

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	138 (2019)
Artikel:	Das Richterbild in der Schweiz : richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand
Autor:	Luminati, Michele / Contarini, Filippo
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-1052956

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand

MICHELE LUMINATI^{*}/FILIPPO CONTARINI^{**}

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie an der Universität Luzern, Direktor am Institut für Juristische Grundlagen – *lucernaiuris* an der Universität Luzern. Für ihre wertvolle Mithilfe bei der Ausarbeitung der vorliegenden Abhandlung danken wir Sandra Achermann (studentische Hilfskraft), Christian Puricel (RA MLaw, wiss. Assistent), Silvan Schenkel (MLaw, wiss. Assistent) und Giulia Walter (BLaw, Hilfsassistentin).

** MLaw, wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie an der Universität Luzern, Doktorand (Dissertationsprojekt: La giuria (post)moderna. Studio sulle aspettative riposte nella magistratura penale popolare in Svizzera dal punto di vista della teoria dei sistemi).

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	204
I. Präsidiale Erklärung	204
II. Untersuchungsgegenstand	205
III. Methodische Überlegungen	206
B. Richterbild und richterliche Unabhängigkeit: Der Standpunkt der Verfassungslehre	210
I. Art. 191c BV und seine Auslegung – ein kurзорischer Überblick	210
II. Kontinuitätslinien: von Kurt Eichenberger zu Regina Kiener	212
1. Richterpersönlichkeit	213
2. Richter(aus)wahl	217
3. Laienrichter	220
III. Zwischenergebnis	222
C. Die Laienrichter: der steinerne Gast	223
I. Die Laienrichter als Herausforderung für die Schweizer Juristinnen	223
1. Die Ursprünge der Schweizer Tradition der Laienrichter	223
2. Kellers Scheitern in Zürich	224
3. Unterschiedliche Strategien der gelehrten Juristen zur Erlangung der Kontrolle über den Rechtsstaat	226
a. Die Kompromissbereitschaft des Anwaltes Jonas Furrer, erster Bundespräsident	226
b. Die anfängliche Skepsis gegen die Geschworenen und ihre Instrumentalisierung gegen die Laienrichter	228
c. Die Anerkennung des Laienrichters als tragender Bestandteil des ZGB	230
II. Das Fortbestehen der Laienrichter im Schweizer Recht	231
1. Wer und wo sind Laienrichter?	231
2. Die Abschaffung der Geschworenen durch die Beibehaltung der Laienrichter?	233
3. Die bundesgerichtliche Bestätigung des Laienrichtertums	235
III. Die Verfahrensgarantien als neues Mass der Richterlegitimation	236
1. Die Abschaffung der Laiengerichtsbarkeit im Kanton Zürich	236
2. Fairness des Verfahrens und Profirichter	237
IV. Sind Laienrichter leichter beeinflusbar?	238
V. Zwischenergebnis	241
D. Die Innensicht: richterliche Selbstbeschreibungen	242
I. Die Bedeutung richterlicher Selbstbeschreibungen	242
II. Die schweizerische Tradition richterlicher Selbstbeschreibung – ein Florilegium	243
III. Zeichen des Umbruchs: das Hervortreten der Richterpersönlichkeit	248
IV. Und die Richterin?	254
V. Organisierter Diskurs	256
1. Veränderter Diskursrahmen	256
2. Die Richterin als Manager	259
3. Der Richter als Kommunikator: der erhabene Löwe?	262
4. Richter und/oder Mediatorin?	264
5. E-Justice – Kommt endlich der Subsumtionsautomat?	268
6. Richter und Politik	271
VI. Zwischenergebnis	275

E. Stimmen und Geräusche aus der <i>Blackbox</i> – Richter(aus)wahl und Richterbild	276
I. Bisherige empirische Studien	276
II. Die Bundesrichterwahlen	280
1. Wahlvorbereitung: von den informellen Absprachen bis zur Gerichtskommission	280
2. Wahldiskussionen	282
3. Politische Anforderungsprofile und Richterbiographien	285
III. Zwischenergebnis	287
F. Schlussfolgerungen	288

A. Einleitung

I. Präsidiale Erklärung

«Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit finden sich zunächst ausserhalb der Gerichte. Ohne *Wahl* und ohne *Wiederwahl* – ohne diesen, wie mein früherer Kollege im Amt des Abteilungspräsidenten, Herr alt Bundesrichter Rudolf Ursprung so treffend formulierte, ohne diesen *<demokratischen Adelsschlag>* wird und bleibt man oder frau in der Schweiz nicht Richter oder Richterin. *Was bedeutet er?* Zu Beginn, dann alle sechs Jahre und für jede Einsetzung in präsidiale oder vizepräsidiale Funktion holt man oder frau sich beim Parlament die *demokratische Legitimation*, das Richteramt anzutreten oder weiterhin auszuüben, ein *Ritterschlag*, den ich seit 1986 zwölfmal empfing (mein Kopf ist ganz zerbeult). Hängt die schweizerische Gerichtsbarkeit somit am Rocksaum von Mutter Helvetia, der Vereinigten Bundesversammlung als der obersten Gewalt im Staate? Ist das Bundesgericht, sind die eidgenössischen Gerichte deswegen *in der Rechtsprechung abhängig von der Politik? Mitnichten!* Wir brauchen uns nicht vor ausländischen Modellen zu verstecken, selbst wenn die Groupe d’Etats contre la corruption (GRECO), eine Staatengruppe des Europarates, sie uns als Vorbilder hinstellt. Was die Leute von GRECO nicht begreifen – obwohl ich es ihnen doch anlässlich ihres Besuches vom 1. Juni 2016 am Bundesgericht erklärt hatte –, ist, dass Unabhängigkeit der Gerichte durch Respekt der ersten und zweiten Staatsgewalt vor der dritten nicht vom Buchstaben von Verfassung und Gesetz abhängt, sondern eine Frage *rechtlicher Gesinnung* ist in Kopf, Herz und Hand derjenigen, welche im Bundeshaus zu Bern die Geschicke des Landes bestimmen, und – ebenso wichtig – eine Frage des vorhandenen, fortwährenden *Vertrauens der Bevölkerung* in die Gerichte. [...] Das gerade macht unsere *gelebte Verfassungswirklichkeit* aus. Das ist *Rechtsstaat schweizerischer Prägung*, eine nicht dogmatische, nicht politische, schon gar nicht parteipolitische, sondern *in allererster Linie rechtskulturelle, dem Recht verpflichtete Haltung*, welche *in Angelegenheiten der Justiz* die Praxis der Verfassungsorgane, Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht prägt. *Diese Dinge sind in unserem Lande in Ordnung.* [...] wir Richterinnen und Richter haben uns vor allem *mit uns selbst* auseinanderzusetzen. *<Freiheit eines Christenmenschen>*, um ein Wort Martin Luthers zu zitieren, ist auch bei Gerichtspersonen wesentlich *innere Freiheit*. Die Grundvoraussetzungen für gedeihliches Judizieren, für *<Recht sprechen>*, liegen *in uns*. Und *wenn* das so ist – und es *ist* so –, dann haben wir *eines, und nur eines*, zu tun: *tagtäglich unsere verfassungsmässige und gesetzliche Aufgabe zu erfüllen, Recht zu sprechen*. Punkt. Nichts weiter. [...] Man und frau ist *nicht prominent* als Richter, Richterin und darf es zwecks Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit auch nicht sein, weshalb *Zurückhaltung* zu üben ist mit *öffentlichen Auftritten* – und *Bescheiden*–

heit. [...] Dabei ist Richter, Richterin sein der schönste Beruf, den es gibt. Nur gilt es, dies stets aufs Neue zu entdecken. Diese Bewahrung der Liebe zum Beruf, unseres Berufsethos, gelingt nicht, wenn man oder frau nicht jeden Tag an sich selber arbeitet, sich seines (unbewussten) Vorverständnisses und der rechtlichen Grundvoraussetzung bewusst wird, dass ich als Bundesrichter mein Mandat nicht von einer politischen Partei, sondern, auf Vorschlag der Gerichtskommission, von der Vereinigten Bundesversammlung erhalte. «Ich bin zwar politisch gewählt, urteile aber nicht politisch», ist ein Axiom des schweizerischen Justizsystems, dessen Wahrhaftigkeit – véracité – veracità allein von uns Bundesrichtern und Bundesrichterinnen abhängt. Nebst Unabhängigkeit, Engagement und Passion, Fleiss und fachlich-juristischem Können ist schliesslich, in einem Kollegialgericht primordial, Sozialkompetenz gefragt».¹

In dieser Ansprache, die Bundesgerichtspräsident ULRICH MEYER am 18. Januar 2019 anlässlich der Inaugurationsfeier der neu geschaffenen Berufungsabteilung des Bundesstrafgerichts in Bellinzona hielt, sind (neudeutsch gesagt) «in a nutshell» die Themen der vorliegenden Abhandlung aufgeführt: Der Bundesgerichtspräsident legt sein berufliches Selbstverständnis dar, bekennt sich zum bestehenden Modus der Richterwahl, unterstreicht die zentrale Bedeutung der inneren richterlichen Freiheit, ruft zur Zurückhaltung gegenüber der medialen Öffentlichkeit auf und listet wesentliche Richtertugenden auf.

II. Untersuchungsgegenstand

Die folgende Abhandlung geht von der Hypothese aus, dass solche Texte, die sich mit der Frage beschäftigen, was eine *gute* Richterin, einen *guten* Richter² ausmacht, und die zu einem Diskurs über die Eigenschaften der idealen Richterin gehören, nicht einfach deskriptiv sind, sondern geradezu konstitutive Bedeutung für die inhaltliche Bestimmung der Kriterien guter Justiz besitzen. Als Richterbild (bzw. Richter-Leitbild) werden, in Anlehnung an KAUFFMANN, «Erwartungen, die an Handeln, Funktion oder Disposition des Richters [...] generell und grundsätzlich»³ herangetragen werden, verstanden. Diese Erwartungen können sowohl von aussen (als im weitesten Sinne gesellschaftliche Richterbilder) wie auch von innen, in der Form richterlicher Selbstbeschreibungen,

1 ULRICH MEYER, Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit, ZBJV 155/2019, S. 217 ff. (Hervorhebungen im Original).

2 Im Text wird auf eine ausgewogene Verwendung der Begriffe Richterin und Richter geachtet und zwischen beiden Genera alterniert, stets den einen bzw. die andere mitmeinend. Allerdings bestand die Richterschaft, zumindest auf Bundesebene, bis in die 1970er-Jahre ausschliesslich aus Männern, so dass bei Ausführungen, die diesen Zeitraum betreffen, die Verwendung der männlichen Form historisch vorgegeben ist. Die in diesem Beitrag angegebenen Internetseiten wurden zuletzt am 07.04.2019 besucht.

3 PETER KAUFFMANN, Zur Konstruktion des Richterberufs durch Richterleitbilder. Eine empirische Untersuchung, Frankfurt a.M. 2003, S. 38. Zur Abgrenzung des Begriffs von Konzepten der Rollentheorie und der Attitüdenforschung ebd., S. 43 ff. Zur richterlichen Selbstbeschreibung vgl. MICHELE LUMINATI, Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945, Frankfurt a.M. 2007, S. 9 ff.

formuliert werden. Richterbilder entstehen und wandeln sich somit in steter Wechselwirkung zwischen Fremd- und Selbstbeschreibungen.

Ziel der Untersuchung ist es, das *Richterbild* im schweizerischen Bundesstaat historisch zu rekonstruieren und theoretisch zu reflektieren. Dabei wird der Fokus, quellen- und rahmenbedingt, vor allem auf die Bundesebene und somit auf der Figur der Bundesrichterin liegen. Der verfassungsrechtliche Diskurs, der sich im Rahmen der näheren Bestimmung der richterlichen Unabhängigkeit mit Fragen des Richterbildes befasst, soll den Ausgangspunkt bilden und zugleich auch die Kontrastfolie.⁴ Selbstverständlichkeiten, Paradoxien und blinde Flecken, die sich aus dem normativen Blick auf die Richterfigur ergeben, sollen offengelegt und sowohl empirischen Erkenntnissen zur Richter(aus)wahl gegenübergestellt wie auch mit den Selbst- und Fremdbeschreibungen konfrontiert werden. Mit dieser Analyse wollen wir also weder herausfinden wie Richterinnen *wirklich* arbeiten/entscheiden noch was Richter *tatsächlich* (über sich) denken.⁵ Die Untersuchung möchte, viel bescheidener, lediglich den idealisierenden und idealisierten (öffentliche geäußerten) Diskursen zum Richterbild nachgehen und diese mit Hilfe einiger empirischer Daten hinterfragen und dadurch ein fundiertes und differenziertes *Bild des Richterbildes* liefern. Damit soll eine Grundlage geschaffen werden für die Auseinandersetzung mit den Herausforderungen der Justiz im 21. Jahrhundert.

III. Methodische Überlegungen

Methodisch stellen einige Besonderheiten des schweizerischen Rechtssystems die rechtshistorische und -soziologische Justizforschung vor erhebliche Probleme. Gegenüber anderen kontinentalen Rechts- und Justizkulturen zeichnet sich die schweizerische Justizkultur durch einen ausgeprägten Pragmatismus (einhergehend mit einer gewissen Distanz, zum Teil auch Feindlichkeit gegenüber wissenschaftlichen Anliegen), durch späte Professionalisierung und durch die zentrale Rolle informeller Praktiken aus.⁶ Hinzu kommt, dass die föderale

4 Ähnlich im Ansatz KAUFFMANN (Fn. 3) insbes. S. 33 ff.

5 Dafür wären, wenn überhaupt, ethnologische Studien i.S. der teilnehmenden Beobachtung nötig. Vgl. für Deutschland neuerdings THORSTEN BERNDT, *Richterbilder. Dimensionen richterlicher Selbstdtypisierungen*, Wiesbaden 2010.

6 Vgl. dazu insbes. CLAUDIETE SCHOTT, *Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldеле ...*, in: *Gerichtslauben-Vorträge*. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen 1983, S. 17 ff.; DERS., *Die Eidgenossen vor dem Reichskammergericht*, in: Gerd Lingelbach und Heiner Lück (Hrsg.), *Deutsches Recht zwischen Sachsenriegel und Aufklärung*. Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1991, S. 79 ff.; HANNES SIEGRIST, *Advokat, Bürger und Staat*, 2 Bde., Frankfurt a.M. 1996; MICHELE LUMINATI, «Dann wird's flott werden» – Zur Entstehung der schweizerischen Strafrechtswissenschaft im späten 19. Jh., in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid*, Zürich 1999, S. 45 ff.; DERS., *Das ZGB und seine Richter*, in: Daniel Girsberger und Michele Luminati (Hrsg.), *ZGB gestern – heute – morgen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007*, Zürich 2007, S. 17 ff.; ROY GARRÉ, *La diffusione di*

Struktur des Justizwesens sowie die Laienpräsenz es nicht erlauben von einer *schweizerischen* Richterschaft zu reden, geschweige denn von einer einheitlichen Berufsgruppe. Dies bedeutet mitunter, dass, gerade im Unterschied zu Entwicklungen in den Nachbarländern,⁷ sowohl die richterliche Selbstreflexion wie auch die ausserhalb der Justiz formulierten Äusserungen zum Richterbild für lange Zeit eher sporadischer Natur waren und sich erst allmählich zu einem von Regelmässigkeiten geprägten Diskurs verdichteten.⁸ Die relativ starke Zurückhaltung der schweizerischen Richter bei der Selbstbeschreibung und der Vorrang informeller (politisch geprägter) Verfahren bei der Richter(aus)wahl lenken somit den Blick auf nicht-diskursive Praktiken,⁹ auf informelle Prozesse der Definition und der Umsetzung von Richterbildern.

Bisherige rechtssoziologische und rechtspychologische empirische Forschungsarbeiten haben versucht, mittels standardisierter Befragungen und qualitativen Interviews dem richterlichen Selbstverständnis und den tatsächlichen Mechanismen der Richterwahlen in der Schweiz auf die Spur zu kommen.¹⁰ Ein grundlegendes methodisches Problem dieser Art von Erhebungen liegt allerdings darin, dass sie Meinungen erst produzieren. «Bei einer Befragung

una cultura scientifica del diritto in Svizzera, commento critico in: Lukas Gschwend, Karin Ingber, und Stefan Wehrle (Hrsg.), Sonderheft 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011), Jubiläumsschrift ZSR, Basel 2011, S. 202 ff.; MARIE THERES FÖGEN, Lob der Pandektistik, in: Rainer Maria Kiesow, Regina Ogorek und Spiros Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 2005, S. 179 ff.; PIO CARONI, Die Schweizer Romanistik im 19. Jh., ZNR 26/1994, S. 243 ff.; DERS., *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, in: Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini, Firenze 2011, S. 55 ff.; DERS., Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche, (Schweizerisches Privatrecht, I/1), Basel 2015; HANS PETER WALTER, Die Praxis hat damit keine Mühe ... oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinären Gesetzesauslegung – wenn überhaupt?, ZBJV 144/2008, S. 126 ff.

7 ANDRÉ GOURON ET AL. (Hrsg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, Frankfurt a.M. 1996. Für Deutschland auch noch THORSTEN BERNDT, Richterbilder (Fn. 5); KAUFFMANN (Fn. 3), der seit den 1990er-Jahren eine «forcierte Leitbilddebatte» in der Justiz» (S. 24) konstatiert; GEORG GRÜNSTÄDL, Richterauswahl und Richterausbildung im Systemvergleich. Österreich, Deutschland und die Schweiz seit 1945, Baden-Baden – Wien – Bern 2018; SEBASTIAN STARYSTACH, Die Soziale Praxis des Gerichtsverfahrens. Über die Juristische Fallbearbeitung in Straf- und Zivilverfahren, Diss. Heidelberg, Wiesbaden 2018. Für Frankreich ALAIN BANCAUD, Une «constance mobile»: la haute magistrature, in: Actes de la Recherche en Sciences Sociales 76/77/1989, S. 30–48; DERS., La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes, Paris 1993; ANTOINE VAUCHEZ und LAURENT WILLEMEZ, La justice face à ses réformateurs (1980–2006), Paris 2007. Für Italien ANTOINE VAUCHEZ, L’institution judiciaire remotivée. Le processus d’institutionnalisation d’une «nouvelle justice» en Italie (1960–2000), Paris 2004; LUMINATI, Priester der Themis (Fn. 3); ANTONELLA MENICONI, Storia della magistratura italiana, Bologna 2013.

8 Zum diskurstheoretischen Ansatz vgl. PHILIPP SARASIN, Geschichtswissenschaft und Diskursanalyse, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2014. Bezogen auf das Richterbild in der Schweiz hat STEPHAN AERSCHMANN, Der ideale Richter. Schweizer Bundesrichter in der medialen Öffentlichkeit (1875–2010), Zürich 2014, einen diskurstheoretischen Ansatz gewählt.

9 Dazu schon MICHEL FOUCAULT, L’archéologie du savoir, Paris 1969 (dt.: Archäologie des Wissens, 17. Aufl., Frankfurt a.M. 2015).

10 Vgl. hinten E. I.

werden stets eine bestimmte Anzahl von Antworten auf die zur Auswahl gestellten Antwortmöglichkeiten entfallen».¹¹ BOURDIEU spricht in diesem Zusammenhang von einem punktuellen «Kunstprodukt».¹² Die Ergebnisse hängen also weitgehend von den Fragen ab und beschränken sich auf den jeweiligen Befragungszeitpunkt, während die hier gewählte, über einen längeren Zeitraum angelegte *Diskursanalyse* veröffentlichter Fremd- und Selbstbeschreibungen die damit verknüpften Deutungsmuster offenlegt und «ein kollektives Sinngebilde sichtbar [machen kann], das sich in den Äusserungen der Akteure manifestiert, reproduziert und wandelt.»¹³

Lassen sich durch eine solche Analyse die idealisierten, aber mit normativem Anspruch versehenen Vorstellungen über die Eigenschaften der *guten Richterin* eruieren, so bleibt offen, ob und wie dieses Richterbild auch *tatsächlich* durch die eigentümlichen schweizerischen Mechanismen der Richter(aus)wahl umgesetzt wird. Wie bereits erwähnt, stehen wir hier vor einer *Blackbox* weitgehend informeller politischer Praktiken. Durch Rückgriff auf den praxeologischen Ansatz des Soziologen PIERRE BOURDIEU soll versucht werden, etwas Licht in diese *Blackbox* zu bringen.¹⁴ BOURDIEU versteht die Gesellschaft als Raum von Beziehungen, der in einzelne, mehr oder weniger autonome *Felder* unterteilt ist. Die einzelnen Felder sind soziale Mikrokosmen, die nach eigenen Regeln funktionieren und die Akteure dazu zwingen, ihre Spielregeln zu beachten und bestimmte Positionen einzunehmen. Die Eigenschaften, die ein sozialer Akteur entweder besitzt oder im Laufe seines Lebens erwirbt und auf dem Feld einsetzt, bezeichnet BOURDIEU als *Kapital* und unterscheidet ökonomisches Kapital (materieller Besitz), soziales Kapital (Beziehungsnetze), kulturelles Kapital (Umgangsformen, Wissen, Bildungstitel usw.) und symbolisches Kapital (verstanden als soziale Anerkennung, Prestige, Reputation, die mittels Einsatz der anderen Kapitalsorten erreicht werden kann).¹⁵ Auf jedem Feld sind je spezifische Kapitalkombinationen gefragt und um die Anerkennung der massgeblichen Kapitalformen wird gerungen.

So betrachtet BOURDIEU das juristische Feld als den Ort, an dem um das Monopol «de dire le droit»¹⁶ gekämpft wird. Auf diesem Feld stehen sich verschie-

11 KAUFFMANN (Fn. 3), S. 29.

12 PIERRE BOURDIEU, *Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1987, S. 646.

13 KAUFFMANN (Fn. 3), S. 32.

14 Vgl. insbes. PIERRE BOURDIEU, *Sozialer Sinn. Kritik der theoretischen Vernunft*, Frankfurt a.M. 1987; DERS., *Der Staatsadel*, Konstanz 2004; DERS., *Praktische Vernunft. Zur Theorie des Handelns*, Frankfurt a.M. 1998; PIERRE BOURDIEU und LOIC J. WACQUANT, *Reflexive Anthropologie*, Frankfurt a.M. 1996. Eine umfassende rechtstheoretische Studie zu BOURDIEU liefert PHILIP CONRADIN-TRIACA, *Pierre Bourdieus Rechtssoziologie. Interpretation und Würdigung*, Berlin 2014.

15 Vgl. dazu insbes. PIERRE BOURDIEU, ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: Reinhard Kreckel (Hrsg.), *Soziale Ungleichheiten*, Bd. 2, Göttingen 1983, S. 183 ff.; CONRADIN-TRIACA (Fn. 14), S. 60 ff.

16 PIERRE BOURDIEU, *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 64/1986, Zitat S. 4. Vgl. auch DERS., *Habitus, code*

dene Akteure gegenüber, die über die sozial anerkannte Kompetenz zum Umgang mit Rechtstexten verfügen und einen permanenten symbolischen Kampf um die feldspezifische Macht führen. Als wesentlichen Antagonismus auf dem juristischen Feld identifiziert BOURDIEU die Polarität von Theoretikern und Praktikern.¹⁷

Versucht man dieses Konzept auf schweizerische Verhältnisse und auf die zu untersuchende Thematik zu übertragen, so muss zunächst die (wenn auch abnehmende) *Laienpräsenz* in der Justiz berücksichtigt werden, wodurch ein Monopol der *gelehrten* Juristen in der Rechtsprechung verhindert wird. Die von BOURDIEU als zentral bezeichnete Felddifferenzierung in Theoretiker und Praktiker berührt also nur das Innenverhältnis unter den *gelehrten* Juristinnen, während als weitere Differenzierung diejenige zwischen *gelehrten* Richtern und Laienrichtern hinzukommt. Betrachtet man die Art und Weise der Besetzung der Richterämter, wird die Autonomie des juristischen Feldes nochmals abgeschwächt, denn Richterwahlen sind dem Bereich der *Politik* zugeordnet und faktisch einem Parteienproporz verpflichtet. Es stellt sich damit die Frage, welchen Kriterien die Richter(aus)wahl folgt, welchem Richterbild das Kreationsorgan verpflichtet ist und welche Kapitalkombinationen verlangt werden. Die politisch geprägte, nur schwach formalisierte Richterwahl lässt die Vermutung aufkommen, dass nicht nur fachlich-juristische Faktoren ausschlaggebend sein könnten, die innere Logik des juristischen Feldes also gewissermassen durch politische Elemente *durchkreuzt* werden könnte. In diesem Sinne beinhaltet das schweizerische Modell der Richterwahl (aus Sicht der auf dem Feld agierenden Juristinnen) stets ein Moment der *Unberechenbarkeit*, abgesehen von (bzw. zusätzlich zu) den üblichen Kontingenzen des politischen Alltags. Angesichts der bereits erwähnten informellen Praktiken, der in den Vorzimmern stattfindenden Ausmarkungen, die beim Wahlakt nur selten offenkundig werden, könnte die Rekonstruktion der Biographien und damit der Kapitalstruktur der gewählten Richterinnen genauere Informationen über die im Moment der Wahl massgeblichen Kriterien liefern.¹⁸

et codification, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 1986, N. 64, S. 40 ff.; DERS., *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in: François Chazel und Jacques Commaille (Hrsg.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991, S. 95 ff. Dazu ausführlich CONRADIN-TRIACA (Fn. 14), S. 130 ff.

- 17 BOURDIEU, force (Fn. 16), S. 6; CONRADIN-TRIACA (Fn. 14), S. 155 ff. Zugleich erscheint das juristische Feld sowohl seinen Akteuren als auch den Rechtsunterworfenen als völlig unabhängig von den durch das Rechtssystem sanktionierten und geheiligen Machtverhältnissen. Die Rechtssprache ist laut BOURDIEU durch eine Rhetorik des Unpersönlichen und der Neutralität geprägt, durch eine «pieuse hypocrisie» (BOURDIEU, *juristes* (Fn. 16), S. 96); dazu auch BANCAUD (Fn. 7), bes. S. 159 ff.
- 18 Die biographischen Angaben sind, wenn nichts anderes erwähnt wird, der prosopographischen Datenbank entnommen, die im Rahmen des langfristigen Forschungsprojekts zur Geschichte des Bundesgerichts und zu einem Bundesrichterlexikon (dessen Abschluss noch in diesem Jahr geplant ist) entstanden ist. Vgl. dazu MICHELE LUMINATI, *Ges(ch)ichtslose Jus-*

B. Richterbild und richterliche Unabhängigkeit: Der Standpunkt der Verfassungslehre

I. Art. 191c BV und seine Auslegung – ein kurзорischer Überblick

Locus classicus der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung mit Fragen des Richterbildes ist Art. 191c BV, der organisationsrechtlich die richterliche Unabhängigkeit bei der Ausübung der Rechtsprechungsfunktion sichert und die Gerichte als «nur dem Recht verpflichtet» bezeichnet (i.V.m. Art. 30 Abs. 1 BV, der das Grundrecht auf ein «unabhängiges und unparteiisches Gericht» verbrieft). Art. 191c BV ist das Ergebnis einer längeren Diskussion und wurde erst im Rahmen der Justizreform 2000, also verhältnismässig spät, eingeführt und ist seit dem 1. Januar 2007 in Kraft.¹⁹ Davor beinhaltete die Bundesverfassung keine ausdrückliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, sondern lediglich das Recht auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 58 Abs. 1 aBV). Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit «galt aber stets als ungeschriebenes Verfassungsrecht und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Teilgehalt von Art. 58 aBV.»²⁰ Mit der Einführung von Art. 30 und Art. 191c BV wurde diese Praxis, die in enger Verbindung mit Art. 6 EMRK stand, konstitutionell verankert.²¹ Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit wird auch im Bundesgerichtsgesetz (BGG) in Art. 2 wiederholt.²²

Eine kurзорische Lektüre der seither erschienenen Verfassungskommentare und der massgeblichen Lehrbücher fördert einen richterlichen Tugendkatalog zu Tage, der, neben den fachlichen Qualifikationen, vor allem Distanziertheit und innere Freiheit, Lebensnähe, Erfahrung sowie menschliches Verständnis

-
- tiz? – Prolegomena zur Justizgeschichte des Schweizerischen Bundesstaates, in: Marcel Senn und Claudio Soliva (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag, Bern et al. 2001, S. 339 ff.; DERS., Die Gesichter der Justiz – Das schweizerische Bundesgericht als Gegenstand interdisziplinärer Forschung, in: Paolo Becchi, Christoph-Beat Graber und Michele Luminati (Hrsg.), Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung, Zürich 2007, S. 183 ff.
- 19 Dazu JOHANNES REICH, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 191c N 10 (zit. BSK BV); GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 191c N 1 (zit. SGK BV); ARTHUR AESCHLIMANN, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, in: Justice – Justiz – Giustizia 2007/4; auch in ZBl 8/2008, S. 397 ff. Bereits KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Habil. Bern 1960, S. 275 ff., forderte die Einführung eines entsprechenden Verfassungartikels.
- 20 HANS PETER WALTER, Justizreform, in: Daniel Thürer und Peter Gauch (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich – Basel – Genf 2002, S. 133.
- 21 HEINRICH KOLLER, in: Marcel A. Niggli et al., (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. Basel 2018, Art. 2 N 2 (zit. BSK BGG).
- 22 Vgl. dazu die entsprechenden Kommentare, etwa KARL SPÜHLER, in: Karl Spühler et al., Bundesgerichtsgesetz (BGG): Praxiskommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013, Art. 2 N 1 ff. (zit. PraKom BGG); ALAIN WURZBURGER, in: Bernard Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 2 N. 1 ff. (zit. CommLTF); KOLLER, BSK BGG 2 N 1 ff.

betont.²³ Gegenüber den Medien wird von den Richterinnen in der Regel «Zurückhaltung»²⁴ verlangt. Laut BIAGGINI haben Richterinnen und Richter mit der «nötigen Nüchtern- und Gelassenheit, in Ruhe und mit Augenmass»²⁵ zu urteilen. Die individuelle richterliche Ethik und Charakterfestigkeit bilden die zentralen Voraussetzungen für die tatsächliche Unabhängigkeit: «Il s'adresse aux juges eux-mêmes, qui doivent véiller à leur indépendance».²⁶ Für TSCHANNEN gehört die Wahrung der inneren Unabhängigkeit «zu den wichtigsten und anspruchvollsten Seiten des Richterberufs.»²⁷ BIAGGINI betont, ein

«solcher innerer Zustand lässt sich häufig nur schwer beweisen. Gemäss Praxis ist die Unabhängigkeitsgarantie (bereits) verletzt, wenn „bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor(liegen), die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen“; der Nachweis tatsächlicher Befangenheit ist nicht verlangt.»²⁸

Da die innere Unabhängigkeit als nicht überprüfbar gilt, wird von aussen her auf sie geschlossen:

«On considère généralement que l'«apparence d'impartialité» de la justice vis-à-vis du justiciable, qui correspond à l'impartialité objective, est au moins aussi importante que l'impartialité subjective des magistrats du siège.»²⁹

Zu den Richterwahlen äussern sich die Kommentatoren im Ergebnis positiv. So betont STEINMANN:

«Wahlen durch Volk, Parlament oder Exekutive verschaffen demokratische Legitimation, lassen Elemente der politischen Haltung und Einstellung zu gesellschaftlichen

23 Statt vieler: PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, S. 528 ff., mit Verweis auf BGE 105 Ia 157; JÖRG PAUL MÜLLER und MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 938.

24 REICH, BSK BV 191c N 17.

25 GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 191c N 3 (zit. OFK BV). Vgl. auch STEINMANN, SGK BV 191c N 6.

26 PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert und Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 1486. So auch REICH, BSK BV 191c N 17.

27 TSCHANNEN (Fn. 23), S. 533. Vgl. auch BIAGGINI, OFK BV 191c N 3.

28 BIAGGINI, OFK BV 30 N 7. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden dabei erwähnt: BGE 127 I 196, 198; BGE 140 III 221; weiter auch BGE 140 I 326, 328, E. 5.1; BGE 139 III 433, 435, E. 2; BGE 139 I 121, 125, E. 5.1; BGE 133 I 1, 6; BGE 126 I 68, 73; BGE 125 I 109, 119; BGE 120 Ia 184. So auch MÜLLER/SCHEFER (Fn. 23), S. 931. MARKUS MÜLLER, Die innere Unabhängigkeit des Richters. Gedanken zu einem Diamanten, in: Ruth Herzog und Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 535 bemerkt dazu, dass die Praxis, gestützt «überwiegend auf alltagspsychologische Pauschalregeln», sich mit dem Schein der Unabhängigkeit begnüge.

29 NICOLAS PELLATON, Le droit disciplinaire des magistrats du siège, Un essai dans une perspective de droit suisse, Bâle/Neuchâtel 2016, S. 37 f.

und ethischen Fragen einfließen und bringen Einbettung in das Gefüge der Staatsgewalten und das gesellschaftliche Umfeld zum Ausdruck.»³⁰

TSCHANNEN erachtet den politischen Einfluss auf die Richterwahlen als «nicht sachfremd».³¹ Der Parteiproportz sei gerechtfertigt, denn es bestehe ein Interesse an der Offenlegung der politischen Couleur der Kandidatinnen, weil es unvermeidlich sei, «dass die Haltungen einzelner Richter zu gesellschaftlichen und ethischen Fragen auf ihre Spruchpraxis abfärbten.»³² Kritischer wird das Verfahren der Wiederwahl beurteilt, denn es «kann als fragwürdiges Mittel zur Disziplinierung von Gerichtspersonen missbraucht werden («Denkzettel») oder in eine Aufforderung zu «freiwilligem» Verzicht auf eine Wiederwahl münden.»³³

Diese kurze Übersicht zeigt, dass sich die Auffassungen der massgeblichen Staatsrechtslehrer (und der mitverarbeiteten höchsten Rechtsprechung) weitgehend mit den eingangs abgedruckten Ansichten des Bundesgerichtspräsidenten decken: Die Richterpersönlichkeit, ihre innere Haltung und ihre Lebenserfahrung gelten, neben fachlichen Qualitäten, als wesentlich für die faktische richterliche Unabhängigkeit, lassen sich aber nur schwer nachweisen. Die politisch bestimmte Richterwahl schafft grundsätzlich die Bedingungen für eine geeignete Besetzung der Richterämter, birgt aber gewisse Gefahren in sich, vor allem in Zusammenhang mit der Wiederwahl.

II. Kontinuitätslinien: von Kurt Eichenberger zu Regina Kiener

Es fällt auf, dass Praxis und Lehre die wesentlichen Argumente und Richterbildvorstellungen hauptsächlich aus zwei Habilitationsschriften entnehmen, die sich eingehend mit der richterlichen Unabhängigkeit befasst haben: KURT EICHENBERGER (1960) und REGINA KIENER (2001).³⁴ Selbstverständlich liegen

-
- 30 STEINMANN, SGK BV 191c N 10. So auch EHRENZELLER, SGK BV 168 N 35; REGINA KIENER, in: Giovanni Biaggini, Thomas Gächter und Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 277.
- 31 TSCHANNEN (Fn. 23), S. 531. Vgl. auch REICH, BSK BV 191c N 17; STEINMANN, SGK BV 191c N 10; KIENER, Staatsrecht (Fn. 30), 269 ff., die aber immerhin von einer «gewissen Politisierung» spricht (ebd., S. 277).
- 32 TSCHANNEN (Fn. 23), S. 538. Ähnlich STEINMANN, SGK BV 191c N 10. KIENER, Staatsrecht (Fn. 30), S. 279 hält fest, dass der Parteiproportz «weithin kritisiert, im Ergebnis aber akzeptiert» werde.
- 33 STEINMANN, SGK BV 191c N 9.
- 34 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19); REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001 (dazu die Rezensionen von Oberrichter HANS SCHMID, SJZ 97/2001, S. 590, der vor allem die «praktikablen Schlussfolgerungen, die bei aller Konsequenz stets Augenmass bewahren» lobt; THOMAS STADELMANN, Jusletter 30. April 2001, der ebenfalls positiv urteilt, und ausführlich BENJAMIN SCHINDLER, ZBI 8/2001, S. 446 ff.). EICHENBERGERS Buch wird bis heute regelmäßig herangezogen: So übernimmt REICH, BSK BV 191c N 8, die Unterteilung der richterlichen Unabhängigkeit wortwörtlich von EICHENBERGER; ALAIN FISCHBACHER, Verfassungsrichter in der

zwischen den beiden Erscheinungsjahren wesentliche verfassungsrechtliche Entwicklungen (EMRK, Verfassungsrevision, Justizreform) und das Bundesgericht hat in diesem Zeitraum, wie vorhin erwähnt, den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit konkretisiert. Und offensichtlich verfolgen die beiden Werke unterschiedliche Ansätze: EICHENBERGER ist mehr staatsrechtlich und rechtsphilosophisch orientiert, KIENER eher an der konkreten Durchsetzbarkeit und Handhabung der richterlichen Unabhängigkeit interessiert.³⁵ Dennoch weisen die beiden Habilitationsschriften in Bezug auf die hier interessierende Frage nach dem Richterbild starke Ähnlichkeiten auf, die eine gemeinsame Be- trachtung rechtfertigen.

1. Richterpersönlichkeit

Ganz am Anfang lehnt EICHENBERGER, gestützt auf ESSERS kurz davor erschienene methodische Schrift, die Figur des Subsumtionsautomaten grundsätzlich ab und stellt «de[n] komplizierte[n] und vielschichtige[n] Schöpfungsakt der Normvollendung oder der Normfindung» in die Mitte richterlicher Tätigkeit.³⁶ Noch vorsichtig erörtert EICHENBERGER die Möglichkeit der richterlichen Gesetzeskorrektur und fordert hierzu «Zurückhaltung und Masshalten – trotz Eröffnung rechtlicher Möglichkeiten [...] durch den Appell an rechtliches Denken der Richter, an die «Richterlichkeit» im weiten Sinne dieses Wortes».³⁷ Angesichts methodischer Unsicherheiten werde die richterliche Unabhängigkeit «hier gleichsam auf sich selbst gestellt und muss eine selbsttragende Festigkeit beweisen».³⁸

Schweiz und in Deutschland. Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Zürich 2006, S. 211 ff. stützt seine Ausführungen weitgehend auf EICHENBERGER; HEIKE JUNG, Richter heute, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 11 ff., erwähnt EICHENBERGERS Werk als immer noch grundlegend (S. 12). DIETER SIMON, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, S. 16 bezeichnet das Werk von EICHENBERGER als «(in gutem Sinne) konservative Arbeit, [...] die einzige Abhandlung, welche alle bis dahin (1959) erörterten Aspekte des Unabhängigkeitsproblems [...] vollständig und konsistent (im Bezugsrahmen der damaligen Rechtstaatslehre) darstellt.» Zur Position und Bedeutung von KURT EICHENBERGER in der schweizerischen Staatsrechtslehre vgl. ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts in der Schweiz, 2. Aufl. Zürich 2015, S. 275 ff., S. 487.

35 Darauf weist schon SCHINDLER (Fn. 34), S. 446, hin.

36 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 5. Er verweist auf JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956. HANS HUBER, Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, in: ZBl 63/1962, S. 6, bezeichnet den Richter als «Nacherzeuger des Gesetzes».

37 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 198 (Hervorhebung im Original).

