

**Richterliche Unabhängigkeit: Eine rechtliche Beleuchtung
unter besonderer Berücksichtigung der «Justiz-Initiative»**

Bachelorarbeit

bei Samra Ibric

ZHAW Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften

School of Management and Law

vorgelegt von:

Ramona Casanova

Matrikel-Nr. 18-677-336

18. Mai 2022

Management Summary

Die Justiz-Initiative verlangte unter anderem die Aufhebung der Amtsdauerbeschränkung von 6 Jahren für Richter*innen und stattdessen die Einführung der Möglichkeit der Amtsenthebung. Weiter wollte sie den Kreis der in das Bundesgericht wählbaren Personen deutlich einschränken, indem die erforderlichen Qualifikationen der Kandidierenden erhöht werden sollten. Die Neugestaltung des Wahlvorgangs hätte die grösste Änderung bedeutet. So wäre neu nicht mehr die vereinigte Bundesversammlung für die Wahl zuständig gewesen, sondern eine Auslosung der durch eine unabhängige Fachkommission vorgeschlagenen Kandidierenden hätte über die Wahl entschieden.

Die Initiative wurde zwar von Volk und Ständen klar abgelehnt, aber gewisse Neuerungen, die die Initiative mit sich gebracht hätte, erscheinen durchaus sinnvoll. Daher ist die aktuelle Rechtslage, insbesondere das Erfordernis der Wiederwahl der Bundesrichter*innen sowie die im internationalen Vergleich kurze Amtsdauer, die Notwendigkeit der Parteizugehörigkeit und die dazugehörige Mandatssteuer, in dieser Arbeit kritisch hinterfragt worden. Folgende Schlüsse konnten gezogen werden.

In Anbetracht der in den Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 191c BV garantierten richterlichen Unabhängigkeit ist das Wiederwählerfordernis nicht vertretbar. Zwar werden fast alle Bundesrichter*innen am Ende ihrer Amtsdauer wieder gewählt, aber nur schon die Möglichkeit der vereinigten Bundesversammlung, dem Richter oder der Richterin anlässlich der Erneuerungswahl zumindest einen Denkkzettel zu verpassen oder diese*n schlimmstenfalls sogar nicht wieder zu wählen, gefährdet die Unabhängigkeit der Richter*innen.

Das Erfordernis der Parteizugehörigkeit erfüllt einige rechtsstaatliche Funktionen, wie beispielsweise die demokratische Legitimation sowie die ausgewogene Vertretung der Wertvorstellungen am höchsten Gericht. Diese Vorteile vermögen die Nachteile wie namentlich die Chancenungleichheit sowie der allfällige Anschein der Befangenheit auszugleichen.

Die Mandatssteuer ist im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit unbedenklich. Die Bestimmung der Richter*innen im Losverfahren ist kein geeignetes Mittel, das höchste Gericht des Landes zu besetzen.

Der internationale Vergleich zeigt auf, dass die de facto richterliche Unabhängigkeit in der Schweiz sehr gut ist – trotz dem Wiederwählerfordernis. In den USA, wo die obersten Richter*innen auf Lebzeiten gewählt werden und sich somit keiner Wiederwahl stellen

müssen, entstehen durch ebendiese Regelung andere Probleme – wie beispielsweise die Überalterung der Richter*innen und die fehlende demokratische Legitimation.

Es wird daher empfohlen, eine einmalige Amtsdauer von 15 Jahren für Bundesrichter*innen einzuführen. Des Weiteren ist zwecks Chancengleichheit zwischen Parteizugehörigen und Parteilosen eine entsprechende Lösung zu finden, beispielsweise ein prozentualer Anteil an parteilosen Richterinnen und Richtern. Schlussendlich könnte eine Anpassung des Wahlsystems in Betracht gezogen werden, beispielsweise durch einen neu einzuführenden Justizrat, sodass die Wahlen weniger politisiert wären.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VI
Materialienverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XII
1 Einleitung	1
1.1 Ausgangslage	1
1.2 Problemstellung	1
1.3 Ziel, Aufbau und Abgrenzung	2
2 Richterliche Unabhängigkeit im Schweizer Recht	2
2.1 Garantie des verfassungsmässigen Richters nach Art. 30 Abs. 1 BV	4
2.1.1 Anwendungsbereich	4
2.1.2 Gerichtliches Verfahren	4
2.1.3 Durch Gesetz geschaffenes, zuständiges Gericht	5
2.1.4 Unabhängiges und unparteiliches Gericht	5
2.1.4.1 Unabhängigkeit	6
2.1.4.2 Unparteilichkeit	7
2.2 Richterliche Unabhängigkeit nach Art. 191c BV	8
2.3 Richterliche Unabhängigkeit nach Bundesgerichtsgesetz	9
2.3.1 Verbindlichkeit der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	9
2.3.2 Möglichkeit der Begnadigung durch die Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. k BV	10
2.4 Zweck und Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit	10
3 Funktionsweise des Bundesgerichts –Stand heute und Änderungen durch die Justiz-Initiative	11
3.1 Organisation des Bundesgerichts	11
3.2 Amtsdauer	12
3.2.1 Stand heute	12
	III

3.2.2	Änderungen durch die Justiz-Initiative	13
3.3	Wahlvorgang und Wählbarkeit	14
3.3.1	Stand heute	14
3.3.1.1	Wahlvorgang	14
3.3.1.2	Wählbarkeit	15
3.3.2	Änderungen durch die Justiz-Initiative	16
3.3.2.1	Wahlvorgang	16
3.3.2.2	Wählbarkeit	17
4	Kritische Würdigung der Justiz-Initiative	17
4.1.1	Parteizugehörigkeit	18
4.1.1.1	Keine Wahl ohne Partei	18
4.1.1.2	Parteizugehörigkeit als Problem?	19
4.1.1.3	Exkurs: Zusammensetzung der Spruchkörper	21
4.1.1.4	Parteizugehörigkeit nach Umsetzung der Justiz-Initiative	21
4.1.2	Mandatssteuer	22
4.1.2.1	Kritik an der Mandatssteuer	23
4.1.2.2	Rechtfertigung der Mandatssteuer	24
4.1.2.3	Änderungen durch die Justiz-Initiative	25
4.1.2.4	Exkurs: Verbot der Mandatssteuer	25
4.1.3	Kurze Amtsdauer und Wiederwahl	26
4.1.3.1	Garantierte Wiederwahl?	26
4.1.3.2	Problematik des Wiederwählerfordernisses und Denkkzettel	27
4.1.3.3	Wahl bis zur Pension nach Umsetzung der Justiz-Initiative	30
4.1.4	Wahlvorgang und Losverfahren	30
4.1.4.1	Losverfahren in der Vergangenheit und heute	31
4.1.4.2	Problematik des Losverfahrens	32
4.1.4.3	Alternative Wahlvorgänge	32

4.2	Offene Fragen der Justiz-Initiative	32
4.3	Gegenvorschlag der Richtervereinigung	33
4.4	Fazit	34
4.5	Eigene Würdigung	35
4.5.1	Parteizugehörigkeit	35
4.5.2	Mandatssteuer	36
4.5.3	Wahlvorgang und Wiederwahl	37
4.5.4	Fazit	37
5	Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten von Amerika	38
5.1	Die Verfassung als «living document»	39
5.2	Richterliche Unabhängigkeit im US-Amerikanischen Recht	39
5.3	Funktionsweise des Supreme Court	40
5.3.1	Certiorari	40
5.3.2	Entscheidfindung	41
5.3.3	Amtsdauer	42
5.3.4	Wahlvorgang bzw. Ernennung	43
5.4	Eigene Würdigung: Vergleich USA – Schweiz	44
5.4.1	Amtsdauer und Wiederwahl bzw. Ernennung	45
5.4.2	Parteizugehörigkeit	45
5.4.3	Wahlvorgang	46
5.4.4	Anzahl der Richter*innen	46
6	Fazit	46
7	Empfehlung	46
8	Ausblick	48

Literaturverzeichnis

- ALDER KATHRIN, Debatte um Justizreformen: Keine Richterwahl per Los, Recht im Spiegel der NZZ, Neue Zürcher Zeitung (Hrsg.) vom 11.03.2021, Nr. 58, S. 19.
- BAUMANN MAX, Bestellung des Bundesgerichts: Losen und Wählen, SJZ (2021), S. 387 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zu Art. 145 BV, in: Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.
- BRUNNER ARTHUR, Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper, ZBl (2021), S. 307 ff.
- Bundesgericht, Gerichtsmitglieder und Personal, Die Bundesrichterinnen und die Bundesrichter, <<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter.htm>>, besucht am 26.04.2022.
- Bundeskanzlei BK, Volksabstimmungen, Vorlage Nr. 649 Provisorisches amtliches Ergebnis, Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren», <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20211128/can649.html>>, besucht am 09.04.2022.
- CHOPER JESSE H., Gilbert Law Summaries, Constitutional Law, 2006.
- Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament, Wahl der Mitglieder der eidgenössischen Gerichte, <<https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/parlamentsportraet/aufgaben-der-bundesversammlung/wahlen/wahl-mitglieder-eidgen%C3%B6ssische-gerichte>>, besucht am 09.03.2022.
- DREYER MICHAEL/FRÖHLICH NILS, Supreme Court, Dritte Gewalt oder politischer Akteur?, in: Lammert Christian/Siewert Markus B./Vormann Boris (Hrsg.), Handbuch Politik USA, 2. Aufl., Wiesbaden 2020, S. 195 ff.
- DWORKIN RONALD, Law's Empire, 1986.
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative), Was ist bisher geschehen?, <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/abstimmungen/justiz-initiative.html>>, besucht am 15.02.2022.

- European Court of Human Rights, Annual Report 2021, <https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2021_ENG.pdf>, besucht am 05.04.2022.
- FELD LARS P./VOIGT STEFAN, Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators, *Journal of Political Economy* (2003), S. 497 ff.
- FIRSCHEIN BEN, Judicial Independence in the United States, in: *Independencia Judicial*, S. 40 ff.
- GARNETT RICHARD W./STRAUSS DAVID A., Common interpretation, Article III, Section One, <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/interpretation/article-iii/clauses/45>>, besucht am 30.03.2022.
- GASS STEPHAN, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden? Wahl und Wiederwahl unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit, *AJP* (2007), S. 593 ff.
- GENNER SUSANNE, Abberufung aus dem Richteramt – Die Grundsätze und deren Ausgestaltung im Kanton Freiburg, *FZR* (2017), S. 3 ff.
- GERNY DANIEL/ALDER KATHRIN, Drohungen per Telefon und Regieanweisungen aus der Parteizentrale: Wie die Bundesrichterwahlen zum Polit-Showdown wurden, *Neue Zürcher Zeitung* vom 22.09.2020, <<https://www.nzz.ch/schweiz/fall-donzallaz-wie-die-bundesrichterwahlen-zum-showdown-wurden-ld.1577171>>, besucht am 05.04.2022.
- GERTSCH GABRIEL, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, *ZBl* (2021), S. 34 ff.
- GLASER ANDREAS, Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?, *AJP* (2018), S. 1251 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Basel/Zürich 2020.
- HÖRETH MARCUS, Kampf um den Supreme Court – Rationalität und Legitimität der Richterernennung, in: Horst Patrick/Adorf Philipp/Decker Frank (Hrsg.), *Die USA – eine scheiternde Demokratie?*, Frankfurt/New York 2018, S. 187 ff.
- KAU MARCEL, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des

- Bundesverfassungsgerichts, in: von Bogdandy Armin/Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Konstanz 2006.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Zürich/Bern 2018.
- KIENER REGINA, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 285 ff. (zit. Bundesgericht).
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001 (zit. Unabhängigkeit).
- KOLLER HEINRICH, Kommentar zu Art. 2 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.
- LUMINATI MICHELE/CONTARINI FILIPPO, Die Bundesrichterwahlen im Wandel: "Kampfwahlen", "Denkzettel" und andere Eigentümlichkeiten, ZBl (2021), S. 3 ff.
- MAURER ANDREAS, Die Mär vom parteilosen Bundesrichter, St. Galler Tagblatt vom 23.10.2021.
- MERKER MICHAEL/CONRADIN PHILIP, Kommentar zu Art. 173 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Freiburg 2015.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Basel 2008.
- MÜLLER RETO PATRICK, Bestellung des Bundesgerichts durch Losentscheide?, SJZ (2021), S. 167 ff.
- RACIOPPI GIULIANO, Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, Justice – Justiz – Giustizia (2017/3).
- RASELLI NICCOLÒ, Richterliche Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia (2011/3).
- REICH JOHANNES, Kommentar zu Art. 30 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Freiburg 2015 (zit. BSK, Art. 30 BV).

- REICH JOHANNES, Kommentar zu Art. 191c BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Freiburg 2015 (zit. BSK, Art. 191c BV).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- SCHAUB LUKAS, Kommentar zu Art. 144 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Freiburg 2015.
- SCHINDLER BENJAMIN, Losverfahren – Möglichkeiten und Grenzen des ausgleichenden Zufalls, ZBl (2018), S. 617 f.
- SCHMID HANS, Gerichtsrubrik / La page du tribunal Parteisteuern zivilrechtlich betrachtet, SJZ (2007), S. 555 ff.
- SCHUBARTH MARTIN, Verfassungsgerichtsbarkeit. Rechtsvergleichend – historisch – politologisch – soziologisch – rechtspolitisch unter Einbezug der europäischen Gerichtshöfe, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2. Aufl., Lausanne 2011.
- Schweizerische Eidgenossenschaft, Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte, Justizreform, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/justizreform.html>>, besucht am 01.03.2022 (zit. Rechtsetzungsprojekte).
- Schweizerische Eidgenossenschaft, Der Bundesrat, Das Portal der Schweizer Regierung, Justiz-Initiative, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20211128/justiz-initiative.html>>, besucht am 13.04.2022 (zit. Justiz-Initiative).
- Schweizerische Eidgenossenschaft, Geschichte des Bundesrats, Bundesbrief von 1291, <www.admin.ch/gov/de/start/bundesrat/geschichte-des-bundesrats/bundesbrief-von-1291.html>, besucht am 07.02.2022 (zit. Geschichte).
- Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, Eckpunkte eines Gegenentwurfs zur Justiz-Initiative, <https://www.svr-asm.ch/de/index_htm_files/2020-11-05%20Gegenentwurf%20zur%20Justiz-Initiative%20d.pdf>, besucht am 12.04.2022.
- STEINMANN GEROLD, Kommentar zu Art. 30 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014 (zit. SGK, Art. 30 BV).

- STEINMANN GEROLD, Kommentar zu Art. 191c BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014 (zit. SGK, Art. 191c BV).
- STEINMANN GEROLD, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, ZBl (2015), S. 1 ff (zit. Wiederwahl).
- Supreme Court of the United States, About the Court, <<https://www.supremecourt.gov/about/about.aspx>>, besucht am 30.03.2022.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.
- UHLMANN FELIX, Verfahrensgrundrechte, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 616 ff.
- United States Courts, Supreme Court Procedures, Writs of Certiorari <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>, besucht am 30.03.2022.
- VATTER ADRIAN/ACKERMANN MAYA, Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, ZSR (2014), S. 517 ff.
- VATTER ADRIAN, Parteilose statt ausgeloste Richter, Recht im Spiegel der NZZ, Neue Zürcher Zeitung (Hrsg.) vom 31.07.2021, Nr. 175, S. 19.
- WÜTHRICH DANIELA, Bedeutung der Parteizugehörigkeit bei den Bundesrichterwahlen, Justice - Justiz - Giustizia (2015/2).
- ZEHNPFENNIG BARBARA, Verfassungspolitische Grundlagen des Regierungssystems, in: Lammert Christian/Siewert Markus B./Vormann Boris (Hrsg.), Handbuch Politik USA, 2. Aufl., Wiesbaden 2020, S. 129 ff.

Materialienverzeichnis

Amtliches Bulletin der Vereinigten Bundesversammlung vom 12. Dezember 1990, Amtl. Bull. 1990 2521 ff.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 1 ff.

Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, BBl 1999 8633 ff.

Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 15. Juni 2018, BBl 2018 4605 ff.

Botschaft zur Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)» vom 19. August 2020, BBl 2020 6821 ff.

Amtliches Bulletin der Vereinigten Bundesversammlung vom 23. September 2020, Amtl. Bull. 2020 1972 ff.

Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)» vom 18. Juni 2021, BBl 2021 1490 f.

Bericht der Kommission für Rechtsfragen im Geschäft Nr. 20.468 «Pa. Iv. Walti Beat. Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit durch Verbot von Mandatssteuern und Parteispenden für Mitglieder der Gerichte des Bundes» vom 18. November 2021.

Abstimmungsprotokoll des Nationalrats im Geschäft Nr. 20.468 «Pa. Iv. Walti Beat. Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit durch Verbot von Mandatssteuern und Parteispenden für Mitglieder der Gerichte des Bundes» vom 15. März 2022.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (ausser Kraft)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB1	Schweizerisches Bundesblatt
BDP	Bürgerlich-Demokratische Partei
BGE	Leitentscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGerR	Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006, SR 173.110.131
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BSK	Basler Kommentar
Bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
Bzw.	beziehungsweise
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei (heute: die Mitte)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
f./ff.	(und) folgende
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GRECO	Groupe d'Etats contre la corruption
Hrsg.	Herausgeber
JJ	Judicial Independence
lit.	litera

OFK	Orell Füssli Kommentar
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002, SR 171.10
PatGG	Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 20. März 2009, SR 173.41
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SGK	St. Galler Kommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010, SR 173.71
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SVP	Schweizerische Volkspartei
SVR	Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter
UNO	United Nations Organization
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.32
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1 Einleitung

Diese Bachelorarbeit behandelt die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter des Schweizer Bundesgerichts, teilweise unter der fiktiven Realität, dass die am 28. November 2021 von Volk und Ständen abgelehnte Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)» angenommen worden wäre.

