

red s
ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 138 (2019) II

Schweizerischer Juristentag 2019

«Welche Justiz für die Schweiz im XXI. Jahrhundert?»

Congrès de la Société suisse des juristes 2019

«Quelle justice pour la Suisse au XXI^{ème} siècle?»

Helbing Lichtenhahn Verlag



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 138 (2019) II

Schweizerischer Juristentag 2019

«Welche Justiz für die Schweiz im XXI. Jahrhundert?»

Congrès de la Société suisse des juristes 2019

«Quelle justice pour la Suisse au XXI^{ème} siècle?»



Unterstützt durch die Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

ISBN 978-3-7190-4257-8

ISSN 0254-945X

© 2019 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Inhaltsübersicht/Sommaire

Zugang zur Justiz

REGINA KIENER 5

Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven

DANIELA THURNHERR 101

Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand

MICHELE LUMINATI/FILIPPO CONTARINI 201

Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale: à la recherche d'un nouvel équilibre

DENIS TAPPY 291

Le parlementaire, ce juge qui s'ignore

PHILIPPE NANTERMOD 353

Zum Verhältnis von Politik und Justiz

MARGRET KIENER NELLEN 369

Zugang zur Justiz

REGINA KIENER*

* Prof. Dr. Regina Kiener, RA, Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Zürich. Ich danke meinen Mitarbeitenden MLaw Marisa Beier, MLaw Ivan Gunjic, RA David Henseler, MLaw Demis Mirarchi, stud. iur. Anina Preusker, MLaw Roman Schuppli und RA Patrice Zumsteg für ihre engagierte Mitarbeit. Ein besonderer Dank geht an MLaw Demis Mirarchi für die zudem mit grosser Umsicht und Sorgfalt getätigte Schriftleitung.

Inhaltsverzeichnis

A.	Problematik	8
I.	Bedeutung	8
II.	Thematische Breite, divergierende Fragestellungen	11
III.	Überleitung: Methodik und Vorgehen	14
B.	Konzeptionelle Fragen	15
I.	Funktionale Aspekte	15
1.	Individuell: Ein Grundrecht und ein Menschenrecht	16
2.	Instrumentell: Mittel zur Verwirklichung des materiellen Rechts	17
3.	Strukturell: Ein Element von Rechtsstaatlichkeit	19
4.	Sozial: Ein Instrument zur Integration benachteiligter Gruppen	20
5.	Entwicklungspolitisch: Eine Voraussetzung für soziale und wirtschaftliche Entwicklung	22
6.	Ergebnisse	23
II.	Rechtsquellen	23
1.	Das Recht auf Justizzugang als verfassungsmässiges Recht	24
2.	... als selbständiger menschenrechtlicher Anspruch	25
3.	... als Teilgehalt materieller Garantien	28
4.	... und als Recht auf Zugang zu einer internationalen Überwachungsinstanz	30
5.	Das Recht auf rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Justizzugang	31
6.	Ergebnisse	32
III.	Normativer Charakter	33
1.	Schutzbereich	33
2.	Verpflichtungsebenen	35
3.	Verpflichtungsgehalte	36
4.	Einschränkbarkeit?	37
5.	Derogierbarkeit	38
6.	Verzichtbarkeit?	39
7.	Ergebnisse	41
C.	Subjektiv-rechtlich: Justizzugang als Individualrecht	42
I.	Grundsatz	42
II.	Achtung des Justizzugangs	42
1.	Vorbemerkung (1): Vorliegen einer Einschränkung	43
2.	Vorbemerkung (2): Zulässigkeit einer Einschränkung	44
3.	Anfechtungsobjekt	46
4.	Fristen	47
5.	Formvorschriften	49
6.	Verfahrensberechtigung	50
7.	Vertretung	51
8.	Kognitionsbeschränkungen	53
9.	Kostenpflicht	54
10.	Immunitäten	56
III.	Gewährleistung des Justizzugangs	57
1.	Einrichtung eines effektiven Gerichtssystems	58
2.	Schaffung eines Systems von Prozesskostenhilfe	59
3.	... und (unentgeltlicher) Rechtsvertretung	60
4.	Übersetzungspflichten?	62
5.	Hilfs- und Aufklärungspflichten	63
6.	Vollstreckung	64

D.	Programmatisch: Umfassende Verwirklichung des Justizzugangs	65
I.	Grundsatz	65
II.	Evaluation und empirische Forschung	67
III.	Institutionelle Massnahmen	69
	1. Faktische Zugänglichkeit von Gerichten	69
	2. Sensibilisierung von Justizpersonen	70
	3. Ausbau der gesetzlichen Hilfs- und Aufklärungspflichten	71
	4. Zugänglichkeit von Rechtstexten	72
	5. . . . und ihre Verständlichkeit	73
IV.	Verfahrensrechtliche Massnahmen	73
	1. Einfache(re) Verfahren	73
	2. E-Justice?	74
	3. Erweiterung der Beschwerdeberechtigung	75
	4. Verfahrens- und gruppenspezifischer Ausbau der unentgeltlichen Vertretung	77
	5. Prozessfinanzierung?	79
	6. Sicherstellung des Justizzugangs im föderalistischen Mehrebenensystem	79
V.	Alternativen?	80
E.	Ergebnisse	81

A. Problematik

I. Bedeutung

Schätzungen der Vereinten Nationen zufolge haben weltweit über vier Milliarden Menschen keinen Zugang zur Justiz, das ist mehr als die Hälfte der Weltbevölkerung.¹ Die Problematik betrifft westliche Industriestaaten wie die USA oder Kanada² und – wie zu zeigen sein wird – auch die Schweiz. Unbestritten verfügt die Schweiz über ein ausdifferenziertes, formal inklusives, am Grundsatz der Verfahrensfairness ausgerichtetes und gut ausgestattetes Justizsystem. Die Regeln über die Organisation der Justizbehörden, ihre Zuständigkeit und die geltenden Verfahrensvorschriften sind in öffentlich zugänglichen Erlassen festgelegt und in allen Amtssprachen publiziert, Verfahrensgrundrechte sichern die gesetzliche Ordnung ab; wer in einer Rechtsstreitigkeit um Rechtsschutz er sucht, hat aufgrund der in Art. 29a BV³ verankerten Rechtsweggarantie einen grundrechtlichen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde und bei Bedürftigkeit besteht nach Massgabe von Art. 29 Abs. 3 BV ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, in gewissen Fällen auch auf Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands. Gleichwohl ist es eine Tatsache,

1 CLEP, Making the Law, S. 1; UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 2; bei den angegebenen Zahlen handelt es sich um Schätzungen, vgl. BANIK, S. 118.

2 Für die USA vgl. statt vieler RHODE, Roadmap, S. 1227 ff.; für Kanada statt vieler FARROW, S. 964.

3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999, SR 101.

dass auch in der Schweiz Hindernisse im Justizzugang bestehen. Die Gründe dafür sind vielgestaltig.

Das Schlagwort der «Verrechtlichung» macht deutlich, was sich auch quantifizieren lässt: immer mehr Lebensbereiche werden durch das Recht geregelt.⁴ Die Rechtsordnung hat zudem eine *Komplexität* angenommen, die es für nicht juristisch gebildete Personen (und mitunter auch für Juristinnen und Juristen) schwierig macht, die Rechtslage zu erfassen und die – je nach Regelungsgegenstand unterschiedlichen – Verfahrensregeln des Justizzugangs zu verstehen. Diese Befunde spiegeln sich in den Nichteintretensquoten der Gerichte; in den vergangenen Jahren lagen sie für das Bundesgericht bei 36 bis 44 Prozent, während sie am Bundesverwaltungsgericht immerhin 18 bis 21 Prozent betragen.⁵ Mittlerweile gilt als unbestritten, dass die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)⁶ im Jahr 2011 den *Zugang zur Zivilgerichtsbarkeit* stark verteuert und damit erheblich erschwert hat.⁷ Die Kostenvorschusspflicht für die klagende Partei in der Höhe der gesamten Gerichtskosten und die Regelung, wonach das Inkassorisiko für die Gerichtskosten vollständig den Parteien auferlegt wird, führen dazu, dass Zivilklagen für weite Teile der Bevölkerung und der Wirtschaft finanziell nicht tragbar sind. Diese Entwicklung trifft insbesondere Angehörige des Mittelstands, deren Mittel in der Regel die Schranke der Bedürftigkeit nicht unterschreiten und die deshalb keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung geltend machen können.⁸ In dieser verbreitet als unbefriedigend erachteten Rechtslage wird ein wichtiger Grund für die stagnierenden oder rückläufigen Verfahrenszahlen im Zivilprozessrecht gesehen.⁹ Nicht nur die Kosten, auch *Verjährungs- und Verwirkungsfristen* können den Justizzugang behindern: So scheiterte die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen gesundheitsschädigendem Verhalten Dritter, das erst nach langer Latenzzeit zum Ausbruch von Erkrankungen führt, bis vor kurzem an der zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist.¹⁰ Da es kein spezielles Verfahren für den *kollektiven Rechtsschutz* bei Massen- oder Streuschäden gibt, ist die Rechtsdurchsetzung auch dann erschwert, wenn privates Verhalten eine Vielzahl von Personen schädigt, das Prozessrisiko für den Einzelnen aber zu hoch

4 Mitte März 2019 waren rund 5 000 Bundes- und 16 500 kantonale Erlasse in Kraft, vgl. <www.lexfind.ch>.

5 Vgl. die Geschäftsberichte der Jahre 2014 bis 2017 des Bundesgerichts (2014: S. 21, 2015: S. 21, 2016: S. 17, 2017: S. 17) bzw. des Bundesverwaltungsgerichts (2014: S. 71, 2015: S. 72, 2016: S. 62, 2017: S. 62).

6 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. 12. 2008, SR 272.

