

Wer wacht über die Wächter des Rechtsstaates?

Das Bundesgericht im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit



BENJAMIN SCHINDLER,
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Bern

Inhaltsübersicht:

- A. "Fall Schubarth" als Ausgangspunkt
- B. Richterliche Unabhängigkeit
 - I. Vielgestaltiges Grundprinzip
 - II. Schweizer Sonderheiten
- C. Verantwortlichkeit der Mitglieder des Bundesgerichts
 - I. Straf- und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit
 - II. Disziplinarische Verantwortlichkeit
 - 1. Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung
 - 2. Keine Lücke im gesetzten Recht
 - 3. Fehlende Rechtsfortbildungsbefugnis des Bundesgerichts
 - 4. Zweifelhafte Art der Rechtsfortbildung durch das Bundesgericht
 - 5. Unverhältnismässigkeit des bundesgerichtlichen Vorgehens
 - III. Politische Verantwortlichkeit der Mitglieder des Bundesgerichts
- D. Fazit *de lege lata*
- E. Handlungsbedarf *de lege ferenda*?

A. "Fall Schubarth" als Ausgangspunkt

*Sed quis custodiet ipsos custodes?*¹ Wer aber soll die Wächter selbst bewachen? Am 11. Februar 2003 hat sich am Schweizerischen Bundesgericht ein Vorfall ereignet, der die Aktualität dieser zweitausendjährigen Frage mit aller Schärfe hervortreten liess. Gemäss Angaben des Bundesgerichts soll eines seiner Mitglieder (MARTIN SCHUBARTH) einen Journalisten, zu dem er in einem angespannten Verhältnis steht, angespuckt und dabei versehentlich einen daneben stehenden Gerichtsschreiber im Gesicht getroffen haben. Bundesrichter SCHUBARTH soll sich daraufhin wortlos entfernt und später dem Gerichtsschreiber sinngemäss gesagt haben, wer neben dieser Person stehe, riskiere, selber getroffen zu werden². Das Bundesgericht hat seine Reaktion auf den Vorfall in einer Pressemitteilung vom 13. Mai 2003 näher erläutert. Sie sei hier in Auszügen wieder gegeben:

"(...) 2. Sitzung des Gesamtgerichts vom 19. Februar 2003

Nachdem intensive Gespräche mit Herrn Schubarth geführt worden waren, fasste das Gesamtgericht am 19. Februar 2003 ohne Gegenstimme den Beschluss, ihn mit sofortiger Wirkung

in der Rechtsprechung nicht mehr einzusetzen, und legte ihm nahe, zurückzutreten. Herr Schubarth hat an der ganzen Sitzung persönlich teilgenommen. Dabei hat er sich zur Sache sehr ausführlich geäussert und die Meinungen sämtlicher Kolleginnen und Kollegen zur Kenntnis genommen.

3. Voraussetzungen für den Ausschluss eines Richters aus der Rechtsprechung

Bundesrichter werden jeweils auf eine feste Amtsdauer von sechs Jahren gewählt. Eine Abwahl ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Offensichtlich ging der Gesetzgeber davon aus, dass ein Höchst Richter, welchem ein solches Fehlverhalten vorzuwerfen ist, die Grösse hat, die Konsequenzen zu ziehen und zurückzutreten.

In einer Extremsituation kann das Bundesgericht zur Wahrung seiner Glaubwürdigkeit und im Interesse seiner Funktionsfähigkeit verpflichtet sein, einen Richter von der Rechtsprechung auszuschliessen. Dabei muss es sich allerdings um so gravierende Umstände handeln, dass eine weniger einschneidende Massnahme, wie etwa das Versetzen in eine andere Abteilung, als nicht genügend erscheint.

4. Wertung des Spuck-Vorfalles vom 11. Februar 2003

Anspucken ist eine besonders niedrige Art, jemandem Verachtung und Hass zu zeigen. Selbst Kindern lässt man ein solches Verhalten nicht durchgehen. Bei einer erwachsenen Person lässt es darauf schliessen, dass sie dem Anderen nicht einmal mehr die minimalste Achtung zu zollen bereit ist. Sich so zu benehmen, ist mit den Minimalanforderungen im zwischenmenschlichen Umgang nicht vereinbar. Für eine Richterpersönlichkeit gilt dies in besonderem Mass. Jeder Angestellte, der so handelt, riskiert, seine Stelle zu verlieren. Mit seinem Verhalten hat Herr Schubarth sich selbst und die Institution, der er angehört, der Lächerlichkeit preisgeben. Wer derart die Selbstkontrolle verliert und grob gegen Sitten und Anstand verstösst, ist für die Rechtsunterworfenen als Richter unzumutbar. Bei dieser Sachlage ist keine Alternative ersichtlich, weshalb das Bundesgericht die Massnahme einer definitiven Freistellung von der Rechtsprechung als verhältnismässig beurteilt hat. (...)"

Diese Pressemitteilung – sie ersetzt quasi eine Urteilsbegründung – soll Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein³.

Die Reaktion des Bundesgerichts lässt das Dilemma erkennen, zu welchem der "Fall Schubarth" geführt hat: Richter begrenzen staatliche Macht. Zugleich sind sie Träger staatlicher Entscheidungsmacht und damit dem Risiko des Machtmissbrauchs ausgesetzt. Aufgabe der Rechtsord-

Der Autor ist Direktionsadjunkt im Bundesamtes für Justiz und vertritt hier ausschliesslich seine persönliche Meinung. Er dankt den Freunden und Bekannten, die ihn bei der Abfassung dieses Beitrages unterstützt haben.

1 JUVENAL (60–140 n. Chr.), Satira (Satiren) VI 347 f.

2 Vgl. Pressemitteilung des Bundesgerichts vom 13.5.2003.

3 Auf Spekulationen darüber, was sich am 11.2.2003 in Lausanne tatsächlich abgespielt hat, wird bewusst verzichtet.

nung ist es, institutionelle Vorkehrungen zu treffen, die solche Fehlleistungen verhindern⁴. Doch wer soll bei Fehlen entsprechender Instrumente die Bundesrichter für welche Fehlleistungen zur Verantwortung ziehen? Und in welchem Verhältnis steht ein solcher Kontrollmechanismus zur richterlichen Unabhängigkeit, die ihrerseits der Machtbegrenzung dient und eine sachliche und richtige Rechtsprechung gewährleisten soll?

B. Richterliche Unabhängigkeit

I. Vielgestaltiges Grundprinzip

Der Begriff der Unabhängigkeit ist zunächst ein negativer Beziehungsbegriff. Damit könnte der Eindruck entstehen, die richterliche Unabhängigkeit verlange eine Loslösung oder Isolierung der Judikative von jeglichen Abhängigkeiten. Damit würde aber die Vielschichtigkeit dieses Grundprinzips verkannt, das in "einem komplexen Normgebilde auf Verfassungsstufe"⁵ seinen Niederschlag gefunden hat: Als *Grundrecht* garantiert es dem Rechtsunterworfenen, dass ein "rechter Mittler"⁶ zwischen ihm und der Gegenseite entscheidet: "Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht" (Art. 30 Abs. 1 BV, SR 101; vgl. auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK, SR 0.101). Andererseits findet der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit in der *gewaltenteiligen Behördenorganisation* seinen Niederschlag: "Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet" (Art. 191c BV).

Die beiden, der richterlichen Unabhängigkeit immanenten Zielrichtungen, lassen sich nicht immer voneinander trennen. So etwa im Bereich der Staats- und Verwaltungsrechtsprechung, wo die richterliche Gewalt Entscheide anderer Staatsorgane überprüft und allenfalls aufheben oder ändern kann. Deutlich wird hier auch, dass die gewaltenteilige Behördenorganisation nicht zu einer völligen *Trennung* der Gewalten führt, sondern dass die Gewalten im Sinne der gegenseitigen *Hemmung* auch organisatorisch, personell und funktionell in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einander stehen⁸.