1.1 Ausgangslage

Mit 130'100 gültigen Unterschriften reichte das Initiativkomitee die Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren» am 26. August 2019 ein.¹ Die Initiative verlangte, dass die Richter*innen nicht mehr durch das Parlament gewählt, sondern durch ein Losverfahren bestimmt würden. Eine unabhängige Fachkommission würde über die Teilnahme am Losverfahren entscheiden und dabei nur Personen zulassen dürfen, die fachlich und persönlich für das Richteramt geeignet wären. Eine weitere zentrale Forderung der Initiative war, dass die einmal per Los gewählten Richter*innen sich keiner Wiederwahl stellen müssten, sie also bis zur Pension und maximal fünf Jahre darüber hinaus gewählt wären. Abberufen werden könnten sie nur bei schwerer Pflichtverletzung oder Verlust der Fähigkeit der Amtsausübung.²

Am 28. November 2021 stimmte das Schweizer Stimmvolk über die Initiative ab. Bei einer Stimmbeteiligung von 64.67% wurde diese von 68.07% der Bevölkerung und von allen Ständen abgelehnt.³

1.2 Problemstellung

Die Initiative wurde zwar klar abgelehnt, aber dennoch ist dem Initiativkomitee beizupflichten, dass zumindest gewisse Zweifel an der Unabhängigkeit der Richter*innen bestehen. Die Wahl der Richter*innen durch das Parlament und die damit einhergehende faktische Pflicht zur Parteizugehörigkeit, die von den Richter*innen zu bezahlende Mandatssteuer und die Notwendigkeit, wiedergewählt zu werden, lassen diese Zweifel aufkommen.

¹ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD.

² Schweizerische Eidgenossenschaft, Justiz-Initiative.

³ Bundeskanzlei BK.

1.3 Ziel, Aufbau und Abgrenzung

Die vorliegende Bachelorarbeit hat zum Ziel, die relevanten Rechtsgrundlagen zur Unabhängigkeit der Gerichte zu erläutern und zu untersuchen. Die Bedeutung unabhängiger Gerichte wird aufgezeigt und die Funktionsweise des Bundesgerichts Stand heute mit derjenigen nach Umsetzung der Justiz-Initiative verglichen. Sodann wird eine kritische Würdigung einiger Schlüssel Anliegen der Justiz-Initiative vorgenommen. Weiter soll ein kurzer Rechtsvergleich mit den USA im Sinne eines Exkurses einen Blick über die Grenzen hinaus zulassen. Zum Schluss erfolgt eine Empfehlung der Autorin zu möglichen Änderungen der Gesetzgebung zwecks Verbesserung der richterlichen Unabhängigkeit sowie ein Ausblick über die zu erwartenden Entwicklungen in näherer Zukunft.

In dieser Arbeit werden die kantonalen Gerichte bzw. die interkantonalen Unterschiede nicht behandelt. Es wird ausschliesslich auf das höchste Schweizer Gericht – das Bundesgericht – eingegangen, nicht aber auf die anderen Gerichte des Bundes.

2 Richterliche Unabhängigkeit im Schweizer Recht

Mit der umfassenden Revision der Bundesverfassung trat per 1. Januar 2000 unter anderem der neue Art. 30 BV in Kraft. Dieser enthält im ersten Absatz folgende Garantie: «Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.»⁴

Die Justizreform, welche ebenfalls Teil der Totalrevision war, jedoch erst am 1. Januar 2007 in Kraft trat, brachte noch weitere Änderungen mit sich. Sie hatte unter anderem zum Ziel, den Rechtsschutz zu verbessern und das Bundesgericht funktionsfähig zu erhalten.⁵ Diese Ziele sollten mitunter durch die Einführung des neuen Art. 191c BV mit folgendem Wortlaut erreicht werden: «Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.»⁶

Vor der Totalrevision suchte man den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit in der Bundesverfassung vergebens. Er war jedoch in der Rechtsprechung, in Bundesgesetzen, Staatsverträgen und auch teilweise im kantonalem Recht verankert.⁷ Als einzig

⁴ Art. 30 Abs. 1 BV.

⁵ Schweizerische Eidgenossenschaft, Rechtsetzungsprojekte.

⁶ Art. 191c BV.

⁷ REICH, BSK, Art. 191c BV, Rz. 10.

vergleichbare Bestimmung in der Bundesverfassung galt Art. 58 Abs. 1 aBV, welcher einen «verfassungsmässigen Richter»⁸ verlangte. Dass der Grundsatz der unabhängigen Gerichte erst seit der Verfassungsrevision Einzug in der Bundesverfassung fand, liesse den Schluss zu, dass es sich dabei um einen neuen Grundsatz handle oder zumindest um einen, der erst in neuerer Zeit relevant wurde. Ein Blick in die Geschichtsbücher verrät jedoch Gegenteiliges: Bereits im Bundesbrief von 1291, welcher als ältestes Verfassungsdokument der Schweiz gilt, haben die Talschaften Uri, Schwyz und Nidwalden gelobt, dass das Richteramt nicht gekauft werden dürfe.⁹

Auch die internationale Gemeinschaft, allen voran die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), macht Vorgaben zur Unabhängigkeit der Gerichte. In Art. 6 EMRK ist unter anderem der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches, auf einem Gesetz beruhendes Gericht verankert. Da die Schweiz die EMRK im Jahr 1974 ratifiziert hat, und die entsprechende Bestimmung unmittelbar anwendbar ist,¹⁰ bestand das Erfordernis der unabhängigen und unparteiischen Gerichte faktisch also schon bevor die neue Bundesverfassung in Kraft trat. Darüber hinaus beinhaltet der UNO-Pakt II, welchem die Schweiz im Jahre 1992 beigetreten ist, mit Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II eine entsprechende Bestimmung.

Die Wichtigkeit dieser Garantien zeigt sich auch in der Häufigkeit von deren Rüge vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Zwischen 1959 und 2021 waren in 12'174 Verfahren die Verletzung der in Art. 6 EMRK garantierten Verfahrensgarantien Streitgegenstand, und somit befasste sich fast die Hälfte der gesamthaft 24'511 gesprochenen Urteile damit.¹¹

Im Folgenden werden insbesondere die beiden relevanten Bestimmungen der Bundesverfassung sowie eine der entsprechenden Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes genauer untersucht.

⁸ Art. 58 Abs. 1 aBV.

⁹ Schweizerische Eidgenossenschaft, Geschichte.

¹⁰ BGE 133 I 286, E. 3.2.

¹¹ European Court of Human Rights, S. 188 f.

2.1 Garantie des verfassungsmässigen Richters nach Art. 30 Abs. 1 BV

«Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.»¹²

2.1.1 Anwendungsbereich

Art. 30 Abs. 1 BV ist ein Grundrecht, welches in erster Linie dem Schutz der am Verfahren beteiligten Personen dient.¹³ Es ist ein unmittelbar anwendbares Recht, auf welches sich «jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss»¹⁴ berufen kann.¹⁵ Die Geltendmachung dieses Grundrechts steht natürlichen und juristischen Personen des privaten Rechts, aber auch juristischen Personen und Körperschaften des öffentlichen Rechts zu.¹⁶

Art. 30 Abs. 1 BV legt also die Rahmenbedingungen für Gerichte fest, welche von diesen erfüllt werden müssen, um der Rechtsweggarantie nach Art. 29 BV zu genügen. Ob jedoch in einem individuellen Fall ein Recht auf Zugang zu einem Gericht und damit auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde besteht, wird nicht nach Art. 30 Abs. 1 BV, sondern nach Art. 29a BV eruiert.¹⁷ Erst nachdem dieser mögliche Anspruch geprüft ist, kommen die Garantien aus Art. 30 BV zur Anwendung, womit die entsprechenden Anforderungen erfüllt sein müssen.¹⁸

2.1.2 Gerichtliches Verfahren

Nach dem Wortlaut des Art. 30 Abs. 1 BV gelten die Garantien nur im «gerichtlichen Verfahren»,¹⁹ nicht also vor Verwaltungsbehörden o.ä.²⁰ Zunächst muss also beurteilt werden, ob ein gerichtliches Verfahren vorliegt. Dies ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann der Fall, wenn eine Behörde nach Gesetz und Recht in einem fairen und «justizförmigen» Verfahren Streitfragen in begründeter und bindender Weise entscheidet, also eine rechtsprechende Funktion innehat.²¹ Das Bundesgericht sieht aber kein

¹² Art. 30 Abs. 1 BV.

¹³ REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 3.

¹⁴ Art. 30 Abs. 1 BV.

¹⁵ REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 1.

¹⁶ REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 10; STEINMANN, SGK, Art. 30 BV, Rz. 6.

¹⁷ BGE 129 I 290, E. 5.

¹⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 928; REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 6.

¹⁹ Art. 30 Abs. 1 BV.

²⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 849; REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 4.

²¹ BGE 126 I 228, E. 2a.

Erfordernis, dass ebendiese entscheidende Behörde in die Gerichtsstruktur eingegliedert ist. Sie muss jedoch organisatorisch und personell unabhängig und unparteiisch sein.²² So wurden etwa die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Thurgau²³ sowie die Steuerrekurskommission des Kantons Wallis²⁴ als Gerichte im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV qualifiziert, nicht aber die Wettbewerbskommission²⁵ oder die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen.²⁶ Es können selbst private Schiedsgerichte an Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV gebunden sein – auch wenn sie keine richterliche Behörde sind – sofern «deren Entscheide denjenigen der staatlichen Instanzen hinsichtlich Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gleichstehen(..).»²⁷

Personell gesehen umfasst Art. 30 Abs. 1 BV alle Mitglieder der Gerichte, also nicht nur die Richter*innen selbst, sondern auch Gerichtsschreiberinnen, Sekretäre und Praktikant*innen²⁸ sowie Gerichtssachverständige.²⁹

2.1.3 Durch Gesetz geschaffenes, zuständiges Gericht

Nach Art. 30 Abs. 1 BV besteht ein Anspruch auf ein «durch Gesetz geschaffenes» Gericht, was bedeutet, dass dessen Schaffung ein Gesetz im formellen Sinn zugrunde liegen muss.³⁰ Das Gesetz muss gewisse Grundzüge regeln, wie bspw. die Zuständigkeiten, Kompetenzen und die Organisation des Gerichts.³¹ Das Gericht muss darüber hinaus persönlich, örtlich, sachlich und zeitlich zuständig sein.³²

2.1.4 Unabhängiges und unparteiliches Gericht

Art. 30 Abs. 1 BV verlangt die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, wobei ersteres in der Organisation der Gerichte und zweiteres in der Person des oder der Richtenden liegt.³³

²² BGE 126 I 228, E. 2a.

²³ BGE 142 III 732, E. 3.4.2.

²⁴ BGE 140 I 271, E. 8.1.

²⁵ BGE 139 I 72, E. 4.3.

²⁶ BGE 138 I 154, E. 2.7.

²⁷ BGE 135 I 14, E. 2.

²⁸ REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 8; STEINMANN, SGK, Art. 30 BV, Rz. 10.

²⁹ MÜLLER/SCHEFER, S. 930.

³⁰ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3061.

³¹ UHLMANN, Rz. 24; MÜLLER/SCHEFER, S. 933 f.

³² REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 20.

³³ REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 22 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3066 ff.; STEINMANN, SGK, Art. 30 BV, Rz. 15 f.

2.1.4.1 *Unabhängigkeit*

Die Unabhängigkeit der Gerichte in Art. 30 Abs. 1 BV verlangt die Unabhängigkeit von anderen Staatsorganen, von Parteien und der Justiz³⁴ und ist somit ein Teilaspekt des Prinzips der Gewaltenteilung. Diese ist – zumindest in ihrer organisatorischen Ausprägung – nicht explizit in der Bundesverfassung erwähnt, obwohl es sich bei der Gewaltenteilung um ein Schlüsselprinzip der Schweizer Demokratie handelt. Im Zuge der Ausarbeitung der neuen Verfassung wurde auf eine Verankerung dieses Prinzips in der Bundesverfassung aufgrund der Komplexität der Ausprägung der Gewaltenteilung in der Schweiz explizit verzichtet.³⁵ Hingegen ist die Gewaltenteilung in persönlicher Hinsicht in Art. 144 BV fest verankert.

Die organisatorische Gewaltenteilung sorgt für die Aufteilung der Macht, sodass keine einzelne Staatsgewalt (Exekutive, Legislative und Judikative) zu mächtig wird. Die drei Staatsfunktionen müssen von drei getrennten, voneinander unabhängigen Organen besorgt werden, wobei jede der Gewalten nur in der ihr zugewiesenen Funktion handelt.³⁶

Eine Ausprägung der Gewaltenteilung ist die Gewaltenhemmung, mit welcher die einzelnen Organe in ihrer Gewalt gehemmt werden, gleichzeitig aber den anderen Organen nicht übermässige Macht verliehen wird. Diese Hemmung sorgt für das Gleichgewicht zwischen den Staatsgewalten.³⁷ So kann beispielsweise das Bundesgericht Bundesgesetze im Rahmen einer Normenkontrolle überprüfen, darf diese jedoch aufgrund von Art. 190 BV nicht aufheben, sondern muss sie auch bei Verfassungswidrigkeit anwenden.³⁸

Auf der anderen Seite besitzt die Bundesversammlung nach Art. 169 Abs. 1 BV die Möglichkeit, das Bundesgericht zu überprüfen bzw. zu beaufsichtigen. Daneben untersteht auch die Wahl der Mitglieder des Bundesgerichts der Bundesversammlung (Art. 168 Abs. 1 BV). Aufgrund der Finanzkompetenzen nach Art. 167 BV hat sie so dann auch einen erheblichen Einfluss auf die Ausstattung der Gerichte.³⁹ Diese Ausprägungen der Gewaltenhemmung sind zwar Ausdruck einer Demokratie, beengen jedoch

³⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 854a.

³⁵ BBl 1997 370.

³⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1406.

³⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1416.

³⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1418; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2278.

³⁹ KIENER, Bundesgericht, Rz. 9.

auch die Unabhängigkeit der Gerichte.⁴⁰ Damit diese nicht gefährdet ist, beschränkt sich die Oberaufsicht nach Art. 169 BV auf den äusseren Geschäftsgang und erstreckt sich nicht auf die Aufsicht materieller Natur.⁴¹ Zudem wird in Art. 26 Abs. 4 ParlG ausdrücklich die Möglichkeit der Bundesversammlung, die Entscheide des Bundesgerichts aufzuheben oder zu ändern sowie die Entscheide inhaltlich zu kontrollieren, ausgeschlossen.⁴² Ausserdem verfügt das Bundesgericht nach Art. 188 Abs. 3 BV über die Garantie, sich selbst zu verwalten.

Die persönliche Gewaltenteilung, welche mit Art. 144 BV explizit in der Bundesverfassung verankert ist, verlangt unter anderem, dass die Richter*innen des Bundesgerichts nicht gleichzeitig dem National- oder Ständerat bzw. dem Bundesrat angehören dürfen (Abs. 1).⁴³ Nach Absatz 2 ist es den vollamtlichen Bundesrichter*innen untersagt, ein anderes Amt des Bundes oder eines Kantons oder eine andere Erwerbstätigkeit auszuüben.⁴⁴ Durch Absatz 1 soll verhindert werden, dass sich die Macht auf eine Person konzentriert, während Absatz 2 zum Ziel hat, Interessenskonflikte zu vermeiden und so die Unabhängigkeit der Amtsträger*innen sicherzustellen.⁴⁵

2.1.4.2 Unparteilichkeit

Die Unparteilichkeit der Gerichte verlangt von den Mitgliedern der richterlichen Behörde, dass diese unvoreingenommen, unparteiisch und unbefangen entscheiden.⁴⁶ Dies bezieht sich insbesondere auf die Prozessparteien und den Prozessgegenstand.⁴⁷ Weiter wird verlangt, dass die Mitglieder der Gerichte keinen sachfremden Einflüssen ausgesetzt sein sollen.⁴⁸

Die Unparteilichkeit ist insbesondere wichtig, da Gesetze nicht allumfassend geschrieben werden können, und daher stets auslegungsbedürftig sind. Aus diesem Grund ist jede Rechtsprechung ein Stück weit Auslegungssache, die wiederum Wertungsspielräume eröffnet.⁴⁹ Daher ist unabdingbar, dass die Richter*innen nicht nach persönlichen Werten

⁴⁰ KIENER, Bundesgericht, Rz. 9.

⁴¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1545; TSCHANNEN, Rz. 1337.

⁴² Art. 26 Abs. 4 ParlG.

⁴³ Art. 144 Abs. 1 BV.

⁴⁴ Art. 144 Abs. 2 BV.

⁴⁵ SCHAUB, BSK, Art. 144 BV, Rz. 5.

⁴⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 851.

⁴⁷ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3068.

⁴⁸ REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 23; STEINMANN, SGK, Art. 30 BV, Rz. 16.

⁴⁹ BRUNNER, S. 308 f.

urteilen, sondern unparteiisch sind und die zu beurteilende Angelegenheit objektiv zu betrachten vermögen.

Da sich Parteilichkeit als innerer Zustand nicht beweisen oder überhaupt objektiv feststellen lässt, reicht bereits der Anschein der Parteilichkeit aus, um den Anspruch auf ein unparteiisches Gericht zu verletzen. Ob das Gerichtsmitglied in einem solchen Fall tatsächlich befangen ist, ist unerheblich.⁵⁰

Sollte eine allfällige Befangenheit vorliegen, ist die betreffende Person dazu verpflichtet, selbständig in den Ausstand zu treten.⁵¹ Ein Ausstandsgrund ist etwa dann gegeben, wenn eine Gerichtsperson und eine am Verfahren beteiligte Partei eine nahe Beziehung pflegen⁵² oder wenn der Richter oder die Richterin ein persönliches Interesse am Verfahrensausgang hat.⁵³

2.2 Richterliche Unabhängigkeit nach Art. 191c BV

«Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.»⁵⁴

Der Wortlaut von Art. 191c BV und Art. 30 Abs. 1 BV ist relativ ähnlich. So verstehen sich die in Art. 191c BV erwähnten *richterlichen Behörden* analog der «gerichtlichen Verfahren» aus Art. 30 Abs. 1 BV.⁵⁵ Es sei daher auf das Kapitel 2.1 verwiesen. Auch zur verlangten *Unabhängigkeit* sei auf die diesbezüglichen Ausführungen unter Kapitel 2.1 verwiesen, wobei Art. 191c BV insbesondere die institutionelle Komponente der richterlichen Unabhängigkeit abdeckt (siehe dazu Kapitel 2.1.4.1).⁵⁶

Nach dem Wortlaut von Art. 191c BV sind die richterlichen Behörden darüber hinaus *in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig*, also immer dann, wenn sie rechtliche Streitigkeiten verbindlich entscheiden.⁵⁷

Der grosse Unterschied zwischen den beiden Verfassungsnormen besteht in deren Anwendbarkeit. Während Art. 30 BV als Grundrecht unmittelbar anwendbar ist und den

⁵⁰ BGE 133 I 1, E. 6.2; REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 24.

