

Eine Frage der Unabhängigkeit

Die bestehende Wahlpraxis bei der Ernennung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter
und Vorschläge zur Stärkung der Unabhängigkeit der Justiz durch die Justiz-Initiative

Markus Schärli-Reinhard
Dreilindenstrasse 62
6006 Luzern
041 422 16 18
markus.schaerli@stud.unilu.ch

1. März 2019

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VI
1 Einleitung	1
2 Aktuelle Wahl- und Wiederwahlpraxis	2
2.1 Beschreibung.....	2
2.1.1 Gesetzliche Grundlagen	2
2.1.2 Vorauswahl durch die Parteien.....	3
2.1.3 Vorbereitung durch die Gerichtskommission.....	3
2.1.4 Wahl durch das Parlament	4
2.1.5 Mandatssteuer	5
2.1.6 Wiederwahl durch das Parlament.....	6
3 Kritische Analyse des status quo	7
3.1 Auswahl durch Parteien.....	7
3.2 Wiederwahl	9
3.3 Mandatssteuer	12
4 Reformvorschläge der Justiz-Initiative	13
4.1 Auswahl durch Fachkommission	13
4.1.1 Beschreibung.....	14
4.1.2 Kritik an der Fachkommission	14
4.2 Bestimmung durch Losverfahren.....	15
4.2.1 Beschreibung.....	16
4.2.2 Kritik am Losverfahren.....	16
4.3 Abschaffung der Wiederwahl.....	17
4.3.1 Beschreibung.....	18
4.3.2 Kritik an der Amtsdauer bis zur Pensionierung	18
5 Schlussfolgerungen	19

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit dem Nachnamen der Autorin oder des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- DIGGELMANN PETER Art. 47, Ausstandsgründe, in: BRUNNER PETER ET AL. (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar in 2 Bänden, 2. Aufl., Zürich 2016, S. 330 ff.
- GIAN ANDREA/SCHUMACHER
RENÉ Die Parteien wollen ihre Macht erhalten, Streitgespräch zwischen Giuliano Racioppi und Claude Janiak, in: Plädoyer 1/18, S. 8 ff.
- GJON DAVID/SCHUHMACHER
RENÉ Der Kreis der Richterandidaten ist zu klein, Streitgespräch zwischen Niccolo Raselli und Mark Livschitz, in: Plädoyer 6/18, S. 6 ff.
- GLASER ANDREAS Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren? in: AJP/PJA 2018, S. 1251 ff.
- GRECO Evaluationsbericht Schweiz, Vierte Evaluationsrunde, Prävention von Korruption bei Mitgliedern von Parlamenten, Gerichten und Staatsanwaltschaften, Strassburg 2017, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/kriminalitaet/korruption/grecoberichte/ber-iv-2016-5-d.pdf>> (besucht am 30.1.2019)
- KIENER REGINA Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001
- LADNER ANDREAS Politische Parteien, in: KNOEPFEL PETER ET AL. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, Manuel de la politique Suisse, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 361 ff.
- LIVSCHITZ MARK M. Die Richterwahl im Kanton Zürich, Ihre Faktizität am Obergericht und an den Bezirksgerichten als verfassungsrechtliches Problem, Diss. Zürich 2002
- LUHMANN NIKLAS Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a/M 1983, 10. Aufl. 2017

-
- LUMINATI MICHELE Die Gesichter der Justiz - Das schweizerische Bundesgericht als Gegenstand interdisziplinärer Forschung, in: BECCHI PAOLO ET AL. (Hrsg.), Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung, Zürich 2007, S. 183 ff. (zit. LUMINATI, Forschung)
- LUMINATI MICHELE Switzerland, in: WIJFFELS ALAIN/VAN RHEE C.H. (Hrsg.), European Supreme Courts, A portrait through history, London 2013, S. 138 ff. (zit. LUMINATI, Supreme Courts)
- MAHON PASCAL/SCHALLER ROXANE Le système de réélection des juges : évidence démocratique ou épée de Damoclès ? in : Justice - Justiz - Giustizia 2013/1, <<https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2013/1/2235.html>> (besucht am 10.9.2018)
- MONTESQUIEU BARON DE De l'esprit des Loix, Genf 1750
- RACIOPPI GIULIANO Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, in: Justice - Justiz - Giustizia 2017/3, <https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2017/3/die-moderne--paulett_of1d31e065.html> (besucht am 6.9.2018)
- ROTHMAYR ALLISON CHRISTINE/VARONE FRÉDÉRIC Justiz, in: KNOEPFEL PETER ET AL. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, Manuel de la politique Suisse, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 219 ff.
- SCHINDLER BENJAMIN Losverfahren - Möglichkeiten und Grenzen des ausgleichenden Zufalls, in: ZBI 119, 12/2019, S. 617 f.
- SCHMID GERHARD Richterauswahl und Richterwahl im Kanton Basel-Landschaft: Auslegeordnung des Status quo und der Reformvorschläge, in RHINOW RENÉ ET AL. (Hrsg.), Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit und Richter(aus)wahl, Referate der Tagung des Verwaltungs- und Versicherungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 21. Oktober 1998, Liestal 2000, S. 99 ff.
- SCHUHMACHER RENÉ/STREBEL DOMINIQUE Richterwahlsystem ist verfassungswidrig, Streitgespräch zwischen Mark M. Livschitz und Lucius Dürri, in: Plädoyer 5/04, S. 8 ff.

-
- SCHWENKEL CHRISTOPH Das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte: Ergebnisse einer nationalen Befragung, in: KUHN ANDRÉ ET AL. (Hrsg), Strafverfolgung - Individuum - Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Band 35, Bern 2017, S. 29 ff.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL Global Corruption Barometer 2013, <www.transparency.org/gcb2013/report> (besucht am 14.11. 2018)
- TSCHANNEN PIERRE Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016
- VAN REYBROUCK DAVID Gegen Wahlen, Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, Göttingen 2016
- VATTER ADRIAN Das politische System der Schweiz, 3. Aufl., Baden-Baden 2018
- VOIGT STEFAN/GUTMANN
JERG/FELD LARS P. Mehr Wirtschaftswachstum durch eine unabhängige Justiz?, in: Justice - Justiz – Giustizia, 2015/3, <https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2015/3/mehr-wirtschaftswach_4bb74351d4.html> (besucht am 8.10.2018)

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BDP	Bürgerlich Demokratische Partei
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CVP	Christlich-demokratische Volkspartei der Schweiz
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
ERMK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	et cetera
f.	und folgende (Seite, Randnummer etc.)
FDP	FDP.Die Liberalen
ff.	und fortfolgende (Seiten, Randnummern etc.)
GLP	Grünliberale Partei
GPS	Grüne Partei Schweiz
Greco	Groupe d'états contre la corruption
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
i.d.R.	In der Regel
Kap.	Kapitel
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung

ParIG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
Rz	Randziffer
S.	Seite
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SVP	Schweizerische Volkspartei
SVR	Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
UNO	United Nations Organization
usw.	und so weiter
Vergl.	Vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)

1 Einleitung

Mit Blick auf die Justizreformen im Rahmen der neuen Bundesverfassung von 1999 schreibt Michele Luminati: «The 21st century promises to be the start of a new era for the Federal Court.»¹ In der vorliegenden Arbeit wird eine Antwort darauf gesucht, ob diese Aussage allenfalls durch die Eidgenössische Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)» zusätzliche Evidenz erhält. Seit Jahren wird nicht nur in der Fachliteratur, welche ausführlicher in dieser Arbeit behandelt wird, sondern auch in der Tagespresse Kritik geübt am aktuellen Ernennungsmodus der Bundesrichterinnen und Bundesrichter in der Schweiz.² Kritisiert werden vor allem die Mandatssteuer, die Abhängigkeit von den politischen Parteien und die regelmässige Wiederwahl. Es sind Kritikpunkte, welche das Vertrauen in die Justiz negativ beeinflussen können. Das Vertrauen in die Justiz ist jedoch ein zentrales Anliegen jedes Rechtsstaats.

Neben einer Auslegeordnung dieser Kritik werden deshalb die von der Justiz-Initiative vorgeschlagenen Alternativen diskutiert. Die «Eidgenössische Volksinitiative zur Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren» ist im Frühjahr 2018 durch ein Bürgerkomitee lanciert worden. Der Autor der vorliegenden Arbeit ist Mitglied des Initiativkomitees.