38 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 213. Vgl. auch ebd., S. 214: «Letztlich muss alles der Selbstzucht des Richters anheimgestellt werden». In einem kurz nach Erscheinen seiner Habilitationsschrift gehaltenen Vortrag nimmt EICHENBERGER das Thema wieder auf und beklagt «wie hartnäckig sich in der schweizerischen Rechtspraxis positivistisches Denken hält (...) auch aus dem fragwürdigen Verharren in früh-konstitutionellen und extrem-demokratischen Leitbildern» (KURT EICHENBERGER, Richterstaat und schweizerische Demokratie, ZSR 82/1963, S. 1–37; wieder abgedruckt in: Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons

EICHENBERGER unterteilt die richterliche Unabhängigkeit in fünf Teila-
spekte: Unbeteiligung, Selbständigkeit, Eigenständigkeit, Sozialfreiheit und in-
nere Freiheit.³⁹ Letztere sei schwer zu fassen und verlange

«eine differenzierte und abgehobene Persönlichkeit [...] ohne damit der Person des Richters die Möglichkeit abzusprechen, Mensch in seinem Widerspruch und in seiner Unzulänglichkeit, aber auch in seinem Einbezogensein in die allgemeine Sozietät bleiben zu dürfen. Begriff und Prinzip innerer Freiheit erwarten nichts Übermenschliches, aber immerhin geläuterte Persönlichkeit».⁴⁰

Es sind charakterliche Tugenden, die als zentral für die Verwirklichung der richterlichen Unabhängigkeit gelten. Ergänzend dazu fordert er vom Richter «den lebendigen Kontakt mit allem Menschlichen, allem Natürlichen und allem sozial Wirksamen. Es ist die Lebenserfahrung im schlichten, aber weiten Ver-
stande des Wortes.»⁴¹

Gegenüber aktiver politischer Betätigung des Richters hegt EICHENBERGER, gerade in der Schweiz, kaum Bedenken. Er verweist dabei auf Richterpersönlichkeiten, «die mit Erfolg nicht nur auf dem Richterstuhl und im Ratssaal tätig sind, sondern es auch verstehen, die politische Betätigung für die richterliche Aufgabe fruchtbar zu machen».⁴² Er sieht also in diesen Figuren gewissermaßen wichtige Kommunikationsträger für die Vermittlung der Rechtsprechung in die Öffentlichkeit. Selbstverständlich erwarte man von solchen Richtern, die sich durch «Reife und Lebenserfahrung, juristisches Können und eine objektive Grundhaltung»⁴³ auszeichnen, dass sie auch in ihrer politischen Funktion «Würde, Abgeklärtheit und Zurückhaltung»⁴⁴ zeigen.

EICHENBERGER stellt insgesamt die fachlichen und vor allem die persönlich-menschlichen Qualitäten des Richters in den Vordergrund: «*Hinlängliche Qualität vermag richterliche Unabhängigkeit zu sichern*, bzw. richterliche Unabhängigkeit ist auf qualitative Voraussetzungen in der Person des Richters angewiesen».⁴⁵ Es ist ihm bewusst, dass durch rechtliche Massnahmen die Überprüfung und Sicherung dieser Qualifikationen nicht wirklich erreicht wer-

Aargau (Hrsg.), *Der Staat der Gegenwart. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 11 ff., Zitat S. 19 f.). Ganz ähnlich tönt es bei HANS HUBER (Fn. 36), S. 6 ff.

39 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 43 ff.

40 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 52. (Hervorhebung im Original). Ergänzt werden diese Aussagen durch den Abdruck einer langen Passage aus dem Werk von MAX GRÜNHUT, *Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung*, in: *Abhandlungen zur Erinnerung an Moritz Liepmann*, Heidelberg 1930, der auf das ständige Bemühen des Richters um Unabhängigkeit gegenüber den eigenen Gefühlen und Vorurteilen hinweist.

41 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 102.

42 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 111.

43 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 111, Fn. 4.

44 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 111.

45 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 234 (Hervorhebung im Original).

den kann. Die Verantwortung dafür legt EICHENBERGER deshalb in die Hände des Wahlorgans.⁴⁶

Das Richterbild kondensiert sich bei EICHENBERGER schliesslich zu einem «*Habitus*, als eingepflanzte *Denk- und Verhaltensweise des Richters* und seiner Organgruppe [...] so vorab Stabilität, Konstanz, Ruhe und Verlässlichkeit in der gefestigten inneren Unabhängigkeit»,⁴⁷ oder anders ausgedrückt: «*Überlegenheit und Reife*, gesteigert zu einem Ethos, das den vorangestellten Normgehalt aufnimmt und lebendig macht.»⁴⁸ Die konkrete Umsetzung des Ideals bleibt für ihn eine individuelle Angelegenheit: «Was der Richter sein muss, was er können und haben muss, was er Zusätzliches von aussen braucht und was er in sich aufzubereiten hat – das zu bestimmen und zu realisieren ist letztlich ihm selbst überantwortet.»⁴⁹

Sowohl am Anfang wie auch am Schluss ihrer Arbeit verweist REGINA KIENER ebenfalls auf die zentrale Bedeutung der «*Person und Persönlichkeit* der urteilenden Richterinnen und Richter»⁵⁰ bzw. auf deren «*Charakter und Selbstverständnis*».⁵¹ Da die Rechtsbindung alleine noch keine Gewähr für ein richtiges und gerechtes Urteil biete, seien organisatorische und prozedurale Sicherungen notwendig. Der Kern richterlicher Unabhängigkeit liege aber dennoch «in ihrem personenbezogenen Gehalt begründet», woraus die Forderung nach «der notwendigen *inneren* Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit»⁵² folge.

Bei der näheren Beschäftigung mit der personenbezogenen Unabhängigkeit stellt KIENER gleich fest, dass die Bedeutung der Person der Richterin in der Schweiz relativ spät (und unter dem Einfluss der EMRK) in den Fokus der verfassungsrechtlichen Diskussion gerückt sei.⁵³ In diesem Zusammenhang verweist sie nicht auf EICHENBERGER, wiederholt aber die bereits bei ihm formulierte Ablehnung des Bildes des willenlosen Subsumtionsautomaten und den

46 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 238 f.

47 EICHENBERGER, Justiz inmitten der Staatsveränderung, in: Aargauer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See: zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau/Frankfurt a.M. 1990, S. 243 (Hervorhebung im Original).

48 EICHENBERGER, Justiz inmitten der Staatsveränderung (Fn. 47), S. 240: zu den einzelnen Tugenden zählt Eichenberger, ebd.: «Überlegung, Abwägung, Sorgfalt, Unvoreingenommenheit und parteifeine Verträglichkeit [...] Verhaltenheit, Vertiefungsfähigkeit, Anerkennung von Höherem mit einer Gehorsamsbereitschaft und bewahrter Kritikfähigkeit, Wartenkönnen und Geduld zum Wachsenlassen von gedanklichen Konstruktionen in der Praxisbewährung, Publizitätsscheu und Skandalabneigung».

49 KURT EICHENBERGER, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Richard Frank (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindung des Richters, in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 1997, S. 90.

50 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 7 (Hervorhebung im Original).

51 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 384.

52 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 13 (Hervorhebung im Original).

53 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 55, mit Hinweis auf BGE 91 I 399 ff. und auf DIETER SIMON (Fn. 34).

(immer noch auf JOSEF ESSER) abgestützten Hinweis auf die schöpferischen Elemente und die unvermeidliche Subjektivität richterlicher Tätigkeit. Daraus resultiere ein «realitätsnahe Richterbild»,⁵⁴ das, gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, mit den Begriffen «Lebensnähe, Erfahrung und menschliches Verständnis»⁵⁵ umschrieben wird.

Mit Hilfe der Distinktion «zwischen rechtsprechungsimmanenter Subjektivität und rechtsprechungsfremder Subjektivität»,⁵⁶ also zwischen einer unvermeidlichen, für die Rechtsprechung sogar unabdingbaren Subjektivität und einer, ausserhalb der legitimen schöpferischen Normkonkretisierungstätigkeit liegenden, Befangenheit und Parteilichkeit anzeigen Subjektivität, versucht KIENER das Problem der Richterpersönlichkeit in den Griff zu bekommen. Sie weiss aber selber, dass diese Grenzziehung schwierig ist und konstatiert:

«Es gehört zur unauflösbaren Ambivalenz richterlicher Tätigkeit, dass die Richterinnen und Richter auf der einen Seite in das politisch-gesellschaftliche Leben eingebettet sind, im Interesse rechts- und sachrichtiger Rechtsprechung auch eingebettet sein müssen, sich auf der anderen Seite von entsprechenden Einflüssen immer wieder unabhängig zu machen haben.»⁵⁷

Auch unter diesem Gesichtspunkt wird die richterliche Unabhängigkeit von nicht näher bestimmten, inneren Elementen der Richterpersönlichkeit abhängig gemacht.

Argumentativ versucht KIENER, gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch des EGMR, dem Problem der kaum fassbaren inneren Haltung der Richterin durch die Verlagerung auf den «äusseren Anschein» zu begegnen: «Weil eine Befangenheit als innerer Zustand kaum zu beweisen ist, kommt den nach aussen wahrnehmbaren Umständen, der *«äusseren Erscheinung»* besondere Bedeutung zu.»⁵⁸ Während EICHENBERGER lediglich an die Richterpersönlichkeit appellierte, wird hier, im Sinne einer Objektivierung, nicht mehr nach dem Innenleben des Richters gefragt, sondern nach der Aussenwahrnehmung seines Verhaltens.

Und dennoch bleibt auch für KIENER die Innenwelt der Richterin massgeblich für die Garantie tatsächlicher Unabhängigkeit. Wird für eine sachgerechte Rechtsprechung die Verankerung in der Lebenswelt, die «bewusste Kontaktnahme mit der sozialen und politischen Wirklichkeit»⁵⁹ gefordert, so schützt nur die Richterpersönlichkeit vor übermässiger Exponierung:

54 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 65, mit Verweis auf JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a. M. 1972.

55 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 66 mit Verweis auf BGE 105 Ia 157, 162 f., E. 6a.

56 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 67.

57 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 68.

58 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 70 (Hervorhebung im Original), mit Hinweise auf die ständige Praxis seit BGE 114 Ia 50, 55, E. 3b und des EGMR.

59 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 179.

«Die kluge Dosierung, Angemessenheit, Mässigung und Zurückhaltung ist – über justiziable Grundrechtsgehalte der richterlichen Unabhängigkeit hinaus – letzten Endes eine Frage der individuellen richterlichen Ethik.»⁶⁰

Auch gegenüber medialem Druck wird «eine gewisse Festigkeit [erwartet]. Hier ist die Garantie unabhängiger Beurteilung letztlich nur gewährleistet, wenn sich die betroffenen Richterinnen und Richter *aktiv* um die Bewahrung ihrer inneren Freiheit bemühen.»⁶¹ Das Bundesgericht und die Doktrin würden damit «einem idealisierten Richterbild, das von der weitgehenden Abschirmung der Justiz von der Öffentlichkeit ausgeht»,⁶² eine klare Absage erteilen. Der schon von Eichenberger aufgestellte Tugendkatalog des idealen Richters findet sich bei KIENER bestätigt: Lebensnähe, Erfahrung, menschliches Verständnis, Bewusstsein der eigenen schöpferischen Mitwirkung bei der Norm konkretisierung, Mässigung, Zurückhaltung, Differenzierungsvermögen und Festigkeit.

2. Richter(aus)wahl

Wie bereits erwähnt, überträgt EICHENBERGER dem Wahlorgan die Verantwortung für die, dem Richterbild adäquate Auslese. «Es muss die Möglichkeit wahrnehmen, den Persönlichkeitswert als massgebendes Kriterium zur Geltung zu bringen. Das fällt jedoch ausserordentlich *schwer*, wie die schweizerische Praxis beweist.»⁶³ Den damals bestehenden Wahlprozeduren gegenüber äussert sich EICHENBERGER kritisch. Die Wahl durch das Parlament «erlaubt – wenn man will – doch immer noch auf die fachlichen-menschlichen Qualitäten Bedacht zu nehmen».⁶⁴ Faktisch würden diese Qualitäten aber häufig zurückgestellt: «Die Richterstellen werden ‹Sitze› politischer Parteien: sie werden im freiwilligen oder erkämpften Proporz aufgeschlüsselt und mit Parteiangehörigen besetzt.»⁶⁵ Dadurch werde, so weiter EICHENBERGER, «die Sozialfreiheit und die innere Unabhängigkeit des Richters»⁶⁶ bedrängt. In einer Fussnote dazu wird EICHENBERGER expliziter und bemängelt, dass die Parteien beim Fehlen geeigneter Kandidaten oder bei Kandidaten, die der Parteileitung nicht zusagen, es vorziehen «eine weniger geeignete Person»⁶⁷ zu portieren. Bei der Wiederwahl verweist EICHENBERGER, gerade im Vergleich mit den ausländischen Justizsystemen, auf die Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit,

60 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 182.

61 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 203 (Hervorhebung im Original), mit direktem Verweis auf EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19).

62 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 212.

63 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 238 (Hervorhebung im Original).

64 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 223.

65 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 223.

66 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 224.

67 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 223, Fn. 4.

fügt aber gleich hinzu, dass faktisch für den schweizerischen Richter die Ge-wissheit der Wiederwahl bestehe. Grund dafür sei die

«Eigenart konservativer-treuer Einstellung der Kreationsorgane. [...] Diese faktische Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit durch regelmässige Wiederwahl ist ein anschauliches Beispiel, wie das soziologische Komplement im Verfassungsrecht das normative ergänzen bzw. ersetzen kann.»⁶⁸

Dieser Zustand, fügt EICHENBERGER hinzu, «bleibt nur so lange erträglich, als sich der faktische Zug zur Stabilität erhält und als die für die Wiederwahlen zuständigen Kreationsorgane ihre Potenz, den Richter in enge und aktuelle Ab-hängigkeiten zu versetzen, nicht ausnutzen.»⁶⁹ Ein Systemwechsel zu längeren Amtsperioden oder zum Verzicht auf Wiederwahlen würde allerdings zur Auf-gabe der «Fundierung im Volk und seiner Legitimierung im Volkswillen»⁷⁰ füh-ren.

In seinen späteren Publikationen verstärkt sich die Kritik an den bestehenden Zuständen. Sie geht einher mit der Betonung der zunehmenden rechtsschöpfe-rischen Aspekte der richterlichen Tätigkeit. EICHENBERGER stellt 1971, an-gesichts struktureller Veränderungen der Gesetzgebung und der Etablierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Forderung auf, dass der Richter «am Krea-tionsprozess des Rechts beteiligt [werden muss], aber nicht einfach nebenbei, aushelfend, als Notbehelf, sondern kraft seines gewandelten Verfassungsauf-trags aus eigenem Rechtsgrund und in selbständiger Kraft.»⁷¹ Daraus folgt für EICHENBERGER die Abkehr von einer «naiv verfahrenden Jurisprudenz», der notwendige Übergang «zur bewussten, philosophisch und wissenschaftlich gründenden Richtertätigkeit» und die Dringlichkeit einer Reform der Wahlpro-zedur durch den Einsatz von

«präparierenden Sonderkommissionen aus sachkundigen und erfahrenen Parlamen-tariern [...]. Gelänge diese vermittelnde Lösung nicht, so wäre mit allem Ernst die Forderung zu erheben, die Wahl letztinstanzlicher Gerichte besonderen Wahlkollegien zu übertragen, in die das Parlament, die Exekutive, die Judikative instruktionsfreie Wahlmänner entsenden würden, ergänzt vielleicht durch angesehene Einzelpersönlichkeiten.»⁷²

Daraus wurde aber nichts und so konstatiert EICHENBERGER 1990, mit einer gewissen Resignation und mit leicht ironischem Unterton:

68 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 228 f.

69 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 229.

70 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 230.

71 KURT EICHENBERGER, Von der Justiz im modernen Staat, in: Aargauisches Beamtenblatt 68/1971, S.1 ff.; wieder abgedruckt in: Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Frank-furt M. 1980, S. 548 ff., Zitat S. 553. Für den Zusammenhang mit der Diskussion über die Ein-führung der Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. auch KURT EICHENBERGER, Justiz inmitten der Staatsveränderung (Fn. 47), S. 244 ff.

72 EICHENBERGER, Justiz im modernen Staat (Fn. 71), S. 554 f.

«In der Präparativphase vor Wahlgängen die richterlichen Qualitäten zu entdecken und den Wahlorganen plausibel zu machen, das ist der Weisheit von ‹Weichenstellern› der Partei- und Fraktionsleitungen und im übrigen dem Zufall anheimgegeben. Doch stellen sich Wunder befriedigender Selektion in so grosser Zahl ein, dass entweder höhere Lenkung oder eine genuine Gabe der Eidgenossen zum Richtertum vermutet werden darf.»⁷³

REGINA KIENER greift die Thematik wieder auf und betont, dass es bei der Richterwahl darauf ankomme, «*sachgerechte Auswahlkriterien*»⁷⁴ zu beachten. Sie unterscheidet dabei zwischen fachlichen und staatspolitischen Kriterien und subsumiert unter den ersten sowohl juristische Qualifikationen als auch soziale Kompetenzen i.S.v.

«Menschenkenntnis, Einfühlungsvermögen, Realitätsnähe und Aufgeschlossenheit, Entschlusskraft und Mut zu unpopulären Entscheidungen gegen den Druck der Öffentlichkeit – und insbesondere die Diskursfähigkeit im Sinne einer Befähigung, auch von eigenen Positionen und Vorverständnissen abrücken zu können.»⁷⁵

Kompatibel erscheint für KIENER die Verknüpfung dieser Merkmale mit den staatspolitischen Anforderungen, zu denen, neben passivem Wahlrecht, Sprachen- und zum Teil Regionenproportz sowie Geschlechterverteilung, vor allem die Parteimitgliedschaft als faktisch entscheidendes Kriterium gehört. «Dies allerdings nur unter der Bedingung, dass die Parteimitgliedschaft nicht vorrangiges oder gar einziges Wahlkriterium ist, sondern zuvorderst die fachliche und menschliche Kompetenz»⁷⁶ stehe und der Parteienproportz bei der Verteilung der Richtersitze stets beachtet werde.

Auch KIENER hegt Zweifel an der Angemessenheit der bestehenden Wahlverfahren. Sie fordert ebenfalls die Vorbereitung der Richterwahlen durch fachkompetente und repräsentative Gremien und nach «*sachgerechten, nachvollziehbaren und demokratisch gefundenen Kriterien*».⁷⁷ Eine grundsätzliche Infragestellung der politisch bestimmten Richterwahl schliesst sie aus, weil dadurch der Richterschaft eine starke demokratische Legitimation und Autorität verliehen und wesentlichen Prinzipien des schweizerischen Staatsdenkens (insbes. Integration, Konkordanz, Pluralität) entsprochen werde.⁷⁸ Insbesondere durch parlamentarische Wahlverfahren würden die «*Bedürfnisse nach Legitimation und Qualifikation weitgehend harmonisiert*».⁷⁹ Die Tatsache, dass qua-

73 EICHENBERGER, Sonderheiten (Fn. 49), Zitat S. 82.

74 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 262 (Hervorhebung im Original).

75 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 265 f. (Hervorhebung im Original). Zu den daraus sich ergebenden Pflichten vgl. S. 327 ff.

76 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 275.

77 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 276. Gegenüber anderen Rekrutierungsmechanismen unterstreicht sie, immerhin, dass parteipolitische «*Auswahlvorgänge zumindest in Ansätzen sichtbar, fassbar und folglich auch kontrollierbar gemacht werden*» (S. 272).

78 Vgl. insbes. KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 267 ff. So auch KIENER, Staatsrecht (Fn. 30), S. 277.

79 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 257.

lifizierten Juristen, die nicht bereit sind einer politischen Partei beizutreten, der Richterberuf verwehrt bleibt, erachtet KIENER zwar als problematisch, denn es wäre sachgerecht, auch solche Kandidaturen zu unterstützen, «insbesondere dann, wenn der rechnerisch anspruchsberechtigten Partei keine hinreichend qualifizierten Kandidatinnen und Kandidaten zur Verfügung stehen.»⁸⁰ Daraus folgt für sie aber nicht die Forderung nach einer Abkehr vom faktischen Zwang der Parteimitgliedschaft. In Einklang mit der Praxis wird lediglich am Postulat der «sachgerechten Ausgestaltung»⁸¹ der Wahlverfahren festgehalten.

3. *Laienrichter*

In Bezug auf das Verhältnis zwischen Laien- und Berufsrichter betont EICHENBERGER, freilich in einer Zeit, die noch stärker von der Laienpräsenz in den unteren Instanzen geprägt war, dass durch den Laienrichter das demokratische Prinzip in der Justiz am stärksten zum Ausdruck gebracht werde.

«Dabei schwingt die deutliche, obwohl selten offen zugestandene Auffassung mit, dass der Laienrichter eine spezifische, jedenfalls andere Stellung zum Gesetz habe als der gelehrte Richter, selbst wenn dieser in der Volkswahl erkoren wird.»⁸²

Der Laie werde gegenüber dem Gesetz als freier betrachtet und sei mit «dem im Volke lebendigen und damit aus der Rechtsidee unmittelbar genährten Rechtsbewusstsein ausgestattet».⁸³ Der Berufsrichter kompensierte allerdings diese fehlende Unmittelbarkeit mit der bereits erwähnten Lebensnähe und dadurch, dass er «auf das Volk hinhöre, dessen Stimme vernehme und in der Rechtsprechung auswirken lasse.»⁸⁴ Für EICHENBERGER gibt es vornehmlich zwei Gründe, die für den Laienrichter sprechen: Die Funktion als Sachverständiger und der Zuwachs an Autorität und Legitimität, der entstehe «wenn Richter entscheiden, die die Beteiligten als ihresgleichen halten.»⁸⁵ Dennoch zeigt sich EICHENBERGER im Endergebnis eher skeptisch gegenüber der Laienpräsenz. Er bezweifelt, dass die gewünschte Volksverbundenheit hergestellt werden könne, da Laienrichter eher Gruppeninteressen vertreten würden und weniger in der Lage seien, sich von solchen Abhängigkeiten zu lösen, weil ihnen «die Läuterungsfähigkeit wissenschaftlicher Denkweise fehl[e]»⁸⁶ und sie in der Regel nur nebenamtlich tätig seien. Grundsätzlich wären also rechtsgelehrte Richter vorzuziehen. Noch negativer äusserte sich zur Laiengerichtsbarkeit

80 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 275.

81 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 276. Zur Wiederwahl vgl. ebd., S. 285 ff., mit kritischen Bemerkungen.

82 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 107.

83 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 108. Für die Verbindung von Laienrichter und objektiv-zeitgemässer Auslegung vgl. S. 205.

84 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 110.

85 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 236 (Hervorhebung im Original).

86 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 237.

HANS HUBER, Eichenbergers Lehrer, in einem 1961 gehaltenen Vortrag.⁸⁷ Er bemängelt die fehlenden Rechtskenntnisse und will ihre Präsenz beschränken «in ihrem Zusammenwirken mit dem Juristenrichter, in den unteren Instanzen und in einfacheren Verhältnissen».⁸⁸ In diese Richtung gehen dann auch die späteren Äusserungen von EICHENBERGER zu diesem Thema. Seine Bedenken gegenüber Laienrichter verstärken sich; akzeptabel erscheint für ihn nur noch die «konsensuale Konvergenz des Juristen- und Laienelements im Schosse des Gerichts».⁸⁹

Bei REGINA KIENER ist zunächst eine gewisse Ambivalenz gegenüber der Laienpräsenz in der Justiz zu verzeichnen. Aus ihrer Sicht gehört die juristische Ausbildung zu den wesentlichen Auswahlkriterien, aber zugleich werde die fachliche Qualifikation formell meistens nicht verlangt: «vorherrschend ist eine Verhaftung im Volksrichtertum».⁹⁰ Gegenüber einem ausschliesslichen Berufsrichtertum hegt KIENER dann auch Bedenken wegen der zu befürchtenden übermässigen Staatsnähe und der Generierung einer «von Beginn der Ausbildung an auf beamtete Staatsdienerschaft ausgerichtete, in die Justizhierarchie eingegliederte, und letztlich auf Gehorsam nach oben eingeübte Richterschaft».⁹¹ Wird also die Laienpräsenz grundsätzlich nicht in Frage gestellt, so betont KIENER dennoch, dass bei zunehmender Komplexität der Streitsache, bei erheblichem öffentlichem Interesse und medialem Druck und bei höheren Instanzen es «umso sachgerechter erscheint die Besetzung des Spruchkörpers mit vollamtlich tätigen, juristisch ausgebildeten Berufsrichterinnen und Berufsrichtern»⁹² vorzunehmen. Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit bei Laienrichterinnen (zu denen sie auch die Geschworenen zählt) sieht KIENER vor allem aufgrund der Beeinflussbarkeit durch Öffentlichkeit und Medien. Praxis und Lehre würden, allerdings weitgehend ohne empirische Grundlagen (wie sie selber konzidiert), bei Laienrichtern, und vor allem bei denjenigen, die nur fallweise herangezogen werden, von einer erhöhten Manipulierbarkeit ausgehen, «auch deswegen, weil sie angesichts rechtlich und sachverhaltlich komplexer Verfahren oftmals überfordert seien».⁹³ Laien erfüllen demnach zunehmend weniger den richterlichen Tugendkatalog.⁹⁴

87 HANS HUBER (Fn. 38), S. 4f.

88 HANS HUBER (Fn. 38), S. 5. Zu den Einstellungen von HANS HUBER ausführlich ANDREAS KLEY (Fn. 34), S. 173 ff. und 220 ff.

89 EICHENBERGER, Sonderheiten (Fn. 49), S. 83.

90 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 263.

91 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 265. Sie verweist dabei auf MARTIN KILLIAS, Richterauswahl nach «fachlichen» statt «politischen» Kriterien? in: René Schuhmacher (Hrsg.), Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, S. 171 ff.

92 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 266.

93 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 206. Bei den «Laienberufsrichtern» (darunter fallen gemäss KIENER die nicht juristisch ausgebildeten, hauptamtlich tätigen Richterinnen) seien diese Gefahren viel geringer.

94 Näheres dazu hinten C.III.

III. Zwischenergebnis

Praxis und Lehre halten an einem konstanten, traditionellen Richterideal und an der Zentralität der entsprechenden Richterpersönlichkeit für die faktische Umsetzung der von der Verfassung und vom Völkerrecht geforderten richterlichen Unabhängigkeit fest. Sie fördern einen richterlichen Tugendkatalog zu Tage, der vor allem Distanziertheit und innere Freiheit, Lebensnähe, Erfahrung sowie menschliches Verständnis betont. Durch das Erfordernis der fachlichen Qualifikationen wird zudem das Laienrichtertum zunehmend in Frage gestellt. Argumentativ wird, angesichts fehlender empirischer Grundlagen, mit Vermutungen, Alltagsweisheiten und Hinweisen auf die *Lebenspraxis* operiert.

Der unveränderte, *ewige* Kern persönlicher Eigenschaften, die insbesondere die innere Freiheit der Richterin bestimmen sollen, erscheint als nicht überprüfbar. Eine *wirkliche* richterliche Unabhängigkeit ist aber ohne diese Tugenden nicht zu haben. Die Richter sollen sich, so die Verfassungslehre, daher selber um ihre eigene Unabhängigkeit kümmern. Gleichzeitig werden *skills* identifiziert, die als notwendige Voraussetzungen gelten sollen, um dieses Ziel zu erreichen. Dazu gehören, neben wiederum nicht überprüfbaren charakterlichen Eigenschaften, die fachjuristischen Qualifikationen. Im Sinne eines Zirkelschlusses gelten die fachlichen Qualifikationen als Prämissen der richterlichen Unabhängigkeit, gleichzeitig soll eine *vorrechtliche* richterliche Unabhängigkeit eine *fachgerechte* Rechtsanwendung gewährleisten.

Der blinde Fleck der fehlenden Überprüfbarkeit der Unabhängigkeit wird dogmatisch durch die Verlagerung auf den *Anschein* der Unabhängigkeit entparadoxiert. Dadurch wird freilich einer politischen *Blackbox* die Überprüfung gerade derjenigen persönlichen Eigenschaften überlassen, die gleichzeitig als zentral und unabdingbar für die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit angesehen werden.

Daraus ergeben sich für den Fortgang der Untersuchung folgende Fragen: Entspricht das Richterideal der Verfassungslehre den gesellschaftlichen Erwartungen und dem Selbstverständnis der Richter? Mit welchen Eigenschaften und auf welchem Weg wurde und wird man in der Schweiz (Bundes)Richterin? Welchem Richterbild entsprechen also die tatsächlichen Auswahlkriterien? Davor soll aber noch das Verhältnis zur Laienrichterschaft geklärt werden.

C. Die Laienrichter: der steinerne Gast

I. Die Laienrichter als Herausforderung für die Schweizer Juristinnen

1. Die Ursprünge der Schweizer Tradition der Laienrichter

In einem Leiturteil zur Verfassungsmässigkeit des Einsatzes eines erfahrenen Laieneinzelrichters (ein Architekt) in einem zivilrechtlichen Prozess hat das Bundesgericht 2007 festgehalten:

«Historisch gesehen war das neuzeitliche Laienrichtertum ein Postulat der Aufklärung und als gewaltenteiliger Ansatz gegen die vom Monarchen eingesetzten Juristenrichter gedacht (BÖTTGES, Die Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege, Diss. Bonn 1979, S. 3 ff.); demgegenüber beruhte es für die Schweiz primär auf dem Umstand, dass sich ein akademisch geschulter Juristenstand im gesamten Gebiet erst relativ spät herausgebildet hat (JESCHEK, Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der BRD und der Schweiz, in: Lebendiges Strafrecht, Bern 1977, S. 243).»⁹⁵

Dazu gleich eine Präzisierung: Noch zu Beginn des 19. Jh. verfügte tatsächlich die überwiegende Mehrheit der Schweizer Richter über *keine* juristische Ausbildung.⁹⁶ Gelehrte Richter gab es zwar vereinzelt,⁹⁷ Richterämter wurden aber in der Regel von Honoratioren bekleidet. Wahlorgane waren die Grossräte oder die Volksversammlungen und das Amt war zeitlich begrenzt.⁹⁸ Ein wichtiger Grund für diese Entwicklung war die Exemption von der Gerichtsbarkeit des Reichskammergerichtes seit dem Ende des 15. Jh.⁹⁹ Dies führte dazu, dass in den Schweizer Gerichten Billigkeitsentscheidungen die Regel und nicht die Ausnahme waren.¹⁰⁰ Es fehlten zudem die spezifischen professionellen Merkmale des Juristenstandes, wie auch deren Begrifflichkeiten. Es handelte sich da-

95 BGE 134 I 16, 18, E. 4.2.

96 So in einem Kommissionalbericht der Helvetischen Republik: «*Die meisten Oberrichter kennen nur das Lokale ihres Kantons, und die wenigsten sind Rechtsgelehrte*», zit. in WERNER LÜTHI, Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege, Bern 1938, S. 49. So auch in den nordischen Ländern, PIA LETTO-VANAMO, Laien als Richter – warum und wozu? in: Jörn Eckert, Pia Letto-Vanamo und Kjell Å. Modéer (Hrsg.), Juristen im Ostseeraum. Dritter Rechtshistorikertag im Ostseeraum 20.–22. Mai 2004, Frankfurt a.M. 2007, S. 97 ff.

97 Z.B. Hans Georg Finsler, der sich mit Carl Joseph Anton Mittermaier über Laienrichter beschwerte, Brief vom 2. August 1833, abgedruckt in: LIESELOTTE JELOWIK (Hrsg.), Briefe deutscher und Schweizer Germanisten an Karl Josef Anton Mittermaier, Frankfurt a.M. 2001, S. 85. In Basel wehrten sich die Handelsleute vehement gegen den Ausschluss der Laien aus der Justiz. Bachofen, der in Basel als Appellationsrichter amtierte, erklärte, wie schwierig es gewesen sei, ein aus gelehrt Juristen bestehendes Gericht zu schaffen, vgl. ROY GARRÉ, Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen (1815–1887), Diss. Bern, Frankfurt a.M. 1999, S. 192 f.

98 Vgl. MATTHIAS KRADOLFER, Justitias «Emancipation» – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848. Unter besonderer Berücksichtigung der Justizgeschichte des Kantons St. Gallen, Diss. St. Gallen, Zürich 2011, S. 235 f.

99 PIO CARONI, *Ius romanum* (Fn. 6); GARRÉ, diffusione (Fn. 6).

100 SCHOTT, Wir Eidgenossen (Fn. 6).

bei um kein *naives* Recht, sondern um ein kulturell *anderes* Recht, welches das Eingreifen des Juristen nicht brauchte; er war hier nicht willkommen.¹⁰¹

In der Schweiz gab es, insbesondere im Strafrecht, *keine Kabinettjustiz*.¹⁰² Es galten aber weiterhin Rechtspraktiken des Ancien Régime, welche die Regeneration nicht in Frage zu stellen vermochte.¹⁰³

Die Regierungen übten einen gewissen Widerstand gegen die neuen Rechts- und Verfahrensgrundsätze aus.¹⁰⁴ Die Folter blieb insbesondere in der Form der Ungehorsamstrafe und der Lügenstrafe im Rahmen einer geheimen Untersuchung bestehen.¹⁰⁵ Die im 19. Jh. ununterbrochene, mehrheitsfähige Opposition gegen die gelehrten Richter kann daher als Ausdruck der Konservierung der Machtpositionen dieser Honoratioren betrachtet werden. Die Legitimationsfunktion der Laienrichter im Sinne einer Hervorhebung der Volkstümlichkeit galt in diesem Kontext als Loyalitätsappell an die Gemeinschaft.¹⁰⁶ In den darauf folgenden Jahrzehnten machte sich auch die bürgerliche Elite und später die Arbeiterbewegung diese Strategie zu eigen, um die politische Kontrolle über die Rechtsprechung zu behalten.¹⁰⁷

2. *Kellers Scheitern in Zürich*

Die akademischen Institutionen wurden anfangs des 19. Jh. als «propädeutische Dienstleister verstanden»¹⁰⁸ und litten während Jahren unter niedrigen Studen-

101 PIO CARONI, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel 1996, S. 44; CARONI, *Ius romanum* (Fn. 6), S. 62: «Il motivo determinante del rifiuto svizzero della recezione non fu la paura di dover vivere sotto un diritto diverso, nuovo ed estraneo, perciò incomprensibile, ma piuttosto il desiderio di opporsi alla presenza e all'attività dei giuristi».

102 «Unter Kabinettjustiz versteht man Eingriffe des Monarchen oder seiner Minister/seines Kabinetts in ein konkretes Gerichtsverfahren», WERNER OGRIS, Kabinettjustiz, in: Albrecht Cordes et al. (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), 2. Aufl., Bd. II, Berlin 2004, Sp. 1487 f.

103 SIEGRIST, (Fn. 6), 1. Hb., S. 136: «In den einzelnen Republiken, die im lockeren Staatenbund der Eidgenossenschaft zusammengeschlossen waren, herrschten städtische-patrizische, zunftaristokratische und stadtbürglerliche Führungsschichten oder ländlich-bäuerliche Besitzer- und Unternehmereliten. Diese regierten als kollektive Führungsschicht über die einfachen Bürger und Hintersassen der Hauptstadt und über die Untertanen auf dem Land und in den Gemeinen Herrschaften.»

104 Vgl. MICHELE LUMINATI, Die Entstehung der Staatsanwaltschaft in der Schweiz – ein rechtshistorischer Streifzug, in: Michele Luminati und Niklaus Oberholzer (Hrsg.), *Die Staatsanwaltschaft im Spannungsfeld von Unabhängigkeit, Aufsicht und Weisung*, Sonderheft Forum poenale 11/2018, S. 340 ff.

105 LUKAS GSCHWEND und MARC WINIGER, *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zürich 2008, S. 45 ff.; vgl. KASIMIR PFYFFER VON ALTIHOFEN, *Das Strafrechts-Verfahren des Kantons Luzern vom Jahre 1865. Mit einer Einleitung und erläuternden Bemerkungen, mit einigen Formularen nebst zwei Abhandlungen*, Luzern 1866, S. 5 ff.

106 Vgl. auch CARONI, Einleitungstitel (Fn. 101), S. 44.

107 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 475 f.

108 ANDREAS THIER, Beobachtungen zur Pandektistik in der Schweiz, in: Susanne Lepsius, Reiner Schulze, Bernd Kannowski (Hrsg.), *Recht, Geschichte, Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs*, Berlin 2014, S. 229 ff., Zitat S. 233.

tenzahlen: 1837 beklagte sich Bluntschli über das Fehlen von Rechtsstudenten, 1856 wurden in Basel die Vorlesungen sogar eingestellt!¹⁰⁹ Grundlegend für die Entwicklung eines modernen Juristenstandes war somit der rege Austausch eines Teils der Schweizer Elite mit der ausländischen Rechtswissenschaft, sei es in der Form einer Ausbildung im Ausland (mit der zentralen Rolle der Universität Heidelberg)¹¹⁰, sei es durch den Ruf von ausländischen Rechtsprofessoren,¹¹¹ darunter auch politischen Flüchtlingen (wie Jodocus Temme und Hermann Höchster) mit dem Ziel, den Einfluss der Laien auf die Gerichte zu brechen.¹¹²

Die *jungen Juristen* um den Zürcher Romanisten und Savigny-Schüler Friedrich Ludwig Keller haben während der Regeneration versucht, in Zürich die «Wegschaffung des alten väterlichen Regiments» und «die Herrschaft des Grundsatzes, des Gesetzes, der Wissenschaft» durchzusetzen.¹¹³ Sie forderten «Gesetz, Idee, Regel, Grundsatz,» richterliche Unabhängigkeit (der Regierung gegenüber) und die Urteilsbegründung anstelle von «Laune, Willkür, Gnade und Ungnade».¹¹⁴ Keller war aber elitär und gegen die direkte Demokratie. Er sah die Schweiz als «roh, verworren und uncultiviert».¹¹⁵ Es handelte sich um einen Kampf um die «Verwissenschaftlichung der Rechtspflege».¹¹⁶ THIER betont, dass es für Keller um

«die Aufwertung der Gerichtsbarkeit durch die Professionalisierung ihrer Richter [ging], und der Weg dorthin sollte über eine Veränderung des Rechtswissens und seiner Ordnungsstrukturen führen».¹¹⁷

Obwohl der Volksgeistlehre verpflichtet, war sein Ansatz, so CARONI, für die genossenschaftlich-republikanische Schweiz problematisch.¹¹⁸ Keller schloss dabei ausserdem wesentliche Teile der produktiven Gesellschaft, insbes. die Ar-

109 Vgl. CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 80 f., Fn. 66.

110 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 334; s. auch KRADOLFER (Fn. 98), S. 203 f.

111 Für die junge Romanisten CARONI, Die Schweizer Romanistik (Fn. 6).

112 So sprach sich Bachofen, trotz unterschiedlicher Rechtsauffassung, nicht gegen Windscheid, Jehrung und Planck aus, «gli unici in grado di far filtrare un messaggio scientifico sul sostrato affaristico-commerciale altrimenti predominante nella cultura cittadina», GARRÉ, Fra diritto (Fn. 97), S. 196, Fn. 138.

113 Zitate Kellers aus dem Jahr 1834, zit. in CARONI, Schweizer Romanistik (Fn. 6), S. 260 und die dort angeführte Literatur.

114 PIO CARONI, Savigny nell’Ottocento svizzero, in: Susanne Lepsius, Reiner Schulze, Bernd Kanowski, (Hrsg.), Recht – Geschichte – Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs, Berlin 2014, S. 215 ff., Zitat S. 222, und die dort angeführte Literatur; so auch, mit anderen Stimmen, in den anderen Regenerationsszentren, LUKAS GSCHWEND, Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Régime bis in die Gegenwart, Justice – Justiz – Giustizia 2013/3.