⁵¹ BGE 137 I 227, E. 2.6.3.

⁵² REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 30.

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 4A_162/2010 vom 22.06.2010, E. 2.2.

⁵⁴ Art. 191c BV.

⁵⁵ REICH, BSK, Art. 191c BV, Rz. 12.

⁵⁶ REICH, BSK, Art. 191c BV, Rz. 9; STEINMANN, SGK, Art. 191c BV, Rz. 4.

⁵⁷ REICH, BSK, Art. 191c BV, Rz. 14.

Parteien verfassungsrechtliche Mindestgarantien gewährt,⁵⁸ bindet Art. 191c BV also den Staat,⁵⁹ sodass dieser seiner Pflicht zur Rechtsweggarantie nachkommt. Unter anderem wird damit der Staat verpflichtet, die erforderlichen finanziellen Mittel für die Justiz bereitzustellen sowie der Justiz die Selbstverwaltung nach Art. 188Abs. 3 BV zu garantieren.⁶⁰

2.3 Richterliche Unabhängigkeit nach Bundesgerichtsgesetz

«Das Bundesgericht ist in seiner rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.»⁶¹

«Seine Entscheide können nur von ihm selbst nach Massgabe der gesetzlichen Bestimmungen aufgehoben oder abgeändert werden.»⁶²

Absatz 1 ist fast gleichlautend wie Art. 191c BV und garantiert somit die institutionelle Komponente der richterlichen Unabhängigkeit. Es gilt daher wiederum der Verweis auf Kapitel 2.1.

Absatz 2 hingegen bringt noch ein weiteres Erfordernis an die Unabhängigkeit der Gerichte: die Bestandeskraft der letztinstanzlichen Urteile, also die grundsätzliche Unmöglichkeit, dass bundesgerichtliche Urteile von einer anderen Institution als ihr selbst abgeändert werden können.⁶³ Dies greift das in Kapitel 2.1.4.1 dieser Arbeit ausgeführte Prinzip der Gewaltenteilung als Teilgehalt der Unabhängigkeit wieder auf, wonach auch die Bundesversammlung als Oberaufsichtsorgan diesen Kern der richterlichen Unabhängigkeit wahren muss.⁶⁴

2.3.1 Verbindlichkeit der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Seitdem die Schweiz im Jahre 1974 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) beitrug, sind die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) verbindlich. Die Schweiz verpflichtet sich nach Art. 46 EMRK, «das endgültige Urteil des Gerichtshofes zu befolgen.»⁶⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob dies den Grundsatz der Bestandeskraft der bundesgerichtlichen Urteile verletzt.

⁵⁸ REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 1.

⁵⁹ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2895.

⁶⁰ STEINMANN, SGK, Art. 191c BV, Rz. 8.

⁶¹ Art. 2 Abs. 1 BGG.

⁶² Art. 2 Abs. 2 BGG.

⁶³ KOLLER, BSK, Art. 2 BGG, Rz. 56.

⁶⁴ KOLLER, BSK, Art. 2 BGG, Rz. 57.

⁶⁵ KOLLER, BSK, Art. 2 BGG, Rz. 59.

Da der EGMR die Urteile jedoch nicht aufheben, sondern nur einen Widerspruch gegen die EMRK feststellen kann, und weil die bundesgerichtlichen Urteile auch bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist an den EGMR in Rechtskraft erwachsen,⁶⁶ steht diese Bestimmung nicht grundsätzlich im Widerspruch zur Unabänderlichkeit der bundesgerichtlichen Urteile.

2.3.2 Möglichkeit der Begnadigung durch die Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. k BV

Die Bundesversammlung kann nach Art. 173 Abs. 1 lit. k BV Begnadigungen aussprechen. Dabei handelt es sich um einen Gnadenakt, durch welchen der Strafvollzug für eine oder mehrere bestimmte Person(en) ausgesetzt wird.⁶⁷ Es liegt nahe, diese Möglichkeit der Begnadigung seitens der Bundesversammlung als Durchbruch des Prinzips der Unabänderlichkeit der Urteile des Bundesgerichts zu sehen. Eine Begnadigung hebt jedoch das Urteil weder auf, noch verändert sie es – sie bewirkt lediglich einen Straferlass.⁶⁸ Das Urteil selbst bleibt bestehen, weshalb diese Kompetenz der Bundesversammlung die Unabhängigkeit der Gerichte nicht tangiert.

2.4 Zweck und Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit

Die richterliche Unabhängigkeit ist ein Schlüsselement eines Rechtsstaats und eine «un-erlässliche Funktionsbedingung einer legitimen Justiz»⁶⁹ und somit unverzichtbare Voraussetzung für ein faires Verfahren.⁷⁰ Sie dient einerseits dem Individuum, welches seine Angelegenheit in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt haben muss, indem sie Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit verspricht und andererseits dem politischen System als solches, indem die von der Legislative erlassenen Rechtssätze durch die Beurteilung von Gerichten bindend sind.⁷¹

Daneben ist sie auch eine Garantie für die Gerichte selbst, indem die Richter*innen dadurch die Rechtsstreitigkeiten nüchtern und neutral betrachten können, ohne Einflussnahme von aussen befürchten zu müssen.⁷²

⁶⁶ KOLLER, BSK, Art. 2 BGG, Rz. 61 f.

⁶⁷ MERKER/CONRADIN, BSK, Art. 173 BV, Rz. 119.

⁶⁸ TSCHANNEN, Rz. 1438.

⁶⁹ TSCHANNEN, Rz. 1432.

⁷⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 541.

⁷¹ REICH, BSK, Art. 191c BV, Rz. 7.

⁷² TSCHANNEN, Rz. 1432.

Das Erfordernis, dass das Gericht als «echter Mittler»⁷³ das Recht objektiv richtig und frei von sachwidrigen Einflüssen anwendet,⁷⁴ schafft Vertrauen in gerichtliche Verfahren und dient damit der Verwirklichung des Rechtsstaates.⁷⁵ Darüber hinaus dient es auch der Wirtschaft: Es besteht ein positiver Zusammenhang zwischen der (tatsächlichen) Unabhängigkeit der Justiz und dem volkswirtschaftlichen Wohlstand.⁷⁶ Dies könnte unter anderem darauf zurückzuführen sein, dass private Parteien eher bereit sind, Verträge miteinander abzuschliessen, wenn die staatlichen Gerichte unabhängig urteilen⁷⁷ bzw. wenn ein generelles Vertrauen in die Justiz vorhanden ist.

3 Funktionsweise des Bundesgerichts –Stand heute und Änderungen durch die Justiz-Initiative

Die Justiz-Initiative hätte – abgesehen von der Übergangsbestimmung, auf welche hier nicht weiter eingegangen wird – mit Art. 188a BV eine neue Bestimmung und mit Art. 145 BV sowie Art. 168 Abs. 1 BV Änderungen in der Bundesverfassung vorgesehen.

Dieses Kapitel erläutert die Organisation und Funktionsweise des Bundesgerichts Stand heute und beleuchtet, welche Änderungen in Bezug auf die Amtsdauer sowie den Wahlvorgang und die Wählbarkeit der Kandidierenden durch die Justiz-Initiative in Kraft getreten wären, sofern sie angenommen worden wäre.

3.1 Organisation des Bundesgerichts

Nach Art. 1 Abs. 3 BGG besteht das Bundesgericht aus 35 bis 45 vollamtlichen Bundesrichter*innen sowie diversen nebenamtlichen Mitgliedern. Die genaue Zahl wird jeweils von der Bundesversammlung festgelegt. Momentan sind 38 vollamtliche Bundesrichter*innen im Amt.⁷⁸

Das Bundesgericht ist in sieben nach rechtlichen Sachgebieten unterteilte Abteilungen aufgegliedert: zwei öffentlich-rechtliche, zwei zivilrechtliche, zwei sozialrechtliche und eine strafrechtliche Abteilung.⁷⁹ Sie werden jeweils für zwei Jahre festgelegt.⁸⁰ Die

⁷³ BGE 137 I 227, E. 2.6.1.

⁷⁴ REICH, BSK, Art. 191c BV, Rz. 4.

⁷⁵ BGE 137 I 227, E. 2.6.1.

⁷⁶ FELD/VOIGT, S. 516 f.

⁷⁷ REICH, BSK, Art. 191c BV, Rz. 7.

⁷⁸ Bundesgericht.

⁷⁹ Art. 26 Abs. 1 BGerR.

⁸⁰ Art. 18 Abs. 1 BGG.

jeweiligen Abteilungen verhandeln die entsprechenden Fälle üblicherweise in einer Dreierbesetzung, ausnahmsweise auch in einer Fünferbesetzung (Spruchkörper).⁸¹

Zu den Verhandlungen vor Bundesgericht kann gesagt werden, dass diese in weniger als 1% der Fälle mündlich stattfinden, sondern meist durch Aktenzirkulation erledigt werden.⁸² Das Urteil ist gemäss Art. 21 BGG mittels Abstimmung zu finden, wobei die absolute Mehrheit der Stimmen erreicht werden muss.

An der Organisation als solches im Sinne der Anzahl Richter*innen, der Abteilungen und der Spruchkörper hätte die Justiz-Initiative zu keinen merklichen Veränderungen geführt, weshalb nicht weiter darauf eingegangen wird.

3.2 Amtsdauer

3.2.1 Stand heute

«Art. 145 Amtsdauer

1 Die Mitglieder des Nationalrates und des Bundesrates sowie die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler werden auf die Dauer von vier Jahren gewählt. Für die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts beträgt die Amtsdauer sechs Jahre.»⁸³

Die im Vergleich zum National- und Bundesrat um zwei Jahre längere Amtsdauer der Richter*innen von sechs Jahren soll der Unabhängigkeit der Gerichte dienen.⁸⁴

Eine maximale Amtsdauer besteht nicht; die Richter*innen können sich beliebig oft zur Wahl aufstellen lassen.⁸⁵ Art. 9 Abs. 2 BGG begrenzt jedoch die Amtsdauer altershalber, und zwar scheiden die Richter*innen in dem Jahr aus, in dem sie das 68. Altersjahr vollenden. Diese Begrenzung widerspricht Art. 143 BV, wonach alle Stimmberechtigten in das Bundesgericht wählbar sind.⁸⁶

Eine Möglichkeit zur Absetzung der Richter*innen vor Ablauf der Amtsdauer sieht die Bundesverfassung nicht vor. Dies wäre einzig dann möglich, wenn diese*r aufgrund einer strafbaren Handlung im Zusammenhang mit seiner oder ihrer Stellung strafrechtlich verfolgt wird.⁸⁷

⁸¹ Art. 20 Abs. 1 und 2 BGG.

⁸² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1721.

⁸³ Art. 145 BV.

⁸⁴ BIAGGINI, OFK, Art. 145 BV, Rz. 3.

⁸⁵ RASELLI, Rz. 14.

⁸⁶ BIAGGINI, OFK, Art. 145 BV, Rz. 4; LUMINATI/CONTARINI, S. 11.

⁸⁷ BBl 2020 6826.

An dieser Stelle sei auf den Kanton Freiburg verwiesen, welcher im Zuge der Verfassungsrevision im Jahre 2004 die von der Justiz-Initiative geforderte Abschaffung der Wiederwahl einführte. Die Dauer der Amtszeit für Richterinnen und Richter wurde aufgehoben, womit diese nun auf unbestimmte Zeit gewählt sind.⁸⁸ Stattdessen wurde eine Möglichkeit der Abberufung aus dem Amt geschaffen.⁸⁹ Dieses Vorgehen ist schweizweit einzigartig.

3.2.2 Änderungen durch die Justiz-Initiative

«Art. 145 Amtsdauer

1 Die Mitglieder des Nationalrates und des Bundesrates sowie die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler werden auf die Dauer von vier Jahren gewählt. Die Amtsdauer der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts endet fünf Jahre nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters.

2 Die Vereinigte Bundesversammlung kann auf Antrag des Bundesrates mit einer Mehrheit der Stimmenden eine Richterin oder einen Richter des Bundesgerichts abberufen, wenn diese oder dieser:

- a. Amtspflichten schwer verletzt hat; oder*
- b. die Fähigkeit, das Amt auszuüben, auf Dauer verloren hat.»⁹⁰*

Mit dem abgeänderten Art. 145 Abs. 1 BV gäbe es keine Beschränkung der Amtsdauer mehr, sondern diese wäre einmalig und würde automatisch fünf Jahre nach Erreichen des Rentenalters enden, also bei Frauen Stand heute mit Vollendung des 69. Altersjahres, bei Männern mit Vollendung des 70. Altersjahres.

Eine Amtsenthebung wäre neu möglich. Eine solche Regel der Abberufung gibt es auf Bundesebene bereits für das Bundesverwaltungsgericht,⁹¹ das Bundespatentgericht⁹² sowie das Bundesstrafgericht.⁹³ Auf Stufe Bundesgericht wäre eine Amtsenthebung dann möglich, wenn der Richter oder die Richterin eine Amtspflicht (dazu gehören unter anderem die Amtserfüllungspflicht, die Geheimhaltungspflicht, die Treuepflicht, die Beschränkung der Nebenbeschäftigung oder das Verbot, Geschenke anzunehmen) schwer

⁸⁸ Art. 121 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Freiburg.

⁸⁹ GENNER, S. 4 f.

⁹⁰ BBl 2021 1490.

⁹¹ Art. 10 VGG.

⁹² Art. 14 PatGG.

⁹³ Art. 49 StBOG.

verletzen würde.⁹⁴ Unter den dauerhaften Verlust der Fähigkeit, das Amt auszuüben subsummierten sich beispielsweise die Entmündigung, aber allenfalls auch eine schwere Krankheit oder die Begehung eines schweren Delikts durch den Richter oder die Richterin.⁹⁵ Einer Amtsenthebung müsste nach dem Wortlaut der neuen Bestimmung sodann immer ein Antrag des Bundesrats vorausgehen.

3.3 Wahlvorgang und Wählbarkeit

3.3.1 Stand heute

«Art. 168 Wahlen

1 Die Bundesversammlung wählt die Mitglieder des Bundesrates, die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler, die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts sowie den General.»⁹⁶

3.3.1.1 Wahlvorgang

Vor Ablauf der sechsjährigen Amtsdauer wird eine Erneuerungswahl vorgenommen. Zuständig für deren Vorbereitung ist die Gerichtskommission, bei welcher es sich um eine Kommission der vereinigten Bundesversammlung aus zwölf Mitgliedern des Nationalrats und fünf Mitgliedern des Ständerats handelt. So publiziert sie die offenen Stellen und arbeitet dann Wahlvorschläge aus, welche sie der vereinigten Bundesversammlung unterbreitet.⁹⁷

Die amtierenden Richter*innen können im Wiederwahlverfahren wiedergewählt werden. Im Falle einer Vakanz, beispielsweise aufgrund einer Nichtwiederwahl oder eines Rücktritts einer Richterin oder eines Richters, kommt eine Ergänzungswahl zum Tragen.⁹⁸

Bei der Wiederwahl erhalten die Mitglieder der vereinigten Bundesversammlung eine vorgedruckte Liste mit allen Namen der sich wieder aufstellenden Richter*innen, welche nur insofern bearbeitet werden kann, als dass ein Name gestrichen werden darf – es ist jedoch nicht möglich, andere Namen hinzuzufügen.⁹⁹ Die Wahlen erfolgen geheim. Gewählt ist, wer das absolute Mehr erreicht. Sofern ein Kandidat oder eine Kandidatin dieses verfehlt, kann er oder sie sich anlässlich der Ergänzungswahl noch einmal aufstellen

⁹⁴ BBl 2020 6834 f.

⁹⁵ BBl 2020 6835.

⁹⁶ Art. 168 Abs. 1 BV.

⁹⁷ Die Bundesversammlung.

⁹⁸ KIENER, Bundesgericht, Rz. 34.

⁹⁹ TSCHANNEN, Rz. 1460.

lassen¹⁰⁰ (so geschehen im Fall Martin Schubarth, welcher im Folgenden noch ausführlich behandelt wird).

Bei den Ergänzungswahlen treten die Kandidierenden gegeneinander an. Die Abgeordneten der Bundesversammlung erhalten sodann eine Namensliste, welche sie frei verändern und somit ihre Stimme der gewünschten Person geben können.¹⁰¹

3.3.1.2 Wählbarkeit

Nach Art. 143 BV sind alle Stimmberechtigten in das Bundesgericht wählbar, also alle volljährigen, mündigen Schweizer*innen. Ausgenommen davon sind die Personen, bei denen eine Unvereinbarkeit nach Art. 144 BV besteht, also Mitglieder einer anderen Bundesbehörde (Abs. 1) sowie Personen, die nebenbei eine Erwerbstätigkeit ausüben (Abs. 2).

Es gibt keine Bestimmung, wonach die Kandidat*innen eine juristische Ausbildung absolviert haben müssen; in praxi werden jedoch nur erfahrene Jurist*innen gewählt.¹⁰² Ebenso gibt es keine Anforderung, dass die zur Wahl stehenden Personen Mitglied einer Partei sein müssen, doch faktisch ist dies ein Erfordernis, da die politischen Parteien die Kandidat*innen vorschlagen¹⁰³ und natürlich jemanden aus ihren Reihen dafür auswählen. Zu Beginn des Bundesstaats im Jahre 1848 waren teilweise über 60% der Richter parteilos – doch dies veränderte sich im Laufe der Zeit so sehr, dass nunmehr seit fast 70 Jahren kein parteiloser Richter und keine parteilose Richterin mehr in das Bundesgericht gewählt wurde.¹⁰⁴ Bei den Wahlen wird auf freiwilliger Basis der Parteiproporz berücksichtigt, eine entsprechende Bestimmung dazu liegt jedoch nicht vor.¹⁰⁵

Auch eine Bestimmung in der Bundesverfassung, wonach die Sprachregionen angemessen vertreten sein müssen, fehlt seit der Revision.¹⁰⁶ Eine solche Pflicht lässt sich nun jedoch aus Art. 18 Abs. 2 BGG herauslesen, wonach die «Amtssprachen angemessen zu berücksichtigen»¹⁰⁷ sind.

¹⁰⁰ KIENER, Bundesgericht, Rz. 34.

¹⁰¹ KIENER, Bundesgericht, Rz. 34; TSCHANNEN, Rz. 1460.

¹⁰² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1707.

¹⁰³ BBI 2020 6826.

¹⁰⁴ VATTER/ACKERMANN, S. 526.

¹⁰⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1707 ff.; KIENER, Bundesgericht, Rz. 30.

