

Inakzeptable Infragestellung der richterlichen Unabhängigkeit

Ein Kommentar von Roberto Bernhard

Zu den wertvollsten Errungenschaften moderner Rechtsstaatlichkeit, zu den unabdingbaren Bestandteilen eines Rechtsstaates gehört die Unabhängigkeit seiner Richter von politischen Einflussnahmen und von gesellschaftlichen Druckversuchen. Richter müssen auf der Grundlage des Gesetzes nach bestem Wissen und Gewissen entscheiden können. Daran führt nichts vorbei, so lange in einem Staat das Legalitätsprinzip, die Gesetzmässigkeit der Rechtsprechung, gewährleistet sein soll.

Sinn und Notwendigkeit der Gewaltentrennung

Zur organisatorischen Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit gehört die Trennung der Staatsgewalt in drei Organbereiche: in die gesetzgebende Gewalt, in die bei Streitigkeiten und Straffälligkeit rechtsprechende Gewalt und in die vollziehende Gewalt. Diese Gewaltenteilung verhindert die Vermengung dreier Grundfunktionen, also deren Konzentration in einer Hand – eine Garantie gegen monarchischen Absolutismus und diktatorische Allgewalt. Angedacht wurde diese Gewaltenteilung durch den englischen Erkenntnistheoretiker John Locke (1632-1704). Vollends durchdacht hat die Gewaltenteilung der französische Rechtsphilosoph Montesquieu (1689-1755) – mit vollem Namen Charles-Louis Montesquieu de Secondat, Baron de la Brède. Beide gehören zu den Schöpfern der modernen Staatsidee, die in unserem Lande – so haben wir es gelernt – längst als Selbstverständlichkeit durchgesetzt hat.

Die umstrittenen Gerichtsbefunde

Leider wird diese Selbstverständlichkeit neuerdings auch in West- und Mitteleuropa stellenweise in Frage gestellt. Spätestens Ende Juli 2019 ist dies nun auch in unserem Lande geschehen. Das ist eine sehr ernst zunehmende Fehlentwicklung. Gerade wenn man Mitglied der Neuen Helvetischen Gesellschaft (NHG) ist, sollte man nicht darüber hinwegsehen. Als Nachfolgerin der von 1761 bis 1858 für einen aufgeklärten, modernen eidgenössischen Staat eintretenden „alten“ Helvetischen Gesellschaft hat die 1914 zur Abwehr nationaler Zerfallserscheinungen gegründete NHG eine ererbte Verpflichtung, die rechtsstaatlichen Grundsätze hochhalten zu helfen.

Diese Pflicht muss derzeit aktiviert werden. Anlass dazu geben einige politische Reaktionen auf ein diskutables Bundesgerichtsurteil vom 26. Juli 2019 (Prozessnummer 2C_653/2018). Mit drei gegen zwei Stimmen hat die II. Öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes aufgehoben. Damit wird bewirkt, dass den französischen Behörden die persönlichen Daten der Inhaber unzähliger Konti bei einer Schweizer Bank, deren Existenz den französischen Behörden mit deutscher Hilfe bekannt wurde, auf dem Rechtshilfeweg herauszugeben sind.

Zu beurteilen hatten die Bundesrichter dabei, ob es sich bei dem Rechtshilfebegehren um eine verbotene „fishing expedition“ handle. Das heisst, ob ohne zureichende Verdachtselemente blindlings eine Menge Daten eingefordert wurden, um aus dieser Menge allfällige Steuerdelinquenten herauszufiltern. Nur schon der Besitz eines Kontos in der Schweiz würde dann als Steuerdeliktsverdacht genügen.

Ein zweiter Punkt war, ob Frankreich die von der Schweiz zur Verfügung gestellten Informationen einzig zur Steuerfahndung benützen würde. Im Falle der Gewährung von

Rechtshilfe gilt nämlich das Prinzip ihrer „Spezialität“. Dies bedeutet, dass die gelieferte Information nur für den Rechtshilfegrund, nicht aber für einen anderen Zweck, etwa ein anderes Verfahren, verwendet werden darf. Im vorliegenden Fall dürfte also Frankreich die auf dem Rechtshilfeweg von der Schweiz erlangten Daten nicht für ein Strafverfahren gegen die Bank verwenden, bei welcher sich die in Frage stehenden Konten befinden.