7 MEIER/SCHINDLER, passim; MARTI, passim; eingehend STAEHELIN, passim.

8 Zur identischen Situation in Kanada vgl. FARROW, S. 964 («for most Canadians, legal assistance is too costly and therefore out of reach»); für die USA entsprechend ENGLER, S. 40, je m.w.H.

9 Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 12.

10 Vgl. Art. 60 und 127 OR, Art. 20 Abs. 1 VG; zur Problematik siehe EGMR, 11.6.2014, Nr. 52067/10, 41072/11, *Howald Moor und andere c. Schweiz*; das Verjährungsrecht wurde jüngst revidiert (vgl. BB1 2018 S. 3537 ff.), neu ist eine zwanzigjährige absolute Verjährungsfrist bei Personenschäden vorgesehen (Inkrafttreten am 1. 1. 2020).

ist. Beispiele sind Anlegerschäden im Kapital- und Finanzmarktrecht, Massenschäden im Kartell- und Lauterkeitsrecht sowie allgemein im Bereich des Konsumentenrechts.¹¹

Fragen des Justizzugangs stellen sich auch im Bereich der polizeilichen Tätigkeit.¹² In der Schweiz besonders in der Kritik stehen die Beschwerdemechanismen bei der Überprüfung *polizeilicher Zwangsanwendung*. Nichtregierungsorganisationen und internationale Überwachungsorgane bemängeln seit Jahren, dass in der Schweiz keine hinreichend unabhängige Überprüfung entsprechender Vorwürfe möglich sei und dadurch neben der Bundesverfassung auch internationale Standards des Justizzugangs verletzt würden.¹³ Auch für die Opfer von *Stalking und häuslicher Gewalt* ist der Justizzugang insoweit erschwert, als sie im Zivilverfahren die Übernahme von Verfahrenskosten gewärtigen oder vor der Anordnung von Fernhaltmassnahmen erst ein belastendes Schlichtungsverfahren durchlaufen müssen.¹⁴

Mit besonderen Schwierigkeiten im Justizzugang sehen sich *Ausländerinnen und Ausländer* konfrontiert.¹⁵ Asylsuchende und Arbeitsmigrantinnen sind in der Regel nicht nur rechts-, sondern auch sprachunkundig, viele von ihnen aufgrund ihrer Fluchterfahrungen traumatisiert.¹⁶ Ähnlichen Schwierigkeiten begegnen Hausangestellte von Diplomaten, an Botschaften und ständigen Missionen ausländischer Vertretungen, die sich bei Misshandlungen und anderen Rechtsverletzungen aufgrund der Immunitäten, die ihre Arbeitgeber in der Schweiz geniessen, nur bedingt rechtlich zur Wehr setzen können.¹⁷ Erfahrungsgemäss verzichten Migrantinnen und Migranten ohne geregelten Aufenthaltsstatus (sog. *Sans-Papiers*) auf die gerichtliche Durchsetzung ihrer Rechte, weil sie eine Offenlegung ihres prekären Status befürchten; sie sehen selbst dann vom Gerichtszugang ab, wenn sie in ihrer Arbeitskraft ausgebeutet oder in ihrer körperlichen und sexuellen Integrität verletzt werden oder Zeugen entsprechender Vorgänge geworden sind.¹⁸ Den ausländischen *Opfern von Menschenhandel* (Art. 182 StGB)¹⁹ drohen Bussen wegen Schwarzarbeit und der Landesverweis, zudem können die mit dem Strafverfahren zwangsläufig verbundenen und im Verlauf des Verfahrens mehrfach zu gewärtigenden Befragun-

11 Motion 13.3931 vom 27.9.2013, Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung (Prisca Birrer Heimo); gewisse Aspekte wurden in den Vernehmlassungsentwurf zur ZPO aufgenommen, vgl. insb. Art. 89 und 89a VE-ZPO; vgl. Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 17 f. und 38 ff.

12 Zur Situation in Kanada vgl. MACDONALD, S. 71 f.

13 Nachweise bei KÜNZLI/STURM/VEERAKATTY, S. 4 ff.

14 Bundesrat, Botschaft Schutz gewaltbetroffener Personen, insb. S. 7343 f.

15 Vgl. für andere Rechtsordnungen MACDONALD, S. 30; RHODE, Roadmap, S. 1238.

16 McBRIDE, S. 5.

17 Eingehend BALDEGGER, passim.

18 KIENER/BREITENBÜCHER, Ziff. I.; vgl. auch KIENER/MEDICI, S. 146 f. sowie BEQUIRAJ/McNAMARA, International Access, S. 16 f.

19 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0.

gen so belastend wirken, dass sie zu einer Re-Traumatisierung der Opfer führen. Auch aus diesen Gründen verzichten die meisten Betroffenen auf die Erstattung einer Anzeige,²⁰ entsprechend tief ist die Verfolgungsquote im Bereich des Menschenhandels.²¹ Mit erheblichen Schwierigkeiten im Justizzugang kämpfen auch Menschen im *Straf- und Massnahmenvollzug*. Die zumeist ausländischen Personen sind in der Regel mit dem Schweizer Rechtssystem nicht vertraut, sprechen oftmals keine Amtssprache, sind teilweise des Lesens und Schreibens unkundig, verfügen zumeist auch nicht über eigene finanzielle Mittel und nicht zuletzt fehlt ihnen ein unterstützendes privates Umfeld.²² Auch für Menschen mit *Behinderungen* erweist sich der Zugang zur Justiz als schwierig, solange die Gerichtsinfrastruktur nicht auf die Bedürfnisse mobilitätsbehinderter Menschen zugeschnitten ist, Rechtstexte für sehbehinderte Menschen nicht lesbar sind und das Verfahren für Menschen mit kognitiven Einschränkungen nicht verständlich ist.²³ Schliesslich können auch *Kinder und Jugendliche* in Kontakt mit der Justiz kommen, sei es als Beteiligte in familienrechtlichen Angelegenheiten, als Täter, Zeugen oder Opfer in Strafverfahren oder als Verfügungsadressaten in Administrativverfahren, so etwa, wenn sie Asyl beantragen oder ihnen eine Verwaltungsmassnahme wie zum Beispiel ein Schulausschluss droht.²⁴

II. Thematische Breite, divergierende Fragestellungen

Fragen des Justizzugangs werden in Lehre und Praxis seit den 1970er-Jahren vertieft diskutiert.²⁵ Die Fragestellungen in den verschiedenen Staaten und Rechtskreisen sind allerdings nicht identisch und die Entwicklung erfolgte auch nicht gleichlaufend.

Ihren Ausgangspunkt findet die Diskussion um den Justizzugang in einem *verfahrensrechtlichen Verständnis*: Individualrechte sollen mittels Zugang zu Gerichten und anderen Justizbehörden durchgesetzt werden können.²⁶ Daran schliesst gemeinhin die Feststellung an, dass dieser Zugang für zahlreiche Menschen mit erheblichen und teils unüberwindbaren Hindernissen verbunden ist. Es sind diese Hindernisse und die Vorschläge zu deren Überwindung, welche im Zentrum der Diskussion stehen, und nicht die dogmatische Herleitung und

20 FIZ, Alternative report, S. 27 ff.

21 Vgl. demgegenüber zur Aufklärungsquote Bundesamt für Statistik, Jahresbericht 2017 Straftaten, S. 13.

22 MÜHELMANN, S. 160.

23 Grundlegend FLYNN, passim; zu den Anforderungen an öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 45 ff.

24 Vgl. BEQIRAJ/McNAMARA, Children and Access, passim.

25 Grundlegend CAPPELLETTI/GARTH/KOCH ET AL.; GARTH/CAPPELLETTI, S. 181 ff.; CAPPELLETTI, Access to justice; vgl. auch FRANCONI, Access to justice; für die Schweiz KLEY, Rechtsschutz.

26 McBRIDE, S. 6, mit Hinweis auf GARTH/CAPPELLETTI, S. 185.

Begründung eines (Rechts-)Anspruchs auf Justizzugang. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird die Thematik des «Access to Justice» besonders intensiv diskutiert.²⁷ Hier bilden die hohen Verfahrenskosten und der gleichzeitig auf Strafverfahren beschränkte Anspruch auf Prozesskostenhilfe das Hauptproblem des *de facto* ungenügenden Justizzugangs.²⁸ Die Differenz zwischen Rechtsschutzbedürfnissen der Bevölkerung und faktischer Zugänglichkeit der Justiz hat mit dem Begriff des «Justice Gap» eine feste Umschreibung gefunden.²⁹ Erschwerend wirkt in den USA paradoxerweise die hohe Zahl an Anwälten; sie bieten ihre Dienstleistungen vor allem in städtischen Ballungsräumen an und sind für die einkommensschwächere Landbevölkerung nur schwer zugänglich. Auch nutzen Branchenorganisationen ihren politischen Einfluss, um eine Liberalisierung der Prozessvertretung zu erschweren oder sogar zu verhindern.³⁰ Vor diesem Hintergrund sind auch die *Kompensationsmechanismen* und *Reformstrategien* zu verstehen, welche die Lehre im Zusammenhang mit dem Justizzugang diskutiert.³¹ Thematisiert werden die Stärkung der verfahrensrechtlichen Selbsthilfe und der nicht-anwaltlichen Verfahrensvertretung, die Vereinfachung von Verfahren jedenfalls bei geringfügigen Streitigkeiten, der Ausbau von proaktiven Gerichtsdienstleistungen und nicht-gerichtlichen Streitlösungsmechanismen sowie die Öffnung und Erweiterung der Verfahrensbeurteilung im Sinne von «Class actions» und «Public interest litigation». Weitere Forderungen betreffen den Ausbau der Prozesskostenhilfe über das Strafrecht hinaus, zumindest für zentrale Lebensbereiche wie Sozialhilfe, menschliche Sicherheit, Gesundheit und Kinderschutz.³² Für die USA verlangt die Rechtslehre zudem eine Stärkung der *pro bono*-Dienstleistungen durch Anwältinnen und Anwälte, also der freiwillig und ohne Bezahlung geleisteten, professionellen Arbeit, fordert aber auch die landesweite Anerkennung von Verfahrensdienstleistungen durch Studierende an Rechtsfakultäten («law clinics»).

