

Περιμένοντας  
τους Βαρβάρους

LAW IN A TIME  
OF CONSTITUTIONAL CRISIS

STUDIES OFFERED  
TO MIROŚLAW WYRZYKOWSKI

EDITED BY

JAKUB URBANIK & ADAM BODNAR

Περιμένοντας τους Βαρβάρους. Law in a Time of Constitutional Crisis  
Studies Offered to Mirosław Wyrzykowski

*Redaktorzy książki:*  
Jakub Urbanik, Adam Bodnar

*Wydawca:* Joanna Szypulska

*Zdjęcie:* Marcin Kluczek

*Tłumaczenie wiersza na angielski:* Daniel Mendelsohn

© **Wydawnictwo C.H.Beck 2021**  
Wydawnictwo C.H.Beck Sp. z o.o.  
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa

Skład i łamanie: TimPrint, Warszawa  
Druk i oprawa: *Elpil, Siedlce*

ISBN 978-83-8235-755-4

## Table of Contents

<i>Constantine Cavafy</i> , Waiting for the Barbarians .....	XI
Preface .....	XV
Mirosław Wyrzykowski .....	XVII
Opera selecta of Mirosław Wyrzykowski .....	XXI
<i>Christian Åhlund</i>	
South Africa: Defeating Apartheid by Weaponizing the Law .....	1
<i>Odile Ammann</i>	
Sollten die höchsten Richterinnen und Richter im Losverfahren bestimmt werden? Überlegungen zur richterlichen Unabhängigkeit unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen „Justiz-Initiative“ .....	7
<i>Matej Avbelj</i>	
The Future of Europe beyond the Constitutional Crisis .....	23
<i>Susanne Baer</i>	
Grund- und Menschenrechte Verteidigen: Mehr als Minderheiten, Mitleid und Moral .	35
<i>Károly Bárd</i>	
Rechtsstaatlichkeit – Ein Bericht aus Ungarn .....	47
<i>Petra Bárd</i>	
The Bumpy Road to Rule of Law Enforcement: The Commission’s 2020 Annual Rule of Law Report .....	59
<i>Hartmut Bauer</i>	
Deutschlands langer Weg zum Bürgerbeauftragten .....	69
<i>Leonard Besselink</i>	
On Some of the Pre-Conditions for Democracy under the Rule of Law .....	83
<i>Adam Bodnar</i>	
The Role of the Commissioner of Human Rights of the Republic of Poland in the Fight for Rule of Law in Poland .....	93
<i>Stephan Breitenmoser / Oliver Schmid</i>	
The Right to Abortion in the European Convention of Human Rights .....	105
<i>Marta Bucholc</i>	
Telling the Tale of Law after a Hostile Takeover .....	119
<i>Frank Clarke / Rachael O’Byrne</i>	
The Influence of the Common Law Tradition on the Development of Written Constitutions: An Irish Perspective .....	129
<i>Bertil Cottier</i>	
La Commission européenne contre le racisme et l’intolérance ou l’expertise, le pragmatisme et le doigté au service de la lutte contre les discriminations .....	141

## Table of Contents

<i>Andrzej Drzemczewski</i> The Erosion of the Rule of Law and of Judicial Independence in Poland since 2015: the Council of Europe's Reaction – too Little, too Late? .....	149
<i>Lech Garlicki</i> Polish Judicial Crisis and the European Court of Human Rights (a few Observations on the Ástráðsson Case) .....	169
<i>Henning Glaser</i> Verfassungsdämmerung – Europäische Verfassungsstaatlichkeit auf dem Weg in die Krise? .....	183
<i>Christoph Grabenwarter</i> Der Schutz der Grundrechte im Europäischen Verfassungsgerichtsverbund .....	201
<i>Dieter Grimm</i> Judicial Behaviour under Political Pressure .....	219
<i>Gábor Halmai</i> From 'Illiberal Democracy' to Autocracy. How Covid-19 Helped to Destroy the Remnants of Democracy in Hungary .....	227
<i>Christophe Hillion</i> Empowering the Filibuster – the EU General Conditionality Mechanism in the European Council .....	241
<i>Peter M. Huber</i> Grundrechtsschutz im Verbund .....	257
<i>Jörn Axel Kämmerer</i> Die Gerichtsöffentlichkeit im Lichte von Digitalisierung und Covid-19-Pandemie: ein noch zeitgemässes Kontrollinstrument? .....	275
<i>Regina Kiener / Ivan Gunjic</i> The Election of Federal Judges in Switzerland and the Rule of Law .....	289
<i>Uwe Kischel</i> A Step Forward for Europe – the German Constitutional Court's Decision on PSPP .....	301
<i>Dimitry Kochenov</i> Rule of Law as a Tool to Claim Supremacy .....	323
<i>Tomasz Tadeusz Koncewicz</i> The Constitutional Adjudication on the Frontier .....	337
<i>Martin Krygier</i> The Spirit of Constitutionalism .....	357
<i>Zdeněk Kühn</i> The Rise and Fall of Central Eastern European Constitutional Courts .....	373
<i>Koen Lenaerts</i> The Autonomy of the EU Legal Order .....	387
<i>Carlos Lesmes Serrano</i> Coronavirus : Défis pour l'état de droit .....	403
<i>Adam Łazowski</i> Legal Adventures of the Man on the Clapham Omnibus .....	415
<i>Siegfried Magiera</i> Schutz und Durchsetzung der Grundrechte in der Europäischen Union .....	427

<i>Matthias Mahlmann</i> Lies, Contempt, and Democracy. The Politics of Falsehood and the Destruction of Democracy's Life-World .....	441
<i>Bartosz Makowicz</i> Hinweisgebersysteme als neue Institution zur Stärkung des effektiven Schutzes der Grundrechte .....	455
<i>Johannes Masing</i> Rechtsstaatliche Begrenzungen und unabhängige Kontrolle – aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	463
<i>Menachem Mautner</i> Democratic Backsliding in Israel .....	473
<i>Franz C. Mayer</i> Die Europäische Union als Präsidialregime – aus polnischen Verfassungserfahrungen lernen? .....	485
<i>Martin Morlok</i> Zur gebotenen Formalität des Rechts der Politik .....	499
<i>Markus Möstl</i> Dezentraler Grundrechtsschutz im bundesstaatlichen und europäischen Mehrebenensystem bei der Anwendung höherrangigen Rechts. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs im Vergleich .....	513
<i>Angelika Nußberger</i> Die Auswahl der Richter – Stellschraube im Rechtsstaat. Zu den Schwierigkeiten einer unpolitischen Entscheidung über die Frage „quis iudicabit“ .....	529
<i>Adam Ploszka</i> (In)Efficiency of the European Court of Human Rights Priority Policy. The Case of Applications Related to the Polish Rule of Law Crisis .....	539
<i>Jiří Přibáň</i> Constitutional Theory and the Imaginary of Human Rights .....	555
<i>Wulf-Henning Roth</i> Private als Adressaten der Unionsgrundrechte .....	567
<i>Matthias Ruffert</i> <i>Ultra Vires</i> : Four Reasons for Distinguishing .....	587
<i>Wojciech Sadurski</i> Judicial Duty of (Public) Reason-Giving .....	595
<i>Marek Safjan</i> On Symmetry in Search of an Appropriate Response to the Crisis .....	605
<i>András Sajó</i> Demons Exposed: Freedom of Expression Justifications Challenged by the Internet .....	623
<i>Jean-Marc Sauvé</i> Les leçons du comité 255 au service d'une justice indépendante, impartiale et de qualité .....	639
<i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i> Rechtsstaat und Gerichtsschutz .....	651
<i>Ben Smulders</i> Some Reflections about the Role of the Rule of Law in a Democratic System in which the European Union Operates .....	665

## Table of Contents

*Stephanos Stavros*

A Tribunal Established by Law: Some Thoughts on the <i>Guðmundur Andri Ástráðsson v Iceland</i> Judgment of the European Court of Human Rights .....	679
--	-----

*Allan F. Tatham*

‘Choose Your Judges Wisely’: Use of Third Parties in Selecting Members of International Courts .....	693
---	-----

*Jakub Urbanik / Paweł Marcisz*

Juristocracy Rainbow-Tested: The Case of Poland .....	705
---	-----

*Vilenas Vadapalas*

<i>Res Judicata</i> in Comparative Perspective of International Law, European Union Law and European Convention of Human Rights .....	743
--	-----

*Andreas Voßkuhle*

Applaus von der „Falschen“ Seite. Zur Folgenverantwortung von Verfassungsgerichten	755
--	-----

*Hinnerk Wißmann*

Liberty and Protection of Life – Border Issues of the Constitutional State .....	763
--	-----

*Heinrich Amadeus Wolff*

Die Prozessualen Grundrechtsräume bei der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht .....	773
---	-----

*Jerzy Zajadło*

Aesthetics of Law: Old Wine in a New Bottle .....	787
---	-----

*Jiří Zemánek*

Facing Decline of Democracy: The View of the Czech Constitutional Court .....	797
---	-----

## **SOLLTEN DIE HÖCHSTEN RICHTERINNEN UND RICHTER IM LOSVERFAHREN BESTIMMT WERDEN? ÜBERLEGUNGEN ZUR RICHTERLICHEN UNABHÄNGIGKEIT UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER SCHWEIZERISCHEN „JUSTIZ-INITIATIVE“\***

„In der Schweiz ereignen sich kaum, ja sozusagen nie grössere Politik- und Justizskandale im Zusammenhang mit Korruption im weitesten Sinn. Die Schwachpunkte des Systems liegen eher im subtilen Druck, der aufgrund seiner Organisation auf die politischen und gerichtlichen Akteure ausgeübt werden kann, sowie auf der Kehrseite der Vertrauenskultur: Da das System offenbar gut funktioniert, besteht offenbar kein Bedarf, es in Frage zu stellen oder zusätzliche Sicherungsmechanismen zum Beispiel durch ethische Standards einzuführen – oder zumindest hat dies keinen Vorrang.“<sup>1</sup>

### Zusammenfassung

Die institutionelle Ausgestaltung des Richteramts steht in der Schweiz in einem Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit. Dies trifft auch auf das Bundesrichteramt zu: Bundesrichter(innen) werden vom Schweizer Parlament nach Massgabe des Parteiproporz gewählt und müssen sich nach Ablauf ihrer 6-jährigen Amtszeit zur Wiederwahl stellen. Aufgrund dieser Besonderheit sind Kandidierende für das Bundesrichteramt faktisch gezwungen, einer Partei anzugehören, um für die Wahl überhaupt in Frage zu kommen. Die 2019 eingereichte Justiz-Initiative möchte eine Abkehr von diesem System erwirken, indem sie vorschlägt, dass die Mitglieder des Bundesgerichts nach einer ersten, durch eine unabhängige Fachkommission vorgenommenen Vorauswahl per Losverfahren bestimmt werden; ausserdem soll deren Amtszeit erst fünf Jahre nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters enden. Eine Abwahl durch das Parlament ist nur in schwerwiegenden Fällen vorgesehen. Der vorliegende Beitrag nimmt diese Initiative zum Anlass, um das schweizerische Verfahren zur Bestellung der Bundesrichter(innen) kritisch zu beleuchten. Eine wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang der von Dennis Thompson und Lawrence Lessig entwickelte Begriff der institutionellen Korruption. Der Beitrag zeigt, dass die Justiz-Initiative dazu beitragen kann, diese institutionelle Korruption zu verhindern und die Unabhängigkeit der Bundesrichter(innen) wesentlich zu stärken.