115 CARONI, Schweizer Romanistik (Fn. 6), S. 258, Fn. 73.

116 CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 77; CARONI, Schweizer Romanistik (Fn. 6).

117 THIER (Fn. 108), S. 242 und die dort angeführte Literatur.

118 CARONI, Schweizer Romanistik (Fn. 6); CARONI, *Ius romanum* (Fn. 6); CARONI, Savigny (Fn. 114), S. 218, bemerkt aber die Paradoxie, dass die Schweiz genau durch diese laiengerichtliche Tradition zu einem stimulierenden Ort für das historistische Credo wurde.

beiter in der Landindustrie, aus.¹¹⁹ Letztendlich wurde er durch den konservativen *Züriputsch* entmachtet. Die Liberalen hatten aber seine Position schon in Frage gestellt, als sie 1837 einen erfahrenen liberalen Laienrichter anstelle des von ihm vorgeschlagenen jungen konservativen Juristen Bluntschli ins Obergericht wählten.¹²⁰

3. *Unterschiedliche Strategien der gelehrten Juristen zur Erlangung der Kontrolle über den Rechtsstaat*

a. *Die Kompromissbereitschaft des Anwaltes Jonas Furrer, erster Bundespräsident*

Wie CARONI erklärt, hat sich die gesellschaftliche Opposition gegen den gelehrt Juristen nicht nur über die Figur des Richters gezeigt, sondern sie richtete sich auch gegen den Advokatenstand. Die Anwälte ersetzten den richterlichen Paternalismus, was als *unrepublikanisch* empfunden wurde.¹²¹ Die Skepsis den regenerativen Neuheiten gegenüber konnte sich nämlich auf die Tatsache stützen, dass ein «*sekuläre[s]* Misstrauen in der Öffentlichkeit gegenüber dem Wirken des Fachjuristen ungebrochen andauerte».¹²² Auch Laienrichter widersetzten sich der neuen juristischen Kultur des Gesetzespositivismus,¹²³ die in weiten Teilen der Schweiz unmittelbar mit den Advokaten und ihrer politischen Tätigkeit assoziiert wurde.¹²⁴ Anfangs des 19. Jh. wurde die Rechtsanwaltschaft in den grösseren Kantonen «von oben» institutionalisiert, was auf die Ordnungs- und Gesetzesvorstellungen der Regierenden zurückwirkte¹²⁵ und die Profession mit der Wissenschaft in den neu gegründeten Rechtsschulen verband. Professoren wie Snell bildeten dann «einen Juristen- bzw. Advokatentyp heran, der nicht nur formaljuristisch, sondern auch politisch-gesellschaftlich argumentierte und sich als Advokat und Bürger zugleich betrachtete».¹²⁶ Mit der Professionalisierung wurde in den 1840er Jahren die Figur des Advokaten als Vertreter eines typischen liberalen Rechtsstaates zum Dauerthema, auch wegen

119 Vgl. RICCARDO JAGMETTI, Johann Jakob Rüttimann (1813–1876). Mitgestalter der Schweiz im Aufbruch, Basel 2018, S. 87.

120 THOMAS WEIBEL, Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich, Zürich 2006, S. 115; Bluntschli wurde aufgrund seiner politischen Ansichten nicht gewählt, vgl. GEOROLD MEYER VON KNONAU, Artikel «Bluntschli, Johann Kaspar», in: Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Allgemeine Deutsche Biographie, Band 47 (1903), S. 29 ff.

121 CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 80.

122 CARONI, Schweizer Romanistik (Fn. 6), S. 252.

123 Vgl. beispielhaft für Luzern MAX HUBER, Zur Geschichte des Luzerner Obergerichts, in: Richter und Verfahrensrecht. Festgabe 150 Jahre Obergericht Luzern, ZBJV 127bis, Bern 1991, S. 1 ff.

124 SIEGRIST (Fn. 6), 2. Hb., S. 897.

125 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 154 f.

126 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 161.

der Entwicklung des neuen juristischen Berufsbildes des Advokaten (parallel zum Bild des gelehrten Richters) als «Priester der Gerechtigkeit». ¹²⁷

Ulrich Ochsenbein, der erste Nationalratspräsident und Freischarrenführer, und Jonas Furrer, der erste Ständeratspräsident und anschliessend der erste Schweizer Bundespräsident, waren die angesehensten Anwälte Berns und Zürichs. Anfänglich an der Seite von Keller, ohne aber als einer seiner Schüler zu gelten, wechselte Furrer gleich nach dem *Zürriputsch* das politische Lager und näherte sich der NZZ an,¹²⁸ somit an der Seite von Heinrich Escher, der den Kampf gegen das sog. «Juristenregiment» führte¹²⁹ und als Hauptverteidiger der Laienrichter galt.¹³⁰ Weil Furrer dem EJPD vorstand, konnten die Kellerschüler Alfred Escher und Johann Jakob Rüttimann ungehindert an ihren gesetzgeberischen Werken arbeiten¹³¹ und namhafte Romanisten wie Theodor Mommsen an die Universität Zürich rufen.¹³² Furrer dämpfte allerdings die Bestrebungen der liberalen Juristen in Bezug auf die Zentralisierung des Rechtswesens. Er verstand sich diesbezüglich als Föderalist und «protestirt feierlichst» als sein revolutionärer Mitstreiter Johann Konrad Kern 1847 eine Appellationsinstanz gegen kantonale Urteile in der Bundesverfassungskommission vorschlug.¹³³ 1850 wehrte er sich vehement gegen die Idee namhafter liberaler Juristenpolitiker, wonach die Kantone sofort die Folter abschaffen müssten. Bei diesen Fragen standen sich nicht einfach liberale Juristen und Volk gegenüber, sondern liberale Juristen und kantonale Souveränität. Furrer wollte «Volk und Behörden auch wieder einmal Athem holen» lassen.¹³⁴

Bei der Schaffung des Bundesgerichts hingegen garantierten sich die liberalen Juristen von Anfang an die Kontrolle: Art. 97 BV legte lediglich die Unvereinbarkeit von Richteramt und Exekutive fest und verknüpfte die Wählbarkeit zum Richter mit der Wählbarkeit in den Nationalrat.¹³⁵ In der Redaktionskommission, wie Johann Konrad Kern (anschliessend zum ersten Präsidenten des Bundesgerichtes gewählt) unterstrich, galten somit die gleichen Wählbarkeits-

127 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 319 f.

128 ROLF HOLENSTEIN, Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz im Jahr 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte der Erfinder, Basel 2018, S. 249 ff.

129 HANS FRITZSCHE, Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich. Zur Erinnerung an die Regeneration von 1831 im Auftrag des Obergerichts, Zürich 1940, S. 58 f.

130 S. z.B. HEINRICH ESCHER, Versuch über die Zweckmässigkeit und Möglichkeit der Wiederherstellung der Volksgerichte in der Schweiz nach den Verhältnissen und Anforderungen unserer Zeit, Zürich 1838, S. 25.

131 FRITZSCHE (Fn. 129), S. 69 ff.

132 ERNST GAGLIARDI, HANS NABHOLZ und JEAN STROHL, Die Universität Zürich 1833–1933 und ihre Vorläufer. Festschrift zur Jahrhundertfeier, Zürich 1938, S. 488.

133 HOLENSTEIN (Fn. 128), S. 814.

134 SANDRA WIEDERKEHR, Institutionen, Strukturen, Prozesse, in: Joseph Jung (Hrsg.) Alfred Eschers Briefwechsel (1848–1852). Aufbau des jungen Bundesstaates, politische Flüchtlinge und Neutralität, Zürich 2012, S. 58.

135 Art. 97 BV 1848 i.V.m. Art. 64 BV 1848; HOLENSTEIN (Fn. 128), S. 880 f.

voraussetzungen wie für den Bundesrat.¹³⁶ Das Bundesgericht war kaum von einer politischen Behörde zu unterscheiden. Formell konnte jeder wählbare Bürger zum Bundesrichter bestimmt werden, faktisch wurden von Anfang an nur erfahrene gelehrte Juristen als Bundesrichter gewählt.

b. Die anfängliche Skepsis gegen die Geschworenen und ihre Instrumentalisierung gegen die Laienrichter

Die liberalen Kräfte haben nicht immer für die Geschworenen plädiert. CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER z.B. war zwar der Hauptvertreter der Überwindung der alten Beweistheorie,¹³⁷ fand aber noch 1845 die Lehre der freien richterlichen Überzeugung zu unsicher, insbesondere weil die Geschworenen zu beeinflussbar wären,¹³⁸ und äusserte kein Misstrauen den gelehrteten Richtern gegenüber;¹³⁹ so auch Keller. Trotz seiner Angloamericane und einer Reise nach London, um die englische Jury zu erforschen, sah Keller in seinem modernen Entwurf für eine gesamtschweizerische militärische Strafprozessordnung in den 1830er Jahren kein Schwurgericht vor.¹⁴⁰ Er zeigte sich zwar von dieser Institution angezogen, schätzte die Geschworenen aber nicht: Er war überzeugt, dass sie ihre Meinung als nicht-ausgebildete Menschen zufällig bildeten und dass ein sachkundiger Richter sie überzeugen musste.¹⁴¹ Er fand aber etwas Positives in jener Institution: die Richterfigur! «Gebt uns solche Richter und so wenige, und ich will hundertmal zum Geschwornengerichte Hand bieten».¹⁴² Er riet hingegen, mit Hinweis auf seine persönlichen Erfahrungen mit den Laienrichtern, entschieden von der Form des Schöffengerichtes ab: «die Nichtjuristen wurden vielmehr gewöhnlich

136 HOLENSTEIN (Fn. 128), S. 876.

137 PAOLA BALESTRIERI, Mittermaier e l'Italia. Orientamenti politici e dottrine processualistiche in un carteggio di metà Ottocento, *Ius commune* 10/1983, S. 97 ff.

138 CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmässigkeit, mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart – Tübingen 1845, S. 365 ff.; seine Meinung über die Beeinflussbarkeit schwankte eigentlich mehrmals über die Jahrzehnte und kann nicht als Richtschnur genommen werden, vgl. ARND KOCH, Carl Joseph Anton Mittermaier und das Schwurgericht, *ZNR* 22/2000, S. 167 ff.

139 MITTERMAIER, Mündlichkeit (Fn. 138), S. 374.

140 Sein Projekt war bereits ziemlich modern: Die Untersuchung blieb geheim, sah aber die mündliche Verhandlung und den Indizienbeweis vor. Die Geschworenen sind im Projekt erst im Jahr 1851 von seinem Schüler Rüttimann hinzugefügt worden. Vgl. dazu KARL ZBINDEN, Kasimir Pfyffer von Luzern im Dienste des Strafrechts, in: Ferdinand Elsener und Wilhelm Heinrich Ruoff (Hrsg.), *Festschrift Karl Siegfried Bader. Rechtsgeschichte, Rechtssprache, Rechtsarchäologie, rechtliche Volkskunde*, Zürich 1965, S. 485 ff., S. 492; über die Anziehungs Kraft Englands vgl. auch CARONI, *Schweizer Romanistik* (Fn. 6), S. 258, Fn. 74.

141 ARTHUR BAUHOFER, Friedrich Ludwig Keller und das Schwurgericht, *ZSR NF* 67/1948, S. 147 ff.

142 Keller 1835, zit. nach ARTHUR BAUHOFER, Friedrich Ludwig Keller und das Englische Schwurgericht, *ZSR NF* 82/1963 I, S. 283 ff., S. 290.

sehr bald – schlechte Juristen, weiter nichts».¹⁴³ Der gleichen Meinung war auch JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, der wie sein Mentor Keller 1836 zwecks Studium des englischen Prozesses nach London gereist war und die Geschworenen 1847 in seinem Projekt für eine Zürcher Strafprozessordnung nicht vorgesehen hatte.¹⁴⁴

Geschworenengerichte sind dann in den Zeiten der Revolutionen Mitte des 19. Jh. in einigen Kantonen eingeführt worden. Sie sind teils Kinder einer revolutionär-radikalen Haltung französischer Prägung,¹⁴⁵ teils eine Ableitung aus den Ideen RÜTTIMANNS.¹⁴⁶ Dieser nahm die liberalen Umtriebe von 1847 zum Anlass, um Geschworenengerichte in seinen Gesetzesvorschlag einzubauen,¹⁴⁷ genau wie MITTERMAIER. Beide schlugen als kontinentale Lösung eine Anpassung des englischen Geschworenenmodells vor. MITTERMAIER sah die *Jury* als Garantie gegen die monarchischen Juristenrichter, weil die freie Beweiswürdigung eine zu furchtbare Macht in ihren Händen gewesen wäre, insbesondere weil die englischen Geschworenen mit Beweisregeln (*rules of evidence*) und nicht mit der freien *conviction* wie im französischen Schwurgerichtsverfahren entscheiden mussten.¹⁴⁸ RÜTTIMANN hatte einen anderen Zugang zum englischen Prozess: Er behauptete, dass dort doch eine Beweistheorie galt, aber «ein Indicienbeweis (*presumptive or circumstantial evidence*) ist in Strafsachen sowohl als in Civilsachen zulässig».¹⁴⁹ Aufgrund der freien Überzeugung wäre es aber gefährlich, die Entscheidung einem einzelnen Richter zu überlassen. Das Wesensmerkmal der *Jury* war nicht die Volkstümlichkeit, sondern die Möglichkeit, viele Perspektiven auf der Richterbank zu haben. Seiner Meinung nach konnte eine *Jury* auch nur aus gelehrteten Richtern bestehen.¹⁵⁰

Mit seinen Prozessreformen konnte RÜTTIMANN das Prinzip der Gesetzesanwendung verwirklichen.¹⁵¹ Die Geschworenen waren Teil dieser Verwirkli-

143 Keller 1851, zit. nach BAUHOFER 1948 (Fn. 141), S. 145.

144 JAGMETTI (Fn. 119), S. 45.

145 Genf, Waadt, Bern, Freiburg; vgl. LUKAS GSCHWEND, Die Einführung der Geschworenengerichtsbarkeit in der Schweiz bis 1850, in: José Antonio Pérez Juan (Hrsg.), Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jh., Regensburg 2018, S. 139 ff.

146 Zürich, Tessin, Thurgau, Aargau, Neuchâtel und Solothurn; vgl. ALBERT SCHNEIDER, Johann Jakob Rüttimann, in: Johann Jakob Rüttimann, Kleine vermischt Schriften juristischen und biographischen Inhalts. Mit Biographie des Verfassers, Zürich 1876, S. 3 ff.

147 JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, Die zürcherischen Gesetze betreffend die Organisation der Rechtspflege und das Strafverfahren (Schwurgerichte) mit Erläuterungen, Zürich 1853, Einleitung.

148 CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER, Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni, Reggio – Modena 1851, S. 574: «*Ora siccome in Inghilterra quelle che decidono sono le regole di prova, così spetta ai giudici alla fine dei dibattimento, l'istruire i giurati di tutti i punti di diritto che sono decisivi nelle cause e il facilitar loro la deliberazione, ed i giurati accolgono con fiducia questi schiarimenti scientifici*»; KOCH (Fn. 138), S. 181, lehnt die These einer politischen Bedingtheit der Meinungsänderung MITTERMAIERS ab.

149 JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, Bericht über die englische Strafrechtspflege, Zürich 1837, S. 80.

150 Er enthielt sich ausdrücklich einer Meinung über die Opportunität der Einführung der *Jury* in der Schweiz, RÜTTIMANN, 1837 (Fn. 149), S. 82.

151 Vgl. RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 43.

chungsstrategie.¹⁵² Der Assisenpräsident konnte jetzt gestützt auf das *Gesetz betreffend die Organisation der Rechtspflege* von 1852 zum Einzelrichter werden, der den Prozess leitete und «vorkommende Geschäfte rasch und gut erledigt»¹⁵³ und die Anwälte konnten dank dem neuen (englischen) Kreuzverhör feste Prozessakteure werden.¹⁵⁴ Um die Akzeptanz der Jury zu erhöhen, betonte RÜTTIMANN, dass der Wahrspruch der Geschworenen als voller Schulterspruch galt. Er war somit gleichzeitig eine Entscheidung über die Tatfrage und über die Rechtsfrage. Der Richter musste dann über die Strafe entscheiden.¹⁵⁵

c. *Die Anerkennung des Laienrichters als tragender Bestandteil des ZGB*

Wie SIEGRIST erinnert, lief die Professionalisierung der Juristen im letzten Teil des 19. Jh. «weiterhin als Professionalisierung der Advokatur ab, während die Formalisierung und Professionalisierung des Richterberufs aus politischen Gründen nicht recht vorankam».¹⁵⁶ Die Richterstellen an Obergerichten waren Ende des 19. Jh. meist von Juristen besetzt. Das Problem, aus Sicht der Gelehrten, waren die Bezirksgerichte: Das Volk verstand das Richteramt als politisches Amt und wählte immer wieder Laienrichter.¹⁵⁷

Eugen Huber konnte seinen Entwurf des ZGB mitunter aufgrund der Bedeutung der zentralen Rolle der Laienrichter durchbringen:¹⁵⁸ Es handelte sich um

152 Der instrumentelle Charakter der RÜTTIMANN'SCHEN *Jury* kann besser unter Berücksichtigung der Haltung Alfred Eschers verstanden werden. RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 274, war für die Abschaffung der Folter, A. Escher auch, er plädierte aber gegen die Geschworenengerichte, s. Brief von von Planta an A. Escher 7. August 1850, in: JUNG (Fn. 134), S. 172 f., Fn. 2. Das ist keineswegs unbedeutend: Wie Foucault erinnerte, waren das Geständnis und die Folter Zwillingerscheinungen, vgl. ROY GARRÉ, *Inquisizione, inquisiti, inquisitori: spigolature giusletterarie fra Fédor Dostoevskij, Umberto Eco e Valerio Evangelisti*, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.), «*Toujours agité – jamais abattu*». Festschrift für Hans Wiprachtiger, Basel 2011, S. 539 ff.; gemäss Hegel war das Schwurgericht die prozessuale Garantie anstelle des Geständnisses und damit «selbst ein Zweck, Bewahrung der Freiheit des subjectiven Willens in dem Fall, dass der Verbrecher nicht eingestehet», zit. nach MIKE BACHER und PAOLO BECCHI, *Der Kampf Hegels um ein liberales Strafrecht. Die Geschworenengerichte – ein erster Vergleich zwischen Vorlesung und den «Grundlinien»*, in: Filippo Contarini und Ares Bernasconi (Hrsg.), *Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess*, ZSR Beih. 51, Basel 2014, S. 25 ff., Zitat S. 36.

153 RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 24.

154 RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 195 und 247 ff. Die Mündlichkeit und Öffentlichkeit im Gericht setzte sich in ganz Europa durch, vgl. auch LUIGI LACCHÈ, «*Non giudicate*». *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli 2009, S. 24 ff.

155 RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 43 und 210; JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, «Was sind die gesetzlichen Bestimmungen in denjenigen Kantonen, welche Geschworenengerichte haben, in betreff der an die Geschworenen zu richtenden Fragen? [...]», Referat, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, in: ZSR AF 12/1864, S. 45 f.; vgl. auch Art. 93 BStrP 1851 und Art. 114 f. BStrP 1851; über die Autorenschaft RÜTTIMANNS vgl. jetzt JAGMETTI (Fn. 119), S. 43.

156 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 472.

157 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 472 ff.

158 Vgl. CARONI, Einleitungstitel (Fn. 101), S. 41; GARRÉ, *Fra diritto* (Fn. 97) S. 205.

die Anerkennung traditioneller genossenschaftlicher demokratischer Werte, die «keine Besiegten» zurück zu lassen vermochten,¹⁵⁹ nicht zuletzt auch wegen der Referendumsdrohungen.¹⁶⁰ Obwohl die Politik das neue Gesetzbuch durch die Ernennung von fünf neuen (wie immer gelehrten) Bundesrichtern zu festigen versuchte,¹⁶¹ waren sich die Rechtsglehrten vollkommen bewusst, dass sie mit der «freien Konkurrenz der Laienarbeit» leben mussten.¹⁶²

II. Das Fortbestehen der Laienrichter im Schweizer Recht

1. Wer und wo sind Laienrichter?

Es herrscht heute Einigkeit darüber, dass als «echte», «ständige» Laienrichter diejenigen Richterinnen gelten, die «über keine spezifisch juristische Ausbildung verfügen» und nebenamtlich in Kollegialgerichten (ev. auch als Einzelrichter) urteilen.¹⁶³ Noch 2006 setzten sehr wenige Kantone ein abgeschlossenes Jurastudium für die Wahl zur Richterin voraus.¹⁶⁴ Sogar in den urbanen Zentren wie Bern, Basel oder Genf war eine rege Präsenz in den Kollegialgerichten festzustellen. Nur im Kanton Zug setzte sich die erste Instanz ausschliesslich aus Juristen zusammen. In der zweiten Instanz war eine nebenamtliche Laienbeteiligung noch in zehn Kantonen vorgesehen.¹⁶⁵ 2012 gab es nur in Luzern, Neuenburg, Schaffhausen und Zug keine Laienrichter in der ersten

159 CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 67.

160 CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 90.

161 MICHELE LUMINATI, Giudici legislatori – alla maniera elvetica, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 40/2011, S. 303 ff.

162 PAUL FRIEDRICH VON WYSS, zit. nach CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 90.

163 MICHAEL BEUSCH, Laienmitwirkung in der Verwaltungsrechtspflege. Eine Standortbestimmung am Beispiel der Steuerjustiz unter Einbezug der österreichischen Diskussion zur Reform der Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, *Justice – Justiz – Giustizia* 3/2008. So auch FELIX BOMMER, Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege, in: Jörg Schmid und Hansjörg Seiler (Hrsg.), *Recht des ländlichen Raums*, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich 2006, S. 47 ff.; NICCOLÒ RASELLI, Laien als Richter und Richterinnen, *SJZ* 104/2008, S. 96 ff.; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, Einzelgericht oder Kollegialgericht? – Ein Diskussionsbeitrag, *SJZ* 105/2009, S. 91 ff.; DETLEF KRAUSS, Laien in der Strafrechtspflege der Schweiz, in: Heike Jung (Hrsg.) *Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen. Participatory models and individual rights*, Bonn 1989, S. 193 ff., der die Rolle der Laiengerichtsbarkeit im Sinne eines *Milizsystems* betont (S. 194); RAPHAËL ARN, ANDRÉ KUHN und NICOLE SAURER, Synthese. Inkrafttreten der StPO: Auf dem Weg zu einer Vereinheitlichung der Organisation der Strafbehörden? in: Raphaël Arn, Nicole Saurer und André Kuhn (Hrsg.), *Organisation der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden und strafrechtliche Ausführungsbestimmungen*, Basel 2011, S. 39 ff., bezeichnen die Laienrichter hingegen nur als «Nicht-Berufsrichter» (S. 43). Diese Definition berücksichtigt nicht die sog. «Berufslaienrichter» wie sie z.B. KIENER, *Unabhängigkeit* (Fn. 34), S. 206, oder ROBERT HAUSER, ERHARD SCHWERI und KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Aufl., Basel, Genf, München 2005, S. 85 bezeichnen. BOMMER (wie hier oben), S. 51, nennt letztere «Halblaien».

164 Vgl. WALTER BOSSHART, *Die Wählbarkeit zum Richter im Bund und in den Kantonen*, Diss. Zürich, Winterthur 1961, S. 41 ff. (und S. XVII) und neuerdings BOMMER (Fn. 163).

165 BOMMER (Fn. 163).

Instanz.¹⁶⁶ Dabei sind die Laienrichter von den Geschworenen zu unterscheiden. Die Besonderheit der Geschworenen liegt nicht in ihrer mangelnden Fachkompetenz, sondern in der Zufallskomposition und in der Möglichkeit der Zufallsablehnung.¹⁶⁷ Eine weitere Kategorie bilden die Fachlaienrichter, die in Fachgerichten die «Sprache [der Branche] sprechen».¹⁶⁸

Die soziologischen Erhebungen von den 1970er Jahren bis heute zeigen, dass nur 9% der Laienrichter aus einer Familie mit universitärem Bildungsabschluss kommen und dass diese Ziffer konstant geblieben ist. Die Gründe für diese Stabilität seien im Wahlsystem zu suchen, insbesondere in der fehlenden Öffnung der Richterposten für Nicht-Parteimitglieder.¹⁶⁹ Schon in den 1970er-Jahren waren nach MATTER grosse Unterschiede im Bekanntheitsgrad der Richterinnen zwischen Stadt und Land festzustellen: In einer Befragung konnten 70% der Befragten eines ländlichen Bezirkes den Namen eines (frisch gewählten) Richters angeben, dieser Anteil sank in der Stadt Zürich auf lediglich 7%.¹⁷⁰ ANGEHRN/LUDEWIG-KEDMI haben 2007 in einer repräsentativen Stichprobe gezeigt, dass 72% der Laienrichterinnen ein Amt mit einem Pensum von nur 20% bekleideten, 93% waren in der ersten Instanz tätig, 31% als Einzelrichter. Nur 2.2% waren in der Verwaltungsjustiz tätig.¹⁷¹ MACHURA hat in Deutschland die Schöffen gefragt, wie intensiv sie an den Beratungen teilnehmen. Er konnte feststellen, dass die Schöffen sich zurückziehen, wenn der Richter die Beratungsatmosphäre verschlechtert und abweichende Meinungen nicht «fair» entgegennimmt.¹⁷² LUDEWIG-KEDMI/ANGEHRN behaupten ausserdem, ohne nähere empirische Hinweise zu nennen: «von Berufsrichtern ist im-

166 VERA BEUTLER, «Keine Rechtfertigung mehr für Laienrichter», plädoyer 2012/3, S. 11 ff., deren Tabelle über die Laienrichter in der Schweiz aber leider die Differenz zwischen Kollegiallaienrichter, Geschworenen, Einzellaienrichter und Fachlaienrichter nicht berücksichtigt. Die einzigen relevanten Daten sind deshalb diejenigen über die Nicht-Präsenz der Laienrichter.

167 Schon MITTERMAIER, Mündlichkeit (Fn. 141), S. 360 erinnerte daran, dass Geschworene Rechtkenntnisse *nicht nötig* haben. Ein aktuelles Beispiel ist der Anwalt und Bundesgerichtsschreiber Ares Bernasconi, der als *Schöffenjurist* (N. B. nicht als einziger) am Tessiner Appellationsgericht amtet.

168 BGE 136 I 207, 215, E. 3.5.3, vgl. jetzt ANNA RÜEFLI, Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien. Unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Gerichte des Bundes und der Kantone Aargau, Basel-Stadt, Bern, Luzern, St. Gallen, Waadt und Zürich, Diss. St. Gallen, Bern, Baden-Baden, Wien 2018.

169 Bei Berufsrichtern war und ist die Quote um 40%, GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 298.

170 FELIX MATTER, Der Richter und seine Auswahl, Diss. Zürich, Zürich 1978, S. 56; MARK PIETH, Zur Bedeutung der Laiengerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Heike Jung (Hrsg.) Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen. Participatory models and individual rights, Bonn 1989, S. 199 ff.

171 EVELYNE ANGEHRN und REVITAL LUDEWIG-KEDMI, Laienrichter im Spiegel der Zeit: Der «Common Sense» in der Rechtsprechung, in: Thomas S. Eberle, Sabine Hoidn und Katarina Sikavica (Hrsg.), Fokus Organisation. Sozialwissenschaftliche Perspektive und Analyse. Emil Walter-Busch zum 65. Geburtstag, Konstanz 2007, S. 269 ff., S. 280.

172 STEFAN MACHURA, Fairness und Legitimität, Habil. München/Neubiberg, Baden-Baden 2001, S. 229 ff.

mer wieder zu hören, dass Laienrichter keine sinnvolle Bereicherung für das Rechtssystem sind».¹⁷³ Es gibt aber viele richterliche Stimmen, die sich positiv über die Rolle der Laienrichter äussern. Die meisten sehen in ihnen ein Mittel, um die gelehrten Richter zu einer Selbstreflexion über die im Prozess verwendete Sprache zu zwingen.¹⁷⁴ Schliesslich ist festzustellen, dass die Behauptung, das Recht sei zu komplex für die Laienrichter geworden, seit 150 Jahren ununterbrochen aufgestellt wird.¹⁷⁵

2. *Die Abschaffung der Geschworenen durch die Beibehaltung der Laienrichter?*

Mit der Strafrechtsvereinheitlichung stellte sich das Bundesgericht am 14. Januar 1941 im Vernehmlassungsverfahren für die Revision der Bundesstrafprozessordnung (BStrP) gegen einen gesetzlichen Vorbehalt für die Schwurgerichte.¹⁷⁶ Das Zürcher Volk lehnte am 6. Juli 1941 die Umwandlung des klassischen Schwurgerichtes in ein Schöffengericht ab.¹⁷⁷ Am Juristentag im September 1941 reagierten die Schweizer Juristen mit Beifall auf den bundes-

-
- 173 REVITAL LUDEWIG-KEDMI und EVELYNE ANGEHRN, Sind Laienrichter noch zeitgemäß? Laienrichter im Spannungsfeld zwischen «gesundem Menschenverstand» und rechtlicher Komplexität, *Justice – Justiz – Giustizia* 2008/3, Rz. 47, die auf «Interviews mit Richtern und Rechtsexperten» hinweisen, ohne aber die Ergebnisse zu veröffentlichen; 2007 hatten sie schon behauptet: «Der Laienrichter übernimmt in der Praxis die juristische Stimme. Der «unverbildete» gesunde Menschenverstand ist damit in der Rechtsprechung in keiner Weise spürbar», ANGEHRN/LUDEWIG-KEDMI (Fn. 171), S. 282.
- 174 HANS PETER WALTER, Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters, in: Jörg Schmid und Pierre Tercier (Hrsg.), *Psychologie und Recht. Symposium vom 15. Oktober 1999 zum 60. Geburtstag von Peter Gauch*, Zürich 2000, S. 31 ff.; RASELLI (Fn. 163); MARTIN ZIEGLER, Laienrichterinnen und -richter, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich 2007, S. 65 ff.; ähnlich ROBERT HAUSER, ERHARD SCHWERI und VIKTOR LIEBER, *GOG. Kommentar zum zürcherischen Gesetz über Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG)* vom 10. Mai 2010, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 49. Andere vertreten die These, die Laienrichter gelten als Schutz vor dem Risiko, die ganze Justizverwaltung nur dem Juristenstand zu überlassen, z.B. ARNOLD MARTI, Kontroverse um Laienrichter, Leserbriefe, *NZZ* 29.04.2016, Nr. 99, S. 9, und (für die Schöffen) MAURO ERMANI, *La corte d'assise ticinese, esperienza pratica*, in: Filippo Contarini und Ares Bernasconi (Hrsg.), *Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess*, ZSR Beih. 51, Basel 2014, S. 123 ff.
- 175 PETER CONRADIN VON PLANTA, Die Geschworenengerichte (gewürdigt für den Kanton Graubünden), in: ZSR AF 4/1855, S. 29 ff., sprach von der zunehmenden Schwierigkeit, wirtschaftliche Kriminalität zu behandeln; JEAN GRAVEN, *Le sens et l'évolution du jury*, in: *Revue internationale de Criminologie et de Police technique* 24/1970, S. 97 ff.; WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 35 ff.; ROBERT HAUSER, Am Ende von Schwur- und Geschworenengericht?, in: Hans Walder und Stefan Trechsel (Hrsg.), *Lebendiges Strafrecht. Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz*, ZStrR 94, Bern 1977, S. 252 ff.; PIETH (Fn. 174); BOMMER (Fn. 167); BEUSCH (Fn. 167).
- 176 JEAN BOURGKNECHT, *Le recours au Tribunal Fédéral en matière pénale, après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse. Rapport*, ZSR NF 60/1941, S. 1a ff.
- 177 MAX FEHR, *Das zürcherische Geschworenengericht*, Diss. Zürich, Zürich 1975, S. 58 ff.

gerichtlichen Standpunkt.¹⁷⁸ 1952 schaffte das Bundesgericht im bekannten Urteil Schürch das klassische Schwurgericht endgültig ab.¹⁷⁹ Am Urteil waren fünf Bundesrichter mit Doktortitel beteiligt und einer davon war sogar ehemaliger Präsident des Zürcher Schwurgerichtes.¹⁸⁰ Das Hauptargument war, dass die Bestimmungen des BStrP über die Nichtigkeitsbeschwerde keinen Raum mehr für unbegründete Wahrsprüche der Geschworenen liessen.¹⁸¹ Das konnte «der Bundesversammlung nicht entgangen sein» als sie den BStrP revidierte.¹⁸²

In den 1970er Jahren waren die Geschworenen nach JEAN GRAVEN immer noch «le problème essentiel» des Schweizer Strafprozessrechts,¹⁸³ da der Richter den Verbrecher und sein Milieu kennen sollte und das Recht nun zu «savant, complexe et nuancé» geworden sei.¹⁸⁴ Dilettantismus reichte für ihn nicht mehr aus, was die Ablehnung aller Formen der Laienpräsenz zur Folge hatte.¹⁸⁵ Auch ROBERT HAUSER sah, dass «der einfache Mann aus dem Volk [...] als Geschworener» praktisch hilflos vor den neuen komplexen wirtschaftskriminellen Entwicklungen stehen würde.¹⁸⁶ Die Laienbeteiligung hatte für ihn aber noch einen Sinn: «Auszugehen ist von der Tatsache, dass für die Strafrechtspflege die Zusammenarbeit zwischen *Berufsrichtern* mit juristischer Bildung und *ständigen Laienrichtern* eine sehr gute Lösung darstellt».¹⁸⁷ Mit diesem Argument war es möglich, die Geschworenen grundsätzlich in Frage zu stellen.¹⁸⁸

2002 wiederholte HAUSER, dass, obwohl die Kriminalitätsbekämpfung im 21. Jh. für die Schöffen zu komplex geworden sei, die Laienrichter nicht in Frage zu stellen seien.¹⁸⁹ Der Bundesrat behauptete in seiner Botschaft zur

178 Vgl. BOURGKNECHT (Fn. 176) und MAX WAIBLINGER, Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches. Bericht, ZSR NF 60/1941, S. 117 ff.

179 BGE 78 IV 134.

180 Am Urteil waren beteiligt: die beiden sozialdemokratischen Bundesrichter Eduard Arnold (Anwalt und Präsident des VPOD) und Hans Tschopp (frisch gewählt und bis 1951 Präsident des Zürcher Schwurgerichtes), Bundesgerichtspräsident Walter Nägeli (freisinnig, langjähriger Bundesgerichtsschreiber), Paul Logoz (rechtsliberal, Strafrechtsprofessor) und der konservative Franz Fässler (langjähriger Bundesgerichtssekretär).

181 Art. 277 BStrP 1943: «Leidet die Entscheidung an derartigen Mängeln, dass die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden kann, so hebt sie der Kassationshof ohne Mitteilung der Beschwerdeschrift auf und weist die Sache an die kantonale Behörde zurück.»

182 BGE 78 IV 134, S. 142, E. 3.

183 GRAVEN (Fn. 175), S. 100 (Hervorhebung im Original).

184 GRAVEN (Fn. 175), S. 108.

185 GRAVEN (Fn. 175).

186 HAUSER, Ende (Fn. 175), S. 262.

187 HAUSER, Ende (Fn. 175), S. 283; auch PETER NOLL, Strafprozessrecht, Zürich 1977, S. 34, betonte, man brauche keine Geschworenen, da Laienrichter in den Gerichten schon zu finden wären.

188 Das bemerkte auch RUDOLF PETER HAUERT, Das solothurnische Schwurgericht, Diss. Bern, Bern 1974, S. 131.

189 ROBERT HAUSER, Skizzen aus Anlass des 150jährigen Bestehens des Zürcher Schwur- bzw. Geschworenengerichts, in: Jürgen Becker et al. (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes. Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S. 671 ff.

StPO 2005, dass die «Schwur- oder Geschworenengerichte [...] faktisch nicht mehr einsetzbar»,¹⁹⁰ die Laienrichter hingegen ausdrücklich «z.T. weiterhin» erlaubt seien.¹⁹¹ Mit der Begründung, die Schöffen seien den Laienrichtern anzugeleichen, konnte im Tessin das Schöffengericht gerettet werden.¹⁹²

3. Die bundesgerichtliche Bestätigung des Laienrichtertums

2006 hat das Bundesgericht klargestellt: «Einen Anspruch auf juristisch gebildete Richter oder jedenfalls auf einen über entsprechende Kenntnisse verfügenden Gerichtsvorsitzenden [...] kennt die schweizerische Bundesverfassung jedoch nicht».¹⁹³ Im Urteil wird noch gesagt, dass «nur ausreichende fachlich-sachliche Kenntnisse den Richter zu unabhängiger Willensbildung und richtiger Rechtsanwendung befähigen». Wenn diese Kenntnisse im Gericht fehlen, «kann nicht von einem fairen Verfahren gesprochen werden».¹⁹⁴ Es ging um den Anspruch auf rechtliches Gehör: «Der Richter muss fähig sein, sich mit den Anliegen und Argumenten der Verfahrensparteien angemessen auseinanderzusetzen». Es könne dem Gericht zum Verhängnis werden, «wenn unerfahrene Laienrichter ohne Möglichkeit der Mithilfe einer unabhängigen Fachperson ihres Amtes walten müssten». Im vorliegenden Fall verfügte aber der erfahrene Laienbezirksrichter über die «Mitwirkung eines juristisch ausgebildeten Gerichtsschreibers, dem [...] ausdrücklich beratende Stimme zukommt».¹⁹⁵

Auf dieser Grundlagen hat der Kanton Tessin 2010 einen *pretore di valle* (einen gelehrten Richter), wohlgeremt ohne gesetzliche Grundlage, als informellen Berater für die Friedensrichter im Sinne der «Mithilfe» einer unabhängigen Fachperson betrachtet.¹⁹⁶ Ganz anders hat RAINER J. SCHWEIZER aus dem

190 Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, S. 1138; diese Haltung ist von der Wissenschaft wiederholt worden, s. z.B. CHRISTOF RIEDO, GERHARD FIOELKA und MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 302 ff., die den Begriff «Schwurgericht» als Auffangbegriff für Schwurgerichte und Schöffengerichte benutzen.

191 Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, S. 1383.

192 Dieses Argument findet sich in NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, S. 144; die Konformität mit der StPO bejahen auch ARN/KUHN/SAURER (Fn. 163), S. 43 und 54 und ANDRÉ KUHN et al., Le canton du Tessin a-t-il véritablement maintenu un jury populaire en matière pénale? in: Filippo Contarini und Ares Bernasconi (Hrsg.), Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess, ZSR Beih. 51, Basel 2014, S. 99 ff.

193 BGE 134 I 16, 18, E. 4.2.

194 BGE 134 I 16, 18 f., E. 4.3.

195 Alles in BGE 134 I 16, 18 f., E. 4.3; 2018 hat das Bundesgericht dieses Urteil bestätigt: Urteil 1C_263/2018 vom 4. Dezember 2018 der I. öffentlich-rechtliche Abteilung, E. 4.3 f.

196 Zu dieser problematischen Entwicklung vgl. FILIPPO CONTARINI und ARES BERNASCONI, Il Giudice di pace in Ticino: il valore determina i valori?, in: Juana Vasella und Anne-Sophie Morand (Hrsg.), Werte im Recht – Das Recht als Wert, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Zürich 2018, S. 289 ff.

vorhin erwähnten Bundesgerichtsurteil abgeleitet, dass «blosse Laienjustiz unzulässig» sei.¹⁹⁷ In seinem Kommentar zu diesem Urteil schwächte NICCOLÒ RASELLI (der als Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung am Urteil beteiligt war) die Folgen ab: «die Rechtsprechung kann aus der Beteiligung der Laien durchaus Gewinn ziehen». Zugleich aber meinte er, dass die Laienbeteiligung nur «zu einer Frage der Tradition geworden» sei.¹⁹⁸

Das Bundesgericht hat 2012 diese Rechtsprechung geschützt: «dass einem Mitglied des Bezirksrates ohne juristische Ausbildung ein juristisch ausgebildeter Ratsschreiber zur Seite steht, begründet für sich allein keine unzulässige Abhängigkeit, sondern eine willkommene Hilfe».¹⁹⁹

III. Die Verfahrensgarantien als neues Mass der Richterlegitimation

1. Die Abschaffung der Laiengerichtsbarkeit im Kanton Zürich

Seit Mitte der 1980er Jahre sind im Kanton Zürich allmählich aber stetig die Einzelrichterkompetenzen ausgeweitet worden.²⁰⁰ Diese Entwicklung ist eine generelle in der Schweiz, auch im Strafrecht,²⁰¹ obwohl die Einzelgerichtsbarkeit kaum Tradition hatte (1979 kannten nur die Kantone Tessin, Wallis, Neuenburg und Genf die Figur des Einzelrichters im Zivilverfahren).²⁰² Parallel dazu ist das System der Laienrichterinnen vermehrt in Frage gestellt worden,²⁰³ obwohl auf der Zürcher Landschaft die Laienrichter noch 2009 fast alle Wahlen gegen gelehrte Juristinnen gewinnen konnten. Die Präsenz der Laienrichter ist aber klar rückgängig: 2009 gab es noch 32 Laienrichter, 2015 waren es nur noch 17 (mit einem Arbeitspensum bis max. 50%).²⁰⁴

Als 2014 eine aus Laien und gelehrten Juristinnen bestehende wilde Liste für die Bezirksgerichtswahlen in Zürich gegen die offizielle nach Parteiproportz aufgeteilte und lediglich aus gelehrten Juristen bestehende Liste präsentierte wurde, haben drei Kantonsparlamentarier der FDP, SP und CVP die Abschaffung der Laienrichter vorgeschlagen.²⁰⁵ Die Stadtbevölkerung unterstützte letzt-

197 Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Keine Rechtsprechung ohne ausreichende Rechtskenntnisse, plädoyer 2017/3, S. 44 ff., Zitat S. 46.

