

## Richterlicher Dissens mit Präjudizien

---

### I. Fragestellung

Im Justizalltag kommt es immer wieder vor, dass ein Gerichtsmitglied anlässlich seiner Rechtsprechungstätigkeit Mühe bekundet, gewisse frühere präjudizielle Entscheide als solche anzuerkennen. Daraus erwächst zunächst das verfassungsrechtliche und methodische Problem, wie sich eine Richterin oder ein Richter bei der Urteilsfindung verhalten soll, falls sie oder er *mit einem Präjudiz nicht einverstanden ist* (nachfolgend Ziff. II/2). Weiterhin bleibt zu fragen, welche Vorgaben sich diesbezüglich allenfalls aus der richterlichen Berufsethik ableiten lassen (nachfolgend Ziff. II/3).

### II. Erwägungen

#### 1. Anmerkungen zur Terminologie

Wenn hier von "Präjudizien" die Rede ist, geht es um Fallkonstellationen, die bereits entschieden sind und künftig für weitere Konstellationen, welche dieselben Rechtsfragen betreffen, bedeutsam werden (d.h. auch Allgemeingültigkeit beanspruchen<sup>1</sup>). Ausserdem findet der Begriff der (ständigen, gefestigten) "Praxis" dort Anwendung, wo es sich um eine Mehrzahl von Präjudizen handelt.<sup>2</sup> Für den zur Debatte stehenden richterlichen Dissens kommt es allein auf die den Entscheid tragende Begründung des betreffenden Präjudizes (die Ratio decidendi) an; blosser Obiter dicta bleiben hingegen ausser Betracht.

#### 2. Eine rechtliche Präjudizienbindung?

a. Den zentralen Ausgangspunkt der aufgeworfenen Problemstellung bildet die *Frage nach einer richterlichen Präjudizienbindung*. Einer Bindungswirkung kommt in der Rechtsprechung jedenfalls *faktisch* eine hohe Relevanz zu.<sup>3</sup> Die Gerichte orientieren sich zur Stützung ihrer Urteile regelmässig an früheren einschlägigen Entscheiden – namentlich wenn diese von höheren Instanzen stammen. Derartige Präjudizien erlangen teilweise sogar (fast) denselben argumentativen Stellenwert wie das Gesetz selbst.

Hinter dem verbreiteten Rückgriff auf präjudizielle Entscheide stehen vorab Gesichtspunkte der Gleichbehandlung. Vergleichbare Fallkonstellationen sollen entsprechend (in vergleichbarer Weise) beurteilt werden. Hinzu kommen sodann noch willkommene arbeitsökonomische Vorteile für die urteilenden Personen. Die zurückblickende Ausrichtung auf höhere Gerichte entlastet nämlich den eigenen Argumentationsaufwand erheblich. Wer auf das Bundesgericht hinweist, kann sich viel Denkarbeit ersparen und bleibt überdies in der Regel vor drohenden Rechtsmitteln geschützt. Andererseits fördert das aber zuweilen eine unkritische und autoritätsgläubige Haltung der kantonalen Richterschaft.

---

<sup>1</sup> NICCOLÒ RASELLI, Präjudizien, Justice – Justiz – Giustizia 2020/1, Rz. 19.

<sup>2</sup> Weitere Details zum Ganzen bei JULIA HÄNNI, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Zürich/St. Gallen 2022, S. 124 ff.

<sup>3</sup> Im gleichen Sinne für das deutsche Recht BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER/AXEL BIRK, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, München 2022, Rn. 244: "Die Instanzgerichte [...] stellen sich auf höchstrichterliche Grundsatzentscheidungen unverzüglich ein, nicht zuletzt wegen der Kostenlast überflüssiger, weil aussichtsloser Gerichtsverfahren."

**b.** In einem nächsten Schritt bedarf sodann der Prüfung, inwieweit die Präjudizien, die faktisch in hohem Masse befolgt werden, für die urteilenden Richterinnen und Richter unter *rechtlichen Aspekten verbindlich* sind.<sup>4</sup>

**aa.** Als Konsequenz aus dem demokratischen Prinzip der staatlichen Gewaltenteilung hält der Art. 191 c BV ausdrücklich fest, dass die richterlichen Behörden "nur dem Recht verpflichtet" sind. Dabei umfasst der Begriff "Recht" (Art. 5 BV) alle geltenden Rechtsnormen unabhängig von ihrem Rang (Verfassung, Gesetz usw.), also das von der Gesetzgebung (Vor-)Entschiedene.<sup>5</sup> Die Präjudizien hingegen werden hier nicht explizit erwähnt, weshalb für die Gerichte nach vorherrschender Ansicht *keine formelle Bindung* daran besteht.