In (West)-Europa und damit auch in der *Schweiz* bestehen keine vergleichbar grundlegenden Hindernisse im gerichtlichen Justizzugang.³³ Dies liegt an der traditionell gut ausgebauten Justizorganisation und den gesetzlich normierten Verfahrensbestimmungen, die durch verfassungsrechtlich und völkerrechtlich verankerte Rechtsweggarantien ergänzt und mit weiteren Verfahrensgrundrech-

27 Für einen Überblick über den Stand der Diskussion siehe die Beiträge bei CAPLAN/LIEBMAN/SANDEFUR.

28 Für die USA RHODE, Access to Justice, v.a. S. 7 ff.; RHODE, Roadmap, S. 1227 ff.

29 Vgl. Legal Services Corporation, The Justice Gap, insb. S. 6.

30 RHODE, Roadmap, S. 1238 ff.; kritisch auch SANDEFUR, Access to What?, S. 49 ff., m.w.H.

31 Zum Folgenden eingehend RHODE, Roadmap, S. 1238 ff., mit zahlreichen Hinweisen; McBRIDE, S. 6.

32 In diesem Bereich gehen die europäischen Standards deutlich über jene z.B. der USA hinaus, vgl. LIDMAN, S. 771.

33 Zur Korruption in den Staaten Mittel- und Osteuropas vgl. Transparency International, Korruptionswahrnehmungsindex, passim.

ten abgesichert werden. Der Justizzugang wird auch insoweit erleichtert, als die meisten Europaratsstaaten den Rechtsuchenden bei Bedürftigkeit Prozesskostenhilfe leisten, auch ausserhalb von Strafverfahren.³⁴ Thematisch beruht die Diskussion ebenfalls auf einem verfahrensrechtlichen Verständnis des Rechts auf Justizzugang als dem Recht auf Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten.³⁵ Dieses Konzept gilt unbeschens des Umstands, dass einzelne Akteure den Justizzugang – ihren spezifischen Funktionen entsprechend – abweichend definieren; so umschreibt die Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ) den Justizzugang als Summe aller rechtlichen und organisatorischen Faktoren, welche die Verfügbarkeit und Effizienz von Gerichtsdienstleistungen betreffen.³⁶

Auch wenn ein Konsens zugunsten eines grundsätzlich verfahrensrechtlichen Verständnisses des Justizzugangs zu beobachten ist, reicht dieses doch unterschiedlich weit. Nationale und internationale Rechtsprechungsorgane anerkennen, dass der Anspruch mehr als den rein formalen Gerichtszugang in sich schliesst und neben dem rechtsgleichen und effektiven Zugang auch die Gewährleistung von Verfahrensgarantien sowie Fragen der Urteilsvollstreckung umfasst.³⁷ Beispielsweise versteht die EU-Agentur für Grundrechte (FRA) das Recht auf Justizzugang als Summe von Ansprüchen wie dem effektiven Zugang zu einem Gericht, der Gewährleistung von Verfahrensfairness, der Beurteilung innert angemessener Frist, der angemessenen Wiedergutmachung bei Rechtsverletzungen sowie der Effizienz und Wirksamkeit des Verfahrens.³⁸ Die im Rahmen des Europarats für Fragen von Rechtsstaatlichkeit zuständige Kommission für Demokratie durch Recht («Venedig-Kommission») verwendet den Begriff «Access to Justice» als Teilgehalt des Rechtsstaatsprinzips und fasst einerseits die Garantie unabhängiger Gerichte und unparteiischer Richterinnen und Richter darunter, andererseits das Recht auf ein faires Verfahren, zu dem unter anderem auch der Zugang zu Gerichten zählt.³⁹

Im Verlauf der Zeit hat sich das Verständnis des «Zugangs zur Justiz» (oder «Access to Justice») gewandelt und weist nun – je nach Kontext teilweise weit – über ein verfahrensrechtliches Konzept hinaus. Der Begriff umfasst zunehmend auch *weitere Vorstellungen und Strategien*, je nachdem, aus welcher Perspektive die Fragestellung angegangen wird.⁴⁰ So setzt die entwicklungspos-

34 CEPEJ, European judicial systems, S. 10; zur Einführung der Prozesskostenhilfe in europäischen Staaten JOHNSON, S. 89 ff.

35 So KLEY, Rechtsschutz, § 1, N. 1; vgl. auch RASS-MASSON/ROUAS, S. 47; vgl. auch hinten S. 15 ff. und 24 ff.

36 CEPEJ, Access to Justice, S. 13.

37 RASS-MASSON/ROUAS, S. 22; FRA, Zugang zur Justiz, S. 15 f., 22; vgl. auch FRANCONI, Rights of Access, S. 3 f. Dazu eingehend hinten S. 14 f.

38 FRA, Zugang zur Justiz, S. 14; FRA und Europarat, Handbuch, S. 16; vgl. auch MACDONALD, S. 23 f.

39 Venedig-Kommission, Rule of Law Checklist, N. 74 ff.

40 Vgl. dazu hinten S. 20 ff. und 22 f.

litische Betrachtung «Access to Justice» generell mit einer individuellen Befähigung zur Beilegung von Streitigkeiten gleich, die zudem auch im Zugang zu traditionellen (nicht-staatlichen) Konfliktlösungsmechanismen bestehen kann.⁴¹ Noch breiter ist eine sozialpolitische Sichtweise, die «Access to Justice» nicht nur als Garantie des Zugangs zur Justiz, sondern generell als Fairness staatlicher Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsverfahren und damit ergebnisorientiert als Mittel zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit versteht.⁴² Insgesamt können dem Verständnis des Justizzugangs also ganz *unterschiedliche Vorstellungen* zugrunde liegen. Eine einheitliche Begrifflichkeit und eine klare dogmatische Verankerung fehlen ebenso wie standardisierte Fragestellungen.⁴³ In der Gesamtbetrachtung erweist sich der «Zugang zur Justiz» also zunächst eher als ein Konzept denn eine allgemein anerkannte und dogmatisch gefestigte Rechtsfigur. Die rechtliche Tragweite des Rechts auf Justizzugang ist folglich erst noch herauszuschälen, auch für die Schweiz.⁴⁴

III. Überleitung: Methodik und Vorgehen

Der vorliegende Beitrag geht die Thematik des Justizzugangs aus der *rechtlichen* und genauer: der grundrechtlichen und menschenrechtlichen Perspektive an. Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage, ob es in der Schweiz einen Rechtsanspruch auf «Zugang zur Justiz» gibt und welche justiziablen und damit gerichtlich durchsetzbaren Ansprüche der Rechtsuchende unter diesem Titel geltend machen kann. Spiegelbildlich stellt sich die Frage, welche Verpflichtungen dem Staat aus einem Individualrecht auf Justizzugang erwachsen. Angesichts der eingangs diskutierten Zugangslücken interessiert darüber hinaus, welche Tragweite der in Art. 35 BV angelegten Verpflichtung des Staates zukommt, für die umfassende Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte und damit auch des Rechts auf Justizzugang zu sorgen. Zu beantworten ist damit die Frage, wie weit die programmatische Pflicht des Staates reicht, das Zugangsrecht über justiziable Gehalte hinaus sicherzustellen. Untersuchungsgegenstand sind primär verfassungsrechtliche und ergänzend auch völkerrechtliche Normen, welchen sich Regeln zum Recht auf Justizzugang entnehmen lassen. Seitenblicke in die Gesetzgebung sind unumgänglich, stellen aber nicht den Fokus der Untersuchung dar.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen legt folgendes *Vorgehen* nahe: Zunächst soll der Zugang zur Justiz als Konzept untersucht werden (nachfolgend B). Dazu sind die Funktionen des Justizzugangs zu klären (Ziff. I), die Rechtsquellen zu erschliessen (Ziff. II) und der normative Gehalt des Rechts

41 UNDP, Programming for justice, S. 3 und 213.

42 Vgl. McBRIDE, S. 7.

43 FRA, Zugang zur Justiz, S. 13 f.; vgl. auch die Kritik bei BANIK, S. 123.

44 Vgl. auch BANIK, S. 131.

auf Justizzugang zu ergründen (Ziff. III). In einem zweiten Schritt wird die Tragweite des Individualrechts auf Justizzugang untersucht (nachfolgend C). Dabei interessieren vorab die subjektiv-rechtliche Dimension und damit der justiziable Gehalt des Rechts, also die konkreten Abwehr-, Schutz- und Gewährleistungsansprüche des einzelnen Grundrechtsträgers. Anschliessend wird der objektiv-rechtlich programmatische Gehalt der Garantie dargestellt, mithin erörtert, welche gesetzlichen und administrativen Vorkehren der Staat über die justiziablen Rechtsansprüche des Einzelnen hinaus treffen sollte, damit sich das Recht auf Justizzugang möglichst umfassend verwirklichen kann (nachfolgend D). Eine Zusammenfassung rundet den Beitrag ab (E).

B. Konzeptionelle Fragen

«Zugang zur Justiz» ist ein offener Begriff, der vorab umgangssprachlich gebraucht wird und als Rechtsbegriff keine klaren Konturen aufweist. International wird von «Access to justice» oder «Accès à la justice» gesprochen und damit eine noch weiter gefasste Begrifflichkeit verwendet, bedeutet «justice» doch sowohl in der englischen als auch der französischen Sprache nicht nur «Justiz», sondern auch «Recht» und «Gerechtigkeit». Entsprechend wird die Thematik in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen diskutiert, zum einen als Rechtsfrage – dann geht es um den Zugang zum (in der Regel gerichtlichen) Rechtsschutz – und zum anderen auch als Element guter Regierungsführung – dann geht es darum, bestimmte (entwicklungs-)politische Ziele zu erreichen. Je nach Sichtweise kommen dem Justizzugang denn auch unterschiedliche Funktionen zu.

