, wie Postulate und Motionen, werden heute oft nur oberflächlich behandelt, weil ihre Überweisung oder Nichtüberweisung keine unmittelbaren gesetzgeberischen

Konsequenzen hat. Die grosse Mehrheit der Parlamentarier wird erst aktiv im Sinne einer genauen Reflexion, wenn es ans Gesetzgeben im engeren Sinn geht. Durch die Verwendbarkeit praktisch aller Parlamentsbeschlüsse als Materialien zur Gesetzesauslegung könnte der Umgang mit nicht unmittelbar rechtsetzenden Beschlüssen ernsthafter werden. Als wünschbarer Effekt wäre weiter denkbar, dass eine parlamentarische Minderheit chancenlose Vorstösse nicht mehr eingibt, aus der Furcht, damit letztlich kontraproduktiv zu wirken und bestehende Mehrheiten zu stabilisieren⁷¹. Könnte damit die Flut von chancenlosen und nur der politischen Profilierung dienenden Vorstössen für Gesetzesänderungen eingedämmt werden, wäre für den Parlamentsbetrieb und letztlich die Qualität der Rechtsetzung etwas gewonnen⁷².

Der Einbezug auch späterer Beschlüsse für die Auslegung eines Gesetzes bedingt vordringlich die Verfügbarkeit und Verknüpfung der entsprechenden Dokumente. Die parlamentarischen Datenbanken müssten idealerweise auch ablehnende Beschlüsse zu einer Materie eines bestehenden Gesetzes mit diesem verknüpfen. Auf Bundesebene wäre etwa denkbar, dass jedes Geschäft von den Parliamentsdiensten einer oder mehreren SR-Nummern zugeordnet wird und so bei der Suche nach dem Erlass mit der entsprechenden SR-Nummer leicht gefunden werden kann. Alles in Allem würde sich der Erfassungsaufwand in Grenzen halten und mit dem begrüssenswerten Trend der Aufwertung parlamentarischer Datenbanken im Einklang stehen. Die unkomplizierte Verfügbarkeit der Materialien über das Internet ist für die Berücksichtigung durch die Rechtsprechung nicht zu unterschätzen. Für die Gerichte bliebe dann nichts weiter zu tun, als die parlamentarischen Datenbanken wirklich zu konsultieren und ihre Schlüsse daraus zu ziehen.

5. Zusammenfassung

Unbestritten ist, dass der Wille des historischen Gesetzgebers einen Einfluss auf die Auslegung eines Gesetzes hat. Um diesen Willen, verstanden als die Mehrheitsmeinung der gesetzgeberischen Körperschaft, erkunden zu können,

68 Zugespielt formuliert, ist ein venire contra factum proprium des Rechtsetzers gegenüber den Rechtsunterworfenen nicht weniger treuwidrig als unter diesen selbst.

69 ARTHUR MEIER-HAYOZ, BK, Art. 1 ZGB N 160.

70 Vgl. vorne 4.2.

71 Eine solche Stabilisierung ist nach diesem Verständnis beim vorne in Ziff. 4.4 erwähnten ablehnenden Beschluss bezüglich Einführung eines Mindestlohnes erfolgt.

72 Spitzfindig könnte man dagegen halten, dass die Parlamentsmehrheit mithin ein Interesse daran hat, Vorstösse einzureichen, die nicht ihrem politischen Willen entsprechen, um diese dann abzulehnen. Ein solches Vorgehen würde von der Öffentlichkeit nicht verstanden und ist nicht realistisch.

muss der Gesetzgeber möglichst alle Dokumente, in denen seine Entscheidungsfindung dokumentiert ist, öffentlich zugänglich machen. Materialien können nur berücksichtigt werden, wenn sie einsehbar sind. Plädiert wird namentlich für eine Aufhebung der schweizweit verbreiteten Geheimhaltung der oft aufschlussreichen Protokolle parlamentarischer Kommissionen.

Bei aller Akribie der Methodik zur Erkenntnis des Willens des historischen Gesetzgebers und bei aller Bereitschaft, auch geltungszeitliche Erwägungen zu berücksichtigen, wird heute die Frage nach dem Willen des geltungszeitlichen Gesetzgebers kaum gestellt. Bei der Suche nach geltungszeitlichen Erklärungen ist nach der hier vertretenen Auffassung zunächst zu fragen, ob sich der Gesetzgeber seit Erlass der fraglichen Norm in verwendbarer Form zum zu untersuchenden Punkt geäußert hat. Dies muss er nicht in einem rechtskräftigen Gesetz getan haben. So ist dort, wo das Gericht modo legislatoris selbst tätig werden könnte, eine "interpretatorische Vorwirkung" von noch nicht rechtskräftigen Erlassen möglich; ebenso können klare Aussagen des Parlaments, die ausserhalb oder vor der formellen Rechtsetzung erfolgen, Aufschlüsse über den Willen des geltungszeitlichen Gesetzgebers geben.

Plädiert wird mithin dafür, Gesetzgebung nicht als statischen, mit dem Erlass einer Norm abgeschlossenen Prozess zu betrachten, sondern als Ergebnis einer stetigen politischen Auseinandersetzung. Die Rechtsprechung soll bei der Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers nicht lediglich auf die Vergangenheit schauen, sondern auch nach nachträglichen Willensbekundungen des Gesetzgebers suchen.

Il est incontesté que la volonté du législateur historique influe sur l'interprétation d'une loi. Afin que l'on puisse explorer cette volonté, comprise comme l'opinion majoritaire de la corporation qui a légiféré, le législateur doit donner un accès officiel aux documents qui éclairent sa prise de décision, dans toute la mesure du possible. Les travaux préparatoires ne peuvent être pris en considération que s'ils sont accessibles. L'auteur milite notamment pour la suppression du secret qui, en Suisse, porte sur les procès-verbaux des commissions parlementaires, alors même qu'ils contiennent souvent de précieuses informations.

Si l'on fait preuve de méticulosité pour cerner la volonté du législateur et si l'on est prêt à tenir compte des considérations de l'époque, en revanche on ne se pose guère aujourd'hui la question de savoir quelle a été la volonté du législateur lorsqu'il a pris sa décision. Selon l'auteur, afin de rechercher les circonstances qui étaient alors dominantes, il convient tout d'abord de se demander si, depuis la promulgation de la norme concernée, le législateur s'est prononcé sur le sujet d'une manière qui puisse expliciter la question à examiner. Il ne doit pas forcément l'avoir fait dans une loi qui est entrée en vigueur. Ainsi, dans le domaine où le pouvoir judiciaire pourrait lui-même faire œuvre de législateur, il est possible de donner une interprétation anticipée des effets d'une disposition qui n'est pas encore en vigueur; de même, des propos clairs émanant du Parlement, en dehors de toute législation formelle ou avant celle-ci, peuvent transmettre des informations intéressantes sur la volonté qui, à l'époque, était celle du législateur.

L'auteur plaide afin que le fait de légiférer ne soit pas considéré comme un processus figé qui se termine avec la promulgation d'une norme, mais comme le résultat d'une confrontation politique constante. S'agissant de la jurisprudence, elle ne doit pas seulement s'en référer au passé pour saisir quelle a été la volonté du législateur, mais chercher aussi à connaître ses manifestations de volonté depuis lors.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)