### Schlagwörter

Richterliche Unabhängigkeit; Losverfahren; Richter; Gerichte; demokratische Legitimation; institutionelle Korruption

\* Ich danke Alice EL-WAKIL, Reto WALTHER und Stefan SCHLEGEL für ihre äusserst wertvollen Hinweise und Anregungen. Ein besonderer Dank gebührt ausserdem Jakub URBANIK für seine grosse Gastfreundschaft und Freundlichkeit, die es mir u.a. ermöglicht haben, Mirosław WYRZYKOWSKI kennenzulernen und mich an der ihm gewidmeten Festschrift zu beteiligen.

<sup>1</sup> Staatengruppe gegen Korruption (GRECO), 4. Evaluationsrunde: Prävention von Korruption bei Mitgliedern von Parlamenten, Gerichten und Staatsanwaltschaften, Evaluationsbericht, Schweiz, 2. Dezember 2016, *GrecoEval 4Rep 5* (2016), S. 7, N. 15.

## 1. Einleitung

Die richterliche Unabhängigkeit: „es gibt wohl keine moderne Verfassung, die dieses Prinzip nicht in irgendeiner Weise verankern würde.“<sup>2</sup> Wie in der Verfassung Polens<sup>3</sup> findet die richterliche Unabhängigkeit auch in der schweizerischen *Bundesverfassung* (BV)<sup>4</sup> an zwei Stellen Erwähnung: erstens in Form eines grundrechtlichen Anspruches (Art. 30 Abs. 1 BV); zweitens als organisationsrechtlicher Grundsatz (Art. 191c BV). Ausserdem ist sie im Völkerrecht und in zahlreichen Soft-Law-Instrumenten verankert.

Die richterliche Unabhängigkeit bedeutet, dass die Gerichte nur dem Recht verpflichtet sind.<sup>5</sup> Wie Johannes Reich bemerkt, scheint die Formulierung von Art. 191c BV – „unabhängig und nur dem Recht verpflichtet“ – paradox: Richter(innen) müssen einerseits unabhängig, andererseits aber dem Recht verpflichtet sein. Die richterliche Unabhängigkeit verwirklicht sich jedoch genau in dieser ausschliesslichen Bindung an das Recht.<sup>6</sup> Diese Anforderung ist auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit zurückzuführen: die Parteien müssen die gleiche Chance haben, das Gericht anhand von juristischen Argumenten zu überzeugen. Damit die Gerichte ihren verfassungsmässigen Auftrag wahrnehmen, d.h. allein dem Recht verpflichtet sein können, muss deren Unabhängigkeit durch geeignete institutionelle Rahmenbedingungen gewährleistet sein. Dazu gehört auch die Ausgestaltung des Verfahrens, durch das die Magistratspersonen bestellt werden, und die Dauer ihrer Amtszeit.

Die schweizerische Rechtsordnung ist im europäischen Vergleich in mehrfacher Hinsicht ein Sonderfall. Dies gilt auch in Bezug auf ihr Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit.<sup>7</sup> Die höchsten Richter(innen) werden vom eidgenössischen Parlament – der Bundesversammlung – auf Vorschlag einer parlamentarischen Kommission, der Gerichtskommission, gewählt. Die Verteilung der Richterämter orientiert sich in der Praxis am Parteiproporz. Nach Ablauf ihrer sechsjährigen Amtszeit müssen sich die Bundesrichter(innen) ausserdem zur Wiederwahl stellen. Daraus ergibt sich eine besondere Nähe der Mitglieder des Bundesgerichts zu den in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien. Laut zahlreichen Lehrmeinungen stellt das schweizerische System der Richterwahlen eine Relativierung der richterlichen Unabhängigkeit dar;<sup>8</sup> auch das Erfordernis der Wiederwahl wird unter diesem Gesichtspunkt kritisiert.<sup>9</sup>

Im vorliegenden Aufsatz wird geprüft, ob die schweizerische Wahl und Wiederwahl der Bundesrichter(innen) aus Sicht der richterlichen Unabhängigkeit reformbedürftig ist. Anlass für diese Untersuchung bildet die 2019 eingereichte eidgenössische

<sup>2</sup> R. KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern 2001, S. 1. Siehe hierzu auch den Beitrag von R. KIENER & I. GUNJIC in dieser Festschrift.

<sup>3</sup> Art. 45 Abs. 1 und Art. 173 der *Verfassung der Republik Polen* vom 2. April 1997.

<sup>4</sup> *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>5</sup> R. KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 6; EADEM, „Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden“, [in:] G. BIAGGINI, T. GÄCHTER & R. KIENER (Hrsg.), *Staatsrecht*, Zürich 2015 (2. Aufl.), S. 269–298, S. 273, N. 12.

<sup>6</sup> J. REICH, „Art. 191c BV“, [in:] B. WALDMANN, E. M. BELSER & A. EPINEY (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Basel 2015, S. 2805–2817, S. 2808–2809, N. 4.

<sup>7</sup> BORGHI spricht sogar von einer Anomalie: M. BORGHI, „L'éthique des juges (par un ‚regard extérieur‘)“, *Justiz – Justice – Giustizia* 2013, N. 32. Siehe auch B. HÜRLIMANN, „Der politische Klüngel in der Schweizer Justiz“, *Republik* 14. August 2019.

<sup>8</sup> KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 29–30; K. SPÜHLER, „Der Richter und die Politik“, *ZBJV* 130 (1994), S. 28–37, S. 30; N. QUELOZ, „Compléments récents apportés au droit pénal suisse de la corruption et développements relatifs aux relations entre juges et partis politiques“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2006), N. 21; REICH, „Art. 191c BV“ (o. Anm. 6), N. 16.

<sup>9</sup> Zahlreiche Autor(inn)en und Magistratspersonen befürworten eine unbegrenzte oder möglichst lange Amtsdauer. Statt vieler: SPÜHLER, „Der Richter“ (o. Anm. 8), S. 29.



## *Sollten die höchsten Richterinnen und Richter im Losverfahren bestimmt werden?*

Volksinitiative<sup>10</sup> zur „Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)“, welche die Bestellung der Mitglieder des Bundesgerichts per Losverfahren und die Abschaffung der Wiederwahl fordert. Im August 2020 empfahl der schweizerische Bundesrat (die Bundesregierung) die Initiative zur Ablehnung. Als dieser Beitrag verfasst wurde, befand sich die rechtspolitische Debatte zu diesem Thema noch in ihren Anfängen.<sup>11</sup> Wir erachten dies als einen günstigen Zeitpunkt, um die wichtigsten Argumente zu untersuchen, die für respektive gegen die Initiative sprechen. Die Problematik der richterlichen Unabhängigkeit ist umso dringlicher, als die schweizerische Justiz in jüngster Zeit vermehrt negative Schlagzeilen gemacht hat, dies sowohl im In- als auch im Ausland.<sup>12</sup> Die Kritik an den Richterwahlen in der Schweiz ist aber keineswegs neu, sondern ein Dauerbrenner.<sup>13</sup>

Weitere schweizerische institutionelle Besonderheiten, welche in einem Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit stehen, können vorliegend nur am Rande berücksichtigt werden. Dies trifft insbesondere auf die Mandatssteuer zu, den Sonderbeitrag, den die Mitglieder des Bundesgerichts an die portierenden politischen Parteien entrichten. Dieser äusserst wichtigen Thematik kann im Rahmen dieses kurzen Aufsatzes nicht gebührend Rechnung getragen werden, weshalb sie bewusst ausgeklammert wird.

Der Aufsatz ist wie folgt aufgebaut: zuerst wird das Spannungsfeld zwischen Bundesrichterwahlen und richterlicher Unabhängigkeit beleuchtet; dabei wird das Konzept der institutionellen Korruption eingeführt, das in der schweizerischen Lehre noch kaum genutzt wurde, für die vorliegende Thematik jedoch von grosser Bedeutung ist (2.). Anschliessend wird auf die Forderungen der Justiz-Initiative und die Argumente ihrer Gegner(innen) eingegangen (3.).

## 2. Richterliche Unabhängigkeit, institutionelle Korruption und Richterwahlen in der Schweiz

### 2.1. Richterliche Unabhängigkeit: Eine Begriffsklärung

In Anlehnung an die grund- bzw. menschenrechtliche Komponente der richterlichen Unabhängigkeit (vorne, Ziff. 1) werden in der Lehre und Praxis die Begriffe „unabhän-

<sup>10</sup> Eine Volksinitiative zielt auf eine Änderung der Bundesverfassung ab. Sofern sie zustande kommt und die Bundesversammlung sie nicht für ungültig erklärt, wird die Initiative dem Schweizer Volk zur Abstimmung vorgelegt. Sie gilt als angenommen, wenn sie das doppelte Mehr (Volks- und Ständemehr) erreicht.