Die Mehrheit der Bundesrichter befand, man dürfe darauf vertrauen, dass Frankreich diese „Spezialität“ respektiere. Die Minderheit und einige Prozessbeobachter glauben auf Grund von Erfahrungen mit unserem Nachbarstaat dergleichen nicht. Das Mindeste, das sie erwartet hätten, wäre, dass das Bundesgericht die Bewilligung der Rechtshilfe an eine ausdrückliche französische Erklärung geknüpft hätte, wonach die „Spezialität“ der Rechtshilfe gewahrt bleibe.

Es gibt auch aus der Sicht des Schreibenden gute Gründe, um zu finden, das Bundesgericht hätte anders entscheiden sollen. Die Neue Zürcher Zeitung vom 27. Juli 2019 kritisierte mit Fug, Votes aus der Richtermehrheit wirkten zeitweise weltfremd. Dies liess sich denn auch aus rein rechtlicher, aus sachlicher Überlegung so anmerken.

Politische Entgleisung

Ganz anders reagierten namhafte Politiker einer Partei, der einer der Mehrheitsrichter angehört, einer Partei, die sich gegenüber Ausländischem gerne kritisch verhält und von einem ihr angehörenden Gerichtsmitglied eine ähnliche, ausländische Rechtshilfewünschen gegenüber weniger kulante Haltung erwartet hätte. Bei diesen Politikern blieb es nicht bei einer Kritik an dem Bundesgerichtsurteil, die sich auf rechtliche Argumente beschränkt hätte, drohte doch der eine dem als „parteieigen“ angesehenen Bundesrichter Nichtwiederwahl an. Ein anderer Nationalrat erwog sogar die Einführung eines Amtsenthebungsverfahrens gegen Bundesrichter, die Gesetze missachteten (wobei in einem Fall wie dem vorliegenden gerade strittig ist, ob eine solche Missachtung feststellbar sei). Ein dritter verstieg sich gar zur unwahren Behauptung, der betreffende Richter sei ihrer Fraktion durch andere Parteien aufgedrängt worden. In Wirklichkeit hatte die Partei den Mann einmal zur Wahl als ausserordentlicher und später ebenso vergeblich als ordentlichen Bundesrichter empfohlen. Letzteres wurde er schliesslich erst auf Grund einer dritten, von seiner Partei veranlassten Kandidatur, und das nur knapp und erst in einem dritten Wahlgang.

Bei dieser Polemik ist offenbar übersehen worden, dass man sich mit den dabei zum Ausdruck gebrachten Bestrebungen amerikanischen Verhältnissen nähert, in denen die Besetzung von Richterämtern zur Durchsetzung bestimmter ideologischer Tendenzen politisch gesteuert wird. Die sich sonst gerne stramm eidgenössisch gebenden nationalrätlichen Richterkritiker haben sichtlich nicht gemerkt, dass sie sich damit nach einem ausländischen, aber sicher nicht nach einem schweizerischen Vorbild richten.

Die Polemik, mit der diese Parlamentarier die Entfernung eines oder mehrerer Richter aus dem Amt in Betracht zu ziehen versuchten, ist schlicht und einfach eine Missachtung der verfassungsmässigen Gewaltenteilung und ein Versuch von Mitgliedern der Legislative, die von der Politik unabhängige Rechtsprechung auszuhebeln. Man will Angst vor einem Amts- und Stellenverlust erzeugen, um eine parteigenehme Art der Urteilsfällung zu erzwingen. Dies ist in einem Rechtsstaat nicht akzeptabel.

