



Die Parlamente und die Wahl der Gerichte

Prof. Dr. Hansjörg Seiler, Ord. Professor für öffentliches Recht an der Universität Luzern, Verwaltungsrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Nebenamtlicher Bundesrichter

1. Ausgangslage und Kritik

Die oberinstanzlichen Gerichte werden in der Schweiz im Bund und in der Mehrzahl der Kantone durch das Parlament gewählt. Dabei wird in der Regel ein freiwilliger Parteienproporz eingehalten. Dies führt zu einem relativ starken Einfluss der politischen Parteien auf die Wahl der Richter. Zudem erfolgt die Wahl in der Regel nicht auf Lebenszeit, sondern auf eine Amtsdauer. Es besteht kein Anspruch auf Wiederwahl. Das birgt die Möglichkeit, dass ein Richter allenfalls auch aus politischen Gründen nach Ablauf der Amtsdauer nicht mehr gewählt wird.

All dies wird in der neueren Rechtslehre teilweise kritisiert. Es führe dazu, dass die Richter nicht nach fachlicher Befähigung, sondern nach politischen Kriterien ausgewählt würden. Zudem seien die Richter nicht unabhängig, weil sie sich jeweils nach Ablauf der Amtsdauer der Wiederwahl durch ein politisches Gremium stellen müssen. Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, die bestehende Praxis der Richterwahlen sei verfassungswidrig¹.

Diese Kritik ist insoweit berechtigt, als eine politische Wahl nicht automatisch Gewähr dafür bietet, dass die Gerichtsmglieder die notwendigen fachlichen Voraussetzungen erfüllen. Der Justiz ist nicht gedient, wenn Richter nach politischen *anstatt* nach fachlichen Überlegungen ausgewählt werden.

Die Kritik begeht aber einen Denkfehler, wenn sie davon ausgeht, politische und fachliche Kriterien würden sich gegenseitig ausschliessen: Richter können fachlich gut sein, auch wenn sie politisch gewählt werden. Umgekehrt ist der Umstand, dass Richter *nicht* politisch gewählt werden, noch lange keine Garantie dafür, dass sie fachlich gut sind. Richtigerweise sind also zwei Fragestellungen zu trennen:

1. Wie kann gewährleistet werden, dass möglichst fähige Personen ins Richteramt gelangen?
2. Ist es zulässig, dass bei der Wahl von Richtern *neben* dem fachlichen Aspekt auch politische Kriterien eine Bedeutung haben?

Gesetzgebung und Praxis im Bund und in vielen Kantonen haben Instrumente entwickelt, mit denen auch parlamentarische Wahlgremien die fachliche Befähigung der Gewählten überprüfen können: Wahlen werden öffentlich ausgeschrieben, so dass alle Interessierten die Möglichkeit haben, sich zu bewerben. Kandidierende werden von fraktionsübergreifenden Parlamentskommissionen oder teilweise auch von externen Gremien auf ihre fachliche Eignung hin überprüft². Mit solchen Instrumenten kann zwar nicht mit absoluter Sicherheit, aber doch mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fachliche Qualität gewährleistet werden. Zugleich wird damit der Spielraum für rein parteipolitisch motivierte Störmanöver erheblich verringert. Auf diese Weise können ohne weiteres die Anliegen der demokratischen Legitimation und der fachlichen Eignung kombiniert werden.

Die Frage verbleibt, ob es legitim und sinnvoll ist, dass neben der fachlichen Beurteilung auch der politische Aspekt eine Rolle spielt. Damit ist das Thema der Unabhängigkeit der Justiz angesprochen.

2. Die Unabhängigkeit der Justiz und die Politik

Richter sollen unabhängig sein. So will es die Verfassung³. Hingegen beantwortet die Verfassung nicht ausdrücklich die Frage: Unabhängig von wem? Oder von was?

Es gibt Stimmen, welche behaupten, die Justiz müsse generell von der Politik unabhängig sein. Das ist offensichtlich falsch: Die Gerichte haben die Verfassung und die Gesetze anzuwenden. Verfassung und Gesetze werden von der Politik gemacht. Demzufolge dürfen die Gerichte systemimmanent gerade *nicht* unabhängig von der Politik sein, sondern sie haben den zu Recht gewordenen politischen Willen durchzusetzen. Würde man die Unabhängigkeit der Justiz als Unabhängigkeit von der Politik verstehen, so wäre dies das Ende des verfassungsrechtlich verankerten⁴ Legalitätsprinzips und das Ende des demokratischen Rechtsstaates. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, wenn behauptet

wird, staatstragende Richter seien eine rechtsstaatliche Dysfunktion⁵: Zum demokratischen Rechtsstaat in Widerspruch stünde im Gegenteil eine Richterschaft, die ihre Aufgabe *nicht* darin erblickt, die demokratisch erlassenen Gesetze anzuwenden⁶.