Dieser Befund erklärt sich in der Sache auf unterschiedlichen Ebenen. Zunächst weisen die durch die Justizbehörden geschaffenen präjudiziellen Urteile eine deutlich *geringere demokratische Legitimation* auf als die Gesetzesbestimmungen selbst, d.h. die durch die Legislative produzierten Erlasse. Dabei gilt es namentlich zu beachten, dass der Rechtsprechungsakt, auf dem das Präjudiz jeweils beruht, die Entscheidung eines Gremiums mit wenigen Personen darstellt und somit nicht breit abgestützt ist. Dessen sollte sich jeder Rechtsanwender bewusst sein, wenn er mit einem höchstrichterlichen Leiterteil konfrontiert wird. Denn auch die Interpretationsvorgaben bundesgerichtlicher Entscheide sind nicht sakrosankt, also für die Zukunft nicht in Stein gemeisselt. Vielmehr unterliegen sie ihrerseits, wie der Rechtsprechungsalltag belegt, gelegentlich infolge besserer Einsichten der Mitglieder des Bundesgerichts einer inhaltlichen Änderung.<sup>6</sup>

**bb.** Daneben ist aus dem Prinzip der Gesetzesbindung (Legalitätsprinzip) abzuleiten, dass eine richterliche Instanz zur Praxisänderung unter Umständen nicht nur die Befugnis, sondern sogar eine Verpflichtung dazu hat. Dies trifft zu, sobald ein Gericht "zur Auffassung gelangt, dass seine neue Rechtsauffassung der Rechtslage deutlich besser entspricht als die frühere Rechtsprechung"<sup>7</sup>. Hier rückt das Ziel der inhaltlichen *Richtigkeit der Rechtsfindung* (Gesetzes- und Verfassungskonformität<sup>8</sup>) in den Vordergrund.

**cc.** Folglich besteht für die Rechtsprechungstätigkeit der Gerichte nicht dieselbe zwingende Bindungswirkung hinsichtlich Präjudizien in der Art wie hinsichtlich Gesetzesbestimmungen. Trotzdem aber haben die Justizbehörden bei der Rechtsanwendung im Umgang mit früheren Urteilen gewisse *verfassungsrechtliche Vorgaben* zu beachten, die insbesondere aus den Art. 8 und 9 BV hervorgehen. So sind die Richterinnen und Richter dem *Gleichheitsgebot* unterstellt; insbesondere dürfen sie wegen des *Willkürverbots* keine in sich widersprüchlichen Entscheide treffen.<sup>9</sup> Aus den genannten Verfassungsbestimmungen ergibt sich die Pflicht, für den neu zu beurteilenden Fall die präjudiziellen Entscheidungen zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen inhaltlich (auch kritisch) auseinanderzusetzen. Das besagt, dass bei der Rechtsfindung präjudizielle Erwägungen zwar stets in die Erwägungen einzubeziehen sind; sie dürfen jedoch nicht unbesehen für neue Fallkonstellationen übernommen werden. In diesem Rahmen lässt sich ein gewisser Grad von Bindung an frühere Urteile feststellen.

---

<sup>4</sup> Ausführlich dazu RASELLI (Fn. 1), Rz. 22 ff.

<sup>5</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, in: A. Peters/M. Schefer (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Bern 2004, S. 39.

<sup>6</sup> Als klassisches Beispiel hierfür sei aus dem Strafrecht der Band BGE 116 IV erwähnt, in dem für den Zeitraum eines einzigen Jahres eine ganze Reihe von weitreichenden Praxisänderungen enthalten ist, dies als Folge der personellen Auffrischung im (damaligen) Kassationshof.

<sup>7</sup> ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019, S. 324.

<sup>8</sup> So sollte ein Richter beispielsweise frühere Entscheidungen nicht befolgen, falls diese seiner (begründeten) Ansicht nach Grundrechten der Bundesverfassung widersprechen.

<sup>9</sup> HÄNNI (Fn. 2), S. 127.