Für Christine Rothmayer Allison und Frédéric Varone gehört die Untersuchung der parteipolitischen Wahl von Richterinnen und Richtern zu einer der vier Forschungsprioritäten der politikwissenschaftlichen Forschung.³ Die Arbeit versucht dazu einen Beitrag zu leisten.⁴

¹ LUMINATI, S. 141.

² Siehe z.B: MASMEJAN DENIS, Les partis se partagent les sièges du Tribunal fédéral comme si c'était un gâteau, in: Le Temps, 12.9.2014 <<https://www.letemps.ch/suisse/partis-se-partagent-sieges-tribunal-federal-cetait-un-gateau>> (besucht am 23.10.2018), FELBER MARKUS, Problematische Kür der Richter in der Schweiz, NZZ 31.12.2009 <https://www.nzz.ch/problematische_kuer_der_richter_in_der_schweiz-1.4405029> (besucht am 23.10.2018), LEUZINGER LUKAS, Der Richter und sein Parteibuch, in: NZZ 28.12.2017 <<https://www.nzz.ch/schweiz/der-richter-und-sein-partreibuch-ld.1337947>> (besucht am 23.10.2018).

³ ROTHMAYR ALLISON/VARONE, 237 f.

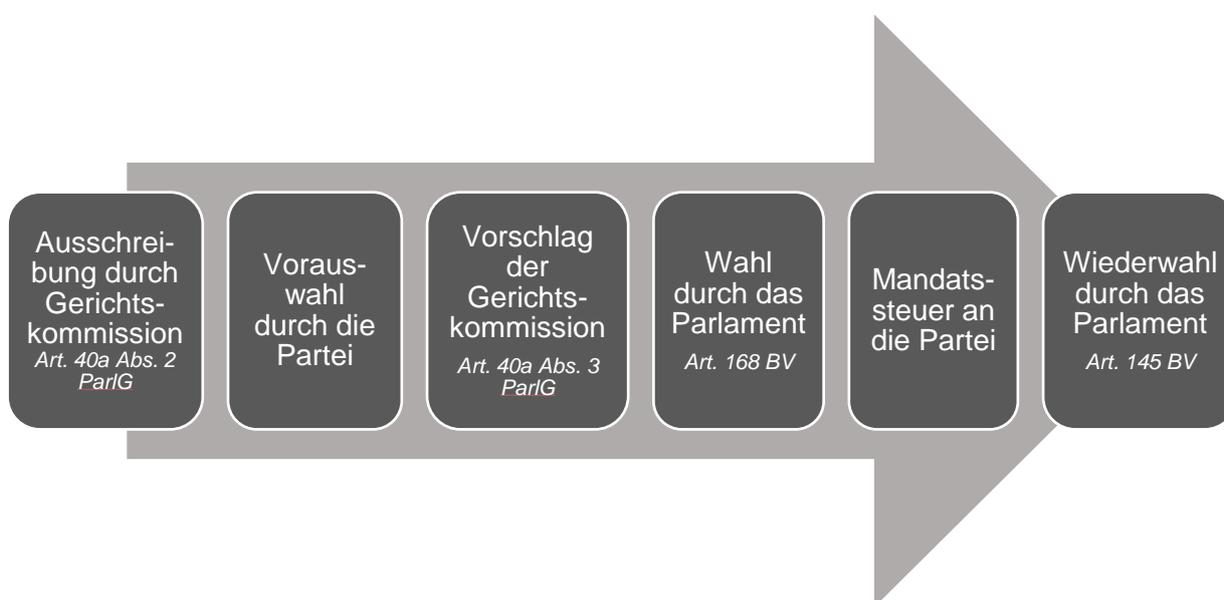
⁴ Die vorliegende Arbeit ist eine ausführlichere und stärker auf die Justiz-Initiative fokussierte Version einer unveröffentlichten Seminararbeit des Autors im Rahmen des Integrationsseminars «Vertrauen in die Justiz» an der Universität Luzern im Herbstsemester 2018.

2 Aktuelle Wahl- und Wiederwahlpraxis

2.1 Beschreibung

Der politische Charakter der Bestellung von Richterinnen und Richtern ist typisch für die Schweiz.⁵ In der folgenden Übersicht wird dargestellt, wie die Bundesrichterinnen und Bundesrichter durch die im Parlament vertretenen politischen Parteien nach einem Parteienproporz bestimmt werden. In den folgenden Abschnitten werden die einzelnen Phasen detailliert besprochen.

Aktuelle Wahl- und Wiederwahlpraxis an das eidgenössische Bundesgericht



Zwei wesentliche Elemente des Wahl- und Wiederwahlprozesses von Bundesrichterinnen und Bundesrichtern sind nicht gesetzlich geregelt und nicht demokratisch legitimiert: die Vorauswahl durch die Partei und die Mandatssteuer, welche nach der Wahl von den Richterinnen und Richtern an diese Partei zu bezahlen ist.

2.1.1 Gesetzliche Grundlagen

Die richterliche Unabhängigkeit ist in Art. 191c BV garantiert. «Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.» Allerdings werden Bundesrichterinnen und Bundesrichter durch Parteien vorgeschlagen und durch die Bundesversammlung gewählt (Art. 168 Abs. 1 BV). Zudem müssen sich die Gewählten alle sechs Jahre einer Wiederwahl stellen (Art. 145 BV). Die Auswirkungen dieses Prozesses auf die Unabhängigkeit wird in den nächsten Abschnitten erläutert. Die Unabhängigkeit der Gerichte wird angestrebt, um faire Verfahren zu garantieren. Das Recht auf ein faires Verfahren

⁵ ROTHMAYR ALLISON/VARONE, 225 f.

ist sowohl in Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II als auch in Art. 6 Ziff. 1 ERMK festgelegt. Jeder soll das Recht haben, von einem «unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren» beurteilt zu werden. In der Bundesverfassung ist diese Anforderung fast wörtlich in Art. 30 Abs. 1 BV wiedergegeben: «Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht.» Bei der Unabhängigkeit des Gerichts muss gemäss Regina Kiener zwischen der personenbezogenen und den institutionenbezogenen Gehalten der richterlichen Unabhängigkeit unterschieden werden, wobei die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte doppelt gesichert sei: «Einerseits als grundrechtliche Rechtsweggarantie im Sinn eines individuellen Anspruchs auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht; andererseits als Prinzip der Justizorganisation.»⁶

Vorliegend interessiert dieser institutionenbezogene Gehalt der richterlichen Unabhängigkeit und die damit verbundene Frage, ob die institutionelle Organisation der Ernennung der Bundesrichterinnen und Bundesrichtern den Ansprüchen einer vertrauenswürdigen Justiz genügt.

2.1.2 Vorauswahl durch die Parteien

Die Vorauswahl der Kandidatinnen und Kandidaten für das Richteramt durch die Parteien ist weder in der Verfassung noch im Gesetz vorgesehen. Grundsätzlich ist die rechtliche Wählbarkeits-Anforderung an die Kandidatinnen und Kandidaten gering.⁷ Es wird lediglich Stimmberechtigung auf eidgenössischer Ebene verlangt (Art. 143 BV). Durch den Prozess der Vorauswahl durch die Parteien, haben jedoch nur jene Stimmberechtigten eine Chance auf den Richterposten, welche Mitglied einer Partei sind und von dieser dem Parlament zur Wahl vorgeschlagen werden.⁸

2.1.3 Vorbereitung durch die Gerichtskommission

Die Gerichtskommission, welche die Wahl vorbereitet (Art. 40a Abs. 1 lit. a ParlG), besteht aus zwölf Mitgliedern des National- und fünf Mitgliedern des Ständerats (Art. 39 Abs. 4 ParlG). Sie schreibt alle freien Richterstellen für die eidgenössischen Gerichte aus (Art. 40a Abs. 2 ParlG), beurteilt die Eignung der Kandidierenden und unterbreitet dann der Bundesversammlung ihre Wahlvorschläge (Art. 40a, Abs. 3 ParlG).⁹ Die Gerichtskommission entstand, so Rothmayer /Varone als Resultat von Bestrebungen im Rahmen der Justizreform, welche die parteipolitische Bindung der Bundesrichter reduzieren wollten. Allerdings schlugen diese fehl. Der Bundesrat konnte sich mit seinem Vorschlag, Selektion und Wahl für die neuen Bundesgerichte durch den Bundesrat vornehmen zu lassen, nicht durchsetzen. Auch der Vorschlag einer

⁶ KIENER, S. 25.