Gerichtssentscheide können immer wieder unterschiedliche Beurteilung durch deren Beobachter hervorrufen. Die Rechtslage räumt nicht selten einen Entscheidungsspielraum ein, der unterschiedlich benützt werden kann. Darüber hinaus ist kein Gericht vor gelegentlichen Fehlurteilen gefeit. Ausserdem gelangen Gerichte hie und da dazu, ihre eigene, sogar lange Zeit geübte Rechtsprechung aus neuen Überlegungen zu revidieren. Das alles gehört zum Metier der Richter und ist kein Grund, sie wegen Nichtgefallens eines Urteils ihres Amtes entheben zu wollen.

Besserer Weg wäre verfügbar

Ausserdem steht Parlamentariern, welche mit einer Gerichtspraxis nicht einverstanden sind, ein korrekter Weg für ihr Anliegen offen. Sie müssten nur dafür sorgen, dass die Gesetzgebung in ihrem Sinne geändert wird, so dass die Gerichtsurteile entsprechend ausfallen. Dafür brauchen sie allerdings im Parlament und gegebenenfalls sogar bei den Stimmberechtigten eine Mehrheit – nicht immer ganz einfach! Es ist ausserdem nicht ganz selten, dass das Bundesgericht selber mit dem ihm gesetzlich auferlegten Zwang, auf eine bestimmte Art zu urteilen, unzufrieden ist. Dann kann es vorkommen, dass es in einer Urteilsbegründung dem Gesetzgeber nahelegt, das Gesetz so zu ändern, dass es befriedigendere Urteile fällen kann.

Deshalb sollte niemand behaupten wollen, die Bundesversammlung als höchste Landesbehörde müsse, um unerwünschte Folgen einer Gerichtspraxis zu vermeiden, personelle Wechsel in der Zusammensetzung des Gerichtes vornehmen. Der Gesetzgeber ist es ja, der die rechtlichen Bestimmungen aufstellt, die der Richter zur Anwendung bringt. Je weniger eindeutig diese Bestimmungen sind, desto grösser ist der richterliche Auslegungsspielraum.

Was vermutlich auch noch nottut, ist eine Stärkung rechtlichen Denkens bei Politikern. Die heutige Zeit bringt es mit sich, dass immer mehr Bereiche von grosser allgemeiner politischer oder wirtschaftlicher Tragweite verrechtlicht und damit in die Zuständigkeit der Gerichte verschoben werden. Die gesetzgebenden Politiker sind daran nicht unschuldig. Auch die Tendenz, alle möglichen behördlichen Entscheide vor einem Gericht anfechtbar zu machen – ein Ausfluss erhöhten Rechtsschutzbedürfnisses –, wirkt in die gleiche Richtung. Es entstehen Dissonanzen zwischen der einzig der Rechtsanwendung verpflichteten Justiz und politischen Bedürfnissen, die letzten Endes der Opportunität verbunden sind. Das aber ist nichts, das den einzig dem Gesetz und nicht irgendwelchen Nützlichkeitsabwägungen verpflichteten Richtern vorgeworfen werden kann. Mit rechtlichem Denken vertraute Politiker wären sich dessen voraussichtlich bewusst und würden der auf einer anderen Ebene arbeitenden Justiz nicht mit politischen Zumutungen und Drohungen Abwege nahelegen. Korruption herrscht nicht nur dort, wo die Justiz käuflich ist, sondern auch dort, wo es gelingt, sie einzuschüchtern.

Kritik, die auf die Sache, nicht auf die Person zielt

Es ist ohnehin nicht so, dass das Bundesgericht in rechtlichen Sachfragen sich völlig selbstherrlich und vom gesellschaftlichen Umfeld abgehoben bewegen würde. In menschenrechtlichen Angelegenheiten steht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte über ihm und gibt die Richtung vor. Ausserdem steht das Bundesgericht unter ständiger Beobachtung durch Medien und Rechtswissenschaft. Die mediale Aufmerksamkeit kann von verschiedener Qualität sein, aber durchaus objektive und wertvolle Anregungen hervorbringen. Das sachliche Ringen um die Findung des richtigen Rechts ist auf alle Fälle ein zentrales Anliegen der Rechtswissenschaft. Die Gerichte halten dies in ihrem Augen-

merk. Denn hier finden sie nicht nur alternative Meinungen, sondern Anregung und Lösungen für sie beschäftigende Probleme. Richtersein ist eine Tätigkeit, die mit einem ununterbrochenen Lernvorgang verbunden bleibt. Fruchtbar wird er jedoch nur, wo freie Meinungsbildung möglich ist. Persönliche Pressionen sind kontraproduktiv.