Vor dem Hintergrund dieser Zielrichtungen hat KURT EICHENBERGER den Begriff der richterlichen Unabhängigkeit in fünf Teilbegriffe aufgefächert. Er unterscheidet:⁹

- a. Richterliche *Unbeteiligtheit*: Sie ist die Unabhängigkeit gegenüber den am Verfahren beteiligten Parteien. Sie findet unter anderem Ausdruck in Ausstandsvorschriften (Art. 22 ff. OG, SR 173.110) und Normen des Korruptionsstrafrechts (Art. 322^{ter} ff. StGB, SR 311.0).
- b. Richterliche *Selbständigkeit*: Sie ist die Unabhängigkeit gegenüber nichtrichterlichen Gewalten. Sie findet Ausdruck in Unvereinbarkeitsvorschriften (Art. 144 Abs. 1 BV), der festen (sowie relativ langen) Amtsdauer von sechs Jahren für Bundesrichter (Art. 145 BV) und der fehlenden Möglichkeit einer vorzeitigen Abwahl.

- c. Richterliche *Eigenständigkeit*: Sie ist die Unabhängigkeit gegenüber Organen der richterlichen Gewalt. Sie findet darin Ausdruck, dass das Bundesgericht gegenüber den kantonalen Gerichtsinstanzen keine Weisungsbefugnis besitzt. Zudem urteilt jeder Richter weisungsfrei und eigenverantwortlich auch innerhalb des Richterkollegiums¹⁰.
- d. Richterliche *Sozialfreiheit*: Sie ist die Unabhängigkeit gegenüber soziologischen Wirksamkeiten. Sie findet unter anderem Ausdruck in Nebenbeschäftigungsverboten (Art. 144 Abs. 2 BV).
- e. *Innere Unabhängigkeit* des Richters: Sie ist die Unabhängigkeit gegenüber sachfremden Motivationen, die der Person des Richters selbst entstammen. Die Richterpersönlichkeit lässt sich mittels Rechtsnormen nur bedingt steuern und muss in erster Linie über die Richterauswahl erfolgen. Die Wahlen und Wiederwahlen der Bundesrichter werden daher inskünftig von einer besonderen Gerichtskommission der Bundesversammlung vorbereitet¹¹.

II. Schweizer Besonderheiten

Die Ausgestaltung der richterlichen Unabhängigkeit als Grundrecht ist relativ starr und gehört in mehr oder weniger ähnlicher Ausformung zu den tragenden Pfeilern moderner Rechtsstaatlichkeit. Demgegenüber findet die richterliche Unabhängigkeit als Grundsatz der gewaltenteiligen Behördenorganisation national sehr unterschiedliche Ausprägungen. Bezüglich der Stellung der Richterinnen und Richter lassen sich – stark überzeichnet – zwei dominierende Modelle ausmachen¹². Im *kontinentaleuropäischen Rechtsraum*

ist die Rechtsprechungsgewalt stark verbeamtet: Das Ergreifen der "Richterlaufbahn" ist an fachliche Voraussetzungen geknüpft und die Richterstelle als Lebensstelle ausgestaltet. Eine Amtsenthebung ist nur unter eng umschriebenen Voraussetzungen und durch eine richterliche oder eine gemischte Aufsichtsbehörde (Conseil supérieur de la magistrature/Consiglio Superiore della Magistratura) möglich¹³. Im *anglo-amerikanischen Rechtsraum* dagegen müssen angehende Richterinnen und Richter nicht einem explizit umschriebenen fachlichen Anforderungsprofil genügen. Die Ernennung erfolgt meist auf Lebenszeit und unter dem Vorbehalt "during good behaviour". Eine Absetzung ist nur durch ein aufwändiges "Impeachment"-Verfahren möglich.

In der Schweiz hat sich aufgrund der besonderen Stellung der Justiz keines dieser Modelle durchgesetzt. Während in vielen westeuropäischen Staaten die richterliche Gewalt zum wichtigsten Bollwerk gegen Machtmissbrauch ausgebaut wurde und die Verfassung der Vereinigten Staaten die etwa gleich starken Staatsgewalten durch ein System von "checks and balances" ineinander verschränkt, gilt das "staatspolitische Urvertrauen" in der Schweiz dem Stimm- und Wahlvolk bzw. seiner Vertretung. Es gilt *nicht* den Gerichten¹⁴. Dies mag vier Gründe haben: Erstens beeinflusste das von JEAN-JACQUES ROUSSEAU geprägte französische Revolutionsrecht auch das Schweizer Verfassungsrecht¹⁵. Für ROUSSEAU war das wirksamste Mittel, "um der Usurpation der Regierung vorzubeugen", nicht eine starke Gerichtsbarkeit, sondern dass das Volk seine Beamten "einsetzen und absetzen kann, wann es ihm gefällt"¹⁶. Zweitens ist die Volkswahl von Behördenmitgliedern und die Wiederwahl auf (teilweise extrem kurze) Amtsdauer in den Landsgemeindeorten "autochthon" verwurzelt¹⁷. In der ersten Bundesverfassung von 1848 fand dies deutlichen Niederschlag: Die Kompetenzen des Bundesgerichts waren marginal, seine (im Nebenamt tätigen) Mitglieder wurden wie der Bundesrat alle drei Jahre (wieder)gewählt und auf die Umschreibung eines fachlichen Anforderungsprofils wurde bewusst verzichtet¹⁸. Mit der Totalrevision der Verfassung von 1874 wurden die Kompetenzen des Bundesgerichts deutlich ausgeweitet und die Amtszeit seiner (nun vollamtlichen) Mitglieder wurde auf sechs Jahre erhöht. Aber auch nach der Revision von 1874 übernahm das Gericht keine Wächterrolle über Parlament und Exekutive. Dem unitarischen Grundanliegen der Revision gemäss "ist also das Bundesgericht der Wächter der verfassungsmässigen Ordnung gegenüber den Kantonen als Glieder des Bundesstaates. (...) Das Bundesgericht als Staatsgerichtshof bleibt jedoch im Gegensatz zum nordamerikanischen Bundesgericht an die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze (...) gebunden"¹⁹. Die aufsichtsähnliche Funktion des Bundesgerichts über die Kantone mag ein dritter Grund sein, weshalb kein Bedürfnis bestand, die Selbständigkeit des Gerichts gegenüber den anderen Staatsorganen des Bundes in besonderem Masse zu stärken. Allerdings hat sich die Rolle des Bundesgerichts mit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Ebene des Bundes (1914) gewandelt²⁰. Es nimmt damit gegenüber der Bundesverwaltung eine Wächterrolle wahr. Gegenüber Akten der Legislative bleibt

die Kontrolle indes nach wie vor eine beschränkte (Art. 191 BV)²¹. Ein letzter Grund dafür, dass die Bundesverfassung