⁷ VATTER, S. 506.

⁸ GLASER, S. 1252.

⁹ VATTER, S. 507.

unabhängigen Justizkommission der Bundesversammlung wurde nicht umgesetzt. Von den Vorschlägen geblieben ist die Gerichtskommission der vereinigten Bundesversammlung, welche seit 2003 die Wahl an die Bundesgerichte vorbereitet.¹⁰ Entsprechend fällt das Urteil von Rothmayr/Varone aus: «Am politischen Charakter der Wahl an die obersten Gerichte hat sich somit nichts geändert.»¹¹ Dies ist einleuchtend, wenn man sich vor Augen hält, wie die Gerichtskommission vorgeht. In einem ersten Schritt, so Adrian Vatter, unterbreitet sie den Fraktionen Wahlempfehlungen. Die Fraktionen teilen dann der Gerichtskommission mit, welche Kandidierenden sie im Hinblick auf eine Wahl unterstützen. Im zweiten Schritt unterbreitet die Gerichtskommission ihre Wahlvorschläge.¹² Entsprechend werden in der Regel nur so viele Kandidatinnen und Kandidaten vorgeschlagen, wie Richterstellen zu besetzen sind.¹³

Über die Qualität der Qualitätskontrolle durch die Gerichtskommission gibt es keine empirischen Untersuchungen. Zumindest lässt ein kürzlich erschienener «Erlebnisbericht» eines Oberrichters und Kandidaten für eine Richterstelle am Bundesstrafgericht Zweifel aufkommen, dass durch die Kommission mehr als nur oberflächlich einige Mindeststandards geprüft werden.¹⁴ Von einem Assessment, wie in der Wirtschaft für die Besetzung von Toppositionen üblich, kann keine Rede sein. Nach Einschätzung von Adrian Vatter ist der Einfluss der Parteien nach wie vor gross.¹⁵ Dies entspricht auch der Beurteilung der ehemaligen Gerichtskorrespondentin der NZZ, Brigitte Hürlimann: «Die Gerichtskommission stellt lediglich fest, ob ein Kandidat für wählbar erachtet wird; sie hütet sich, dem Parlament Kandidaten beliebt zu machen, die parteilos oder Mitglied einer Partei sind, die gemäss Parteienproporz keinen Anspruch auf den Richtersitz hat.»¹⁶

2.1.4 Wahl durch das Parlament

Die Bundesrichterrinnen und Bundesrichter werden von der vereinigten Bundesversammlung gewählt (Art. 168 BV). Dabei wird ein freiwilliger Parteienproporz angewendet, der mit einer Verzögerung dazu führt, dass die Zusammensetzung des Bundesgerichts den Veränderungen im Wähleranteil Rechnung trägt.¹⁷ Der Parteienproporz führe dazu, so Giuliano Racioppi, «dass die anspruchsberechtigte Fraktion dem Parlament einen Wahlvorschlag unterbreitet

¹⁰ ROTHMAYR ALLISON/VARONE, S. 228.

¹¹ ROTHMAYR ALLISON/VARONE, S. 228.

¹² VATTER, S. 507.

¹³ Siehe z.B.: Medienmitteilung vom 12.9.2018, Richterwahl und Gesamterneuerungswahl der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft in der Herbstsession 2018 <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gk-2018-09-12.aspx>> (besucht am 6.11.2018)

¹⁴ FLURI LUCIEN, Vorgeladen – und kaum angehört: «Werden so Richter für eines der höchsten Schweizer Gerichte ausgewählt?», in az Solothurner Zeitung. <<https://www.solothurnerzeitung.ch/solothurn/kanton-solothurn/vorgeladen-und-kaum-angehoert-werden-so-richter-fuer-eines-der-hoechsten-schweizer-gerichte-auswaehlt-132772003>> (besucht am 4.11.2018).

¹⁵ VATTER, S. 531.

¹⁶ HÜRLIMANN BRIGITTE, An den Richterwahlen feilen, in: NZZ 21.3.2012, <https://www.nzz.ch/an_den_richterwahlen_feilen-1.15980573> (besucht am 8.11.2018).

¹⁷ ROTHMAYR ALLISON/VARONE, S. 226.

und die eigentliche Wahl durch das Parlament einem Durchwinken des entsprechenden Fraktionsvorschlags gleichkommt."¹⁸

Um trotz dieser Abhängigkeit die Grundsätze der Selbstverwaltung und Unabhängigkeit zumindest formal zu stärken, wurden im Rahmen der Justizreform von 2000 die richterliche Unabhängigkeit (Art. 191c BV) sowie das Selbstverwaltungsrecht des Bundesgerichts (Art. 188 Abs. 3 BV) in die Verfassung aufgenommen.¹⁹ Damit wird die formelle Unabhängigkeit des höchstens Gerichts gestärkt. Materiell bleibt das Abhängigkeitsverhältnis bestehen.

2.1.5 Mandatssteuer

Als Mandatssteuer bezeichnet man eine Geldzahlung an jene, welche den Mandatsträgern zu ihrem Mandat verhelfen. Die politischen Parteien verlangen von ihren Mitgliedern, die ein Bundesrichteramt innehaben, über die Bezahlung der Vereinsbeiträge hinaus die Entrichtung einer Mandatssteuer «als Gegenleistung für die Hilfe der Parteiorganisation beim beruflichen Aufstieg.»²⁰ Zum Teil, so Giuliano Racioppi, verlangten die Parteien von den vorgeschlagenen Kandidatinnen und Kandidaten die Unterzeichnung einer entsprechenden Vereinbarung.²¹ Racioppi hat Zahlen zur Höhe der Mandatssteuern der Bundesrichterinnen und Bundesrichter erhoben. Diese sind je nach Partei unterschiedlich, wie die folgenden Zahlen auf der Grundlage seiner Umfrage zeigen:

Tabelle 1: *Höhe der Mandatssteuer für Mitglieder des Bundesgerichts*²²

Partei	SP	BDP	CVP	GLP	GPS	FDP	SVP
Betrag pro Jahr (in CHF)	13'000	3'000	6'000	13'000 resp. (26'000 im 1. Jahr)	20'000	3'000	7000
Präzisierung	4% des Nettolohns			4% des Nettolohns (8% im 1. Jahr)	Ca. 6% des Nettolohns		2% des Bruttolohns

Diese Mandatssteuer, so Racioppi, sei europaweit und wohl auch weltweit einzigartig.²³

Es muss davon ausgegangen werden, dass die Bezahlung der Mandatssteuer bei keiner Partei auf Freiwilligkeit beruht. Denn, so Peter Diggelmann, sei seines Wissens die Probe aufs Exempel, das heisst, das Verweigern der Abgabe vor einer Wiederwahl, noch nie gewagt worden.²⁴

¹⁸ RACIOPPI, Rz 6.

¹⁹ VATTER, S. 504.

²⁰ KIENER, S. 272.

²¹ RACIOPPI, Rz 28.

²² RACIOPPI, Rz 68.

²³ RACIOPPI, Rz 2.

²⁴ DIGGELMANN, S. 344 Rz 35.