Meistens wird denn auch eingeräumt, dass in einem demokratischen Staat die Rechtsetzung demokratisch-politisch legitimiert sein müsse. Hingegen wird postuliert, Aufgabe der Politik sei ausschliesslich, die Gesetze zu erlassen; deren Anwendung müsse dann frei von jeglichen politischen Einflüssen sein.

Dieses Postulat beruht auf Anschauungen, die rechtstheoretisch seit langem widerlegt sind, nämlich auf der Vorstellung, die Rechtsetzung sei von der Rechtsanwendung bzw. Rechtsprechung strikt getrennt. In Wirklichkeit ist dieser Unterschied bekanntlich fließend: Der Prozess der Rechtsetzung ist nicht abgeschlossen mit dem Erlass eines Gesetzes. Die Gesetzgebung ist vielfach auslegungsbedürftig, unklar, lückenhaft, konkretisierungsbedürftig. Ein Bonmot aus dem kalten Krieg sagt, dass ein Amerikaner lieber von einem amerikanischen Richter nach russischen Gesetzen als von einem russischen Richter nach amerikanischen Gesetzen beurteilt würde. Das enthält eine sehr wahre Erkenntnis: Der Geist, mit dem ein Gesetz angewendet wird, ist häufig für das konkrete Ergebnis wichtiger als der von den gesetzgebenden Organen beschlossene Gesetzestext.

Die so genannte Rechtsprechung ist vielfach in Wirklichkeit Rechtsetzung, nämlich Setzung von Richterrecht. Das trifft insbesondere zu für die Verfassungsrechtsprechung. Die Verfassung, namentlich die Grundrechte und die grundlegenden Verfassungsprinzipien, sind hochgradig unbestimmt und stark konkretisierungsbedürftig. Die Verfassungsrechtsprechung ist daher in Wirklichkeit in einem weiten Umfang Verfassungsrechtsetzung. Dies ist umso bedeutsamer, als das Richter-Verfassungsrecht – anders als das gewöhnliche Richterrecht – nicht bloss lückenfüllend und subsidiär zum Gesetzgeber ist, sondern im Gegenteil beansprucht, Recht zu setzen,

¹ Mark M. Livschitz, Die Richterwahl im Kanton Zürich, Zürich 2002, S. 256 ff., 289.

² Vgl. im Bund Art. 40a des Parlamentsgesetzes vom 13.12.2002 (SR 171.10) und analoge kantonale Regelungen; näher Stefan Pöder, Richterwahlen, LeGes 2004 1 S. 217 ff., 220 ff.

³ Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

⁴ Art. 5, 141, 163, 164 und 191 BV.

⁵ So Livschitz, a.a.O., S. 283 ff.

⁶ Richtig ist, dass die Justiz, namentlich die Verwaltungsjustiz, von der Verwaltung unabhängig sein muss, da sie zwischen Verwaltung und Bürger zu urteilen hat. Aber die Verwaltung ist nicht dasselbe wie der Staat!



das dem demokratisch erlassenen einfachen Gesetzesrecht vorgeht.

Der demokratische Rechtsstaat geht davon aus, dass die Rechtsetzung demokratisch, d.h. politisch, legitimiert sein muss. Soweit richterliche Tätigkeit rechtsetzend ist, muss deshalb auch sie demokratisch, d.h. politisch, legitimiert sein. Das Postulat einer sterilen Trennung von Politik und Justiz bedeutet nichts anderes als: Das Richterrecht darf nicht demokratisch legitimiert sein. Dies steht in klarem Widerspruch zur Forderung nach demokratischer Legitimation des Rechts. Um mit dieser Forderung vereinbar zu sein, muss auch das Richterrecht, das sich auf der Basis des erlassenen Rechts entwickelt, vom gleichen Sinn und Geist getragen sein wie das Recht des Gesetzgebers⁷. Es wäre sowohl unter demokratischen als auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten illegitim, wenn angestrebt würde, dass die Gesetze gerade in einem entgegengesetzten Sinn und Geist angewendet werden.