I. Funktionale Aspekte

Primäres Ziel des Zugangs zur Justiz ist die Gewährung von Rechtsschutz. Entsprechend ist der Justizzugang als individualrechtlicher Anspruch im Verfassungsrecht und im Völkerrecht verankert (nachfolgend Ziff. 1). Instrumentell ist der Justizzugang das Mittel, welches die richtige und zweckmässige Anwendung des materiellen Rechts sicherstellt (Ziff. 2). Strukturell weist das Recht auf Justizzugang verschiedene Bezüge zum Rechtsstaatsprinzip auf (Ziff. 3). In sozialpolitischer Hinsicht liegt im – nun sehr weit verstandenen – Anspruch die Möglichkeit begründet, benachteiligte Gruppen in die Rechtsgemeinschaft zu integrieren und insbesondere auch ihren wirtschaftlichen und sozialen Rechten zum Durchbruch zu verhelfen (Ziff. 4). Vor diesem Hintergrund erstaunt nicht, dass in entwicklungspolitischer Hinsicht das Recht auf Justizzugang vermehrt als Gradmesser für die Chancen sozialer und wirtschaftlicher Entwicklung dient und die Ausrichtung entsprechender Unterstützungsleistungen mitbestimmt (Ziff. 5).

1. *Individuell: Ein Grundrecht und ein Menschenrecht*

Die Grundrechte und die völkerrechtlich verbürgten Menschenrechte widerspiegeln jene grundlegenden Aspekte des menschlichen Daseins, die sich in der historischen Erfahrung als besonders verletzlich und schutzbedürftig gegenüber staatlicher oder sozialer Macht erwiesen haben.⁴⁵ Zum Kreis dieser zentralen Garantien zählt auch der Anspruch des Einzelnen, bei Rechtsstreitigkeiten und anlässlich von strafrechtlichen Anklagen Zugang zur Justiz zu finden und mit seinen Begehren in einem fairen Verfahren angehört und beurteilt zu werden. Für die Bundesverfassung ist dieser Anspruch heute in Art. 29a BV garantiert; er erfährt auch breite völkerrechtliche Sicherung.⁴⁶

Die herausgehobene und universelle Bedeutung eines Rechts auf Rechtsschutz wird sichtbar, wenn man sich den politischen Missbrauch der Justiz in totalitären Systemen vor Augen führt. Zu deren Instrumentarium gehören Schauprozesse, die allein propagandistischen Zwecken dienen oder zur öffentlichen Herabwürdigung und Demütigung der Angeschuldigten durchgeführt werden,⁴⁷ von der Öffentlichkeit abgeschottete Geheimverfahren, die Aburteilung durch Standgerichte,⁴⁸ der generelle Ausschluss bestimmter Personen oder Personengruppen vom Rechtsschutz oder die Aufhebung des Rechtsschutzes überhaupt. Dass das Fehlen jeglicher Anfechtungsmöglichkeit von staatlichen Anordnungen Gewalttherrschaft und Terror ermöglicht, zeigt mit erschreckender Deutlichkeit das Gesetz über die Geheime Staatspolizei vom 10. Februar 1936. Es enthielt eine Bestimmung, welche Verfügungen und Anordnungen der GESTAPO generell von der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte ausnahm – massivste (Menschen-)Rechtsverletzungen blieben damit folgenlos.⁴⁹ Angesichts solcher Missbräuche erweist sich die einfachgesetzliche Sicherung des Justizzugangs als ungenügend; um die Bindung auch des Gesetzgebers sicherzustellen, ist die verfassungsrechtliche und darüber hinaus auch völkerrechtliche Absicherung erforderlich.

Vor diesem Hintergrund erstaunt nicht, dass die am 10. Dezember 1948 verabschiedete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) auch das Recht auf Justizzugang in den Kreis der für den Schutz des Menschen zentralsten Garantien aufnahm. Gemäss Art. 8 AEMR hat jeder Mensch gegen alle Handlungen, die seine (Grund-)Rechte verletzen, einen Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz vor den zuständigen staatlichen Gerichten. Das so um-

45 DREIER, N. 6, im Anschluss daran MÜLLER J. P., § 39, N. 6; MÜLLER-FRANKEN, N. 2.

46 Vgl. dazu hinten S. 24 ff. und 33 ff.

47 Vgl. etwa WERZ, S. 27; HEDELER/DIETZSCH, S. XIX.

48 Vgl. die unter nationalsozialistischer Herrschaft erlassene Verordnung über die Errichtung von Standgerichten für alle Straftaten, «durch die die deutsche Kampfkraft und Kampftenschlossenheit gefährdet» wird, vom 15.2.1945, Deutsches Reichsgesetzesblatt 1945 I, S. 30.

49 Gesetz über die Geheime Staatspolizei, vom 10.2.1936, Deutsches Reichsgesetzesblatt, § 7. Zu den vom nationalsozialistischen Regime zur Aushebelung des Rechtsstaats verwendeten Instrumenten RÜTHERS, S. 22 ff.

schriebene Recht auf Justizzugang weist enge Bezüge zur Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV, Präambel AEMR) und zu der damit einhergehenden Anerkennung der Subjektqualität des Menschen auf. Gleich wie die Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 EMRK,⁵⁰ Art. 14 UNO-Pakt II⁵¹) stellt auch das Recht auf Justizzugang ein persönlichkeitsbezogenes, letztlich die Menschenwürde konkretisierendes prozedurales Mitwirkungsrecht dar.⁵² Es garantiert, dass der Einzelne eine Rechtsperson, «a person before the law» (Art. 16 UNO-Pakt II) ist, und nicht blosses Objekt einer staatlichen Anordnung. Eben deshalb soll er sich auch keiner staatlichen Anordnung unterziehen müssen, ohne eine faire Chance erhalten zu haben, seine Sichtweise in einem fairen Verfahren vor einer unabhängigen Instanz zu vertreten und um den Schutz seiner Rechte nachsuchen zu können.⁵³

2. *Instrumentell: Mittel zur Verwirklichung des materiellen Rechts*

Der Zugang zur Justiz ist nicht nur ein selbständiges Grundrecht und damit ein Zweck an sich, sondern gleichzeitig auch ein Mittel zur Achtung, zum Schutz und zur Verwirklichung des materiellen Rechts und damit ein Mittel zum Zweck.⁵⁴

Im Kern bildet der Zugang zur Justiz die Voraussetzung zur Wahrnehmung *individueller* Rechte. Können Rechtsansprüche nicht durchgesetzt werden, bleiben sie inhaltsleer und wirkungslos, letztlich nichts mehr als blosser Deklarationen.⁵⁵ Das Recht auf Rechtsschutz durch Zugang zur Justiz ist damit eines der zentralsten Rechte, die ein Mensch hat.⁵⁶ Auf den zwingenden Zusammenhang von Rechten und Rechtsschutz hat früh schon der englische Jurist William Blackstone (1723–1789) hingewiesen.⁵⁷ Seine Untersuchungen zu den Rechtsquellen des englischen Rechts führten ihn 1768 zu folgender Erkenntnis: «Es ist eine allgemeine und unbestrittene Regel, dass, wo es ein Recht gibt, zwangsläufig auch Rechtsschutz besteht, sobald dieses Recht beeinträchtigt ist».⁵⁸ Auf diese Passage berief sich gut dreissig Jahre später der amerikanische Supreme Court in einem seiner berühmtesten Urteile überhaupt. Im Entscheid *Marbury*

50 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. 11. 1974, SR 0.101.

51 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. 12. 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. 9. 1992, SR 0.103.2.

52 So BGE 127 I 6 E. 5b betr. rechtliches Gehör; zu den Bezügen von Menschenwürde und Verfahrensgarantien schon BGE 113 Ia 309 E. 3d S. 314 sowie jüngst BGE 140 I 125 E. 2.1. S. 128.

53 Vgl. KIENER, Grundrechte in der Bundesverfassung, § V.2., N. 43.

54 Vgl. UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 3; vgl. auch DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 782.

55 So auch NEUBERGER, N. 26 und 28.

56 CAPPELLETTI, Fundamental guarantees, S. 688; später RHODE, Access to Justice, S. 3.

57 Zum Folgenden KIENER, Rechtsschutz, § 2, N. 6.

58 BLACKSTONE, S. 23, im Original: «[...] it is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit, or action at law, whenever that right is invaded».

gegen *Madison* aus dem Jahr 1893, mit dem das Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit begründet wurde, hielt das Gericht fest: «Der Kern der Freiheitsrechte liegt im Recht jedes Einzelnen, den Schutz dieser Rechte zu verlangen; eine der ersten Pflichten des Staates ist es, diesen Schutz zu bieten».⁵⁹ Das Urteil in Sachen *Marbury gegen Madison* wiederum bildete die Grundlage für das konstitutionelle Rechtsschutzprinzip des *Amparo*, welches in Südamerika seit den 1840er-Jahren Verbreitung fand und sich durch ein beschleunigtes Verfahren direkt vor den Höchstgerichten zum Schutz gegen Grundrechtsverletzungen auszeichnet.⁶⁰ Aufgrund seiner Bedeutung in den lateinamerikanischen Staaten wurde das Amparo-Prinzip in die Amerikanische Deklaration der Menschenrechte und -pflichten von 1948 aufgenommen, welche in Art. 18 erstmals überhaupt ein Menschenrecht auf Zugang zur Justiz formulierte und später die direkte Inspiration für Art. 8 AEMR bildete.⁶¹