2.1.6 Wiederwahl durch das Parlament

Bundesrichterinnen und Bundesrichter müssen sich alle 6 Jahre der Wiederwahl stellen (Art. 145 BV). Sie werden in der Regel wiedergewählt. Die Nicht-Wiederwahl von Bundesrichter Martin Schubarth (SP) 1990 war diesbezüglich eine Ausnahme. Der Entscheid wurde ein paar Tage später, nachdem der «Denkzettel» verfasst worden war, von der Bundesversammlung bei der Ergänzungswahl korrigiert.²⁵ Nicht wiedergewählt wurde 1995 zudem Bundesrichter Hans Ulrich Willi. Grundsätzlich, so Regina Kiener, stehe es jeder Partei frei, Richterinnen und Richter aus beliebigen Gründen nicht zur Wiederwahl zu empfehlen. Die Problematik liege «bei der Möglichkeit der Sanktionierung unliebsamen Verhaltens, insbesondere durch die Aufkündigung der Unterstützung für die Bestätigungswahl.»²⁶

Die Disziplinierung beschränkt sich in der Regel darauf, mit schlechten Wahlergebnissen ein Zeichen zu setzen. Rothmayer/Varone schliessen aus diesem Umstand, dass der Richterwahl dadurch ein Teil des politischen Charakters genommen werde und dies zur Unabhängigkeit des Bundesgerichts beitrage.²⁷ Dieser Schluss ist empirisch nicht belegt und hält einer wissenschaftlichen Überprüfung nicht stand. Die bisher einzige empirische Untersuchung zu diesem Thema (allerdings bezogen auf die Richterwahlen im Kanton Zürich) kommt zu einem anderen Schluss. Zwei Drittel der befragten Richterinnen und Richter waren der Meinung, dass sich bei entpolitisierter Richterbestellung der Gang der Justiz ändern und dass der Einfluss der politischen Parteien auf die Justiz verringert würde. «Dies stützt erheblich die Hypothese, dass zumindest die politischen Parteien mehrheitlich der Auffassung sind, den Urteilsinhalt in ihrem Sinne (und das dürfte i.d.R. heissen im Ordnungsinteresse der Staatsmacht) beeinflussen zu können.»²⁸

²⁵ VATTER, S. 512.

²⁶ KIENER, S. 274.

²⁷ ROTHMAYR ALLISON/VARONE, S. 227.

²⁸ LIVSCHITZ, S. 241.

3 Kritische Analyse des status quo

Als Massstab für eine kritische Beurteilung des oben dargestellten Auswahlprozesses der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, wird die Anforderung gewählt, welche von Regina Kiener an die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte gestellt wird.

«Gerichte sollen als *staatliche Behörden* über Unabhängigkeit und Selbständigkeit gegenüber den anderen Staatsorganen verfügen, die dort wirkenden Richterinnen und Richter als *Funktionsträger* in jene Position der Sicherheit und Distanz versetzt sein, die sachfremde Einwirkungen ausschliesst und ihnen nicht zuletzt jene Autorität vermittelt, die zur Anerkennung ihrer Entscheide durch die Betroffenen und die Rechtsgemeinschaft unabdingbar ist.»²⁹

Bei der Unabhängigkeit der Justiz geht es im Sinne der Gewaltentrennung um institutionelle «checks and balances», welche eine Mässigung der Staatsmacht und einen Schutz für die Freiheit des Einzelnen bewirken.³⁰ Es müsse, so Niklas Luhmann, der Richter «von der Rücksicht auf seine eigenen anderen Rollen entlastet werden, die ihn als Angehörigen einer bestimmten Familie oder Gesellschaftsschicht, [...] einer Partei [...] usw. zu bestimmten Entscheidungen motivieren könnten.»³¹

Es werden die folgenden drei Kritikpunkte näher angeschaut:

1. Auswahl durch Parteien
2. Wiederwahl alle sechs Jahre
3. Bezahlung einer Mandatssteuer an eine Partei

3.1 Auswahl durch Parteien

Es wird kritisiert, dass nur ein exklusiver Kreis von Parteiverantwortlichen die Ernennungen an das Bundesgericht unter sich ausmacht. In der Folge haben nur jene Personen eine Chance auf einen Richterposten am Bundesgericht, welche Mitglied einer Partei sind und von dieser dem Parlament vorgeschlagen werden.³² Dieser grosse Einfluss der Parteien ist vor allem vor dem Hintergrund der folgenden zwei Tatsachen interessant:

1. Parteimitglieder machen nur einen kleinen Anteil der Gesellschaft aus. Andreas Ladner schätzt auf der Grundlage verschiedener Studien, dass der Mitgliederanteil der Parteien bei rund fünf Prozent der Stimmberechtigten liegt.³³
2. Parteien geniessen keinen besonders guten Ruf. Im Global Corruption Barometer 2013 werden die politischen Parteien an erster Stelle auf der Liste der korruptesten

²⁹ KIENER, S. 225.

³⁰ SCHMID, S. 104.

³¹ LUHMANN, S. 64.

³² GLASER, S. 1252.

³³ LADNER, S. 379.

Institutionen aufgeführt.³⁴ Zudem zeigt die Untersuchung von Christoph Schwenkel, dass dort, wo eine Wahl von Richterinnen und Richtern durch das Volk vorgesehen ist, die Unabhängigkeit der kantonalen Gerichte von der Politik tendenziell höher eingeschätzt wird, als wenn diese Wahl durch das Parlament erfolgt.³⁵ Das lässt auf ein Misstrauen gegenüber Politikern bezüglich der Auswahl der Richterinnen und Richter schliessen.

Als Folge der Schlüsselstellung der in der Bundesversammlung vertretenen Parteien bei den Wahlen der Bundesrichterinnen und Bundesrichter gab es seit 1953 keinen parteilosen Bundesrichter mehr. Der letzte Parteilose wurde 1942 ans Bundesgericht gewählt.³⁶ Geht man davon aus, dass es auch unter den 95% Nicht-Parteimitgliedern sehr gute Juristinnen und Juristen gibt, wird klar, dass der heutige Auswahlprozess die Gesellschaft nur mangelhaft abbildet und wertvolle menschliche Ressourcen nicht nutzbar sind. Durch die obligatorische Parteimitgliedschaft, so die Kritik, werde das Demokratieprinzip verletzt, denn, so Mark Livschitz, die Tatsache, dass nur Parteimitglieder Richter werden können, biete keine Gewähr für die erwünschte Volkszugänglichkeit der Richterämter.³⁷

In der Lehre wird auch die gegenteilige Meinung vertreten. So begründet beispielsweise Regina Kiener die gemäss Rechtsstaatsprinzip unzulängliche Wahl und Wiederwahl der Richterinnen und Richter mit dem Demokratieprinzip.³⁸ Die Wahl durch das Parlament, so auch Adrian Vatter, Sorge für eine hohe demokratische Legitimation der obersten Richter. Zudem habe die proportionale Zusammensetzung der Bundesrichter den Vorteil, dass die verschiedenen politischen Grundhaltungen, Meinungen und Interessen entsprechend ihrer gesellschaftlichen Bedeutung in die Rechtsprechung einfliessen würden.³⁹ Noch prägnanter formuliert es Pierre Tschannen, der die formal-rechtliche Unabhängigkeit zwar auch als «prekär» beurteilt, aber der Meinung ist, der Parteienproporz habe nichts mit «Postenschacher» zu tun.⁴⁰ Auch Andreas Glaser sieht die an der parteipolitischen Zusammensetzung des Parlaments orientierte Vergabe der Richterstellen als Stärkung der demokratischen Legitimation, weil der Parteienproporz die gesellschaftlichen Kräfte angemessen widerspiegle.⁴¹ Implizit gehen die zitierten Autoren bei ihrer Argumentation davon aus, dass Parteien die Gesellschaft repräsentieren. Diese für obige Schlussfolgerungen zentrale Hypothese, wurde allerdings von keinem der Autoren empirisch überprüft. Fakten deuten in eine andere Richtung. Gemäss Andreas Ladner ist das Vertrauen in die politischen Parteien verglichen mit anderen gesellschaftlichen und

³⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, S. 16.

³⁵ SCHWENKEL, S. 40.

³⁶ RACIOPPI, Rz 7.

³⁷ LIVSCHITZ, S. 258.

³⁸ KIENER, S. 281.

³⁹ VATTER, S. 511.

⁴⁰ TSCHANNEN, S. 538.