- 13 Ähnliche Aufsichtsbehörden kennen die lateinischen Kantone der Schweiz: ANDREAS AUER, Quelques remarques sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges, in: Rivista di diritto amministrativo ticinese 1986, 195, 208.
- 14 KURT EICHENBERGER, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: RICHARD FRANK (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz, 2. A. Basel/Frankfurt a.M. 1997, 69, 79. Vgl. auch FRITZ FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat, in: DERS., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, 138, 157; HANS HUBER, Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, in: DERS., Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, 435, 449.
- 15 FRITZ FLEINER, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, in: DERS. (FN 14), 163 ff.; MAX IMBODEN, Rousseau und die Demokratie, in: DERS., Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, 75, 91; ALFRED KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, 573.
- 16 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Du contrat social; ou principes du droit politique, Amsterdam 1762, Drittes Buch, 18. Kapitel.
- 17 Im Kanton Appenzell Innerrhoden werden die Mitglieder des Kantonsgerichts alljährlich an der Landsgemeinde (wieder)gewählt (Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 KV [SR 131.224.2]). Das Recht, eine (Gesamt-)Behörde jederzeit abzurufen (also auch das Obergericht), besteht im Kanton Uri (Art. 27 Abs. 2 i.V.m. Art. 21 KV [SR 131.214]; hierzu ALFRED KÖLZ, Das Abberufungsrecht, in: Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Solothurn 1998, 185 ff.). In den meisten Kantonen hat sich eine vierjährige Amtsdauer für Mitglieder der richterlichen Gewalt (aber auch der Exekutive) durchgesetzt.
- 18 Auszug aus dem Abschiede der ordentlichen eidgenössischen Tagsatzung des Jahres 1847, IV. Theil, Verhandlungen, betreffend die Revision des Bundesvertrages, Bern 1847, 148 f.; Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8.4. 1848, erstattet von der am 16.8.1847 von der Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Bern 1848, 70. Vgl. auch F. FLEINER, Beamtenstaat (FN 14), 150; ARTHUR HAEFLIGER, Hundert Jahre Schweizerisches Bundesgericht, in: SJZ 71 (1975) 1 ff.
- 19 ALEXANDER REICHEL, Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, 2. A. Bern 1896, S. XI. Vgl. auch DIETRICH SCHINDLER (sen.), Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, in: ZSR NF 44 (1925) 19 ff.
- 20 Art. 114^{bis} BV 1874 (AS 30, 659 ff.).
- 21 Nach Inkrafttreten der Justizreform Art. 190 BV. Eine beschränkte Wächterrolle über den Gesetzgeber kommt dem Bundesgericht allerdings dann zu, wenn Bundesgesetze im Einzelfall und vorfrageweise auf ihre Übereinstimmung mit der EMRK zu prüfen sind (BGE 125 II 417, 424 ff. E. 4d). Vgl. THOMAS SCHERRER, Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, Diss. St. Gallen 2001; MARTIN SCHUBARTH, Die Bedeutung der verfassungsmässigen Ordnung für das Verhältnis von Richter und Bundesgesetz, in: ZSR NF 122 (2003), 169 ff.

- 4 KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Habil. Bern 1960, 253 f.
- 5 REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001, S. V.
- 6 BGE 126 I 228, 232 E. 2c/bb; 123 I 87, 94 E. 4e.
- 7 Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8.10.1999 (BBl 1999 8633 ff.; BBl 2000 2990 ff.). Teilweise (Art. 123 und 191a Abs. 1) in Kraft seit 1.4.2003 (AS 2002 3147). Das Inkrafttreten der übrigen Bestimmungen dürfte voraussichtlich im Jahr 2007 erfolgen.
- 8 K. EICHENBERGER, Unabhängigkeit (FN 4), 64 ff.; R. KIENER, Unabhängigkeit (FN 5), 229. Zur Problematik des Begriffs der Gewaltenteilung vgl. HANSJÖRG SEILER, Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Habil. Bern 1994, 201 f.
- 9 K. EICHENBERGER, Unabhängigkeit (FN 4), 43 ff.
- 10 Vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 120.
- 11 Neu vorgesehen in Art. 54^{bis} GVG (SR 171.11) bzw. Art. 40a ParlG (BBl 2002 8220 ff.).
- 12 Vgl. PHILIPPE ABRAVANEL (Hrsg.), Traité d'organisation judiciaire comparée, Tome I, Zürich/Baden-Baden/Brüssel 1999; KURT EICHENBERGER, Richterstaat und schweizerische Demokratie, in: DERS., Der Staat der Gegenwart, Basel/Frankfurt a.M. 1980, 11, 16; PETER HONEGGER, Die Amtsentsetzung des Richters, Diss. Zürich 1948, Zürich 1949, 20 ff.

entgegen der tradierten Gewaltenteilungslehre nicht von der "séparation des pouvoirs", sondern von der "concentration des pouvoirs"²² geprägt ist, dürfte psychologischer Natur sein: Das in der Schweiz herrschende, egalitär-demokratische Klima führt zu einer emotionalen "Abneigung gegen eine sozial frei schwebende Intelligenz" und zu einer "Erwartung sozialer und volkstümlicher Bindungen des Richters, statt vollkommener Unabhängigkeit"²³.

C. Verantwortlichkeit der Mitglieder des Bundesgerichts

Der richterlichen Unabhängigkeit liegt die positive Erwartung zugrunde, dass die Richterinnen und Richter dem in sie gesetzten Vertrauen gerecht werden und ohne Dritteinwirkungen das Richtige tun²⁴. Aber auch die Mitglieder einer richterlichen Behörde sind nicht unfehlbar. Eine Aufsicht und Kontrolle über Gerichtspersonen drängt sich daher auf. Dies umso mehr, als richterliches Fehlverhalten die Autorität des Gerichts und die Akzeptanz seiner Rechtsprechung untergräbt²⁵. Fast zwangsläufig geraten Aufsicht und Kontrolle aber in Konflikt mit der richterlichen Unabhängigkeit: Wird das richterliche Organ durch eine aussergerichtliche Instanz zur Verantwortung gezogen, bedeutet dies eine Beschränkung seiner Selbstständigkeit. Müssen sich Richterpersonen vor einer richterlichen Behörde verantworten, erfolgt dies wiederum auf Kosten ihrer Eigenständigkeit. Aufsichts- und Kontrollsysteme – auch sie sind vor missbräuchlicher Handhabung nicht geschützt – können damit zu einer ernststen Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit werden. Damit wird die Aufsicht über Gerichte zum Hochseilakt im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit: sowohl in der gesetzgeberischen Ausgestaltung als auch in der konkreten Handhabung.

Traditionell werden drei bzw. vier Ebenen der Verantwortlichkeit unterschieden:²⁶ die *strafrechtliche*, die *vermögensrechtliche* und die *disziplinarische*. Je nachdem tritt noch eine weitere Ebene der Verantwortlichkeit hinzu: die *politische*.

I. Straf- und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit

Die Mitglieder des Bundesgerichts unterstehen für Verbrechen und Vergehen, die sie in amtlicher Stellung verüben, *strafrechtlicher Verantwortlichkeit* (Art. 13 VG, SR 170.32). Die Verfolgung solcher Delikte setzt aber die Zustimmung der Bundesversammlung voraus. Die parlamentarische Ermächtigung kann nicht durch die Zustimmung der Betroffenen ersetzt werden (Art. 14 VG). Begeht ein Mitglied des Bundesgerichts indes ein Verbrechen oder Vergehen, das sich *nicht* auf seine amtliche Stellung bezieht, bedarf es zur Strafverfolgung der schriftlichen Zustimmung des Betroffenen oder des Gesamtgerichts (Art. 4 Abs. 2 GarG, SR 170.21). Im Falle einer Verurteilung muss der Strafrichter²⁷ die Amtsunfähigkeit anordnen, sollte sich die Per-

son durch ein Verbrechen oder Vergehen ihres Vertrauens unwürdig erwiesen haben (Art. 51 Abs. 1 StGB²⁸). Zudem sind die eidgenössischen Räte befugt, über die vorläufige Einstellung im Amt zu beschliessen, wenn sie die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilen (Art. 14 Abs. 4 VG).