Weil die Gerichte nicht bloss Subsumtionsautomaten sind und die Bindung an den Geist der Gesetze nicht durch Buchstabengehorsam erreicht werden kann, ist nicht nur die Frage politisch bedeutsam, wer Recht erlässt, sondern ebenso die Frage, wer Recht spricht. Darin liegt der legitime Grund dafür, dass nach schweizerischer Verfassungstradition die Richter demokratisch/politisch legitimiert sein müssen und durch politische Instanzen (Volk oder Parlament) gewählt werden. Dies dient dem Ziel, dass die Gesetze im gleichen Sinn und Geist angewendet werden, in dem sie erlassen worden sind.

3. Parteienproporz als Garant der richterlichen Unabhängigkeit

Das kann nun allerdings nicht bedeuten, dass Richterrecht nach den gleichen Regeln erlassen werden müsste wie Gesetzesrecht und Gerichte gleich wie Parlamente gewählt werden müssten. Die Justiz muss politisch legitimiert sein, aber sie ist nicht das Gleiche wie die Politik. Sie muss primär nach anderen Regeln urteilen und funktionieren wie die Politik. Sie muss insbesondere die Regelmässigkeit und Rechtmässigkeit sicherstellen und darf sich nicht im Einzelfall von politischen Rücksichten leiten lassen.

Deshalb muss insbesondere die Gefahr einer politisch *einseitigen* Instrumentalisierung der Justiz vermieden werden. Diese Gefahr besteht vor allem in Einparteiendik-

taturen: Wenn die eine und einzige Partei das eigentliche Machtzentrum des Staates ist, muss die Justiz von dieser Partei unabhängig sein. Dies erklärt auch, weshalb in den ehemaligen Ostblockstaaten als Reaktion auf die Vereinnahmung der Justiz durch die kommunistische Partei verständlicherweise eine strikte Entpolitisierung der Justiz gefordert und auch weitgehend durchgesetzt wurde.

Problematisch wäre es auch, wenn eine politische Mehrheitsregierung oder eine politische Partei, welche die absolute Mehrheit in einem Parlament hat, alle Richtersitze mit ideologisch gleichgesinnten Personen besetzen würde⁸. In einem funktionierenden Vielparteiensystem wie dem schweizerischen wird aber gerade dies durch den oft geschmähten Parteienproporz verhindert: Dieser garantiert nämlich, dass alle relevanten politischen Strömungen in der Justiz vertreten sind. In einem solchen System bietet die Wahl der Richter nach Parteienproporz durch die Parlamente Gewähr dafür, dass in der Justiz die gleich grosse und repräsentative Meinungsvielfalt besteht wie im Parlament und in der gesamten Bevölkerung, wodurch eine politische Einseitigkeit vermieden wird.

Dagegen wird häufig eingewendet, die Richterwahl nach Parteienproporz verunmögliche eine Repräsentativität der Gerichte, weil der grösste Teil der Bevölkerung keiner Partei angehöre und in den Gerichten daher nicht vertreten sei. Dieses Argument würde allerdings auch die Repräsentativität von Parlamenten und Regierungen und der Politik schlechthin in Frage stellen. Es überzeugt nicht: Entscheidend ist nicht, ob man formell einer Partei angehört, sondern ob man sich grosso modo mit einer der von den Parteien vertretenen Richtungen einverstanden erklären kann. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass auch im System der Parteienproporzwahl Personen auf Vorschlag einer Fraktion gewählt werden, die nicht Mitglied der entsprechenden Partei sind⁹.

Die Parteienvielfalt relativiert auch sehr stark die in der Rechtslehre z.T. vorgebrachte Befürchtung, die Unabhängigkeit der Gerichte werde durch das System der Amtsdauer und die dadurch erforderliche periodische Wiederwahl beeinträchtigt: Keine Partei kann es sich leisten, aus rein parteipolitischen Gründen Richter einer anderen Partei anzugreifen, denn sie muss damit rechnen, dass als Retourkutsche auch ihre eigenen Richter angegriffen werden. Ebenso wenig kann faktisch eine Par-

tei einen eigenen Richter, welcher ihr nicht mehr genehm ist, abschiessen: Ein solcher Versuch würde nämlich von den anderen Parteien als Versuch einer Gängelung der Gerichte interpretiert und würde mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass das betreffende Gerichtsmitglied erst recht wieder gewählt würde – mit der Folge eines Gesichtsverlusts der betreffenden Partei. Unter Berücksichtigung des realpolitisch Möglichen können daher in unserem System Nichtwiederwahlen faktisch nur vorkommen, wenn ein breiter überparteilicher Konsens besteht. In solchen Fällen ist die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass das betreffende Gerichtsmitglied tatsächlich begründeten Anlass für eine Nichtwiederwahl gegeben hat.