⁴¹ GLASER, S. 1254.

politischen Institutionen gering und zudem weiterhin rückläufig.⁴² Ähnlich relativiert Adrian Vatter seine obige Aussage. «Gerade angesichts der Tatsache, dass sich heute ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung nicht mehr mit einer Partei identifiziert, wird durch das Festhalten an der Vertretung parteipolitischer Interessen am Bundesgericht die angestrebte gesellschaftliche Repräsentationsfunktion zunehmend weniger erfüllt.»⁴³ Es ist mit Mark Livschitz davon auszugehen, dass sich auf den Richterbänken die politische Elite kooptiert⁴⁴ und die Faktizität der Richterwahl der Voraussetzung der allgemeinen Zugänglichkeit nicht zu genügen vermag; «sie erweist sich insoweit als undemokratisch.»⁴⁵ Auch Michele Luminati stellt, wenn auch selten, bei seiner historischen Betrachtung der Besetzung der Bundesrichterämter «dynastische Tendenzen» fest.⁴⁶ Dies hat zur logischen Konsequenz, dass eine Gesellschaftsgruppe, welche im Parlament unterrepräsentiert ist, in der Regel auch am Bundesgericht unterrepräsentiert ist. So bleibt beispielsweise die Unterrepräsentation der Frauen am Bundesgericht ausgeprägt.⁴⁷

Ein wesentlicher Punkt, der in der Lehre in diesem Zusammenhang kaum diskutiert wird, ist, dass immer davon ausgegangen wird, dass das vom Volk gewählte Parlament entscheidet, wer an das Bundesgericht gewählt werden soll. Formell ist das richtig. Aber wie Gerhard Schmid treffend schreibt: «Mit dem starken Einfluss der Parteien rückt die Frage, wer formell Wahlorgan der Richterinnen und Richter ist, etwas in den Hintergrund.»⁴⁸ Dies heisst wiederum nichts anderes, als dass die in den Parteizentralen getroffenen Entscheide nur eingeschränkt als demokratisch legitimiert beurteilt werden können. Man kommt somit auch mit Blick auf diese Tatsache zur gleichen Schlussfolgerung wie Mark Livschitz oben: die Bundesrichterwahl erweist sich heute als undemokratisch.

3.2 Wiederwahl

Die Wiederwahl der Judikative durch die Legislative alle sechs Jahre führt zu einem Abhängigkeitsverhältnis der einen von der anderen Staatsgewalt, was dem Prinzip der Gewaltentrennung widerspricht. In seiner empirischen Untersuchung zu den Richterwahlen im Kanton Zürich kommt Mark Livschitz zum Schluss, dass die Hälfte der befragten Richter der Meinung sei, «das Richterwahlsystem ermögliche einen Einfluss politischer Interessen auf die Urteile.»⁴⁹ Aus Erfahrung als Richterin am Europäischen Gerichtshof sieht auch Helen Keller die Problematik der Wiederwahlpraxis, vor allem dann, wenn Richter in ihrer Urteilsbegründung

⁴² LADNER, S. 377.

⁴³ VATTER, S. 512.

⁴⁴ LIVSCHITZ, S. 255.

⁴⁵ LIVSCHITZ, S. 258.

⁴⁶ LUMINATI, Forschung, S. 201.

⁴⁷ ROTHMAYR ALLISON/VARONE, S. 227.

⁴⁸ SCHMID, S. 109.

⁴⁹ SCHUHMACHER/STREBEL, S. 8.

nicht die Parteiinteressen vertreten würden. Transparenz, Unabhängigkeit und Wiederwahl verträgen sich nicht: «Ist ein Richter transparent und unabhängig, so verträgt sich dies nicht unbedingt mit seiner Wiederwahl. Schaut aber ein Richter auf seine Wiederwahl, so ist seine Unabhängigkeit und jene der Institution gefährdet.»⁵⁰ Dies bestätigt alt Bundesrichter Niccolo Raselli: «Die politischen Parteien versuchen, Einfluss auf die Rechtsprechung zu nehmen. Das tun sie nicht bei der Wahl eines Richters durch die Bundesversammlung, sondern über die Wiederwahl nach sechs Jahren.»⁵¹

Adrian Vatter zitiert diesbezüglich eine Untersuchung von Lars P. Feld und Stefan Voigt, welche 2003 in einem internationalen Vergleich in Bezug auf die formal-rechtliche Unabhängigkeit der Justiz gegenüber den anderen Gewalten die Schweiz auf Rang 62 von 70 Rängen setzen. Die Unabhängigkeit im realen Alltag der Richterinnen und Richter stufen die Autoren hingegen viel besser ein und positionieren die Schweiz in den vordersten Rängen. Der Grund liege vor allem in der faktisch sehr langen Amtsdauer der Bundesrichter.⁵² Denn die Autoren der Studie kodieren für die Ermittlung der realen Unabhängigkeit die effektive durchschnittliche Amtsdauer der obersten Richter über die letzten 40 Jahre.⁵³ Dieser behauptete Zusammenhang ist allerdings kritisch zu hinterfragen. Die lange Amtsdauer ist untauglich, um damit eine Ursache-Wirkung-Beziehung zu beweisen. Genauso untauglich wäre die Behauptung, die Wirkung der aktiven Bestechung der Politiker durch die Richter sei belegt, weil diese in der Regel von jenen wiedergewählt würden.

Andreas Glaser begründet seine Ansicht, die richterliche Unabhängigkeit sei nicht gefährdet, mit einem Blick in die Verfassung. Mit Verweis auf Art. 191c BV und Art. 30 Abs. 1, Satz 1 BV stellt er fest: «Würden die Wahl und die Wiederwahl des Bundesgerichts durch das Parlament nach dem Parteienschlüssel dessen Unabhängigkeit strukturell untergraben, müssten sich die beiden genannten Verfassungsbestimmungen als toter Buchstabe erweisen.»⁵⁴ Diese Argumentation ist ebenfalls schwer nachvollziehbar. Diese Werte sind in der Verfassung verankert, weil man sie *anstrebt*, nicht weil sie *gegeben* sind. So schreiben denn auch Pascal Mahon und Roxane Schaller, dass die Tatsache, dass sich ein Richter damit konfrontiert sehe, wiedergewählt werden zu müssen, mit dem Risiko verbunden sei, seine Unabhängigkeit zu beeinträchtigen, «puisque'il pourrait être tenté de rendre des décisions influencées par les forces politiques qui le soutiennent afin d'assurer sa réélection.»⁵⁵ Dabei handelt es sich bei einer Abwahl um einen reinen Ermessensentscheid der Wahlbehörde, ohne jegliche Begründungspflicht.⁵⁶

⁵⁰ ZURKINDEN ARTHUR, Fremde Richterin wird Ehrendoktor <www.freiburger-nachrichten.ch/kanton/fremde-richterin-wird-ehrendoktor> (besucht am 23.11.2018).

⁵¹ GJON/SCHUHMACHER, S. 7.

⁵² VATTER, S. 513.

⁵³ VOIGT/GUTMANN/FELD, Rz 22.

⁵⁴ GLASER, 1253 f.

⁵⁵ MAHON/SCHALLER, Rz 32.

⁵⁶ MAHON/SCHALLER, Rz 32.

Obwohl in der Praxis Entgleisungen selten blieben, so Regina Kiener in ihrer Analyse der richterlichen Unabhängigkeit, sei das in der Schweiz gepflegte System der Wiederwahl mit Blick auf die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz verbesserungsbedürftig.⁵⁷ Die Unabhängigkeit der Justiz sei nicht sichergestellt, solange Richterinnen und Richter durch unbegründete Amtenhebungen für ihre Rechtsprechung sanktioniert oder auf eine bestimmte Rechtsprechung hin manipuliert werden könnten.⁵⁸ Deshalb mehrten sich die Stimmen, so Regina Kiener, «die zur Sicherstellung der richterlichen Unabhängigkeit eine Abkehr vom System kurzer Amtsdauern mit Wiederwählerfordernis und statt dessen eine feste Amtsdauer bis zum altersbedingten Rücktritt verlangen.»⁵⁹ Eine feste, im Voraus gesetzlich bestimmte, nicht änderbare Dauer des richterlichen Mandats sei konstitutiv für die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz; dies verlangten auch die Mindeststandards der menschenrechtlichen Gerichtsgarantien.⁶⁰ Zudem, so Peter Diggelmann, vertrage sich die periodische Wiederwahl auch nicht mit der Kompetenz des Gerichts, «über die Gültigkeit der von ihrer Wahlbehörde erlassenen Gesetze zu entscheiden.»⁶¹

Die Abschaffung der Wiederwahl wird seit Jahren auch durch den langjährigen Bundesgerichtskorrespondenten Markus Felber in der Presse und bei öffentlichen Auftritten gefordert.⁶² Dies würde das einseitige Machtverhältnis zugunsten der Legislative verschieben und der Legislative mehr Unabhängigkeit geben. Eine Unabhängigkeit, welche aus machtpolitischen Gründen von den Gründervätern der Eidgenossenschaft nicht gewollt war, wie Michele Luminati schreibt: «The liberal-minded founding fathers were not interested in paving the way for a strong and independent Third Power.»⁶³ Entsprechend haben sie entgegen dem Prinzip der Gewaltentrennung das Machtverhältnis zugunsten der Legislative in der Verfassung verankert. Allerdings ist diese Machtballung nicht mehr zeitgemäss und entsprechend wird von der GRECO im vierten Evaluationsbericht empfohlen, die Änderung oder Aufhebung des Wiederwahlverfahrens für die Richter der Gerichte des Bundes durch die Bundesversammlung zu prüfen.⁶⁴

⁵⁷ KIENER, S. 287.