198 RASELLI (Fn. 163), S. 99.

199 BGE 139 III 98, 105, E. 4.3.2. Das Gericht hatte eine Beschwerde der Demokratischen JuristInnen Zürich zu beurteilen.

200 Vgl. zum Ganzen GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 278 f.

201 ARN/KUHN/SAURER (Fn. 163), S. 43 und 55.

202 MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. verb. und verm. Aufl., Zürich 1979, S. 8.

203 90% der Artikel der NZZ über Laienrichter sind in den 1990er Jahren erschienen, GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 275; HANS SCHMID, Abschied vom Laienrichtertum im Kanton Zürich, SJZ 111/2015, S. 556 ff., nannte als Ursachen die stetige Vermehrung der Gesetze, der komplexen und internationalen Prozessen und, *last but not least*, der neuen ausgebildeten Juristen.

204 MARKUS ROHR, «Es braucht Juristen und Laien», Tages-Anzeiger 2.10.2009, S. 22; LUCIEN SCHERRER, Laienrichter in Bedrängnis, NZZ 18.04.2015, Nr. 89, S. 21.

205 STEFAN HOTZ, Laien als Zürcher Richter? NZZ 15.01.2014, Nr. 11, S. 16.

endlich die offizielle Liste.²⁰⁶ Am 5. Juni 2016 nahmen dann 66 % der Kantonsbevölkerung das Referendum für die Abschaffung des Laienrichtertums an.²⁰⁷ Interessanterweise wurden in der Diskussion weder das Argument des Fehlurteils durch Laienrichter vorgebracht,²⁰⁸ noch die Tatsache, dass in der Regel gegenüber Laienrichterinnen keine Ausstandsbegehren gestellt werden.²⁰⁹

Das Zürcher Obergericht hat sich mehrmals für die Abschaffung der Laienrichterposten ausgesprochen. Es vertrat die Meinung, dass die Parteien immer öfters mit Anwältinnen vor Gericht erscheinen und die neuen eidgenössischen Prozessordnungen das Verfahren verkomplizieren würden.²¹⁰ Im April 2016 liess das Obergericht in der Abstimmungskampagne wissen, dass die demokratische Legitimation auch ohne Laien gegeben sei und dass «dank unserem funktionierenden Bildungssystem auch Personen aus einfachen Verhältnissen die Möglichkeit haben, eine Richterlaufbahn einzuschlagen».²¹¹ Oberrichter Marti betonte in einem Leserbrief, dass es schwieriger sei, als Einzelrichter in einem Prozess mit Anwälten zu entscheiden.²¹² Noch vor der Abstimmung schrieb der ehem. Präsident des Zürcher Obergerichts HANS SCHMID: «die vorgesehene Gesetzesänderung setzt lediglich den Schlusspunkt unter eine jahrelange Entwicklung».²¹³

2. *Fairness des Verfahrens und Profirichter*

Seit Ende der 1980er Jahre kann man in der Schweiz eine juristische Wende beobachten: Eine richterliche Entscheidung gilt als legitim, wenn sich die Richterin an internationale Verfahrensstandards i.S.v. von Art. 6 EMRK hält.²¹⁴ Wie BEUSCH betont, seien nicht eine vermehrte Präsenz der Laien im Gerichtshof, sondern gestärkte Mitwirkungsrechte der Rechtsunterworfenen im Verfahren nötig, d.h. eine wirksame Anerkennung des rechtlichen Gehörs und adressaten-

206 BRIGITTE HÜRLIMANN, Der Polizist will nicht mehr richten, NZZ 16.05.2014, Nr. 112, S. 15.

207 BRIGITTE HÜRLIMANN, Vertrauen in die Juristen-Richter, NZZ 06.06.2016, Nr. 129, S. 19; die Zürcher Presse hat sich deutlich gegen die Laienrichter geäussert, vgl. z.B. BRIGITTE HÜRLIMANN, Urteilen nur mit Fachwissen, NZZ 18.04.2015, Nr. 89, S. 21 und LILIANE MINOR, Laienrichter sind überholt, Tages-Anzeiger 31.05.2016, S. 23.

208 Anders die Diskussion über Laien in den Bezirksräten 2017: PATRICE SIEGRIST und MARIUS HUBER, Kesb-Entscheide überfordern Laienrichter, Tages-Anzeiger 11.08.2017, S. 15.

209 Das betonte eine seit 15 Jahren tätige Laienrichterin, «langjährige Chirurgie-Krankenschwester, aktive Bäuerin und vierfache Mutter», THOMAS HASLER, «Richten ist ein menschlicher Job», Tages-Anzeiger 28.06.2011, S. 15.

210 THOMAS HASLER, Das Ende der Laienrichter? Tages-Anzeiger, 18.04.2015, S. 19.

211 BRIGITTE HÜRLIMANN, Das Volk bestimmt seine Richter, NZZ 21.04.2016, Nr. 92, S. 17.

212 PETER MARTI, Mit beiden Beinen im Leben, Leserforum, Tages-Anzeiger 31.05.2016, S. 15.

213 SCHMID, 2015 (Fn. 203), S. 556 f.

214 Was das Bundesgericht mit dem Hinweis auf den «Anspruch auf rechtliches Gehör» in BGE 134 I 16, 18 f., E. 4.3 hervorgehoben hat. Vgl. allg. zur Rolle des Völkerrechts für die bundesgerichtliche Rechtsprechung MICHEL HOTTELIER, La CEDH et les règles suisses de procédure – aspects historiques et développements récents, Revue jurassienne de jurisprudence (RJJ) 2005 S. 11 ff.

gerecht formulierte und gut begründete Entscheidungen.²¹⁵ Heute scheint die Meinung, das Verfahrensrecht sei «*die Kernkompetenz* des Richters»²¹⁶, daher mehrheitsfähig geworden zu sein.

Diese Entwicklung geht einher mit dem Nachweis der menschlichen Züge des *Profirichters*:

«Das Argument, Juristen würde der gesunde Menschenverstand abgehen, weshalb es auch Laienrichter brauche, verkennt, dass auch Profirichter mit beiden Beinen im Leben stehen: Sie leben in Partnerschaften, haben Kinder, engagieren sich in Behörden und Vereinen und haben Einfühlungsvermögen wie alle anderen auch. Nur verfügen Profirichter darüber hinaus auch über das notwendige juristische Rüstzeug».²¹⁷

Diese Vorstellungen prägen seit Langem das richterliche Selbstbewusstsein.²¹⁸ In der Abstimmungskampagne für die Abschaffung der Zürcher Laienrichter wurde diese *Menschlichkeit* auch in der politischen Werbung sichtbar. Die SVP, die sich für die Laienrichterinnen engagierte, hat versucht, auf ihren Plakaten eine Standessicherung gelehrte Juristen/Volk darzustellen: Ein Plakat zeigte einen «überdimensionierten, schweren, mit Messing beschlagenen Richterhammer», also ein Standessymbol, der ein «filigranes Richterhämmerlein» zertrümmert.²¹⁹ Dieses Bild war vom Spruch «Monopol für Juristen? Nein» begleitet. Auf dem Plakat der SP, die für die Abschaffung war, sah man hingegen als Symbol für die gelehrten Richter einen fleissigen, mit Latzhosen bekleideten Arbeiter und dazu den Spruch «wir schätzen Profis».²²⁰ Alle Standesgrenzen scheinen damit aufgehoben zu sein, als ob Richter mit Latzhosen ihrer Tätigkeit nachgehen würden.

IV. Sind Laienrichter leichter beeinflussbar?

Einige der bekanntesten Straffälle der letzten Jahre sind von mehrheitlich aus Laien bestehenden Gerichten entschieden worden.²²¹ Die Laienrichterinnen spie-

215 BEUSCH (Fn. 163), Rz. 36 ff.

216 MARCEL OGG, Richterliche Fachkompetenz und Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2017/2, Rz. 13 (Hervorhebung im Original).

217 MARTI (Fn. 212), S. 15.

218 Vgl. hinten, D.II.

219 So die Beschreibung von BRIGITTE HÜRLIMANN, Juristen-Staat unerwünscht, NZZ 04.05.2016, Nr. 103, S. 20.

220 «Keine Laienrichter mehr an Zürcher Bezirksgerichten», Foto im News-Ticker des Tages Anzeiger online, 05.06.2016, jetzt auf <https://mcdn.newsnetz.ch/img/liveticker/17327/611985.jpg?1550833143>.

221 Im «Fall Walker» entschieden, gemäss MARCEL GYR, «Enormer Druck auf Laienrichter», NZZ 16.10.2015, Nr. 240, S. 24, zusammen mit dem Präsidenten (ein «gelernter Jurist mit Anwaltspatent») vier Laien: «ein pensionierter Lokomotivführer, eine Kindergärtnerin, ein Werk-schullehrer sowie ein Personalberater»; der «Fall Marie» wurde von einem Jurist und vier Laienrichter und -innen entschieden (PHILIPPE REICHEN, Höchststrafe für den Mörder von Marie wirft Fragen auf, Tages-Anzeiger 26.03.2016, S. 4); im «Fall Rapperswil» war das Aargauer Bezirksgericht aus zwei Juristen und drei Laien zusammengesetzt (THOMAS HASLER, Ein Fall

len noch heute eine zentrale Rolle in der Justiz, obwohl das Bundesgericht in mindestens zwei wichtigen Urteilen von ihrer Voreingenommenheit ausgeht. 1979 musste es über den Ausstandsbeschluss des mehrheitlich aus Laienrichtern zusammengesetzten Bezirksgerichts von Rheinfelden entscheiden. Es ging um den Baustopp des Atomkraftwerks Kaiseraugst. Die gleiche Frage war zugleich Gegenstand einer Volksinitiative, die von der Bundesversammlung einen Monat vor dem Ausstandsbeschluss abgelehnt worden war.²²² Das Bundesgericht machte geltend, dass es «verständlich» war, dass die nebenamtlichen Laienrichter «solchen Spannungen noch stärker ausgesetzt» wären als Berufsrichter.²²³ Nicht wesentlich anders sprach es sich im «Fall Baragiola» aus, als die Verteidigung des Mitglieds der *Brigate Rosse* den Ausstand des ad hoc bestellten Tessiner Geschworenengerichtes (*Assise criminali*) wegen übermässigem Druck seitens der Presse forderte. Dem Gesuch wurde nicht Folge geleistet,²²⁴ wobei das Bundesgericht, unter Berufung auf die (vermeintlichen)²²⁵ Ansichten der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte pauschal festhielt, dass «*sono i giudici popolari a correre il maggior rischio di subire l'influenza degli interventi dei mezzi d'informazione sfavorevoli a un imputato o a un accusato*».²²⁶

Auch Bundesrichter HANS PETER WALTER geht von einer geringeren Widerstandskraft der Laienrichter aus.²²⁷ Er stützt seine Ausführungen auf zwei Lehr-

für Lausanne, *Tages-Anzeiger* 17.03.2018, S. 2). MASCHA SANTSCHI KALLAY, *Externe Kommunikation der Gerichte*, Diss. Zürich, Bern 2018, S. 258, Fn. 1696, in ihrer lesenswerten Studie über Gericht und Medien, behandelt die Frage nicht, «weil die Anzahl Laienrichter in der Schweiz im Schwinden begriffen ist.»

- 222 Eidgenössische Volksinitiative «zur Wahrung der Volksrechte und der Sicherheit beim Bau und Betrieb von Atomanlagen», s. jetzt <https://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis125.html>.
- 223 BGE 105 Ia 157 S. 165 E. 6.c).
- 224 BGE 116 Ia 14 S. 27 E. 7 d).
- 225 Vermeintlich, denn KARL SPÜHLER, *Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien*, SJZ 86 (1990), S. 349 ff., S. 350, der selber am Urteil beteiligt war, erinnert einerseits daran, dass im Fall Lockheed (18. Dezember 1980, i.S. Crociani g. Italien): «Die Europäische Menschenrechtskommission vertrat [...] die Ansicht, Laienrichter gewährleisteten nicht weniger als Berufsrichter die Garantien der Integrität und Unabhängigkeit». Andererseits, unter Berufung auf einschlägige Kommentare zur Rechtsprechung dieser Kommission, betont Spühler, dass «die öffentliche negative Berichterstattung über einen Angeschuldigten könnte zu einer das Recht auf ein faires Verfahren beeinträchtigenden Beeinflussung des Gerichtes, insbesondere von Laienrichtern, führen.»
- 226 BGE 116 (1990) Ia 14 S. 23 E. 7 b); kritisch gegen diese Pauschalisierung SCHWEIZER, *pläoyer* (Fn. 197), S. 47. Es ist hier aber zu betonen, dass der EGMR in vielen zitierten Entscheiden eigentlich gar nicht Stellung für oder gegen die Beeinflussbarkeit der Laienrichterinnen genommen hat (vgl. z.B. Khodorkorskij und Lebedev c. Russland vom 25. Juli 2013, Nr. 11082; AB Kurt Kellermann v. Sweden vom 26. Oktober 2004, Nr. 41579/98; Pabla KY c. Finlanne vom 22. Juni 2004, Nr. 47221/99). Im Urteil Nr. 34896/97 i.S. Craxi c. Italien (Nr. 1) vom 5.12.2002, P. 98, anerkannte doch der EGMR, dass «aux termes de la jurisprudence des organes de la Convention» eine Pressekampagne die Fairness eines Prozesses in Frage stellen könne, «influençant l'opinion publique et, par là même, les jurés». Es wurde keine empirische Studie herangezogen, um diese These zu stützen.
- 227 HANS PETER WALTER, *Gedanken zum Richteramt*, ZBJV 11 (1991), S. 611 ff., S. 630: «Besonders gross ist die Gefahr bei Laien, namentlich bei nur sporadisch an Prozessen mitwirkenden

meinungen, die allerdings ohne empirische Grundlage argumentierten,²²⁸ sowie auf zwei weitere Autoren, die eigentlich nicht eindeutig diese Ansicht teilen.²²⁹ KIENER erinnert, dass in der Schweiz empirische Daten über die Beeinflussung der Laienrichter durch die Medien fehlen, nichtsdestoweniger behauptet sie, dass die Laienrichter mehr beeinflussbar seien.²³⁰ ZELLER meint, dass Laien doch beeinflussbarer als gelehrte Richter seien, verweist aber zugleich auch auf Autoren, die diese Ansichten als Ausfluss einer Standesideologie betrachten.²³¹ Man kann hier, mit den Worten von HESSE, von einer modernen *Legende*²³² reden, deren Überlieferung von den Juristen selber gewährleistet wird und die dazu dient, die Überlegenheit der gelehrten Richter zu behaupten. Das juristische Wissen ist aber, anders als RAINER J. SCHWEIZER kürzlich behauptet hat,²³³ nicht wirklich zentral für die Gewährleistung der richterlichen Unabhän-

Geschworenen, die im Vergleich zu Berufsrichtern verständlicherweise eine geringere Widerstandskraft gegen die von den Massenmedien ausgehenden Einflüsse entwickeln».

- 228 HAUSER, Ende (Fn. 175), S. 280; FRANZ RIKLIN, Vorverurteilung durch die Medien, recht 2/1991, S. 65 ff., S. 69.
- 229 SPÜHLER, Gefährdung (Fn. 225); HANS-JÜRGEN FRISKE, Gefährdet die Presse die richterliche Unabhängigkeit?, DRiZ 1990, S. 331 ff., der auf S. 334 schreibt, dass er die Einflüsse der Presse auf die richterliche Unabhängigkeit nicht feststellen konnte.
- 230 Vgl. vorne B.II.3.; ihre Meinung wird von den unterschiedlichsten Autoren zitiert, die letztendlich die richterliche Unabhängigkeit mit dem Vorhandensein von Fachkompetenzen verbinden, z.B. MARKUS MÜLLER, Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, Bern 2010, S. 95; SCHWEIZER, plädoyer (Fn. 197), S. 47; STEINMANN, SGK BV 30 Abs. 1 N 18; MARKUS BOOG, Art. 56 StPO, in: Marcel Alexander Niggli, Marianne Heer, Hans Wiprachtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014, N 60; OGG (Fn. 216); STEPHAN GASS, Professionalisierung des Richteramts, AJP 2010, S. 1143 ff. In seiner grundlegenden Studie über dieses Thema kommt aber schon CHRISTOPH RENNIG, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit, Diss., Marburg 1993, S. 232, zu folgendem Schluss: «Richter, gleich welchen Status und welcher Herkunft, sind grundsätzlich dazu in der Lage, ihre Überzeugung unter selektivem Rückgriff auf Teilmengen von aufgenommenen Informationen zu bilden, d.h. andere Informationsmengen gezielt auszublenden. [...] Weil die Beachtung eines Verwertungsverbotes dessen Kenntnis voraussetzt, wird die Lektüre verfahrensbezogener Publikationen die Unbefangenheit mancher Laienrichter zumindest so lange in besonderen Masse gefährden, als diese Schöffen nicht daran erinnert wurden, dass sie bei der Urteilsfindung nur in den Inbegriff des mündlich Verhandelten berücksichtigen dürfen. [...] Richter *dazu neigen*, ein Verwertungsverbot, das zum Freispruch eines offensichtlich Schuldigen nötigte, zu missachten.»
- 231 FRANZ ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik. Verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Diss. Bern, Bern – Stuttgart – Wien 1998, S. 114 ff. und die dort angeführte Literatur.
- 232 HANS ALBRECHT HESSE, Experte, Laie, Dilettant. Über Nutzung und Grenzen von Fachwissen, Opladen 1998, S. 132.
- 233 RAINER J. SCHWEIZER, Warum die Rechtsprechung nicht den Laien anvertraut werden darf, ZBl 118 (2017), S. 297 f., stützt seine Aussagen auf THOMAS GRUNDMANN, CHRISTOPH BEIERLE, GABRIELE KERN-ISBERNER und NIKI PFEIFER, Wissen, in: Achim Stephan und Sven Walter (Hrsg.), Handbuch Kognitionswissenschaften, Stuttgart 2013, S. 488 ff. Dort wird aber auf S. 491 f. das Gegenteil behauptet: «Wissen und Überzeugungen eines Agenten, der mit einer realen Umwelt kommunizieren und erfolgreich in ihr agieren soll, typischerweise unvollständig

gigkeit und dient vielmehr ihrer Darstellung.²³⁴ Auch die Ungewissheit kann ausserdem im Prozess zur Legitimation des Verfahrens beitragen.²³⁵

V. Zwischenergebnis

Sowohl die Rechtswissenschaft als auch die gelehrten Richter haben in den letzten Jahrzehnten die Präsenz der Laienrichter zunehmend in Frage gestellt. Die Entwicklungen in Zürich sind dafür symptomatisch: Mit dem Übergang zur Einzelrichterin wurde nebenamtlichen Laien die Ausübung richterlicher Tätigkeiten erschwert. Zusätzlich warf man ihnen mangelnde fachliche Kenntnisse vor und schliesslich kam es zur Abschaffung.

Die Präsenz der Laienrichter hat in der Schweiz eine lange Tradition. Noch Mitte des 19. Jh. war die Justiz fest in den Händen der Laien, die aus den Honoriatioen stammten. In diesem Sinn ist es verfehlt, die Laienpräsenz als emanzipatorisches Element gegenüber dem Ancien Régime zu bezeichnen. Sie waren eher Ausfluss der genossenschaftlich-republikanischen Struktur der Kantone, also eine vormoderne Erscheinung. Durch die liberale Revolution von 1848 schufen die Juristen einen Rechtsstaat, in welchem sie eine neue, zentrale Rolle einnehmen wollten und konnten. Das Bundesgericht, von Anfang an nur mit gelehrtene Richtern besetzt, kann als Ausfluss davon betrachtet werden.

Die Laiengerichtsbarkeit blieb ein wesentlicher Bestandteil des sich formierenden modernen juristischen Feldes, auf dem die Juristen die Hegemonie beanspruchten und den Laien keine Stimme gewähren wollten. In den letzten Jahrzehnten ist deren Unabhängigkeit insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihrer Beeinflussbarkeit in Frage gestellt worden, allerdings ohne entsprechende wissenschaftlich fundierte empirische Grundlagen.

sind, basieren auf impliziten Annahmen und sind mit Fehlern behaftet [...] Ein Problem dabei ist die charakteristische Monotonieeigenschaft der klassischen Logik [...] das führt bei natürliche-sprachlichen Argumenten in realen Umgebungen aber nicht selten zu kontraintuitiven Situationen». Die juristische Subsumtion fällt eindeutig unter der erwähnten Logik. Vgl. auch ARNO SCHERZBERG, Rechtswissenschaften, in: Christoph Engel, Jost Halfmann und Martin Schulte (Hrsg.), *Wissen – Nichtwissen – unsicheres Wissen*, Baden-Baden 2002, S. 113 ff.

234 Wie WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 42 erinnert: «Richterliche Überzeugungskraft beruht erst auf gezeigter, nicht bereits auf vorhandener Festigkeit und Unabhängigkeit. [...] Auch richterliche Unabhängigkeit sodann ist nicht bloss eine Frage der Herstellung, sondern ebenfalls und vielleicht noch ausgeprägter eine solche der Darstellung». Über die Immunisierungsfunktion des Rechts vgl. NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 565 ff.

235 Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main 1983 (1969), S. 116; LUHMANN, *RdG* (Fn. 234), S. 391. In diesem Sinn ist die Aussage zu verstehen von EMANUELA EPINEY-COLOMBO, *La conciliazione nel nuovo Codice di procedura civile federale*, *Bollettino OATi* 40/2010, S. 30 ff., S. 39: «le incognite [sono] insite in una causa giudiziaria, aleatoria per sua natura e di cui nessuno, tantomeno il giudice incaricato di risolverla, può dire in anticipo come e quando finirà.»

Man könnte sagen, dass, so wie in Mozarts Oper Don Giovanni den Komtur ermordet, um Donna Elvira zu erobern, die gelehrten Juristen die Laienrichter abzuschaffen versuchen, um das juristische Feld zu beherrschen. Aber der Komtur kommt zurück als *steinerner Gast*, so wie die Laien weiterhin präsent sind und das Feld doch nicht räumen. Das Ende der Juristenoper ist noch nicht geschrieben und es wird sich zeigen, wer wen in die Unterwelt hinunterziehen wird.

D. Die Innensicht: richterliche Selbstbeschreibungen

I. Die Bedeutung richterlicher Selbstbeschreibungen

Die Richterbildthematik findet sich selbstverständlich nicht nur in der verfassungsrechtlichen Literatur. Auch Richter (freilich ausschliesslich nur solche aus der Kategorie der gelehrten Richterschaft) äussern sich, wenn auch eher zurückhaltend und gelegentlich, darüber und zwar häufig im Rahmen von Festreden, Vorträgen, Memoiren, Nachrufen und literarischen Werken.²³⁶ Häufig deklarieren die sich äussernden Protagonisten bescheiden, dass sie von sich aus *keinen* wissenschaftlichen Anspruch erheben und ihre Aussagen als Erfahrungsberichte, Erinnerungen oder persönliche Ansichten verstanden haben wollen.²³⁷ Sie bewegen sich also ausserhalb des dogmatischen Diskurses bzw. sie ergänzen diesen, indem sie sich mit dem von der Staatsrechtslehre als nur sehr begrenzt normierbar betrachteten Bereich der Richterpersönlichkeit beschäftigen.

Und dennoch erheben diese Texte einen normativen Anspruch im Sinne einer «Erwartungsnormierung».²³⁸ Sie produzieren idealisierte Beschreibun-

236 Dazu und zur Bedeutung dieser Quellsorten für die historische und sozialwissenschaftliche Forschung AERSCHMANN (Fn. 8), S. 21 ff.; LUMINATI, Priester der Themis (Fn. 3), S. 9 ff.

237 So z.B. JOSEF J. STREBEL, Vom Richter und seinem Amte, in: ZBJV 89/1953, S. 137 ff.; KARL HARTMANN, Rechtsprechen in verändertem Spannungsfeld, in: Franz Muheim – ein weltoffener Urner, Altdorf 1993, S. 74 ff.; KARL SPÜHLER, Der Richter und die Politik, ZBJV 130/1994, S. 28 ff., der immerhin zusätzlich zur eigenen persönlichen Erfahrung noch eine Umfrage heranzieht; RAYMOND SPIRA, À quoi servent les juges?, in: Recueil de jurisprudence neuchâteloise 2002, S. 35 ff.; HANS PETER WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2005/1, Rz. 6: «Die nachstehenden Gedanken sind daher als praxisbezogener Essay aus retrospektiver Feder eines ehemaligen Richters zu verstehen, nicht als wissenschaftlicher Beitrag.» Man könnte sich überlegen, Gerichtsentscheide zur richterlichen Unabhängigkeit auch als richterliche Selbstbeschreibungen zu betrachten. Sie haben aber, insbes. als Bundesgerichtsentscheide, eine andere Normierungsintensität und Autorität und sind in einem anderen diskursiven Kontext eingebettet. Dass aber dahinter auch bestimmte Richterbilder stehen und gleichzeitig sie selber das Richterbild mitprägen, ist unbestritten.

238 KAUFFMANN (Fn. 3), S. 42. Dazu auch schon ANTONIO MANUEL HESPAÑA, L'étude prosopographique des juristes: entre les «pratiques» et leurs «représentations», in: Johannes-Michael Scholz (Hrsg.), El tercer poder, Frankfurt a.M. 1992, S. 99 f.

gen, *Heiligenbilder*, und schaffen dadurch eine «virtual reality»,²³⁹ die einerseits nach aussen zur Immunisierung der Justiz gegenüber Fragen nach justizinternen und –externen Abhängigkeiten, anderseits nach innen zur Selbstdisziplinierung dienen soll. Ihr Gegenstand ist mitunter der richterliche *Habitus*, verstanden als «überindividuelle, kollektive Wahrnehmungs- und Verhaltensdispositionen, die durch Sozialisationsprozesse erworben und durch Berufskarrieren gefestigt»²⁴⁰ werden. Professionalität (die sich im Kontext der schweizerischen Justizstrukturen erst allmählich durchsetzen konnte)²⁴¹ äussert sich durch einen bestimmten Stil, durch Verhaltensformen, die im Professionalisierungsprozess vermittelt und von den Individuen inkorporiert werden. Das Handeln ist durch Habitusformen konditioniert und diese erscheinen «dem naiven, illusionären Laienverständnis als Ausdruck professioneller Kompetenz».²⁴² In den Selbstbeschreibungen manifestiert sich der Habitus in der vorhin erwähnten Doppelfunktion der Immunisierung und Selbstdisziplinierung.

II. Die schweizerische Tradition richterlicher Selbstbeschreibung – ein Florilegium

Die helvetischen richterlichen Selbstbeschreibungen bedienen sich, meistens unausgesprochen, bei einem festen, *ewigen* Kanon der (kontinental)europäischen Tradition richterlicher Benimmbücher, die von der Antike über Bartolus und Pothier bis hin zur, im französischsprachigen Raum bekannten Figur des *bon juge* Magnaud und zum mehrfach aufgelegten und übersetzten *Lob der Richter* von Piero Calamandrei reicht.²⁴³ CHRISTINE KAUFMANN hat unlängst die Konstanz dieses jahrtausendealten richterlichen Tugendkatalogs notiert:

-
- 239 REGINA OGOREK, Virtual Reality und Rechtsanwendung, in: Heinz-Dieter Assmann (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie. Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, S. 14. Dazu auch SIMON (Fn. 34), S. 26; LUHMANN, RdG (Fn. 234), S. 304 f. und 545 ff.; BANCAUD (Fn. 7), bes. S. 159 ff.; DANIEL DÉDEYAN, Die richterliche Entscheidung. Eine Informationstheorie des Prozessrechts, Rechtstheorie 36/2005, S. 209 ff.
- 240 INGRID GILCHER-HOLTEY, Kulturelle und symbolische Praktiken: das Unternehmen Pierre Bourdieu, in: Wolfgang Hardtwig und Hans-Ulrich Wehler (Hrsg.), Kulturgeschichte Heute, Göttingen 1996, S. 112. Vgl. auch PIERRE BOURDIEU, Sozialer Sinn (Fn. 14); CORNELIA BOHN, Habitus und Kontext. Ein kritischer Beitrag zur Sozialtheorie Bourdieus, Opladen 1991; MICHAELA PFADENHAUER und THOMAS SCHEFFER (Hrsg.), Profession, Habitus und Wandel, Frankfurt a.M. 2009.
- 241 Vgl. vorne C.I.
- 242 MICHAELA PFADENHAUER, Professioneller Stil und Kompetenz. Einleitende Überlegungen im Rekurs auf Bourdieus Habitus-Konzept, in: Michaela Pfadenhauer und Thomas Scheffer (Hrsg.), Profession, Habitus und Wandel, Frankfurt a.M. 2009, S. 10.
- 243 Dazu BANCAUD (Fn. 7), S. 281; PASQUALE BENEDUCE, Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale, Bologna 1996, insbes. S. 243 ff.; LUMINATI, Priester der Themis (Fn. 3), insbes. zu Calamandrei S. 41 ff.; KAUFFMANN (Fn. 3), S. 45 ff. Explizite Hinweise in richterlichen Texten finden sich u.a. bei PHILIPPE ABRAVANEL, La déontologie du juge, AJP 4/1995, S. 421 ff.; WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 31 ff.; DERS., Der Richter-

«Eine präzisere Definition eines guten Richters wird Xenophon zugeschrieben. Demnach gehören vier Eigenschaften zu einem Richter: höflich anzuhören, weise zu antworten, vernünftig zu erwägen und unparteiisch zu entscheiden. Diese Umschreibung aus dem 5. Jh. v.Chr. liegt erstaunlich nahe bei den in Art. 6 EMRK festgehaltenen Anforderungen an Richterinnen und Richter.»²⁴⁴

Das Staunen lässt nach (oder steigert sich), sobald man richterliche Selbstbeschreibungen näher untersucht. Darüber hinaus lenkt die knappe Bemerkung von KAUFMANN den Blick auf das *virtuose* Zusammenspiel von gesetzgeberischer, dogmatischer und richterlicher Richterbildnormierung, bei der den richterlichen Selbstbeschreibungen nicht nur eine dekorative Funktion zukommt.

Mit der sog. *Würdigungsliteratur* hat sich, mit Fokus auf das Bundesgericht, eingehend STEPHAN AERSCHMANN in seiner pionierhaften Dissertation beschäftigt.²⁴⁵ Auf der Grundlage eines Quellenkorpus von über 1500 Texten konnte AERSCHMANN für die Periode 1875–2010 eine starke Kontinuität des Tugendkatalogs der idealen (Bundes)Richterin nachweisen. Die untersuchten Texte stammen teils von Richtern selbst, teils von anderen Autorinnen, was eindrücklich belegt, dass in der schweizerischen Tradition Selbst- und Fremdbeschreibungen weitgehend deckungsgleich sind.²⁴⁶

«Neben Rechtskenntnissen und der Fähigkeit, rechtliche Probleme zu verstehen und selbständig zu prüfen, wurden Intelligenz und Gerechtigkeitssinn erwähnt. Viel wichtiger und zentraler war jedoch praktisches Wissen. Darunter verstand man gute Menschen- und Volkskenntnisse, genauere Kenntnisse der Realitäten des Lebens sowie praktischen Sinn.»²⁴⁷

Bei der Bestimmung der richterlichen Charaktereigenschaften tauchen somit, zusammen mit dem ständigen Hinweis auf den *gesunden Menschenverstand*, die bereits aus der staatsrechtlichen Literatur bekannten Tugenden der inneren Unabhängigkeit, nämlich Charakterfestigkeit, Bescheidenheit, Zurückhaltung, Hingabe, Arbeitsamkeit usw. auf.²⁴⁸

AERSCHMANN stellt schliesslich noch fest, dass in etwa seit den 1970er-Jahren, entgegen der traditionellen Betonung der «stillen Arbeit» und des Aufge-

könig. Eine landläufig verkannte Rechtsfigur, in: Peter Gauch und Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Figures juridiques. Rechtsfiguren. Mélanges dissociés*. K(I)eine Festschrift pour Pierre Tercier, Zürich 2003, S. 15 ff.; DERS., *Praxis* (Fn. 6); DERS., *Selbstbewusste Justiz*, in: Ruth Herzog und Reto Feller (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern 2010, S. 561 ff.; SPIRA (Fn. 237); ALAIN WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral. Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges*, Genf – Zürich – Basel 2011, S. 179 ff.

244 CHRISTINE KAUFMANN, Gerichtsalltag und Reflexion in: *Justice – Justiz – Giustizia*, 2013/1, Rz. 6 f.

245 AERSCHMANN (Fn. 8).

246 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 183, unterstreicht auch selber die «enge Verbindung der Würdigungstexte mit dem richterlichen Selbstverständnis».

247 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 230.

248 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 178 ff.; zum gesunden Menschenverstand S. 131 ff.

hens des einzelnen Richters im Kollektiv, die Bundesrichterinnen zunehmend «als markante, starke, eigenwillige und eigensinnige Figuren mit Ecken und Kanten präsentiert» werden.²⁴⁹ Als Faktoren, die zu dieser *Personalisierung* geführt haben, erwähnt AERSCHMANN, neben der auch in der Verfassungslehre, insbesondere von EICHENBERGER,²⁵⁰ betonten Verstärkung der rechtsschöpferischen richterlichen Tätigkeit, den massenmedialen Wandel, der sich «mit Stichworten wie Personalisierung und Individualisierung des öffentlichen Lebens und Aufmerksamkeitsmaximierung umschreiben»²⁵¹ lasse, und die Polarisierungstendenzen in der Politik.

Ergänzend dazu werden nachfolgend exemplarisch Selbstbeschreibungen aus richterlicher Feder präsentiert, die, gerade im Vergleich zu den, von starken Kontroversen geprägten, ausländischen Diskursen,²⁵² eine eindrückliche *Kontinuität* richterlicher Idealvorstellungen belegen. Wohlbemerkt geht es hier nicht darum, die in diesen Texten geäußerten Ansichten und die Würdigungen einzelner Richterpersönlichkeiten in Frage zu stellen oder in ihrer Wahrhaftigkeit anzuzweifeln, sondern die repetitiven Muster, die Elemente des richterlichen Habitus hervorzuheben.

Zu den oft zitierten Äusserungen zum Richterbild gehören zunächst die Werke von zwei namhaften Rechtsprofessoren, die aber auch über richterliche Erfahrung verfügten und gerade darauf Bezug nahmen. 1921 beschrieb der Zürcher Zivilprozessrechtler HANS FRITZSCHE in seiner Antrittsrede den idealen Richter folgendermassen:

«Er kennt das Recht und beherrscht die wissenschaftlichen Methoden seiner Anwendung. Er nimmt mit lebendigem Verständnis Anteil an den rechtlichen Mühen und Sorgen derer, die ihn anrufen. Er findet mit sicherem Entschluss einen den Prinzipien des Rechts entsprechenden Weg durch das Wirral der ihm unterbreiteten Konflikte. Mit der charaktervollen Kraft seiner sittlichen Persönlichkeit trotzt er den Gefahren, die seinem klaren Denken und der Selbständigkeit seines rechtlichen Urteils drohen.»²⁵³

Knapper formulierte es, etwa zwanzig Jahre später, der Strafrechtler ERNST HAFTER: «Mit Juristentum allein ist es nicht getan. Menschenkenntnis, Lebens-

249 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 218. So wörtlich die Forderung von KARL SPÜHLER, Richtermacht und richterliche Unabhängigkeit, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), *Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich*, Zürich 2000, S. 107 ff., Zitat S. 116. Zu diesem Thema vgl. auch schon SIMON (Fn. 34), S. 146 ff.

250 Vgl. vorne EICHENBERGER, *Justiz im modernen Staat* (Fn. 71).

251 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 221.

252 Vgl. dazu nochmals die in Fn. 7 erwähnten Forschungen.

253 HANS FRITZSCHE, *Richteramt und Persönlichkeit. Wahrheit und Lüge im Zivilprozess*. Zwei akademische Antrittsreden, Zürich 1921, S. 25. FRITZSCHE war vor seiner akademischen Karriere Auditor und Gerichtsschreiber gewesen. Als ordentlicher Professor war er 1920–1933 Erstzrichter am Zürcher Obergericht und 1935–1959 Präsident des Kassationsgerichts, vgl. MARIE-BERNADETTE SCHÖNENBERGER, Hans Fritzsche, in: *Historisches Lexikon der Schweiz (HLS)*, Version vom 19.07.2005, übersetzt aus dem Französischen, Online: <https://beta.hls-dhs-dss.ch/de/articles/015810/2005-07-19/>.

erfahrung, gefestigte Überzeugungen, integre Lebensführung müssen dazukommen.»²⁵⁴

Handelt es sich bei diesen Autoren nicht um *reine* Berufsrichter, so tönt es aus dem Munde eines langjährigen Bundesrichters, der sich als «bescheidener Praktiker» bezeichnete, nicht anders: «In der Integrität und Charakterfestigkeit der Richter ruht die einzige sichere Garantie einer objektiven Rechtsprechung.»²⁵⁵ Rechtskenntnisse müssen mit Bescheidenheit, Zurückhaltung, Tapferkeit, Lebenserfahrung verbunden werden, damit der Richter seine Aufgabe erfüllen könne: «dass er ein Mann, eine lautere, eine verschwiegene und auch eine starke *Persönlichkeit* sei.»²⁵⁶ Eine starke Richterpersönlichkeit forderte auch HANS HUBER (Bundesrichter 1934–1946, danach einflussreicher Staatsrechtslehrer in Bern), angesichts der von ihm 1961 diagnostizierten Gefahr einer Reduktion des Richteramtes zu einem blossen Beamtenberuf:

«Das Richtertum braucht mehr Entfaltungsraum, die richterliche Gewalt Stärkung. [...] Als Hort der Rechtsstaatlichkeit, eines umfassenden und tiefen Wissens um das Recht und eines heissen Rechtsgefühls».»²⁵⁷

Die Selbstzeugnisse aus dieser Zeit sind einem männlich-martialischen Pathos verpflichtet und schwanken zwischen Bescheidenheit und Stolz, zwischen Entpersonifizierung des einzelnen Richters als Teil eines Kollektivs und Betonung *heroischer* Qualitäten. In diesem Sinn unterstrich beispielsweise Bundesgerichtspräsident ALFRED STOOS, anlässlich der Feier zum fünfzigjährigen Jubiläum des Bundesgerichts, die Bescheidenheit, mit welcher das höchste Gericht in «stiller Arbeit»²⁵⁸ seine Aufgabe erfülle. Zugleich liess es sich Stooss nicht nehmen, auf das hohe internationale Ansehen des Bundesgerichts hinzuweisen und mit offensichtlichem Stolz herausragenden Bundesrichtergestalten seine Reverenz zu erweisen: «Wir zehren gerne von dem Glanze unserer Vorgänger, wie unser Volk auf die ruhmreichen Taten der alten Eidgenossen zu pochen liebt.»²⁵⁹ In der Ansprache zum hundertjährigen Jubiläum des höchsten Gerichtes war es dann dessen Präsident PIERRE CAVIN, der von der höchsten Rechtsprechung sprach als «œuvre toujours collective, toujours anonyme, où la personne du juge se fond dans le corps auquel il est fier

254 ERNST HAFTER, *Wir Juristen. Erfahrungen und Gedanken*, Zürich 1944, S. 37. HAFTER war ebenfalls lange Zeit Mitglied und Präsident des Zürcher Kassationsgerichts, vgl. CATERINA NÄGELI, *Ernst Hafter. Leben und Werk*, Diss. Zürich 1988.