Die "Spuck-Attacke" von Bundesrichter SCHUBARTH kann als strafbares Handeln gewürdigt werden²⁹. Es scheint aber, dass ein (konkret erforderlicher) Strafantrag unterblieben ist, womit eine Strafverfolgung und die Frage der Ermächtigung dahinfallen. Da die "Spuck-Attacke" in den Räumlichkeiten des Bundesgerichts stattgefunden hat und sich gemäss Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts gegen einen dort anwesenden Journalisten bzw. einen Bundesgerichtsschreiber richtete, ist anzunehmen, dass für die Ermächtigung zur Strafverfolgung die Bundesversammlung zuständig gewesen wäre³⁰.

- 22 F. FLEINER, Staatstheorien (FN 15), 168. Vgl. auch H. SEILER, Gewaltenteilung (FN 8), 637 ff.
- 23 H. HUBER (FN 14), 449. Vgl. auch K. EICHENBERGER, Richterstaat (FN 12), 25 ff.; M. SCHUBARTH (FN 21), 173; LUZIUS WILDHABER, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, in: VVD-StRL 56 (1997) 67, 79. Äusserlich erkennbares Indiz hierfür dürfte die in den deutschsprachigen Kantonen und am Bundesgericht fehlende und als "unschweizerisch" empfundene Richterrobe sein (ANDRÉ GISEL, Le Tribunal fédéral suisse, in: ZSR NF 90 [1971] 385, 396). Das Festhalten am Laienrichtertum auf Stufe kantonaler Gerichte deutet in eine ähnliche Richtung.
- 24 K. EICHENBERGER, Unabhängigkeit (FN 4), 254.
- 25 HANS PETER WALTER, Gedanken zum Richteramt, in: ZBJV 127 (1991) 611, 618. Eher kritisch hierzu HANS-MARTIN PAWLOWSKI, Die Autorität des Richterspruchs, in: WERNER HOPPE/WERNER KRAWIETZ/MARTIN SCHULTE (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, Köln/Berlin/Bonn/München 1992, 427, 445.
- 26 Vgl. MAURO CAPPELLETTI, "Who Watches the Watchmen?" A Comparative Study on Judicial Responsibility, in: The American Journal of Comparative Law XXXI (1983) 1, 18 ff.; FRANCO MOROZZO DELLA ROCCA, Les diverses formes de la responsabilité personnelle du juge, in: Conseil de l'Europe, Pouvoir judiciaire et responsabilité publique pour les actes juridictionnels, Strasbourg 1986, 58 ff. Vgl. auch K. EICHENBERGER, Unabhängigkeit (FN 4), 255 ff.
- 27 Dies ist im Normalfall der kantonale Strafrichter, in den in Art. 340 Ziff. 1 Abs. 7 StGB genannten Fällen indes das Bundesgericht selber. Ausserdem besteht die Möglichkeit, dass die Bundesversammlung auch im Falle kantonaler Zuständigkeit den Beschuldigten dem Bundesgericht überweist (Art. 14 Abs. 5 VG).
- 28 Künftig erfasst durch Art. 67 (Berufsverbot) der Änderung des StGB vom 13.12.2002 (BBI 2002 8240, 8266).
- 29 In Frage kommen die Beschimpfung (Art. 177 StGB) bzw. Tötlichkeit (Art. 126 StGB). Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.424/2001 vom 5.10.2001.
- 30 Dies entspricht auch der Praxis der Bundesversammlung, den Begriff der amtlichen Tätigkeit weit auszulegen: MORITZ VON WYSS, in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, Art. 162 Rz. 14.

Auch im Bereich der *vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit* wird danach unterschieden, ob die Tathandlung im Zusammenhang mit der amtlichen Tätigkeit steht oder nicht. Für Schäden, die ein Bundesrichter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VG). Hat der Bund in solch einem Fall Ersatz geleistet, so steht ihm der Rückgriff auf die Person zu, die den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat (Art. 7 VG). Für Tathandlungen, die nicht im Zusammenhang mit der Ausübung der amtlichen Tätigkeit stehen, sind Mitglieder des Bundesgerichts hingegen nach den Vorschriften des Zivilrechts haftbar und geniessen keine Verfolgungsprivilegien.

Das Recht stellt damit Mechanismen zur Verfügung, die es erlauben, ein Mitglied des Bundesgerichts in straf- und vermögensrechtlicher Hinsicht zur Verantwortung zu ziehen. Verfolgungsprivilegien bzw. die primäre Staatshaftung verhindern aber, dass Magistratspersonen das Opfer von "trölerischen Störungen und Behinderungen"³¹ werden.

II. Disziplinarische Verantwortlichkeit

Disziplinarische Sanktionen dienen der Aufrechterhaltung der Ordnung sowie der Wahrung des Ansehens und der Vertrauenswürdigkeit in eine Behörde oder einen Personenstand³². Disziplinar massnahmen gelten nicht als Strafen im Rechtssinne. Da sie aber teilweise erheblich in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreifen, müssen sie strengen Anforderungen genügen: Disziplinar massnahmen dürfen nur verhängt werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, ein Disziplinarfehler vorliegt, das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet und der Betroffene vorgängig angehört wird (Art. 5 Abs. 1 und 2, Art. 29 Abs. 2 sowie Art. 36 BV). Das Bundesgericht bezeichnet sein Vorgehen gegen Bundesrichter SCHUBARTH nicht explizit als Disziplinar massnahme. Es liegt indes auf der Hand, dass es sich bei der "definitiven Freistellung von der Rechtsprechung" um eine solche Sanktion handelt. Es ist daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Disziplinierung des Bundesrichters erfüllt waren.

1. Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung

Das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes hält in Art. 17 fest, dass sich die disziplinarische Verantwortlichkeit der diesem Gesetz unterstellten Personen nach den für sie geltenden besonderen Bestimmungen richtet. Das Bundespersonalrecht mit seinen Disziplinarvorschriften (Art. 25 BPG, SR 172.220.1) nimmt dagegen die von der Bundesversammlung gewählten Personen ausdrücklich von seinem Anwendungsbereich aus (Art. 2 Abs. 2 Bst. a BPG). Die vom Bundesgericht erlassenen Ausführungsbestimmungen zum BPG³³ finden dementsprechend nicht auf die Bundesrichter selber Anwendung. Auch die Selbstverwaltungsbezugnis des Bundesgerichts und seine Kompetenz zur Geschäftsverteilung (Art. 188 Abs. 3 BV und Art. 14 OG) bieten keine Grundlage für die definitive Freistellung eines Rich-

ters³⁴. Implizit geht auch das Bundesgericht vom Fehlen einer gesetzlichen Grundlage aus, wenn es festhält: "Bundesrichter werden jeweils auf eine feste Amtsdauer von sechs Jahren gewählt. Eine Abwahl ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Offensichtlich ging der Gesetzgeber davon aus, dass ein Höchst Richter, welchem ein solches Fehlverhalten vorzuwerfen ist, die Grösse hat, die Konsequenzen zu ziehen und zurückzutreten."

Wenn sich dem Bundesgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit als Höchstgericht eine zwingend zu beantwortende Rechtsfrage stellt, für die das gesetzte Recht keine (oder eine unbefriedigende) Antwort enthält, hat es zu prüfen, ob eine Gesetzeslücke vorliegt und ob es diese zu füllen hat. Vorliegend wurde das Bundesgericht von sich aus tätig. Und es hat – auch wenn es dies nicht ausdrücklich festhält – eine Lücke im Recht ausgemacht und diese gefüllt. Durfte es dies?