<sup>11</sup> R. WALTHER, „Banana republic Switzerland? On recent attempts to further politicise elections to the federal supreme court“, *VerfBlog* 3. September 2020; N. RASELLI, „Justiz-Initiative“, *ZSR* 138 (2019), S. 269–283; A. RUSSO, „Des juges tirés au sort: réalité ou illusion démocratique? Quelques réflexions sur l’initiative pour la désignation des juges fédéraux par tirage au sort (initiative sur la justice)“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2019); A. GLASER, „Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?“, *AJP* (2018), S. 1251–1260; N. RASELLI & M. LIVSCHITZ, „Der Kreis der Richter Kandidaten ist zu klein“, *Plädoyer* (2018), S. 6–10.

<sup>12</sup> FAZ, „Schweizer System versagen“, 12. August 2020; FAZ, „Erfolglos im Sumpf“, 24. August 2020; *Swissinfo*, „Die Schweiz hat Probleme mit der Unabhängigkeit ihrer Richter“, 11. September 2020. Die Unabhängigkeit wird oft als Voraussetzung für ein hinreichendes Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz dargestellt; siehe z.B. KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 56; REICH, „Art. 191c BV“ (o. Anm. 6), N. 7. Die schweizerische Justiz geniesst grundsätzlich ein grosses Vertrauen seitens der Bevölkerung: Credit Suisse Sorgenbarometer 2019, <[www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/about-us/responsibility/worry-barometer/schlussbericht-credit-suisse-sorgenbarometer-2019.pdf](http://www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/about-us/responsibility/worry-barometer/schlussbericht-credit-suisse-sorgenbarometer-2019.pdf)>, S. 15. Siehe hierzu auch A. M. SCHNEUWLY, „Das Vertrauen der Schweizer Bevölkerung in die Gerichtsbarkeit: Schweizer Gerichte unter besonderer Berücksichtigung des medialen Erscheinungsbildes“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2020).

<sup>13</sup> Für weitere Hinweise: M. LUMINATI & F. CONTARINI, „Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand“, *ZSR* 138 (2019), S. 201–289, S. 276.

gig und unparteiisch“ oft gemeinsam verwendet. Jedoch werden diese beiden Konzepte bisweilen nicht klar voneinander unterschieden; dies gilt auch für die bundesgerichtliche Rechtsprechung.<sup>14</sup> Dabei scheint es aus analytischer Sicht nötig, möglichst präzise zwischen den verschiedenen Arten von möglicher Einflussnahme zu unterscheiden, um diesen Problemen geeignete Lösungsansätze gegenüberzustellen. Eine Abhängigkeit, die institutionell bedingt ist, bedarf nicht der gleichen Art von Korrektur wie eine Voreingenommenheit, deren Ursprung in der konkret beizulegenden Rechtsstreitigkeit liegt.

Auf das Erfordernis der *Unparteilichkeit*, d.h. des Fehlens „richterlicher Voreingenommenheit und Parteinahme in den konkreten Umständen des Einzelfalles“<sup>15</sup> (Hervorhebung der Autorin), wird im vorliegenden Beitrag nicht näher eingegangen. Die Unparteilichkeit ist mit der Person oder dem Verhalten des Richters oder der Richterin verknüpft,<sup>16</sup> wobei sie sich laut Bundesgericht auch aus „gewissen äusseren Gegebenheiten“ ergeben kann, etwa in „funktioneller“ oder „verfahrensorganisatorischer“ Hinsicht.<sup>17</sup> Der Fokus liegt stattdessen auf der *Unabhängigkeit*, d.h. auf der „institutionell-organisatorische[n]“ Ebene:<sup>18</sup> das Gericht muss generell frei von externen Einflüssen sein, sei es seitens der anderen beiden Gewalten, der Prozessparteien oder anderer Akteure,<sup>19</sup> aber auch der Organe der Gerichtsbarkeit.<sup>20</sup>

Da die richterliche Unabhängigkeit *strukturell bedingt* ist, muss sie durch geeignete institutionelle Massnahmen gewährleistet werden. Gestützt auf die bundesgerichtliche Praxis identifiziert Regina Kiener drei Teilgehalte der (institutionellen) Unabhängigkeit: die funktionelle, die personelle und die organisatorische Unabhängigkeit.<sup>21</sup> Von Bedeutung ist insbesondere die personelle Unabhängigkeit, die durch Unvereinbarkeitsregeln, das Bestellungsverfahren und die Ausgestaltung der dienstrechtlichen Stellung gewährleistet wird.<sup>22</sup> Darunter fallen entsprechend auch die hier interessierenden Themen der Richterbestellung und der Amtsdauer. Diese Art von Unabhängigkeit ist personeller, nicht aber *persönlicher* Natur: sie betrifft die Eigenschaften und Funktionsweise der Justiz als Institution und nicht jene der betroffenen Richter(innen).

Es stellt sich die Frage, ob die Richterwahlen und das Erfordernis der Wiederwahl die (institutionelle) Unabhängigkeit der Bundesrichter(innen) tatsächlich verletzen und aus diesem Grund reformbedürftig sind. Um dies zu beurteilen, liefert das Konzept der institutionellen Korruption ein wichtiges analytisches Gerüst.

<sup>14</sup> So KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 56, die diese Begriffsverwendung nicht beanstandet. Damit werde „immer das Gleiche ausgedrückt“, nämlich das Fehlen von „sachwidrigen Beeinflussungen durch Umstände, die mit dem konkreten Verfahren nichts zu tun haben, weil sie jenseits legitimer Rechtskonkretisierung stehen“ (S. 57). KIENER unterscheidet zwar wie auch andere Autor(inn)en zwischen der personen- (S. 55–224) und institutionenbezogenen (S. 225–322) Komponente der richterlichen Unabhängigkeit. Im ersten Fall müsste jedoch nach der hier vertretenen Ansicht der Begriff der Unparteilichkeit – und nicht der Unabhängigkeit – verwendet werden.

<sup>15</sup> KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 37. BIAGGINI definiert die Unparteilichkeit als das „Fehlen von Voreingenommenheit und Befangenheit“: G. BIAGGINI, „Art. 30 BV“, [in:] *BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2017 (2. Aufl.), S. 366–378, S. 369, N. 7.

<sup>16</sup> So auch REICH, „Art. 191c BV“ (o. Anm. 6), N. 5.

<sup>17</sup> BGE 139 I 121, E. 5.1; BGE 114 Ia 50, E. 3 b).

<sup>18</sup> KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 39.

<sup>19</sup> Etwa der Verbände, der politischen Parteien und der Medien: G. BIAGGINI, „Art. 191c BV“, [in:] *Schweizerische Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Zürich 2017 (2. Aufl.), S. 1474–1477, S. 1475, N. 3.

<sup>20</sup> BIAGGINI, „Art. 191c BV“ (o. Anm. 19), S. 1475, N. 3.

<sup>21</sup> KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 235–309. Eine leicht unterschiedliche Taxonomie verwendet A. TSCHENTSCHER, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Tübingen 2006, S. 148–169.

<sup>22</sup> KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 249–291.

## 2.2. Die institutionelle Korruption und deren Implikationen für die schweizerischen Bundesrichterwahlen

Das Konzept der institutionellen Korruption wurde in den 1990er Jahren vom Politikwissenschaftler Dennis Thompson in Bezug auf die Legislative entwickelt. Thompson betont in seiner Analyse die Bedeutung institutioneller Faktoren, die bestimmte Verhaltensmuster begünstigen. Im Gegensatz zur individuellen Korruption sei die institutionelle Korruption nicht illegal.<sup>23</sup> Sie habe jedoch zur Folge, dass die betroffene Institution ihrer eigentlichen Aufgabe nicht gerecht werde. In dieser Diversion liegt die eigentliche Korruption (*corruptio*: Verderbtheit, Zerrüttung, Verfall), die vom strafrechtlichen, personenbezogenen Korruptionsbegriff zu unterscheiden ist.<sup>24</sup> Aus diesem Grund fordert Thompson, dass sich die Forschung und Praxis nicht nur auf die persönliche, sondern auch auf die institutionelle Ethik konzentrieren. Thompsons Konzept wurde einige Jahre später vom Rechtswissenschaftler Lawrence Lessig aufgegriffen und wie folgt definiert:

Institutional corruption is manifest when there is a systemic and strategic influence which is legal, or even currently ethical, that undermines the institution's effectiveness by diverting it from its purpose or weakening its ability to achieve its purpose, including, to the extent relevant to its purpose, weakening either the public's trust in that institution or the institution's inherent trustworthiness.<sup>25</sup>

Lessig kritisiert u.a. scharf, dass amerikanische Politiker(innen) auf grosse Geldgeber angewiesen sind, um in den Kongress (wieder)gewählt zu werden.<sup>26</sup> Dies führe zu einer Abweichung vom ursprünglichen Zweck der gesetzgebenden Gewalt, nämlich vom Zweck, das Volk zu repräsentieren. Dieser institutionelle Zweck werde verdorben bzw. korrumpiert. Lessig legt dar, dass die institutionelle Korruption keineswegs nur die Legislative befällt, indem er u.a. das Beispiel der japanischen Justiz behandelt.<sup>27</sup> Diese, schreibt er, sei nicht nur dem Recht verpflichtet: da die Regierung über die Beförderung der Richter(innen) entscheide, bemühten sich diese darum, sie nicht vor den Kopf zu stossen. Diese zweite, institutionell bedingte Abhängigkeit widerspreche der richterlichen Pflicht, nur an das Recht gebunden zu sein, und schwäche deshalb die richterliche Unabhängigkeit.<sup>28</sup> Mit anderen Worten weiche die Justiz damit von ihrem institutionellen Zweck ab. Ein ähnliches Phänomen kann gemäss Lessig in den US-amerikanischen Staaten beobachtet werden, in denen Richter(innen) vom Volk gewählt und meistens auch wiedergewählt werden müssen. Dies führe oft dazu, dass Kandidierende von wichtigen Geldgebern wie etwa Interessengruppen abhängig würden, was sich wiederum negativ auf die richterliche Unabhängigkeit auswirke.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> D. THOMPSON, *Ethics in Congress: From Individual to Institutional Corruption*, Washington, DC 1995, S. 7. Dabei ist anzumerken, dass auch die individuelle Korruption durch institutionelle Gegebenheiten befeuert werden kann, etwa durch das Fehlen griffiger Kontrollmechanismen.