¹⁰⁶ KIENER, Bundesgericht, Rz. 29.

¹⁰⁷ Art. 18 Abs. 2 BGG.

3.3.2 Änderungen durch die Justiz-Initiative

«Art. 168 Abs. 1

1 Die Bundesversammlung wählt die Mitglieder des Bundesrates, die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler sowie den General.»¹⁰⁸

«Art. 188a Bestimmung der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts

1 Die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts werden im Losverfahren bestimmt. Das Losverfahren ist so auszugestalten, dass die Amtssprachen im Bundesgericht angemessen vertreten sind.

2 Die Zulassung zum Losverfahren richtet sich ausschliesslich nach objektiven Kriterien der fachlichen und persönlichen Eignung für das Amt als Richterin oder Richter des Bundesgerichts.

3 Über die Zulassung zum Losverfahren entscheidet eine Fachkommission. Die Mitglieder der Fachkommission werden vom Bundesrat für eine einmalige Amtsdauer von zwölf Jahren gewählt. Sie sind in ihrer Tätigkeit von Behörden und politischen Organisationen unabhängig.»¹⁰⁹

3.3.2.1 Wahlvorgang

Der neue Art. 188a BV ist das Kernstück der Justiz-Initiative. Durch diese Bestimmung würde sich der Wahlvorgang von Grund auf ändern. Die Bundesrichter*innen würden mittels Losverfahren ermittelt werden – also durch Zufallsprinzip. Welche Personen Zugang zum Lostopf erhalten würden, müsste durch eine unabhängige Fachkommission unter Berücksichtigung diverser Wählbarkeitskriterien (siehe nachfolgender Abschnitt «Wählbarkeit») entschieden werden.¹¹⁰

Die Fachkommission würde vom Bundesrat für zwölf Jahre einmalig gewählt werden und sich beispielsweise aus erfahrenen und unabhängigen Jurist*innen aus Lehre, Gerichtsbarkeit und Praxis zusammensetzen.¹¹¹ Die Kommission müsste ihre Tätigkeit weisungsfrei und unabhängig ausführen können.¹¹² Ob die Mitglieder der Kommission parteizugehörig sein dürften, wird in der Lehre diskutiert.¹¹³ MÜLLER beispielsweise sieht in der

¹⁰⁸ BBI 2021 1490.

¹⁰⁹ BBI 2021 1490.

¹¹⁰ BBI 2020 6836.

¹¹¹ BBI 2020 6836 f.

¹¹² BBI 2020 6836.

¹¹³ GLASER, S. 1258; MÜLLER, S. 170.

Parteizugehörigkeit eines möglichen Mitglieds der Fachkommission nach dem Sinn und Zweck der Justiz-Initiative einen Unvereinbarkeitsgrund.¹¹⁴ GLASER hebt hervor, dass die Fachkommission, welche sich gemäss Initiativkomitee beispielsweise aus Richterinnen und Richtern zusammensetzen könnte, unter anderem aus kantonalen Richter*innen bestehen würde. Da diese jedoch mehrheitlich Parteimitglieder sind und die Kommission unabhängig von politischen Organisationen zu sein hätte, wären Richter*innen als Mitglieder der Kommission somit nach dem Wortlaut des neu einzuführenden Art. 188a Abs. 3 BV auszuschliessen.¹¹⁵

3.3.2.2 *Wählbarkeit*

Neu müssten die Kandidierenden nicht mehr nur Schweizer Bürger, mündig und volljährig sein, sondern sie müssten auch eine fachliche und persönliche Eignung für das Amt vorweisen sowie jünger als 69 (Frauen) bzw. 70 (Männer) Jahre alt sein.¹¹⁶

Da die Initiative dies verlangt, müsste die Kommission bei der Auswahl der Kandidierenden auch deren Sprache berücksichtigen; die Sprachkenntnisse würden daher zu einer wichtigen Wahlvoraussetzung werden.¹¹⁷ Weiter müssten die Personen eine juristische Ausbildung, ein Anwaltspatent und mehrjährige Berufserfahrung mitbringen, da dies wohl die in der Initiative verlangte fachliche Eignung ausmachen würde.¹¹⁸ Die persönliche Eignung wäre vermutlich unter anderem dann gegeben, wenn ein einwandfreier Leumund bestünde.¹¹⁹

4 Kritische Würdigung der Justiz-Initiative

Nachdem die Grundzüge der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweizer Justiz, der Status Quo am Bundesgericht und die möglichen Änderungen durch die Justiz-Initiative aufgezeigt worden sind, sollen diese Änderungen bzw. die bestehende Situation kritisch gewürdigt werden.

Ziel der Justiz-Initiative war es, die Unabhängigkeit der Bundesrichterinnen und Bundesrichter von den politischen Parteien zu erreichen. Den Initiant*innen war es ein Anliegen, dass die fachlichen und persönlichen Qualifikationen im Vordergrund stehen, nicht die

¹¹⁴ MÜLLER, S. 170.

¹¹⁵ GLASER, S. 1258.

¹¹⁶ BBI 2020 6834.

¹¹⁷ BBI 2020 6836.

¹¹⁸ BBI 2020 6836.

¹¹⁹ BBI 2020 6836.

Parteimitgliedschaft.¹²⁰ Weiter sollten die Richter*innen urteilen können, ohne Interessenskonflikte zu befürchten oder von ihren Parteien beeinflusst zu werden.¹²¹ Durch diese Stärkung der Justiz sollte im Endeffekt die Akzeptanz des Bundesgerichts in der Bevölkerung erhöht und damit die Demokratie gestärkt werden.¹²²

Es ist den Initiant*innen beizupflichten, dass gewisse Aspekte bei Wahl, Wiederwahl und Amtsdauer von aussen her betrachtet nicht in das Bild der unabhängigen Gerichte passen. Daher werden im Folgenden die Parteizugehörigkeit bzw. die Besetzung des Bundesgerichts nach Parteiproporz (Kapitel 4.1.1), die Mandatssteuer (Kapitel 4.1.2), die kurze Amtsdauer und Wiederwahl (Kapitel 4.1.3) sowie das von den Initiant*innen angestrebte Losverfahren (Kapitel 4.1.4) genauer betrachtet.

4.1.1 Parteizugehörigkeit

Wie in Kapitel 3.3.1.2 kurz erläutert, ist das Erfordernis, Mitglied einer Partei zu sein, kein Gesetzliches. Es hat sich jedoch im Laufe der letzten Jahrzehnte so ergeben, dass keine parteilosen Richter*innen mehr am Bundesgericht vertreten sind.¹²³ Dass nur Parteizugehörige gewählt werden, rührt unter anderem daher, dass die Gerichtskommission (welche aus Mitgliedern der vereinigten Bundesversammlung besteht) der vereinigten Bundesversammlung die möglichen Besetzungen vorschlägt und diese dann eine Auswahl entsprechend dem Parteiproporz treffen.¹²⁴

4.1.1.1 Keine Wahl ohne Partei

Der schwere Stand, den parteilose Bewerbende am Bundesgericht haben, zeigt sich besonders am Beispiel von Hugo Casanova. Er war jahrelang Kantonsrichter in Freiburg und Professor für Steuerrecht und bewarb sich im Jahr 2009 auf eine Stelle beim Bundesgericht als nebenamtlicher Richter für Steuerrecht. Trotz seiner Qualifikationen wurde er nicht angehört; ihm kam eine Standard-Absage zu. Im Jahr 2012 wurde die Stelle erneut ausgeschrieben. Noch einmal bewarb sich Hugo Casanova; nicht aber ohne vorher sein gesamtes Dossier zu überarbeiten, um seine hervorragende Eignung für die Stelle entsprechend zu unterstreichen. Als er dann mit Luc Recordon, damaliger Präsident der zuständigen Kommission, telefonierte, teilte dieser ihm mit, dass er ihn nicht zum Gespräch

¹²⁰ BBI 2020 6822.

¹²¹ BBI 2020 6833.

¹²² BBI 2020 6833.

¹²³ VATTER/ACKERMANN, S. 526.

¹²⁴ GERTSCH, S. 35; GLASER, S. 1252.

einladen würde, denn er könne nicht beurteilen, was für eine Position Hugo Casanova vertrete. Gemeint war mit dieser Aussage gemäss Casanova seine politische Position: Er war parteilos und hatte auch nicht vor, sich einer politischen Partei anzuschliessen. Auf die Mitteilung von Casanova, dass er Recordon einige seiner Urteile zukommen lassen könnte, um seine Position aufzuzeigen, erwiderte dieser, dass Personen gesucht würden, die einer im Moment untervertretenen Partei angehören würden, und dass Hugo Casanova daher als Kandidat nicht in Frage kommen würde.¹²⁵ Dieses Vorkommnis lässt unschwer erkennen, dass es faktisch, wenn auch nicht rechtlich, unmöglich ist, dass eine parteilose Person in das Bundesgericht gewählt wird.

4.1.1.2 Parteizugehörigkeit als Problem?

Doch stellt das Erfordernis, Mitglied einer Partei sein zu müssen, um an das Bundesgericht gewählt werden zu können, ein Problem dar? Inwiefern tangiert dies die Unabhängigkeit der Richter*innen?

Befürworter des Parteiproporz sehen kein Problem in dieser Handhabung. Die Judikative sei die dritte Staatsgewalt – auch hier müsse die politische Macht verteilt werden. Durch die Besetzung der Bundesrichter*innen nach dem Parteiproporz sei das Gericht demokratisch legitimiert und richte sich nach der politischen Gesinnung der Gesamtbevölkerung, was wiederum die Akzeptanz der Urteile in der Bevölkerung erhöhe.¹²⁶ Dieses Argument wird von Gegner*innen des Parteiproporz damit entkräftigt, dass nur 7-12% der Bevölkerung Mitglied einer Partei seien und der Parteiproporz daher die Bevölkerung nicht widerspiegeln würde.¹²⁷

Durchaus ein Vorteil des Proporz wird darin erblickt, dass die Ermessensspielräume, die sich beim Auslegen der Gesetze zwangsläufig ergeben, durch Personen mit verschiedenen Ideologien und Werthaltungen beurteilt werden und dass somit keine einseitige Rechtsprechung entsteht.¹²⁸ Auch die BDP findet aus diesen Gründen Gefallen an der Ausgewogenheit der Parteien im Gericht.¹²⁹ Insbesondere im Hinblick auf die Besetzung des Spruchkörpers (siehe nachfolgendes Kapitel) scheint dieses Argument durchaus sinnvoll zu sein.

¹²⁵ Maurer, St. Galler Tagblatt.

¹²⁶ RACIOPPI, Rz. 9 und Rz. 37.

¹²⁷ VATTER, NZZ; RACIOPPI, Rz. 10.

¹²⁸ BRUNNER, S. 310; KIENER, Unabhängigkeit, S. 272; RACIOPPI, Rz. 22; Votum Jositsch Daniel, Amtl. Bull. 2020 1972.

¹²⁹ RACIOPPI, Rz. 25.

Gewisse Meinungen beurteilen die Parteizugehörigkeit als positiv, da dies der Transparenz diene: Jede Person habe eigene Wertvorstellungen und politische Präferenzen – diese liessen sich nicht einfach abschalten. Insofern sei es sinnvoll, die politische Gesinnung mittels Parteizugehörigkeit offenzulegen.¹³⁰ Doch gemäss den Kritiker*innen würden diverse Kandidierende kurz vor der Kandidatur einer beliebigen Partei beitreten, nur damit sie nicht dasselbe Schicksal wie Hugo Casanova erfahren würden.¹³¹ Dies bestätigte beispielsweise die CVP (heute: die Mitte) anlässlich der Studie von RACIOPPI: Die Partei stellte in den vergangenen Jahren fest, dass einige Parteieintritte kurz vor der Wahl der Bundesrichter*innen und in deren Zusammenhang verzeichnet wurden.¹³²

Problematisch am System der Notwendigkeit der Parteizugehörigkeit könnte sein, dass durch den Parteiproporz nicht unbedingt die fachlich und persönlich am besten geeigneten Personen in das Bundesrichteramt gewählt würden, denn die Parteien würden wohl kaum auf «ihren» Sitz verzichten, wenn sie keine geeignete Person in ihren Reihen hätten.¹³³ Ebenso sind, wie das Beispiel von Hugo Casanova zeigt, nicht alle Personen gewillt, einer Partei beizutreten, um das Richteramt auszuführen. Dadurch übergeht man einen beträchtlichen Teil der geeigneten Personen.¹³⁴

Eine Lehrmeinung ist der Überzeugung, dass die Parteizugehörigkeit kein Problem darstelle, weil sich in der Praxis zeige, dass die Richter*innen unabhängig entscheiden würden, ohne erkennbaren Zusammenhang zu ihrer politischen Überzeugung.¹³⁵ Diesen Eindruck bestätigt jedoch eine umfassende Studie zum Zusammenhang zwischen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts zu brisanten, politisch aufgeladenen Themen wie Asylrecht, Ausländerrecht und Sozialversicherungsrecht nicht: Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Asylentscheid gutgeheissen wird, steigt signifikant an, wenn die Richter*innen dem politisch linken Lager angehören (bei der SVP liegt diese bei 11%; bei der SP hingegen bei 20%).¹³⁶

Auch abgesehen davon, ob die Parteizugehörigkeit die Unabhängigkeit schmälert, sei BAUMANN an dieser Stelle beizupflichten, dass die faktische Unwählbarkeit von parteilosen Personen in einem demokratischen Rechtsstaat nur schwer vertretbar ist, da die grosse

¹³⁰ RACIOPPI, Rz. 9; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2998.

¹³¹ RACIOPPI, Rz. 10.

¹³² RACIOPPI, Rz. 31.

¹³³ RACIOPPI, Rz. 10.

¹³⁴ LUMINATI/CONTARINI, S. 11.

¹³⁵ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2998.

¹³⁶ GERTSCH, S. 46 f.

Mehrheit der Personen aus dem Wahlkreis ausgeschlossen wird, weil sie sich nicht in eine Partei zwingen lässt.¹³⁷

4.1.1.3 Exkurs: Zusammensetzung der Spruchkörper

Die Einteilung der Richterinnen und Richter in die urteilenden Spruchkörper kann unter Umständen erhebliche Konsequenzen für den Ausgang eines Falles haben, was meiner Meinung nach die Notwendigkeit der Parteizugehörigkeit von Bundesrichter*innen gewissermassen rechtfertigt.

Wie erwähnt, beinhaltet die Beurteilung von Fällen oftmals auch Rechtsschöpfung, da diverse Gesetze Auslegungsspielraum offenlassen und eine Beurteilung nicht nur schwarz oder weiss ist. So ist es, wie ich finde, durchaus vorstellbar, dass eine Besetzung durch drei Richter*innen aus bürgerlichen Parteien bzw. ein Spruchkörper zusammengesetzt aus drei Richter*innen aus dem politisch linken Lager, die beispielsweise in Sachen Asylentscheid rechtsschöpferisch tätig werden, die Sache grundlegend anders entscheiden würden. Dieser Umstand kommt jedoch nicht (nur) aufgrund von parteipolitischen Interessen zustande, sondern rührt von den persönlichen Wertevorstellungen der einzelnen Richter*in oder des einzelnen Richters. Trotz grösster Bemühungen, wertneutral zu entscheiden und somit unabhängig und unparteilich zu sein, hat jede*r Richter*in Wertevorstellungen – wie alle anderen Menschen ebenso. Das Fehlen einer Gegenstimme aus dem politisch anderen Lager kann daher meiner Meinung nach weitreichende Konsequenzen haben. Deshalb erscheint es naheliegend, dass eine gut durchmischte Besetzung des Spruchkörpers mit Personen aus verschiedenen politischen Lagern hilft, einen offeneren Diskurs zu ermöglichen und «blinde Flecken» eines anderen Richters bzw. einer anderen Richterin sichtbar zu machen.

Auch die Rechtsprechung anerkennt diesen Umstand. So muss die Besetzung des Spruchkörpers zwingend auf sachlichen Gründen beruhen, da sonst die Garantie des verfassungsmässigen Richters verletzt wäre. Damit soll insbesondere verhindert werden, dass die Rechtsprechung durch eine gezielte Auswahl der Richter*innen beeinflusst wird.¹³⁸

4.1.1.4 Parteizugehörigkeit nach Umsetzung der Justiz-Initiative

Es ist anzunehmen, dass durch die Auswahl der Kandidierenden durch die unabhängige Fachkommission die Situation insoweit verbessert würde, als dass die Parteizugehörigkeit

¹³⁷ BAUMANN, S. 388.

¹³⁸ BGE 137 I 340, E. 2.2.1; KOLLER, BSK, Art. 2 BGG, Rz. 32.

keine Rolle mehr spielen würde und dürfte. Ein solches Vorgehen würde wohl die Unabhängigkeit der Richter*innen (oder zumindest den Anschein der Unabhängigkeit) fördern, weshalb dies im Grundsatz anzustreben ist. Fraglich ist jedoch meiner Meinung nach, ob sich daraus andere Probleme ergeben würden, wie beispielsweise die fehlende demokratische Legitimation oder die Gefahr des nicht vorhandenen Ausgleichs von verschiedenen Meinungslagern (da die Richter*innen auch politische Meinungen und Einstellungen sowie Wertvorstellungen haben, auch wenn sie keiner Partei zugehörig sind). Doch könnte ein entsprechender Ausgleich beispielsweise dadurch erreicht werden, dass die Richter*innen sich anlässlich ihrer Kandidatur selbst in ein politisches Lager einteilen müssten, damit die Ideologien ausgewogen vertreten wären? Schliesslich ist eine Mitgliedschaft in einer Partei nichts anderes als das. Es würde zumindest das Problem des Anscheins der Befangenheit bzw. Abhängigkeit zwischen Partei und Richter*in lösen.