Lässt man (mit Recht) eine Abweichung von Präjudizien grundsätzlich zu, so bedeutet das im Ergebnis zugleich die Anerkennung der Möglichkeit von *Rechtsprechungs-* bzw. *Praxisänderungen*. Dem entspricht auch die Haltung des Bundesgerichts. Nach dessen Ansicht muss sich aber eine Praxisänderung "auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung als zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht. Einen ernsthaften sachlichen Grund für eine Praxisänderung kann unter anderem die genauere oder vollständigere Kenntnis des gesetzlichen Willens darstellen."<sup>10</sup> Besondere Zurückhaltung ist dort angezeigt, wo es sich um Änderungen einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung handelt. Denn Abweichungen von einer solchen Praxis sind rechtsstaatlich problematisch, weil sie deutlich im Widerspruch zum Rechtsgleichheitsgebot stehen und bei Verfahrensparteien eine Vertrauensenttäuschung auslösen können.<sup>11</sup>

c. Die soeben skizzierten Grundsätze für den Umgang mit Präjudizien, die in der höchstrichterlichen Judikatur sowie im wissenschaftlichen Schrifttum entwickelt worden sind, erweisen sich als sehr abstrakt. Sie sind insoweit für die konkrete Rechtsanwendung wenig hilfreich. Das betrifft namentlich auch die zitierte Formel des Bundesgerichts zu den Voraussetzungen einer Praxisänderung. Die massgebenden Argumente sind dort ebenso offen wie vag formuliert und überlassen den kantonalen Instanzen weite Handlungsspielräume. Letztlich geht es da um eine rechtliche Interessenabwägung. Das Postulat einer inhaltlich richtigen (d.h. rechtskonformen) Entscheidung steht den Prinzipien der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit sowie dem gebotenen Vertrauensschutz gegenüber. Dabei fehlen freilich allgemeine juristische Kriterien, die für die erforderlichen komplexen Abwägungen ohne Weiteres brauchbar sind. Wann genau (unter welchen Voraussetzungen) ein Gericht im neuen Fall von einem vorliegenden präjudiziellen Urteil abweichen darf (oder sogar muss), bleibt vollkommen offen.<sup>12</sup>

Somit mangelt es auch an einigermassen präzisen Antworten auf die gestellte Ausgangsfrage, wie sich ein Gericht unter *rechtlichem* Aspekt zu verhalten hat, wenn es in einem konkreten Fall mit vorliegenden Präjudizien nicht einverstanden ist. Die urteilende Instanz steht in einer solchen Situation nicht selten unter dem Zwang, auf der Basis ihres juristischen Handlungsspielraums sachgerechte Lösungen auf eigene Faust zu treffen. Sie hat in diesem Rahmen *anhand eigenständiger Wertungen* darüber zu befinden, ob und in welchem Umfang sie auf präjudizielle Erwägungen früherer Urteile zurückgreifen soll.

### 3. Vorgaben aus der Richterethik?

a. Nachdem die Auseinandersetzung mit der Bindung der Justiz an Präjudizien auf der rechtlichen Ebene insgesamt wenig ergiebig ausgefallen ist, drängt sich jetzt die Frage auf, ob allenfalls in der *richterlichen Berufsethik* konkretere Ergebnisse zu finden sind. Eine entsprechende Suche in den schriftlich niedergelegten Verhaltensregeln für die Gerichtsmitglieder führt indessen nicht weiter. Denn aus den einschlägigen Texten lässt sich für die uns hier interessierende Problemstellung kaum etwas entnehmen. Im Übrigen fällt bei den vielfältigen Debatten zur Richterethik vor allem eine gewisse Einseitigkeit hinsichtlich der

<sup>10</sup> BGE 143 IV 1 E. 5.2 S. 3, unter Bezugnahme auf BGE 141 II 297 E. 5.5.1 mit Hinweisen; ebenso in französischer Sprache formuliert: BGE 144 IV 265 E. 2.2 S. 269.

<sup>11</sup> Siehe KRAMER (Fn. 7), S. 328 f.