<sup>24</sup> Siehe hierzu O. AMMANN, „Lobbying et corruption: des liaisons dangereuses?“, [in:] B. PERRIN, P. MEYLAN, G. FIOKA, M. A. NIGGLI C. RIEDO (Hrsg.), *Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*, Basel 2020, S. 229–242; J. EUBEN, „Corruption“, [in:] T. BALL, J. FARR & R. HANSON (Hrsg.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge 1989, S. 220–246.

<sup>25</sup> L. LESSIG, „Foreword: ‚Institutional corruption‘ Defined“, *Journal of Law, Medicine and Ethics* 41 (2013), S. 2–4, S. 2.

<sup>26</sup> L. LESSIG, *Republic, Lost: The Corruption of Equality and the Steps to End It* (2. Aufl.), New York 2015.

<sup>27</sup> LESSIG verweist auf E. BENNETT RASMUSEN & M. J. RAMSEYER, „Skewed incentives: Paying for politics as a Japanese judge“, *Judicature* 83 (2000), S. 190–195.

<sup>28</sup> LESSIG, *Republic, Lost* (o. Anm. 26), S. 239.

<sup>29</sup> LESSIG, *Republic, Lost* (o. Anm. 26), S. 240.

Lessigs Beobachtungen lassen sich auf die schweizerischen Bundesrichterwahlen übertragen. Die faktische<sup>30</sup> Notwendigkeit für die Anwärter(innen) auf das Bundesrichteramt, im Rahmen der (Wieder)Wahl von einer Partei unterstützt zu werden, führt zu einer institutionellen Abhängigkeit bzw. zu einer Abweichung der verfassungsrechtlich festgehaltenen richterlichen Unabhängigkeit. Diese Abhängigkeit ist institutioneller Natur, weil sie ihren Ursprung nicht im individuellen Verhalten der Kandidierenden, sondern in einer institutionellen Praxis hat. Darin liegt, wie bereits erwähnt, der Unterschied zwischen der (persönlichen) Unparteilichkeit und der (institutionellen) Unabhängigkeit.

Die Dimension der institutionellen Korruption wird in der Diskussion rund um die Richterwahlen und die richterliche Unabhängigkeit weitgehend vernachlässigt. Erstens kommt es oft vor, dass die Bedeutung des individuellen Verhaltens<sup>31</sup> bzw. des „Berufsethos“<sup>32</sup> hervorgehoben wird, die institutionellen Rahmenbedingungen jedoch nicht grundlegend in Frage gestellt werden. Praktiker(innen) bringen vor, dass sie sich nicht abhängig fühlten und dass die Auswirkung der Parteizugehörigkeit auf die Urteilsfindung überschätzt werde.<sup>33</sup> Oft sind es jedoch die gleichen Stimmen, die eine hinreichende parteipolitische Diversität der Spruchkörper fordern und somit zumindest implizit die Relevanz des Parteibuches anerkennen. Zweitens spielt das Konzept der institutionellen Korruption in der rechtspolitischen Debatte rund um die Richterwahlen eine untergeordnete Rolle, obwohl mehrere Autoren auf die Gefahr der individuellen Korruption hingewiesen haben.<sup>34</sup> Wie gleich erläutert wird, will die Justiz-Initiative dazu beitragen, diese institutionelle Korruption einzudämmen und dadurch die richterliche Unabhängigkeit zu stärken.

### 3. Die Justiz-Initiative als Lösung?

#### 3.1. Inhalt und Ziele der Justiz-Initiative

Am 26. August 2019 wurde die eidgenössische Volksinitiative zur „Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)“ eingereicht.<sup>35</sup> Die Initiative wurde von einem Bürgerkomitee lanciert, in dem u.a. Persönlichkeiten aus der Politik und der Wissenschaft vertreten sind. Angeführt wird das Komitee vom wohlhabenden Unternehmer Adrian Gasser, der die Initiative finanziert.

<sup>30</sup> In rechtlicher Hinsicht besteht keine Pflicht, einer Partei anzugehören (Art. 143 BV). Faktisch ist im Rahmen der Bundesrichterwahlen der Parteiproporz massgebend. HELEN KELLER spricht von einer verfassungsgewohnheitsrechtlichen Praxis: H. KELLER, „Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich“, [in:] O. DIGGELMANN, M. HERTIG & B. SCHINDLER (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz II*, Zürich 2020, S. 935–958, S. 947.

<sup>31</sup> So etwa B. BERTOSSA, „Séparation des pouvoirs: l'indépendance des juges en danger?“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2006). Siehe auch die von LUMINATI & CONTARINI, „Das Richterbild in der Schweiz“ (o. Anm. 13) erwähnten wissenschaftlichen Abhandlungen zur richterlichen Unabhängigkeit (S. 213).

<sup>32</sup> U. MEYER, „Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit“, *ZBJV* 155 (2019), S. 217–223, S. 221; P. ABRAVANEL, „La déontologie du juge“, *AJP* (1995), S. 421–425.

<sup>33</sup> Siehe z.B. RASELLI, [in:] RASELLI & LIVSCHITZ, „Der Kreis“ (o. Anm. 11), S. 9; RASELLI, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 272. Dieses Argument wird teils auch in der Lehre vorgebracht, siehe z.B. GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1254.

<sup>34</sup> T. BALMELLI, „Quelques remarques sur l'exigence de réformer les procédures de désignation des juges“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2006), N. 21–22; M. BORGHI, „La mainmise des partis politiques suisses sur l'élection des juges“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2016), N. 32 (bezüglich der Mandatssteuer). Siehe auch QUELOZ, „Compléments récents“ (o. Anm. 8), N. 25–40, der feststellt, dass die Richterwahlen aus Sicht der (individuellen) Korruption problematisch erscheinen mögen, die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches jedoch nicht auf diese Sachverhalte anwendbar sind. Er kommt zum Schluss, dass die Korruptionsprävention dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht obliege (N. 41).

<sup>35</sup> Zum Wortlaut der Initiative siehe <[www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis486t.html](http://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis486t.html)>.

## *Sollten die höchsten Richterinnen und Richter im Losverfahren bestimmt werden?*

Herzstück der Initiative bildet der vorgeschlagene Art. 188a BV, gemäss welchem die Bundesrichter(innen) per Losverfahren bestimmt werden sollen. Dabei ist eine angemessene Repräsentation der verschiedenen Amtssprachen sicherzustellen (Abs. 1). Um im Rahmen dieser Losziehung berücksichtigt zu werden, müssen die Kandidierenden einzig „objektiven Kriterien der fachlichen und persönlichen Eignung“ entsprechen (Abs. 2). Der Entscheid darüber, ob diese Kriterien erfüllt sind, obliegt einer unabhängigen, für eine einmalige Dauer von 12 Jahren vom Bundesrat bestellten Fachkommission (Abs. 3). Ebenfalls von grosser Bedeutung ist die vorgeschlagene Änderung von Art. 145 BV, wonach die Amtsdauer der Bundesrichter(innen) „fünf Jahre nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters“ ablaufen soll (Abs. 1). Damit wird die Wiederwahl abgeschafft. Zudem soll das Parlament die Bundesrichter(innen) bei schweren Amtspflichtverletzungen oder bei Unfähigkeit zur Amtsausübung auf Vorschlag des Bundesrats abberufen können (Abs. 2).

Die Initiative bezweckt den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit vor den politischen Parteien: Im Rahmen der Bestellung der Bundesrichter(innen) soll einzig deren „fachliche und persönliche Eignung“ massgeblich sein, und nicht deren politische Gesinnung. Dadurch zielt die Initiative auch darauf ab, einen chancengleichen Zugang zum Bundesrichteramt zu ermöglichen – auch für Parteilose. Das vorgeschlagene Auswahlverfahren und insbesondere das Losverfahren sollen dazu führen, dass die Kandidierenden weniger Anreize haben, sich den Rückhalt einer politischen Partei zu sichern.<sup>36</sup> Damit wäre die schweizerische Justiz weniger anfällig für das soeben geschilderte Problem der institutionellen Korruption (vorne, Ziff. 2.2).

Der Bundesrat hält in seiner am 19. August 2020 veröffentlichten Botschaft zur Justiz-Initiative fest, dass er „grundsätzlich Verständnis für einige der Ziele und Anliegen der Initiantinnen und Initianten“ habe.<sup>37</sup> Er anerkennt insbesondere die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit sowie den Umstand, dass das aktuelle (Wieder-)Wahlssystem „ein gewisses Spannungsverhältnis“ zu dieser Unabhängigkeit begründe.<sup>38</sup> Der Bundesrat räumt sogar ein, dass dieses den „Anschein einer Abhängigkeit“ erwecken kann.<sup>39</sup> Dennoch verwirft er die Initiative und empfiehlt dem Parlament, diese ohne Ausarbeitung eines direkten Gegenentwurfs (d.h. eines alternativen Verfassungsartikels) oder eines indirekten Gegenvorschlags (d.h. einer Änderung auf Gesetzes- statt auf Verfassungsebene) abzulehnen. Auch das Bundesgericht unterstützt die Vorlage nicht, wobei sich die Frage stellt, ob sich diese Einschätzung nicht durch die institutionelle Abhängigkeit des Gerichts erklären lässt.<sup>40</sup> Welches sind die Argumente der Gegner(innen) der Justiz-Initiative und wie stichhaltig sind sie?

### 3.2. Die Hauptargumente der Gegner(innen) der Justiz-Initiative

Ein ausführlicher Überblick über alle Argumente, die bis anhin gegen die Justiz-Initiative vorgebracht worden sind, ist im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich. Stattdes-

<sup>36</sup> Zu den Anreizen, die das Losverfahren schafft bzw. neutralisiert, siehe W. BUNTING, „Election-by-lot as a judicial selection mechanism“, *NYU Journal of Law & Liberty* 2 (2006), S. 166–207, S. 169, 181–184.