In Bezug auf die Chancen von Parteilosen könnte jedoch der Umstand, dass die Kantone ihre Gerichte weiterhin nach Parteiproporz besetzen, die Wirksamkeit der Initiative hemmen. Anlässlich der fachlichen und persönlichen Eignung, welche in der Initiative verlangt ist, kann davon ausgegangen werden, dass die Erfahrungen an kantonalen Gerichten den Kandidierenden einen grossen Vorteil verschaffen würden. Dies würde sich dann wiederum in der Besetzung des Bundesgerichts widerspiegeln, da im Lostopf entsprechend mehr Personen mit Gerichtserfahrung und somit Parteizugehörigkeit landeten.¹³⁹

4.1.2 *Mandatssteuer*

Mandatssteuern sind finanzielle Entschädigungen, welche Inhaber*innen öffentlicher Ämter im Sinne einer Gegenleistung für die Unterstützung bei der Wahl an ihre Parteien bezahlen,¹⁴⁰ wobei der zu zahlende Betrag von Partei zu Partei unterschiedlich ist und – Stand 2017 – zwischen ca. Fr. 3'000 und Fr. 26'000 pro Jahr lag.¹⁴¹ Nicht selten haben die Parteien und die Richter*innen keine schriftliche Vereinbarung über diese Zahlungen, sondern lediglich Gentlemen's Agreements oder unter Umständen werden die Beiträge nur aufgrund von Verpflichtungsgefühlen seitens der Richterinnen und Richter gegenüber ihren Unterstützern geleistet.¹⁴²

¹³⁹ BBI 2020 6843.

¹⁴⁰ SCHMID, Rz. 1.

¹⁴¹ RACIOPPI, Rz. 68.

¹⁴² BBI 2020 6840; SCHMID, Rz. 1.

4.1.2.1 Kritik an der Mandatssteuer

Die Mandatssteuer gibt immer wieder Anlass zu Kritik; sogar von Amtsmissbrauch oder passiver Bestechung nach Art. 322^{quater} StGB ist in gewissen Kreisen die Rede. Diese These wird aber oftmals nur kurz angeschnitten und gleich wieder verworfen.¹⁴³

Es gibt Stimmen in der Lehre, welche sagen, dass die Durchsetzbarkeit von Mandatssteuererträgen nicht gegeben sei – aufgrund von Art. 20 des Obligationenrechts.¹⁴⁴ Ohne es also genau auszudrücken, werden solche Verträge bzw. deren Inhalt damit als unsittlich oder widerrechtlich qualifiziert.¹⁴⁵

In der vereinigten Bundesversammlung war die Mandatssteuer und ihr Zusammenhang mit der Wiederwahl der Bundesrichter*innen im Jahre 1990 bereits ein Thema: Christoph Blocher – zu dieser Zeit noch Nationalrat – sprach von einem Richter, welcher anlässlich der Wahl nur zwei Stimmen mehr erhalten habe als er für das absolute Mehr benötigte, weil dieser die Parteibeiträge nicht bezahlt habe.¹⁴⁶

Die GRECO (Goupe d'Etats contre la Corruption) empfahl der Schweiz, die Praxis mit der Mandatssteuer aufzugeben. Der Bundesrat sah dieses Anliegen jedoch nicht als mehrheitsfähig an und setzte die entsprechende Empfehlung nicht um.¹⁴⁷

Da es keine Voraussetzung ist, dass ein*e Richter*in tatsächlich befangen ist (der Anschein nach Befangenheit reicht aus¹⁴⁸), erscheint eine Mandatssteuer als problematisch. Die breite Bevölkerung weiss nach RACIOPPI nicht von der Existenz einer solchen Steuer; wenn sie jedoch davon erfahren würden, «reiben sie sich vor Ungläubigkeit die Augen.»¹⁴⁹ Die Bevölkerung würde daher wohl den Anschein eines befangenen Richters bzw. einer befangenen Richterin erhalten, was dem englischen Grundsatz «justice must not only be done: it must also be seen to be done», welchen sich das Bundesgericht ebenfalls angeeignet hat, widerspricht.¹⁵⁰ Fraglich ist insbesondere, ob sich die Richter*innen verpflichtet fühlen, diese Leistungen zu erbringen, um damit die nächsten Wahlen nicht zu gefährden (immerhin ist es der Partei möglich, der säumigen Person anlässlich der

¹⁴³ MÜLLER, S. 180; RACIOPPI, Rz. 76 ff.; VATTER, NZZ.

¹⁴⁴ MÜLLER, S. 180.

¹⁴⁵ BAUMANN, S. 388.

¹⁴⁶ Votum Christoph Blocher, Amtl. Bull. 1990 2521.

¹⁴⁷ BBl 2018 4626.

¹⁴⁸ BGE 133 I 1, E. 6.2; REICH, BSK, Art. 30 BV, Rz. 24.

¹⁴⁹ RACIOPPI, Rz. 13.

¹⁵⁰ RACIOPPI, Rz. 84.

nächsten Wahl ihre Stimmen nicht mehr zu geben¹⁵¹) und ob die Parteien die Kandidierenden aufgrund ihrer Zahlungskraft und ihrem Zahlungswillen, anstelle der fachlichen Eignung für die Stelle vorschlagen.

4.1.2.2 *Rechtfertigung der Mandatssteuer*

Das Bundesgericht sieht in der Bezahlung einer Mandatssteuer durch die Richter*innen keine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit.¹⁵² Auch Bundesrätin Karin Keller-Sutter verteidigte die Mandatssteuer anlässlich der Medienkonferenz vom 11. Oktober 2021 zur Volksabstimmung über die Justiz-Initiative: die Parteien würden diese Gelder benötigen, da die Schweiz keine staatliche Parteifinanzierung kenne. Nach RACIOPPI stellen die Zahlungen für gewisse Parteien einen erheblichen Teil ihrer gesamten Einnahmen dar.¹⁵³

Auch die Parteien haben keine Bedenken bezüglich der Mandatssteuer im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit, wobei hier anzumerken ist, dass sich diese selbst schaden würden, wenn sie diese Finanzspritze bemängeln würden. So sieht beispielsweise die BDP keine Probleme; sie könnte sich nicht vorstellen, dass sie einer Kandidatin oder einem Kandidaten die Unterstützung bei der Wiederwahl verweigern würden, wenn diese*r während der letzten Amtsdauer die Mandatssteuern nicht bezahlt hätte.¹⁵⁴ So oder so ähnlich äussern sich alle befragten Parteien gegenüber RACIOPPI. Dieser ruft jedoch in Erinnerung, dass die Parteien – auch wenn sie nach eigenen Aussagen die Kandidierenden trotz ausbleibenden Zahlungen unterstützen würden – die Macht zu einer solchen Abstrafung hätten.¹⁵⁵

Nicht nur die Parteien, sondern auch die meisten der 13 von RACIOPPI befragten Bundesrichter*innen betrachten die Mandatssteuer nicht als Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit. Sie können jedoch nachvollziehen, dass von aussen betrachtet der Anschein der Abhängigkeit zwischen Richter*in und Partei entstehen könnte.¹⁵⁶ Was erstaunt, ist dass die befragten Richter*innen zwar kein Problem in der Steuer sehen, vier von ihnen aber dennoch angeben, dass ihre Parteien «mit moralischem Druck versuchen würden, die

¹⁵¹ KIENER, *Unabhängigkeit*, S. 274.

¹⁵² Urteil des Bundesgerichts 1B_275/2018 vom 28.06.2018, E. 3.4.

¹⁵³ RACIOPPI, Rz. 67.

¹⁵⁴ RACIOPPI, Rz. 26.

¹⁵⁵ RACIOPPI, Rz. 85.

¹⁵⁶ RACIOPPI, Rz. 68.

Richter zur Zahlung der Mandatssteuer zu animieren.»¹⁵⁷ Die Mehrheit der Befragten geht jedoch davon aus, dass eine Nichtbezahlung keine Probleme ergeben würde.¹⁵⁸ Sie merken an, dass sie das Amt der Bundesrichterin bzw. des Bundesrichters auch dank der Partei erlangt hätten; somit sei ihr eigener Erfolg auch vom Erfolg der Partei abhängig, da die Bundesversammlung bei der Besetzung des Bundesgerichts den Parteiproporz berücksichtigen würden. So mache es nur Sinn, einen Beitrag an die Ausgaben – insbesondere diejenigen für den Wahlkampf – der Partei zu leisten.¹⁵⁹ Wie WÜTHRICH jedoch zutreffend argumentiert, haben die Parteien wohl kaum Wahlkampfausgaben für die Richter*innen, da diese nicht vom Volk gewählt werden.¹⁶⁰ Somit könnte die Mandatssteuer eher als eine Art Stellenvermittlungsprovision angesehen werden.¹⁶¹

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass weder die Parteien noch die Richter*innen in der Mandatssteuer eine Problematik sehen. International stösst sie jedoch auf Kritik und sie hat das Potenzial, in der breiten Bevölkerung als Kauf des Richteramts wahrgenommen zu werden. Meiner Meinung nach ist damit die Mandatssteuer zwar nicht unproblematisch, aber deren Dahinfallen auch nicht unbedingt als ausschlaggebendes Argument für oder gegen die Justiz-Initiative zu betrachten.

4.1.2.3 *Änderungen durch die Justiz-Initiative*

Die Mandatssteuer wird von der Initiative nicht explizit erwähnt. Da diese in der Regel jedoch als Gegenleistung für die Wahlunterstützung bezahlt wird, wäre diese bei Annahme der Justiz-Initiative wohl weggefallen.¹⁶² Den Parteien wäre durch einen Wegfall der Mandatssteuer eine wichtige Einnahmequelle abhandengekommen.

4.1.2.4 *Exkurs: Verbot der Mandatssteuer*

Der Nationalrat Beat Walz reichte am 24. September 2020 eine parlamentarische Initiative ein, welche das Verbot von Mandatssteuern und Parteispenden für Mitglieder der Bundesgerichte zum Ziel hatte. Damit sollte insbesondere die öffentliche Wahrnehmung der Unabhängigkeit der Gerichte gestärkt werden. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats hat sich in ihrem Bericht vom 18. November 2021 dagegen ausgesprochen, der Initiative Folge zu leisten. Sie stimmte zwar Beat Walz zu, indem sie eingestand, dass

¹⁵⁷ RACIOPPI, Rz. 49.

¹⁵⁸ RACIOPPI, Rz. 49.

¹⁵⁹ RACIOPPI, Rz. 48.

¹⁶⁰ WÜTHRICH, Rz. 91.

¹⁶¹ RACIOPPI, Rz. 71; WÜTHRICH, Rz. 92.

¹⁶² BBl 2020 6840.

durch die Mandatssteuer der Anschein einer Abhängigkeit zwischen Richter*in und Partei bestünde, gab aber auch zu bedenken, dass die Justiz gut funktioniere und die faktische Unabhängigkeit nicht angezweifelt werde.¹⁶³

Die Initiative wurde am 15. März 2022 im Nationalrat verhandelt. Dabei haben sich nur 34 Nationalrät*innen dafür ausgesprochen, der Angelegenheit Folge zu geben, während 157 Parlamentarier*innen dagegen waren.¹⁶⁴ Somit wird dieses Anliegen nicht weiterverhandelt und die Situation wird – zumindest für den Moment – unverändert bleiben.

4.1.3 Kurze Amtsdauer und Wiederwahl

Zwar sieht Art. 145 BV zwecks Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit¹⁶⁵ eine um zwei Jahre längere Amtsdauer vor als für die Mitglieder des National- und Bundesrats, aber eine Amtsdauer von sechs Jahren ist im internationalen Vergleich doch eher kurz.¹⁶⁶ Eine kurze Amtsdauer schwächt sodann die richterliche Unabhängigkeit,¹⁶⁷ sofern die Richter*innen befürchten müssen, aufgrund ihrer Urteile von ihren Parteien abgestraft zu werden. Eine Abstrafung wiederum ist nach Meinung der Autorin geeignet, den Grundsatz der Gewaltenteilung zu durchbrechen, da die Legislative dadurch eine erhebliche Macht über die Judikative hat und somit grossen Druck ausüben kann, was allenfalls darin resultieren könnte, dass Bundesrichter*innen die Urteile nicht nur aufgrund ihrer Verpflichtung dem Recht gegenüber fällen, sondern damit auch Eigen- bzw. Parteiinteressen verfolgen. In seiner Botschaft zur Justiz-Initiative anerkennt der Bundesrat, dass ebendieser Druck ein Problem darstellen kann, auch wenn eine Abwahl in der Schweiz sehr selten ist.¹⁶⁸ Er sieht jedoch nicht, wie die in der Justiz-Initiative vorgeschlagenen Massnahmen dazu beitragen würden, diese Probleme zu beheben.¹⁶⁹

4.1.3.1 Garantierte Wiederwahl?

Die meisten Richterinnen und Richter, die sich zur Wiederwahl aufstellen lassen, werden wiedergewählt.¹⁷⁰ So zeigt der Fall Martin Schubarth aus dem Jahre 1990 klar auf, wie unüblich es ist, eine*n Bundesrichter*in nicht wieder zu wählen: Schubarths Abwahl

¹⁶³ Bericht der Kommission für Rechtsfragen im Geschäft Nr. 20.468.

¹⁶⁴ Abstimmungsprotokoll des Nationalrats im Geschäft Nr. 20.468.

¹⁶⁵ BIAGGINI, OFK, Art. 145 BV Rz. 3.

¹⁶⁶ BIAGGINI, OFK, Art. 145 BV Rz. 3; KIENER, Bundesgericht, Rz. 39.

¹⁶⁷ BIAGGINI, OFK, Art. 145 BV Rz. 3.

¹⁶⁸ BBI 2020 6837.

¹⁶⁹ BBI 2020 6838.

¹⁷⁰ BBI 2020 6837.

führte zu einem Schock in Politik und Öffentlichkeit.¹⁷¹ Die Nichtwiederwahl soll ein missratener Versuch gewesen sein, dem Bundesrichter aufgrund seines Mitwirkens an einem umstrittenen Entscheid einen Denkzettel zu verpassen.¹⁷² Aus der Schockstarre erwacht, wurde er eine Woche später anlässlich der Ersatzwahl um den nun frei gewordenen Sitz wieder als Bundesrichter bestätigt. Im Parlament wurde anlässlich dieser Nichtwiederwahl bzw. der späteren Debatte, ob man ihn nun doch wählen sollte, diskutiert; es war die Rede von einer Verletzung der Gewaltenteilung, wenn ein Bundesrichter nicht wiedergewählt würde, wobei diese Ansicht nicht von allen geteilt wurde.¹⁷³ Nationalrat Fierz sprach in diesem Zusammenhang von einer konzentrierten Aktion, welche in Gang gebracht wurde, um jemanden nicht zu wählen.¹⁷⁴

Grundsätzlich gilt, dass die Nichtwiederwahlempfehlung gewisse Voraussetzungen zu erfüllen hat: Die Handlungsgrundsätze der Gerichtskommission bezüglich der Amtsenthebung von Bundesrichter*innen erster Instanz sind sinngemäss anwendbar.¹⁷⁵ Das heisst, es müssen vorsätzlich oder grobfahrlässig Amtspflichten verletzt worden sein, oder es müssen sonstige Beweise vorliegen, wonach die persönliche Eignung der entsprechenden Person in Frage gestellt wird.¹⁷⁶ Diese Voraussetzungen verkomplizieren eine Abwahl und tragen somit zum Grundsatz der unabhängigen Gerichte bei.

4.1.3.2 Problematik des Wiederwählerfordernisses und Denkzettel

Auch wenn also eine Nichtwiederwahl äusserst selten ist bzw. diverse Hürden einer solchen im Wege stehen, können sich die Richter*innen keinesfalls in Sicherheit wähen. Es besteht die Gefahr, durch das Parlament anlässlich der Wiederwahlen abgestraft zu werden (sogenannte Denkzettel). LUMINATI und CONTARINI sprechen aufgrund der normalerweise sehr hohen Zustimmung anlässlich von Wiederwahlen bereits von «unechten Denkzetteln», wenn die erhaltenen Stimmen das absolute Mehr, welches für die Wiederwahl erforderlich ist, um «nur» 50% übertreffen. Es ist also mittelgrossen Fraktionen im Alleingang möglich, einen unechten Denkzettel zu erteilen und somit den Druck auf die Bundesrichterin oder den Bundesrichter massiv zu erhöhen.¹⁷⁷

¹⁷¹ GERNY/ALDER, NZZ.

¹⁷² BIAGGINI, OFK, Art. 188 BV, Rz. 13.

¹⁷³ Votum Fischer Ulrich, Amtl. Bull. 1990 2522.

¹⁷⁴ Votum Fierz Lukas, Amtl. Bull. 1990 2522.

¹⁷⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1712.

¹⁷⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1712; Votum Caroni Andrea, Amtl. Bull. 2020 1973.

¹⁷⁷ LUMINATI/CONTARINI, S. 27.

Echte Denkkzettel hingegen sind Wahlergebnisse, bei denen die Kandidierenden zwar das absolute Mehr erreicht haben, dieses aber um weniger als 50% übertreffen.¹⁷⁸ Eine Auswertung von LUMINATI und CONTARINI zeigt, dass ein solcher Denkkzettel im Jahr 1900 erteilt wurde, danach über 70 Jahre lang nicht mehr. Ab dem Jahr 1978 häufen sich diese wieder. Einerseits sei dies auf die abnehmende politische Konkordanz, und andererseits auf einen «Wandel bei den Richterprofilen» dahingehend, dass Richter*innenkarrieren zunehmend professionalisiert würden, zurückzuführen.¹⁷⁹ Nachfolgend werden drei Beispiele von Denkkzetteln aus jüngerer Vergangenheit aufgezeigt.

Im Kruzifix-Entscheid vom 26. September 1990 entschied das Bundesgericht, dass das Aufhängen von Kruzifixen im Klassenzimmer nicht mit der Religionsneutralität nach Art. 27 Abs. 3 aBV zu vereinbaren sei.¹⁸⁰ Insbesondere in bürgerlichen Kreisen stiess dieses Urteil auf extremes Unverständnis und Ablehnung. So sehr sogar, dass dem am Entscheid beteiligte Bundesrichter Karl Spühler nach eigenen Angaben noch vor Urteilsfällung von einem Vertreter der CVP (heute: die Mitte) gedroht wurde, dass er es anlässlich der in drei Monaten anstehenden Wiederwahl zu spüren bekommen würde, sofern er nun nicht so handle wie von den bürgerlichen Parteien gewollt. Und tatsächlich: Spühler verzeichnete mit lediglich 59% über dem absoluten Mehr eine relativ tiefe Zustimmungsrate.¹⁸¹

Ein weiterer Fall regt zum Nachdenken an und lässt an der Unabhängigkeit des Gerichts zweifeln: Anlässlich der Gesamterneuerungswahl im Jahre 2014 erhielten die allermeisten Kandidierenden zwischen 204 und 222 Stimmen. Sechs Richterinnen und Richter hingegen erhielten mit 159 bis 198 Stimmen verhältnismässig wenig Zuspruch. Auffällig war, dass alle sechs zusammen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung angehörten.¹⁸² Sie alle hatten am Entscheid mitgewirkt, wonach die neuen Absätze 3-6 von Art. 121 BV (eingeführt aufgrund der «Ausschaffungs-Initiative») nicht direkt anwendbar sind und keinen Vorrang vor den Grundrechten oder den Garantien der EMRK haben.¹⁸³ An diesem Vorkommnis lässt sich gut erkennen, dass Abstrafungen anlässlich von

¹⁷⁸ LUMINATI/CONTARINI, S. 28.