Über den Schutz individueller Rechtsansprüche hinaus kommt dem Zugang zur Justiz eine wichtige Funktion bei der Verwirklichung des *objektiven Rechts* zu, kann das Recht seine Aufgabe als gesellschaftliches Ordnungsinstrument doch nur erfüllen, wenn es auch durchgesetzt wird.⁶² Der Justizzugang bildet ein wichtiges Instrument zur Erfüllung dieser Ziele; es sichert die Anwendung des Rechts jedenfalls dann, wenn eigentliche Rechtsstreitigkeiten in Frage stehen. Die dahinter stehenden Rechtsfragen können nur dann geklärt und allfällige Unzulänglichkeiten der Rechtsetzung aufgedeckt werden, wenn Justizeinrichtungen und Verfahren zur Verfügung stehen, in deren Rahmen diese Fragen verbindlich behandelt werden. Recht und Rechtsschutz sind damit eng miteinander verbunden.⁶³

Die gegenseitige Bezogenheit von Rechten und Rechtsschutz gilt in besonderem Mass für die Grund- und Menschenrechte, die sich durch offene, stichwortartige Formulierungen auszeichnen und regelmässig erst im Verfahren der Rechtsanwendung Inhalt und Substanz gewinnen. Grundrechte können ihre besondere Funktion als Schutzrechte des Einzelnen gegen staatliche Übergriffe nur erfüllen, wenn eine Grundrechtsstreitigkeit vor einem institutionell unabhängigen Gericht ausgetragen werden wird. Es erstaunt deshalb nicht, dass die Praxis aus den materiellen Grundrechten auch den prozeduralen Anspruch ihrer gerichtlichen Durchsetzung abgeleitet hat.⁶⁴ Wird eine Grundrechtsverletzung nicht gerügt, unterbleibt auch die Verdeutlichung der möglicherweise beein-

59 U.S. Supreme Court, *Marbury c. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), S. 163, im Original: «The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection».

60 Weiterführend VON ROHR, passim.

61 MØSE, S. 196 ff.

62 Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 105 f.

63 Vgl. allgemein KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 21; HANGARTNER, S. 131.

64 Vgl. dazu hinten S. 28 ff.

trächtigten Norm. Solange also Ausländerinnen mit prekärem Aufenthaltsstatus faktisch vom Rechtsschutz ausgeschlossen bleiben, gibt es auch keine richterliche Prüfung der Frage, welche Tragweite beispielsweise den Arbeitsrechten dieser Menschen zukommt.⁶⁵ Sehen die Opfer von Menschenhandel von einer Strafanzeige oder einer Mitwirkung im Strafverfahren ab, weil das Verfahren für sie zu belastend ist, unterbleibt die Klärung der Tragweite der entsprechenden Strafrechtsnorm. Rechtsstaatlich ebenso bedeutsam ist, dass in diesen Fällen auch das objektive Recht nicht durchgesetzt wird und entsprechende Rechtsverletzungen für die Verantwortlichen folgenlos bleiben. Solche Räume rechtlicher Verantwortungslosigkeit stellen die Autorität und die Geltung des Rechts in Frage und sind in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar.

3. Strukturell: Ein Element von Rechtsstaatlichkeit

Der Ausschluss privater Selbsthilfe und das damit einhergehende Gewaltverbot lassen sich nur durchsetzen, wenn der Einzelne die Möglichkeit erhält, zur Geltendmachung seiner Rechte gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, sei es gegenüber dem Staat, sei es gegenüber Privaten; dies wiederum setzt die Einrichtung von unabhängigen Justizbehörden und entsprechenden Verfahren voraus.⁶⁶ Der Zugang zum Rechtsschutz ist damit «sowohl Ausdruck wie auch Forderung der Rechtsstaatsidee».⁶⁷

Die Verbindung von Rechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit zeigt sich auch in der historischen Perspektive.⁶⁸ Im englischen Common Law wird der Rechtsstaatsgedanke, die «Rule of Law», auf das Recht auf Rechtsschutz bei Freiheitsentziehungen zurückgeführt, das mit der Festschreibung des Grundsatzes von *habeas corpus* in der *Magna Charta* (1215) seinen Anfang nahm und später in der *Bill of Rights* (1689) und verschiedenen *Habeas Corpus Acts* (1640, 1679) bekräftigt wurde.⁶⁹ Auch für die Schweiz weisen die ersten Justizgarantien auf die rechtsstaatlichen Wurzeln des Rechts auf Justizzugang zurück. Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 enthielten ein ausdrückliches Verbot der Ausnahmerichte und verankerten gleichzeitig das Recht auf den verfassungsmässigen Gerichtsstand (Art. 53 BV 1848) bzw. auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 58 Abs. 1 BV 1874).⁷⁰ Das seit Gründung des Bundesstaats bestehende Recht auf den «juge naturel» (so die französischsprachigen Fassungen) bezweckte das Verbot von *ad hoc* oder *ad personam* und damit willkürlich

65 UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty, N. 31 f.

66 Vgl. HANGARTNER, S. 132; TSCHANNEN, § 1, N. 13; eingehend und die historische Perspektive einbeziehend DREXEL, S. 9 ff.; vgl. auch UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 23.

67 DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 781.

68 STORSKRUBB/ZILLER, S. 179; sowie KLEY, Rechtsschutz, § 2.

69 MØSE, S. 197; eingehend BINGHAM, S. 8.

70 Ähnliche Bestimmungen finden sich weiterhin in den Verfassungen Belgiens (Art. 13), Deutschlands (Art. 101), Österreichs (Art. 83) oder Spaniens (Art. 24).

entgegen der gesetzlichen Ordnung bestellten Richtern. Dementsprechend gewährleistete die Bundesverfassung jeweils die rechtsatzmässige Normierung der richterlichen Zuständigkeit, das Recht auf den verfassungsmässigen («natürlichen») Richter setzte eine förmliche Zuständigkeitsordnung voraus und verlangte vom Gesetzgeber die Einrichtung entsprechender Verfahren.⁷¹ In dieser verfassungsgeschichtlich frühen Verpflichtung zur gesetzlichen Normierung der gerichtlichen Zuständigkeit zeigen sich verschiedene Elemente des Rechtsstaatsprinzips: Zum einen ist das Legalitätsprinzip und die damit einhergehende Grundlegung allen staatlichen Handelns im Recht (heute Art. 5 Abs. 1 BV) angesprochen,⁷² zum anderen das Gewaltenteilungsprinzip und die für den Justizzugang zwangsläufig erforderliche Einrichtung institutionell unabhängiger Gerichte (heute Art. 30 Abs. 1 BV).⁷³ Rechtsstaatlichkeit und Justizzugang sind damit seit jeher eng miteinander verflochten.⁷⁴

4. Sozial: Ein Instrument zur Integration benachteiligter Gruppen

Besonders im anglo-amerikanischen Rechtsraum wird «Access to Justice» zunehmend nicht nur als Garantie des Zugangs zum gerichtlichen Rechtsschutz verstanden, sondern – dem weiten Begriff entsprechend – auch als Mittel zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit. Das Konzept umfasst neben der Sicherstellung förmlichen Gerichtszugangs auch den Zugang zu Administrativbehörden, namentlich solchen, die sich mit den Anliegen sozial benachteiligter Gruppen befassen, also etwa Sozialämter, Arbeitsämter oder Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, aber auch Ombudsstellen. Weiter wird unter dem Titel «Access to Justice» gefordert, dass Angehörige marginalisierter Gruppen auch Zugang zu Positionen in allen staatlichen Institutionen erhalten, in denen Recht geschaffen, angewendet, ausgelegt und vollstreckt wird, also insbesondere zu Parlamenten, Gerichten und Administrativbehörden sowie zur Polizei, was wiederum Anstrengungen unter anderem auf allen Stufen der Bildung voraussetzt.⁷⁵

Aus der rechtlichen Optik erscheint diese Sichtweise deutlich zu breit. Gleichwohl lohnt es sich, über die Bezüge von Justizzugang und Sozialstaatlichkeit nachzudenken.⁷⁶ Dass das Prozessrecht in einem politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Kontext steht, zeigt sich auch in der Schweiz, wo sich die Entwicklung des Sozialstaats zumindest ein Stück weit auch in der Ausdifferenzierung der Justizorganisation und im Verfahren abbildet. Im Jahr

71 KÖLZ, Komm. aBV, Art. 58, N. 1 ff., m.w.H.; SCHOLLENBERGER, S. 422 f.

72 Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5, N. 7 ff.; JARASS/PIEROOTH, Komm. GG, Art. 20, N. 44; BINGHAM, S. 48 ff.

73 Vgl. schon SCHOLLENBERGER, S. 423.

74 HOTTELIER, § 51, N. 1 ff., insb. 18 ff.

75 MACDONALD, S. 20 ff., 85 ff.; FARROW, S. 970 ff.

76 Vgl. auch STORSKRUBB/ZILLER, S. 179; GARTH/CAPPELLETTI, S. 183 ff., insb. 185.

1913 wurde ein spezialisiertes Bundesamt für Sozialversicherungen, vier Jahre später das Eidgenössische Versicherungsgericht in Luzern als selbstständige Abteilung des Bundesgerichts geschaffen, parallel dazu erfolgte ab 1911 die Einrichtung kantonaler Versicherungsgerichte für erstinstanzliche versicherungsrechtliche Verfahren.⁷⁷ Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts führten die stark industrialisierten Kantone auch Arbeitsgerichte ein, die in einfachen und kostengünstigen Verfahren Streitfälle aus Lehr-, Dienst- oder Werkverträgen im Handwerk und im Fabrikbetrieb zu erledigen hatten, zum Schutz der mittellosen Arbeiterschaft aber auch die Aufgabe erfüllten, Streitfälle zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern rasch und gütlich beizulegen.⁷⁸ Ähnliche Entwicklungen erfolgten im Mietrecht.⁷⁹ Im Verfahrensrecht zeigt sich der Schutzgedanke zugunsten sozial schwächerer Parteien in entsprechenden Sonderregeln, so zum Beispiel im Sozialversicherungsrecht, wo die gerichtliche Prüfungszuständigkeit bis zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (untypisch) auch Ermessensfragen umfasste.⁸⁰ Im Arbeitsrecht schreibt der Bund den Kantonen ein rasches, einfaches und kostengünstiges Verfahren vor,⁸¹ entsprechende Verfahrensvorschriften gelten auch im Mietrecht.⁸²