<sup>37</sup> *Botschaft zur Volksinitiative* „Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (Justiz-Initiative)“, 19. August 2020, BBl 2020 6821 (nachfolgend: *Botschaft*), S. 6822; siehe auch S. 6837.

<sup>38</sup> *Botschaft*, S. 6822.

<sup>39</sup> *Botschaft*, S. 6842.

<sup>40</sup> *Botschaft*, S. 6845. Wenn sich die Frage stellt, ob eine Institution reformiert werden muss, besteht ausserdem das Risiko, dass die Mitglieder dieser Institution deren Reformbedürftigkeit nicht unvoreingenommen beurteilen können: A. LANG, „But Is It for Real? The British Columbia Citizens' Assembly as a Model of State-Sponsored Citizen Empowerment“, *Politics & Society* 35 (2007), S. 35–69, S. 65.

sen werden die häufigsten Einwände untersucht. Diese befassen sich mit Anliegen der Transparenz (3.2.1), der demokratischen Legitimation (3.2.2), der Akzeptanz (3.2.3) sowie der Meritokratie (3.2.4). Ebenfalls von Bedeutung sind das sog. Regress- (3.2.5) und das Traditions-Argument (3.2.6). Andere – insbesondere grundrechtliche – Aspekte können hingegen nicht eingehend behandelt werden.<sup>41</sup>

### 3.2.1. Das Transparenz-Argument

Erstens betonen viele Stimmen in der Politik, Justiz und Lehre, dass die Parteizugehörigkeit Transparenz schaffe.<sup>42</sup> Gemäss Bundesrichter Hansjörg Seiler ist „[d]ie Frage (...) nicht, ob eine solche Beeinflussung stattfindet, sondern einzig, ob diese unvermeidliche Beeinflussung demokratisch legitimiert und transparent ist oder nicht“.<sup>43</sup> Auch der Bundesrat bringt vor, dass die Mitglieder des Bundesgerichts so oder so externen Einflüssen ausgesetzt seien, ob sie einer Partei angehörten oder nicht.<sup>44</sup> Durch das faktische Erfordernis der Parteizugehörigkeit würden diese Einflüsse offengelegt.

Diese Argumentation ist aus mehreren Gründen problematisch. Erstens treten die Anwärter(innen) auf das Richteramt – die gewiss politische Ansichten haben – bisweilen nicht aus ideologischer Überzeugung einer politischen Partei bei, sondern aus strategischen Gründen.<sup>45</sup> Zwar entscheidet die Partei über neue Beitrittsgesuche und hat es somit theoretisch in der Hand, diese Motive zu überprüfen. Andererseits verfügt sie dadurch auch über ein Druckmittel über die Kandidierenden. Dies hat zudem zur Folge, dass die parteipolitische Zugehörigkeit nur bedingt Transparenz schafft, da sie nicht immer zuverlässig Auskunft über die ideologischen Präferenzen der Richter(innen) gibt. Zweitens scheinen unfreiwillige oder opportunistische Beitritte aus Sicht der negativen Vereinigungsfreiheit und der Meinungsfreiheit heikel.<sup>46</sup> Drittens ist aktuell keine umfassende Transparenz gewährleistet, da die Interessenbindungen der Magistratspersonen, die über deren politische Zugehörigkeit hinausgehen, nicht öffentlich sind.<sup>47</sup> Weiter veröffentlicht das Bundesgericht seit der Donzallaz-Affäre<sup>48</sup> die Parteizugehörigkeit seiner Richter(innen) nicht mehr auf seiner Webseite. Schliesslich mag die Offenlegung der politischen Gesinnung – selbst wenn diese Offenlegung teilweise unvollständig ist – ein wünschenswertes Ziel sein. Sie leistet jedoch keinen Beitrag zur Stärkung der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen richterlichen Unabhängigkeit, sondern kann die Gefahr der institutionellen Korruption und der Abhängigkeit sogar erhöhen.

<sup>41</sup> Zu den Grundrechten der Kandidierenden siehe QUELOZ, „Compléments récents“ (o. Anm. 8); BALMELLI, „Quelques remarques“ (o. Anm. 34), N. 16; BORGHI, „L'éthique des juges“ (o. Anm. 7), N. 34; M. AMOOS PIGUET, „L'élection partisane des juges – une entorse au principe de la séparation des pouvoirs? Alternatives et palliatifs“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2013), N. 18.

<sup>42</sup> Botschaft, S. 6843–6844; H. SEILER, „Richter als Parteivertreter“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2006), N. 41; KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 188–189; AMOOS PIGUET, „L'élection partisane des juges“ (o. Anm. 41), N. 15; P. ALBRECHT, „Richter als (politische) Parteivertreter?“ *Justiz – Justice – Giustizia* (2006), N. 15–16; B. SCHINDLER, „Losverfahren – Möglichkeiten und Grenzen des ausgleichenden Zufalls“, *ZBl* 119 (2018), S. 617–618, S. 618; L. LANGER, „Voraussetzungen für das Richteramt“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2019), N. 39.

<sup>43</sup> SEILER, „Richter als Parteivertreter“ (o. Anm. 42), N. 25.

<sup>44</sup> Botschaft, S. 6838, 6843–6844.

<sup>45</sup> AMOOS PIGUET, „L'élection partisane“ (o. Anm. 41), N. 19; B. HÜRLIMANN, „Richterstellen vom Parteibuch abkoppeln“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2010), N. 1; RASELLI & LIVSCHITZ, „Der Kreis“ (o. Anm. 11), N. 9.

<sup>46</sup> BORGHI, „La mainmise des partis“ (o. Anm. 34), N. 39; BALMELLI, „Quelques remarques“ (o. Anm. 34), N. 16.

<sup>47</sup> Siehe die erfolglose Motion 17.3455, „Offenlegung der Interessenbindungen von Richtern und Staatsanwälten“, 14. Juni 2017.

<sup>48</sup> Siehe dazu WALTHER, „Banana republic Switzerland?“ (o. Anm. 11).

### 3.2.2. Das Demokratie-Argument

Zweitens wenden die Gegner(innen) der Justiz-Initiative ein, dass die demokratische Legitimation der Gerichte gewährleistet sein müsse.<sup>49</sup> Die faktisch am Parteiproporz orientierte Wahl der Bundesrichter(innen) stelle eine hinreichende Repräsentativität der Gerichte sicher.<sup>50</sup> Damit wird eine Konzeption der richterlichen Unabhängigkeit vertreten, die auf einer ideologischen bzw. parteipolitischen Diversität beruht bzw. durch diese erst ermöglicht wird. Demgegenüber führe das von den Initiant(inn)en vorgeschlagene Verfahren – und insbesondere das Losverfahren – nicht zur Ernennung von demokratisch legitimierten Magistratspersonen;<sup>51</sup> dieses könne zudem zu homogeneren und unausgewogenen Spruchkörpern führen.<sup>52</sup>

So attraktiv das demokratische Argument erscheinen mag: es übersieht mehrere Aspekte. Erstens sind Gerichte keine Parlamente;<sup>53</sup> ihnen obliegen Entscheide in Einzelfällen<sup>54</sup> sowie der Minderheitenschutz,<sup>55</sup> weshalb sie sich vom Gesetzgeber abgrenzen und unterscheiden müssen. Die Verfassung schreibt vor, dass die Gerichte unabhängig und unparteiisch sein müssen, nicht aber, dass sie die Gesellschaft oder die im Parlament vertretenen politischen Kräfte spiegelbildlich abzubilden haben.<sup>56</sup> Die arithmetische Verteilung der Richtersitze nach Massgabe des Parteiproporzes entspricht keiner verfassungs- oder gesetzesmässigen Vorgabe.<sup>57</sup> Zweitens ist die Repräsentativität der Parteien nicht restlos gegeben, obwohl das Kriterium der Parteizugehörigkeit wohl dazu beiträgt, zumindest ein gewisses Mass an Repräsentativität zu erreichen.<sup>58</sup> Nur ein Bruchteil der schweizerischen Bevölkerung (2017 waren es 7%) gehört einer politischen Partei an, und an den eidgenössischen Wahlen von 2019 beteiligten sich weniger als die Hälfte der Stimmberechtigten (45%).<sup>59</sup> Ob die in der Bundesversamm-

<sup>49</sup> RUSSO, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 61; SEILER, „Richter als Parteivertreter“ (o. Anm. 42), N. 6–9; AMOOS PIGUET, „L'élection partisane des juges“ (o. Anm. 41), N. 3–4, 9–16; ALBRECHT, „Richter“ (o. Anm. 42), N. 13; BERTOSSA (o. Anm. 31); GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1254; RASELLI, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 279.

<sup>50</sup> P. MAHON & R. SCHALLER, „Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2013), N. 29; GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1254; Russo, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 35.

<sup>51</sup> *Botschaft*, S. 6843; Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter, „Justiz-Initiative: Es braucht einen Gegenentwurf“, Medienmitteilung, 28. August 2020; GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1257.

<sup>52</sup> G. LÜBBE-WOLFF, „Richterwahlen in der Schweiz: Wo liegt das Problem?“, *VerfBlog* 9. August 2019 (wobei die Autorin die Justiz-Initiative im Ergebnis begrüsst); SEILER (o. Anm. 42), N. 42; RASELLI, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 280.

<sup>53</sup> KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 8, 267, 340–341. Dies gilt umso mehr für die schweizerischen Gerichte, denen es verwehrt ist, Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen (Art. 190 BV). Gemäss ROSANVALLON sind Verfassungsgerichte sog. Institutionen der Reflexivität, weil sie „Diskrepanzen zwischen der Realität und den Grundprinzipien der Demokratie denunzieren“, was deren institutionelle Unabhängigkeit erforderlich macht: P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris 2008, S. 234, 257.

<sup>54</sup> So auch Ruth BADER GINSBURGS abweichende Meinung im Urteil *Republican Party of Minn. v White*, 536 U.S. 765 (2002), S. 806: „judges act only in the context of individual cases, the outcome of which cannot depend on the will of the public“.

<sup>55</sup> M. BORGHI, „Incostituzionalità dell'ingerenza dei partiti“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2006), N. 8.