2. Keine Lücke im gesetzten Recht

Die ältere Lehre und teilweise auch die Rechtsprechung unterscheiden zwischen "echten" und "unechten" Lücken im Gesetz. Eine *echte Lücke* liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält. Von einer *unechten Lücke* wird gesprochen, wenn ein Gesetz zwar auf alle Fragen eine Antwort gibt, diese aber als sachlich unbefriedigend und lückenhaft empfunden wird. Das Rechtsverweigerungsverbot (Art. 29 Abs. 1 BV) gebietet den rechtsanwendenden Organen, echte Lücken zu schliessen, während das Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) ihnen die Füllung unechter Lücken verbietet und dem Gesetzgeber vorbehalten³⁵. Die neuere Lehre und (in Einzelentscheiden) auch das Bundesgericht lösen sich von diesem Dualismus und gehen von einem einheitlichen Begriff aus, der die Lücke als *planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes* defi-

- 31 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 29.6.1956, BBI 1956 I 1393, 1398.
- 32 Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 1192.
- 33 Vgl. insbesondere Art. 60–66 PVBger (SR 172.220.114).
- 34 Vgl. GEORG MÜLLER, "Abberufung" durch Reorganisation, Im Widerstreit zu Volkswillen und Kollegialitätsprinzip, in: NZZ vom 9.5.2003, 15. Zur Justizverwaltung KURT EICHENBERGER, Justizverwaltung, in: Festschrift für den Aargauischen Juristenverein, Aarau 1986, 31 ff.
- 35 BGE 128 I 34, 42 E. 3b; GIOVANNI BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Basel 1989, Basel/Frankfurt a.M. 1991, 74 ff.; U. HÄFELIN/G. MÜLLER (FN 32), Rz. 237, 241; ULRICH HÄFELIN, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: DERS./WALTER HALLER/GEORG MÜLLER/DIETRICH SCHINDLER (Hrsg.), FS zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, 91 ff.; SILVAN HUTTER, Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht, Diss. Freiburg i.Ü. 1989, 59 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. I, Bern 1994, 154 f.

niert³⁶. Die Frage, ob eine Lücke vom Richter ausgefüllt werden darf, beurteilt sich demnach nicht mehr danach, ob die Lücke als "echt" oder "unecht" gilt, sondern ob dem Richter im Lichte des Verfassungsrechts eine Rechtsfortbildungsbefugnis zukommt³⁷.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Autorität eines Gerichts massgeblich von der fachlichen und persönlichen Autorität seiner Mitglieder bestimmt wird. Wenn daher von einem Richter verlangt wird, dass er sich nicht nur rechtskonform, sondern darüber hinaus "vorbildlich" zu verhalten hat, entspricht dies nicht einem "antiquierten und spiessigen Bild der Richter"³⁸, sondern ist eine berechtigte Forderung im Interesse einer funktionstüchtigen Rechtsprechung. Das Bundesgericht ist daher in seiner Befürchtung ernst zu nehmen, wenn es festhält, dass eine Person, die "derart die Selbstkontrolle verliert und grob gegen Sitten und Anstand verstösst, (...) für die Rechtsunterworfenen als Richter unzumutbar" ist. Genügt die fehlende Sanktionsmöglichkeit gegen solches Verhalten aber, um von einer "planwidrigen Unvollständigkeit" im gesetzten Recht zu sprechen? Gegen das Vorliegen einer Lücke sprechen m.E. folgende Überlegungen:

- *Bundesrichter sind Magistratspersonen.* Sie unterscheiden sich von anderen staatlichen Entscheidungsträgern des Bundes dadurch, dass ihre Wahl durch die Bundesversammlung erfolgt und sie damit erhöhte demokratische Legitimation geniessen. Sie unterstehen nicht dem Bundespersonalrecht und seinen Disziplinarvorschriften. Das Disziplinarrecht hat seine Ursprünge im "Beamtenstaat" des 18./19. Jahrhunderts und wurde im Schweizer "Volksstaat"³⁹ erst spät und nicht vollständig rezipiert⁴⁰. Wie eingangs erwähnt, erfolgte im Gegensatz zu unsern Nachbarstaaten keine "Verbeamtung" der Richterschaft⁴¹; "Das Disziplinarrecht (ist) weitgehend eine Bedürfnisfrage (...): je ausgesprochener die *Beamtenstellung* des Richters ist, desto eingehender ist auch sein Verhalten durch den Staat vorgeschrieben"⁴². Es ist daher nur folgerichtig, dass die obersten Schweizer Richter – wie auch die Regierungsmitglieder⁴³ – keiner Disziplinargewalt unterstehen und strafprozessuale Verfolgungsprivilegien geniessen⁴⁴. Denn damit würde einer anderen Staatsgewalt das Mittel in die Hand gegeben, einen Wahlakt der Volksvertretung rückgängig zu machen⁴⁵. Es stimmt zwar, wenn das Bundesgericht feststellt, dass "(j)eder Angestellte, der so handelt, riskiert, seine Stelle zu verlieren". Die Kompetenz, einen gewählten Richter von der Rechtsprechung frei zu stellen, kommt ihm deshalb aber nicht zu.
- *Möglichkeit der Nichtwiederwahl als disziplinarisches "Notventil".* Die Bundesversammlung ist für Wahl und Wiederwahl der Bundesrichter zuständig. Ob die Bundesversammlung verpflichtet ist, die Wiederwahl vorzunehmen, kann an dieser Stelle offen bleiben. Dem Parlament muss es aber zustehen, einem Mitglied des Bundesgerichts die Wiederwahl zu versagen, wenn dessen Amtsunfähigkeit feststeht oder wiederholte Amtspflichtverletzungen nachgewiesen sind. Der Möglichkeit der Nichtwiederwahl kommt damit die Funktion eines disziplinarischen "Notventils" zu⁴⁶. Die Nichtwiederwahl ist unbestritte-

nermassen ein sehr grobes Mittel, das nur alle sechs Jahre zur Verfügung steht. Umgekehrt schützt ein solcher "délai de réflexion" auch vor überstürzten Reaktionen. In den letzten 150 Jahren hat die Bundesversammlung zweimal von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, einen Richter nicht wieder zu wählen. In beiden Fällen wurde aber nicht eine eigentliche Amtspflichtverletzung, sondern das Missachten der freiwilligen Altersgrenze (einer "coutume obligatoire"⁴⁷) sanktioniert⁴⁸.

3. Fehlende Rechtsfortbildungsbefugnis des Bundesgerichts

Selbst wenn eine Rechtslücke angenommen wird (was der Schreibende nicht tut) oder wenn man davon ausgeht, dass nur "das Mass, nicht das Ob eines Richterrechts"⁴⁹ zur Diskussion steht, stellt sich die Frage, ob dem Bundesgericht