¹⁷⁹ LUMINATI/CONTARINI, S. 28 f.

¹⁸⁰ BGE 116 Ia 252.

¹⁸¹ GERNY/ALDER, NZZ; LUMINATI/CONTARINI, S. 30.

¹⁸² STEINMANN, Wiederwahl, S. 1.

¹⁸³ BGE 139 I 16.

Wiederwahlen auf «falsche Entscheide», bzw. auf entgegengesetzte politische Meinungen der Parlamentarier*innen, zurückzuführen sein können.

Ein letztes Beispiel aus dem Jahr 2020 zeigt auf, dass diese Probleme nicht etwa der Vergangenheit angehören. Yves Donzallaz, Bundesrichter und SVP-Mitglied wirkte an einigen Entscheiden mit, welche seine Partei nicht befürwortete. So war er beispielsweise im Jahr 2015 beteiligt, als das Bundesgericht zum Schluss kam, dass die Masseneinwanderungsinitiative dem Freizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union nicht vorgeht.¹⁸⁴ Im Jahr 2017 verweigerte er sich sodann einem Gespräch mit hochrangigen SVP-Politikern, welche ihn gemäss seinen eigenen Aussagen informieren wollten, wie die Interessen der SVP besser im Bundesgericht eingebracht werden könnten. 2019 wirkte er erneut an einem umstrittenen Urteil mit, woraufhin Stimmen aus den SVP-Reihen laut wurden, wonach sie nicht sicher seien, ob sie jemanden mit Donzallaz' Gedankengut im Bundesgericht haben wollten. Die SVP entschied schlussendlich, «ihren» Richter bei den nächsten Wahlen nicht mehr zu unterstützen.¹⁸⁵ Ihm gelang die Wiederwahl trotzdem – jedoch mit nur 177 Stimmen.¹⁸⁶ Er erhielt nur 47.5% mehr Stimmen als das absolute Mehr verlangt und damit von allen zur Wiederwahl aufgestellten Kandidierenden mit Abstand den geringsten Zuspruch.¹⁸⁷ Wie Daniel Jositsch, Ständerat, anlässlich der Diskussion vor der Wahl zu bedenken gab, wisse nun jede*r Bundesrichter*in, wie der Wind in der SVP wehet: Wenn Entscheide getroffen würden, die nicht in die Ideologie der SVP passen, würde man nicht zur Wiederwahl vorgeschlagen. Somit stelle sich die Frage, ob sich nun die anderen SVP-Richter*innen «diesem Parteidiktat unterwerfen.» Jositsch beantragte sogar, die Wahl zu verschieben, um alle SVP-Richter*innen auf ihre Unabhängigkeit zu prüfen – so erschüttert war sein Vertrauen.¹⁸⁸

Die Häufung solcher Denkkzettel und das jeweils damit einhergehende Medieninteresse gefährden zumindest von aussen betrachtet die Unabhängigkeit der Gerichte. Eine Änderung in der Gesetzgebung, oder zumindest die richtige Auseinandersetzung und Ergründung der gesamten Thematik zwingt sich daher gewissermassen auf. Ein öffentlicher Diskurs über die richterliche Unabhängigkeit, wie er im Vorfeld zur Abstimmung über die Justiz-Initiative geführt wurde, ist aus diesem Grund sicherlich positiv.

¹⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26.11.2015.

¹⁸⁵ GERNY/ALDER, NZZ.

¹⁸⁶ Amtl. Bull. 2020 1977.

¹⁸⁷ Amtl. Bull. 2020 1977.

¹⁸⁸ Votum Jositsch Daniel, Amtl. Bull. 2020 1972.

4.1.3.3 *Wahl bis zur Pension nach Umsetzung der Justiz-Initiative*

Ein Abstrafen der Richter*innen anlässlich der Wiederwahl aufgrund ihrer Urteilsfindung ist ein offensichtlicher Versuch, die Rechtsprechung zu beeinflussen und dies ist unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit der Gerichte nicht akzeptabel. Es ist Altbundesrichter Peter Karlen zwar zuzustimmen, wenn er sagt, dass man von einem Bundesrichter und einer Bundesrichterin erwarten dürfe, dass diese*r einem gewissen öffentlichen Druck standhalten könne.¹⁸⁹ Jedoch ist es gerade die institutionelle Komponente von Art. 191c BV und Art. 30 Abs. 1 BV, welche solche Vorkommnisse unterbinden, bzw. die Möglichkeit für ebensolchen Druck gegenüber den Gerichten im Keim ersticken müsste.

Unter diesem Gesichtspunkt fällt es nicht schwer, den Schluss zu ziehen, dass eine Wahl auf Lebzeiten, bzw. bis zur Pension – wie von der Initiative vorgesehen – die Gerichte unabhängiger machen würde, da die Richter*innen dann effektiv «nur dem Recht verpflichtet»¹⁹⁰ wären, wie explizit von Art. 191 c BV verlangt.

Als Problem einer Wahl bis zur Pension ist auch hier die demokratische Legitimation zu nennen. Die gewählten Richter*innen würden auch Jahre später, wenn möglicherweise ein völlig anderes politisches Klima herrschen würde und das demokratische Umfeld sich drastisch geändert hätte, noch im Amt verweilen und dann ihrerseits wiederum wenig bis keine demokratische Legitimation geniessen.¹⁹¹

Das Problem der demokratischen Legitimation wird jedoch meiner Meinung nach dadurch relativiert, dass die Ämter wohl kaum über viele Jahrzehnte innegehalten werden, da für die Ernennung zur Richterin sehr gute fachliche Qualifikationen vorausgesetzt werden, welche wohl erst nach erfolgtem Jura-Studium sowie vielen Jahren Berufserfahrung überhaupt erst vorliegen. Somit dürften die Richter*innen bei der Wahl bereits ein gewisses Alter erreicht haben, sodass die verbleibende Amtszeit bis zur Pension nicht so lange ist, dass jegliche demokratische Legitimation abhanden käme.

4.1.4 *Wahlvorgang und Losverfahren*

Die durch die Justiz-Initiative vorgesehene Wahl mittels Losverfahren würde die Wahl dahingehend unabhängiger machen, als dass das Wahlgremium die Kandidierenden nicht

¹⁸⁹ GERNY/ALDER, NZZ.

¹⁹⁰ Art. 191c BV.

¹⁹¹ GLASER, S. 1255.

mehr nach persönlichen Eigenschaften und politischer Gesinnung etc. beurteilen könnte. Alle in dem Lostopf vorhandenen Personen wären fachlich und persönlich qualifiziert für das Amt des Bundesrichters oder der Bundesrichterin; auf eine bestimmte Person würde es nicht mehr ankommen sollen und dürfen.¹⁹²

Direkte Folge davon wäre, dass die Parteizugehörigkeit nunmehr keine Rolle spielen würde und somit auch parteilose Personen eine reale Chance auf einen Sitz am Bundesgericht hätten. Eine Mandatssteuer wäre vermutlich hinfällig, siehe Ausführungen dazu in Kapitel 4.1.2.3. In diesem Sinne kann festgestellt werden, dass eine Wahl mittels Losverfahren die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte fördern würde, da die Abhängigkeit zwischen Parteien und Richter*innen und die damit einhergehenden möglichen Interessenskonflikte vermieden würden.

Auch würde die Unabhängigkeit der Gerichte gefördert, wenn die Legislative nicht mehr so stark in den Wahlvorgang eingebunden wäre, da dadurch die Politisierung aus den Richterwahlen verdrängt würde.

4.1.4.1 Losverfahren in der Vergangenheit und heute

Schon die alten Griechen wandten eine Wahl mittels Losverfahren an, um politische Gleichheit zu erreichen.¹⁹³ Auch in der alten Eidgenossenschaft kam das Los zur Anwendung: Die Einführung des Losverfahrens hatte zum Ziel, dass alle die gleichen Wahlchancen hätten. Da eine Kandidatur für ein öffentliches Amt oftmals nur dann erfolgreich war, wenn man in eine entsprechende Familie geboren war, oder aber das Amt erkaufte, führten diverse Kantone nach und nach die Wahl mittels Losverfahren ein, um auch dem Durchschnittsbürger eine reelle Chance zur Wahl zu geben.¹⁹⁴

Auch heute noch wird das Losverfahren in einigen Bereichen angewandt, beispielsweise unter gewissen Umständen im Kanton Wallis bei der Bestellung des ausserordentlichen Kantonsgerichts¹⁹⁵ oder als Stichentscheidung im Nationalrat, wenn mehrere Parteien und die entsprechenden Kandidierenden dieselbe Anzahl Stimmen für einen Sitz verzeichnen.¹⁹⁶ Jedoch wäre es ein Novum, eine ganze Behörde durch das Los zu bestimmen.

¹⁹² BBI 2020 6842; MÜLLER, S. 170.

¹⁹³ MÜLLER, S. 169; SCHINDLER, S. 617.

¹⁹⁴ MÜLLER, S. 169 f.; SCHINDLER, S. 617.

¹⁹⁵ SCHINDLER, S. 617.

¹⁹⁶ GLASER, S. 1256.

4.1.4.2 *Problematik des Losverfahrens*

Zu Recht wird am Losverfahren bemängelt, dass nicht zwingend die besten Kandidierenden zum Zuge kämen (in einem Lostopf mit mehreren Personen hat es zwangsläufig solche, die noch besser geeignet sind als andere), sondern diejenigen mit dem meisten Losglück.¹⁹⁷ Ein weiterer Mangel des Losverfahrens sieht beispielsweise der Bundesrat darin, dass dem Bundesgericht die demokratische Legitimation entzogen würde, sofern die Richter*innen nicht mehr vom Parlament gewählt würden.¹⁹⁸ Weiter wird gerügt, dass der pure Zufall über die höchsten Richter*innen entscheiden würde,¹⁹⁹ und dass entsprechend das Gericht Einbussen in der Glaubwürdigkeit sowie in der Akzeptanz der breiten Bevölkerung zu verzeichnen hätte.²⁰⁰

4.1.4.3 *Alternative Wahlvorgänge*

Um die politische Komponente aus den Wahlen der Richter*innen zu verbannen, könnten alternative Wahlvorgänge in Betracht gezogen werden. GASS sieht neben der Wahl durch das Volk oder das Parlament unter anderem auch die Möglichkeit der Wahl durch andere Organe der Justiz oder durch einen Justizrat, wie er in Europa relativ verbreitet ist.²⁰¹ Während die Volks- oder Parlamentswahl die demokratische Legitimation der Richter*innen sicherstellt, aber die Unabhängigkeit von den anderen Staatsgewalten nicht garantiert, würden Organe der Justiz oder ein Justizrat die Abhängigkeit von den anderen Staatsgewalten am ehesten aufheben, aber keine demokratische Legitimation aufweisen und im Angesicht von hierarchischen Strukturen allenfalls zu anderen innergerichtlichen Abhängigkeiten führen.²⁰²

4.2 **Offene Fragen der Justiz-Initiative**

Die Justiz-Initiative lässt diverse Fragen offen; der Bund müsste die entsprechenden Ausführungsbestimmungen erlassen.²⁰³ Beispielsweise ist unklar, wie das Losverfahren genau ausgestaltet würde. Insbesondere bezüglich der Anzahl Kandidierenden pro Losziehung stellen sich sehr relevante Fragen: Wäre es der Fachkommission möglich, nur eine Person aufzustellen, welche dann zwangsläufig gezogen und somit gewählt werden

¹⁹⁷ BBI 2020 6843; GLASER, S. 1260.

¹⁹⁸ BBI 2020 6843.

¹⁹⁹ GLASER, S. 1260.

²⁰⁰ ALDER, NZZ; SCHINDLER, S. 617.

²⁰¹ GASS, S. 601 f.

²⁰² GASS, S. 602.

²⁰³ BBI 2020 6838.

würde? So hätte die Kommission die alleinige Entscheidungsbefugnis und würde somit faktisch die Bundesrichter*innen wählen, was bestimmt nicht das Ziel der Initiative sein kann. Oder aber gäbe es eine Mindestanzahl an Personen, die bei jeder Ziehung vorliegen müssten? Dies wiederum würde die Chance verringern, dass die bestqualifizierte Person gezogen würde.²⁰⁴

Auch ist unklar, welches Rechtsmittel von Kandidierenden ergriffen werden könnte, wenn diese nicht zum Losverfahren zugelassen würden.²⁰⁵ Überhaupt schon die Zusammensetzung der Fachkommission oder die Kriterien, die diese zwecks ihrer Aufstellung erfüllen müssten, sind nicht im Initiativtext erwähnt.²⁰⁶ Zuletzt sind auch fast keine Vorgaben zu der Repräsentation der Sprachregionen vorhanden, was ebenfalls durch den Bund konkretisiert werden müsste.²⁰⁷

4.3 Gegenvorschlag der Richtervereinigung

Als Reaktion darauf, dass der Bundesrat keinen Gegenvorschlag zur Justiz-Initiative vorlegte, gab die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (Richtervereinigung, SVR) eine Stellungnahme heraus.²⁰⁸ Die Richtervereinigung sprach sich zwar gegen die Justiz-Initiative aus, insbesondere weil ihrer Meinung nach die bestehenden Probleme durch die Änderungen in der Justiz-Initiative nicht gelöst würden und weil die demokratische Legitimation durch das Losverfahren verloren ginge.²⁰⁹ Dass sich die SVR gegen die Initiative stellte, bedeutet jedoch nicht, dass sie die bestehenden Probleme nicht anerkennen würde. Insbesondere bemängelte die SVR das Erfordernis der periodischen Wiederwahl, da diese das Risiko von Druckversuchen auf Richter*innen erhöhen, und damit deren Unabhängigkeit gefährden würden.²¹⁰ Ein weiterer Punkt, den die Richtervereinigung kritisierte, waren die Mandatssteuern. Sie begründet dies damit, dass es einen Anschein der Befangenheit bei der Bevölkerung, bzw. die Vermutung, dass das Richteramt käuflich sei, auslösen könnte. Dieser Anschein würde die Stellung der Gerichte schwächen. Weiter sei eine Mandatssteuer für Bundesrichter*innen nicht gerechtfertigt, da für diese im Gegensatz zu Mitgliedern der Exekutive und Legislative durch die Parteien keine Werbung gemacht und somit keine (grösseren) Ausgaben entstehen

²⁰⁴ BBl 2020 6839.

²⁰⁵ BBl 2020 6839.

²⁰⁶ BBl 2020 6839.

²⁰⁷ BBl 2020 6839.

²⁰⁸ Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter.

²⁰⁹ Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, S. 1.

²¹⁰ Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, S. 1.

würden.²¹¹ Zuletzt wurde das Auswahlverfahren bemängelt, da dies nicht die am besten qualifizierten Kandidierenden berücksichtige, weil Parteilose trotz besten Qualifikationen keine Chance hätten. Auch hier wurde argumentiert, dass diese Handhabung den Anschein der Abhängigkeit weckt. Die SVR relativierte an dieser Stelle das Argument der Ausgewogenheit der Parteien nach Proporz im Bundesgericht, indem sie feststellte, dass «der Parteibeitritt sich zunehmend daran orientiert, wo die besten Wahlchancen bestehen.»²¹²

Aufgrund dieser Probleme schlug die Richtervereinigung vor, eine einmalige Wahl analog der Handhabung im Kanton Freiburg einzuführen, die Mandatssteuern abzuschaffen bzw. zu ersetzen sowie das Auswahlverfahren zu professionalisieren, indem die Kriterien für Richter*innen konkretisiert würden.²¹³

Ohne an dieser Stelle weiter auf die Vorschläge der SVR einzugehen, lässt sich mittels dieser Stellungnahme indes aufzeigen, dass das momentane System am Bundesgericht nicht über alle Zweifel erhaben ist – auch aus Sicht der Richterinnen und Richter selbst nicht.

4.4 Fazit

Wie unter anderem der rege öffentliche Diskurs zur Justiz-Initiative, sowie auch der im vorgängigen Kapitel dargelegte Gegenvorschlag der Richtervereinigung zeigen, birgt das momentane System diverse Probleme, die nachfolgend im Sinne einer pro und contra Auflistung unter Einfluss der eigenen Meinung zusammengefasst werden.

Bei dem Erfordernis der Parteizugehörigkeit sind die grössten Probleme im momentanen System die Chancenungleichheit der Kandidierenden und der Umstand, dass nicht die fachlich besten bzw. geeignetsten Personen zum Zug kommen, sondern diejenigen, die der «richtigen» Partei angehören. Auch der äussere Anschein einer Abhängigkeit zwischen Partei und Richter*in ist nicht unproblematisch. Die Vorteile überwiegen jedoch in diesem Bereich: Die demokratische Legitimation wird in diesem Zusammenhang immer wieder als einschlägiges Argument genannt. Daneben steht auch die damit eröffnete Möglichkeit, die Meinung bzw. Gesinnung der Bevölkerung abbilden zu können und die Wertevorstellungen ausgewogen zu vertreten – sofern die grösste Mehrheit der Richter*innen

²¹¹ Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, S.2.

²¹² Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, S. 2.

²¹³ Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, S. 2 f.

nicht einfach kurz vor den Wahlen der geeignetsten Partei beitrifft. Auch die Transparenz, welche dieses Vorgehen schafft, ist positiv hervorzuheben.

Die Mandatssteuer vermag zu Stirnrunzeln zu führen – nicht ohne Grund. Der Anschein der Abhängigkeit zwischen Parteien und Gericht bzw. Partei und Richter*in wird durch eine Bezahlung dieser Steuer sehr stark erweckt. Auch stösst diese immer wieder auf internationale Kritik. Einzig die Parteifinanzierung, die hiermit (zumindest in gewissen Parteien) erreicht wird, ist als Positivum zu nennen.

Die kurze Amtsdauer und das Wiederwählerfordernis eröffnen die Möglichkeit der starken Druckausübung der Parteien gegenüber den Richter*innen, sodass schlimmstenfalls die Urteile zugunsten des Parteiwillens beeinflusst werden könnten. Demgegenüber kann festgestellt werden, dass eine Nichtwiederwahl so gut wie nie eintritt und es sich daher eher um ein Problem theoretischer Natur handelt.