⁵⁸ KIENER, S. 279.

⁵⁹ KIENER, S. 288.

⁶⁰ KIENER, S. 279 f.

⁶¹ DIGGELMANN, S. 344, Rz 34.

⁶² FELBER MARKUS, Die richterliche Unabhängigkeit aus Sicht des Beobachters, Referat für die Leuenbergertagung der Basellandschaftlichen Richtervereinigung am 17. Juni 2005, <www.justizkommunikation.ch/images/pdf/Die_richterliche_Unabhangigkeit_2005.pdf>, S. 6.

⁶³ LUMINATI, Supreme Courts, S. 139.

⁶⁴ GRECO, S. 31.

3.3 Mandatssteuer

Giuliano Racioppi, Kritiker und selbst Zahler der Mandatssteuer, verlangt, dass die Zahlungen von Richterinnen und Richtern an Parteien (über den ordentlichen Mitgliederbeitrag hinaus) zu verbieten seien. Damit würde auch die Empfehlung der GRECO umgesetzt, die ausdrücklich die Mandatssteuer abgeschafft sehen wolle.⁶⁵ So empfiehlt die GRECO, «die Praxis aufzugeben, wonach Richter der eidgenössischen Gerichte einen fixen oder prozentualen Anteil ihres Gehalts den politischen Parteien abgeben».⁶⁶

Racioppi beurteilt die Mandatssteuer als strafrechtliches Verhalten im Sinne von Art. 312 StGB. Ein Parlamentarier, der ein Amt innehat, fordere für einen Dritten (seine Partei) einen Vorteil. «Nur unter dieser Bedingung wird der Richter gewählt. Dies erfüllt gemäss verschiedenen Autoren den Straftatbestand des Amtsmissbrauchs.»⁶⁷ Er ist zudem der Meinung, dass auch der Straftatbestand der passiven Bestechung gemäss Art. 322^{quater} StGB erfüllt sein könnte.⁶⁸ Er sieht durch die Mandatssteuer «die richterliche Unabhängigkeit in objektiver Hinsicht tangiert».⁶⁹ Dieser Tatbestand dürfte, falls allgemein bekannt, das Vertrauen in die Justiz wesentlich beeinflussen. Racioppi zitiert diesbezüglich den englischen Rechtsgrundsatz: «justice must not only be done: it must also be seen to be done». Es gehe «um den objektiven Anschein der Unabhängigkeit, um den äusseren Eindruck eines Dritten.»⁷⁰

Neuerdings fordert auch die Richtervereinigung die Abschaffung der Mandatssteuer. Diese sei nach Auffassung der Richtervereinigung nicht länger tragbar, erklärte Patrick Guidon, Präsident der SVR.⁷¹

⁶⁵ RACIOPPI, Rz 95.

⁶⁶ GRECO, S. 31.

⁶⁷ GIAN/SCHUMACHER, S. 11.

⁶⁸ RACIOPPI, Rz 77.

⁶⁹ RACIOPPI, Rz 86.

⁷⁰ RACIOPPI, Rz 84.

⁷¹ GERNY DANIEL, Richter wollen Parteisteuer abschaffen, in: NZZ 11.12.2018, <<https://www.nzz.ch/schweiz/parteisteuer-richter-wollen-umstrittene-abgabe-abschaffen-ld.1442060>> (besucht am 11.12.2018).

4 Reformvorschläge der Justiz-Initiative

Bevor auf alternative Vorschläge zur Bestimmung von Bundesrichterinnen und Bundesrichter eingegangen wird, werden Kriterien aufgelistet, welchen solche Vorschläge genügen müssen, um in der Lehre und Praxis Anerkennung zu finden, weil sie demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Regina Kiener nennt drei Kriterien, welche die institutionelle Unabhängigkeit sicherstellen:

- Das Wahlorgan soll den Gewählten **grösstmögliche Legitimation** in der Rechtsgemeinschaft vermitteln, aber gleichzeitig
- **sachgerechte Auswahlkriterien** beachten und
- einem **transparenten Wahlverfahren** folgen.⁷²
- Die **Unabhängigkeit des Richtergremiums vom Wahlgremium** wird als viertes Kriterium zu dieser Liste hinzugefügt.

Die am 15. Mai 2018 bei der Bundeskanzlei eingereichte «Eidgenössische Volksinitiative zur Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)», schlägt Lösungen für alle aufgeworfenen Kritikpunkte vor. Die Vorschläge werden im Folgenden kritisch behandelt und wo vorhanden, mit alternativen Vorschlägen verglichen.

4.1 Auswahl durch Fachkommission

Es ist unbestritten, dass es von Vorteil ist, wenn Bundesrichterinnen und Bundesrichter juristische Kenntnisse von möglichst hoher Qualität aufweisen, obwohl die Qualifikation keine gesetzlich vorgeschriebene Anforderung ist. Eine Fachkommission, welche die Qualifikation der Kandidierenden überprüft, kann zur Qualität der Gerichte beitragen. Tritt die Qualität in den Vordergrund, muss die Parteizugehörigkeit in den Hintergrund treten. Beispielhaft sei hier Lucius Dürr, ehemaliger Präsident der interfraktionellen Kommission IFK des Zürcher Kantonsparlaments, zitiert, welcher ein Nominations-Gremium vorschlug, bei dem eine allfällige Parteizugehörigkeit bei den Bewerbungen nicht erwähnt und somit auch nicht berücksichtigt würde.⁷³ Auch Marc Livschitz empfiehlt eine öffentliche Ausschreibung, die dazu führen könnte, dass sich vermehrt parteilose und juristisch qualifizierte Kandidatinnen und Kandidaten melden, was wiederum zu einer unabhängigeren und besseren Justiz führen würde.⁷⁴ Neben der Öffnung des Bewerbungsprozesses muss die Frage geklärt werden, wie die Vorschläge der Fachkommission behandelt werden sollen. Grundsätzlich sind drei Varianten denkbar:

⁷² KIENER, 262 f.

⁷³ HÜRLIMANN BRIGITTE, Richterstellen vom Parteibuch abkoppeln, in: NZZ vom 31.12.2009, <https://www.nzz.ch/richterstellen_vom_parteibuch_abkoppeln-1.4404968> (besucht am 8.11.2018).

⁷⁴ SCHUHMACHER/STREBEL, S. 10.

- a) Die Fachkommission einigt sich auf die qualifizierteste Kandidatin oder den qualifiziertesten Kandidaten. Diese Person wird direkt in das Amt eingesetzt.
- b) Die Fachkommission schlägt die qualifiziertesten Kandidatinnen und Kandidaten vor. Die Wahl wird jedoch von einem anderen Gremium (zum Beispiel der Bundesversammlung) vorgenommen.
- c) Die Fachkommission schlägt die qualifiziertesten Kandidatinnen und Kandidaten vor. Wer von diesen die Stelle besetzen wird, wird durch das Los bestimmt.

Im Folgenden wird die Lösung c), welche von der Justiz-Initiative gewählt wurde, beschrieben. Im nachfolgenden Abschnitt (4.1.2) werden die Vor- und Nachteile gegenüber den anderen beiden Lösungen diskutiert.

4.1.1 Beschreibung

Die Justiz-Initiative nutzt die Fachkommission als Garant für die Qualität der Kandidierenden, welche für das Amt in Frage kommen. Art. 188a Abs. 3 (neu) sieht vor, dass die Mitglieder der Fachkommission vom Bundesrat für eine einmalige Amtsdauer von 12 Jahren gewählt werden. Die Mitglieder müssen in ihrer Tätigkeit von Behörden und politischen Organisationen unabhängig sein. Damit soll sowohl die demokratische Legitimation des Gremiums, als auch dessen Unabhängigkeit von politischen Parteien und Behörden garantiert werden.

