

**Περιμένοντας τους Βαρβάρους.  
Law in the Days of Constitutional  
Crisis. Studies Offered to  
Mirosław Wyrzykowski**

Przejdź do produktu na [ksiegarnia.beck.pl](https://ksiegarnia.beck.pl)

## **SOUTH AFRICA: DEFEATING APARTHEID BY WEAPONIZING THE LAW**

### **Abstract**

Tens of millions of dollars in undercover Swedish financial support in combination with a surprisingly well-functioning court system saved the lives of many of South Africa's subsequent top politicians – and created a world class corps of jurists.

### **Keywords**

Apartheid (fall of); South Africa; International development assistance; Lawyers and judges; World class jurists

The brutal racist regime, which governed South Africa until the collapse of apartheid in February 1992, was in one important sense different from other contemporary dictatorships and military juntas: While such governments normally are characterized by brutal abuse of power and a more or less total disregard for the rule of law, the system of apartheid was based on an extensive framework of laws, which were applied by a relatively independent court system.

To be sure, the purpose of apartheid was unequivocally to secure the supremacy of the white minority, and the system was of course deeply undemocratic and unjust. But in contrast to other contemporary dictatorships, the apartheid government mostly respected the independence of the courts.

As a result, the practice of law eventually grew to become an important tool in the fight against the injustices and the brutality of apartheid. The law faculties of South Africa (primarily those of the University of Cape Town and the University of Witwatersrand) maintained a high quality also under the apartheid era (but no black students were admitted to the best universities). In fact, the glaring injustices of apartheid actually motivated many students to choose the law as an opportunity to take part in the struggle for a democratic development. And eventually, many lawyers came to play important roles in this struggle. Obviously, this legal battle was obviously primarily fought by attorneys but there were also many judges who showed impressive courage and independence against the establishment.

When the apartheid system was introduced in 1948, ethnical discrimination was generally more wide-spread and accepted than it is today. So, even if the concept of apartheid was officially condemned by much of the world, many countries like the US, the UK and France still continued to treat South Africa like any other country. Sweden was an exception. Already in the 1960s Swedish civil society organisations had launched various consumer boycotts against South African goods. Swedish government support for the leading democratic opposition movement, the African Nation-

al Congress (ANC), had begun already in 1972 and grown rapidly. During the years 1984–1992 the Swedish financial support for the South African democratic opposition amounted to more than 225 million US dollars, of which roughly one third went to ANC. In the early years, the support primarily went to various educational projects, but gradually, as the repression grew, Swedish money increasingly came to finance the democratic political opposition. In the mid-1980s, the main recipient was the umbrella organisation United Democratic Front (UDF), which organised more than 600 member organisations within the borders of South Africa.

The main actor in Sweden in channelling this support was a secret governmental committee (which also covertly sent money to liberation movements in Central America). The members of the committee were appointed by the cabinet of the prime minister and consisted of representatives of the political parties, the trade unions, the employers' federation and major civil society organisations. The committee was chaired by the head of the governmental international development agency (SIDA). The activities of this committee took place in a grey zone of international law, since the ultimate purpose was actually the overthrow of regimes, that, even if they were often widely criticized and condemned, were nevertheless recognized in accordance with international law. This shadowy purpose was in fact the reason behind the broad representation of the committee (which would otherwise seem to be contrary to its very confidential nature). If the activities of the committee were to become public, no one within the establishment should be able to plead ignorance or accuse others of illegal activities, since they were all complicit in what was going on. But as a precaution, the members had to commit themselves in writing to the highest degree of confidentiality.

In the middle of the 1980's a new form of international development assistance began to take shape, namely to use the law as a tool of international development, in order to build freedom and democracy. And South Africa, with its comparatively 'legalistic' oppression, seemed like a logical test case for trying out this new tool. For this reason, and as a lawyer with a certain international schooling and background, I was appointed as a member of the above-mentioned committee, and tasked both with identifying appropriate recipients of financial support and with the very delicate task of delivering the actual money to these recipients.

In those days, the so-called lawyer-client privilege was not yet watered down by various measures to counter money laundering and terrorism. By channelling government money through my law firm, where it fell under secrecy rules, protecting client funds, we were actually able to legally hide the origins of the money. It goes without saying that everything in this process was extremely confidential. My instructions were delivered to my office in double black envelopes by a certain courier.