- 36 BGE 123 II 69, 73 E. 3c; 102 Ib 224, 225 f. E. 2; U. HÄFELIN/G. MÜLLER (FN 32), Rz. 243; U. HÄFELIN (FN 35), 108 f.
- 37 G. BIAGGINI (FN 35), 487 ff.
- 38 H. P. WALTER, Richteramt (FN 25), 620.
- 39 FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Tübingen 1928, 93 f.; DERS., Beamtenstaat (FN 14), 141 f.
- 40 P. HONEGGER (FN 12), 61 ff.; ALFRED KÖLZ, Von der Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts, in: WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ/GEORG MÜLLER/DANIEL THÜRER (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, FS für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1989, 597, 611.
- 41 Sie beschränkte sich auf Gerichtsschreiber und administratives Hilfspersonal (vgl. FN 33).
- 42 P. HONEGGER (FN 12), 47 (Hervorhebungen im Original).
- 43 ETIENNE GRISEL, La responsabilité patrimoniale des conseillers fédéraux, in: RDAF 54 (1998) 113, 116.
- 44 Vgl. auch REGINA KIENER, Die Abberufung eines Bundesrichters, Richterliche Unabhängigkeit am Wendepunkt?, in: NZZ vom 13.3.2003, 13.
- 45 Vgl. GEORG MÜLLER (FN 34), 15.
- 46 CHRISTINA KISS-PETER, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Diss. Basel 1993, Basel/Frankfurt a.M. 1993, 73. Vgl. Votum JEAN GUINAND, in: AB 1990 N (Vereinigte Bundesversammlung) 2523; EUGEN H. BINDER, Das Disziplinarrecht der richterlichen Beamten im Kanton Genf, Diss. Zürich 1952, Bülach 1952, 51; K. EICHENBERGER, Unabhängigkeit (FN 4), 263; HANSJÖRG SEILER, Praktische Fragen der parlamentarischen Oberaufsicht über die Justiz, in: ZBl 101 (2000) 281, 294. Zurückhaltender R. KIENER, Unabhängigkeit (FN 5), 287 ff.; DIES., Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig?, in: plädoyer 5/01, 36, 41 ff.
- 47 ANDRÉ GRISEL (FN 23), 394. Vgl. auch AB 1995 N (Vereinigte Bundesversammlung) 2767.
- 48 1942 wurde der 70-jährige Bundesrichter ROBERT FAZY nicht wieder gewählt (unpubl. Protokoll der Vereinigten Bundesversammlung der 31. und 32. Legislaturperiode 1939–1947, 184, Sitzung vom 17.12.1942). 1995 versagte die Bundesversammlung dem fast 69-jährigen HANS WILLI die Wiederwahl ins Eidgenössische Versicherungsgericht (AB 1995 N [Vereinigte Bundesversammlung] 2767 f.).
- 49 HANS PETER WALTER, Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, in: recht 2003, 2, 3 (mit Verweis auf den deutschen Bundesgerichtshof).

eine Rechtsfortbildungsbefugnis (in diesem Umfang) zukommt. So gebietet der Vorbehalt des Gesetzes, dass Regelungen von einer gewissen Wichtigkeit einzig vom Verfassungs- oder Gesetzgeber getroffen werden dürfen und der richterlichen Rechtsfortbildung entzogen sind⁵⁰.

- *Disziplinar-massnahmen durch richterliche Rechtsfortbildung?* Disziplinarische Massnahmen greifen zwangsläufig in die Rechtsstellung der Gemassregelten ein, unter Umständen beeinträchtigen sie Grundrechtspositionen⁵¹. Daher gilt im Disziplinarrecht der Gesetzesvorbehalt, auch wenn es sich nicht um ein Verhältnis Bürger-Staat, sondern um ein "Innenverhältnis" zwischen dem Staat und den für ihn tätigen Personen handelt⁵². Allenfalls können aber in Bezug auf Gesetzesform und -bestimmtheit geringere Anforderungen gestellt werden. Ein völliger Verzicht auf eine gesetzliche Grundlage darf im Disziplinarrecht indes kaum hingenommen werden. Der generelle Vorbehalt des Gesetzes verdichtet sich im Disziplinarrecht – ähnlich dem Strafrecht – zu einem (besonders strengen) Grundsatz *nulla sanctio sine lege*⁵³. Am Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ist insbesondere dort festzuhalten, wo von der schärfsten Sanktion, der Amts-enthebung oder definitiven Freistellung, Gebrauch gemacht wird: "In allen übrigen Fällen, für welche also das Gesetz nichts bestimmt hat, ist Amtsentziehung *unzulässig*. (...) Wenn es (...) mit dem Beamten nicht stimmt, (...) so muss man den Beamten ertragen. Hier handelt es sich nicht um nachgiebiges Recht"⁵⁴.
- *Eigenständigkeit der Richterpersönlichkeit.* Indem das Bundesgericht beschliesst, einen Bundesrichter definitiv von der Rechtsprechung frei zu stellen, schafft es grundlegend neues Recht im Bereich von Organisation und Verfahren der Bundesbehörden. Es führt faktisch ein Abberufungsverfahren aus disziplinarischen Gründen ein und tangiert dabei in schwerwiegender Weise die persönliche Unabhängigkeit seiner Richter. Die Eigenständigkeit des Richters gegenüber dem Kollegium dient auch dazu, dass er in der Lage ist, quer zur Mehrheitsmeinung im Spruchkörper zu argumentieren. Ohne dem Bundesgericht dies im konkreten Fall unterstellen zu wollen, besteht bei einer Disziplinarbefugnis des Gesamtgerichts die Gefahr, dass "unbequeme" Kollegen freigestellt oder eingeschüchtert werden⁵⁵. Wenn Richter über ihre Arbeitskollegen befinden, stellt sich auch die Frage, ob die Unbeteiligtheit gewährleistet ist, welche die Qualität richterlicher Entscheidungsfindung kennzeichnet⁵⁶. Es mag unbefriedigend sein, wenn keine Handhabe gegen unwürdig erscheinende Richter besteht, die sich weigern zurückzutreten. "Für die richterliche Unabhängigkeit ist der faktische Zustand im schweizerischen Recht jedoch nicht einfach unerwünscht. Er steht einer Entfaltung der Disziplinargewalt hindernd im Wege und belässt der richterlichen Unabhängigkeit insoweit Freiheit"⁵⁷. Ob eine disziplinarische Freistellung von Bundesrichtern neu möglich sein soll und ob diese Freistellungsbefugnis dem Gericht selber (als "corps séparé"⁵⁸) zukommt, ist eine Wertungsfrage, deren Beantwortung dem Verfassungs- oder Gesetzgeber zukommt.

4. Zweifelhafte Art der Rechtsfortbildung durch das Bundesgericht

Selbst wenn das Bundesgericht vorliegend zur Rechtsfortbildung befugt sein sollte (auch dies verneint der Schreibende), stellt sich die Frage, ob es hierbei *modo codificatoris*⁵⁹, d.h. (in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 ZGB, SR 210) nach der Regel entschieden hat, die es als Verfassungs- oder Gesetzgeber aufgestellt hätte. Die Befugnis eines Gesamtgerichts, einen seiner Richter frei zu stellen, ist im europäischen Umfeld nicht unbekannt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte kann einen Richter entlassen, wenn die anderen Richter mit Zweidrittelmehrheit entscheiden, dass er die erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt (Art. 24 EMRK)⁶⁰. Dennoch gibt es gute Gründe, die gegen eine Rechtsfortbildung mit dieser Stossrichtung sprechen. Es wurde bereits erwähnt, dass sich die richterliche Gewalt in der Schweiz anders entwickelt hat als in den europäischen Nachbarstaaten. Die Oberaufsicht durch das Parlament (Art. 169 Abs. 1 BV) begründet zwar – abge-

- 50 Die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes bezieht sich primär auf das Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive. Zu seiner (begrenzten) Anwendbarkeit auf das Verhältnis zwischen Legislative und Judikative vgl. G. BIAGGINI (FN 35), 314 ff., 326 ff.
- 51 Ob im vorliegenden Fall Grundrechte tangiert wurden, ist nicht eindeutig zu bestimmen: Der Bundesrichter scheint seine Lohnansprüche durch die Freistellung nicht zu verlieren (wenn auch der moralische Druck, hierauf zu verzichten, enorm ist) und ein subjektiver Anspruch auf Mitwirkung an der Rechtsprechung besteht nicht (BGE 107 Ia 266 ff.; P. HONEGGER [FN 12], 78 f.; R. KIENER, Unabhängigkeit [FN 5], 367).
- 52 Vgl. ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates), 1. Bd., Zürich 1960, 271; U. HÄFELIN/G. MÜLLER (FN 32), Rz. 1202; GEORG MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil. Basel 1978, Basel 1979, 113.
- 53 Vgl. E. H. BINDER (FN 46), 80; P. HONEGGER (FN 12), 43, 46; R. KIENER, Unabhängigkeit (FN 5), 305.
- 54 OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, Zweiter Band, 3. A., München/Leipzig 1924, 157 (Hervorhebungen im Original).
- 55 Vgl. auch R. KIENER, Wiederwahl (FN 46), 40; CHRISTOPH STRECKER, Politischer Richter – garstiger Richter?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 17 (1984) 122, 124.
- 56 Vgl. (mit mehr Zurückhaltung) JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Volume I, Bern 1990, Art. 23 N 4.3.
- 57 K. EICHENBERGER, Unabhängigkeit (FN 4), 263.
- 58 M. CAPPELLETTI (FN 26, 50, 60 f.) warnt nachdrücklich vor einer solchen Verabsolutierung der richterlichen Unabhängigkeit.
- 59 H. P. WALTER, Rechtsfortbildung (FN 49), 5.
- 60 Ähnlich der österreichische Verfassungsgerichtshof (Zweidrittelmehrheit) und der Europ. Gerichtshof in Luxemburg (Einstimmigkeit mit Ausschluss des Betroffenen).