<sup>56</sup> BORGHI kommt zum Schluss, dass die Repräsentativität der Justiz kein öffentliches Interesse i.S.v. Art. 36 BV darstellt, „incostituzionalità“ (o. Anm. 55), N. 9. SPÜHLER bemerkt, dass in der Schweiz demokratischen Überlegungen mehr Gewicht beigemessen wird als der richterlichen Unabhängigkeit: SPÜHLER, „Der Richter“ (o. Anm. 8), S. 32–33.

<sup>57</sup> HÜRLIMANN, „Der politische Klüngel“ (o. Anm. 7).

<sup>58</sup> Statt vieler: M. FELBER, „Problematische Kür der Richter in der Schweiz: Parteipolitische Wahl auf Zeit schwächt Stellung der Justiz“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2010), N. 5.

<sup>59</sup> Swissinfo.ch, Parteien, 20. Juni 2017, <[www.swissinfo.ch/ger/parteien/28977748](http://www.swissinfo.ch/ger/parteien/28977748)>; Bundesamt für Statistik, Wahlbeteiligung, <[www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/wahlen/nationalratswahlen/wahlbeteiligung.html#734142319](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/wahlen/nationalratswahlen/wahlbeteiligung.html#734142319)>.

lung vertretenen Parteien gegenüber anderen politischen und zivilgesellschaftlichen Organisationen das Monopol der Repräsentation haben sollten, ist ohnehin unklar. Die Bundesverfassung erteilt den Parteien zudem lediglich den Auftrag, an der Meinungs- und Willensbildung des Volkes mitzuwirken.<sup>60</sup> Aus dem Umstand, dass sie im Wahlorgan – dem Parlament – vertreten sind, ergibt sich noch kein Anspruch der Parteien, die Richterwahlen zu dominieren. Drittens sieht die Initiative die Möglichkeit einer Abberufung der Bundesrichter(innen) durch das Parlament vor. Ob das Parlament das geeignete Abberufungsorgan darstellt, ist aufgrund der Gefahr der institutionellen Korruption zu bezweifeln. Der Umstand, dass eine Magistratsperson, die ihre Pflichten schwer verletzt, gemäss der Vorlage von einem demokratisch legitimierten Organ zur Rechenschaft gezogen werden könnte, entkräftet jedoch das Demokratie-Argument. Viertens belegt die politische Theorie, dass das Los besser geeignet ist als Wahlen, um demokratische Ziele wie die Chancengleichheit zu verwirklichen.<sup>61</sup> Dies, obwohl Losverfahren in der Vergangenheit oft zu anderen (nicht demokratischen) Zwecken eingesetzt wurden,<sup>62</sup> inklusive in der Schweiz.<sup>63</sup> Im Kanton Glarus wurde ab 1791 sogar das sog. Kübellos praktiziert, durch das alle Bürger Zugang zu den betreffenden Ämtern erhielten (obwohl natürlich alle Nichtbürger(innen) vom Prozess ausgeschlossen waren).<sup>64</sup> Im Kanton Genf kam das Losverfahren bis 2010 zum Einsatz, um die Mitglieder von Geschworenengerichten zu bestimmen; auch dort kam jede(r) Bürger(in) für dieses Amt in Frage. Demgegenüber sind Wahlen bzw. repräsentative Regierungsformen elitär und, wie der Staatstheoretiker Bernard Manin darlegt, ein aristokratisches Relikt, weil sie keinen chancengleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern gewährleisten.<sup>65</sup> Bereits Aristoteles und Montesquieu bezeichneten das Los wegen seiner egalitären Dimension und der dadurch ermöglichten turnusmässigen Ausübung der Macht als demokratisch, Wahlen und Wiederwahlen hingegen als oligarchisch.<sup>66</sup> Was fünftens das Homogenitäts-Argument betrifft, kann erwidert werden, dass eine ideologisch pluralistische, aber von den politischen Parteien abhängige Justiz aus verfassungsrechtlicher Sicht weniger wünschenswert ist als eine ideologisch homogenere, aber unabhängige Gerichtbarkeit.<sup>67</sup> Auch müsste erst empirisch bewiesen werden, dass das Losverfahren systematisch zu homogeneren Spruchkörpern führt. Eine von der ETH Zürich auf Anfrage der Initiant(inn)en durchgeführte Simulation hat gezeigt, dass dies nicht der Fall ist.<sup>68</sup> Selbst wenn dem so wäre, ist zu erwarten, dass das Losverfahren eine grössere soziale Diversität mit sich bringt. Schliesslich ist die Diversität eines Spruchkörpers nicht einzig vom Kriterium der Parteizugehörigkeit abhängig. Damit andere Diversitätskriterien Beachtung finden, liegt es nahe, die Bestellung der Bundesrichter(in-

<sup>60</sup> Art. 137 BV.

<sup>61</sup> B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, Cambridge 1997; D. VAN REYBROUCK, *Against Elections: The Case for Democracy*, London 2016; D. COURANT, „Penser le tirage au sort. Modes de sélection, cadres délibératifs et principes démocratiques“, [in:] A. CHOLLET & A. FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens in der Schweiz und in Europa (16.–21. Jahrhundert)*, Bern 2017, S. 257–282; BUNTING, „Election-by-Lot“ (o. Anm. 36), S. 169.

<sup>62</sup> Zu den verschiedenen Zielen: COURANT, „Penser le tirage au sort“ (o. Anm. 61), S. 257–258, 268.

<sup>63</sup> Siehe die Beiträge in CHOLLET & FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens* (o. Anm. 61).

<sup>64</sup> A. DUPUIS, „Un remède désespéré pour des démocraties aux abois. Corruption et utilisation du tirage au sort dans les cantons de Glaris et de Schwytz (1640–1798)“, [in:] CHOLLET & FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens* (o. Anm. 61), S. 77–81.

<sup>65</sup> MANIN, *Principles* (o. Anm. 61).

<sup>66</sup> Aristoteles, *Politik* 1294a–b (IV 9); Montesquieu, *L'esprit des lois* II 2.

<sup>67</sup> P.-É. VANDAMME & D. BELLO HUTT, „Selecting constitutional judges randomly“, *Swiss Political Science Review* (2020, im Erscheinen), S. 13.

<sup>68</sup> HÜRLIMANN, „Der politische Klüngel“ (o. Anm. 7).



nen) einem (zumindest teilweise)<sup>69</sup> aus Fachpersonen zusammengesetzten Gremium zu überlassen statt einem rein politischen Gremium oder sogar dem Volk. Um dem Elitismus mindestens zu einem gewissen Grad vorzubeugen, müsste dieses Fachgremium dazu verpflichtet werden, nicht nur sprachliche, sondern auch andere Diversitätskriterien anzuwenden.<sup>70</sup>

### 3.2.3. Das Akzeptanz-Argument

Drittens wird betont, dass die Wahl der Bundesrichter(innen) durch das Parlament dazu beitrage, dass die Bevölkerung der Justiz vertraue bzw. die bundesgerichtlichen Urteile akzeptiere.<sup>71</sup> Demgegenüber würde das von den Initiant(inn)en vorgeschlagene Losverfahren dieses Vertrauen aufs Spiel setzen.

Auch dieses Argument ist wenig überzeugend. Erstens ist sich ein grosser Teil der Bevölkerung wohl kaum bewusst, welche institutionellen Gefahren mit den Bundesrichterwahlen verbunden sind. Zweitens wird kritisiert, dass das gegenwärtige Wahlsystem keineswegs transparent sei,<sup>72</sup> sondern auf einem „Beziehungs- und Abhängigkeitsgeflecht“<sup>73</sup> bzw. auf „kartellistischen Mechanismen“<sup>74</sup> beruhe. Dies wirkt nicht besonders vertrauenswürdig. Drittens hat das Losverfahren eine friedensstiftende Funktion. Wie Oliver Dowlen erklärt, ist das Los nicht irrational bzw. willkürlich, sondern arational: es schliesst jegliche Kalküle bzw. menschlichen Einflussnahmen aus.<sup>75</sup> Bereits im antiken Athen, den italienischen Republiken und den Kantonen und Republiken des Ancien régime diente das Losverfahren primär dazu, Konkurrenzkämpfe zwischen den an der Macht beteiligten Akteuren zu beschwichtigen.<sup>76</sup> Es leuchtet nicht ein, weshalb das Los nicht auch heute geeignet wäre, ein Ergebnis herbeizuführen, das von den Beteiligten und von der Bevölkerung akzeptiert wird.<sup>77</sup> Dass das von den Initiant(inn)en vorgeschlagene Verfahren in der öffentlichen Diskussion bis anhin nur von wenigen Stimmen klar befürwortet wurde, hat nicht zuletzt damit zu tun, dass die

<sup>69</sup> BALMELLI, „Quelques remarques“ (o. Anm. 34), S. 29. Eine gemischte Expertenkommission wird von KIENER als „das optimale Wahlgremium“ bezeichnet, sofern deren Zusammensetzung ausgewogen ist: KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 261. KIENER ist jedoch der Ansicht, dass ein solches Gremium lediglich Wahlvorschläge formulieren und nicht das letzte Wort haben sollte (S. 277–278). In diesem Sinne auch RASELLI, [in:] RASELLI & LIVSCHITZ, „Der Kreis“ (o. Anm. 11), S. 6–7. Eine gemischte Kommission hätte zudem den Vorteil, dass sie dem Anliegen der demokratischen Legitimation bis zu einem gewissen Grad Rechnung trüge.

<sup>70</sup> *Botschaft*, S. 6844; GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1257; BUNTING, „Election-by-lot“ (o. Anm. 36), S. 192. Angesichts der herausragenden Bedeutung, die der juristischen Expertise im Rahmen der richterlichen und *a fortiori* der bundesgerichtlichen Tätigkeit zukommt, lässt sich ein gewisser Elitismus jedoch kaum vermeiden.

<sup>71</sup> L. LANGER, „Richterwahlen: Die Akzeptanz ist zentral“, NZZ, 22. August 2018; GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1255; RUSSO, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 60; AMOOS PIGUET, „L'élection partisane des juges“ (o. Anm. 41), N. 12.