Our most important contact in South Africa was in fact the Swedish chargé d'affaires. (Some governments had at this time chosen to break diplomatic ties with South Africa. Sweden, on the other hand, had chosen to retain them but on a lower level, in order to have a reliable point of access inside the lion's den.) In spite of great personal risks, our diplomatic representative actually became part of an extensive underground network, which provided us with very useful contacts in the democratic opposition. There were various methods for transferring 'illegal' money into South Africa. One example: At this time there were a number of prosperous white liberal South Africans who had grown so disgusted with the system of apartheid that they chose to leave the country. By making arrangements for these individuals to receive compensation, once they arrived on foreign soil, they could leave considerable funds behind in South Africa and this money could then through various powers of attorney and other

means be channelled to the appropriate recipients within the democratic opposition, without the risks and exposures of crossing any border.

A large part of the Swedish financial support during the 1980s was used for financing the legal defence of those who were arrested and prosecuted under the laws of apartheid. South African defence lawyers eventually became very skilled in identifying loop-holes and inconsistencies in the apartheid laws – often in cooperation with judges, many of whom often secretly shared the aversion against the existing system. As a result, the outcome of many trials became less severe for the accused than had been expected. Instead of accepting the frequent requests by the prosecutors for the death penalty, the courts instead often handed down time-limited prison terms. And acquittals were not uncommon. So, instead of having many of the top leaders of the democratic opposition executed and eliminated in accordance with the intentions of the government, these leaders could instead bide their time until the end of the apartheid system, and then take up key positions in the new democratic post-apartheid government.

An illustrative example of the how the court system operated is the so called Delmas trial, which was held from 1986 to 1989 and became the longest lasting trial in the history of South Africa. In this trial, twenty-two anti-apartheid activists were under prosecution for *i.a.* high treason and murder. Among the accused were some of the top leaders of the UDF (see above): Frank Chikane, Patrick Lekota and Popo Molefe. The obvious purpose of the trial was to once and for all break the back of UDF. The prosecutor demanded the death penalty for all involved. The accused were defended by two of the country's foremost defence lawyers, Arthur Chaskalson and George Bizos (who both already in 1963 had defended Nelson Mandela and his co-defendants in the so called Rivonia trial, in which the suspects were sentenced to life imprisonment, instead of the death penalty, which the prosecutor had demanded.)

In the first instance, eleven of the accused were acquitted. The remaining eleven, including Chikane, Lekota and Molefe were sentenced to prison terms from ten to twelve years. These sentences were appealed to the Supreme Court of South Africa, where all suspects were acquitted.

Frank Chikane eventually became one of the closest advisors to President Thabo Mbeki, and held various top government positions until Mbeki's resignation in 2008. Patrick Lekota was South Africa's Minister of Defence between 1999 and 2008. Popo Molefe became Prime Minister of South Africa's North West Province after the fall of apartheid in 1992, a post which he held for ten years.

The defence lawyers of the Delmas trial were also to embark on remarkable legal careers. Arthur Chaskalson, after being appointed by President Nelson Mandela, chaired the Constitutional Court between 1994 and 1999, when Mandela's successor Thabo Mbeki made him president of the Supreme Court, a position which he held until his retirement in 2005. George Bizos was appointed by Mandela as a member of the Judicial Services Committee, with the mandate of reforming the judicial system and naming new judges.

The list of South African jurists, who developed outstanding legal skills during the apartheid years, and then went on to remarkable legal careers is actually much longer and includes individuals who were also appointed to top international positions. Just to mention a few of these outstanding lawyers: Richard Goldstone, who was a judge during apartheid, was appointed by the UN Security Council in 1994 as lead prosecutor in the two international criminal tribunals which were set up to handle war crimes in Rwanda and the former Yugoslavia. Navi Pillay, a female judge of Indian origin, was

appointed member of the Rwanda war crimes tribunal in 1994 and then, in 2008 she became the UN High Commissioner for Human Rights. John Dugard, a former professor at the law faculty of University of Witwatersrand, has frequently been advising the UN on important human rights issues, e.g. as a special rapporteur on the situation on the occupied Palestinian territories. Albie Sachs, another outstanding jurist, who suffered life-threatening injuries and lost an arm at a bomb attack organized by the South African security service in 1988, also belongs on this list. Sachs recovered enough to becoming appointed by President Mandela in 1994 as a member of the Constitutional Court.