sehen vom erwähnten "Notventil" der Nichtwiederwahl – keine Disziplinarbefugnis der Bundesversammlung. Dennoch kommt darin eine Vermutung des Verfassungsgebers zum Ausdruck, wo eine solche Kompetenz anzusiedeln wäre⁶¹. Es liegt auch nahe, die Befugnis zur Absetzung beim Wahlorgan anzusiedeln⁶². Mit Nachdruck unterstrichen hat dies erst kürzlich das Parlament selber, als es für das neu geschaffene Bundesstrafgericht ein Amtsenthebungsverfahren eingeführt hat. Danach "kann die Bundesversammlung einen Richter oder eine Richterin vor Ablauf der Amtsdauer des Amtes entheben, wenn er oder sie: a. vorsätzlich oder grob fahrlässig Amtspflichten schwer verletzt hat; oder b. die Fähigkeit, das Amt auszuüben, auf Dauer verloren hat"⁶³.

5. Unverhältnismässigkeit des bundesgerichtlichen Vorgehens

Losgelöst von der Frage der gesetzlichen Grundlage muss eine Disziplinar massnahme im *konkreten Einzelfall* verhältnismässig sein, d.h. sie darf in zeitlicher, sachlicher und personeller Hinsicht nicht weiter gehen als zur Erreichung des Zwecks erforderlich. Das Bundesgericht nimmt zur Frage der Verhältnismässigkeit explizit Stellung. Eine weniger einschneidende Massnahme, etwa das Versetzen in eine andere Abteilung, hält es für nicht geeignet. Die Freistellung von der Rechtsprechung ist allerdings eine der schärfsten Waffen aus der Rüstkammer der Disziplinarsanktionen. So drängt sich die Frage auf, ob bei einer erstmaligen Verfehlung nicht eine mildere Massnahme – etwa eine scharfe Rüge – ausgereicht hätte. Bedenken gegen das bundesgerichtliche Vorgehen drängen sich aber vor allem in zeitlicher Hinsicht auf. Ist es erforderlich, den fehlbaren Bundesrichter *definitiv* von der Rechtsprechung freizustellen? Eine zeitlich begrenzte Freistellung hätte vielleicht zu einer "Auszeit" geführt, die ein Glätten der emotionalen Wogen und eine Suche nach alternativen Auswegen – allenfalls unter Mithilfe externer Mediation – erleichtert hätte.

III. Politische Verantwortlichkeit der Mitglieder des Bundesgerichts

Es wurde dargelegt, dass die Bundesversammlung ein disziplinarisches "Notventil" betätigen kann, indem sie ein Mitglied des Bundesgerichts nach Ablauf seiner Amtsdauer nicht wieder wählt. Eng hiermit verknüpft ist die Frage, ob einem Richter auch aus anderen ("politischen") Gründen die Wiederwahl versagt werden darf⁶⁴. Die in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien beachten bei der erstmaligen Richterwahl jeweils den Parteienproporz. Damit soll sichergestellt werden, dass die Zusammensetzung des Gerichts die politischen Mehrheitsverhältnisse im Parlament (bzw. im Wahlvolk) spiegelt. Der freiwillig eingehaltene Proporz dient damit der Integration der unterschiedlichen gesellschaftlichen Strömungen und gewährleistet auch die Einbindung politischer Minderheiten⁶⁵. Die Bundesrichter stehen daher bei ihrer Erstwahl durchaus in einer politischen "Verantwortung", sind sie doch dem Wahlgremium über ihre Parteizugehörigkeit Rechenschaft schul-

dig. Hingegen erscheint es unter Berücksichtigung der Funktion des Bundesgerichts⁶⁶ und seiner Unabhängigkeit kaum gerechtfertigt, die Zusammensetzung des Gerichts jederzeit den aktuellen Mehrheitsverhältnissen im Parlament anzupassen. Die Nichtwiederwahl eines Richters infolge seiner politischen Haltung oder aufgrund geänderter Mehrheitsverhältnisse im Parlament erscheint daher problematisch⁶⁷. Die über 150-jährige Praxis der Bundesversammlung zeigt denn auch – abgesehen von einer Fast-Ausnahme im Jahr 1990⁶⁸ – dass bislang keinem Mitglied des Bundesgerichts die Wiederwahl aus politischen Gründen versagt wurde⁶⁹.

- 61 So hat das Bundesgericht in BGE 49 I 221 ff. dem Genfer Staatsrat zugestanden, einen unfähigen Richter auch ohne gesetzliche Grundlage, aber kraft seiner "autorité administrative supérieure" (223) abzusetzen. Für das Argument des abgesetzten Richters, er sei aus Gründen der Gewaltentrennung durch das Gericht bzw. "par ses pairs" (223) abzusetzen, hatte das Bundesgericht kein Verständnis! Vgl. auch ADOLF STREULI, Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Aufsichtsrecht der Parlamente über die Gerichte, Diss. Zürich 1922, Berlin 1922, 97, 102.
- 62 BGE 49 I 221, 223: "...en principe (...), le pouvoir de révoquer les fonctionnaires est exercé par l'autorité qui les a élus". A.M. KIENER, Wiederwahl (FN 46), 40 f.
- 63 Art. 10 SGG (BB1 2002 6493, 6495). Ein analoge Regelung ist für das Bundesverwaltungsgericht vorgesehen: Art. 9a E-VGG (in BB1 2001 4539 ff. noch nicht enthalten). Hierzu CHRISTINA KISS, Das neue Bundesstrafgericht, in: AJP/PJA 2003, 141, 149.
- 64 Zur teilweise sehr schwierigen Abgrenzung der disziplinarischen von der politischen Verantwortlichkeit vgl. M. CAPPELLETTI (FN 26) 20 ff., 55.
- 65 Vgl. R. KIENER, Unabhängigkeit (FN 5), 272 f.
- 66 Bundesrichter sind keine apolitischen "Begriffsmelker und Subsumtionsautomaten" (H. HUBER [FN 14] 442); ihre Tätigkeit ist (rechts)schöpferisch. Umgekehrt sind sie aber auch keine "Richterkönige": Die Befugnisse des Gerichts sind hierfür zu eng umschrieben und sein Aufgabenbereich umgekehrt zu umfassend: Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung können vor Bundesgericht grundsätzlich nicht angefochten werden (M. SCHUBARTH [FN 21], 178). Und Bundesgesetze wie Völkerrecht sind für das Bundesgericht massgebend (Art. 191 BV). Zugleich erschöpft sich die Aufgabe des Bundesgerichts keineswegs in der Verfassungsgerichtsbarkeit: Es ist zugleich Zivil-, Straf- und Verwaltungsgericht. Im Bereich der Zivil- und (bislang noch) Strafrechtspflege ist es zudem das einzige ordentliche Gericht auf Bundesebene.
- 67 Vgl. R. KIENER, Unabhängigkeit (FN 5), 273.
- 68 Bundesrichter M. SCHUBARTH (!) wurde 1990 (wie aus Voten im Parlament zu schliessen ist) wegen seiner politischen Haltung nicht wieder gewählt. In der eine Woche danach stattfindenden Ergänzungswahl erfolgte seine Wiederwahl doch noch: AB 1990 N (Vereinigte Bundesversammlung) 2520 ff.
- 69 Zu beobachten ist hingegen, dass Bundesrichter wegen konkreter Gerichtsentscheide einen "Denkzettel" bei Wahlen erhalten (H. P. WALTER, Richteramt [FN 25], 624 f.; vgl. auch die Diskussion zu den neuesten BGEs zur Einbürgerungsfrage). Dies ist bedauerlich, doch verglichen mit der