Beim Losverfahren kann gesagt werden, dass es keine optimale Lösung darstellt, da es wichtige Entscheidungen dem Los überlässt. Die demokratische Legitimation wäre nicht gegeben und es würden auch hier nicht die geeignetsten, sondern die Kandidierenden gewählt werden, welche am meisten Glück haben.

Zuletzt sind die vielen ungeklärten Punkte, die die Justiz-Initiative nicht zu lösen vermochte, und die ihrerseits allenfalls eigene Probleme verursacht hätten, als deutliches Negativum zu werten.

4.5 Eigene Würdigung

Im Folgenden soll zu den kritischen Aspekten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz meine eigene Meinung aufgezeigt werden.

4.5.1 Parteizugehörigkeit

Die Parteizugehörigkeit erweckt den Anschein nach parteiischen Richter*innen, hat aber auch eine sehr wichtige Funktion inne. Das Argument, dass jeder Mensch Wertvorstellungen hat und es besser ist, diese zu kennen und entsprechend auszugleichen, leuchtet durchaus ein – insbesondere bei der Besetzung der Spruchkörper. Als Problem zu werten ist für mich jedoch die Praxis, sich einer beliebigen Partei anzuschliessen, um die Wahlchancen zu erhöhen (sofern dies auch tatsächlich vorkommt, was man sich durchaus vorstellen könnte, da Parteilose extrem schlechte Chancen haben). Auch das Problem der Denkkzettel lässt sich mit der Parteizugehörigkeit in Verbindung bringen. Auch wenn

diese bisher keine grösseren Probleme bereitet haben, bereitet die Häufung in den letzten Jahren durchaus Sorgen.

Eine Parteizugehörigkeit der Bundesrichter*innen an sich würde ich aber aufgrund der sehr wichtigen Aspekte nicht unterbinden. Aber zwecks Chancengleichheit für alle und um die Gefahr von beeinflussten Urteilen zu bändigen, könnte beispielsweise ein Mischsystem in Betracht gezogen werden,²¹⁴ in dem eine bestimmte Anzahl Kandidierender parteilos sein müssen. Alternativ, bzw. zusätzlich dazu wäre es allenfalls interessant, die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, die Urteile unter Verschluss zu halten, bzw. der Öffentlichkeit (und insbesondere den politischen Parteien) keinen Einblick zu geben, welche Richter*innen diesen Entscheid gefällt haben. Gleichzeitig stellt sich jedoch die Frage, ob ein solches Vorgehen den Grundsätzen der Öffentlichkeit des Verfahrens nach Art. 30 Abs. 3 BV oder allfälliger weiterer Verfahrensgrundrechten standhalten würde. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre dieses Vorgehen problematisch: Die Kontrollfunktion, welche die Öffentlichkeit gegenüber der Justiz auszuüben hat, wäre beeinträchtigt, wenn die am Urteil mitwirkenden Personen nicht genannt würden. Darüber hinaus wäre eine Rüge eines unrechtmässig zusammengesetzten Spruchkörpers nicht möglich, was die Verfahrensgrundsätze aus Art. 30 Abs. 1 BV verletzen würde.²¹⁵ Davon abgesehen trägt die Transparenz der Gerichte meiner Meinung nach massgeblich dazu bei, dass die Bevölkerung Vertrauen in die Judikative hat. Die am Urteil mitwirkenden Richter*innen nicht mehr zu nennen, könnte auch genau das Gegenteil vom eigentlichen Ziel erreichen: Die Richter*innen unterstünden weniger Kontrolle und würden sich allenfalls das eine oder andere ideologische Urteil erlauben. Somit scheidet der eben aufgeworfene Vorschlag, die Urteile unter Verschluss zu halten, aus. Einem Mischsystem mit Parteilosens und Parteizugehörigen steht jedoch nichts entgegen.

4.5.2 *Mandatssteuer*

Das Problem der Mandatssteuer habe ich – wie von RACIOPPI behauptet²¹⁶ – mit Kopfschütteln zur Kenntnis genommen, als ich das erste Mal davon hörte. Mittlerweile scheint mir diese jedoch eher unproblematisch, da sie meiner Meinung nach nicht geeignet ist, die Rechtsprechung zu beeinflussen bzw. die Unabhängigkeit der Gerichte zu untergraben. Weiter ist sie als wichtiges Finanzierungsmittel für einige Parteien unabdingbar.

²¹⁴ Siehe auch BAUMANN, S. 389, welcher die Überlegungen dazu noch weiterführt.

²¹⁵ BGE 139 I 129, E. 3.6.

²¹⁶ RACIOPPI, Rz. 13.

Man darf sich natürlich fragen, ob es die Rolle der dritten Staatsgewalt sein soll, diese zu finanzieren – in unserem momentanen System ist dies jedoch fast nicht anders denkbar.

4.5.3 *Wahlvorgang und Wiederwahl*

Der Wahlvorgang mit dem starken Einbezug der Legislative dient zwar der demokratischen Legitimation, ist aber aufgrund der starken Politisierung meiner Meinung nach nicht optimal; insbesondere gekoppelt mit dem Erfordernis der Wiederwahl.

Die Beispiele in Kapitel 4.1.3.2 zeigen auf, dass eben dieses Erfordernis der Wiederwahl alle sechs Jahre nicht vereinbar ist mit dem Grundsatz der unabhängigen Gerichte. Zwar ist eine Nichtwiederwahl selten, aber nur schon die Möglichkeit einer solchen übt einen Druck aus, dem Bundesrichter*innen zwar standhalten können sollten, dies jedoch nicht garantiert ist. Meiner Meinung nach sind fast keine Nachteile ersichtlich, die einer Wahl auf Lebzeiten entgegenstehen würden, insbesondere da die Möglichkeit der Amtsenthebung bestehen würde. Einzig die Gefahr von «Fossilien am Bundesgericht», also Richter*innen, die ihr Amt seit Jahrzehnten innehaben, könnte allenfalls entstehen, wobei diese aufgrund des fortgeschrittenen Alters, den die meisten Richter*innen bei ihrer Wahl haben dürften (nähere Ausführungen dazu siehe dazu Kapitel 4.1.3.3), eher klein ist. Um solche Kritik jedoch gleich im Keim zu ersticken, wäre eine Beschränkung der maximalen Amtsdauer auf beispielsweise 15 Jahre ein guter Kompromiss.

4.5.4 *Fazit*

Nach all diesen Vor- und Nachteilen und all der Kritik lässt sich sagen, dass in der Schweiz kein kategorisches Problem mit der richterlichen Unabhängigkeit (oder eben dem Fehlen dieser) besteht. Laut FELD und VOIGT belegt die Schweiz zwar nur den 62. Rang im de iure Index ihrer Studie zur richterlichen Unabhängigkeit (Länder wie Kolumbien, die Philippinen und Brasilien belegen die Spitzenplätze),²¹⁷ wobei der de iure Index die rechtlichen Voraussetzungen für die Unabhängigkeit untersuchte,²¹⁸ also gewissermassen die Unabhängigkeit auf Papier. De facto zeigt sich jedoch ein ganz anderes Bild: die Schweiz belegt nach Armenien und Kuwait den dritten Platz,²¹⁹ wobei die ersten beiden Plätze aufgrund der tiefen Anzahl Variablen, die vorhanden waren, mit Vorsicht zu geniessen sind.²²⁰ Die Autoren stellten weiter fest, dass es generell einen grossen

²¹⁷ FELD/VOIGT, S. 524.

²¹⁸ FELD/VOIGT, S. 497.

²¹⁹ FELD/VOIGT, S. 525.

²²⁰ FELD/VOIGT, S. 505.

Unterschied zwischen der de iure und der de facto Unabhängigkeit gibt: «Not a single country in the ‘Top Ten’ of the de iure JI index is in the ‘Top Ten’ of the de facto JI index.»²²¹ Somit liegt für mich der Schluss nahe, dass nicht nur Geschriebenes, sondern eben die gelebte Rechtswirklichkeit relevant ist. Und diese ist meiner Meinung nach in der Schweiz durchaus vorbildlich.

Die Justiz-Initiative hat gute und wichtige Punkte angesprochen, und sie hat den öffentlichen Diskurs über die Probleme eröffnet, ist also daher eigentlich sehr gelungen. Aufgrund diverser Probleme in der Umsetzung sowie der ungeschickten Lösung des Losverfahrens vermochte sie jedoch nicht zu überzeugen. Es bleibt aber zu hoffen, dass die problematischen Aspekte aus dem Gerichtssystem in der Schweiz nicht vergessen gehen und dass das Anliegen nicht versandet. So könnten wir uns im de facto Index weiterhin steigern und auch im de iure Index auf eine ansehnlichere Position vorrücken.

5 Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten von Amerika

Nachdem die Verhältnisse im Inland unter die Lupe genommen wurden, lohnt sich ein Blick über die Landesgrenzen hinaus – insbesondere, da das System in der Schweiz von der internationalen Gemeinschaft immer wieder kritisiert wird.

Es soll hier ein grober Überblick über die richterliche Unabhängigkeit sowie über die Funktionsweise des U.S. Supreme Court als höchstes Gericht der USA gegeben werden. Dabei liegt der Fokus auf den Themen Gerichtsorganisation, Amtsdauer sowie Wahlvorgang. Schliesslich wird im Sinne einer eigenen Würdigung ein kurzer Rechtsvergleich zwischen den USA und der Schweiz gezogen.

Die USA wurde für diese Arbeit als Vergleichsland einerseits gewählt, weil die Wahl der Bundesrichter*innen auf Lebzeiten dort exemplarisch ist. Andererseits war die Unabhängigkeit der höchsten Richter*innen der USA anlässlich der Neubesetzung des durch den Tod von Ruth Bader Ginsberg freigewordenen Platzes durch Amy Coney Barrett ein viel diskutiertes Thema, welches meine Aufmerksamkeit erregte.

Es sei jedoch zu erwähnen, dass die USA eine Verfassungsgerichtsbarkeit kennt (das Supreme Court hat sich im Fall *Marbury v. Madison* im Jahre 1803 selbst ermächtigt, die Verfassung auf Rechtmässigkeit zu überprüfen – seither hat dieses Urteil Bestand bzw. das Gericht die Befugnis, Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung zu

²²¹ FELD/VOIGT, S. 505.

überprüfen²²²). Die Urteile des Supreme Courts haben daher weitreichende Folgen.²²³ So hat das Gericht die Rassentrennung aufgehoben oder auch das Recht auf Abtreibung bestätigt²²⁴ – beides gesellschaftlich und politisch stark diskutierte Angelegenheiten.

Beispielhaft für die Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA ist auch der Fall *Texas v. Johnson* aus dem Jahr 1989, wonach das Verbrennen der US-Flagge von der Meinungsäusserungsfreiheit (erster Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten) geschützt sei. Der Kongress erliess daraufhin ein Gesetz, das das Verbrennen der amerikanischen Flagge verbot – doch das Supreme Court rückte nicht von seiner Meinung ab und bestätigte seine Rechtsprechung aus *Texas v. Johnson* im Jahre 1990 anlässlich der Beurteilung des Falles *United States v. Eichman*.²²⁵

Diese grosse Macht des Gerichts steht im Unterschied zur Schweiz, wo keine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit besteht,²²⁶ und soll bei dem Vergleich der Rechtswirklichkeiten in den beiden Ländern stets berücksichtigt werden.

5.1 Die Verfassung als «living document»

Aufgrund der de facto Unmöglichkeit einer Verfassungsänderung in den USA bildet diese die heutige Rechtswirklichkeit nicht mehr genügend ab. Daher liegt es – laut der Schule der «living constitution» – zu einem grossen Teil beim Supreme Court, die Verfassung neu dahingehend zu interpretieren, dass sie in das moderne Lebensbild passt.²²⁷ Daher wird die Verfassung von den Anhängern dieser Schule als ein lebendes Dokument bezeichnet.²²⁸

Mit der Schule des lebendigen Dokuments geht meiner Meinung nach zwangsläufig einher, dass die Richter*innen gewissermassen rechtssetzende Tätigkeiten ausüben. Somit müsste die Unabhängigkeit der Gerichte besonders gut gewährleistet sein. Dies wird im Folgenden untersucht.

5.2 Richterliche Unabhängigkeit im US-Amerikanischen Recht

Nach Art. 3 Sektion 1 der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika liegt die richterliche Gewalt beim höchsten amerikanischen Gericht, dem Supreme Court. Diese

²²² SCHUBARTH, S.140 ff.

²²³ DREYER/FRÖHLICH, S. 195.

²²⁴ HÖRETH, S. 188.

²²⁵ SCHUBARTH, S. 146 f.

²²⁶ Art. 190 BV; SCHUBARTH, S. 1.

²²⁷ DREYER/FRÖHLICH, S. 197; ZEHNPFENNIG, S. 144.

²²⁸ DREYER/FRÖHLICH, S. 208 f.

Bestimmung legt den Grundstein der Gewaltenteilung und garantiert daher die institutionelle Unabhängigkeit des Gerichts von den anderen Staatsgewalten.²²⁹

In Satz zwei desselben Artikels liegt die Unabhängigkeit der Richter*innen: diese sollen das Amt «during good behaviour»²³⁰ halten und einen Lohn für dessen Ausübung erhalten, welcher nicht gekürzt werden darf. Diese Bestimmung stellt die Unparteilichkeit der Richter*innen sicher.²³¹

In den USA kann also, wie auch in der Schweiz, die Unabhängigkeit der Gerichte aufgeteilt werden in die institutionelle und die persönliche Komponente.

5.3 Funktionsweise des Supreme Court

5.3.1 *Certiorari*

Die Möglichkeit, dass ein Fall vom höchsten amerikanischen Gericht beurteilt wird, ist einiges limitierter als dies in der Schweiz der Fall ist. Die Beurteilung durch das Supreme Court ist ein Privileg und kein Recht,²³² denn die meisten Fälle übernimmt das Gericht aufgrund einer eigenen Entscheidung dies zu tun – und nicht, weil es dazu verpflichtet wäre. So kann eine Partei aus einem Gerichtsfall einer tieferen Instanz «Certiorari» verlangen. Damit fragt sie das höchste Gericht an, ihren Fall zu beurteilen. Es benötigt spezielle und wichtige Gründe, damit einer Neuurteilung durch den Supreme Court zugestimmt wird.²³³ Dies ist etwa dann der Fall, wenn Gerichte unterer Instanzen sich uneinig sind in der Handhabung bestimmter Anliegen und daher eine Entscheidung durch das oberste Gericht Licht ins Dunkel bringen soll. Oder aber wenn es sich um eine wichtige Entscheidung handelt, die noch nicht vom höchsten Gericht entschieden worden ist.²³⁴ Die allermeisten Fälle werden jedoch nicht angehört; lediglich zwischen 100 und 150 von rund 7'000 Anfragen pro Jahr hört das Gericht an.²³⁵

Die Möglichkeit des Supreme Court, Certiorari zu gewähren und damit sehr bestimmt auszuwählen, welche Fälle es behandeln möchte, gekoppelt mit der Verfassungsgerichtsbarkeit gewährt diesem einen sehr grossen Spielraum. Wie SCHUBARTH zutreffend erkennt, sieht die Justiz sich gezwungen, politische Stellung zu nehmen, sofern die Politik

²²⁹ FIRSCHEIN, S. 41.

²³⁰ Art. 3 Section 1 der Verfassung der USA.

²³¹ GARNETT/STRAUSS.

²³² DREYER/FRÖHLICH, S. 203.

²³³ DREYER/FRÖHLICH, S. 203 f.

²³⁴ CHOPER, §27 ff.

²³⁵ United States Courts.

nicht fähig ist, ein Problem zu lösen,²³⁶ insbesondere weil die Amerikanische Verfassung quasi unabänderlich ist (sie gilt als eine der starrsten Verfassungen der Welt).²³⁷ So können die neun Personen am höchsten Gericht das Leben von knapp 330 Millionen Menschen massgebend beeinflussen, indem sie beispielsweise Abtreibungen zulassen,²³⁸ die Rassentrennung abschaffen²³⁹ oder das Verbot der Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren für verfassungswidrig erklären.²⁴⁰

Es ist daher in erster Linie festzustellen, dass die Rolle des höchsten Gerichts in den USA sich von derjenigen in der Schweiz stark unterscheidet. Dadurch, dass die Entscheidung, ob sie einen Fall anhören in den USA bei den Richter*innen liegt (vier von neun Richter*innen müssen zustimmen, dass Certiorari gegeben wird²⁴¹), können diese das politische Klima aufgreifen und massgeblich beeinflussen; viel mehr noch als dies in der Schweiz möglich ist.

5.3.2 *Entscheidfindung*

Das Supreme Court besteht aus einem oder einer «Chief Justice», also einer vorsitzenden Person sowie einer durch den Kongress festzulegenden Anzahl Richter*innen. Momentan liegt diese Zahl bei acht, sodass insgesamt neun Richter*innen am höchsten amerikanischen Gericht einsitzen.²⁴² Im Unterschied zum Schweizer System sind immer alle Richter*innen an allen Entscheidungen beteiligt.

Die meisten Fälle werden am Supreme Court nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich angehört.²⁴³ Die Anwalt*innen der Parteien werden anlässlich der Verhandlungen zu gewissen Punkten befragt, wobei sie je ca. 30 Minuten Zeit haben.²⁴⁴ Oftmals werden neben den Parteien auch sogenannte amicus curiae (Freunde des Gerichts) zugelassen, welche ebenfalls Rechtsgutachten einreichen können.²⁴⁵

Ein Urteil wird gefällt, indem der oder die Chief Justice seine bzw. ihre Entscheidung mitteilt und die anderen Richter*innen sich nacheinander der Meinung anschliessen oder

²³⁶ SCHUBARTH, S. 145.

²³⁷ SCHUBARTH, S. 146.

²³⁸ Roe v. Wade.

²³⁹ Brown v. Board of Education.

²⁴⁰ Obergefell v. Hodges.

²⁴¹ United States Courts.

²⁴² Supreme Court of the United States.

²⁴³ DREYER/FRÖHLICH, S. 206.

²⁴⁴ Supreme Court of the United States.