The late 1980's saw a growing global movement towards the promotion of democracy and human rights. The Berlin Wall fell in December of 1989. The Soviet Union collapsed in 1991. This mental climate also meant tougher times for the apartheid system, which met with growing opposition both inside South Africa and on the international level. President P. W. Botha, who was known and feared as a brutal and uncompromising leader of apartheid stepped down in 1991 and was succeeded by F. W. de Klerk, who came to power on an agenda of reform and compromise. On 2 February 1992, the symbolic leader of the opposition against apartheid, Nelson Mandela, was released after spending 27 years in prison. Mandela's release came to symbolically mark the end of apartheid and the beginning of a new, democratic South Africa.

At this time, there was no shortage of qualified individuals to fill the positions of the new government. A number of these people were lawyers who had played important roles in the legal system of the previous regime. During scores of trials, whose outcomes were often literally a matter of life and death, these lawyers had developed personal and professional qualities, which would prepare them for the enormous challenge of building the new South Africa.

The Swedish support in the struggle against apartheid has actually been the greatest foreign policy undertaking in modern Swedish history. A large part of this support was used to finance the defence of those who were accused of crimes against the laws of apartheid. As a consequence of this support, many of the leaders of the democratic opposition were saved from the death penalty and given the possibility of going on to important positions and prominent political careers in the service of the new South Africa. Another result of the support has been the development of a considerable number of top lawyers, who have been able to serve both South Africa and the world at the very highest level.

The new South Africa has very clearly expressed its gratitude for the Swedish support during the hard years. On 14 March 2008, a small group from the secret governmental committee, including the former Swedish chargé d'affaires and myself, was invited to a seminar at the Nelson Mandela Foundation in Johannesburg, entitled *Sweden and the South African Liberation Struggle – Legal Aid in Perspective*. During an unforgettable day we were given the opportunity to meet not only with Nelson Mandela himself, but also with those of his fellow inmates from the Robben Island prison, who were still alive. The spirit was high and the participants, most of them in their eighties, exchanged memories from the trials and their time in prison, while laughing and joking. I was reminded of the atmosphere of a class reunion. And they all, including Nelson Mandela, assured us that our support had had the effects that I have tried to describe here.

## Christian Åhlund

Christian Åhlund is a Swedish lawyer, who since the mid 1980s has been specializing in human rights and international humanitarian law.

After the war in former Yugoslavia he served as Director General for Human Rights in the OSCE mission to Bosnia and Hercegovina. From 1998 to 2001, mandated by OSCE and the Special Representative, he chaired a international commission which proposed legislation in the fields of freedom of expression and access to information. The commission's proposal was adopted as national law by the Bosnian Parliament in 2002.

From 1998 to 2003, Åhlund was the chair of the Swedish Bar Association's Human Rights Committee. From 2003 to 2006, he chaired the Human Rights Committee of the Council of Bars and Law Societies in the European Union (CCBE).

From 2002 to 2015, Åhlund was the Executive Director of International Legal Assistance Consortium (ILAC), an umbrella organisation for a number of international associations of judges, prosecutors and lawyers, with the objective of resurrecting judicial systems in post-conflict countries. ILAC was formed in 2002 and is head-quartered in Stockholm. ILAC's 50+ member organisations represent more than three million jurists world-wide. ILAC has initiated legal reform activities in a number of countries, e.g Afghanistan, Algeria, Iraq, Morocco, Palestine, Haiti, Liberia and Tunisia.

Between 2005 and 2020, Åhlund represented Sweden in the Council of Europe's European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). Between 2014 and 2018, he was the Chair of this organisation.

In 2004, Åhlund received the International Bar Association's annual "Rule of Law Award". In 2015, he was named 'Lawyer of the Year' by the Swedish Bar Association. In February 2017 he was awarded H.M. The King's Medal 'for outstanding services to human rights and international humanitarian law'.

Christian Åhlund  
Member of the Swedish Bar  
Stockholm, Sweden  
e-mail: christian.ahlund@me.com



# 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 Jakob 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 Systemversagen“, 12. August 2020; FAZ, „Erfolgos 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. FOLKA, 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> Swisinfo.ch, Parteien, 20. Juni 2017, <[www.swisinfo.ch/ger/parteien/28977748](http://www.swisinfo.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)>.



[Przejdź do księgarni →](#)