255 STREBEL (Fn. 237), Zitat S. 159. Ausführlich dazu AERSCHMANN (Fn. 8), S. 178 ff. Ähnlich auch CARL HANS BRUNSWILER, *Der Richter und sein Gewissen. Communio. Internationale Katholische Zeitschrift*, 22/1993, H. 4, S. 343 ff.; CARL HANS BRUNSWILER, *Die dritte Gewalt*, Aarau 1971.

256 STREBEL (Fn. 237), S. 164.

257 HANS HUBER, *Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft*, in: ZBI 1963/962, S. 11.

258 ALFRED STOOS, in: *Zur Erinnerung an die Feier des 50jährigen Jubiläums des Schweiz. Bundesgerichts*, Bern 1925, S. 7.

259 STOOS (Fn. 258), S. 37.

d'appartenir.»²⁶⁰ Zugleich betonte CAVIN, unter Rückgriff auf François Gény und auf Art. 1 ZGB, dass

«le Tribunal fédéral, par une interprétation aérée du texte légal, guidée par la fonction de la règle plus que par ses termes, exerce une activité créatrice [...] puisant son inspiration moins dans la spéculation théorique, pour laquelle il éprouve toujours une certaine méfiance, que dans les principes d'ordre éthique».²⁶¹

Zum Ausdruck kommen hier nicht nur die typisch helvetische Distanzierung gegenüber der Theorie und die Berufung auf die berühmte Formulierung von Art. 1 Abs. 2 ZGB, sondern auch eine, meist unausgesprochene, naturrechtliche Ausrichtung, die AERSCHMANN in den Würdigungstexten deutlich herausgearbeitet hat.²⁶²

Bescheidenheit und Zurückhaltung sind aber nicht nur in Bezug auf die richterliche Tätigkeit, sondern auch für das Privatleben des idealen Richters unabdingbar. So betonte Bundesrichter PHILIPPE ABRAVANEL noch 1991, dass das Richteramt kein einfacher Brotberuf sei, sondern «une véritable vocation».»²⁶³ Das hat zur Folge, dass man(n) immer Richter ist:

«En principe, le Juge doit tout son temps à sa fonction. S'il lui restent des loisirs, il doit encore les consacrer à se perfectionner, en augmentant ses connaissances juridiques et générales. Même en promenant son chien ou en pêchant dans la rivière, le Juge abandonne rarement ses préoccupations professionnelles et fondamentales. Rendre la Justice n'est pas seulement une technique, c'est une philosophie, et l'immense pouvoir, l'immense liberté du Juge imposent en retour une immense exigence personnelle.»²⁶⁴

Hier wird ein priesterlich-asketisches Richterbild propagiert, das zum Beispiel in der italienischen Richterbildecke seit den 1960er-Jahren in Frage gestellt und danach aufgegeben wurde.²⁶⁵ In den neueren schweizerischen Debatten zur Richterethik ist dieses Modell aber noch präsent.²⁶⁶

260 PIERRE CAVIN, 100 Jahre Bundesgericht – Centenaire du Tribunal Fédéral, in: *Documenta Helvetica* 1975, H. 2, S. 17. Ähnlich auch schon STREBEL (Fn. 237), S. 158 f.

261 CAVIN (Fn. 260), S. 16.

262 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 131 ff.

263 ABRAVANEL (Fn. 243), S. 425. Ähnlich SPIRA (Fn. 237), S. 35 ff.

264 ABRAVANEL (Fn. 243), Zitat S. 422.

265 LUMINATI, Priester der Themis (Fn. 3), S. 167 ff.

266 Vgl. etwa STEPHAN GASS, Die Ethik der Richterinnen und Richter. Grundzüge einer Richterdeontologie, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern 2008, S. 143 ff., der sich zwar an neue europäische Standards richterlicher Deontologie orientiert und sich der idealisierenden Dimension bewusst ist, dennoch fast wortwörtlich ABRAVANEL übernimmt. Das Thema der Richterethik wird hier nicht gesondert behandelt, da es sich inhaltlich mit dem Thema des Tugendkanons deckt. Vgl. dazu ALAIN CHABLAIS, *La nouvelle Charte éthique du Tribunal administratif fédéral, Justice – Justiz – Giustizia* 2011/4; MARCO BORGHI, *L'éthique des juges (par un «regard extérieur»)*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1; MATTEO PEDROTTI, *L'etica del giudice, Justice – Justiz – Giustizia* 2013/3; STEPHAN BERNARD, *Richterliche Ethik aus der Perspektive eines Anwalts, Justice – Justiz – Giustizia* 2017/4.

Abschliessend noch zwei Zitate, die zeitlich weit auseinanderliegen, aber in ihrem Selbstverständnis weitgehend deckungsgleich sind und überdies belegen, dass die Kultivierung der Tradition auch auf kantonaler Ebene ihre Früchte getragen hat. Im Vorwort zur 1990 erschienenen Festschrift für den Aargauer Oberrichter Kurt Eichenberger (nicht zu verwechseln mit dem gleichnamigen Staatsrechtler Kurt Eichenberger) wird die Apotheose der idealen Richterin zelebriert:

«Dr. Kurt Eichenberger war mehr als ein ausgezeichneter juristischer Praktiker und Schriftsteller. Er war vor allem eine überragende Richterpersönlichkeit. Seine Bescheidenheit, seine Scheu vor allem Gepränge lässt das nur umso deutlicher in Erscheinung treten. Hohe Intelligenz, Intuition, grösste Gewissenhaftigkeit zusammen mit einem tiefinneren Bedürfnis nach Ausgewogenheit und Harmonie liessen ihn fast wie von selbst zu angemessenen und überzeugenden Lösungen gelangen; nur der näher Blicke gewahrte, dass sehr oft darum bitter gerungen werden musste. Getragen war aber dieses Richtertum durch tiefe Menschlichkeit. Kurt Eichenberger wusste, dass die Rechtsprechung immer wieder in Gefahr steht, Formalismen zu prägen und die Rechtsverwirklichung darin ersticken zu lassen».²⁶⁷

2017 überbietet der Thurgauer Oberrichter MARCEL OGG diese Beschreibung des idealen Richters durch das Hinzufügen weiterer Tugenden, die im Diskurs mittlerweile erzeugt worden sind (vgl. hinten, D. V.):

«Der ideale Richter muss über hohe Sozialkompetenz und charakterliche Integrität verfügen. Er muss auf Parteien eingehen können, ein guter Zuhörer und Kommunikator sein. Er soll gerecht und weise, gelassen, verschwiegen, bescheiden, kreativ, geduldig und selbstkritisch sein. Er braucht Lebenserfahrung, Realitätsnähe und Bodenhaftung, Menschenkenntnis und Aufgeschlossenheit, Entscheidungsfreude und mitunter Mut zu unpopulären Entscheidungen, Führungsqualitäten, Einfühlungsvermögen und psychologisches Geschick.»²⁶⁸

III. Zeichen des Umbruchs: das Hervortreten der Richterpersönlichkeit

Gegenüber der Konstante der Zurückhaltung macht sich allerdings zunehmend die Richterpersönlichkeit bemerkbar. In seinem, für ein breites Publikum verfassten Werk zum Bundesgericht zieht der ehemalige Bundesrichter ALAIN WURZBURGER zunächst die Figur des *bon juge* Paul Magnaud heran.²⁶⁹ Es han-

267 ALBERT KILLER, Geleitwort, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See. Zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, S. 3.

268 OGG (Fn. 216), Rz. 1. Interessant ist dabei die dazugehörende Fussnote, bei der ältere und neuere Selbst- und Fremdbeschreibungen zitiert werden, allen voran aber die Dissertation von AERSCHMANN (Fn. 8), die, so der Eindruck, nicht als Hinweis auf die kritische Hinterfragung des Tugendkanons, sondern als Beleg dafür herhalten muss!

269 WURZBURGER (Fn. 243), S. 179 ff. Dazu die freundliche Rezension von ETIENNE POLTIER, in: SJZ 107/2011, S. 533 f., der betont, dass es sich nicht um ein wissenschaftliches Werk handle. Zu Magnaud vgl. JEAN-PIERRE ROYER ET AL. (Hrsg.), Histoire de la justice en France, 4. Aufl., Paris 2010, S. 613 f.

delt sich um einen, über die Grenzen Frankreichs bekannten Richter, der im späten 19. Jh. durch seine Billigkeitsentscheide und den lockeren Umgang mit den Gesetzen als Inbegriff des weisen, menschlichen Richters galt. WURZBURGER erachtet Magnaud nur beschränkt für nachahmenswert, denn ein *bon juge* müsse Exzesse vermeiden, sich beruflich wie privat in einer seiner Funktion angemessenen Weise verhalten und eine «saine modestie»²⁷⁰ an den Tag legen. Dieser Zurückhaltung komme, so WURZBURGER, das Kollegialsystem entgegen und die damit verbundene Unterordnung des einzelnen Richters unter das Kollektiv: «Ils [i.e. die Bundesrichter] se fondent dans l'ensemble».²⁷¹ Auch bei WURZBURGER taucht übrigens die Abneigung gegen das Theoretisieren auf, denn für die (Bundes)Richterin gilt: «le dogmatisme n'est pas sa «tasse de thé»».²⁷²

WURZBURGER charakterisiert seine (ehemaligen) Kollegen als: «Sérieux, d'apparence un peu terne, les juges fédéraux cultivent l'absence de toute excentricité.»²⁷³ Das Bewusstsein der schweren und verantwortungsvollen Aufgaben, die sie erfüllen müssen, führe dazu, dass «les juges fédéraux sont en général un peu tristes.»²⁷⁴ Neben diesen allgemeinen Habitusmerkmalen unterscheidet WURZBURGER unterschiedliche Richtertypen, die er anhand der Charaktere von Hans Peter Walter und Hans (*Johnny*) Wiprächtiger exemplifiziert. Hans Peter Walter sei eine «personnalité plus dans la ligne traditionnelle», standfest und von grosser Autorität, besonnen und ruhig bei seinen Stellungnahmen, so dass «un aurait pu le croire de marbre, voire bourru.»²⁷⁵ Demgegenüber sei für Wiprächtiger «son attitude extravertie, voire exubérante» und der Drang, seine Ansichten unmittelbar nach aussen zu tragen, kennzeichnend, also «son caractère humain du juge».²⁷⁶ Das habe ihm, so WURZBURGER, das Präsidium des Bundesgerichts gekostet.²⁷⁷ Am Bundesgericht gäbe es freilich mehr *Walter* als *Wiprächtiger*, wobei beiden Richtertypen «le désir brûlant de servir au mieux leurs concitoyens» gemeinsam sei.²⁷⁸ Würdige Zurückhaltung und überschäumende

270 WURZBURGER (Fn. 243), S. 185.

271 WURZBURGER (Fn. 243), S. 53; so auch S. 63, 185 und 212, wo CAVINS «oeuvre collective» wieder vorkommt.

272 WURZBURGER (Fn. 243), S. 210.

273 WURZBURGER (Fn. 243), S. 53. Von wenigen Ausnahmen abgesehen (erwähnt wird der Fall Schubarth), seien die Bundesrichter in der Lage ihre Emotionen zu kontrollieren und selten würden Kontroversen innerhalb der Urteilstätigkeit zu Feindschaften ausarten.

274 WURZBURGER (Fn. 243), S. 53.

275 WURZBURGER (Fn. 243), S. 54.

276 WURZBURGER (Fn. 243), S. 54.

277 Dazu AB V 2004, 2204: Die Gerichtskommission schlug als Vizepräsidenten des Bundesgerichts Bernard Corboz vor, während die SPS-Fraktion Hans Wiprächtiger portierte und an das Prinzip der Anciennität appellierte. Die Bundesversammlung überging Wiprächtiger und wählte Corboz mit 97 Stimmen (bei einem absoluten Mehr von 96 Stimmen); Wiprächtiger erhielt 92 Stimmen.

278 WURZBURGER (Fn. 243), S. 54.

Persönlichkeit werden bei WURZBURGER auf zwei Persönlichkeitstypen aufgeteilt, die aber schliesslich in der richterlichen *Mission* wieder verschmelzen.

HANS PETER WALTER hat von sich allerdings ein anderes Bild gezeichnet als er, beim Festvortrag zum 70. Geburtstag von Heinz Hausheer (1982–1990 Bundesrichter, danach Professor für Privatrecht an der Universität Bern), zwischen dem *Richtertypus Hausheer* und sich selbst unterschied:

«Du [i.e. Hausheer] verkörpertest eher den wägenden Richter, warst auf Konstanz und Rechtssicherheit aus, auf der Suche nach einer kohärenten Rechtsprechung [...] ohne dich aber dem Vorwurf der rein routinenhaften Entscheidung auszusetzen. [...] Mich sah ich eher als wagenden Richter, risikofreudig und zum Spieltrieb neigend, oft voreilig auf der Suche nach neuen Wegen [...]. Und du warst in diesem unablässigen Wagnis meine dogmatische Neunerprobe. Wenn immer ich zu kühner Innovation ansetzte, erbat ich mir deine Meinung und regelmässig lautete sie ebenso freundlich wie bestimmt: ‹Da muesch ufpasse!›»²⁷⁹

WALTER rückt sich selbst, zumindest in seinem Verständnis der richterlichen Entscheidungstätigkeit, in die Nähe von WIPRÄCHTIGER und sieht sich als ein ebenfalls *wagender* Richter. In einem früheren Beitrag hat WALTER diesen beiden Richtertypen noch den *zaudernden*, unsicheren Richter gegenübergestellt, der «schwankt zwischen Sicherheit und Risiko, zweifelt oftmals an seinem Können und neigt daher besonders zu intuitiver Entscheidung im Einzelfall.»²⁸⁰ Mit solchen Aussagen wird, noch vorsichtig und anekdotenhaft, der eiserne Vorhang, der die Welt vom Justizpalast abtrennt, geöffnet. Auf dieser Linie steht auch WALTERS Bemerkung, dass

«auf der Richterbank in aller Regel stärkere und schwächere Richterpersönlichkeiten nebeneinander sitzen, ist unwiderlegbare Erfahrung, und dass der Einfluss der stärkeren Richterin auf die Entscheidung grösser ist als derjenige der schwächeren, weil jene sich dank ihrer Argumentationsstärke zumeist durchsetzen kann, bleibt eine Binsenwahrheit. Zwar hat bei uns die Personifizierung der Rechtsprechung, anders als etwa in den Vereinigten Staaten, keine Tradition, weil jeder, auch der Einzelrichter, herkömmlicherweise Gericht und nicht Person ist, doch sind es letztlich auch hier die einzelnen Akteure, welche die Rechtsprechung prägen und damit die Aufmerksamkeit der Prozessöffentlichkeit auf sich ziehen.»²⁸¹

In der Frage der Richterpersönlichkeit scheinen WALTER und WIPRÄCHTIGER ähnliche Ziele zu verfolgen. WALTER hat immer wieder für eine Stärkung richterlichen Selbstbewusstseins plädiert und dafür auch den, eigentlich verpönten Begriff des *Richterkönigs* ins Spiel gebracht.²⁸² Bereits 1991 forderte er

279 WALTER, Praxis (Fn. 6), S. 127.

280 WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 51.

281 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 20.

282 WALTER, Der Richterkönig (Fn. 243), S. 15 ff.; dazu auch PETER GAUCH, Ein «regelrechter» Schluss. Abschiedsvorlesung, ZSR 128/2009, Bd. I, S. 223, der gewisse Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Plädoyers von WALTER hegt und dazu die kurze Erwiderung von WALTER, Selbstbewusste Justiz (Fn. 243), S. 572, Fn. 41. Vgl. auch WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 20.

die «Befreiung vom Unfehlbarkeitsdogma, welches die Rechtsprechungskompetenz notorisch nachzuziehen geneigt ist.»²⁸³ Ganz ähnlich, wenn auch mit dem ihm eigenen Stil, meint WIPRÄCHTIGER,

«dass viele Richter, vor allem Bundesrichter, überzeugt sind, quasi eine päpstliche Botschaft zu verkünden, die sakrosankt ist. Das duldet keine abweichende Meinung. Denn die würde einen Schatten auf den Mythos der Unfehlbarkeit werfen, in dem sich Bundesrichter gerne sonnen. Dabei kochen sie auch bloss mit Wasser.»²⁸⁴

Gegenüber solcher «Verkrustung und Selbstgenügsamkeit» helfe, so noch WIPRÄCHTIGER, nur «schränkenlose Selbstkontrolle». ²⁸⁵ Unter Verweis auf WALTERS *Richterkönig* fordert auch WIPRÄCHTIGER die selbstbewusste und *souveräne* Richterin, die, neben den hohen fachlichen Qualitäten, vor allem über soziale Kompetenz verfügen müsse,

«worunter Menschenkenntnis, Einfühlungsvermögen, Realitätsnähe und Aufgeschlossenheit, Entschlusskraft und Mut zu auch unpopulären Entscheidungen, ferner Diskursfähigkeit im Sinne einer Befähigung, auch von eigenen Positionen und Vorverständnissen abrücken zu können verstanden wird. Sie sollen kommunikativ und dialogbereit [...] auch gegen den Strom schwimmen können». ²⁸⁶

In solchen Äusserungen kann man Zeichen der, von AERSCHMANN festgestellten Tendenz zur *Personalisierung* des Diskurses erkennen. Die bereits bei der Staatsrechtslehre registrierte zunehmende Betonung der schöpferischen Aspekte richterlicher Tätigkeit und der Zentralität der Richterpersönlichkeit findet hier ihre Entsprechung. Selbstverständlich gehören zu den Faktoren, die zu dieser Entwicklung führen, auch die Rezeption neuer Erkenntnisse der juristischen Methodenlehre sowie die mit der Anwendung der EMRK einher-

keit (Fn. 237), Rz. 1, wo er bei der Definition der internen Unabhängigkeit die Autonomie des Richters besonders hervorhebt.

283 WALTER, Gedanken zum Richteramt (Fn. 227), Zitat S. 619.

284 HANS WIPRÄCHTIGER, Interview, *Tagesanzeiger* 13.2.2012.

285 HANS WIPRÄCHTIGER, Recht und Richter, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt. Recht, Vertragsrecht und Baurecht*. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, Zitat S. 331 ff. Damit verbunden ist die, wiederum von beiden Autoren vorgebrachte Forderung nach Methodenehrlichkeit, vgl. etwa DERS., *Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen*, recht 1995, S. 148: «Diese Feststellung des Subjektiven in der richterlichen Entscheidungsforschung ist dann nicht weiter tragisch, wenn die Gerichte in ihrer Begründung den Entscheidungsvorgang (und nicht nur das Ergebnis) nachvollziehbar, kontrollierbar und kritisierbar machen. Stattdessen, so wurde bereits aufgezeigt, wird die Entscheidung gelegentlich unter Verwendung der als massgebend erachteten Argumente so dargestellt, als ob sie sich durch Deduktion aus dem Gesetz ergeben würde.»; WALTER, *Selbstbewusste Justiz* (Fn. 243), S. 582: «Gefordert sind indessen Methodenehrlichkeit und ein Begründungsstil, welcher den Entscheidungsvorgang nicht hinter vorgeschoßener Methodentreue versteckt, sondern offen ausbreitet, um das Ergebnis der Rechtsfindung nachvollziehbar, kontrollierbar und kritisierbar zu machen.» So auch schon WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 39.

286 WIPRÄCHTIGER, Recht und Richter (Fn. 285), S. 334. So auch SPÜHLER, *Richtermacht* (Fn. 249), S. 116, der «starke, robuste Richterpersönlichkeiten mit Ecken und Kanten» fordert.

gehende «forme dérivée de juridiction constitutionnelle, au nom du respect du droit international». ²⁸⁷ Einige Protagonisten sind also offensichtlich mit dem tradierten Bild der stillen Arbeit und der Zurückhaltung unzufrieden, verwerfen das alte Richterideal aber nicht, sondern modifizieren es durch die dezidierte Forderung nach kompromissloser Selbstkontrolle und Selbstkritik. WIPRÄCHTIGER führt dies vor, indem er, gewissermassen aus dem richterlichen Nähkästchen plaudernd, seinen Leserinnen anhand konkreter Bundesgerichtsentscheide zeigt,

«wie sich bei meiner persönlichen Arbeit dieses Vorverständnis und die Auslegungsregeln zueinander verhalten und wie ich mit dem Spannungsfeld zwischen objektiven Kriterien sowie subjektivem Vorverständnis und Werturteil zurechtkomme.»²⁸⁸

PETER ALBRECHT sieht darin ein «leuchtendes Beispiel einer fruchtbaren Kombination von Theorie und Praxis»²⁸⁹ und präsentiert in der Festschrift für WIPRÄCHTIGER ebenfalls die Rekonstruktion einer konkreten Entscheidung.²⁹⁰ Zum richterlichen Tugendkatalog fügt auch Albrecht die «permanente *Pflicht zur Selbstkontrolle*» hinzu.²⁹¹

Die von WURZBURGER reklamierte Unterscheidung zwischen den Richtertypen *Walter* und *Wiprächtiger* betrifft eher den Erscheinungsstil, die *Postur*, wodurch sich Wiprächtiger auch in der Selbstdarstellung von seinen Kolleginnen bewusst abgrenzt.²⁹² Bezeichnenderweise finden sich seine Äusserungen dazu eher in Interviews, getreu der von ihm immer wieder geforderten neuen richterlichen Kommunikationskultur.²⁹³ Auf die verhinderte Wahl ins Vizepräsidium

287 HOTTELIER (Fn. 214), S. 29. Zur Methodendiskussion vgl. statt vieler REGINA OGOREK, Aufklärung über Justiz, 1. Halbbd., Frankfurt a.M. 2008; KASPAR HOTZ, Richterrecht zwischen methodischer Bindung und Beliebigkeit?, Zürich/St. Gallen 2008, insbes. S. 46 ff.; JULIA HÄNNI, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung, Berlin 2011.

288 WIPRÄCHTIGER, Recht und Richter (Fn. 285), S. 145. In die gleiche Richtung, und zur gleichen Zeit, auch MARTIN SCHUBARTH, Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität, recht 1995, S. 151 ff. Dazu schon früher OTTO K. KAUFMANN, «oder» ... oder «und» ...? Bemerkung zur Bedeutung des Rechtsgefühls in der bundesgerichtlichen Rechtsfindung, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, S. 367 ff.

289 PETER ALBRECHT, Richterliche Normenkritik in der Rechtsfindung, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.) «Toujours agité – jamais abattu». Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 121 ff.

290 ALBRECHT, Normenkritik (Fn. 289), S. 130 ff.

291 PETER ALBRECHT, Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, Zitat S. 15.

292 Ein schönes Beispiel dafür findet sich in der Vorbemerkung zu einer von WIPRÄCHTIGER mitverfassten Rezension (HANS WIPRÄCHTIGER und SARAH SPAHNI, Rezension zu Hans Mathys, Leitfaden Strafzumessung, Basel 2016, forumpoenale 1/2017, S. 60): «Der Autor und der Erstrezäsent waren während einiger Jahre zusammen Mitglieder der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes. Er hat Hans Mathys als guten und verlässlichen Kollegen geschätzt. Unvergesslich sind die gemeinsamen Morgenkaffees an der Bar der bundesgerichtlichen Cafeteria, wo wir über Gott und die Welt sprachen, aber auch über den FCZ und den FCL.»

293 Dazu hinten, D. V.3.

des Bundesgerichts angesprochen, meinte WIPRÄCHTIGER: «Man wollte nicht von mir repräsentiert werden. Ich ziehe halt auch ungern eine Krawatte an und lache zu viel.»²⁹⁴ WIPRÄCHTIGER versteht sich als unorthodoxer Richter, der «schon immer lieber gegen den Strom»²⁹⁵ geschwommen sei. In der ihm gewidmeten Festschrift, mit dem bezeichnenden Titel *«Toujours agité – jamais abattu»*, liefert sein Bruder ROLAND WIPRÄCHTIGER, selbst auch Richter,²⁹⁶ ein intimes Portrait, das vor allem die Leidenschaft, die Passion für den Beruf und die Menschlichkeit des Jubilars in den Vordergrund stellt.²⁹⁷

Selbstverständlich ist den Diskursteilnehmern die Diskrepanz zwischen dem Richterideal und den Niederungen des Lebens bewusst. Der Richter ist, wie es schon EICHENBERGER formulierte, «Mensch in seinem Widerspruch und in seiner Unzulänglichkeit, aber auch in seinem Einbezogensein in die allgemeine Soziätät.»²⁹⁸ Das Eingeständnis des Menschseins des Richters erfüllt in der Selbstreflexion somit eine doppelte Funktion: Es dient zunächst dazu, die Normalität des Richters und damit die Nähe zum Volk zu belegen (eine Qualität die ursprünglich den Laienrichtern im Gegensatz zu den gelehrten Richtern zugeschrieben wurde), dann aber auch um das Vorhandensein der gebetsmühlenartig wiederholten Triade von «Lebensnähe, Erfahrung und menschlichem Verständnis»²⁹⁹ zu bestätigen. Um auch wieder einmal einen Kantsrichter zur Sprache kommen zu lassen:

«Die gerichtliche Tätigkeit wird weiterhin – vor und hinter den Schranken – von Menschen geprägt werden; von Menschen mit Stärken und Schwächen. [...] Diesem Menschen mit all seinen Unzulänglichkeiten wird auch in Zukunft die anspruchsvolle und nie perfekt zu lösende Aufgabe anvertraut sein, andere Menschen und ihre gegensätzlichen Anliegen zu beurteilen.»³⁰⁰

294 REGULA ZEHNDER, «Meine Parteikollegen machen mich sprachlos», plädoyer 2009/3, Zitat S. 11.

295 Interview mit HANS WIPRÄCHTIGER (Fn. 284).

296 Vgl. Medienmitteilung des Luzerner Kantonsgerichts vom 28. Mai 2015 zum Rücktritt von ROLAND WIPRÄCHTIGER: «Seine Fachkunde und die Seriosität seiner Arbeit sind weit herum anerkannt. Ihm gelang es, die stets neuen Forderungen der Gesetzgebung mit der Rechtspraxis in klar und verständlich formulierten Entscheidungen umzusetzen. Dabei vergaß er nie den Einzelfall, das Schicksal und die Nöte der Menschen.»

297 ROLAND WIPRÄCHTIGER, Ein engagierter Pragmatiker wider den Zeitgeist, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.) *«Toujours agité – jamais abattu»*. Festschrift für Hans Wiprechtiger, Basel 2011, S. 3 ff.

298 EICHENBERGER, (Fn. 19), S. 52.

299 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 66. Für eine gleichlötende Stimme aus der Advokatur vgl. EVA SALUZ, Gewaltenteilung auf dem Prüfstand – Richterliche Unabhängigkeit in Gefahr?, Justice – Justiz – Giustizia 2006/1.

300 PAUL KOPP, 150 Jahre Obergericht des Kantons Luzern, ZBJV 127/1991, Zitat S. 608.

IV. Und die Richterin?

Der bis hierher untersuchte Diskurs ist nicht nur von männlichen Protagonisten geprägt, sondern auch durch die Nichtthematisierung der Frauenpräsenz in der Justiz gekennzeichnet. Soweit ersichtlich hat einzig HANS PETER WALTER, im Rahmen seiner vorhin erwähnten Richtertypisierung, die Frage gestellt, «ob ein spezifisch weiblicher Richterinnentypus auszumachen sei».³⁰¹ Nachdem er eine Reihe von «verbreiteten Vorurteilen» zu weiblichen Eigenschaften (wie Emotionalität, verständnisvolle Zuwendung, Milde, Einfühlungsvermögen usw.) aufgelistet hat, schliesst er aus seiner persönlichen Erfahrung am Bundesgericht, dass es keine Unterschiede gäbe: «Bei Richtern wie Richterinnen folgt die Qualität der Intelligenz, den Rechtskenntnissen, dem Verfahrensgeschick, d.h. der Professionalität».³⁰² Einzig im Beratungsstil sieht er in der Präsenz von Richterinnen eine Bereicherung.

Nach neuesten Erkenntnissen wurde in der Schweiz die erste Richterin im Jahr 1948 gewählt.³⁰³ Erst nach der Einführung des Frauenstimmrechts nahm die Präsenz der Frauen in den Gerichten zu. 1972 wurde Margrit Bigler-Eggenberger, nicht ohne Widerstände und mit einem tiefen Wahlergebnis, zunächst zur Ersatzrichterin, 1974 dann zur ersten Bundesrichterin gewählt.³⁰⁴ Sie hat sich zwar publizistisch intensiv mit Gleichstellungsfragen beschäftigt, zu ihrem Richter(in)bild aber kaum geäussert. In einem 2007 erschienenen, von ihrer persönlichen Erfahrung berichtenden Aufsatz beklagt sie die verletzende Art des Umganges und die Isolierung, die ihr als Bundesrichterin zuteil wurde: «Bei Männern war immer selbstverständlich [...], dass sie dem schwierigen und anforderungsreichen Richteramt gesundheitlich, intellektuell und sachkundig voll gewachsen sind.»³⁰⁵ BIGLER-EGGENBERGER sieht die Besonderheit der Richterin darin, dass sie

301 WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 51.

302 WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 52.

303 SARAH LUISIER-CURCHOD, Accession des femmes à la magistrature: obstacles et solutions, Justice – Justiz – Giustizia 2017/3, Rz. 15: «En 1947, le canton de Vaud est le premier en Suisse à autoriser de manière inconditionnelle l'élection des femmes à la fonction de juge. Une année après, Juliette Rochat-Schopfer est la première femme à accéder à la Chambre civile du Tribunal de district de Lausanne.»

304 Zu den beiden Wahlen vgl. AB V 1972, 2481; AB V 1974, 1957. Einige Hinweise dazu in: SONYA SCHMIDT, Notizen zur Karriere einer Bundesrichterin, in: Kathrin Klett und Danielle Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Mann und Frau als rechtspolitischer Auftrag. Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 355 ff.; MARGRIT BIGLER-EGGENBERGER, Die erste Richterin am Bundesgericht: Allein unter Richtern, in: Revital Ludewig et al. (Hrsg.), Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit, Bern 2007, S. 1 ff.

305 BIGLER-EGGENBERGER, Die erste Richterin (Fn. 304), S. 9. Im Interview von MARGRIT BACHL, Bundesrichterin dank Hartnäckigkeit, plädoyer 1989/6, S. 17 ff., hält sich BIGLER-EGGENBERGER zurück und sieht kaum Unterschiede zu ihren männlichen Kollegen bei der richterlichen Arbeit. VERA ROTTENBERG-LIATOWITSCH, Zum Richterbild in der Schweiz, in: Richterbild heute. Anspruch und Wirklichkeit: Vorträge gehalten bei der Richterwoche 1994 vom 12. bis 17. Juni

«wegen ihrer immer noch anderen Sozialisation und Lebenserfahrung, ihren oft unterschiedlichen Vorverständnissen und ihrem Blick für das Alltägliche in den Gerichten einen eigenen Ton, eine etwas andere, vielleicht sanftere, empathische Verhaltensweise einbringen könne und dies sehr oft auch tue.»³⁰⁶

Im gleichen Band berichten auch weitere Richterinnen von ihren Erfahrungen, so die Zürcher Oberrichterin VERENA BRÄM, die die Fähigkeit des Zuhörens als bei Frauen stärker ausgeprägt ansieht, gleich aber hinzufügt, dass «Richter der jüngeren Generation [...] diese eher Frauen zugeschriebenen Eigenschaften ebenfalls auf[weisen].»³⁰⁷ Im Ergebnis sieht BRÄM eine Angleichung des Selbstverständnisses von Richterinnen und Richtern. Für MARTHA NIQUILLE-EBERLE (Kantonsgerichtspräsidentin in St. Gallen, 2008 zur Bundesrichterin gewählt) stehe mittlerweile «die Frage im Vordergrund, wie sie [i.e. die Richterinnen] das Richteramt mit ihren Aufgaben in der Familie vereinbaren können.»³⁰⁸

Im Rahmen einer Diskursanalyse kann somit lediglich festgestellt werden, dass es in der Schweiz keinen Diskurs über ein alternatives, im weitesten Sinn *feministisches* Richterinideal gibt. Zum Teil werden zwar gewisse Eigenschaften, die dem weiten Feld der Sozialkompetenz zugehören, als bei Richterinnen besonders ausgeprägt angesehen, woraus aber keine grundsätzliche Differenz abgeleitet wird. Im Ergebnis scheint damit die Analyse von HANS PETER WALTER bestätigt.³⁰⁹

1994 in Zell im Ziller, Wien 1994, S. 43 ff. geht lediglich auf die Frage der Frauenquote an den Gerichten ein, gibt aber keine Hinweise auf ihr Selbstverständnis. Auch in KATHRIN KLETT und DANIELLE YERSIN (Hrsg.), *Die Gleichstellung von Mann und Frau als rechtspolitischer Auftrag*. Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, äussern sich die schreibenden Richterinnen nicht zu ihrem Selbstverständnis.

306 BIGLER-EGGENBERGER, *Die erste Richterin* (Fn. 304), S. 15.

307 VERENA BRÄM, *Richterinnen der ersten Generation und ihr gesellschaftliches und politisches Umfeld*, in: Revital Ludewig et al. (Hrsg.), *Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit*, Bern 2007, Zitat S. 31.

308 MARTHA NIQUILLE-EBERLE, *Richterinnen der zweiten Generation in veränderten Rahmenbedingungen*, in: Revital Ludewig et al. (Hrsg.), *Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit*, Bern 2007, S. 35 ff., Zitat S. 36. Noch jüngere Richterinnen sehen in ihrer richterlichen Tätigkeit keine Geschlechterspannungen und dementsprechend auch keinen Bedarf für eine besondere Reflexion über das bestehende Richterbild. Zu einigen empirischen Resultaten, die sich mit den Erfahrungsberichten weitgehend decken, vgl. REVITAL LUDEWIG, KATHLEEN WEISLEHNER und EVELYNE ANGEHRN, *Schweizer Richterinnen im Spiegel der Zeit*, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/3, insbes. Rz. 13, wo darauf hingewiesen wird, dass Richterinnen der jüngeren Generation keine Notwendigkeit mehr sehen, sich männlichen Verhaltensweisen anzupassen. «Als gemeinhin typisch weiblich angesehene Eigenschaften wie Einfühlung und Kompromissbereitschaft werden z.B. im Rahmen von Vergleichsverhandlungen sogar als Bereicherung für den Gerichtsalltag erlebt.»

309 Dazu vgl. auch SALLY J. KENNEY, *Thinking about Gender and Judging*, *International Journal of the Legal Profession* 15/2008 1, S. 87 ff.

V. Organisierter Diskurs

1. Veränderter Diskursrahmen

Seit ungefähr Mitte der 1990er-Jahre modifiziert sich die Diskussion um das Richterbild in mehrfacher Hinsicht. Angezeigt werden diese Veränderungen nicht nur durch die bereits erwähnte Betonung der Richterpersönlichkeit, sondern auch durch die Entstehung neuer Diskussionsarten, die Fokussierung auf bestimmte Themen, die Zunahme der Diskursteilnehmer und von (stets helvetisch gemilderten) Kontroversen. War bis anhin die richterliche Selbstreflexion durch Singularität und weitgehender Zurückhaltung geprägt, so intensiviert sich nun die Debatte, nimmt festere Konturen an und wird lokalisiabler. Am *basso continuo* des Tugendkanons wird nicht gerüttelt, vielmehr kommen neue *Variationen* hinzu und zusätzliche Anforderungen werden formuliert. Parallel zu dieser Transformation des richterlichen Diskurses gerät auch die Verfassungslehre in Bewegung. Verliefen die beiden Diskussionsstrände bisher eher nebeneinander und ohne besondere Berührungspunkte, so treffen sie nun aufeinander.

Im Vergleich zu anderen europäischen Staaten setzt die Intensivierung der Auseinandersetzung mit dem eigenen Richterbild in der Schweiz viel später ein. In Deutschland, Italien oder Frankreich beginnt spätestens seit den 1970er-Jahren eine, zum Teil heftige und kontrovers geführte, Diskussion über das richterliche Selbstverständnis, bei der sowohl justizinterne Spaltungen wie auch Autonomisierungstendenzen gegenüber der Rechtslehre und Konflikte mit der Politik zu verzeichnen sind.³¹⁰ Auf solche Entwicklungen nehmen die schweizerischen Richter in der neuen Phase Bezug, so zum Beispiel HANS WIPRÄCHTRIGER, der seine 2004 formulierte Forderung nach einem gewandelten Richterbild vor allem auf deutsche Beiträge aus den 1980er- und 1990er-Jahren stützt.³¹¹ Damit soll ihm bzw. den schweizerischen Richterinnen keineswegs (ab)wertend Verspätung oder Rückständigkeit vorgeworfen, sondern auf die eigenständige Dynamik der untersuchten Diskurse hingewiesen werden.

Zu dieser Dynamik gehört auch die 2005 erfolgte Gründung der Schweizer online-Richterzeitung *Justice – Justiz – Giustizia*. Als Herausgeberinnen und Herausgeber signieren, neben Regina Kiener, die Freiburger Staatsanwältin Anne Coillard³¹² und die kantonalen Richter Stephan Gass, Hans Jakob Mosimann, Thomas Stadelmann und Pierre Zappelli (nebenamtlicher Bundesrichter). Lehre und Praxis, etablierte Wissenschaft und sich etablierende Richter-

310 Vgl. Fn. 3 und 7.

311 WIPRÄCHTRIGER, Recht und Richter (Fn. 285). Insbes. verweist Wiprächtiger auf die zwischen 1970 und 1989 erschienenen Arbeiten von Rudolf Wassermann und auf mehrere Beiträge aus der Deutschen Richterzeitung zwischen 1981 und 2004.

312 Zur Person vgl. <<https://www.rts.ch/play/tv/couleurs-locales/video/portrait-danne-colliard-avocate-fribourgeoise-qui-a-ete-la-premiere-femme-procureure-generale-en-suisse-et-qui-a-plaid-e-pour-la-derniere-fois-au-tribunal-apres-20-ans-de-carriere?id=2801694>>.

schaft schaffen eine gemeinsame Plattform. Als Vorbild wird die seit 20 Jahren erscheinende deutsche Richterzeitschrift *Betrifft Justiz* genannt. Die mit der neuen Zeitschrift verfolgten Ziele werden im ersten Editorial folgendermassen definiert:

«Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber brauchen eine für jede und jeden von ihnen offen stehende Zeitschrift. Sie brauchen eine Stimme in der Justizöffentlichkeit und in der politischen Öffentlichkeit. Sie brauchen ein Forum des Austausches, der Information, der Kritik, der Vision.»³¹³

Es handelt sich somit um typische Anliegen professionalisierter Richterschaft, was auch durch den Hinweis verstärkt wird, dass die neue Zeitschrift als «Sprachrohr und ein Gefäss für die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter und andere, kantonale Richtervereinigungen»³¹⁴ deklariert wird.

Schaut man sich das Inhaltsverzeichnis des ersten Heftes an, so wird auch gleich signalisiert, welche Themen im Vordergrund stehen (sollen): Den Anfang macht HANS PETER WALTER mit einem Aufsatz zur internen richterlichen Unabhängigkeit, gefolgt von einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zur Art. 6 EMRK und von einem Interview zum Verhältnis von Justiz und Politik mit Ständerat Rolf Schweiger, Präsident der Gerichtskommision der Bundesversammlung.³¹⁵ In der Rubrik *News CH* werden sodann u.a. Fragen der richterlichen Ethik, kantonale Justizreformen und Modelle des Justizmanagements diskutiert.³¹⁶ Schliesslich wird noch von HANSJÖRG SEILER ein Projekt zur Schaffung einer Richterakademie als Kooperation zwischen der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter

313 STEPHAN GASS, THOMAS STAEDELMANN, PIERRE ZAPPELLI, HANS-JAKOB MOSIMANN, REGINA KIENER und ANNE COLLIARD, Editorial, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1, Rz. 2. Weitere Hinweise auf Entstehung und Intention finden sich in: THOMAS STAEDELMANN und STEPHAN GASS, In eigener Sache, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2016/1, zum Rücktritt von Regina Kiener aus der Redaktion. Es ist nicht klar, wie der Verweis auf die Zeitschrift *Betrifft Justiz* zu verstehen ist: Geht es um die politisch-gewerkschaftliche Ausrichtung der Zeitschrift oder um ihre Architektur? Vgl. https://betrifftjustiz.de/?page_id=52.