<sup>12</sup> Als illustratives Beispiel zum Betäubungsmittelstrafrecht sei hier das Urteil BGE 145 IV 312 E. 2.1.3 S. 317 f. genannt, wo das Bundesgericht sich aus vorwiegend kriminalpolitischen Gründen weigerte, die Frage einer Praxisänderung seriös zu prüfen (ebenfalls sehr kritisch dazu GERHARD FIOILKA/NICOLAS LAUPER, Urteilsbesprechung, AJP 2020, S. 667, am Ende).

inhaltlichen Ausrichtung auf. Zwar ist überall die Rede von der hohen Bedeutung des richterlichen Ethos für die Judikative. Doch dieses wird in der Diskussion jeweils bloss *selektiv* wahrgenommen und weitgehend auf aussergerichtliche Verhaltensweisen der Justizpersonen (wie etwa nebenberufliche Tätigkeiten oder politische Engagements in der Öffentlichkeit) reduziert. Jedenfalls bleibt die eigentliche *Rechtsprechungstätigkeit*, nämlich die Interpretation von Gesetzen und deren Anwendung auf konkrete Sachverhalte, als essenzielles Merkmal richterlichen Handelns stark vernachlässigt.<sup>13</sup>

**b.** Trotz der eben geschilderten Erkenntnisse lässt sich freilich nicht in Abrede stellen, dass das persönliche Unbehagen einer Richterin oder eines Richters gegenüber präjudiziellen Erwägungen aus einem früheren Urteil die richterliche Berufsethik betrifft. Der Entscheid der urteilenden Personen für oder gegen die Abweichung von einem präjudiziellen Entscheid unterliegt im Einzelfall – wie erwähnt<sup>14</sup> – einer komplexen Interessenabwägung. Diese erfolgt jeweils innerhalb eines ziemlich weiten Handlungsspielraums anhand eigenständiger (auch moralischer) Wertungen.

Im Vordergrund steht hierfür regelmässig das Gewicht der zu entscheidenden Rechtsfrage, welche dem Präjudiz zugrunde liegt. Wenn etwa eine Richterin zur begründeten Auffassung gelangt, das frühere (bundesgerichtliche) Urteil verstosse gegen die Verfassung oder sonstige elementare Rechtsprinzipien, so bildet das ein starkes Argument für eine Praxisänderung. Das gilt umso mehr, wenn die Überprüfung eines Freiheitsentzuges oder anderer gravierender Eingriffe in Grundrechte einer Prozesspartei zur Debatte steht (z.B. bei Freiheitsstrafen oder bei Massnahmen des Ausländerrechts). In solchen Situationen überwiegt das Interesse einer inhaltlich rechtskonformen Entscheidung regelmässig das Interesse der Rechtsgleichheit und -sicherheit. Andererseits bleibt freilich auch zu bedenken, dass der Widerstand gegen eine höchstrichterliche Praxis einen voraussehbar erfolgreichen Weiterzug des kantonalen Urteils an die höhere Instanz – mit entsprechenden Kostenfolgen für die unterliegende Prozesspartei – veranlassen kann. Das führt im Ergebnis allenfalls zu unbilligen Ergebnissen, weil – gerade in Zivilprozessen – die Verfahrensparteien in der Regel auf die bisherige Rechtsprechung vertrauen.

Auf dem Weg zu einem konkreten Abwägungsergebnis spielen indessen nicht bloss objektive Faktoren wie die eben erwähnten eine Rolle. Vielmehr kommt es daneben ebenfalls auf das von der jeweiligen Gerichtsperson verinnerlichte Richterbild an. Damit verbindet sich als subjektives Moment das individuelle Vorverständnis hinsichtlich der rechtlichen Präjudizienbindung. Zwar erfordert es zusätzliche Begründungsarbeit, sich gegen eine Rechtsprechung zu stellen, doch ist dies manchmal notwendig, um die Anwendung des Rechts zu verteidigen.

### III. Schlussfolgerungen

Die Resultate der vorliegenden Analyse zum richterlichen Umgang mit Präjudizien zeigen, dass für die gestellten Ausgangsfragen keine allgemein gültigen Antworten zur Verfügung stehen. Vielmehr bedarf es im Einzelfall jeweils einer differenzierten Interessenabwägung, für die sowohl rechtliche wie auch richterethische Massstäbe von Bedeutung sind.

Bern, 26. Juni 2024

<sup>13</sup> So bspw. bei STEPHAN GASS, Die Ethik der Richterinnen und Richter. Grundzüge einer Richterdeontologie, in: M. Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, 143 ff. und PHILIPPE ABRAVANEL, La déontologie du Juge, AJP 1995, 421 ff.

<sup>14</sup> Vorne Ziff. II/2/c.