Die Fachkommission entscheidet über die Zulassung zum Losverfahren gemäss Art. 188a Abs. 2 (neu) ausschliesslich aufgrund von objektiven Kriterien der fachlichen und persönlichen Eignung für das Amt als Richterin oder Richter des Bundesgerichts.

Wer dieses Kriterium erfüllt, kommt in das Los und hat somit die vorletzte Stufe im Losverfahren erreicht.

4.1.2 Kritik an der Fachkommission

Ein erster Kritikpunkt betrifft die Rolle, welche der Fachkommission zukommt. Warum soll diese hochkarätige Kommission nicht gleich die beste Kandidatin, den besten Kandidaten zum neuen Mitglied des Bundesgerichts ernennen? Warum soll, wenn sich das Gremium einig darüber ist, dass eine Kandidatin aus allen andern herausragt, diese noch mit andern in das Los, mit dem Risiko, dann doch nicht gewählt zu werden. Dieser Kritik kann folgendes entgegengehalten werden:

- a) Die demokratische Legitimation des Fachgremiums ist zwar indirekt via Bundesrat vorhanden. Man kann jedoch die Ansicht vertreten, dass die Legitimation über drei Stufen (Volk, Parlament, Bundesrat) zu schwach sei, um einen endgültigen Entscheid zu fällen.
- b) Es wäre nach wie vor eine unerwünschte Einflussnahme auf den Ernennungsentscheid möglich (von schwacher Beeinflussung bis zu Bestechung, Erpressung, Drohung).

- c) Stärken und Schwächen von Kandidatinnen und Kandidaten sind in der Summe schwer vergleichbar. Entsprechend unzulänglich sind im Personalrekrutierungsprozess solche Entscheide. In der Regel ist nicht ein einziger Kandidat oder eine einzige Kandidatin bei allen Kriterien herausragend.

Würde eine solche Kommission direkt entscheiden, so Mark Livschitz, müsste der Entscheidungsprozess der Fachkommission in jedem Fall transparent sein und mit einer Begründungspflicht kombiniert werden.⁷⁵

Andreas Glaser kritisiert, dass die Initiative gegen die Entscheidungen der Fachkommission keine Rechtsmittel vorsehe. «Die Grundrechtsbindung der staatliche Aufgaben wahrnehmenden Fachkommission gemäss Art. 35 Abs. 1 BV liefe faktisch leer.»⁷⁶ Dieser Kritik hält Bernhard Rütsche entgegen, dass der Bundesgesetzgeber bei der Umsetzung der Initiative ohne weiteres ein Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Fachkommission vorsehen und somit die Grundrechtsbindung gewährleisten könne. Die Initiative müsse dies nicht explizit vorsehen.⁷⁷

4.2 *Bestimmung durch Losverfahren*

Das Los wird bereits bei Montesquieu als demokratisches Verfahren qualifiziert. « Le Suffrage par le Sort est de la nature de la Démocratie ; le Suffrage par Choix est de celle de l'Aristocratie. »⁷⁸ Das zentrale Ziel eines Losverfahrens, wie es bereits von den alten Griechen eingesetzt wurde, ist es, den persönlichen Einfluss auf den Ernennungsprozess zu neutralisieren.⁷⁹ David van Reybrouck weist denn auch darauf hin, dass Wahlen «nie als demokratisches Instrument gedacht gewesen sind».⁸⁰

Das Losverfahren, so Benjamin Schindler, diene bereits in der alten Eidgenossenschaft als wichtiges Instrument, um verkrustete Herrschaftsstrukturen aufzuweichen. Ohne familiäre Beziehungen sei eine Kandidatur chancenlos gewesen. Deshalb sei das Wahlverfahren zunehmend mit Losentscheiden kombiniert worden. So wurden in Glarus aus allen Teilen des Gebiets Personen ins Los gewählt und dann in einem zweiten Schritt durch das Los für das Amt ausgelost. So konnten unerwünschte Beeinflussungsversuche erschwert werden. Zudem «erhielten auch Bewerber eine Chance, die aus weniger einflussreichen Familien oder Landesteilen stammten.»⁸¹

⁷⁵ Gespräch mit LIVSCHITZ MARK vom 24.1.2019.

⁷⁶ GLASER, S. 1259.

⁷⁷ RÜTSCHKE BERNHARD, Mail 20.10.2018.

⁷⁸ MONTESQUIEU, Band 1, Buch II, Kap. 2, S. 21.

⁷⁹ VAN REYBROUCK, S. 69.

⁸⁰ VAN REYBROUCK, S. 99.

⁸¹ SCHINDLER, S. 617.

4.2.1 Beschreibung

Art. 188a Abs. 1 BV (neu) verlangt, dass die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts im Losverfahren bestimmt werden. Grundsätzlich kommt so das Zufallsprinzip zum Tragen, was gemäss statistischer Wahrscheinlichkeit zu einer Verteilung der Richterposten führt, welche die verschiedenen gesellschaftlichen Strömungen, Meinungen und Einstellungen besser repräsentiert als das heutige System.

Allerdings gibt es **ein** Kriterium, nämlich die Sprache, welche aus praktischen Gründen auf die Bedürfnisse der Gerichtsorganisation abgestimmt sein muss, da jede und jeder das Bundesgericht in der eigenen Landessprache angehen kann und entsprechend von Richterinnen und Richtern beurteilt werden muss, welche diese Landessprache beherrschen. Alle anderen gesellschaftlichen Kriterien sind praktisch von untergeordneter Bedeutung. Statistische Abweichungen sind hinzunehmen. Dies schon aus dem lapidaren Grund, weil es sehr viel mehr bedeutsame Kriterien gibt, als es Bundesrichterstellen gibt. Schon nur das Erfordernis, dass aus jedem Kanton ein Mann und eine Frau an das Bundesgericht ernannt werden müssten, scheitert an der zur Verfügung stehenden Zahl von derzeit 38 Stellen. Kommen weitere Kriterien hinzu wie sexuelle Orientierung, Einstellungen zu wichtigen politischen Fragen usw., wird schnell ersichtlich, dass das Richtergremium immer nur ein begrenztes Abbild der Gesellschaft darstellt.

4.2.2 Kritik am Losverfahren

Das Losverfahren ist ein demokratisches Instrument, weil es die Chancengleichheit aller Bürgerinnen und Bürger garantiert und den Einfluss von Geld und Macht im demokratischen Prozess zurückbindet. Die Untersuchung von Christoph Schwenkel zeigt allerdings, dass die Volkswahl der Richterinnen und Richter einer der signifikanten Erklärungsfaktoren für das Vertrauen in die Justiz ist.⁸²

Es stellt sich deshalb die Frage, weshalb das eher ungewohnte Instrument des Losverfahrens der Volkswahl vorgezogen wird, welche gemäss Schwenkel einen positiven Einfluss auf die Beurteilung der Unabhängigkeit der Gerichte hat und damit zum Vertrauen in die Justiz beitragen kann.⁸³ Die Antwort darauf ist eine Hypothese: Die Bevölkerung ist sich nicht bewusst, dass bei einer Volkswahl Macht und finanzielle Mittel eine zentrale Rolle spielen würden, was wiederum eine grosse Abhängigkeit der Richterinnen und Richter gegenüber jenen Kreisen bedeuten würde, welche deren Wahlkampf finanziert haben. Gemäss Regina Kiener sind Wahlverfahren so auszugestalten, «dass die richterliche Unabhängigkeit optimale Nachachtung erfährt; Kampfwahlen sind deshalb zu vermeiden, und dies nicht allein deshalb, weil

⁸² SCHWENKEL, S. 30.

⁸³ SCHWENKEL, S. 41.