314 GASS/STAEDELMANN/ZAPPELLI/MOSIMANN/KIENER/COLLIARD (Fn. 313), Rz. 4. Vgl. auch HANS-ULRICH GERBER, «Justice – Justiz – Giustizia» als Publikationsorgan der SVR/ASM/ASD, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1, Rz. 4: «Die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR/ASM/ASD) hat deshalb beschlossen, «Justice – Justiz – Giustizia» als offizielles Organ unserer Vereinigung zu bestimmen und sich an diesem Projekt aktiv zu beteiligen.»

315 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237); DANIEL RIETIKER, La jurisprudence de la CEDH dans des affaires contre la Suisse en matière de droit à un procès équitable, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1; STEPHAN GASS und THOMAS STAEDELMANN, Gewaltentrennung und richterliche Unabhängigkeit – die Justiz im Spiegel der Politik, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1.

316 So z.B. DIETER FREIBURGHaus, Verhaltenskodex für Kantonsrichterinnen und -richter, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1; JEAN-BENOÎT MEUWLY, Le pouvoir judiciaire fribourgeois à l’orée de changements institutionnels importants, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1; THOMAS STAEDELMANN, Einführung des Modells «Leistungsorientierte Gerichte» im Kanton Luzern, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1.

(SWR), der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR) und einigen Rechtsfakultäten angekündigt.³¹⁷

Im Ergebnis werden sowohl eine thematische *Agenda* wie auch ein institutionelles *Setting* festgelegt. Letzteres hat 2007 zur Gründung der Richterakademie (erster Präsident Hans Peter Walter) geführt, die seitdem einen Zertifikatslehrgang *Judikative* anbietet.³¹⁸ In diesem Zusammenhang nimmt SEILER Stellung zum Richterbild. Es gäbe eine traditionelle Konzeption, nach der

«Richter kein gewöhnlicher Beruf [ist], sondern ein Amt, in welches man (in der Regel durch politische Behörden) gewählt wird. Wem Gott ein Amt gibt, gibt er bekanntlich auch Verstand. Eine besondere Richterausbildung ist daher bisher nicht als notwendig erachtet worden. [...] Nicht selten sind Richter Quereinsteiger aus der Advokatur, aus der Wissenschaft oder der Verwaltung. Daneben ist ein anderes Richterbild denkbar, nämlich dasjenige einer professionalisierten Richterkarriere. Dabei wählt man zu Beginn der juristischen Berufstätigkeit bewusst die Gerichtskarriere, absolviert eine entsprechende Zusatzausbildung und steigt dann in verschiedenen gerichtlichen Funktionen die Karriereleiter hinauf (oder auch nicht).»³¹⁹

Persönlich möchte SEILER das traditionelle Richterbild nicht vollständig durch ein Professionalisierungskonzept ersetzen und verweist darauf, dass im neuen Verein diese Fragen nicht näher diskutiert worden seien. Er plädiert für einen (guteidgenössischen) pragmatischen Ansatz, der eine Verschulung verhindern und weiterhin auch Quereinsteigern den Zugang zum Richteramt ermöglichen soll.³²⁰ Andere Diskursteilnehmer gehen hingegen weiter und fordern (vorsichtig), dass die Absolvierung des Lehrgangs als Wählbarkeitserfordernis etabliert werde.³²¹

317 HANSJÖRG SEILER, Projekt Institut für Judikative, Justice – Justiz – Giustizia 2005/1. Positiv zu einem solchen Vorhaben äusserte sich schon früher KARL SPÜHLER, Die Zukunft unserer Justiz, AJP 4/2003, S. 441 ff. Zur Richterakademie ausführlich GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 282 ff.

318 SEILER, Projekt (Fn. 317); HANSJÖRG SEILER, Richterakademie: Auf dem Weg zu einer gezielten Ausbildung für eine anspruchsvolle Aufgabe, Justice – Justiz – Giustizia 2007/4. Vgl. auch: PAUL RICHLI, Zertifikatsstudiengang «Judikative» der schweizerischen Richterakademie an der Universität Luzern erfolgreich gestartet, Justice – Justiz – Giustizia 2009/2; FRANÇOIS BOHNET, Le deuxième module du CAS de l'Académie Suisse de la Magistrature a rencontré un vif succès, Justice – Justiz – Giustizia 2009/3. Das erste Modul wurde im Januar 2009 gestartet, mit u.a. Richterethik (Hans Peter Walter), Selbstmanagement, Berufsschwierigkeiten, Umgang mit psychischer Belastung, Aussensicht auf die Justiz (Markus Felber und RA Jürg Purtschert). Aktuelle Informationen auf: <<https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/cas-judikative-richterakademie/>>.

319 SEILER, Richterakademie (Fn. 318), Rz. 36 f.

320 SEILER, Richterakademie (Fn. 318), bes. Rz. 40: «Die Zielsetzung ist pragmatischer und bescheidener, aber nichtsdestoweniger wichtig: Die richterliche Tätigkeit ist anspruchsvoll. Sie verlangt neben solidem juristischem Wissen eine reflektierte Kenntnis über Sinn und Aufgabe der Justiz, aber auch die Beherrschung praktischer Fertigkeiten.»

321 PIERRE ZAPPELLI, Formation professionnelle des juges – avantages et dangers, Justice – Justiz – Giustizia 2010/2. Dagegen wiederum HANSJÖRG SEILER, Richterausbildung in der Schweizerischen Richterakademie: Konzept – Erfahrungen – Visionen, Justice – Justiz – Giustizia 2010/2, der das Ziel in der Verbesserung der Qualität der richterlichen Tätigkeit sieht. GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 291 und S. 311, dokumentiert, dass auf kantonaler Ebene die Absolvierung der Rich-

2. Die Richterin als Manager

Richterzeitschrift und Richterakademie, zusammen mit SWR und der zunehmend auch nach aussen in Erscheinung tretenden Richtervereinigung SVR,³²² belegen die Bestrebungen nach einer Standardisierung der (gelehrten) Richterin, die sich auch im Diskurs niederschlägt. Die Debatten, an denen sich nicht nur Richter beteiligen, kreisen um die Aus- und Weiterbildung und Spezialisierung,³²³ vor allem aber auch um das *Justizmanagement*. Mit Schlagwörtern wie *wirkungsorientierte Verwaltung*, *Effizienz* und *Qualitätssicherung* werden von den Richterinnen vermehrt Managementkompetenzen und eine intensivere Kontrolle ihrer Tätigkeit verlangt.³²⁴ Auf der unteren Ebene manifestiert sich diese Tendenz bei der, hauptsächlich von Effizienzüberlegungen geprägten Durchsetzung der Einzelgerichtsbarkeit (vgl. vorne C.III.1.). Bei den höheren Gerichten kommen, hinter der von allen Akteuren anerkannten Sonderstellung

terakademie teilweise in das richterliche Anforderungsprofil bereits aufgenommen worden ist, dass sich aber die Hälfte der von ihm befragten Richterinnen und Richter gegen eine solche Pflicht aussprechen. Dort S. 308 auch der Hinweis, dass das Anwaltspatent «die Funktion eines fachlichen Fähigkeitsausweises für das Richteramt» übernehme.

- 322 Zur Geschichte der SRV vgl. PHILIPPE ABRAVANEL und PIERRE ZAPPELLI, zur Geschichte der Schweizerischen Richtervereinigung, AJP 3/1996, S. 383 f.; ROY GARRÉ, L'Associazione svizzera dei magistrati (ASM) ieri, oggi, domani, Justice – Justiz – Giustizia 2017/4; http://www.svr-asm.ch/de/index_htm_files/Vereinsgeschichte%20SVR-ASM%20Teil%20II%202017.06.20%20V3.pdf.
- 323 Vgl. z.B. THOMAS STADELMANN, Die eidgenössische Steuerrekurskommission – Ein Fachgericht. Überlegungen zur Spezialisierung in der Judikative, in: Liliane Subilia-Rouge et al. (Hrsg.), Festschrift SRK. Zum 10. Geburtstag der Eidgenössischen Steuerekurskommission, Lausanne 2004, S. 343 ff.; PATRICK M. MÜLLER, Vom Richtermiliz- zum Richterberufssystem am Verwaltungsgericht Luzern, Justice – Justiz – Giustizia 2011/2.
- 324 Vgl. u.a. PAUL TSCHÜMPERLIN, Gerichtsmanagement am Bundesgericht: Stand und Entwicklungstendenzen, in: Kettiger Daniel (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz, Ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit, Bern 2003, S. 75 ff.; THOMAS STADELMANN, Organisationsstrukturen eines Gerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2007/2; ANDREAS LIENHARD, Controllingverfahren des Bundesgerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2007/2; DERS., Oberaufsicht und Justizmanagement, Justice – Justiz – Giustizia 2009/1; FRANÇOIS PAYCHÈRE, La promotion de la qualité, un enjeu pour les tribunaux helvétiques?, Justice – Justiz – Giustizia 2009/3; PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Aufsicht des Bundesgerichts, SJZ 105/2009, S. 233 ff.; LORENZ MEYER und PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Aufsicht des Bundesgerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2012/3; CORINA EICHENBERGER-WALTHER, Die parlamentarische Oberaufsicht über das Bundesgericht, Justice – Justiz – Giustizia 2012/3; ANDREAS LIENHARD, STEFAN RIEDER und MARTIN KILLIAS, Evaluation der Wirksamkeit der Bundesrechtspflege, Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Justiz, Bern/Luzern/Zürich 2013; ANDREAS LIENHARD, Leistungsbeurteilung in der Justiz, Verfassungsrechtliche Auslegeordnung und Gedanken zur Ausgestaltung, in: Thomas Stadelmann, Stephan Gass und Richard McCombe (Hrsg.), Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung. Die Beurteilung richterlicher Tätigkeit im Spannungsfeld zur richterlichen Unabhängigkeit im europäischen Vergleich, Zürich/St. Gallen 2015, S. 16 ff.; FELIX UHLMANN (Hrsg.), Evaluation der Bundesrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2014; TANJA PETRIK-HALTINER, Qualitätssicherung in der Rechtsprechung, Justice – Justiz – Giustizia 2017/2; KATHRIN KLETT, Zur Leistungsbeurteilung von Richtern, Justice – Justiz – Giustizia 2015/1; ANDREAS LIENHARD, Oberaufsicht über die Gerichte, Justice – Justiz – Giustizia 2018/1.

des Justizwesens und der Notwendigkeit die Qualitätsforderungen mit der richterlichen Unabhängigkeit in Einklang zu bringen, gegensätzliche Positionen zum Vorschein.

So haben sowohl der Journalist Markus Felber (ehem. Gerichtskorrespondent der NZZ am Bundesgericht) als auch der Zürcher Obergerichtspräsident RAINER KLOPFER das Beharrungsvermögen eines alten Richterbildes beklagt:

«Es ist dasjenige eines Urteilsredaktors, der in seiner Kammer Akten studiert und Referate schreibt, die er dann seinen Kolleginnen und Kollegen abgibt und in der öffentlichen Verhandlung (sofern eine stattfindet) verliest.»³²⁵

Der von ihnen geforderte neue Richtertypus soll sich hingegen durch Führungsqualitäten auszeichnen.

«Eine solide juristische Ausbildung dürfte weiterhin wichtig, und einschlägige richterliche Erfahrung von grossem Vorteil sein. Absolute fachliche Überlegenheit dagegen ist nicht unabdingbar, da insbesondere Spezialkompetenz bei Mitarbeitern genutzt werden kann. [...] Zusätzlich zu einem soliden juristischen Fundament erfordert das neue Richterbild von künftigen Kandidaten für das höchste Amt in der Justiz die Fähigkeit, einen grösseren Mitarbeiterstab zu leiten. [...] Damit ist gesagt, dass für die Umsetzung des neuen Richterbilds soziale und menschliche Kompetenzen gefragt und letztlich wichtiger sind als juristisches Spitzenwissen.»³²⁶

Gefordert wird also eine Richterpersönlichkeit, bei der aber die Managementfähigkeiten höher gewichtet werden als die juristischen Fachkompetenzen. Darauf hat der Luzerner Kantsrichter MARTIN WIRTHLIN (seit 2016 Bundesrichter) reagiert und sich gegen die Übernahme ökonomischer Massstäbe ausgesprochen:

«Von vornherein kann sicher nicht ein einziges Richterbild Massgeblichkeit beanspruchen! [...] Führungsmodelle, wie sie sich in Wirtschaft und Verwaltung etabliert haben, taugen darum kaum für die Justiz. Oder anders gewendet: Die Führungsaufgaben, die unbestreitbar auch den Richterinnen und Richtern obliegen, sollen kein Ausmass

325 RAINER KLOPFER, Management in der Justiz – Richterbild im Wandel, *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/2, Rz. 16; MARKUS FELBER, Magistrale Übergewicht, *Jusletter* 12. Juni 2006; MARKUS FELBER, Traditionelles Richterbild und Wirklichkeit am Bundesgericht, *SJZ* 103/2007, S. 435: «In den Köpfen – und zwar keineswegs nur in richterlichen – spukt noch weitgehend das Bild eines Richters, der einsam in seiner Klause sitzt und die ihm vorgetragenen Dossiers von Grund auf studiert, um gestützt darauf ein sogenanntes Referat auszubrüten und zu Papier zu bringen, das der zuständigen Gerichtskammer als Grundlage für ihren Entscheid in der Sache dient. Anschliessend tritt diesem Bild vom Richter gemäss ein Gerichtsschreiber in Aktion, um aufgrund von Referat und Urteilsberatung den Entwurf für eine Urteilsbegründung zu verfassen.»

326 FELBER, Traditionelles Richterbild (Fn. 325), S. 440. So auch RAINER KLOPFER, Management (Fn. 325). In Bezug auf die Richterausbildung vgl. auch: RAINER KLOPFER und DANIEL PRECKEL, Das «Richterportfolio» – ein neuer Weg in der schweizerischen Richterausbildung? in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 23 ff.

annehmen, das ihre autonome Einflussnahme auf das Tagesgeschäft und die Abfassung eigener Referate hindert.»³²⁷

Dieser episodenhafte Schlagabtausch, der übrigens auch in Zusammenhang mit den, vom damaligen Justizminister Christoph Blocher geforderten, Sparmassnahmen beim Bundesgericht gesehen werden muss,³²⁸ ist auch kennzeichnend für weitere, bis heute andauernde Debatten über Effizienz und Qualitätskontrolle in der Justiz. Schon HANS PETER WALTER äusserte im ersten Heft der Richterzeitschrift «leise Skepsis» gegenüber solche Massnahmen, denn «mit Hilfe betriebswirtschaftlicher Kriterien lassen sich Wirkung und inhaltliche Qualität der Rechtsprechung jedenfalls nur sehr beschränkt erfassen.»³²⁹ Qualitätssicherung müsste der «richterlichen Eigenverantwortlichkeit»³³⁰ überlassen werden. Den Zwischenstand im Jahr 2011 resümierend, legte auch HANS-JAKOB MOSIMANN besonderes Gewicht auf gerichtsinterne Mechanismen und listete dabei noch die Eigenschaften auf, über die eine Richterin, neben Fach- und Sozialkompetenz, verfügen sollte:

«Schlüsselqualifikationen (Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre, Kommunikationsfähigkeit) Speditivität (quantitativ genügende/effiziente Arbeitsweise; keine übermäßig lange Pendenzenlisten; Fähigkeit, Verfahren angemessen zu fördern und planvoll in angemessener Zeit abzuschliessen; keine bewusste Verschleppung von Verfahren).»³³¹

Und THOMAS PFISTERER legte fünf Jahre später, auf der Grundlage seiner Eindrücke als Richter und Politiker, in einem Referat zum Abschluss des breit angelegten SNF-Forschungsprojekts «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz»³³² dar, dass schon in den späten 1980er Jahren am Bundesgericht zu den Forderungen moderner Verwaltungsführung «sich hausintern Meinungen von «Traditionalisten» und «Reformern» gegenüberstanden».³³³ Die notwendigen Reformen können nur gelingen, «wenn die Justiz und die einzelnen Akteure [...] von einer wirtschaftlich- unternehmerischen Kultur getragen sind.»³³⁴

327 MARTIN WIRTHLIN, Vom massgeblichen (Bundes-)Richterbild, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/3, Rz. 1 und Rz. 4.

328 Darauf nimmt FELBER, Übergewicht (Fn. 325), direkt Bezug.

329 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 27.

330 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 28. Vgl. auch HANS PETER WALTER, Richtiges Recht richtig sprechen, *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/4. Noch kritischer als Walter äussert sich LUZIUS WILDHABER, Justizmanagement und Unabhängigkeit der Justiz, *Justice – Justiz – Giustizia* 2009/3.

331 HANS-JAKOB MOSIMANN, Leistungsbeurteilung von Richterinnen und Richtern, Qualitätsmerkmal oder Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2011/1, Rz. 45.

332 Zusammenfassend ANDREAS LIENHARD und DANIEL KETTIGER (Hrsg.), *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat*, Ergebnisse aus dem Forschungsprojekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz», Bern 2016.

333 THOMAS PFISTERER, Erlebnisse aus der Entwicklung der «Justiz zwischen Management und Rechtsstaat», *Justice – Justiz – Giustizia* 2016/4, Rz. 7.

334 PFISTERER (Fn. 333), Rz. 17.

3. *Der Richter als Kommunikator: der erhabene Löwe?*

Eine weitere neue Eigenschaft, die in den Diskussionen gefordert wird ist die *Kommunikationsfähigkeit*. Gemeint ist hier aber weder die Frage des Urteilstils und der Kommunikation richterlicher Entscheidungen noch die mit der Gerichtsöffentlichkeit zusammenhängende Frage des Umgangs der Richterin mit den Prozessparteien, die schon immer erörtert wurde und die als Teilelement der Sozialkompetenz bereits zum Tugendkanon gehört.³³⁵ Es geht vielmehr um die «*aktive Justizkommunikation*», wie sie etwa HANS WIPRÄCHTIGER versteht und seit Jahren fordert:

«Es fällt auf, dass die Justiz sowohl auf kantonaler Stufe wie auf Bundesebene von der Öffentlichkeit zu wenig zur Kenntnis genommen wird, und dass sie insgesamt ein Schattendasein fristet. Das mag so gewollt sein – unsere Vorfahren sprachen noch davon, dass eine Justiz dann gut sei, wenn man von ihr nicht spreche –, ist aber in unserer medialen Gegenwart nicht mehr opportun und jedenfalls nicht hilfreich. Von daher dürfte ein öffentliches Interesse an einer aktiven Kommunikationspolitik von Gerichten, aber auch von Richterinnen und Richtern aller Stufen, von vornherein gegeben sein.»³³⁶

335 So versteht z.B. noch ALBRECHT, gute Richterinnen (Fn. 291), S. 7, den Begriff der Kommunikationsfähigkeit. Zur Gerichtskommunikation, statt vieler, URS SAXER (Hrsg.), Kommunikation der Gerichte, Zürich 2015; SANTSCHI KALLAY (Fn. 221), und das Schwerpunkttheft «Gerichtskommunikation», Justice – Justiz – Giustizia 2018/2. Die Forderung nach einer aktiven Gerichtskommunikation hängt selbstverständlich auch mit medialen Veränderungen und mit der Zunahme von sog. *Justizkritik* zusammen. Dazu z.B. schon früher WALTER, Gedanken zum Richteramt (Fn. 227), bes. S. 628; KARL SPÜHLER, Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien, SJZ 1990, S. 349 ff.; DERS., Gericht und Medien – Erfahrungen, ZBJV 130/1994, S. 550 ff.; ZELLER (Fn. 231); GEORG MÜLLER und MARC THOMMEN, Unabhängigkeit versus Öffentlichkeit der Justiz, in: Marianne Heer und Adrian Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, S. 23 ff., PETER KARLEN, Überholte Tabuzonen der Gerichtsberichterstattung und Urteilskritik, ZBl 117/2016, S. 281, und neuerdings BENJAMIN SCHINDLER, Persönliche Angriffe auf Richterinnen und Richter durch die Presse, Justice – Justiz – Giustizia 2018/3.

336 HANS WIPRÄCHTIGER, Der Richter in der Öffentlichkeit, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 177 ff., Zitat S. 185. Vgl. auch DERS., Kritikfähigkeit der Justiz – oder: Ein verbessertes Verhältnis zwischen Medien und Justiz, in: René Schuhmacher (Hrsg.), Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, S. 81 ff.; DERS., Der Strafrichter und die Massenmedien, plädoyer 2000/3, S. 28 ff.; DERS., Bundesgericht und Öffentlichkeit. Zum Verhältnis von Medien und Justiz, in: Dietmar Mieth und René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Recht – Ethik – Religion. Festgabe für Bundesrichter Dr. Giusep Nay, Luzern 2002, S. 11 ff.; DERS., Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit – eine Illusion?, medialex 2004, S. 38 ff.; DERS., Justiz und Medien: Erwartungen der Richter (Das Verhältnis zwischen Justiz und Medien), in: Marianne Heer und Adrian Urwyler (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, S. 39 ff. Von Seiten der Medienvertreter zustimmend z.B. PETER STUDER, Medien, Gerichte und Kritik an Gerichten, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 339 ff.; THOMAS HASLER, Das Bild des Richters in der Öffentlichkeit: Ein Spiegelbild der Erwartungen dieser Öffentlichkeit, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 67 ff., insbes. S. 81: «Sie können mehr tun, als die Öffentlichkeit nur an Ihre richterliche Unabhängigkeit zu erinnern.»

Auch wenn WIPRÄCHTIGER in erster Linie die Gerichte selber und ihre Medienbeauftragten als Träger der aktiven Kommunikation bezeichnet, fordert er auch die einzelne Richterin auf, medial aufzutreten, «um für die dritte Gewalt einzustehen und für sie zu werben. Erforderlich sind dabei selbstsichere und souveräne Richterinnen und Richter.»³³⁷ Es geht ihm dabei nicht nur um die Kommunikation im konkreten Fall, sondern auch um die unmittelbare, nicht von den Medien gefilterte Vermittlung des Richterbildes: «Schliesslich hat die *Justiz der Öffentlichkeit ihr Richterbild* darzulegen und ihre Hauptaufgabe (die Rechtsanwendung) zu erklären.»³³⁸ Von der Richterpersönlichkeit wird somit erwartet, dass sie zusätzlich auch über die (nicht näher definierten) Qualitäten eines Kommunikators verfügt. So hat kürzlich KATHRIN JACOBER, Bezirksgerichtspräsidentin in Zofingen, betont:

«In diesem Rahmen wird der einzelne Richter, die einzelne Richterin seine resp. ihre Rolle als Kommunikator, als Kommunikatorin definieren müssen. Es kann und darf mehr als nur über die Kernaufgabe ‹Rechtsprechung› gesagt werden, ohne dass die Justiz gleich als geschwäztig abgetan wird.»³³⁹

Etwas poetischer drückt es HANS PETER WALTER aus: «Der Richter muss nicht nur im Justizparkett, sondern auch in der Öffentlichkeit vom scheuen Springbock zum erhabenen, jedoch nicht überheblichen Löwen mutieren.»³⁴⁰ Die Justiz müsse aktiv die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit aufklären, denn dadurch werde das «Spiegelbild der Erwartungen dieser Öffentlichkeit an die Justiz»³⁴¹ geprägt.

Dieses Bild stösst im richterlichen Diskurs allerdings nicht nur auf Zustimmung. Das zeigen gerade die aktuellsten Äusserungen von Bundesgerichtspräsident ULRICH MEYER, der, gerade wegen der Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit, dazu aufruft, dass «Zurückhaltung zu üben [ist] mit öffentlichen Auftritten». ³⁴² Wiederum dieser Auffassung entgegengesetzt erscheinen beispielsweise die Aussagen des ersten Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts CHRISTOPH BANDLI, der sich als medial offener Richter bezeichnet und möchte «dass unsere Rechtssprechung in den Medien behandelt wird.»³⁴³ So auch, etwas zurückhaltender, die Bundesverwaltungsrichterin MARIANNE RYTER: «rich-

337 WIPRÄCHTIGER, Öffentlichkeit (Fn. 336), S. 191.

338 WIPRÄCHTIGER, Öffentlichkeit (Fn. 336), S. 188. EICHENBERGER, Justiz im modernen Staat (Fn. 71), hat übrigens bereits die Forderung nach einer angemessenen Information der Öffentlichkeit über die Justiz aufgestellt, vgl. S. 556: «Es wird Zeit das Ganze der Justiz zu präsentieren!»

339 KATHRIN JACOBER, Gerichtskommunikation, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2, Rz. 38.

340 WALTER, Selbstbewusste Justiz (Fn. 243), S. 569.

341 WALTER, Selbstbewusste Justiz (Fn. 243), S. 570.

342 MEYER, Grundvoraussetzungen (Fn. 1), S. 220. Ablehnend zu den Vorschlägen, die öffentlichen Verhandlungen am Bundesgericht per Live-Stream zu übertragen, äussert sich der Präsident der SVR PETER HODEL, Direktübertragung der Urteilsberatungen am Bundesgericht und richterliche Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2013/4.

343 ZOÉ BACHES, Christoph Bandli: «Rechtsprechung soll in den Medien behandelt werden», Justice – Justiz – Giustizia 2010/4.

terliche Unabhängigkeit ist nicht in jedem Fall durch vornehme Zurückhaltung zu schützen. Je nachdem um welche Öffentlichkeit es geht, darf und muss die Öffnung der Justiz vielmehr aktiv vorangetrieben werden. Die Zeiten ändern sich. Und die heutige erfordert (u.a.) eine kommunikative Justiz.»³⁴⁴

4. Richter und/oder Mediatorin?

MARK SCHWEIZER hat, auf der Grundlage einer, vorwiegend auf die Deutschschweiz begrenzten, Umfrage festgestellt, «dass drei Viertel der Richterinnen und Richter den primären Zweck des Zivilprozesses in der Wiederherstellung des Rechtsfriedens sehen.»³⁴⁵ Dies sei ein Grund für den hohen Anteil von Vergleichen in der Schweiz. Die eidgenössische ZPO hat die Möglichkeiten der vor- und aussergerichtlichen Streitbeilegung vor allem durch das Vorschreiben des zwingenden Schlichtungsverfahrens und durch die Aufnahme der Mediation verstärkt.³⁴⁶ Damit sei, so die weitverbreitete Ansicht,³⁴⁷ einer alten

344 MARIANNE RYTER, Justiz und Öffentlichkeit – ein paar Gedanken, *Justice – Justiz – Giustizia* 2008/4, Rz. 24. Noch vorsichtiger äussert sich MARIE-CHANTAL MAY CANELLAS, *Justice et médias: un noeud gordien?*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2016/4, indem sie eher für eine Austauschplattform zwischen Justiz und Medien plädiert. Vgl. auch PATRICK GUIDON, St. Galler Gerichte auf Tuchfühlung mit Medien und Bevölkerung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/2 Rz. 5: «Bei der Bewerbung der vorerwähnten Veranstaltungen setzen die St. Galler Gerichte auf einen unkonventionellen Auftritt mit einem bewusst pointierten Slogan in Kombination mit einer modernen und positiven Bildsprache. Das entsprechende Konzept wurde in Zusammenarbeit mit einer Agentur entworfen und auf sämtlichen traditionellen sowie elektronischen Kommunikationskanälen (Medienmitteilung, Intranet, Internet, Facebook, Twitter, Flyer, Plakate etc.) eingesetzt.» Einen anderen Weg geht Bundesrichter Thomas Stadelmann, der seit 2016 einen eigenen Blog führt, der sich nicht mit seiner Richterarbeit oder mit der Schweizer Justiz beschäftigt, sondern die Verfolgung der türkischen Richter thematisiert (https://twitter.com/ts_justice?lang=de). Vgl. auch THOMAS STADELMANN, *Justizkommunikation – alte und neue Medien*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/2. Den Vorschlag, einen Richterblog zu schaffen, findet sich schon bei DENIS MASMEJAN, *La compréhension des jugements par le grand public*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2008/4; BERTIL COTTIER, *Les nouveaux défis de la communication judiciaire*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2009/3, Rz. 34: «Et ensuite – pourquoi pas? – de créer son propre blog. De même qu’ils ont du prendre le train de la communication active classique, les juges devront, tôt ou tard, prendre celui de la communication participative.»

345 MARK SCHWEIZER, *Praxis der Vergleichsverhandlung*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/4, Rz. 19. GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 304 ff., kommt in seinen breitangelegten Umfragen zu anderen Ergebnissen: Die Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit wird lediglich von 14 % der Befragten als Aufgabe der Richterschaft betrachtet. Streitschlichtung wird von 24 % als Aufgabe angegeben, bei Absolventinnen der Richterakademie sinkt diese Quote allerdings auf 16 %. Diese Differenzen zeigen wiederum die methodischen Schwächen dieser empirischen Ansätze. Einen hohen Anteil von Vergleichen stellt bei den Friedensrichtern auch KARL SPÜHLER, *Schlichten vor Richtern. Rechtsfragen des Vergleichs*, in: Roland Fankhauser et al. (Hrsg.), *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm*, Zürich 2016, S. 615 ff., fest.

346 Vgl. dazu statt vieler URS EGLI, in: Alexander Brunner, Dominik Gasser und Ivo Schwander (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO*, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 197 Grundsatz N 4.

347 JÜRG G. SCHÜTZ, in: Alexander Brunner, Dominik Gasser und Ivo Schwander (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO*, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Vor

schweizerischen Tradition («zuerst schlichten, dann richten») entsprochen und die zunehmende Bedeutung der sog. *Alternative Dispute Resolution* (ADR)³⁴⁸ anerkannt worden.

Den Implikationen der Mediation, insbesondere im verwaltungsgerichtlichen Beschwerderfahren, hat die Richterzeitschrift im Jahr 2010 ein Schwerpunkttheft gewidmet. In den dort abgedruckten Aufsätzen von Richterinnen und Richtern und in ihren Voten bei der Podiumsdiskussion fällt auf, dass sie grundsätzlich und *in abstracto* eine positive Einstellung gegenüber der Mediation bekunden. Zugleich müssen sie zugeben, dass, gerade vor Bundesverwaltungsgericht, die Mediation noch nicht Einzug gehalten habe, und wenn sie von eigenen Erfahrungen berichten, dann handelt es sich um innergerichtliche Vergleiche.³⁴⁹ So berichtet Bundesrichter HEINZ AEMISEGGER über seine Tätigkeit als Instruktionsrichter «im Rahmen mediationsähnlicher Bemühungen»³⁵⁰ und betont die Relevanz des Vergleichs für den Rechtsfrieden. Damit dies gelinge, müsse der Richter

«versuchen, sich in die Situation der Parteien hinein zu fühlen. Oft muss er ihnen das verengte Blickfeld etwas öffnen. Er muss Fingerspitzengefühl und taktisches Geschick einsetzen. [...] Er sollte sorgfältig darauf achten, unparteiisch zu bleiben, um für das weitere Verfahren unbefangen zu sein. Er sollte neutral, objektiv und transparent sein.»³⁵¹

Diese Eigenschaften gehören, wie mehrmals erwähnt, zum Tugendkatalog der Richterin im Bereich der Sozialkompetenz. Das würde also bedeuten, dass dem Richter zumindest mediationsähnliche Qualitäten zukommen und es keinen fundamentalen Unterschied zwischen Mediatorin und Richter gäbe.

Art. 213–218 N 8 ff.: «In der schweizerischen Streitbeilegungskultur ist der Grundgedanke «zuerst schlichten, dann richten» tief verwurzelt. Die Mehrheit der kantonalen Zivilprozessordnungen hatte bereits ein dem Entscheidverfahren vorangestelltes Schlichtungsverfahren vorgesehen. Die Idee des vorprozessualen Einigungsverfahrens wurde aus Frankreich nach der Französischen Revolution in der Schweiz rezipiert; die Idee der Streitschlichtung ist indessen Jahrtausende alt. Die Mediation schliesst an den Gedanken der Streitschlichtung an; in der Methode unterscheidet sie sich jedoch wesentlich vom Schlichtungsverfahren.»

348 Dazu jetzt ausführlich DANIEL GIRSBERGER und JAMES T. PETER, *Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation – Konfliktmanagement – Verhandlung – Mediation – Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich 2019 (wir danken den Autoren für die Überlassung des Manuskripts).

349 Vgl. insbes. MURIEL BECK KADIMA, *Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht, Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4; HEINZ AEMISEGGER, *Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4, sowie die Voten in JURIA, *Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung; Wortprotokoll der zweiten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4.

350 AEMISEGGER (Fn. 349), Rz. 2.

351 AEMISEGGER (Fn. 349), Rz. 9. Positiv dazu äussert sich auch der Vizepräsident des Schaffhauser Obergerichts ARNOLD MARTI, Votum, in: JURIA, *Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4.

In der Podiumsdiskussion kommt dieses Problem zur Sprache und die daran teilnehmenden Mediationsexpertinnen bemühen sich klare Trennungslinien zu ziehen:

«Je répondrai de façon très claire et peut-être provoquante: à chacun son métier. On ne peut pas être un juge et un médiateur.»³⁵²

Diese Grenzziehung wird auch in der Literatur betont, wobei, wenn es darum geht, die besonderen Anforderungen an eine Mediatorin zu formulieren, der Tugendkatalog demjenigen der Richterin (die juristische Fachkompetenz selbstverständlich ausgenommen) auffällig nahe kommt:

«ist doch die Verhandlungsführung oder die Mediation keine blosse Technik, sondern eine Kunst: Diese erfordert soziale Kompetenzen, Fähigkeit zu überzeugen und sich überzeugen zu lassen sowie optimale Wahl situationsangemessner Taktiken und Strategien. Die Mediatorin muss somit über ein gewisses Charisma, eine natürliche Glaubwürdigkeit und Ausstrahlung der Persönlichkeit verfügen.»³⁵³

Für RUMO-JUNGO sind dies allerdings Eigenschaften, die durch die Juristenausbildung nicht vermittelt würden und deshalb zeigt sie sich erstaunt, «wie leicht hin manche Richterinnen und Anwälte von sich behaupten, sie würden seit langem Mediation (sic) betreiben.»³⁵⁴

Während also auf der einen Seite die Differenzen hervorgehoben werden, scheint auf richterlicher Seite eher die Nähe betont zu werden. In der erwähnten Podiumsdiskussion gibt THOMAS PFISTERER (der im Parlament wesentlichen Anteil an der Einführung der Mediation in der ZPO hatte) zu, dass die beiden Bereiche häufig nicht klar getrennt würden und befürwortet eine Klarstellung, spricht dann aber von «mediationsgeleiteter Schlichtung». ³⁵⁵ Der richterliche

352 CHRISTINE GUY-ECABERT, Votum, in: JURIA, Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, Justice – Justiz – Giustizia 2010/4; so auch OTMAR SCHNEIDER, ebd.: «Die Mediation ist ein eigenständiges Verfahren zur Entscheidfindung. Daneben gibt es das mediative Handeln im Sinne von Einfliessenlassen von mediativen Elementen, Techniken usw. in die Gesprächsführung oder auch in richterliche, behördliche Schlichtungsverhandlungen. Man muss beides auseinanderhalten, das ist sehr wichtig.»; JEAN A. MIRIMANOFF, ebd.: «Ce qui est totalement désastreux, c'est malheureusement ce qu'on a fait en Suisse, c'est le mélange des rôles.»

353 ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Alternative Streiterledigungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren, in: Luc Vallery et al. (Hrsg.), Revue Fribourgeoise de Jurisprudence, Numéro spécial «RFJ 10 ans», Le droit en mouvement, Fribourg 2002, 135 ff., Zitat S. 149. Vgl. auch ISAAK MEIER und CHRISTIAN DUVE, Vom Friedensrichter zum Mediator – Einführung von Mediation in bestehende Institutionen der Streitschlichtung, SJZ 95/1999, S. 157 ff., die ebenfalls den Richtern die Schlichtungskompetenz absprechen. Hinweise auch in GIRSBERGER/PETER (Fn. 348), S. 116 ff., die darauf hinweisen, dass die Mediatorin über keine Entscheidungsgewalt verfügt.

354 RUMO-JUNGO (Fn. 353), S. 149.

355 THOMAS PFISTERER, Votum, in: JURIA, Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, Justice – Justiz – Giustizia 2010/4. Vgl. auch THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation sowie Schlichtung – ein Überblick zu Art. 33 b VwVG, Justice – Justiz – Giustizia

Diskurs hat erst begonnen, sich mit diesen Fragen zu beschäftigen und es ist zu erwarten, dass sich die Abgrenzungsproblematik in Zukunft verschärfen wird. So diagnostiziert diesbezüglich HEIKE JUNG eine zunehmende Konkurrenz zwischen richterlicher Schlichtung und Mediation (wie auch Schiedsgerichtsbarkeit):

«Selbst bei der Mediation, die vom gedanklichen Grundansatz durchaus von Laien getragen werden könnte, hat sich das Konzept der Professionalisierung weitgehend durchgesetzt, so dass wir es heute durchaus mit professioneller Rivalität zu tun haben.»³⁵⁶

Auf ein anderes Problem, das ebenfalls eine Konkurrenzsituation andeutet, macht Bundesverwaltungsrichterin *und* Mediatorin MURIEL BECK KADIMA aufmerksam. Sie sieht in einer allzu starken Verbreitung von Einigung und Mediation eine Gefahr für die Rechtsfortbildungsfunktion der Gerichte:

«Würden nun Parteien in Mediationsverfahren bzw. aussergerichtlichen Einigungen gesetzliche Vorschriften interpretieren, ohne einer gerichtlichen Kontrolle zu unterstehen, würde die Rechtsfortbildung von der streitentscheidenden Rechtssprechung auf Private übertragen, was u.a. gegen die Rechtssicherheit verstossen könnte.»³⁵⁷

Sie signalisiert hier eine Entwicklung, die Joachim Goebel bereits 2007 identifiziert und rechtstheoretisch reflektiert hat: Dem Rechtssystem werden durch Steigerung vor- und aussergerichtlicher Streitbeilegung Konflikte entzogen und damit wird eine zentrale Funktion der Rechtssprechung unterwandert.

2010/4; DERS., Unterwegs zur Einigung mit Mediation in der schweizerischen ZPO?, SJZ 103/2007 S. 541 ff.

356 JUNG (Fn. 34), S. 19. Auf Widerstände seitens der Anwaltschaft und der Richter verweist z.B. JEAN MIRIMANOFF, *La Médiation n'est pas dans notre culture?*, Justice – Justiz – Giustizia 2010/2; DERS., *Le juge civil comme prescripteur de la médiation*, Justice – Justiz – Giustizia 2017/2. In diesem Zusammenhang ist auch interessant zu beobachten, wie von Seiten der Mediationsvertreter eine mythische Legitimation ihrer Berufsgattung aufgebaut wird, vor allem indem die alteidgenössische Geschichte vom Rütlischwur über Nikolaus von der Flüe bis hin zu Napoleons Mediation (die von einer eigentlichen Mediation nun wirklich nichts hatte) herangezogen wird: vgl. etwa MARTINE CHENOU und JEAN A. MIRIMANOFF, *La médiation civile ou métajudiciaire: pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, SJ 2003 II S. 273; OTMAR SCHNEIDER, *Grundlegendes zu Einigung und Mediation*, Justice – Justiz – Giustizia 2010/4.