Besonderes Gewicht auf den Justizzugang als Mittel zur Stärkung sozial verletzlicher Gruppen legen die Vereinten Nationen. Der Zugang zur Justiz, oder eben «Access to Justice», ist eine der Säulen, auf denen das primär entwicklungspolitische Konzept des «Legal Empowerment of the Poor» beruht,⁸³ welches seinerseits im Dienst der Bekämpfung von extremer Armut und Hunger steht, einem der im Jahr 2000 formulierten UNO-Millenniumsziele.⁸⁴ Im Jahr 2015 hat die UNO den Zugang zur Justiz und den Aufbau von leistungsfähigen, rechenschaftspflichtigen und inklusiven Justizeinrichtungen auch als eines der Ziele in der Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung definiert.⁸⁵ Das Konzept beruht auf der Idee, dass auch die unter schwierigen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen lebenden Menschen in rechtsgleicher Weise durch das Recht geschützt und befähigt werden, ihre Rechte und Interessen zu wahren und durchzusetzen.⁸⁶ Während die drei materiellen Säulen des rechtlichen «Empowerment» die Sicherung der Existenzgrundlagen betreffen und Eigen-

77 DUBLER, sub voce: «Gerichtswesen», in: e-HLS; GÄCHTER, S. 98.

78 DUBLER, sub voce: «Gerichtswesen», in: e-HLS.

79 Vgl. WEBER R., Basler OR-Komm., Art. 274d, N. 2 ff.

80 Art. 132 Abs. 1 Bst. a Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG) vom 16. 12. 1943 (Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947; volle Kognition des BGer in sozialrechtlichen Streitigkeiten).

81 Heute Art. 113 Abs. 2 Bst. d, Art. 114 Bst. c, Art. 243 Abs. 1 ZPO.

82 Art. 113 Abs. 2 Bst. c, Art. 243 Abs. 2 Bst. c ZPO.

83 Vgl. die verschiedenen Definitionsansätze bei GOLUB, S. 10.

84 CLEP, Making the Law, S. 49; darauf aufbauend UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 3.

85 UN General Assembly, 2030 Agenda for Sustainable Development, N. 35.

86 UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 3.

tumsrechte, Arbeitsrechte sowie wirtschaftliche und soziale Rechte ansprechen, wird der Zugang zur Justiz als übergreifendes Querschnittsthema verstanden.⁸⁷ In diesem – überaus weit verstandenen – Sinn gilt Justizzugang als individuelle Befähigung zur Beilegung von Streitigkeiten durch Zugang zu staatlichen oder traditionellen Konfliktlösungsmechanismen⁸⁸ und als die Fähigkeit eines Menschen, im Einklang mit menschenrechtlichen Standards um Rechtsschutz nach-zusuchen und diesen zu erhalten.⁸⁹

Der Ausbau des Justizzugangs im Rahmen der sozialstaatlichen Entwicklung in der Schweiz macht gleich wie die aktuellen Bestrebungen der Vereinten Nationen die Bedeutung des Justizzugangs für die *Integration* eines Menschen in die Gemeinschaft sichtbar.⁹⁰ Justizzugang ist nicht nur Ausdruck sozialer Gerechtigkeit; dass das Wissen darum, bei Rechtsverletzungen auf das Bestehen von Rechtsschutz vertrauen zu können, trägt wesentlich auch zur Eingliederung des Einzelnen in die (Rechts-)Gemeinschaft bei.⁹¹ Wer um seine Rechte weiss und die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung kennt, kann sich aus Abhängigkeiten lösen, Verantwortung tragen, am Wirtschaftsverkehr teilnehmen und damit auch die Chance erhöhen, ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Von daher stellt das Recht auf wirksamen Justizzugang zusammen mit den Gleichheitsrechten, den bürgerlichen Freiheiten und den sozialen und politischen Rechten eine notwendige Voraussetzung für die Integration des Einzelnen in die Gemeinschaft und für seine Anerkennung als deren gleichberechtigtes Mitglied dar.⁹² Der Justizzugang ist damit zugleich Anliegen wie Ausdruck elementarer Gerechtigkeit.

5. *Entwicklungspolitisch: Eine Voraussetzung für soziale und wirtschaftliche Entwicklung*

In die gleiche Richtung zielt die entwicklungspolitische Sichtweise auf den Justizzugang. Hier wird «Access to Justice» als ein schrittweise zu verwirklichender Prozess verstanden, in dem am Rand der Gesellschaft stehende Menschen als Rechtsträger anerkannt, durch das Recht geschützt und zugleich in die Lage versetzt werden, mit Hilfe bestehender Rechtsnormen und rechtlicher Verfahren ihre Ansprüche gegenüber Staat und Privaten durchzusetzen.⁹³ Das Konzept fokussiert auf Armutsbetroffene, ist bezüglich des angesprochenen Personenkreises also enger als das (menschen-)rechtliche Verständnis des Jus-

87 CLEP, Making the Law, S. 5 ff.

88 UNDP, Programming for justice, S. 5.

89 UNDP, Programming for justice, S. 213.

90 Zum Folgenden KIENER, Rechtsschutz, S. 26.

91 Vgl. UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 6.

92 In diese Richtung auch RHODE, Access to Justice, S. 3 ff.

93 Vgl. CLEP, Making the Law, S. 27 ff.; UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 3; vgl. auch GOLUB, S. 13.

tizzugangs gefasst. Ideengeschichtlich reflektiert dieser Ansatz Grundlagen der politischen Ökonomie,⁹⁴ wobei die Arbeiten des Ökonomen und Philosophen Amartya Sen wichtige Impulse gaben, insbesondere dessen Konzept von Entwicklung als Freiheit («Development as Freedom»), welches eine auf den Einzelnen bezogene, menschenrechtsbasierte Entwicklungspolitik propagiert.⁹⁵ Dass der Zugang zur Justiz eine wichtige Voraussetzung für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung ist, wird auch auf der Geberseite zunehmend anerkannt.⁹⁶ Akteure wie die Weltbank, der Internationale Währungsfonds und staatliche wie private Entwicklungsorganisationen haben die Idee des rechtlichen «Empowerment» durch Zugang zur Justiz übernommen und setzen sie schrittweise um.⁹⁷

6. Ergebnisse

Funktional steht der Zugang zur Justiz im Dienst des Individualrechtsschutzes. Über die reine Rechtsdurchsetzung hinaus dient der Justizzugang aber auch weiteren privaten und öffentlichen Interessen. Als persönlichkeitsbezogenes prozedurales Mitwirkungsrecht weist das Recht auf Zugang zur Justiz enge Bezüge zur Menschenwürde auf; diese zeigen sich auch im Anliegen, dass gerade auch verletzte Menschen mit Hilfe des Zugangs zur Justiz als gleichwertige und gleichberechtigte Mitglieder der Rechtsgemeinschaft anerkannt und in diese integriert werden. Weiter stellt der Justizzugang ein wichtiges Instrument zur Verwirklichung des materiellen Rechts dar. Verstanden als Zugang zu einem auf Gesetz beruhenden, unabhängigen Gericht verkörpert der Justizzugang gleichzeitig ein Element von Rechtsstaatlichkeit. Damit werden mit dem Justizzugang auch wichtige gesamtgesellschaftliche Interessen erfüllt. Im Ergebnis ist das Recht auf Justizzugang zugleich Anliegen und Ausdruck elementarer Gerechtigkeit wie auch Garant für die Rechtsstaatlichkeit eines Gemeinwesens. Diese Mehrfachfunktion gilt es bei der weiteren Diskussion des Themas zu berücksichtigen.

II. Rechtsquellen

Das Recht auf Justizzugang ist durch ein enges Netz von Garantien gesichert. Garantien des Justizzugangs haben sich schrittweise im nationalen Verfas-

94 CLEP, Making the Law, S. 17.

95 Siehe CLEP, Making the Law, S. 18; vgl. insb. SEN, S. 3 ff.; wichtig in diesem Zusammenhang auch NUSSBAUM, Capabilities Approach; DIES., Frontiers, jeweils passim.

96 OECD, Towards inclusive growth, S. 1.

97 Vgl. MARU, S. 6 ff. Die Weltbank hat seit 1994 für Projekte der Justizreform über 800 Millionen Dollar ausgegeben und jährlich Kredite von rund 24 Millionen Dollar gesprochen, vgl. The World Bank, Justice Reform, S. 3; noch höher sind die Beiträge der Open Society Foundations, vgl. Open Society Foundations, Expenditures.

sungsrecht herausgebildet. In der globalen Perspektive bildet die (bloss deklaratorisch wirkende) Allgemeine Erklärung der Menschenrechte den Ausgangspunkt für die spätere Verankerung verbindlicher Ansprüche im Rahmen von internationalen Übereinkommen;⁹⁸ entsprechende Garantien finden sich auch auf der Ebene des regionalen Menschenrechtsschutzes.