Wann kommen personelle Konsequenzen in Frage?

Der Ruf, Richter aus ihrem Amte zu entfernen, hat nur in zwei Situationen eine Berechtigung: bei Amtsunwürdigkeit und bei Amtsunfähigkeit. Letztere ist nicht einfach dann gegeben, wenn ein Richter anders urteilt, als es Beobachtern lieb ist. Rechtsprechung heisst immer wieder, zwischen gegensätzlichen Meinungen die Wahl treffen.

Der Schreibende ist 42 Jahr lang beim Bundesgericht akkreditierter Prozessbeobachter gewesen. In dieser Zeit hat er es lediglich erlebt, dass ein Ersatzrichter und ein vollamtlicher Bundesrichter ihres Amtes nicht mehr würdig befunden wurden – aus durchaus triftigen Gründen. Beide wurden von ihren Kollegen von der Mitwirkung an Prozessen freigestellt. Der eine wurde darauf nicht mehr wiedergewählt; der andere konnte schliesslich zum Rücktritt bewogen werden.

Und in all den 42 Jahren hat es nur einen Bundesrichter gegeben, dessen Amtsfähigkeit allenfalls hätte in Frage gestellt werden können. Denn der Schreibende kann sich nicht erinnern, dass je ein Antrag dieses Richters vom Richterkollegium gutgeheissen worden wäre. Das hing offensichtlich mit der Qualität seiner Vorbringen zusammen. Doch er blieb unangefochten im Amt. Die Kollegialjustiz sorgte dafür, dass die Rechtsprechung gleichwohl funktionierte.

Demokratie und Richterwahl

In der Schweiz ist die Wahl der Richter durch das Volk oder durch die Volksvertretung die Regel. Der Gedanke, der hinter diesem Wahlverfahren steht, ist nicht zuletzt der, die verschiedenen, im Volke feststellbaren Weltanschauungen und Mentalitäten sollten sich auch in der Zusammensetzung der Gerichte widerspiegeln können. Es geht um eine Abbildung einer Vielfalt, aus der eine gemeinsame Resultante hervorgehen sollte. Gemeint ist damit nicht, wie in der Politik, ein tragbarer Kompromiss. Die Idee ist vielmehr, dass die Richter aus ihrer verschiedenen gesinnungsmässigen Herkunft nach bestem Wissen und Gewissen um die Erkenntnis des objektiven Sinnes des Gesetzes ringen sollen, dem allein sie verpflichtet sind.

Es geht dabei nicht um einen Wettstreit von Ideologien mit dem Endziel eines Sieges der einen über die andere. Vielmehr soll das Bestreben nach sachgerechter Rechtsfindung nicht leugnen, dass jeder Richter seinen eigenen mentalitätsmässigen Hintergrund, sein eigenes Herkommen hat. Es ist der Akzeptanz der Rechtsprechung dienlich, wenn die hauptsächlichsten Gesinnungsfamilien des Staatsvolkes in ihrem Schosse vertreten sind. Dies stärkt die Legitimität der Justiz. Was der objektive Sinn eines Gesetzes ist, kann ein Richter nur mit dem geistigen Werkzeug ermitteln, das ihm sein Herkommen mitgegeben hat. Darum geht es und nicht um möglichste Durchsetzung ideologischer oder parteipolitischer Richtungen. Das ist ein feiner Unterschied, der aber fast jedem, der in der Justiz tätig ist, vertraut wird und bleibt. Man mag darin einen Spagat zwischen individueller Gesinnung und Bemühung nach Objektivität sehen. Es handelt sich jedoch erfahrungsgemäss um etwas durchaus Machbares. Es mag sein, dass Politiker, die sich gewohnt sind, nur ihrem Parteistandpunkt zum Durchbruch zu verhelfen, sich das schwer vorstellen können. Aber

eben darum soll die Politik sich in ihrer Domäne abspielen und der Justiz die dieser zukommende und nötige andere lassen.