<sup>72</sup> M. BORGHI & F. DE ROSSA, „Le copinage, une forme de corruption pernicieuse et typique (mais sous-estimée) en Suisse“, [in:] B. PERRIN, P. MEYLAN, G. FIOLKA, M. A. NIGGLI & C. RIEDO (Hrsg.), *Droit pénal et criminologie – Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz*, Basel 2020, S. 243–258, S. 249. Siehe auch generell TSCHENTSCHER (o. Anm. 21), S. 246–247.

<sup>73</sup> „Oft gestellte Fragen und Antworten (FAQ) zur Justiz-Initiative“, <[www.justiz-initiative.ch/fileadmin/user\\_upload/Mitmachen/Material\\_herunterladen/FAQ\\_WEB\\_DE.pdf](http://www.justiz-initiative.ch/fileadmin/user_upload/Mitmachen/Material_herunterladen/FAQ_WEB_DE.pdf)>, S. 1.

<sup>74</sup> LIVSCHITZ, [in:] RASELLI & LIVSCHITZ, „Der Kreis“ (o. Anm. 11), N. 8.

<sup>75</sup> O. DOWLEN, „Sorting out sortition: A perspective on the random selection of political officers“, *Political Studies* 57 (2009), S. 298–315, S. 304–305; O. DOWLEN, „Le tirage au sort en politique“, *Revue Esprit* 377 (2011), S. 136–143, S. 137. Das Los kann jedoch willkürlich bzw. diskriminierend sein, wenn es dort eingesetzt wird, wo die Arationalität keinen Platz hat. So hat das schweizerische Bundesgericht die Anwendung des Loses zur Einstufung in eine bestimmte Lohnklasse als unrechtmässig erklärt: BGer, Urteil 2P.367/2001 vom 27. Februar 2002.

<sup>76</sup> M. MELLINA, „L'utilisation du tirage au sort dans la République helvétique: à la charnière de la disparition du hasard“, [in:] CHOLLET & FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens* (o. Anm. 61), S. 199–218, S. 211; DOWLEN, „Tirage au sort“ (o. Anm. 75), S. 140; DOWLEN, „Sorting out sortition“ (o. Anm. 75), S. 309.

<sup>77</sup> SCHINDLER, „Losverfahren“ (o. Anm. 42). *Contra* BUNTING, „Election-by-lot“ (o. Anm. 36), S. 170–171.

egalitäre Dimension und die Geschichte des Loses der schweizerischen Bevölkerung, aber auch den juristischen Fachkreisen wenig bekannt sind. Viertens sagt die soziologische Legitimation nichts über die normativen Gründe aus, die ungeachtet dieser faktischen Akzeptanz für ein bestimmtes Verfahren sprechen. Akzeptanz kann unberechtigt oder ungerechtfertigt sein, weshalb der normativen Legitimation eine zentrale Bedeutung beizumessen ist. Selbst wenn an dieser soziologischen Sichtweise festgehalten wird, darf die Akzeptanz ohnehin nicht bloss postuliert, sondern muss durch empirische Befunde gestützt werden. Dass die Justiz-Initiative zustande gekommen ist, ist ein Hinweis dafür, dass das Vertrauen von gewissen Teilen der Bevölkerung in die Richterwahlen nicht unerschütterlich ist. Ausserdem legt sie nahe, dass die Akzeptanz in massgeblicher Weise von der Unabhängigkeit der Gerichte abhängt.

### 3.2.4. Das Meritokratie-Argument

Ein weiteres, häufig vorgebrachtes Argument ist, dass das Losverfahren zur Auswahl von Personen führen könne, die für die zu füllende Vakanz nicht am besten geeignet seien.<sup>78</sup> Diese Gefahr nehme zu, je grösser der von der Fachkommission zusammengesetzte Kandidierenden-Pool sei.<sup>79</sup> Auch in der Vergangenheit wurde das Losverfahren dafür kritisiert, dass es „blind für Fähigkeiten und Verdienste“ sei.<sup>80</sup>

Dieses Argument widerspiegelt ein berechtigtes Anliegen: Richter(innen) müssen in der Lage sein, ihr Amt verantwortungsvoll auszuüben, was u.a. ausgezeichnete Kenntnisse des Rechts erfordert. Doch erstens sind die (faktisch am Parteiproporz) ausgerichteten Richterwahlen nicht besser geeignet als das vorgeschlagene Verfahren, die „fähigsten“ Kandidierenden auszuwählen. Sie führen sogar dazu, dass hochkompetente, aber parteilose Personen aus dem Verfahren ausscheiden. Es scheint plausibel, dass eine Fachkommission eher dazu geneigt wäre als das Parlament bzw. die Gerichtskommission und die darin vertretenen politischen Parteien, die Fähigkeiten der Kandidierenden als wichtiges Auswahlkriterium zu erachten.<sup>81</sup> Wie schon erwähnt ist die Geeignetheit der Kandidierenden primär mit Blick auf die verfassungsmässigen Anforderungen an die Gerichte zu beurteilen. Dies spricht dafür, die Fachkompetenzen und die persönliche Integrität der Kandidierenden besonders hoch zu gewichten,<sup>82</sup> wie es die Initiative auch verlangt. Zweitens wurde das Losverfahren in der Vergangenheit u.a. gestützt auf meritokratische Überlegungen eingesetzt.<sup>83</sup> In der früheren Republik Bern wurde es z.B. eingeführt, um Wahlabsprachen und Stimmenkäufe zu vermeiden, die zum Ausschluss kompetenter, aber nicht gut vernetzter Personen führten.<sup>84</sup> Genau diese Art von Exklusion besteht heutzutage in Bezug auf Parteilose. Welche Eigenschaften die „Besten“ haben sollten, ist drittens ohnehin umstritten bzw. hängt

<sup>78</sup> Botschaft, S. 6823, 6839, 6843.

<sup>79</sup> Botschaft, S. 6839.

<sup>80</sup> N. WEBER, „Gott würfelt nicht. Losverfahren und Kontingenzbewältigung in der Republik Bern (17. und 18. Jahrhundert)“, [in:] CHOLLET & FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens* (o. Anm. 61), S. 47–65, S. 58; DOWLEN, „Sorting out sortition“ (o. Anm. 75), S. 299.

<sup>81</sup> VANDAMME & BELLO HUTT, „Selecting constitutional judges“ (o. Anm. 67), S. 10; RASELLI, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 278.

<sup>82</sup> Statt vieler BALMELLI, „Quelques remarques“ (o. Anm. 34), N. 27. Das von BUNTING vorgeschlagene Losverfahren orientiert sich weniger stark an den Fachkompetenzen, wohl aber an der Integrität: BUNTING, „Electon-by-lot“ (o. Anm. 36), S. 175–179.

<sup>83</sup> Siehe z.B. M. HARIVEL, „La pratique du tirage au sort électoral dans les républiques de Gènes et de Venise (XVI<sup>e</sup>–XVIII<sup>e</sup> siècles)“, [in:] CHOLLET & FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens* (o. Anm. 61), S. 25–42, S. 39; DOWLEN, „Sorting out sortition“ (o. Anm. 75), S. 299–300.

<sup>84</sup> WEBER, „Gott würfelt nicht“ (o. Anm. 80), S. 50, 54.

### *Sollten die höchsten Richterinnen und Richter im Losverfahren bestimmt werden?*

von einem subjektiv gefärbten Urteil ab. Dies gilt auch für die Auswahl von Bundesrichter(inne)n.<sup>85</sup> Insofern ist die Forderung der Initiant(inn)en sowie von einem Teil der Lehre nach objektiven Selektionskriterien zumindest teilweise illusorisch, obwohl solche Kriterien weniger Platz für willkürliche Entscheidungen lassen und deshalb grundsätzlich zu begrüssen sind.<sup>86</sup>

#### 3.2.5. Das Regress-Argument

Das Regress-Argument besagt, dass sich die von den Initiant(inn)en kritisierte Problematik auf die von ihnen vorgeschlagene Fachkommission verlagere, da deren Unabhängigkeit nicht garantiert sei.<sup>87</sup> Wie Andreas Glaser zu Recht hervorhebt, ist dieses Gremium „die grösste Unbekannte im Rahmen der Justiz-Initiative und damit der entscheidende Faktor für die Reichweite der vorgeschlagenen Reform in der Praxis“.<sup>88</sup> Aufgrund der grossen Bedeutung, die der Fachkommission im vorgeschlagenen Auswahlverfahren zukommt, bezeichnet Glaser das vom Initiativkomitee geforderte Losverfahren als „Feigenblatt“.<sup>89</sup>

Tatsächlich besteht das Risiko, dass eine Fachkommission genauso politisiert wäre wie das Parlament, und dies in einer weniger transparenten Weise (siehe aber vorne, Ziff. 3.2.1).<sup>90</sup> Sie könnte sogar einseitiger sein als die Bundesversammlung, in der verschiedene politische Kräfte vertreten sind. Das Regress-Argument betont wie die Initiant(inn)en, dass die Unabhängigkeit des Bestellungsorgans zentral ist. Andererseits scheint es unwahrscheinlich, dass eine Fachkommission abhängiger wäre als das Parlament, das von parteipolitischen Interessen geleitet ist.<sup>91</sup> Im Gegenteil wäre eine zumindest teilweise Entpolitisierung des Verfahrens – und somit ein geringeres Risiko der institutionellen Korruption – zu erwarten.<sup>92</sup> So oder so ist es aufgrund der Vorlage nicht möglich, dies abschliessend zu beurteilen, da die Initiant(inn)en die Zusammensetzung der Kommission und die ausführlichen, auf die Vorselektion anwendbaren Verfahrensnormen offen lassen. Das Regress-Argument ist aber insofern vorschnell, als es die fehlende Unabhängigkeit der Kommission vorwegnimmt. Dabei könnten – und müssten – Mechanismen eingeführt werden, die dazu beitragen, dass sich die Kommission tatsächlich an den ihr vorgegebenen Auswahlkriterien und den persönlichen Fähigkeiten der Kandidierenden orientiert und nicht an deren Zugehörigkeit zu einer Gruppe.<sup>93</sup> Diese Herausforderung stellt sich auch in zahlreichen anderen Auswahlver-

<sup>85</sup> BUNTING, „Election-by-lot“ (o. Anm. 36), S. 193.