1. *Das Recht auf Justizzugang als verfassungsmässiges Recht*

Im Verfassungsvergleich zeigt sich, dass die Verankerung des Justizzugangs im Sinn eines ausdrücklich garantierten «Rechts auf Zugang zur Justiz» ein vergleichsweise neues Phänomen darstellt,⁹⁹ es sind zumeist junge Demokratien, welche entsprechende Ansprüche garantieren.¹⁰⁰ Die *Bundesverfassung* richtete früh schon ein unabhängiges Bundesgericht ein, weitete dessen Zuständigkeiten aber nur schrittweise aus und überliess die Justizorganisation im Übrigen den Kantonen.¹⁰¹ Entsprechend kannte das Verfassungsrecht während langer Zeit keine umfassende Garantie des Justizzugangs im Sinne eines voraussetzungslosen, alle tatsächlichen oder vermeintlichen Rechtsansprüche umfassenden Rechts auf Rechtsschutz durch eine gerichtliche Behörde.¹⁰² Ein solches wurde erst mit der am 12. März 2000 im Rahmen der Justizreform angenommenen Verfassungsnovelle eingeführt (Art. 29a BV, Rechtsweggarantie).¹⁰³ Seither hat jede Person bei sämtlichen Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Satz 1), allerdings können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen (Satz 2).¹⁰⁴ Die vor Gericht zu beachtenden Verfahrensgarantien sind in Art. 29 und Art. 30 BV verankert; zusätzliche Garantien bei Freiheitsentzug finden sich in Art. 31 BV, solche für Strafverfahren in Art. 32 BV.¹⁰⁵ Wird die gerichtliche Zuständigkeit in Ausnahmefällen ausgeschlossen (Art. 29a Satz 2 BV), folgt aus der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) ein Anspruch auf effektiven Zugang zu einer nicht-gerichtlichen Justizbehörde.¹⁰⁶

98 Weitere Ansprüche ergaben sich schon früher aus dem völkerrechtlichen Fremdenrecht, vgl. FRANCONI, *Rights of Access*, S. 9 ff.

99 STORSKRUBB/ZILLER, S. 178.

100 So z.B. die Verfassungen Brasiliens (Art. 107, Art. 115, Art. 125), Bhutans (Art. 25), Tunesiens (Art. 108) oder Moldawiens (Art. 20).

101 Vgl. allgemein KIENER, *Bundesgericht und richterliche Behörden*, N. 1 und 23 ff.

102 Zur Entwicklung gerichtlicher Rechtskontrolle im Verwaltungsrecht SCHINDLER, *Verwaltungsgericht*, S. 35 ff.; KLEY, *Rechtsschutz*, § 3, N. 1 ff.; für die Entwicklung im Staatsrecht KLEY, *Verfassungsgeschichte*, S. 412 ff.

103 AS 2002 3147, Bundesbeschluss über die Reform der Justiz.

104 Eingehend KLEY, *St. Galler BV-Komm.*, Art. 29a, N. 17 ff.; WALDMANN, *Basler BV-Komm.*, Art. 29a, N. 17 ff.

105 Entsprechende Garantien finden sich in Art. 9 Abs. 3 und 4 UNO-Pakt II bzw. Art. 5 Ziff. 3 und 4 EMRK (Recht auf richterliche Überprüfung eines Freiheitsentzugs) und Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK bzw. Art. 14 Ziff. 2 ff. UNO-Pakt II (Garantien in Strafverfahren).

106 So jedenfalls KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 461.

2. ... als selbständiger menschenrechtlicher Anspruch ...

Der Anspruch auf Zugang zur Justiz ist im Völkerrecht breit verankert.¹⁰⁷ Ausgangspunkt bildet die allgemeine, rechtlich aber nicht verbindliche Garantie in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* von 1948. Gemäss Art. 8 AEMR hat jeder Mensch Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz vor den zuständigen innerstaatlichen Gerichten gegen alle Handlungen, die seine verfassungsrechtlich oder gesetzlich garantierten, geschriebenen oder ungeschriebenen Grundrechte verletzen.¹⁰⁸ Die Garantie steht in einem engen Zusammenhang zu den nachfolgend garantierten Rechten auf Schutz vor willkürlicher Verhaftung und Ausweisung (Art. 9 AEMR) und auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht (Art. 10 AEMR).¹⁰⁹

Im Anschluss an die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurde das Recht auf Rechtsschutz in verschiedenen internationalen und regionalen Menschenrechtsübereinkommen als verbindlicher Rechtsanspruch garantiert und über den Kreis national garantierter Rechte hinaus auf die Geltendmachung der jeweils vertraglich geschützten Rechte erweitert.¹¹⁰ Ein Menschenrecht auf Justizzugang findet sich insbesondere im Internationalen Pakt über wirtschaftliche und politische Rechte (Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Die inhaltlich weitgehend deckungsgleichen Garantien verankern kein ausdrückliches Recht auf Justizzugang. Seit dem Entscheid *Golder c. Vereinigtes Königreich* aus dem Jahr 1975 anerkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aber das Recht auf Zugang zu einem Gericht in ständiger Rechtsprechung als Teilgehalt des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz, wie er sich aus den verschiedenen Elementen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt.¹¹¹ Ein entsprechendes Recht akzeptiert auch der Menschenrechtsausschuss als Teilgehalt von Art. 14 UNO-Pakt II.¹¹² In sachlicher Hinsicht ist sowohl der paktrechtliche wie auch der konventionsrechtliche Anspruch auf strafrechtliche Anklagen und Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen beschränkt,¹¹³ gleichzeitig gelten die entsprechenden Ansprüche aber nicht nur akzessorisch bei Verletzung von Konventions- oder Paktgarantien, sondern generell und damit auch

107 UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty, N. 91 ff.

108 Vgl. MØSE, S. 204.

109 Zu diesem Zusammenhang MØSE, S. 195.

110 Vgl. MØSE, S. 204.

111 EGMR, 21.2.1975, Nr. 4451/70, *Golder c. Vereinigtes Königreich*, N. 25 ff., insb. N. 36; seither auch etwa EGMR (GK), 12.7.2001, Nr. 42527/98, *Fürst Hans-Adam II von Liechtenstein c. Deutschland*, N. 43 oder EGMR (GK), 29.6.2011, Nr. 34869/05, *Sabeh El Leil c. Frankreich*, N. 46.

112 MRA, General Comment No. 32, N. 8; vgl. auch KÄLIN/KÜNZLI, N. 16.2 ff.

113 Zum Begriff gemäss Art. 14 UNO-Pakt II siehe MRA, General Comment No. 32, N. 16 f.; zum Begriff gemäss Art. 6 EMRK siehe statt anderer GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 4 ff.; MEYER, Art. 6 EMRK, N. 12 ff.

bei der Verletzung innerstaatlichen Rechts.¹¹⁴ Damit geben die einschlägigen Bestimmungen (Art. 14 UNO-Pakt II und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) dem Gedanken Ausdruck, dass sich die Menschenrechte in erster Linie auf der nationalen Ebene verwirklichen müssen.¹¹⁵

Der internationale *Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (UNO-Pakt I)¹¹⁶ enthält keine besonderen Regeln betreffend Justizzugang, obwohl für Menschen aus besonders verletzlichen Gruppen der Rechtsschutz oftmals mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist. Gemäss Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I sind die Vertragsstaaten aber verpflichtet, Massnahmen zur vollen Verwirklichung der Paktrechte zu treffen, wozu auch der Justizzugang zwecks Geltendmachung dieser Rechte gehört.¹¹⁷ Die auf der Ebene des Europarats erlassene *Sozialcharta*¹¹⁸ verbürgt wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, enthält aber ebenfalls keine ausdrückliche Bestimmung zu ihrer verfahrensrechtlichen Durchsetzung.¹¹⁹

Die Durchsicht der im Anschluss an die beiden internationalen Menschenrechtspakte und die EMRK verabschiedeten internationalen und regionalen Menschenrechtsabkommen zum Schutz besonders verletzlicher Gruppen ergibt ein unterschiedliches Bild – nicht alle Übereinkommen zeigen sich für Fragen des Justizzugangs sensibilisiert. So enthält die *Frauenrechtskonvention* (CEDAW)¹²⁰ zwar Zugangsrechte in den Bereichen Nahrung, Bildung, Kredite oder Gesundheitsdienste, garantiert aber kein explizites Recht der Frau auf wirksamen Zugang zur Justiz.¹²¹ Die *Kinderrechtskonvention* (KRK)¹²² verankert ebenfalls keine Garantie des Gerichtszugangs, auferlegt den Vertragsstaaten indessen die Verpflichtung, einem urteilsfähigen Kind das Recht einzuräumen, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern (Art. 12 Abs. 1 KRK); dazu gehört insbesondere, dass das Kind in entsprechenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften angehört wird (Art. 13 Abs. 2 KRK).¹²³ Ausdrücklich garantiert wird das Recht auf Justizzugang in

114 MRA, General Comment No. 32, N. 9; EGMR, 21.2.1975, Nr. 4451/70, *Golder c. Vereinigtes Königreich*, N. 33; seither auch etwa EGMR, 08.01.2004, Nr. 47169/99, *Voggenreiter c. Deutschland*, N. 35.

115 MØSE, S. 187; NOWAK, Art. 2 CCPR, N. 62.

116 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992, SR 0.103.1.

117 SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 164 ff.

118 Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, ETS Nr. 35.

119 Vgl. auch MØSE, S. 199.

120 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.4.1997, SR 0.108.

121 Betr. Gewährleistung des Gerichtszugangs für gewaltbetroffene Frauen vgl. KARTUSCH, N. 34.

122 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.3.1997, SR 0.107.

123 Gemäss Lehre und Praxis ist dieser Anspruch justiziabel, vgl. BGER, 2C_327/2015 vom 22.4.2016, E. 2.3, m.w.H.; VAN DE GRAAF, Art. 298 ZPO, N. 2.