Die Richterwahl durch politische Organe wird allerdings heute von verschiedener Seite in Frage gestellt. Es gibt internationale Bestrebungen, Richter nur durch Fachgremien ernennen zu lassen. Die Frage ist dann allerdings, wer diese Fachgremien zusammenstellt – und wie... und wer das dann allenfalls wieder beaufsichtigt. Im Inland wird derzeit versucht, dem Gedanken einen Boden zu legen, ein solches Fachgremium könnte für jeden zu besetzenden Richterposten Vorschläge machen, aus denen dann die endgültige Wahl durch das Los getroffen würde. Ob ein solches Vorgehen der Akzeptanz und der Legitimität der richterlichen Arbeit förderlich wäre, müsste sich indessen erst noch weisen.

Es ist zwar durchaus möglich, dass eine Richterwahl durch ein Fachgremium erleichtert, die Wägsten und Besten in Amt zu hieven. Das Risiko einer gewissen Inzucht im Elfenbeinturm müsste jedoch im Auge behalten werden. Das Ziel, von den weltanschaulichen Hintergründen der Kandidaten abstrahieren zu könne, bleibt indessen fragwürdig. Bleiben sie unberücksichtigt, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich hinter dem Blick auf das fachliche Können am Schluss eine ungleichgewichtige Anhäufung von Persönlichkeiten einer bestimmten weltanschaulichen Ausrichtung ergibt. Im Zeitalter, in dem unentwegt nach Transparenz gerufen wird, kann die demokratische Richterwahl mit der unvermeidlichen Mitwirkung ihrer Hilfsorgane, der politischen Parteien, am Ende doch das transparenteste Verfahren sein. Eines seiner Nachteile ist, dass parteilose Kandidaten, mögen sie noch so hervorragend sein, selten zum Zuge kommen. Die Folge ist, dass Persönlichkeiten, welche eine Richterlaufbahn erhoffen, sich bisweilen dazu einer aussichtsreichen Partei anschliessen, zu der ihre Beziehung eigentlich eher lau ist.

Die entsprechende Volksinitiative von Adrian Gasser für einen Artikel 188a der Bundesverfassung will die Bundesrichter durch das Los bestimmen lassen. Dabei sei (lediglich) auf eine angemessene Vertretung der Amtssprachen zu achten. Die Zulassung zur Losziehung soll ausschliesslich durch objektive Kriterien der beruflichen und persönlichen Eignung bestimmt werden. Über die Zulassung soll eine vom Bundesrat auf eine einzige Amtsdauer von zwölf Jahren ernannte Fachkommission entscheiden. Deren Mitglieder müssten von Behörden und politischen Organisationen unabhängig sein. (Dabei ist unklar, ob damit z.B. kantonale Richter oder Parteimitglieder ausgeschlossen wären oder ob sie bloss nicht nach Instruktionen jener sonstigen Gremien, denen sie angehören, stimmen dürften. Unklar ist auch, ob das Los jeweils über einen Zweier- oder aber über einen Mehrfachvorschlag entscheiden müsste.)

In einem so in der Demokratie verwurzelten Volk mit derart unterschiedlicher sprachlich-kultureller Prägung wie dem unsrigen dürfte die demokratische und damit auf Vorschlag von Parteien erfolgende Bundesrichterwahl samt dem damit verbundenen Proporzgedanken indessen im Vordergrund bleiben. Gerade bei einem so grossen Gremium wie dem Bundesgericht liegt es nahe, eine breite Repräsentation von Ethnien, Kantonen und Mentalitäten zu verwirklichen und dadurch der nationalen Vielfalt einen legitimierenden Ausdruck zu verleihen.