Eine politisch gewählte Justiz entspricht vielleicht nicht einem theoretischen Ideal. Wer sich im Einzelfall einem Richter gegenüber sieht, welcher der gegnerischen politischen Partei angehört, wird möglicherweise in seinem Vertrauen eingeschränkt sein. Manchmal mag es auch wirklich politisch gefärbte Urteile geben. Aber ein System sollte nie aufgrund von Einzelfällen beurteilt werden, welche in keinem System vollständig vermieden werden können. Wichtig ist die gesamtheitliche Optik: Man kann in unserem System jedenfalls nicht behaupten, die Justiz *als gesamtes* sei politisch einseitig, denn die verschiedenen Einseitigkeiten halten sich die Waage.

4. Alternativen zur Parlamentswahl?

Weitaus gefährlicher als eine politisch *proportionale* Justiz wäre jedenfalls eine politisch *einseitige* Justiz. Und in dieser Hinsicht vermögen nun die denkbaren Alternativen zur Parlamentswahl – namentlich die bisweilen vorgeschlagenen sog. Fachgremien – in keiner Weise zu überzeugen: In der Theorie tönt es zwar schön, dass die Richter nach rein fachlichen Kriterien durch fachlich zusammengesetzte, unpolitische Richterwahlgremien gewählt werden sollen. Aber in der Praxis bietet dies keine Gewähr dafür, dass nicht politische Gesichtspunkte hineinspielen. Als Beispiel können manche Universitäten herangezogen werden: Theoretisch werden an den Universitäten die Professoren allein nach fachlichen Kriterien, völlig unbeeinflusst von politischen Überlegungen gewählt werden: In der Praxis sind Professorenwahlen oft alles andere als unpolitisch: Es gibt ganze Fakultäten, an denen

⁷ Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB.

⁸ Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 258.

⁹ Das ist etwa bei den Wahlen ins Bundesstrafgericht vorgekommen. Auch ins bernische Verwaltungsgericht, in dem der Schreibende tätig ist, sind in den letzten Jahren mehrere parteilose Mitglieder gewählt worden.



ein ganz bestimmter weltanschaulich/politischer Geist herrscht. Gruppendruck und die wohlige Gewissheit, im Besitz der Wahrheit zu sein, schliessen aus, dass Andersdenkende in solche Gremien aufgenommen werden. In den meisten so genannten Fachgremien ist der Gruppendruck grösser und die Meinungsvielfalt geringer als in Parlamenten.

Das Postulat, die Wahl der Richter solle von den politischen Behörden getrennt werden, ist mit der Gefahr verbunden, dass auf eine intransparente und demokratisch nicht legitimierte Weise die Gerichte politisch einseitig werden. Denn politische Einseitigkeit fällt viel leichter, wenn man sie hinter einer angeblich rein fachlichen Haltung verstecken kann. Daher ist von zentraler Bedeutung, dass in unserem System die Parteizugehörigkeit der Richter transparent ist. Gerade deshalb, weil man weiss, welcher Partei ein Richter angehört, kann dieser es sich kaum leisten, einseitig nach Parteistandpunkt zu urteilen.

Der Parteienproporz hat schliesslich einen weiteren erheblichen Vorteil: Er schliesst nämlich eine parteipolitische Instrumentalisierung der Richterwahlen im Einzelfall gerade aus: Weil man weiss, welcher Partei ein Sitz "gehört", besteht kein Platz mehr für parteipolitische Schiebereien; man kann sich auf die Personen konzentrieren. Dies gilt natürlich nur unter der Voraussetzung, dass der Parteienproporz eingehalten wird: Wenn das Wahlgremium im Einzelfall aus politischen Gründen vom Proporz abweicht, dann verliert das System seine innere Legitimität.

5. Folgerungen

Aus all diesen Gründen ist das schweizerische System der Richterwahl durch Parlamente nach Parteienproporz unter all den denkbaren unvollkommenen Systemen wohl immer noch das am wenigsten unvollkommene, sofern die eingangs genannten Instrumente eingesetzt werden, um neben den politischen Kriterien die fachliche Eignung der Kandidierenden sicherzustellen. Unter der Voraussetzung, dass der Parteienproporz tatsächlich eingehalten wird, ist dieses System wohl das beste Mittel, um die staats- und rechtstheoretisch unabdingbare demokratische Legitimation der Gerichte herzustellen und zugleich den Meinungspluralismus zu gewährleisten und eine politisch einseitige Instrumentalisierung der Justiz zu verhindern.