<sup>86</sup> Zur Relativität solcher Urteile im Allgemeinen siehe M. LAMONT, *How Professors Think: Inside the Curious World of Academic Judgment*, Cambridge MA 2009. Zu den Vor- und Nachteilen meritokratischer Auswahlverfahren siehe O. AMMANN, „Passports for sale: How (un)meritocratic are citizenship by investment programmes?“, *European Journal of Migration and Law* 22 (2020), S. 309–337.

<sup>87</sup> *Botschaft*, S. 6843; GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1259; Russo, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 52; LANGER (o. Anm. 71). Siehe auch allgemein KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* (o. Anm. 2), S. 261.

<sup>88</sup> GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1258. Siehe auch *Botschaft*, S. 6823; Russo, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 47.

<sup>89</sup> GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1259–1260. Siehe auch Russo, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 57.

<sup>90</sup> VANDAMME & BELLO HUTT, „Selecting constitutional judges“ (o. Anm. 67), S. 9; BUNTING, „Election-by-Lot“ (o. Anm. 36), S. 192.

<sup>91</sup> VANDAMME & BELLO HUTT, „Selecting constitutional judges“ (o. Anm. 67), S. 9; M. LUMINATI, „Richterliche Unabhängigkeit: Justizrat als Alternative“, *NZZ*, 13. September 2019.

<sup>92</sup> VANDAMME & BELLO HUTT, „Selecting constitutional judges“ (o. Anm. 67), S. 12.

<sup>93</sup> VANDAMME & BELLO HUTT, „Selecting constitutional judges“, S. 16.

fahren, etwa an den Hochschulen, und wird von den betroffenen Institutionen immer proaktiver angegangen.<sup>94</sup>

### 3.2.6. Das Traditions-Argument

Schliesslich wird regelmässig vorgebracht, dass das Losverfahren nicht mit der schweizerischen Rechtstradition vereinbar, sondern „systemfremd“ sei.<sup>95</sup> So merkt der Bundesrat an, dass die Richterbestellung per Los weder auf Bundesebene noch in den Kantonen praktiziert werde.<sup>96</sup> Die Fälle, in denen das Los aktuell zum Zug komme, hätten eine andere Funktion als das von den Initiant(inn)en vorgeschlagene System.<sup>97</sup> Alfio Russo argumentiert, dass das Losverfahren in den Kantonen in der Vergangenheit primär als Mittel zur Bekämpfung der Bestechung eingesetzt worden sei, und nicht zur Gewährleistung der Chancengleichheit.<sup>98</sup> Was die Praxis des Losverfahrens im antiken Athen betrifft, wird eingewendet, dass diese zu weit entfernt von der heutigen Realität sei.<sup>99</sup> Entsprechend wird regelmässig vorgebracht, dass die Justiz-Initiative zwar legitime Ziele verfolge, diese aber mit den falschen Mitteln zu erreichen versuche.<sup>100</sup>

Auch dieses Argument überzeugt in mehreren Hinsichten nicht. Erstens wurde das Losverfahren in der Vergangenheit in zahlreichen Kantonen (z.B. Glarus und Schwyz) und Städten (wie etwa der Republik Bern) in der Schweiz angewendet, und zwar mehrheitlich im Rahmen von Personalentscheidungen.<sup>101</sup> Ziel war in der Tat u.a. die Bekämpfung der Wahlbestechung.<sup>102</sup> Glarus verbot das Losverfahren erst im Jahr 1836,<sup>103</sup> im Kanton Schwyz wurde es bis 1718 praktiziert.<sup>104</sup> Die Helvetische Verfassung von 1798 sah vor, dass das Losverfahren u.a. in der Justiz zur Anwendung kam.<sup>105</sup> Dies war auch im Kanton Genf der Fall, wo das Los sogar bis zum Jahr 2010 zum Einsatz kam. Das Los kann somit nicht als „Fremdkörper“ bezeichnet werden. Zweitens – und dies wird vom Bundesrat in seiner Botschaft auch anerkannt – wird das Losverfahren heute noch eingesetzt, wenn auch in Situationen, die (wie sollte es anders sein?) nicht genau gleich gelagert sind wie die Richterwahlen. Dass die Bundesrichterwahl seit der Gründung des Bundesstaates praktiziert wird, ist schliesslich kein hinreichender Grund, sie beizubehalten.<sup>106</sup> Dies umso weniger angesichts der Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit, die sich aus diesem Verfahren ergeben.

<sup>94</sup> Etwa durch Sensibilisierungsmassnahmen in Bezug auf unbewusste Vorurteile sowie durch inklusive Auswahlkriterien.

<sup>95</sup> *Botschaft*, S. 6838, 6843; GLASER, „Justiz-Initiative“ (o. Anm. 11), S. 1259–1260; Russo, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 65.

<sup>96</sup> *Botschaft*, S. 6838.

<sup>97</sup> *Botschaft*, S. 6827.

<sup>98</sup> Russo, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 65. Siehe dazu eingehend DUPUIS (o. Anm. 64).

<sup>99</sup> LANGER, „Richterwahlen“ (o. Anm. 71).

<sup>100</sup> *Botschaft*, S. 6838; Russo, „Des juges tirés au sort“ (o. Anm. 11), N. 83; RASELLI, [in:] RASELLI & LIVSCHITZ, „Der Kreis“ (o. Anm. 11), S. 7.

<sup>101</sup> Siehe die Beiträge in CHOLLET & FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens* (o. Anm. 61).

<sup>102</sup> Siehe z.B. Y. SINTOMER, „A child drawing lots: The ‚pathos formula‘ of political sortition?“, [in:] CHOLLET & FONTAINE (Hrsg.), *Erfahrungen des Losverfahrens* (o. Anm. 61), S. 223–253, S. 229.

<sup>103</sup> DUPUIS, „Un remède désespéré“ (o. Anm. 64), S. 84.

<sup>104</sup> DUPUIS, „Un remède désespéré“ (o. Anm. 64), S. 70.

<sup>105</sup> MELLINA, „L’utilisation du tirage“ (o. Anm. 75), S. 202–203, 208.

<sup>106</sup> Die Geschichte zeigt, dass das Traditions-Argument immer wieder benutzt wurde, um diskriminierende Regelungen zu legitimieren. Siehe hierzu etwa M. WOLLSTONECRAFT, *A Vindication of the Rights of Woman*, New Haven – London 2014, S. 40. Zudem bemerkt RASELLI, dass das aktuelle Wahlverfahren seit einigen Jahren „unverkennbar seine Schwächen [offenbart]“: N. RASELLI, „Richterliche Unabhängigkeit“, *Justiz – Justice – Giustizia* (2013), N. 16.

#### 4. Schlussfolgerung

Wie im vorliegenden Beitrag dargelegt wurde, ist das schweizerische System der Bundesrichterwahlen anfällig für institutionelle Korruption. Weil die Unterstützung einer politischen Partei faktisch notwendig ist, um von der Bundesversammlung ans Bundesgericht (wieder)gewählt zu werden, entsteht eine Abhängigkeit der Bundesrichter(innen) von diesen politischen Akteuren. Dies ist höchst problematisch, da gemäss Art. 191c der BV die Gerichte „nur dem Recht verpflichtet“ sein dürfen.

Die Justiz-Initiative versucht, dieser institutionellen Korruption entgegenzutreten, indem sie eine Vorauswahl der Kandidierenden durch eine Fachkommission, eine Bestellung per Losverfahren sowie die Abschaffung der Wiederwahl fordert. Diese Vorlage hat bis anhin skeptische Reaktionen ausgelöst, und dies sowohl seitens der Politik als auch seitens der Justiz und der rechtswissenschaftlichen Lehre. Diese skeptischen Stimmen verkennen oft die egalitäre Dimension des Loses sowie dessen Bedeutung in der Geschichte der Schweiz. Der vorliegende Beitrag hat ausserdem zu zeigen versucht, dass die wichtigsten Argumente, die bisher gegen die Justiz-Initiative vorgebracht worden sind, nicht wirklich zu überzeugen vermögen. Dies bedeutet nicht, dass der Initiative kein überzeugender direkter Gegenentwurf oder indirekter Gegenvorschlag gegenübergestellt werden könnte, der einen Beitrag zur Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit leisten könnte. Die arationale Dimension des Loses, d.h. seine Undurchlässigkeit für jede Art von menschlicher Einflussnahme,<sup>107</sup> macht das Losverfahren jedoch zu einem einzigartigen Mechanismus zur Bekämpfung der institutionellen Korruption.

Im Rahmen der noch bevorstehenden öffentlichen Auseinandersetzung mit dieser Vorlage muss die richterliche Unabhängigkeit einen besonders hohen Stellenwert einnehmen. Dabei ist zu bedenken, dass diese keineswegs optional ist oder ein Privileg der Bundesrichter(innen) darstellt: die richterliche Unabhängigkeit dient in erster Linie dem Schutz der von der Rechtsprechung betroffenen Individuen<sup>108</sup> sowie der Funktionsfähigkeit der Justiz als Institution. Wie Pierre Rosanvallon schreibt: „L'indépendance des juges vis-à-vis [du pouvoir législatif] est (...) un moyen indirect de rendre ce dernier plus dépendant de tous.“<sup>109</sup>

*Odile Ammann*

#### Odile Ammann

Odile Ammann, Prof. Dr. iur., LL.M., ist ausserordentliche Professorin an der Fakultät für Rechts-, Kriminalwissenschaften und öffentliche Verwaltung der Universität Lausanne.

Odile Ammann  
Université de Lausanne  
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique  
Quartier UNIL-Chamberonne  
1015 Lausanne  
Schweiz  
e-mail: odile.ammann@unil.ch

<sup>107</sup> DOWLEN, „Sorting out sortition“ (o. Anm. 75), S. 308.

<sup>108</sup> J. FONJALLAZ, „Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile“, *AJP* (2011), S. 49–58, S. 57; FELBER, „Problematische Kür“ (o. Anm. 58), N. 5.

<sup>109</sup> ROSANVALLON, *La légitimité démocratique* (o. Anm. 53), S. 221.