357 BECK KADIMA (Fn. 349), Rz. 11. Auf Gefahren der Privatisierung der Justiz, zwar mehr aus ökonomischen Gründen, verweist auch ALEXANDER BRUNNER, Spezialisierung der Gerichte, Justice – Justiz – Giustizia 2013/2. Im strafprozessualen Bereich wird übrigens auf eine andere, von richterlicher Seite als für den Rechtsstaat und die Gerichtsbarkeit als existentielle Bedrohung eingestufte Konkurrenz mit der Staatsanwaltschaft zunehmend hingewiesen: PETER ALBRECHT, *Brauchen wir «Schnellrichter» in der Strafjustiz?* AJP 2004 S. 899 ff.; DERS., Richter als (politische) Parteivertreter?, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3; DERS., *Strafrecht ohne Recht?*, ZStrR 2013, S. 385 ff.; MARTIN SCHUBARTH, *Zurück zum Grossinquisitor?* Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, S. 527 ff.; NIKLAUS OBERHOLZER, *Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfungen des Strafrechts*, in: Franz Riklin (Hrsg.), *Strafen ohne Augenmass*, Bern 2016, S. 25 ff.

«Konflikte müssen ausgenutzt werden, um Erwartungen zu generalisieren. In den Foren der vor- und aussergerichtlichen Streitbeilegung werden Konflikte indes nur noch ad hoc und ad hominem als Einzelereignisse ohne jeden Bezug zur Generalisierung von Erwartungen vereinzelt; sie werden möglichst gelöscht, ohne je eine immunisierende Wirkung entfalten zu können.»³⁵⁸

5. *E-Justice – Kommt endlich der Subsumtionsautomat?*

Taucht das Thema der Mediation im richterlichen Diskurs erst neuerdings auf, so gilt das umso mehr für Fragen, die um den Begriff *E-Justice* kreisen. Die Diskussionen konzentrieren sich zur Zeit auf das, vom Bundesgericht stark unterstützte Projekt *Justitia 4.0*, das gesamtschweizerisch die elektronische Dossierverwaltung einführen möchte. Zu den Hauptzielen gehören insbesondere die Implementation der elektronischen Kommunikation zwischen Verfahrensbeteiligten, die elektronische Führung der Fälle und die gesetzliche Verankerung eines Digitalisierungsobligatoriums für die professionellen Parteivertreter.³⁵⁹ Grosse Teile der Advokatur unterstützen diese Entwicklungen.³⁶⁰

Obwohl die Richterzeitung dem Thema ein Teil ihres ersten Heftes im Jahr 2019 gewidmet hat³⁶¹ und erste Stimmen in der kurz davor publizierten Schwerpunkttausgabe zur Gerichtskommunikation schon aufgetaucht waren,³⁶² bleibt die Stimme der Richterinnen über die Digitalisierung der Justiz spärlich. Einige wenige vertiefende Beiträge über *E-Justice* sind im Rahmen der Ausbildung an der Richterakademie verfasst worden.³⁶³ Ansonsten sind richterliche Stellungnahmen zu verzeichnen, die zur Drosselung des Tempos ermahnen.³⁶⁴

358 JOACHIM GOEBEL, Die prozessualen Grundlagen der vor- und aussergerichtlichen Streitbeilegung nach der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 12/2007, S. 255 ff., Zitat S. 280.

359 ULRICH MEYER und JACQUES BÜHLER, Das Projekt Justitia 4.0, Justice – Justiz – Giustizia 2019/1.

360 JENS PIESBERGEN, Justitia 4.0 – Digitalisierung und Transformation der Justiz, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2; nach dem Mitbegründer des Vereins *Swiss Legaltech Association* ist klar, dass man einfache Scheidungs-, Ehe, Darlehens-, Arbeits- und Kaufverträge oder Firmengründungen in Zukunft über Online-Marktplätze abwickelt: «In den Kanzleien wird es eine Verschiebung geben hin zur Beratung in Spezialfällen und strittigen Gerichtsverfahren» (Interview mit Christoph Küng, in: REBEKKA HAEFELI, Der Anwalt wird digital, 17. August 2017, <<https://www.beobachter.ch/konsum/dienstleistungen/rechtsberatung-der-anwalt-wird-digital>>).

361 MICHAELA MACHELEIDT LEHMANN, Die E-Justizakte – Anforderungen/Anwendungen/Ausblick, in: Justice – Justiz – Giustizia 2019/1; MEYER/BÜHLER (wie Fn. 359); STEPHAN BREITENMOSER und ROLAND HOFMANN, Akten-Digitalisierung und elektronischer Rechtsverkehr, Justice – Justiz – Giustizia 2019/1 (Interview).

362 PIESBERGEN (Fn. 360); JACQUES BÜHLER, Justice numérique et quotidien du magistrat, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2; ISABELLE HÄNER, Justizia 4.0 – Folgen für den Verwaltungsprozess, in: Justice – Justiz – Giustizia 2018/2.

363 Z.B. CHRISTOPH SPINDLER, E-Justice im Verhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2013/3; MACHELEIDT LEHMANN (Fn. 361).

364 Z.B. DIETER FREIBURGHAUS, E-Justice – etwas weniger Hektik bitte ..., Justice – Justiz – Giustizia 2018/3, Rz. 4.

Die wesentlichen Justizreformen in diesem Bereich sind zur Zeit in den Händen von ITs, die von den Gerichtsverwaltungen beaufsichtigt werden.

Am traditionellen Bild der Richterin als «Herr des Verfahrens»³⁶⁵ soll durch diese Digitalisierung kaum etwas geändert werden. Es handele sich eigentlich um eine Fallverwaltung, die die Arbeitseinschränkungen bezüglich Ort und Zeit abschaffe.³⁶⁶ Damit sollen auch bürokratische Engpässe aufgehoben werden bei gleichzeitiger Gewährleistung des Datenschutzes.³⁶⁷ Die Bestrebungen nach einer Digitalisierung der Justiz sind schon früher aus föderalistischer Sicht kritisiert worden.³⁶⁸

Es handelt sich hier um komplexe Entwicklungen, die zentral die Entscheidungsfunktion der Richterin und damit ihre Rolle berühren und einen neuartigen, durch künstliche Intelligenz (KI) gesteuerten *Subsumtionsautomaten* ankündigen. Obwohl *Justitia 4.0* eigentlich nicht die Einführung von KI anstrebt, wird durch die elektronische Aktenführung das *Judicial Decision Support Systems* (JDSS)³⁶⁹ vermutlich doch implementiert.³⁷⁰ Wie DYMTRUK kürzlich gezeigt hat, werden dann Entscheidungen eigentlich durch KI und nicht von der Richterin getroffen:

«Despite appearances, it turns out that using AI only as JDSS may have the same results as full automation of judicial proceedings. It is connected with some psychological results of human's work and the «persuasiveness» of judge's supporting systems».³⁷¹

-
- 365 WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 41, betont, dass die Parteien nicht Sklaven des Herrn sein dürfen. Man kann sich aber fragen, ob der Herr nicht seinerseits Sklave der Digitalisierung werden wird. Gerade HANS PETER WALTER, Denker und Richter, Jusletter 11. November 2002, Rz. 14, hat sich schon früh kritisch geäussert zum Thema Computereinsatz und sprach von «epidemisches Netzwerkfieber». Er fragte sich ausserdem, «ob das Bedürfnis nach mehr selbstbestimmter Kreativität nicht auch ein Anliegen der Justiz sei» (Rz. 9) und bejahte diese Frage.
- 366 MACHEIDT LEHMANN (Fn. 361).
- 367 Vgl. BÜHLER (Fn. 362); ALFRED FRÜH, Roboter und Privacy. Informationsrechtliche Herausforderungen datenbasierter Systeme, AJP 2017, S. 141 ff.
- 368 SPINDLER (Fn. 363), Rz. 2 f., erinnert, dass das Bundesgericht noch 2007 trotz lokaler Ablehnung versuchte, seine Opens-Source «IT-Strategie zuletzt gar mit einer aufsichtsrechtlichen Weisung durchzusetzen». Die «zunehmende IT-Unterstützung» ermögliche neue Kontrollmechanismen seitens der hierarchisch oberen Instanzen (Rz. 98). Für die nun zusammen mit den Obergerichten gefundenen Lösungen vgl. PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Justiz auf dem Weg zum elektronischen Dossier, SJZ 114/2018, S. 313 ff. Zur Entwicklung der diesbezüglichen Gesetzgebung und zum neuen Bundesgesetz über die elektronische Kommunikation mit Gerichten und Behörden (BEKG) vgl. HÄNER (Fn. 362); MACHEIDT LEHMANN (Fn. 361); MARTIN DUMERMUTH und SANDRA EBERLE, E-Justice-Gesetz – Durchbruch für den elektronischen Rechtsverkehr?, Jusletter IT 18. Mai 2017.
- 369 MARIA DYMTRUK, Ethical Artificial Intelligence in Judiciary, Jusletter IT 21. Februar 2019, Rz. 3 f.; INGO GLASER, JÖRG LANDHALER und FLORIAN MATTHES, Supporting the Legal Reasoning Process by Classification of Judgments Applying Active Machine Learning, Jusletter IT 21. Februar 2019.
- 370 Vgl. BETTINA MIELKE und CHRISTIAN WOLFF, E-Justice, Justiz 3.0 und Legal Tech – eine Analyse, Jusletter IT 18. Mai 2017, Rz. 20 ff.; VIOLA SCHMID und MARC BERNINGER, Forschungsmatrix und Checklist für die Transformation der Justiz zur «E-Justiz», Jusletter IT 21. Februar 2019.
- 371 DYMTRUK (Fn. 369), Rz. 5; ANTOINE GARAPON und JEAN LASSÈGUE, Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique, Paris 2018, S. 169: «Le numérique n'affecte pas

Die europäische *Kommission* für die Effizienz der Justiz (CEPEJ) ist sich der Risiken³⁷² bewusst und erliess am 4. Dezember 2018 eine «*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*». Es wird insbesondere auf die möglichen Verletzungen der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK hingewiesen, da die KI als *Blackbox* betrachtet wird.³⁷³

Noch anders sind die neuen Phänomene *online-dispute-resolution (ODR)*, *digital justice*, *square trade*, *crowdjustice*, *european small claims procedure*, *cyber court* usw. zu beurteilen, welche die Gesellschaft in eine neue Dimension der *smart law* (wie sie der Genfer Richter PAYCHÈRE nennt) zwingen.³⁷⁴ Die ODR insbesondere bietet die Möglichkeit, Konflikte online zu lösen, die von digitalen Programmen in ihrer Ausdrucksform vorgeprägt werden. Die KI entscheidet dann nach einem *patterns matching*. Eine solche Technologie bietet z.B. das Programm *CaseCruncher*, das Daten zusammenstellt, analysiert und in einem sog. *Lawyer Challenge* gegenüber *menschlichen* Anwälten eine wesentlich höhere Genauigkeit bei der Falllösung aufweisen konnte.³⁷⁵ Die Technik wird somit zu einer «*quatrième partie*» im Verfahren.³⁷⁶ In dieser *justice by design* kann die «*volonté commune*» höchstens als Supplement des Code, aber nicht mehr als deren Quelle verstanden werden.³⁷⁷

In den sog. *justice protocols* der Technologie von *Blockchain* wird hingegen ein temporalisiertes Verfahren angeboten, dessen Entscheidungen einer Menge individualisierter Dritten anvertraut wird. GARAPON/LASSÈGUE weisen darauf hin, dass die zufälligen *Geschworenen* Mitglieder des Netzes sind, aber nicht als Volksgericht angesehen werden können, weil hier jegliche Gruppenlogik fehle.³⁷⁸ Sie können mit einem Wahrspruch zwischen zwei (manchmal drei) Ur-

seulement cette partie visible du procès mais aussi – voire surtout – sa mise en forme, au sens fort du terme (*enframing*); vgl. auch CORNELIA VISSMANN und MARKUS KRAJEWSKI, Computer Juridisms, Grey Room 29/2008, S. 90 ff., insb. S. 98 ff.

- 372 SPINDLER (Fn. 363), Rz. 99, forderte schon 2013 «Aufmerksamkeit auf die Risiken der IT», aber «verfehlt wäre es jedoch auch, die Diskussion darüber zu vernachlässigen, wie in allen Details der bestehende, wohldurchdachte Informationsfluss in und mit der Justiz durch Informations-technologie abzubilden ist».
- 373 DYMTRUK (Fn. 369), Rz. 22. In der Schweiz wird dieser Diskurs insbesondere vom Verein eJustice.CH geführt, vgl. DUMERMUTH/EBERLE (Fn. 368). Für die Anwaltschaft z.B. PATRIZIA PESENTI, Gli avvocati robot e lo Stato di diritto, Corriere del Ticino vom 28.3.2019, S. 2.
- 374 FRANÇOIS PAYCHÈRE, Da mihi factum, dabo tibi jus, Justice – Justiz – Giustizia 2018/4, Rz. 33.
- 375 DANIEL PFÄFFLI, Tagungsbericht Weblaw Forum LegalTech 2018, Jusletter 4. Juni 2018, Rz. 11.
- 376 GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 195 f. und die dort angeführte Literatur; auch Anwaltskanzleien benutzen solche Software, die die Erfolgswahrscheinlichkeit berechnen, vgl. ZOÉ BACHES, Der Anwalt wird digital, NZZ vom 26. März 2019, S. 25.
- 377 Vgl. GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 199.
- 378 GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 204 ff. Über den neuen Rechtsindividualismus in der Netzwerkultur vgl. THOMAS VESTING, Die Medien des Rechts: Computernetzwerke, Weilerwist 2015, S. 151 ff.

teiloptionen entscheiden. Entscheiden sie nicht wie die Mehrheit, so verlieren sie Reputationstoken.³⁷⁹

6. Richter und Politik

Die bisher verfolgten Diskursstränge können, mit Blick auf die Gesamtökonomie der richterlichen Selbstreflexion, im Vergleich zum Thema des politischen Richters bzw. der Richter(aus)wahl als eher marginal bezeichnet werden. Die letzten Jahrzehnte sind nämlich geprägt von der zunehmend kontrovers geführten Debatte über die Angemessenheit des bisherigen politisch bestimmten Wahl- und insbes. Wiederwahlmodus. Bedenken und Kritik daran wurden zwar schon seit langem geäussert,³⁸⁰ aber mittlerweile ist dieses Thema sowohl intern als auch politisch und medial dominant geworden. Der Diskurs ist gekennzeichnet durch einige wenige Argumente, die ständig wiederholt werden, als ob stetige Wiederholung die Glaubwürdigkeit der Behauptung erhöhen würde. Diese Situation erlaubt eine geraffte Beschreibung dieses Diskursstranges, die aber, wie erwähnt, nicht von der Zentralität desselben ablenken soll.

Die Diskussion kreist vorwiegend um die parteipolitische Anbindung der Richterin, die faktisch als ausschlaggebende Wählbarkeitvoraussetzung gilt, dann um die mit der Wiederwahl verbundene Gefahr einer Misstrauenskundgebung (sog. *Denkzettel*) wenn nicht einer Abwahl und schliesslich um die sog. Mandatssteuer.³⁸¹ PIERRE ZAPPELLI hat 2008 eine erste Zwischenbilanz der Diskussion gezogen und die Diskursteilnehmer in Befürworter und Kritiker des aktuellen Systems eingeteilt.³⁸² Die Situation erscheint aber komplexer und widersprüchlicher. Wenn ULRICH MEYER als «Axiom des schweizerischen Jus-

379 GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 211 f.: «La nouvelle approche du jugement impartial renverse cette proposition: elle construit un tiers dont la garantie viendra de son intérèsement financier positif (le gain espéré) et négatif (la crainte de perdre un token de réputation)».

380 Vgl. vorne B.II.2. wie auch z.B. KARL SPÜHLER, Der Richter und die Politik, ZBJV 130 (1994), S. 28 ff.; ROTTENBERG-LIATOWITSCH, Zum Richterbild (Fn. 305), S. 47 ff.; DANIELLE ANEX-CABANIS, La magistrature en Suisse: évolution et perspectives contemporaines, in: Jacques Krynen (Hrsg.), L'élection des juges, Paris 1999, S. 237 ff.; PIERRE-HENRI BOLLE, Les juges suisses et le Statut du juge en Europe, AJP 2/2000, S. 146 ff.; GERHARD SCHMID, Richterauswahl und Richterwahl im Kanton Basel-Landschaft: Auslegeordnung des Status quo und der Reformvorschläge, in: Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit und Richter(aus)wahl, Liestal 2000, S. 99 ff.

381 Zur Mandatssteuer vgl. z. B: THOMAS STADELMANN, Die steuerliche Behandlung der «Mandatsbeiträge» in der Schweiz, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3; THOMAS HILTBUNNER, BGE 124 II 29 über die steuerliche Behandlung von Mandatsbeiträgen: Anmerkungen aus logischer Sicht, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3; BRIGITTE HÜRLIMANN, Der Richter und die Parteisteuer, Justice – Justiz – Giustizia 2012/2; EMANUEL THALER, Mandatssteuer: So viel zweigen die Parteien ab, Justice – Justiz – Giustizia 2011/2; GIULIANO RACIOPPI, Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, Justice – Justiz – Giustizia 2017/3; GIULIANO RACIOPPI und CLAUDE JANIAK, «Die Parteien wollen ihre Macht erhalten», Debatte über die Mandatssteuer, plädoyer 2018/1, S. 8 ff.

382 PIERRE ZAPPELLI, Le juge et le politique, en particulier la question de l'élection, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 83 ff.

tizsystems» den Satz aufstellt: «Ich bin zwar politisch gewählt, urteile aber nicht politisch»,³⁸³ so scheint dies auf den ersten Blick einleuchtend. Nimmt man aber die Aussagen anderer Richter hinzu, so entsteht bald der Eindruck, dass der Begriff *politisch* sehr unterschiedlich verstanden wird. KARL SPÜHLER etwa meint, Bundesrichter «sind keine Politiker, sie dürfen bzw. sie müssen an politischen, vor allem gesetzgeberischen Vorgängen interessiert, ihr Denken muss aber grundsätzlich apolitisch sein.»³⁸⁴ Für PETER ALBRECHT kann der Richter «nicht als ‹Vertreter› einer bestimmten Partei»³⁸⁵ betrachtet werden, zugleich ist die Rechtsprechung «eine eminent politische Tätigkeit, deren Ergebnisse trotz der engen Bindung an Gesetz und Recht jeweils auch stark von der weltanschaulichen Grundhaltung der urteilenden Personen abhängen.»³⁸⁶ FELIX SCHÖBI, hält knapp fest: «Ob man es wahrhaben will oder nicht: Die Aufgabe des Richters ist immer auch eine politische.»³⁸⁷ Das meint auch HANS WIPRÄCHTIGER: «Die Rechtsprechung und jeder Richter ist politisch – und das muss auch so sein. Ein Richter braucht eine Haltung, eine gesellschaftspolitische Überzeugung.»³⁸⁸ HANS PETER WALTER gelingt es, sein Plädoyer für eine selbstbewusste Justiz und für den Richterkönig fast ohne Verwendung des Begriffs *politisch* zu formulieren. Erst am Schluss fordert er von der Justiz «auch rechtspolitisches Denken [...]. Die Demokratie braucht keine vorgeblich unpolitischen Positivisten, sondern Demokraten auf dem Richterstuhl.»³⁸⁹ HANS-JÖRG SEILER betont, dass die rechtsschöpferische richterliche Tätigkeit «auf subjektiven weltanschaulichen Einstellungen der beteiligten Richterinnen und Richter [beruht]. Insoweit übt die Justiz eine politische Funktion aus.»³⁹⁰ Gleichzeitig müsse das gerichtliche Urteil «unabhängig davon sein, ob die Person, die vor dem Richter steht, in dessen Partei ist oder nicht».³⁹¹

In diesem selbstreflexiven Diskurs wird *politisch* unterschiedlich und stets in *Abgrenzung zu* dekliniert: politisch-apolitisch, parteipolitisch-unpolitisch, unpolitisch positivistisch-demokratisch rechtspolitisch, parteiisch-unparteiisch. Dabei haben diese Abgrenzungsstrategien zunächst nicht die *Politik* im Auge, sondern die unvermeidliche *Subjektivität* der Richterpersönlichkeit. Es geht

383 MEYER, Grundvoraussetzungen (Fn. 1), S. 221.

384 KARL SPÜHLER, Gelebtes Recht. Reminiszenzen aus 50 Jahren Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2011, S. 87.

385 PETER ALBRECHT, Richter als (politische) Parteivertrter?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/3, Rz. 1. Ähnlich WIPRÄCHTIGER (Fn. 284): «Ein Richter darf kein Parteipolitiker sein»; NICCOLÒ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, *Justice – Justiz – Giustizia* 2011/3, Rz. 11: «Richter sind nicht der verlängerte Arm der politischen Parteien, der sie angehören.»

386 ALBRECHT, Parteivertrter? (Fn. 385), Rz. 11.

387 FELIX SCHÖBI, Keine valable Alternative zum Parteienproporz, *Justice – Justiz – Giustizia* 2012/4, Rz. 1.

388 Interview mit HANS WIPRÄCHTIGER (Fn. 284).

389 WALTER, Selbstbewusste Justiz (Fn. 243), S. 585.

390 HANS-JÖRG SEILER, Richter als Parteivertreter, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern 2008, S. 132.

391 SEILER, Parteivertreter (Fn. 390), S. 126.

also um den selbstbewusst-selbstkritischen (und damit verantwortungsvollen) Umgang damit, denn «das Fehlen eines entsprechenden Problembewusstseins ist gerade der Nährboden für zumindest unbewusste Parteilichkeit.»³⁹²

Äussern sich Richter zur Entscheidungstätigkeit an sich, dann wird die Bedeutung der (partei)politischen Gesinnung gleich wieder relativiert. SEILER bemerkt: «Gewiss entscheiden Richter auch bei Ermessensentscheiden bei weitem nicht immer nach Parteibuch.»³⁹³ Und auch NICCOLÒ RASELLI schätzt den Einfluss anderer individueller Faktoren, wie «familiäre, soziale, wie auch religiöse oder regionale Herkunft» viel höher ein.³⁹⁴ Für PETER ALBRECHT ist die parteipolitische Herkunft der einzelnen Richterin nur selten erkennbar und die persönlich geprägten Differenzen würden eigentlich nicht der politischen Parteizugehörigkeit entsprechen.³⁹⁵

Im Verhältnis zur Politik werden weiterhin mehrheitlich die parteipolitische Anbindung und der Parteienproporz als Garantie für Transparenz und Weltanschauungspluralismus im Gericht angesehen.³⁹⁶ Probleme werden hingegen vermehrt bei der Wiederwahl und bei der parteipolitisch motivierten Urteilschelte verortet. NICCOLÒ RASELLI hat 2006 in einem vielzitierten Artikel auf die, seiner Meinung nach «besorgniserregende Entwicklung» aufmerksam gemacht:

«Heute jedoch erleben wir, dass Parlamentarier – selbst eine Regierungspartei – nicht davor zurückschrecken, das Bundesgericht unter Druck zu setzen, um es für ihre Anliegen willfährig zu machen. Als Vehikel dient das Wahlsystem der relativ kurzen Amts dauer mit der Möglichkeit der Wiederwahl.»³⁹⁷

392 WIPRÄCHTIGER, Recht und Richter (Fn. 285), S. 329.

393 SEILER, Parteivertreter (Fn. 390), S. 134.

394 RASELLI, Unabhängigkeit (Fn. 385), Rz. 9; SERGIO BIANCHI, Giudice servitore della legge e dei partiti?, in: Sergio Bianchi et al., *L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione. In particolare nel Cantone Ticino*, Basel 2004, S. 37 ff. MIHAELA AMOOS PIGUET, L'élection partisane des juges – une entorse au principe de la séparation des pouvoirs?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1.

395 ALBRECHT, Parteivertreter? (Fn. 385).

396 SEILER, Parteivertreter (Fn. 390), S. 123 ff. BIANCHI (Fn. 394), S. 37 ff.; BERNARD BERTOSSA, Séparation des pouvoirs: l'indépendance des juges en danger?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/1; ALBRECHT, Parteivertreter? (Fn. 385), Rz. 14: Die Parteien zeigen sich «als vermittelndes Bindeglied zwischen Bürgerschaft und Staat; ihre Tätigkeit bildet eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des demokratischen Gemeinwesens.»; WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 17: «die Gerichte im Wesentlichen die politische, soziale und gesellschaftliche Zusammensetzung des Wahlorgans wiederspiegeln»; Interview mit HANS WIPRÄCHTIGER (Fn. 284); SCHÖBI, Alternative (Fn. 387); MEYER, Grundvoraussetzungen (Fn. 1), S. 217 ff.

397 NICCOLÒ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit unter Druck, *NZZ* vom 23. März 2006, S. 15; wieder abgedruckt in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/2. Er stützt sich vor allem auf BGE 129 I 217 und 232 (Einbürgerungsentscheide) und BGE 130 IV 111 (Rassendiskriminierung). Dazu schon früher und mit interessanten Überlegungen zu den Wahlmodalitäten europäischer Richter, MARTIN SCHUBARTH, Der europäische Richter – ein unabhängiger Richter? – Mit Hinweisen zum schweizerischen Recht, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozess und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, S. 93 ff.

Dem könne nur durch die einmalige Ernennung der Gerichtsmitglieder auf eine maximale Amts dauer entgegengewirkt werden. In der Folge sind Diskussionen über die Einführung eines Richterates geführt worden.³⁹⁸

Offensichtlich bestehen Zweifel daran, ob das bestehende Wahlsystem die gewünschte Vielfalt an den Gerichten, und insbesondere am Bundesgericht noch gewährleiste. REGINA KIENER bemerkt dazu: «Meinungpluralismus ergibt sich auch aus Faktoren wie dem Geschlecht (nur am Rande: Frauen sind in der Justiz klar unvertreten), dem Lebensalter, der bisherigen Berufstätigkeit oder der sprachlichen und regionalen Herkunft.»³⁹⁹ Der Zwang zur Partei-

Vgl. auch RASELLI, Unabhängigkeit (Fn. 385); MARIANNE HEER, Vorwort, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 5; ULRICH ZIMMERLI, Wenn die Politik Druck macht – Richtertätigkeit unter Beeinflussungsversuchen, *Justice – Justiz – Giustizia*, 4/2009. Er verweist noch auf weitere Urteile die politische Reaktionen ausgelöst haben (BGE 119 Ia 178, 123 I 296 und 135 I 79, BGE 131 I 166, BGE 133 I 206). SPÜHLER, Zukunft (Fn. 317), S. 441 ff., fordert eine feste und einmalige Amtszeit von 15 Jahren ohne Wiederwahl. BERNARD CORBOZ, L’indépendance des juges et le système de la réélection périodique, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2011/4; KAUFMANN, Gerichtsalltag (Fn. 244); EMANUELA EPINEY-COLOMBO, STEPHAN GASS, REGINA KIENER, HANS-JAKOB MOSIMANN, THOMAS STADELMANN und PIERRE ZAPPELLI, La réélection d’un juge n’est pas toujours assurée, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1; THOMAS STADELMANN, Überlegungen zur Wahl und Wiederwahl von Richterinnen und Richtern, *Justice – Justiz – Giustizia* 2014/3; STEPHAN GASS, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden? Wahl und Wiederwahl unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit, *AJP* 2007 S. 593 ff.

- 398 REGINA KIENER, Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig?, *plädoyer* 2001/5, S. 36 ff. Sie fordert eine gesetzliche Regelung des Wiederwahlverfahrens und eine sorfgärtige Vorbereitung «im kleinen, demokratisch legitimierten und in der Sache kompetenten Gremium.»; WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237); TIZIANO BALMELLI, Quelques remarques sur l’exigence de réformer les procédures de désignation des juges, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2006/3, bei ihm findet sich auch schon der Vorschlag der Auswahl im *Losverfahren*; DICK MARTY, Tentatives de déstabilisation portées à l’image de la justice: que faire?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/4; DERS., Qui a peur du Conseil de la magistrature?, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2009/2 (das Heft ist schwerpunktmaßig dem Thema der Justizräte gewidmet); MARTIN KAYSER, Richterwahlen: Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 41 ff.; PASCAL MAHON UND ROXANE SCHALLER, Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1, verweisen vor allem auf internationale Standards; DIES., L’élection des juges entre tradition démocratique et exigences de l’Etat de droit, *Parlament, Parlament, Parlamento* 2013/2, S. 3 ff.; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung und Gewährleistung der Unabhängigkeit der Gerichte, *Justice – Justiz – Giustizia* 2014/4. Schärfste Kritik am bestehenden Wahlsystem hat MARCO BORGHI, *Incostituzionalità dell’ingerenza dei partiti*, in: Sergio Bianchi et al., *L’indipendenza del giudice nell’ambito della procedura di elezione, in particolare nel Cantone Ticino*, Basel 2004, S. 61 ff., geäussert. Vgl. auch MARCO BORGHI, La mainmise des partis politiques suisses sur l’élection des juges, *Justice – Justiz – Giustizia* 2016/1.
- 399 REGINA KIENER, Parteibindung unter Druck, *Justice – Justiz – Giustizia* 2012/4. Der GRECO-Bericht und die im letzten Jahr lancierte Justizinitiative haben zu einer weiteren Intensivierung der Diskussionen geführt: vgl. NICCOLÒ RASELLI, Bemerkungen zum Evaluationsbericht GRECO 2016/17, *Justice – Justiz – Giustizia* 2017/2; THOMAS STADELMANN, Vierter Evaluationsbericht Schweiz der GRECO – wie weiter?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/1; JURIA, SVR begrüßt GRECO-Bericht, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/1; MEYER, Grundvoraussetzungen (Fn. 1), S. 217 ff. Zur Justizinitiative vgl. <https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht>

zugehörigkeit verhindere überdies, dass fähige parteilose Richterinnen gewählt würden.

Diese Debatte vermittelt den Eindruck, dass die von richterlicher Seite artikulierte Kritik gegenüber der Politik zum Teil mit Veränderungen der politischen Situation (stärkere Polarisierung der Parteienlandschaft, Denkzettel wegen bestimmten Urteilen und zum Teil damit zusammenhängende Volksinitiativen), zu tun hat, mehrheitlich aber mit dem Wandel innerhalb der Justiz. Die sich zunehmend formierende und professionalisierende Richterschaft (oder besser: ein Teil davon), die sich zusätzlich an internationale Standards und Entwicklungen orientiert, möchte sich, auch angesichts ihrer *normsetzenden* Rolle, von der Politik emanzipieren und die Unberechenbarkeit der politischen Wahl durch verstärkte Formalisierung der Zugangs- und Aufstiegs-kriterien ersetzen. Dass die politische Wahl keine Gewähr für eine *optimale* Auswahl bietet, wusste man schon lange. Nun aber will man sich mit dem von EICHENBERGER erwähnten *Gottesvertrauen* nicht mehr zufrieden geben.

VI. Zwischenergebnis

Das Richterbild in der Schweiz ist geprägt von einer starken Anbindung an die Tradition, zugleich sind aber in den letzten Jahrzehnten Modifikationen zu verzeichnen. Dabei wird das Richterbild mit zusätzlichen Eigenschaften befrach-tet. Gestärkt und aufgefächert wurde vor allem der Bereich der *Sozialkom-petenz*, so dass die moderne *souveräne* Richterin nun auch als Managerin, Kommunikatorin und Mediatorin fungieren muss und sich des Laienelements in der Justiz entledigen kann bzw. diesen inkorporiert hat. Damit einher geht eine zunehmende Unduldsamkeit gegenüber der traditionellen politischen Ein-wirkung auf die Justiz, vor allem bei Wahlen und Wiederwahlen.

Die sich formierende schweizerische Richterschaft, die mittlerweile über Publikationsorgane, Aus- und Weiterbildungsstrukturen und einer internatio-nal eingebetteten Dachvereinigung verfügt, reklamiert für sich (unterstützt durch Teile der Verfassungslehre) grössere Autonomie gegenüber der Politik. Dabei darf nicht vergessen werden, dass innerhalb der Richterschaft auch an-dere Positionen bestehen und dass deshalb der Diskurs auch einen, wenn auch meistens unterschwelligen, konfrontativen Charakter angenommen hat. Die Trennungslinien lassen sich (*gute eidgenössisch*) keinem eindeutigen Schema zuordnen: Auf beiden Seiten sind jüngere und ältere, parteipolitisch links und

soll-neu-durch-losentscheid-besetzt-werden-1d.1385876»; <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/por/e/vi/vis486t.html>>; ANDREAS GLASER, Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?, AJP 2018, S. 1251 ff.; NICCOLÒ RASELLI und MARK LIVSCHITZ, «Der Kreis der Richterkandidaten ist zu klein», plädoyer 2018/6, S. 6 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Losverfahren – Möglichkeiten und Grenzen des ausgleichenden Zufalls, ZBl 12/2018, S. 617 ff.

rechts verortete, aus sprachlich unterschiedlichen Regionen stammende, oberen und unteren Instanzen zugehörige Richterinnen und Richter am Diskurs beteiligt.

Die richterliche Selbstreflexion wird durch verschiedene Umweltfaktoren irritiert. Neben den bereits erwähnten politischen Faktoren und den gesetzgeberischen Innovationen, allen voran die Justizreformen und die neuen eidgenössischen Prozessordnungen, stellen insbesondere die Veränderungen der Medienwelt, die zunehmende Bedeutung der verschiedenen Formen der ADR und die Digitalisierung die Richterschaft vor neuen Herausforderungen. Diese Irritationen werden diskursiv eingesetzt, um bestimmte Positionen zu stärken und Feldbereinigungen vorzunehmen. Nur vereinzelt wird ihr explosiver Charakter wahrgenommen.

E. Stimmen und Geräusche aus der *Blackbox* – Richter(aus)wahl und Richterbild

Wir haben uns bisher auf der virtuellen, wenn auch wirkungsmächtigen Ebene der Idealvorstellungen bewegt. Nun stellt sich die Frage, was denn *tatsächlich* geschieht, wenn in der Schweiz Richterinnen politisch bestimmt werden. Kommt der Tugendkatalog zum Zug? Welches Richterbild wird umgesetzt? Wie wird durch das jeweilige *Kreationsorgan* die Distinktion zwischen den unterschiedlichen Vorstellungen von *politisch* gehandhabt? Und werden dabei die Prämissen für die richterliche Unabhängigkeit gewahrt?

I. Bisherige empirische Studien

Einen frühen empirischen Bericht lieferte 1919 HANS REICHEL, der, gestützt vor allem auf briefliche Zeugnisse schweizerischer Juristen und Politiker, die Wahlprozeduren untersuchte.⁴⁰⁰ Schon damals wurde die Wiederwahl kritisiert und als Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit betrachtet, was zur Forderung längerer Amtszeiten führte.⁴⁰¹ Reichel selber, der zur Freirechtsbewegung gezählt wird, sprach sich gegen eine Volkswahl aus, denn sie ermögliche keine kompetente Beurteilung der Richterqualitäten und sei den parteipolitischen Interessen ausgeliefert.⁴⁰²

400 HANS REICHEL, Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland, Tübingen 1919. Reichel war zu diesem Zeitpunkt Professor für römisches Recht an der Universität Zürich; vgl. WOLFGANG FORSTER, «Reichel, Hans» in: Neue Deutsche Biographie 21 (2003), S. 299 [Online-Version]; URL: https://www.deutsche-biographie.de/pnd111639806_X.html#ndbcontent.

401 REICHEL (Fn. 400), S. 11, S. 39 ff.

402 REICHEL (Fn. 400), S. 20.

Als Pionier auf diesem Feld kann FRED L. MORRISON gelten, der 1967 eine Feldstudie zum Bundesgericht in Lausanne vorlegte.⁴⁰³ In dieser kaum beachteten Studie, die u.a. auf Interviews, Fragebogen und persönlichen Beobachtungen vor Ort beruhte, analysierte MORRISON auch die Mechanismen der Richterauswahl. Er bezeichnete die Mehrheit der damaligen Bundesrichter als «professional judges».⁴⁰⁴ Darunter verstand er Bundesrichter, die ihre Karriere ausschliesslich innerhalb der Justiz absolviert hatten. Nach seinen Kriterien waren nur noch fünf Bundesrichter «heavily involved in political activity.»⁴⁰⁵ Bei den Wahlen durch die Bundesversammlung stellte Morrison eine Abnahme von Kampfwahlen fest. Den Parteiproportz sah MORRISON als stillschweigende Anerkennung der unvermeidlichen subjektiven Aspekte der richterlichen Tätigkeit an.⁴⁰⁶

MORRISON beschrieb die damaligen Usanzen bei der Vorbereitung der Richterwahlen auf der Grundlage der mündlichen Aussagen der Fraktionspräsidenten Gnägi, Furgler, Schaller und Eggenberger: Der von einer Fraktion vorgeschlagene Name zirkulierte bei den anderen Fraktionen, wobei Einwände gegenüber der Kompetenz der vorgeschlagenen Person zum Rückzug des Vorschlags führen würden, während bei Diskussionen über den Sitzanspruch es zu Kampfwahlen kommen könnte.⁴⁰⁷ MORRISON betont aber auch «the primacy of language over partisan interests».⁴⁰⁸

Zu den Richterwahlen sind danach weitere Arbeiten erschienen, die, im Sinne der Rechtstatsachenforschung, vor allem mittels Fragebogen und Interviews die Wahlpraxis, insbesondere im Kanton Zürich, untersucht haben.⁴⁰⁹ Die Autoren kritisierten mehrheitlich die parteipolitisch dominierten Richterwahlen, die un seriöse Selektion, die Mandatssteuer und schlugen die Schaffung von kompetenten Wahlorganen vor. 2002 ist dann die Dissertation von LIVSCHITZ erschienen, die sich wiederum mit der Zürcher Wahlpraxis beschäftigt hat.⁴¹⁰ Im Ergebnis

403 FRED LAMONT MORRISON, *Judicial Process in Switzerland: A Study of the Swiss Federal Court*, Diss. Princeton 1967; eine zusammenfassende Darstellung in: FRED. L. MORRISON, *The Swiss Federal Court: Judicial Decision Making and Recruitment*, in: Jeol B. Grossman und Joseph Tanenhaus (Hrsg.), *Frontiers in Judicial Research*, New York et al. 1969, S. 133 ff.

404 MORRISON, Process (Fn. 403), S. 67.

405 MORRISON, Process (Fn. 403), S. 101.

406 MORRISON, Process (Fn. 403), S. 93: «A few would deny that a person retains some of his non-legal prejudices and predilections when he ascends the bench. [...] The Swiss tacitly recognize this fact in insuring representation of different political perspectives on the Court through the institution of proportional election of judges.»

407 MORRISON, Process (Fn. 403), S. 77.

408 MORRISON, Process (Fn. 403), S. 82.

409 BOSSHART (Fn. 164); PETER FREI, *Rechtsstellung und Sozialstruktur der schweizerischen Richterschaft*, Diss. Konstanz 1974; MATTER (Fn. 170). Zeitgleich erschien eine politikwissenschaftliche Studie zum Vergleich zwischen schweizerischen und österreichischen Richtern: MANFRED W. WENNER, LETTIE M. WENNER und V. EUGENE FLANGO, *Austrian and Swiss Judges: A Comparative Study*, in: *Comparative Politics*, vol. 10, No. 4 (Jul. 1978), S. 499 ff.