²⁴⁵ DREYER/FRÖHLICH, S. 205.

eine andere Meinung vertreten. Sodann wird ein Richter, welcher die Mehrheitsmeinung schreibt, durch die Chief Justice bestimmt. Nachdem ein erster Entwurf steht, können alle, die zustimmen, diesen unterzeichnen. Sobald vier weitere Unterschriften vorhanden sind, ist die Mehrheit erreicht (für ein einfaches Mehr ist die Zustimmung von fünf der neun Richter*innen nötig).²⁴⁶ Eine Minderheitsmeinung kann von einer Vertreterin der Minderheitsmeinung verfasst werden.²⁴⁷

5.3.3 *Amtsdauer*

Der Wortlaut «during good behaviour» aus Art. 3 Sektion 1 der Verfassung wurde so interpretiert, dass Richter*innen nur dann des Amtes enthoben werden können, wenn sie Landesverrat, Bestechung oder andere schwere Verbrechen oder Vergehen begangen haben.²⁴⁸ Für eine entsprechende Amtsenthebung muss das Repräsentantenhaus ein Impeachment lancieren, welches der Senat bestätigen muss. Ein Impeachment von Bundesrichtern wurde in der Geschichte der Vereinigten Staaten lediglich 15 Mal erhoben; eine Bestätigung durch den Senat und somit die Amtsenthebung des Richters geschah in acht Fällen.²⁴⁹

Für die Supreme Court Justices gilt also grundsätzlich «lifetime tenure» - das heisst, sie werden bis zum Tod bzw. bis sie freiwillig zurücktreten eingesetzt. Diese Bestimmung, wie auch das Verbot einer Lohnkürzung, das ebenfalls explizit in dieser Verfassungsbestimmung erwähnt ist, sorgen für die Unparteilichkeit der Richter*innen, indem versucht wird zu verhindern, dass sie politischem Druck ausgesetzt werden.²⁵⁰

Eine Wahl auf Lebzeiten ist das Rezept für eine starke Unabhängigkeit der Richter*innen.²⁵¹ Es gibt jedoch auch kritische Stimmen, welche diese anprangern. Die Richter*innen seien dann zu lange im Amt, sodass sie mit den Problemen der Gesellschaft in der Gegenwart nicht genügend vertraut seien.²⁵² Die durchschnittliche Amtszeit der Richter*innen beträgt ca. 20 bis 30 Jahre.²⁵³ Somit führen diese ihr Amt oftmals schon so lange aus, dass die wählende Bevölkerung sich komplett geändert hat. Somit ist die demokratische Legitimation meiner Meinung nach nicht mehr gegeben und das Gericht

²⁴⁶ DREYER/FRÖHLICH, S. 206.

²⁴⁷ DREYER/FRÖHLICH, S. 206; United States Courts.

²⁴⁸ FIRSCHEIN, S. 42.

²⁴⁹ GARNETT/STRAUSS.

²⁵⁰ FIRSCHEIN, S. 41; GARNETT/STRAUSS.

²⁵¹ HÖRETH, S. 189.

²⁵² KAU, S. 245.

²⁵³ KAU, S. 242.

bildet die Bevölkerung nicht mehr ab, was angesichts der doch relativ grossen Macht des Supreme Court eher problematisch ist. Davon abgesehen wird auch das teilweise hohe Alter der Richter*innen und damit einhergehend auch ihre geistigen Fähigkeiten sowie der sich verschlechternde gesundheitliche Zustand kritisiert.²⁵⁴

Für die lebenslange Amtsdauer spricht meiner Ansicht nach, dass diese eine Wiederwahl unnötig macht. Insbesondere bei einem System wie das der USA, wo die Richter*innen nicht zuletzt aufgrund ihrer Parteizugehörigkeit Einsitz im Supreme Court nehmen können (siehe nachfolgendes Kapitel), und wo die Amtsinhaber*innen eine sehr grosse Macht haben, würde ein Wiederwählerfordernis die Unabhängigkeit der Gerichte schwächen.

Dennoch ist meiner Meinung nach eine Amtszeit auf Lebzeiten keine optimale Lösung, denn das Gericht soll stets die Gesellschaft widerspiegeln und nicht erstarren. Auch ist wichtig, dass alle Personen, die bei solch wichtigen Entscheidungen eine Rolle spielen, keine altersbedingten Schwächen oder Krankheiten haben, aufgrund welcher sie dem Amt nicht ihre volle Aufmerksamkeit widmen können.

5.3.4 Wahlvorgang bzw. Ernennung

Der Präsident der Vereinigten Staaten hat nach Art. 2 Sektion 2 der Verfassung das Recht, den Kandidaten oder die Kandidatin für einen Sitz im Supreme Court zu nominieren.²⁵⁵

Ein Sitz wird dann frei, wenn jemand aus dem Amt ausscheidet – entweder weil die Person verstorben oder zurückgetreten ist, oder weil ein Amtsenthebungsverfahren erfolgreich durchgeführt wurde – was jedoch am Supreme Court noch nie der Fall war (an unteren Gerichten jedoch schon).²⁵⁶ Nach der erfolgten Nomination muss der Kandidat oder die Kandidatin vom Senat mit einer einfachen Mehrheit bestätigt werden; sodann ist ein*neue*r Bundesrichter*in ernannt.²⁵⁷ Es wird an dieser Stelle bewusst von einer Ernennung gesprochen, da es sich nicht um eine Wahl handelt. Die Kandidierenden müssen aufgrund des fehlenden Wahlerfordernisses keinen Wahlkampf betreiben und grundsätzlich auch keine politische Rolle einnehmen.

Trotzdem ist die politische Komponente nicht irrelevant: Die möglichen Kandidierenden werden dem Präsidenten in der Regel von den Mitgliedern der eigenen Partei

²⁵⁴ KAU, S. 246.

²⁵⁵ DREYER/FRÖHLICH, S. 199.

²⁵⁶ DREYER/FRÖHLICH, S. 199.

²⁵⁷ DREYER/FRÖHLICH, S. 199.

vorgeschlagen. Daher sind die Nominierten in den allermeisten Fällen Mitglieder der eigenen Partei.²⁵⁸ Die Zusammensetzung des höchsten Gerichts wird somit massgeblich davon beeinflusst, zu welchem politischen Lager der amtierende Präsident zu dem Zeitpunkt angehörte, zu welchem eine Richterin oder ein Richter aus dem Amt ausschied.

Die momentanen Richter*innen wurden von George W. Bush (2), George Bush (1), Bill Clinton (1) Barack Obama (2) und Donald Trump (3) ernannt.²⁵⁹ Somit ist eine republikanische Mehrheit im Verhältnis von sechs zu drei im Supreme Court vertreten. Doch dass dies nicht ganz so schwarz und weiss ist, zeigt DWORKIN auf: Teilweise kam es schon vor, dass Richter*innen, die man als konservativ eingestuft hatte, sich später als eher liberal erwiesen und umgekehrt.²⁶⁰ Dieser Umstand könnte meiner Meinung nach dem fehlenden Wiederwählerfordernis geschuldet sein. Dadurch sind die Richter*innen nicht daran gebunden, ihre Parteien zufriedenzustellen und können somit nach bestem Wissen und Gewissen, urteilen – auch gegen die Ideologien ihrer Parteien.

Dass der Prozess der Ernennung der Richterin oder des Richters durch den Präsidenten und der Bestätigung durch den Senat nicht unproblematisch ist, zeigt der Fall aus dem Jahr 2016, als Richter Scalia starb und sein Amt daher neu besetzt werden musste. Der damalige Präsident Barack Obama nominierte einen neuen Kandidaten, welcher vom Senat bestätigt werden sollte. Doch diese Bestätigung konnte nie vollzogen werden, da sich der – mehrheitlich republikanisch besetzte – Senat weigerte, den Nominierungsvorschlag anzuhören – aus Angst davor, dass das Oberste Gericht danach auf lange Sicht sehr liberal geprägt sein würde. Der nachfolgende Präsident Trump ernannte sodann kurz nach seinem Amtsantritt einen Ersatz für Scalia, welcher vom Senat bestätigt wurde.²⁶¹

5.4 Eigene Würdigung: Vergleich USA – Schweiz

Wie bereits erwähnt, besteht in der Schweiz im Gegensatz zu den USA keine Verfassungsgerichtsbarkeit. Dies ist ein grundlegender Unterschied, welcher meiner Meinung nach die Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit entsprechend beeinflusst: Wenn die demokratisch legitimierten Entscheide eines Volkes von einem Gericht umgestossen werden können, sind an die Unabhängigkeit der Gerichte umso höhere

²⁵⁸ DREYER/FRÖHLICH, S. 200; FIRSCHEIN, S. 43.

²⁵⁹ HÖRETH, S. 194; per Ende Juni 2022 wird jedoch der von Bill Clinton ernannte Stephen Breyer in den Ruhestand gehen und die von Präsident Joe Biden ernannte Richterin Ketanji Brown Jackson wird dieses Amt übernehmen.

²⁶⁰ DWORKIN, S. 358.

²⁶¹ HÖRETH, S. 194.

Anforderungen zu stellen, sodass die Entscheide, und damit im Falle der USA zu einem grossen Teil auch das politische Klima, nicht durch Abhängigkeiten beeinflusst und verfälscht werden. Dies ist – jedenfalls nach FELD/VOIGT – de facto allerdings nicht der Fall: Die USA belegt im de iure Index der richterlichen Unabhängigkeit den 30. Rang und liegt damit einiges vor der Schweiz (Rang 62).²⁶² De facto hingegen ist die Schweiz auf Platz drei und die USA auf dem 35. Rang.²⁶³ Dies bedeutet, dass die geschriebene Wirklichkeit nicht immer der gelebten Wirklichkeit entspricht. Wenn also die Gerichte in den USA auf Papier sehr viel unabhängiger sind, ist dies in Tat und Wahrheit umgekehrt.

Nachfolgend sollen die Erkenntnisse aus den Kapiteln 3 und 4 mit diesem Kapitel verglichen und unter Einbezug der eigenen Meinung dargelegt werden.

5.4.1 Amtsdauer und Wiederwahl bzw. Ernennung

Der vermutlich grösste Unterschied zwischen den beiden Rechtssystemen in Bezug auf die Unabhängigkeit der Gerichte besteht in der Amtsdauer bzw. der (fehlenden) Wiederwahl. Dass die Richter*innen nicht durch Nichtwiederwahl bzw. knappe Wiederwahl (Denkzettel) abgestraft werden können, führt dazu, dass diese unabhängiger entscheiden können. So haben die Parteien wenig bis keine Macht mehr über die Bundesrichter*innen, was durchaus zu begrüssen ist.

5.4.2 Parteizugehörigkeit

Die Parteizugehörigkeit ist in der Schweiz wie auch in den Vereinigten Staaten von Amerika ein Kriterium. Jedoch kann festgestellt werden, dass dies in der Schweiz zwecks Parteiproporz durchaus sinnvoll sein kann, damit die politische Gesinnung sowie die Wertvorstellungen der Bevölkerung im Gericht angemessen vertreten sind. In den USA hingegen ist es ein Glücksspiel. Es kann derjenige Präsident eine*n Richter*in einsetzen, welcher im Amt ist, wenn es eine neue Stelle zu besetzen gilt. Im Falle von Donald Trump waren es derer drei, wohingegen George Bush nur eine Nominierung vornehmen konnte.²⁶⁴ Die Besetzung des Gerichts beruht daher nicht auf objektiven Grundsätzen, sondern wird durch den Zufall begünstigt, oder – wie im Fall der Neubesetzung des Sitzes von Richter Scalia aus dem Jahr 2016 – vom Senat aufgrund der Parteizugehörigkeit des vorschlagenden Präsidenten verweigert.

²⁶² FELD/VOIGT, S. 523 f.

²⁶³ FELD/VOIGT, S. 525 f.

²⁶⁴ HÖRETH, S. 194.

5.4.3 *Wahlvorgang*

Auch der Wahlvorgang unterscheidet sich grundlegend. Insbesondere hervorzuheben ist hier der Einbezug von Exekutive und Legislative in den USA, während in der Schweiz lediglich die Legislative in den Prozess der Wahl involviert ist. Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltentrennung ist diesbezüglich das System in den USA zu bevorzugen bzw. auf Papier geeigneter, die Unabhängigkeit der Gerichte zu gewährleisten. In der Umsetzung ergeben sich dadurch jedoch andere Probleme (erneut sei hier auf die Neubesetzung von Scalia verwiesen).

5.4.4 *Anzahl der Richter*innen*

Während die Schweiz momentan 38 vollamtliche Bundesrichter*innen zählt (wobei diese in Spruchkörper aufgeteilt sind), richten in den USA neun Personen am höchsten Gericht. Dadurch, dass sie immer zusammen entscheiden, ergibt sich die Problematik der unsachgemässen Besetzung der Spruchkörper, welche in der Schweiz durchaus entstehen kann, nicht. Aufgrund der kleinen Anzahl der Richter*innen macht eine Neubesetzung unter Umständen sehr viel aus; eine solche kann also das politische Klima massgeblich beeinflussen. Diese Gefahr besteht wiederum in der Schweiz weniger, weshalb die Rechtssicherheit hierzulande wohl besser gewährleistet sein dürfte.

6 Fazit

Die richterliche Unabhängigkeit in der Schweiz ist nicht über alle Zweifel erhaben, es bestehen aber auch keine kategorischen Probleme. Dies sieht man insbesondere im de facto Index von FELD und VOIGT, wo die Schweiz als drittplatziertes Land sehr gut abschneidet.²⁶⁵ Den momentan gut funktionierenden Vorgängen soll unbedingt Sorge getragen werden. Veränderungen sind jedoch in gewissen Bereichen anzustreben.

7 Empfehlung

Das Wiederwählerfordernis ist in der Schweiz auf Papier ein Problem. Auch in Realität werden Abstrafungen in Form von Denkkzetteln immer mehr zum Problem, siehe dazu die Ausführungen im Kapitel 4.1.3.2. Somit ist für mich klar ein Handlungsbedarf ersichtlich: Das Wiederwählerfordernis muss abgeschafft werden. Eine Wahl auf Lebzeiten wie in den USA ist jedoch nicht die Lösung, da diese andere Probleme mit sich bringt – allen

²⁶⁵ FELD/VOIGT, S. 525.

voran die fehlende demokratische Legitimation und die Beschwerden, die das Altern mit sich bringen kann. Auch den Vorschlag der Justiz-Initiative, wonach Art. 145 Abs. 1 BV dahingehend abgeändert werden sollte, dass die Richter*innen neu bis zur Pensionierung (bzw. maximal fünf Jahre darüber hinaus) gewählt würden, begrüße ich nur beschränkt, da dieser Tür und Tor für ein überaltertes, starres Gericht öffnet. Daher wäre das Einschlagen eines Mittelwegs angezeigt, wie beispielsweise die einmalige Wahl der Richter*innen für 15 Jahre.

Die Parteizugehörigkeit und die damit einhergehende Mandatssteuer sind für mich nicht unbedingt problematisch, die Parteizugehörigkeit hat sogar diverse Vorteile. Einzig die Unmöglichkeit von Parteilosen, in das Bundesgericht gewählt zu werden, muss gelöst werden. Beispielsweise könnte hier ein Mischsystem funktionieren, bei welchem ein festzulegender Anteil der Bundesrichter*innen parteilos sein müssten. Um das Werteverhältnis nach Proporz, welches ich für eine faire Rechtsprechung als überaus wichtig empfinde, zu gewährleisten, müssten ebendiese Parteilosen anlässlich ihrer Kandidatur einen Fragebogen zu ihrer Wertehaltung ausfüllen, welcher dann den ungefähren Wertvorstellungen der Parteien zugeordnet würde und im entsprechenden Proporz gewählt werden könnte. Zugegebenermassen könnte dies ebenfalls dazu beitragen, dass nicht die fachlich beste Person zum Zuge käme, sondern die Person mit den «richtigen» Werten. Dies ist jedoch meiner Meinung nach ein vernachlässigbarer Aspekt, wenn dafür die Beurteilung von Sachverhalten unabhängig, ausgewogen und ohne eine Partei im Nacken erfolgt, und eine Chancengleichheit zwischen Parteiangehörigen und Parteilosen erreicht werden kann.

Den Wahlvorgang, welcher in der Schweiz ziemlich stark politisch geprägt ist, gilt es allenfalls zu überdenken. Beispielsweise ein Justizrat als von den Staatsgewalten unabhängiges Organ bietet sich an, die Politisierung aus den Wahlen zu verbannen und diese daher noch unabhängiger zu machen. Da eine Richterwahl durch die Legislative meiner Meinung nach jedoch nur in Kombination mit dem Wiederwählerfordernis problematisch ist, kann dieses Vorgehen so belassen werden, sofern die Wiederwahl – wie zu Beginn dieses Kapitels vorgeschlagen – abgeschafft würde.

8 Ausblick

Wie anlässlich dieser Arbeit ergründet, bestehen diverse Probleme bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, welche zwar nicht akut zu sein scheinen, aber dennoch angegangen werden sollten. Die Recherche nach neuen Bestrebungen, die Kernpunkte der Justiz-Initiative wieder aufzugreifen und entsprechende Änderungen zu forcieren, hat jedoch keinerlei Ergebnisse gezeigt. Die Kontaktaufnahme mit dem Initiativkomitee hat keine Rückmeldung eingebracht, weshalb davon auszugehen ist, dass die Webseite zur Justiz-Initiative und die entsprechende E-Mail-Adresse nicht mehr, oder nur noch sehr sporadisch, bewirtschaftet werden.

Da auch die Vereinigung der Richterinnen und Richter gewisse Probleme anerkannt haben und die breite Öffentlichkeit sich durch die Initiative mit der Unabhängigkeit der Gerichte auseinandersetzte, werden diese Missstände nun einem grösseren Kreis bekannt sein als vor der Abstimmung. Dieser Umstand könnte allenfalls einen neuen Versuch fördern, etwas an der momentanen Situation – insbesondere am Wiederwählerfordernis und der Chancenlosigkeit von Parteilosen – zu ändern. Allenfalls konnte man aus der Abstimmung und den öffentlichen Diskursen dazu erkennen, woran die Stimmbürger*innen sich bei der Initiative störten bzw. was sie begrüsst – daraus liessen sich entsprechende Lehren ziehen. Die Ausarbeitung eines neuen Vorschlags unter Berücksichtigung der aus der Vergangenheit gezogenen Schlüsse wird vermutlich einige Zeit in Anspruch nehmen.

Es bleibt also mittelfristig zu erwarten, dass Bestrebungen, die Justiz noch unabhängiger zu gestalten, unter neuem Namen und mit durchdachteren Ideen wieder aufkommen werden.