Die Erfahrung zeigt, dass die Parteizugehörigkeit der Bundesrichter nur eine bescheidene und damit die ihr zuge dachte Rolle spielt. Ausnahmen bestätigen die Regel. Diese Erfahrung legt dar, dass sich die Bundesrichter in aller Regel ihrer vorrangigen Ver-

pflichtung auf das Gesetz bewusst sind. Von da her drängt sich eine Änderung des Wahlsystems kaum auf.

Anders sähe es freilich aus, wenn die wählenden Volksvertreter mehrheitlich zur Auffassung gelangten, die von ihnen vorgeschlagenen Richter müssten Botschafter ihre Parteidoktrin sein. Diese Art der Politisierung der Justiz wäre jedoch ein einschneidender Kulturwandel und eine böse Bresche im System der Rechtsstaatlichkeit. Um Dergleichen nicht einreissen zu lassen, muss jetzt schon Tendenzen wie den eben manifestierten, aus Bundesrichtern stramme Parteisoldaten machen zu wollen, entschieden entgegengetreten werden.

Ein vermittelnder Vorschlag

Alt Bundesrichter Raselli hat sich zu dieser Initiative geäußert. Sein Hauptargument dagegen ist, eine Richterwahl legitimiere sich dadurch, dass jemand dafür die Verantwortung übernehme. Das Los übernehme jedoch keine Verantwortung. Vorkehren seien indessen nötig, um Richter politischem Einfluss ihrer Wählerschaft zu entziehen. Dafür gebe es zwei mögliche Lösungen. Die eine bestände darin, Richter auf eine lange Periode, auf Lebenszeit bzw. bis zur Pensionierung, zu wählen. Dann müsste freilich ein Amtsenthebungsverfahren für den Fall eintretender Amtsunfähigkeit oder Amtsunwürdigkeit eingeführt werden. (Dazu ist zu bemerken, dass eine solche Enthebung wohl einer judiziarischen Behörde anvertraut werden müsste.) Die andere, von Raselli anscheinend bevorzugte Lösung wäre, das Vorschlagsrecht einem Fachgremium vorzubehalten, die Wahl oder Bestätigung dagegen dem Parlament zu überlassen. Nach Rasellis Meinung würde dieses sich den Vorschlägen des Fachgremiums schwerlich entziehen. Von Bedeutung sei ein Vorgehen, das die Abbildung der gesellschaftlichen Kräfte sicherstelle.

Diese zweite Lösungsanregung müsste allerdings noch verfeinert werden: Wer ernannt das Fachgremium? Soll und kann es aus einer objektivierenden Sicht heraus für die Vertretung der wichtigsten gesellschaftlichen Gesinnungsfamilien sorgen? Wäre die Bundesversammlung vollständig an die Vorschläge des Fachgremiums gebunden? Dürfte sie, wenn die ihr unterbreiteten Kandidaturen inakzeptabel erschienen, nur auf die Wahl verzichten oder eigenen Vorschlägen folgen? Die Tatsache, dass Bundesrichter heutzutage der sie portierenden politischen Partei von ihrem Salär eine Parteisteuer zu entrichten haben, wäre ohnehin ein noch zu überprüfendes Thema.

Schlussfolgerung

Spätestens mit der Gasserschen Initiative ist die Diskussion einer „Versachlichung“ der Bundesrichterwahlen in Gang gebracht. Diese Diskussion kann nützlich sein. Nicht aus den Augen zu lassen ist dabei allerdings, dass das aktuelle Hauptproblem nicht im gegenwärtigen Wahlverfahren liegt. Vielmehr besteht es aus den unerhörten und gefährlichen Angriffen von Politikern auf die Unabhängigkeit bereits gewählter Bundesrichter und aus der dahinterstehenden Politikermentalität, die ein Fundament der Rechtsstaatlichkeit in Frage stellt.

(Der Verfasser ist Dr. iur. und Dr. iur. h.c. der Universität Zürich, Inhaber des zürcherischen Anwaltspatents, hat lange Zeit als Journalist beim Bundesgericht gearbeitet und dazwischen auch als a.o. Bundesgerichtssekretär sowie als a.o. Ersatzrichter bei einem Bezirksgericht gewirkt. Er ist Ehrenmitglied der NHG.)