410 MARK V. LIVSCHITZ, *Die Richterwahl im Kanton Zürich. Ihre Faktizität am Obergericht und an den Bezirksgerichten als verfassungsrechtliches Problem*, Diss. Zürich 2002.

stellt er fest, dass *de facto* keine allgemeine Zugänglichkeit zum Richteramt bestehe, Parteizugehörigkeit zentrale Voraussetzung für das Richteramt sei und Wahlkonkurrenz durch kartellartige Absprachen zwischen den Zürcher Parteien verhindert werde.⁴¹¹ Bezogen auf die ausschlaggebenden Selektionskriterien kommt LIVSCHITZ zum Schluss, dass «die Richterkandidaten auf tendentiell vager und nicht ausreichend aussagekräftiger fachlicher Grundlage beurteilt»⁴¹² würden. Aus diesem und weiteren Gründen diagnostiziert er die

«Verfassungswidrigkeit der Art und Weise, wie die politischen Parteien ihre Macht – man kann es nicht anders sagen – missbrauchen, um Andersdenkende vom Zugang zum Richteramt auszuschliessen, die ideologische Stossrichtung der Rechtsprechung auf den Grundkonsens des staatstragenden Parteienkartells zu fixieren und sich eine jederzeitige Einflussmöglichkeit auf die Justiz zu sichern.»⁴¹³

Weitere Untersuchungen haben sich aus psychologischer und entscheidungstheoretischer Sicht mit der Richterschaft beschäftigt⁴¹⁴ und zuletzt ist die empirische Studie von GEORG GRÜNSTÄUDL erschienen, die auf der Grundlage von Fragebogen und Interviews eine in den 1990er Jahren einsetzende «Wendung zur Professionalisierung» diagnostiziert.⁴¹⁵ Diese zeige sich laut GRÜNSTÄUDL u.a. im Aufkommen strukturierter, kantonsübergreifender Weiterbildungsangebote, in der Formalisierung der Richterauswahl durch eigens geschaffene (parlamentarische) Gremien und der Definition von Anforderungsprofilen.⁴¹⁶

Wenig ergiebig sind die spärlichen und erst in den letzten Jahren einsetzenden politikwissenschaftlichen Arbeiten zur Justiz, welche übrigens die erwähnten rechtssociologischen Forschungen nicht zur Kenntnis nehmen.⁴¹⁷ Geradezu

411 LIVSCHITZ (Fn. 410), insbes. S. 122 f. und S. 134.

412 LIVSCHITZ (Fn. 410), S. 169.

413 LIVSCHITZ (Fn. 410), S. 288 (Hervorhebung im Original).

414 Insbes. REVITAL LUDEWIG, Moraldilemma von Richtern – Berufsschwierigkeiten und Bewältigungsversuche aus psychologischer Sicht, in: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie, 1/2004, S. 9 ff.; DIES., Von der Normalität der richterlichen Arbeitsbelastung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/2; DIES., Der Umgang mit dem richterlichen Ich-Ideal: Der Mensch hinter dem Richter, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern 2008, S. 25 ff.; MARK SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen vor Gericht. Eine empirische Studie, Diss. Zürich 2005; DERS., Intuition, Statistik und Beweiswürdigung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/4; DERS., Bestätigungsfehler – oder wir hören nur, was wir hören wollen, *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/3; DERS., Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste, *Justice – Justiz – Giustizia* 2008/1; DERS., Urteilen zwischen Intuition und Reflexion, *Justice – Justiz – Giustizia* 2009/4; DERS., Beweiswürdigung und Beweismass – Rationalität und Intuition, *Habil. St. Gallen*, Tübingen 2015; BRUNO STEINER/CORNELIA APOLLONI MEIER, Natürlich sind Richter überfordert, *plädoyer* 1/2007, S. 8 ff.; TOBIAS KALENSCHER, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/3; MÜLLER (Fn. 28), S. 537 ff., hat auf Grund neurowissenschaftlicher und psychologischer Erkenntnisse ein professionelles Assessment für die Richterselektion vorgeschlagen.

415 GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), Zitat S. 246.

416 GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 246 ff.

417 GERHARD SCHMID, Justiz, in: Ulrich Klöti et al. (Hrsg.), *Handbuch Politisches System der Schweiz*, Bd. 2, Bern/Stuttgart 1984, S. 117 ff.; WALTER KÄLIN und CHRISTINE ROTHMAYR, *Jus-*

irreführend ist der Aufsatz von ADRIAN VATTER und MAYA ACKERMANN zu den Bundesrichterwahlen.⁴¹⁸ Die Rekonstruktion der Sitzanteile der politischen Parteien am Bundesgericht für die Periode 1848–2013 stützt sich hauptsächlich auf Daten der Homepage des Bundesgerichts, ergänzt durch die Angaben auf der Homepage des ehemaligen NZZ-Bundesgerichtskorrespondenten Markus Felber.⁴¹⁹ Zunächst ist die Rückprojektion der heutigen Parteienlandschaft auf die 2. Hälfte des 19. Jh. problematisch, zumal es 1848 noch keine Bundesparteien im modernen Sinn gab. GRUNER und FREI nehmen deshalb eine Dreiteilung der politischen Kräfte in Linke (Freisinnige, Radikale), Mitte (Liberale) und Rechte (Konservative) vor.⁴²⁰ Sodann sprechen VATTER/ACKERMANN von einem «hohen Anteil parteiloser Richter»⁴²¹ bis in die Mitte des 20. Jh. Wenn man sich die Reihe hochkarätiger Politiker vor Augen führt, die in den ersten Jahrzehnten ins Bundesgericht abgeordnet wurden, wie etwa Johann Jakob Blumer, Johann Konrad Kern, Kasimir Pfyffer, Paul Migy oder die späteren Bundesräte Jakob Stämpfli und Jakob Dubs, kann man schwerlich von parteilosen reden.⁴²² Am Bundesgericht wurden durchgehend nur von den politischen Kräften, später von den Fraktionen portierte Kandidaten gewählt. Paul Logoz, der als letzter parteiloser herhalten muss, wurde von der Liberalen Fraktion vorgeschlagen und war 1926–1931 fraktionsloser Nationalrat, aber Mitglied der rechtsbürgerlichen *Union de défense économique*.⁴²³ Schliesslich behaupten VATTER/ACKERMANN, dass «die stärkste Nicht-Regierungspartei, der

tiz, in: Ulrich Klöti et al. (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, 4. Aufl., Zürich 2006, S. 177 ff.; CHRISTINE ROTHMAYR ALLISON und FRÉDÉRIC VARONE, Justiz, in: Peter Knoepfel et al. (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 219 ff.; ADRIAN VATTER, *Das politische System der Schweiz*, 3. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 495 ff.

418 ADRIAN VATTER/MAYA ACKERMANN, Richterwahlen in der Schweiz. Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, ZSR 133/2014 I, S. 517 ff.; immer noch VATTER (Fn. 417), S. 506 ff.

419 VATTER/ACKERMANN (Fn. 418), Tabellen auf S. 526 und 529. Vatter (Fn. 417), S. 508 erwähnt noch zusätzlich nicht näher definierte «eigene Ergänzungen».

420 ERICH GRUNER/KARL FREI, *Die schweizerische Bundesversammlung 1848–1920*. Band II. Soziologie und Statistik, Bern 1966, S. 13 ff. Vgl. auch VATTER (Fn. 417), S. 104.

421 VATTER/ACKERMANN (Fn. 418), S. 526.

422 Vgl. allein schon die Personeneinträge im *HISTORISCHEN LEXIKON DER SCHWEIZ*. Auf der Homepage des Bundesgerichts fehlen tatsächlich bei mehreren Richtern aus der frühen Zeit die Parteiangaben (<<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-status/federal-richter-altebundesrichter/federal-richter-altebundesrichter-liste.htm>>). So wird z.B. Karl Zgraggen als parteilos angeführt, obwohl er 1895–1896 Präsident der damaligen SP gewesen und von der sozialdemokratischen Fraktion bereits 1912 für das Bundesgericht portiert worden war (vgl. LUMINATI, ZGB [Fn. 6]). Er gehörte dem äussersten linken Flügel der SP an und war auch juristischer Berater von Lenin während dessen Exil in der Schweiz gewesen. Bei der von Markus Felber publizierten Liste der Amtsfolgen steht lediglich, dass die Parteizugehörigkeit seit ca. 1920 überliefert sei und deshalb hat Felber die älteren Bundesrichter nicht zugeteilt (<<http://fel.ch/hist-amtsfolgen.htm>>).

423 YOUSSEF CASSIS, *L'Union de défense économique. La bourgeoisie genevoise face à la crise. 1923–1932*, Genève 1976, S. 136 f. 1928 wurde Logoz sogar als Bundesratskandidat aufgestellt und unterlag gegen Marcel Pilet-Golaz (vgl. AB 1928 V 92).

LdU, keinen Richter stellen darf».⁴²⁴ Am 11. Juni 1980 wurde aber Hans Ulrich Willi, zum Richter am Eidg. Versicherungsgericht (EVG) als erster und einziger LdU-Bundesrichter ernannt, nachdem beschlossen worden war, die Zahl der Versicherungsrichter von 7 auf 9 zu erhöhen.⁴²⁵

II. Die Bundesrichterwahlen

1. *Wahlvorbereitung: von den informellen Absprachen bis zur Gerichtskommission*

Gegenüber den von MORRISON geschilderten gänzlich informellen Praktiken, wurde seit Mitte der 1970er Jahre immer wieder versucht, die Vorbereitung der Bundesrichterwahlen zu regeln. So verlangte die Motion von Nationalrat Felix Auer (FDP, und weitere 101 unterzeichnende Nationalräte) vom 19. Juni 1975 die Schaffung einer Kommission, an der möglichst alle Fraktionen hätten beteiligt sein sollen, um die Wahlen besser vorzubereiten.⁴²⁶ In der Begründung schilderte der Motionär den Ablauf der Bundesrichterwahlen folgendermassen:

«Jeweils an der Fraktionssitzung am Dienstag nachmittag – ausnahmsweise eine Woche früher – wurde zwischendurch und in der Eile der Sachgeschäfte mitgeteilt, die am anderen Morgen zusammentretende Vereinigte Bundesversammlung habe eine Richterwahl vorzunehmen, die Fraktion X unterbreite die Kandidatur Y, die auf einen gemeinsamen Vorschlag der ‹Bundesgerichts-Parteien› übernommen werden solle. Man erfährt einige wenige Daten über den Vorgeschlagenen. Wenn's gut geht, ist er wenigstens einem der Fraktionsangehörigen persönlich bekannt und wird von diesem empfohlen. Und nur summarisch und wenig aufschlussreich sind auch die vervielfältigten Curricula vitae, die anderentags auf die Pulte gelegt werden.»⁴²⁷

Die Motion blieb erfolglos und wurde in ein Postulat umgewandelt.

Seit Mitte der 1980er Jahren wird dann ein «Interfraktionelles Kontaktgremium für die Vorbereitung der Bundesrichterwahlen» erwähnt.⁴²⁸ 1987 sind «Richtlinien für die Wahl der Mitglieder der Eidgenössischen Gerichte» dokumentiert.

424 VATTER/ACKERMANN (Fn. 418), S. 531.

425 AB 1980 V 848. So auch korrekt aufgeführt bei <http://fel.ch/hist-amtsfolgen.htm> und auf der Homepage des Bundesgerichts. Vermutlich haben VATTER/ACKERMANN die früher separat geführten Listen der EVG-Richter übersehen. Zur Abwahl von Willi vgl. hinten E. II.2.

426 AB 1976 V 829. Vgl. dazu auch KATRIN MARTI, Kommentar zu Art. 40a ParlG, in: Martin Graf, Cornelia Theler und Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar, Basel 2014, N 1. Die Hintergründe der Motion sind nicht bekannt. BIGLER-EGGENBERGER, Die erste Richterin (Fn. 304), S. 6f., schreibt, dass die Bestrebungen nach ihrer Wahl in Gang kamen.

427 AB 1976 V 829.

428 AB 1984 V 1979. Bei der Wahl von Bundesrichter Bourgknecht wird von einer «Interfraktionellen Kommission» gesprochen (AB 1985 V 1877). MARTI, Kommentar (Fn. 426), gibt an, dass die interfraktionelle Arbeitsgruppe seit 1983 tätig war.

tiert.⁴²⁹ Darin wird betont, dass die Arbeitsgruppe geschaffen wurde «in der Sorge darum, dass für die Wahl oder Wiederwahl [...] Kandidaten zur Verfügung stehen, die den hohen fachlichen und charakterlichen Anforderungen des Amtes gewachsen sind.»

1994–1995 reichte Markus Ruf (Mitglied der rechtspopulistischen Schweizer Demokraten) eine parlamentarische Initiative und eine Petition ein zur Schaffung einer ständigen Kommission, in der sämtliche Fraktionen vertreten sein sollten.⁴³⁰ Dies wurde abgelehnt und der Einzug der kleineren Fraktionen in die bestehende interfraktionelle Arbeitsgruppe scheiterte am Veto von SVP, CVP und SP.⁴³¹ Ruf zog die Initiative zurück.

Die Diskussion wurde dann in Zusammenhang mit der Justizreform 2000 und der Schaffung der neuen erstinstanzlichen Bundesgerichten wieder aufgenommen.⁴³² Kurz geschildert, schlug der Bundesrat zunächst vor, die Wahl der neuen erstinstanzlichen Bundesrichterinnen selber vorzunehmen.⁴³³ Die Rechtskommission des Ständerates sprach sich dagegen aus und schlug die Schaffung einer Justizkommission vor. Bundesrätin Ruth Metzler stimmte diesem Vorschlag zu und bemerkte: «Wichtig ist dem Bundesrat aber, dass ein Wahlverfahren festgelegt wird, welches Gewähr bietet, dass wirklich die fähigsten und tüchtigsten Leute in die eidgenössischen Gerichte gewählt werden.»⁴³⁴ In der Ständeratsdebatte wurde die neue Kommission als «ein Hilfsorgan der Bundesversammlung»⁴³⁵ deklariert.

Ständerat Carlo Schmid (CVP/AI) lehnte die Schaffung dieser Kommission ab und legte sein (Bundes)Richterbild dar:

«Dieses Fachgremium von ausgezeichneten Juristen ist als ein unpolitisches Organ konzipiert. Dieses Organ wird Richter in der gleichen Art und Weise vorschlagen, wie man Universitätsprofessoren vorschlägt, nach rein fachlichen Gesichtspunkten. Ich sage Ihnen mit Bezug auf die oberste Instanz unseres Landes, das Bundesgericht: Das wäre ein Fehler. Höchste Richter sind keine unpolitischen Subsumtionsautomaten, sondern politisch in höchstem Masse mitgestaltende Akteure. Wenn Sie eine bestimmte Zusammensetzung dieser Justizkommission haben, dann werden Sie immer

429 Wir danken Frau lic. phil. Katrin Marti, Parlamentsdienste, für die Überlassung dieses Dokuments. Vgl. auch: KATRIN MARTI, Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Justice – Justiz – Giustizia 2010/1; MARTI, Kommentar (Fn. 426).

430 AB 1995 BV 2332. Für die Petition vgl. AB 1995 NR 2251 (Interpellation 95.3335).

431 AB 1995 BV 2332 f.

432 KATRIN MARTI, Entstehung und Entwicklung des Verfahrens der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Parlament, Parlement, Parlamento, März 2005, S. 16 ff.; DIES., Gerichtskommission (Fn. 429); DIES., La commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, Justice – Justiz – Giustizia 2014/1. Sie weist auch darauf hin, dass eine Entpolitisierung nie das Ziel der Einführung der GK gewesen sei.

433 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4202, S. 4258. Dazu THOMAS STAELMANN, Richterwahlen – eine anspruchsvolle Aufgabe?, Jusletter 7. Januar 2002.

434 AB 2001 S 907.

435 AB 2001 S 907; Ständerat Hermann Bürgi (SVP/TG).

die gleichen Leute mit der gleichen Denkart, mit einer – ich sage es aus meiner Sicht – streng justiziellen Denkart erhalten, bei denen die Gerichtsbarkeit stets vor der Demokratie steht, die dem Verfassungsdenken mehr und entscheidenderes Gewicht beimesse werden als dem demokratischen Denken.»⁴³⁶

Ständerat Dick Marty (FDP/TI) verteidigte hingegen das neue Organ, weil dadurch eine bessere Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit erreicht würde.⁴³⁷ Der Ständerat folgte Carlo Schmid und wies die Frage der Richterwahl an die Kommission zurück. Die Idee einer Kommission von Experten wurde dann aufgegeben und die heutige Gerichtskommission (GK) geschaffen. Im Rahmen der Debatten sind noch die Äusserungen von Ständerat Rolf Schweiger (FDP/ZG) von Interesse:

«Justiz ist Bindung des Richters an das, was ihm vorgegeben ist. Bindung lässt nun nicht zu, dass ein subjektives politisches Empfinden Richtschnur für juristische Entscheidungen sein kann und sein darf, es sei denn, der vom Gesetzgeber dem Richter eingeräumte Ermessensspielraum lasse dies ausdrücklich zu. Deshalb setzt Bindung voraus, dass Ausmass, Inhalt und Bedeutung dessen, was die Bindung ausmacht, auch tatsächlich erkannt und ermessen werden können. Dies wiederum bedingt einerseits erhebliche fachliche Kenntnisse und andererseits die Gabe, eigenes, subjektives Wollen und Empfinden gegenüber dem gesetzlich Vorgegebenen zurückstellen zu können. So beurteilt ist die fachliche und persönliche Eignung eines Richters sehr viel bedeutsamer als dessen persönliche politische Positionierung.»⁴³⁸

Es handelt sich hier freilich um Aussagen einzelner, immerhin schwergewichtiger und juristisch geschulter politischer Akteure. Sie signalisieren auf jeden Fall nach aussen, und somit auch an die Richterinnen, eine bestimmtes Richterideal, das sich mit vielen der bisher im richterlichen Diskurs geäußerten Vorstellungen deckt. Damit ist aber noch nichts über die konkreten Richterwahlen ausgesagt.

2. *Wahldiskussionen*

Trotz Schaffung von Arbeitsgruppen und Kommissionen bleiben die einzelnen Wahlen weitgehend intransparent. Ausmarkungen und Gespräche finden in den *Vorzimmern* statt, durch Telefongespräche und informelle Treffen, die empirisch kaum greifbar sind.⁴³⁹ (Partei)Politische Hintergründe werden verschleiert, häufig findet gar keine Diskussion über den Wahlvorgang statt. Manchmal aber, insbes. bei sog. Kampfwahlen, dringen Geräusche nach aussen.

436 AB 2001 S 911. VATTER (Fn. 417), S. 495, zitiert diese Passage als Beleg für die besondere Rolle des Bundesgerichts im Gefüge der Staatsgewalten.

437 AB 2001 S 915.

438 AB 2002 S 198. Vgl. auch BRUNO FRICK, Erste und dritte Gewalt im Clinch, *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/3.

439 Vgl. MATTER 1978 (Fn. 170), S. 164 ff. und insbes. Fn. 65, wo Bundesrichter Otto Konstantin Kaufmann zitiert wird, der in einem Vortrag sagte: «Ein Telefongespräch mit einem amtierenden Bundesrichter ist ein von den Parlamentariern häufig verwendetes Informationsmittel.»

So zum Beispiel als 1942 Robert Fazy, angeblich wegen seines Alters, nicht wiedergewählt wurde. Es kam dabei in der Bundesversammlung zu heftigen Diskussionen über das Wahlprozedere, das vom liberalen Nationalrat Albert Oeri als «opportunistisch» kritisiert wurde.⁴⁴⁰ Man wolle, so Oeri, verhindern, dass der Genfer Sitz verloren gehe und zugleich Fazy nicht wiedergähn und würde deshalb einen separaten Wahlgang durchführen. Das wurde dann auch gemacht und der bereits erwähnte Genfer Strafrechtsprofessor Paul Logoz kam ins Bundesgericht. Nationalratspräsident Emil Keller (FDP) bemühte sich, die Nichtwiederwahl von Fazy als «einzig und allein auf den Gedanken der Verjüngung»⁴⁴¹ beruhend darzustellen.

Als es dann 1953 um die Nachfolge von Logoz ging, kam es zu einer Diskussion über die Sitzverteilung unter den Parteien. Logoz war von der kleinen liberalen Fraktion vorgeschlagen worden und die SP meldete Sitzansprüche an und schlug René Perrin, Gerichtsschreiber am Bundesgericht in Lausanne, vor.⁴⁴² Gegen diese Kandidatur meldeten Genfer Kreise auch Ansprüche auf den Sitz an.⁴⁴³ Durch den Zusammenschluss der SP mit der CVP wurde Perrin im 2. Wahlgang gewählt.⁴⁴⁴

1986 wurde Karl Spühler, als SVP-Gegenkandidat zum offiziell nominierten SP-Kandidaten Jürg Neumann, schon im ersten Wahlgang gewählt.⁴⁴⁵ Der SP-Kandidat unterlag dann definitiv im 2. Wahlgang gegen Heinz Aemisegger (CVP). Darauf reagierte im Namen der sozialdemokratischen Fraktion Nationalrat Rolf Weber ziemlich ungehalten:

«Ich gebe meiner Verwunderung, meinem Erstaunen, meiner Bestürzung Ausdruck, dass der Proporz, der als Spielregel für die Vorbereitung und Durchführung dieser Wahlen ins Bundesgericht und ins Eidgenössische Versicherungsgericht gilt, missachtet worden ist. [...] Das ist um so erstaunlicher, als wir Ihnen einen höchst ausgewiesenen, qualifizierten Kandidaten präsentiert haben.»⁴⁴⁶

Darauf antwortete Nationalrat Hans Georg Lüchinger (FDP) mit einer längeren Ausführung über die Wahlmodalitäten, die es verdient abgedruckt zu werden:

440 AB 1942 V 178 ff., Zitat 181.

441 Ebd. 184. Es wird klar, dass abgesehen von einer «Genfer» Strategie, vor allem die Inkraftsetzung des StGB für die Wahl von Logoz eine Rolle gespielt hat. Vgl. auch die Richterwahlen in Zusammenhang mit der Inkraftsetzung des ZGB, LUMINATI, ZGB (Fn. 6). MORRISON, Process (Fn. 403), S. 91f, zitiert übrigens den damaligen (1965) Fraktionsvorsitzenden der FDP Alfred Schaller, wonach die Partei denjenigen Bundesrichtern, die nicht bereit seien, mit 70 zurückzutreten, gleich signalisiere, dass man sie nicht zur Wiederwahl vorschlagen werde und dass der Fraktionspräsident die Aufgabe habe «for pressing the judge into retirement.»

442 AB 1953 V 183 f. «Herr Perrin wird von den Bundesrichtern aller politischen Richtungen als ausgezeichneter Jurist und als sauberer, aufrechter Mensch sehr geschätzt. Herr Perrin ist als Gerichtsschreiber am Bundesgericht mit den Aufgaben des Bundesgerichtes und mit den Aufgaben des Bundesrichters bestens vertraut. Er steht mit seinen 43 Jahren im besten Mannesalter.»

443 AB 1953 V 184.

444 Zu diesen Hintergründen vgl. auch MORRISON, Process (Fn. 403), S. 78 f.

445 Vgl. dazu auch SPÜHLER, Gelebtes (Fn. 384), S. 63, der aber nicht über die Kampfwahl spricht.

446 AB 1986 V 2114.

«Es ist einfach bei den Richterwahlen so, dass die Qualität und das Persönlichkeitsbild der Kandidaten eben eine grössere Rolle spielt und spielen muss. Ich möchte zuhanden der Oeffentlichkeit erklären, wie wir das vorbereiten (teilweise Heiterkeit). Bevor die Kandidaten von den Fraktionen in das Auswahlverfahren kommen, befasst sich die interfraktionelle Gruppe ‹Richterwahlen› damit und gibt ihre Meinung dazu ab. In den grossen Fraktionen haben wir spezielle Ausschüsse, welche die Richterwahlen vorbereiten und mit den eigenen Kandidaten sprechen. Dann kommt das Auswahlverfahren im Plenum der Fraktion. Ich kann Ihnen sagen, Herr Widmer, dass Ihr Kandidat, der ja Ersatzrichter am Bundesgericht ist, dort eine gute Presse hat, wie auch Herr Aemisegger. Wenn Sie aber die Papiere mit dem Lebenslauf und den fachlichen Leistungen und Erfahrungen dieser beiden Kandidaten durchsehen – ich bin bereit, sie jedem Interessenten zu geben –, so wird jeder mit mir und mit der Mehrheit dieses Rats zum Schluss kommen, dass eben Herr Aemisegger besser ausgewiesen war. Es gibt unter den an und für sich qualifizierten Kandidaten immer noch einen besseren und einen weniger guten. Ich bin der Ueberzeugung, dass wir den besseren gewählt haben. Durch die Lebensläufe und die beruflichen Qualifikationen kommt dies eben zum Ausdruck (Unruhe).»⁴⁴⁷

Die protokollierte *Heiterkeit* ist nicht einfach zu deuten, scheint aber die Glaubwürdigkeit der Aussage von Lüchinger, er wolle erklären wie es *wirklich* funktioniere, in Frage zu stellen. Und die am Schluss des Votums erwähnte *Unruhe* verstärkt noch den Eindruck, Teile des Parlaments würden die Argumentation mit der besseren fachlichen Qualität nicht akzeptieren. Es ist zu vermuten, dass die vorhin erwähnte Neufassung der Richtlinien der interfraktionellen Gruppe auch durch diese Auseinandersetzung verursacht wurde.⁴⁴⁸

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass im Vordergrund der Auseinandersetzungen über Richterwahlen eher parteipolitische Überlegungen standen und stehen, sei es wegen Sitzansprüchen oder weil der Kandidat oder die Kandidatin politisch nicht genehm (in der Regel zu links) war.⁴⁴⁹ Auch bei Wiederwahlen gab es immer wieder sog. *Denkzettel*, z.B. 1948 bei Georg Leuch und 1960 bei Fernando Pedrini.⁴⁵⁰ Nicht wiedergewählt wurde 1995 der bereits erwähnte LdU-Bundesrichter Hans Ulrich Willi, angeblich wegen seines Alters, im Grunde aber weil der Anspruch des LdU auf einen Bundesrichtersitz (angesichts seiner schwindenden politischen Stärke) kaum noch berechtigt war.⁴⁵¹

447 AB 1986 V 2114.

448 Vgl. vorne E. II.1.

449 Vgl. den Fall von Susanne Leuzinger, AB 1987 V 572 f., aber auch die schon erwähnte Wahl von Margrit Bigler-Eggenberger.

450 MORRISON, Process (Fn. 403), S. 69. Bekannt ist auch der Fall der Bundesrichter Forni und Leu (vgl. AB 1984 V 1978 ff.) und natürlich die Abwahl von Martin Schubarth im Jahr 1990 (AB 1990 V 2520). Zur sog. Spuck-Affäre um Martin Schubarth vgl. AERSCHMANN 2014, S. 209 ff. und den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrats und des Ständerats vom 6. Oktober 2003, Untersuchung von besonderen Vorkommnissen am Bundesgericht, in: BBI 2004, Bd. 1, S. 5647 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Wer wacht über die Wächter des Rechtsstaates? Das Bundesgericht im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit, AJP 2003, S. 1017 ff. Zu einem weiteren Beispiel von sog. Denkzettel bei Wiederwahlen vgl. SPÜHLER, Gelebtes (Fn. 384), S. 70 f. (Kruzifix-Entscheid).

451 AB 1995 V 2767 ff., Sitzung vom 20. 12. 1995: Sowohl der Sprecher der FDP-Fraktion wie auch die Vertreterin des LdU, Verena Grendelmeier, betonten, dass es «nur» eine Frage des Alters sei.

3. Politische Anforderungsprofile und Richterbiographien

In einem letzten Schritt soll noch versucht werden, über das Gesprochene und Geschriebene hinaus, durch die Analyse der Biographien und der Kapitalkombinationen (das *Gepäck*) mit denen die Kandidatinnen vor das Kreationsorgan treten, dem EICHENBERGERSchen «Wunder befriedigender Selektion»⁴⁵² näher zu kommen. Es geht dabei nicht um Individualitäten sondern um Profile, nicht um Bio- sondern um Prosopographie. Man kann dabei annehmen, dass unter den verschiedenen Kapitalsorten vor allem soziales (Beziehungsnetze) und kulturelles Kapital (Wissen, Bildungstitel usw.) bedeutsam sein werden.⁴⁵³

In den hier vorgeführten Richterbilddiskursen lassen sich diese Eigentümlichkeiten ja nachweisen. Allerdings werden in den Selbstdarstellungen stets alle Elemente zusammengeführt: soziale und kulturelle Eigenschaften, Theorie und Praxis. An zwei zufällig ausgesuchten Texten sei dies nochmals exemplifiziert:

«Im Rahmen dieser öffentlichen Veranstaltungen führte Franz Nyffeler dem Beobachter immer wieder vor Augen, dass für das Amt des Richters nicht nur intellektuelle Fähigkeiten von Nutzen, sondern menschliche und soziale Kompetenzen ebenso wichtig sind.»⁴⁵⁴

«Alles was von ihm ausging, in Wort oder Schrift, war einfach, sauber und klar, wie es die Verbindung eines überlegenen Verstandes mit einem reinen und warmen Herzen mit sich bringt.»⁴⁵⁵

Der Moment der politischen Richterwahl ist aber nicht harmonisch, sondern von Gewichtungen geprägt, aber auch von Kontingenzen und Unwägbarkeiten. Will bedeuten, dass durch eine Prosopographie die *Blackbox* nicht vollständig ausgeleuchtet, aber immerhin punktuell erhellt werden kann. Untersucht man nun die Profile der Bundesrichterinnen und Bundesrichter seit 1848, so zeigt sich, dass bis in die Anfänge des 20. Jh. das Bundesgericht von Persönlichkeiten dominiert war, die man als *Politiker-Richter* bezeichnen könnte.⁴⁵⁶ Es handelt sich dabei um Bundesrichter, die selbstverständlich über eine juristische Ausbildung verfügten und auch juristisch tätig gewesen waren (z.T. auch in der Justiz), aber vor ihrer Wahl vorwiegend wichtige politische Ämter in Exe-

Zur Parteigeschichte vgl. OLIVIER MEUWLY, Landesring der Unabhängigen, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 14.06.2002. Online: <<https://beta.hls-dhs-dss.ch/Articles/017394/?language=de>>. Dort auch die Tabelle mit der Parteistärke, die den Höhepunkt 1967 mit 9,1 % erreichte und 1995 nur noch 1,8 % betrug.

452 EICHENBERGER, Sonderheiten (Fn. 49), S. 82.

453 Zur Unterscheidung von Theoretikern und Praktikern vgl. vorne Fn. 17 und Kap. D. II, wo u.a. gezeigt wurde, wie die Harmonisierung von Theorie und Praxis durch entsprechende Richterbilder erreicht wurde.

454 MARKUS FELBER, Zum Rücktritt von Bundesrichter Nyffeler, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/3.

455 V.M., Virgile Rossel, *Der Bund vom 2. Juni 1933*, Nr. 253.

456 Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 18 sowie die Untersuchungen in LUMINATI, ZGB (Fn. 6); LUMINATI, *Giudici legislatori* (Fn. 161); AERSCHMANN (Fn. 8), S. 41 ff.

kutive und/oder Legislative auf kantonaler und/oder auf Bundesebene bekleidet hatten. Im Laufe des 20. Jh. wurden sie allmählich vom Typus des *Juristen-Richters* abgelöst. Dazu gehören diejenigen Bundesrichterinnen, die vor ihrer Wahl ins Bundesgericht, wenn auch in einer politischen Partei eingeschrieben oder mit einer solchen sympathisierend, hauptsächlich eine juristische Karriere, sei es in der Advokatur, in der Wissenschaft oder im Gerichtswesen aufzuweisen haben. MORRISON stellte schon Mitte der 1960er Jahre fest, dass diese «professional judges»⁴⁵⁷ dominant waren und deutete dies als Zeichen zunehmender Professionalisierung. Wie wir zeigen konnten, ist diese Entwicklung noch im Gange. Man könnte nun sagen, dass, während auf der kantonalen Ebene die gelehrtene Richter ihre Hegemonialansprüche gegenüber den Laien durchzusetzen versuchten, auf der Ebene des Bundesgerichts die *Juristen-Richter* die *Politiker-Richter* verdrängt haben.

Anschaulich kann man das zum Beispiel an den ausnahmsweise deutlichen (und nicht sehr freundlichen) Nekrologen beim Tod von Agostino Soldati, der 1892, mitten in seiner politischen Laufbahn (Tessiner Regierungsrat, Ständerat, wohlbemerkt aber auch juristisch ausgewiesen als Dr. iur. und Rechtsanwalt) ins Bundesgericht gewählt worden war und rekordverdächtig bis 1936 dort blieb. Als Vollblutpolitiker bekundete Soldati immer wieder grosse Mühe, die gebotene richterliche Zurückhaltung zu zeigen:

«Man hatte oft das Gefühl, dass ihm der Richterberuf zu wenig Bewegungsfreiheit lasse [...]. aber auch in der richterlichen Tätigkeit war ihm der Kampf der Meinungen, der dialektische Klingenwechsel ein Bedürfnis, selbst wenn die gerade aufgeworfene Streitfrage zur Entscheidung des ihm unterbreiteten Einzelfalles nichts beitragen konnte. Nicht selten ging dabei die Kampflust mit ihm durch.»⁴⁵⁸

Die immer wieder auftauchende Kritik an seinem Wirken und damit am Habitus des *Politiker-Richters* belegt das sich wandelnde richterliche Selbstverständnis und die zunehmende Verlagerung des helvetischen Richterprofils von den politischen zu den bürokratisch-wissenschaftlichen Attributen. «Dass er nach der Natur seines allzustark egozentrisch veranlagten Charakters auch zum Richter berufen gewesen wäre, darf man bezweifeln».⁴⁵⁹ In seiner richterlichen Tätigkeit suche man

«vergebens nach einer grossen Linie, die unserer Rechtsgestaltung durch ihn ein besonderes Gepräge verliehen hätte, wie es etwa bei Männern wie Rott, Hafner, Jäger, Merz, um nur einige wenige zu nennen, der Fall war. Seine brillanten Geistesgaben führten ihn nur allzu leicht in die Versuchung, für den Aufbau eines juristischen Gebäudes mit prächtiger äusserer Fassade sich auf die Eingebung der Stunde zu verlassen.»⁴⁶⁰

457 MORRISON, Process (Fn. 403), S. 67.

458 Nekrolog, Vaterland vom 13. Oktober 1938.

459 E. G., Alt-Bundesrichter Dr. Agostino Soldati, Basler Nachrichten vom 10. Oktober 1938.

460 E. G., Soldati (Fn. 459).

Diese Art von Richterpersönlichkeit war am Bundesgericht offensichtlich nicht mehr gefragt. An seiner Stelle trat allmählich eine neue Richterpersönlichkeit; der «Renaissancefürst» wurde durch den *Richterkönig* Walter'scher Art, ein «Gigant mit Skalpell»,⁴⁶¹ ersetzt.

III. Zwischenergebnis

Erste, partielle Einsichten in die Funktionsweise der *Blackbox* der Richterwahlen, hauptsächlich auf Bundesebene, konnten über unterschiedliche methodische Zugänge gewonnen werden. Dokumentiert sind gewisse Bemühungen zur Formalisierung des Verfahrens, die häufig von den aus der Richterauswahl ausgeschlossenen politischen Kräften verlangt wurden und insgesamt weder eine Entpolitisierung anstrebten noch erreicht haben. Bei der Schaffung der GK spielten auch Rationalisierungsbestrebungen in Zusammenhang mit den neuen erstinstanzlichen Bundesgerichten eine wichtige Rolle. Im Vorfeld der Richterwahl bleiben dennoch weiterhin informelle Aspekte massgeblich.

Kommt es bei konkreten Wahl- und Wiederwahlvorgängen zur parlamentarischen Debatte, so sind es faktisch (partei)politische Überlegungen, die zur Auseinandersetzung führen. Im Grunde lässt sich hier keine Zunahme solcher Konfrontationen nachweisen. Kampfwahlen waren in der Frühphase des Bundesgerichts an der Tagesordnung und sind dann zurückgegangen. Sie hingen auch zusammen mit dem vorhin erwähnten Typus des *Politiker-Richters*. Gerade der prosopographisch belegte Übergang von diesem Richtertypus zum *Juristen-Richter* zeigt, dass zwischen Politik und Richter keine fundamentalen Differenzen in Bezug auf das Richterbild bestanden, denn ohne Mitwirkung des Kreationsorgans wäre diese Veränderung nicht möglich gewesen. Ausdifferenzierung der Justiz und Professionalisierung wurden von juristischer Seite gefordert und von politischer Seite gefördert.

Soweit ersichtlich berücksichtigt die Wahlprozedur (zumindest für das Bundesgericht) sowohl die (partei)politische als auch die fachliche Codierung. Bis her hat die Politik im Konfliktfall der eigenen Codierung den Vorrang gegeben, d.h. fachliche Kriterien wurden verbal hervorgehoben und faktisch übergangen. Bei Wiederwahlen hielt man sich hingegen, mit wenigen Ausnahmen, an die (guteidgenössische) ungeschriebene Regel der Bestätigung. Die in den letzten Jahrzehnten aus Richterkreisen und aus Teilen der Verfassungslehre stammende Kritik an den Richterwahlen und -wiederwahlen fordert im Grunde die höhere (wenn nicht ausschliessliche) Gewichtung der fachlichen Kriterien.

461 MARKUS FELBER, Der Gigant mit Skalpell (zum Rücktritt von Hans Peter Walter), NZZ vom 28. Februar 2004. Als «Renaissancefürst» wurde Soldati charakterisiert von P. P., In memoriam Carl Jaeger, NZZ vom 18. Juni 1947.

F. Schlussfolgerungen

Am Anfang dieser Abhandlung stand die Frage nach der Funktion von Diskursen über Richterbilder für die richterliche Unabhängigkeit und nach dem Verhältnis dieser Diskurse zur Richter(aus)wahl. Dabei haben wir die Hypothese aufgestellt, dass Selbst- und Fremdbeschreibungen des Richterideals eine normierende Funktion haben und somit konstitutiv für die inhaltliche Bestimmung der richterlichen Unabhängigkeit sind. Im Laufe der Untersuchung musste zunächst festgestellt werden, dass wir diesbezüglich nur über beschränkte empirische Grundlagen verfügen und dass auch eine eingehende Beschäftigung mit den verstreuten Aussagen zum Richterbild in der Schweiz fehlt. Wir haben versucht, diese Lücken im beschränkten Rahmen dieser Abhandlung zu füllen und können somit als erstes Ergebnis festhalten, dass zu diesen Themen dringender *Forschungsbedarf* (im Sinne juristischer Grundlagenforschung) besteht. Damit könnte auch der Tendenz zur Legendenbildung und zum argumentativen Rückgriff auf Alltagsweisheiten und auf die sog. Lebenspraxis entgegengewirkt werden.

Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass zwischen Selbst- und Fremdbeschreibungen des Richterideals eine deutliche *Konvergenz* besteht und gerade dem richterlichen Diskurs eine wichtige Funktion bei der Normierung des Richterbildes zukommt. Die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte hin zur (zumindest gewünschten) erhöhten *Autonomisierung* und *Professionalisierung* der Richterschaft haben den normierenden Charakter noch verstärkt. Zu diesen Entwicklungen gehören auch die hegemonialen Ansprüche der gelehrteten Richter gegenüber der Laienpräsenz in der Justiz.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen diskursiv erarbeitetem Richterbild und der Richter(aus)wahl. Soweit Einblicke in die *Blackbox* der Richterwahlen möglich sind, scheint es hier *keinen grundsätzlichen Konflikt* über das Richterbild zu geben, sondern vielmehr über das Verhältnis zwischen fachlichen und politischen Kriterien. Diese Konfliktlinie berührt die Beziehung zwischen Justiz und Politik, findet aber ihre Entsprechung innerhalb der Richterschaft.

In den letzten Jahren nehmen, parallel zu den Autonomisierungsbestrebungen, die *Kontroversen* innerhalb der Richterschaft zu. Die in der Einleitung abgedruckte Ansprache von Bundesgerichtspräsident ULRICH MEYER kann als pointierte Stellungnahme in diesem Konflikt gelesen werden: MEYER verteidigt ein, eher am traditionellen Tugendkanon orientiertes berufliches Selbstverständnis, stellt klar, dass bei den Richterwahlen grundsätzlich keine Probleme bestehen, äussert sich ablehnend gegenüber der Idee der individuellen aktiven Justizkommunikation und ruft die Richterin zur ständigen Selbstreflexion auf. Diese *Richtungskämpfe* sind nicht untypisch für eine sich formierende Berufsgruppe. Allerdings findet dieser Prozess zu einem Zeitpunkt statt, an dem Zeichen einer grundsätzlichen *Infragestellung der Richterfigur* (und der tradi-

tionellen staatlichen Justiz) am Horizont stehen. Es wird sich zeigen, ob gegenüber den Herausforderungen des 21. Jh. diese standfeste Behauptung genügen wird: «Le juge est un juge, est un juge, est un juge.»⁴⁶²

462 MEYER, Grundvoraussetzungen (Fn. 1), S. 220.