D. Fazit de lege lata

Gerät ein Mitglied des Bundesgerichts mit dem Strafrecht in Konflikt oder verursacht es einer anderen Person widerrechtlich einen Vermögensschaden, so kann es hierfür aufgrund der bestehenden Mechanismen zur Verantwortung gezogen werden. *In extremis* ist auch eine Enthebung vom Amt möglich. Politisch sind die Bundesrichterinnen und Bundesrichter dem Parlament nur bei ihrer Erstwahl Rechenschaft schuldig. Eine disziplinarische Verantwortlichkeit ist dagegen im geltenden Recht nicht vorgesehen. Denkbar ist, dass Bundesrichter, die in gravierender Weise ihre Amtspflichten verletzen, von der Bundesversammlung nach Ablauf ihrer Amtszeit nicht wieder gewählt werden. Abgesehen von diesem "Notventil" besteht indes keine rechtliche Handhabe, einen Bundesrichter, der sich zwar rechtmässig, doch wider Anstand und Sitte verhält, von seinem Amt frei zu stellen. Die Bundesrichter unterstehen damit – auch zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit und infolge ihrer demokratischen Legitimation – keiner umfassenden Aufsicht und Kontrolle. Dies mag im Extremfall stossend sein und das Ansehen des obersten Gerichts beschädigen, doch vermag es das Vorgehen des Bundesgerichts im "Fall Schubarth" nicht zu rechtfertigen. Oder in den Worten eines englischen Richters: "*To press forward to a great principle by breaking through every other great principle that stands in the way of its establishment; (...) in short, to procure an eminent good by means that are unlawful, is as little consonant to private morality as to public justice*"⁷⁰.

E. Handlungsbedarf de lege ferenda?

Das Ideal der persönlichen Unabhängigkeit scheint am besten gewahrt, wenn Richter auf Lebenszeit oder auf eine zum Voraus fest umschriebene, einmalige Amtszeit ernannt werden. Ein Modell, für das sich die meisten europäischen Staaten sowie die USA (auf nationaler Ebene) entschieden haben. Um fehlbare Richter zur Verantwortung zu ziehen, kennen diese Staaten Mechanismen zur Amtsenthebung, sei es durch ein Gericht, ein gemischtes Organ oder eine andere Staatsgewalt. Das Schweizer Rechtssystem dagegen weist mit seiner fehlenden Disziplinaufsicht scheinbare Lücken auf und birgt mit der Möglichkeit der Nichtwiederwahl Missbrauchspotentiale. Die Bundesrichter haben in den letzten 150 Jahren allerdings bewiesen, dass sie mit der hohen Verantwortung umzugehen wissen. Und das Parlament hat trotz seiner weitgehenden Befugnisse die Unabhängigkeit des Gerichts respektiert. Nun droht, dass unter dem Eindruck eines spektakulären Einzelfalls das bestehende System aus den Angeln gehoben wird. Wird dem Parlament (wie gegenüber dem Bundesstrafgericht) ein Abberufungsrecht in die Hände gelegt⁷¹, nähern wir uns zwar ROUSSEAUSCHEN "Idealen". Warum soll aber ausgerechnet für Bundesrichter – deren Unabhängigkeit besonderen Schutz geniessen sollte – eine Abberufungsmöglichkeit geschaffen werden, nicht aber für Bundesräte und Parlamentarier? Auch sie können auf dem Parkett der Sittsamkeit ausrutschen. Die in der Schweiz traditionell ohnehin schwach

ausgebaute richterliche Unabhängigkeit würde durch die Möglichkeit der Abberufung weiter geschwächt. Im Gegenzug schiene dann eine Stärkung der richterlichen Gewalt – etwa durch Ernennung auf einmalige und längere Amtszeit – unabdingbar⁷². Dies dürfte aber als Bruch mit demokratischen Traditionen empfunden werden und wäre politisch kaum durchsetzbar. Die Entwicklung weiterer Alternativmodelle muss hier aus Platzgründen unterbleiben. Zu warnen ist aber vor der Illusion, es liesse sich ein perfektes System finden. *Kein* Aufsichts- und Kontrollmechanismus ist frei von Missbrauchsgefahren: "Auch die Kontrollinstanz ist nicht unfehlbar; sie kann versagen. Wer bewacht die Wächter? Leicht gelangt man so zu einer Schraube ohne Ende"⁷³.

- "Nichtwiederwahlpraxis" am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte harmlos: Seit Schaffung des ständigen Gerichtshofs (1998) sind bereits drei Richter infolge politischer Intrigen ihrer Heimatstaaten nicht wieder gewählt worden. Hierzu NORBERT PAUL ENGEL, Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: EuGRZ 30 (2003) 122, 128 f.; MARTIN SCHUBARTH, Der europäische Richter – ein unabhängiger Richter?, in: ANDREAS DONATSCH/MARC FORSTER/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, FS für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 93 ff.
- 70 Sir WILLIAM SCOTT (1745–1836), later Lord STOWELL, Judge of the High Court of Admiralty; *The Le Louis* (1817) 2 Dodson, 210, 257.
- 71 Im Gegensatz zu den Bundesstrafrichtern ist die feste Amtsdauer der Bundesrichter in der Verfassung selber verankert (Art. 145). Dies wäre daher auch die Regelungsstufe zur Statuierung eines Abberufungsrechts.
- 72 Vgl. den Vorschlag von KARL SPÜHLER, Die Zukunft unserer Justiz, in: AJP/PJA 2003, 441, 443.
- 73 HANS REICHEL, Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland, Tübingen 1919, 38. Vgl. auch CH. KISS-PETER (FN 46), 72 f.

Le 11 février 2003, le juge fédéral Schubarth a craché sur un journaliste, mais a touché un greffier du tribunal fédéral se trouvant à côté de celui-ci. Ensuite, le Tribunal fédéral a définitivement libéré le juge faillible de ses fonctions dans la jurisprudence. Cette mesure disciplinaire de fait soulève des questions juridiques. Certes, les juges fédéraux sont soumis à une responsabilité pénale et civile. Selon l'auteur, l'absence d'une responsabilité disciplinaire des magistrats est cependant voulue. Il ne s'agit pas d'une inconséquence du législateur que le tribunal fédéral devrait corriger. L'absence de la possibilité de discipliner un juge fédéral tient compte du fait que ce dernier était élu par le Parlement et qu'il a besoin d'une protection accrue de son indépendance personnelle. Même en admettant un pouvoir disciplinaire du tribunal fédéral, il est douteux si la mesure appliquée dans le cas concret est adéquate. À ces observations *de lege lata*, l'auteur ajoute des considérants mettant en garde contre l'introduction d'une autorité disciplinaire pour les juges fédéraux *de lege ferenda* à cause de ce cas singulier et spectaculaire. On créerait ainsi un potentiel d'abus qui pourrait compromettre l'indépendance de la jurisprudence.

(trad. Dominique von Planta-Sting)