Popularitätsfähigkeit und Richterqualitäten nicht zwingend den selben Regeln folgen.»⁸⁴ Ähnlich argumentiert Bundesgerichtspräsident Ulrich Meyer, welcher der Meinung ist, die Personalisierung der Justiz würde letztlich ihr Ende bedeuten, weil dies der Unterschied zwischen Recht und Politik sei: «Diese lebt von charismatischen Persönlichkeiten, wogegen der Richter allein dem Recht verpflichtet ist, ohne Ansehen der Person.»⁸⁵ Hier besteht somit ein Widerspruch, zwischen den materiellen Anforderungen an eine unabhängige Richterwahl und der Einschätzung der Bevölkerung bezüglich der Auswirkungen der Volkswahl. Die mit einer grossen Zahl von Personen geführten Gespräche deuten generell auf ein grosses Unwissen bezüglich des Richterwahlprozesses hin.

Kritisiert wird am Losverfahren, dass dieses dazu führen könnte, dass nur noch Exponenten der einen Partei Bundesrichter wären oder nur noch Männer. Wird ein solches Gedankenexperiment auf seine Wahrscheinlichkeit überprüft, wird klar, dass dies faktisch unmöglich wäre. Das Risiko, dass zum Beispiel nur Männer oder nur Frauen ausgelost würden, läge ungefähr bei 0,5³⁸, also nahe bei null.

4.3 Abschaffung der Wiederwahl

In der Literatur wird als Lösung für das Problem der durch das Wiederwählerfordernis verursachten Bedrohung der Unabhängigkeit regelmässig die Ersetzung durch ein System mit fester Amtsdauer bis zum altersbedingten Rücktritt vorgeschlagen.⁸⁶ Damit werde die Abhängigkeit von den politischen Parteien verringert, da jegliches Drohpotenzial der Abwahl entfalle.⁸⁷

Nach Kiener ist eine feste, im Voraus gesetzlich bestimmte und nicht änderbare Dauer des richterlichen Mandats ein konstitutives Element der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz. Dies verlangten auch die Mindeststandards der menschenrechtlichen Gerichtsgarantien.⁸⁸

Daraus schliesst Kiener, dass jene Richterinnen und Richter hinreichend abgesichert sind, «die auf eine einmalige, dafür relativ lange Amtsdauer ohne Möglichkeit der Verlängerung oder Wiederwahl eingesetzt sind.»⁸⁹

Der Verzicht auf eine Wiederwahl ist noch aus einem zweiten Grund von zentraler Bedeutung. Wird ein Ernennungsverfahren eingeführt, welches die Unabhängigkeit von Politik und Institutionen garantiert, würde durch ein Wiederwahlverfahren der Effekt dieser Massnahme

⁸⁴ KIENER, S. 278.

⁸⁵ FONTANA KATHARINA, Mit Politik hat das nichts zu tun. Haben in der Schweiz Volk und Parlament das letzte Wort, oder ist es die Justiz? Welche Rolle soll das Bundesgericht in der Schweizer Demokratie wahrnehmen? Ein Gespräch mit seinem Präsidenten Ulrich Meyer, in: Weltwoche 16.5.2018, <<https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2018-20/artikel/mit-moral-hat-das-nichts-zu-tun-die-weltwoche-ausgabe-20-2018.html>> (besucht am 8.2.2019).

⁸⁶ GLASER, S. 1255.

⁸⁷ GLASER, 1255.

⁸⁸ KIENER, 279f.

⁸⁹ KIENER, S. 280.

aufgehoben. Eine echte Gewaltentrennung kann erst durch die Abschaffung der Wiederwahl kann eine erreicht werden.

4.3.1 Beschreibung

Die Justiz-Initiative schlägt mit Art. 145 Satz 2 BV (neu) vor, dass die Amtsdauer der Bundesrichterinnen und Bundesrichter fünf Jahre nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters endet. Eine Amtsenthebung einer Bundesrichterin oder eines Bundesrichters ist gemäss Art. 145 Abs. 2 (neu) nur bei einer schweren Amtspflichtverletzung oder Amtsunfähigkeit möglich; auf Antrag des Bundesrates und durch Mehrheitsentscheid der Vereinigten Bundesversammlung. Mit der Justiz-Initiative würde auch die Forderung nach Abschaffung der Mandatssteuer erfüllt, denn durch den Wegfall der Wiederwahl⁹⁰ hätten die Parteien kein Druckmittel mehr, die Mandatssteuer einzufordern.

4.3.2 Kritik an der Amtsdauer bis zur Pensionierung

Das System einer einmaligen, dafür relativ langen Amtsdauer ohne Möglichkeit der Verlängerung oder Wiederwahl ist gemäss Regina Kiener in Europa vor allem für die Mitglieder von Verfassungsgerichten üblich.⁹¹ Allerdings gibt es auch kritische Stimmen, welche die Wahl und damit die Kontrolle der Gerichte durch die Politik befürworten. So schreibt Andreas Glaser, dass durch die gestärkte richterliche Unabhängigkeit eine Einbusse an demokratischer Legitimation hinzunehmen sei.⁹² Dem ist insofern zuzustimmen, als das Rechtsstaatsprinzip immer auch ein Gegengewicht zum Demokratieprinzip bildet, um Willkür der Mehrheit gegenüber den Einzelnen oder einer Minderheit zu verhindern. Kritisch wäre die Feststellung von Glaser deshalb nur, wenn nicht das Volk demokratisch über die Anpassung des rechtsstaatlichen Ernennungsprozesses entscheiden könnte.

Glaser bemängelt zudem eine konzeptionelle Unstimmigkeit beim Abberufungsverfahren und eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit. Bernhard Rüttsche, vertritt demgegenüber die Auffassung, dass eine Amtsenthebung einerseits an klare Kriterien gebunden sein müsse, in concreto schwere Amtspflichtverletzung oder Amtsunfähigkeit (Art. 145 Abs. 2) und andererseits der Entscheid von einem Organ zu treffen sei, welches eine noch höhere Legitimation als das Bundesgericht aufweise. Dies könne nur das Parlament sein, «da das Parlament kein Aufsichtsorgan über sich hat.»⁹³

Eine Amtszeit bis zur Pensionierung bietet Schutz vor Korruption, weil Richterinnen und Richter nach ihrer Amtszeit nicht aus wirtschaftlichen Gründen auf eine berufliche Beschäftigung

⁹⁰ Art. 145 Abs. 1 BV (neu).

⁹¹ KIENER, S. 280.

⁹² GLASER, S. 1255.

⁹³ RÜTSCHKE BERNHARD, Mail 20.10.2018.

angewiesen sind. Rainer J. Schweizer sieht darin allerdings auch die Gefahr von zum Teil sehr langen Amtsdauern. Unzweifelhaft können Personen, welche über Jahrzehnte das gleiche Amt besetzen, an Motivation verlieren. Er schlägt deshalb vor, dass Bundesrichterinnen und Bundesrichter zumindest nach einer gewissen Anzahl von Jahren die Kammer wechseln müssten.⁹⁴

5 Schlussfolgerungen

Als Schlussfolgerung werden tabellarisch die Vorschläge der Justiz-Initiative den unter Abschnitt 4 aufgeführten Kriterien zur Sicherstellung der in der Bundesverfassung geforderten unabhängigen Justiz gegenübergestellt.

Kriterium	Erfüllung durch Justiz-Initiative
Vermittlung grösstmöglicher Legitimation durch Wahlorgan	Gegeben durch Ernennung der Fachkommission durch Bundesrat und demokratisches Losverfahren
Sachgerechte Auswahlkriterien	Gegeben durch Fachkommission
Transparentes Wahlverfahren	Gegeben durch öffentliche Ausschreibung mit Kriterienkatalog und öffentliches Losverfahren
Unabhängigkeit des Richtergremiums vom Wahlgremium	Gegeben durch Losverfahren, welches jeglichen persönlichen Einfluss verhindert

Es ist zu erwarten, dass durch die Umsetzung der Justiz-Initiative sowohl das Rechtsstaatsprinzip als auch das Demokratieprinzip und damit das Vertrauen in die Justiz gestärkt werden.

Sicher wird die Unabhängigkeit des Bundesgerichts gestärkt, weil es nicht mehr möglich sein wird, ganz bestimmte Personen mit Geld und Beziehungen in das Amt zu befördern. Zudem wird es nicht mehr möglich mit der Drohung einer Abwahl Richterinnen und Richter implizit oder explizit unter Druck zu setzen.

⁹⁴ Gespräch mit SCHWEIZER RAINER J., 14.1.2019.