Art. 13 Abs. 1 der *Behindertenrechtskonvention* (BRK)¹²⁴; demnach gewährleisten die Vertragsstaaten Menschen mit Behinderungen gleichberechtigten und wirksamen Zugang zur Justiz, um ihre Teilnahme an allen Gerichtsverfahren zu erleichtern. Art. 6 des UN-Übereinkommens gegen jede Art von *Rassendiskriminierung* (RDK)¹²⁵ verlangt von den Vertragsstaaten, jeder Person in ihrem Hoheitsbereich wirksame Rechtsbehelfe durch die nationalen Gerichte gegen rassistisch diskriminierende Handlungen durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstigen staatlichen Einrichtungen zu gewährleisten.¹²⁶ Gemäss Art. 13 der *UN-Antifolterkonvention* (FoK)¹²⁷ besteht bei Foltervorwürfen ein Recht auf Anrufung der Behörden und deren Pflicht zur umgehenden unparteiischen Prüfung des Falls.¹²⁸ Ausführliche Regeln zum Justizzugang finden sich schliesslich in der sog. Aarhus-Konvention, dem Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten.¹²⁹

Dass das Recht auf Justizzugang universelle Geltung hat, zeigen neben der EMRK auch weitere regionale Menschenrechtsabkommen. Die jüngste Verbürgung findet sich in der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (GRC).¹³⁰ Gemäss Art. 47 Abs. 1 GRC hat jede Person, deren Unionsrechte oder -freiheiten bei Anwendung von EU-Recht verletzt worden sind, das einklagbare Recht, einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht einzulegen. Art. 25 der *Amerikanischen Menschenrechtskonvention* (AMRK)¹³¹ garantiert jedem Menschen bei Verletzungen seiner Grund- und Menschenrechte das Recht auf ein einfaches und rasches Verfahren oder einen anderen effektiven Rechtsbehelf vor einem zuständigen Gericht. Darüber hinaus verankert die Konvention – ähnlich der EMRK – das Recht auf Justizzugang bei Freiheitsentziehungen (Art. 7 Ziff. 5 und 6 AMRK). Die *Afrikanische Menschenrechtscharta* (AfCRMV)¹³² begründet den Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher

124 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006, in Kraft getreten für die Schweiz am 15.5.2014, SR 0.109.

125 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21.12.1965, in Kraft getreten für die Schweiz am 29.12.1994, SR 0.104.

126 Vgl. allgemein zu den aus dem Folterverbot fliessenden Gewährleistungspflichten KÄLIN/KÜNZLI, N. 10.33 ff.

127 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.6.1987, SR 0.105.

128 Eingehend NOWAK/McARTHUR, Art. 13 CAT, N. 13 ff.

129 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten vom 25.6.1998, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.6.2014, SR 0.814.07; vgl. insb. den Titel, die Präambel sowie Art. 9 Ziff. 1 der Konvention.

130 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2007, ABI C 326, S. 391 ff.

131 Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969, OAS Treaty Series No. 36.

132 Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker vom 27.6.1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5.

insbesondere auch den Anspruch des Individuums auf Rechtsschutz vor den zuständigen innerstaatlichen Gerichten umfasst (Art. 7 Abs. 1 Bst. a AfCRMV).¹³³ Die afrikanische Menschenrechtskommission hat diese Grundsätze in Interpretationsrichtlinien weiter ausdifferenziert¹³⁴ und in Richtung eines Rechts auf einen effektiven Rechtsbehelf («remedy») konkretisiert; garantiert ist neben dem Recht auf Zugang zu einer Justizbehörde¹³⁵ auch das Recht auf ein wirksames Rechtsmittel.¹³⁶ Die *Arabische Charta der Menschenrechte* (ArCMR)¹³⁷ statuiert in Art. 12 neben anderen Rechten auch das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf¹³⁸ und auch die *Kairoer Erklärung der Menschenrechte des Islam* (KEMR)¹³⁹ sieht in Art. 12 Bst. b das Recht jedes Menschen vor, sich an die Gerichte zu wenden.

Ist der Anwendungsbereich der jeweiligen völkerrechtlichen Garantie nicht eröffnet (beispielsweise weil keine zivilrechtliche Streitigkeit oder strafrechtliche Anklage im Sinn des fraglichen Übereinkommens vorliegt), statuieren jedenfalls Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II und Art. 13 EMRK als *Mindestgarantien* ein Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer innerstaatlichen Instanz, wenn die Verletzung einer Pakt- bzw. Konventionsgarantie gerügt wird. Eine gerichtliche Überprüfung ist in diesen Konstellationen in der Regel nicht verlangt, die Zuständigkeit einer verwaltungsinternen Justizbehörde genügt.¹⁴⁰ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte prüft allerdings, ob die landesrechtliche Beschwerdeinstanz in der Lage ist, den angesichts der Umstände effektiven Rechtsschutz zu gewähren;¹⁴¹ dies kann dazu führen, dass in Einzelfällen auch im Anwendungsbereich von Art. 13 EMRK der Rechtsweg an ein Gericht eröffnet werden muss.¹⁴²

3. ... als Teilgehalt materieller Garantien ...

Gleich wie verschiedene Bestimmungen des internationalen Menschenrechtsschutzes (Art. 5 EMRK, Art. 9 UNO-Pakt II) garantiert auch die Bundesverfassung für gewisse Verfahren ein Recht auf Zugang zur Justiz als Teilgehalt einer materiellen Grundrechtsgarantie, beispielsweise indem die Verfassungskonfor-

133 Vgl. MANBY, S. 199 ff.

134 ACHPR, Right to a fair trial, S. 1 ff.

135 ACHPR, Right to a fair trial, S. 5, C/b/(i).

136 MANBY, S. 200 f., m.w.H. auf die Praxis der African Commission on Human & Peoples' Rights (ACHPR).

137 Arabische Charta der Menschenrechte vom 22.5.2004.

138 Vgl. dazu ANDONIE, N. 375 ff.

139 Kairoer Erklärung der Menschenrechte des Islam vom 5.8.1990.

140 Weiterführend statt anderer GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 196; BREUER, Art. 13 EMRK, N. 22 ff., je m.w.H. auf die Praxis des EGMR; NOWAK, Art. 2 CCPR, N. 62 ff. zu UNO-Pakt II.

141 EGMR (GK), 4.7.2006, Nr. 59450/00, *Ramirez Sanchez c. Frankreich*, N. 157 ff. oder EGMR (GK), 16.7.2014, Nr. 60642/08, *Ališić u.a. c. Bosnien und Herzegowina u.a.*, N. 131 ff.

142 GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 196.

mität eines Freiheitsentzugs (Art. 10 Abs. 2 BV) an die unverzügliche Überprüfung dessen Rechtmässigkeit und an die gerichtliche Beurteilung innert angemessener Frist geknüpft wird (Art. 31 BV). Neben solchen punktuellen Gerichtsgarantien ergibt sich das Recht auf Justizzugang indirekt auch aus der allgemeinen Verpflichtung zur Gewährleistung und Verwirklichung der materiellen Grund- und Menschenrechte. Diese – zunächst von Praxis und Lehre entwickelte – Verpflichtung ist für das Schweizerische Verfassungsrecht nun in Art. 35 BV festgelegt, für völkerrechtliche Garantien folgt sie aus vertragsrechtlichen Normen, so zum Beispiel aus Art. 1 EMRK und Art. 3 UNO-Pakt II.¹⁴³ Die Gewährleistungspflicht gibt dem Gedanken Ausdruck, dass materielle Rechte ohne deren gerichtliche Durchsetzung wirkungslos bleiben und bewirkt, dass in jeder materiellen Garantie gleichzeitig auch ein Recht auf ihre verfahrensmässige Durchsetzung angelegt ist. Die Gerichtspraxis hat solche, aus materiellen Rechten fliessende prozeduralen Ansprüche punktuell konkretisiert.¹⁴⁴ So hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie früh schon die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Kantone formuliert, Gerichtsverfahren zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen aus Enteignung einzurichten.¹⁴⁵ Auch wenn die verfahrensrechtliche Absicherung der Eigentumsgarantie ursprünglich von der im 19. Jahrhundert stark verbreiteten Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das sich herausbildende öffentliche Recht getragen war, findet sich in dieser Praxis doch der Gedanke angelegt, dass ein Grundrecht nicht nur materielle Gehalte hat, sondern auch die effektive verfahrensrechtliche Sicherung dieser Inhalte durch gerichtlichen Rechtsschutz in sich schliesst.¹⁴⁶ Dieses Konzept ist heute in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unbestritten anerkannt.¹⁴⁷ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht davon aus, dass sich aus materiellen Konventionsrechten ein verfahrensrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung dieser Rechte ergibt. Den Nährboden für diese Praxis bildet der Gedanke, dass die Konventionsrechte andernfalls nur theoretischer Natur und damit nicht «praktisch und effektiv» wären.¹⁴⁸ So hat der Gerichtshof festgehalten, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) auch die Garantie enthält, dass staatliche, die Privatsphäre des Einzelnen berührende Überwachungsmassnahmen einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen.¹⁴⁹ Das Recht

143 Vgl. dazu hinten S. 32 ff. und 54 ff.

144 Vgl. auch FRANCONI, *Rights of Access*, S. 32.

145 BGE 43 I 204 E. 1 S. 206; BGE 68 I 153 E. 3 S. 158 f.; BGE 81 I 340 E. 3 S. 347 und E. 5 S. 350, BGE 82 I 157 E. 2a S. 161 oder BGE 93 I 130 E. 3 S. 137; vgl. auch STRÄULI, S. 43.

146 KLEY, *Rechtsschutz*, § 5, N. 1 und 3.

147 BGE 131 I 455 E. 1.2.5 S. 462 f. und BGE 135 I 113 E. 2.1 S. 117, jeweils betr. Verbot der Folter.

148 Grundlegend EGMR, 4.8.2001, Nr. 24746/94, *Hugh Jordan c. Vereinigtes Königreich*, N. 142 ff. oder EGMR, 7.5.2006, Nr. 41773/98, *Scavuzzo-Hager c. Schweiz*, N. 74 ff., beide betr. Recht auf Leben.

149 EGMR, 16.9.1978, Nr. 5029/71, *Klass u.a. c. Deutschland*, N. 55.

auf Achtung des Privatlebens ist ebenso verletzt, wenn ein nationales Rechtssystem keinerlei Möglichkeit von unentgeltlichem Rechtsbeistand zur Durchsetzung der aus Art. 8 EMRK fließenden Ansprüche gewährt,¹⁵⁰ wenn in familienrechtlichen Angelegenheiten kein Gerichtszugang besteht¹⁵¹ oder wenn die Verfahrensordnung einer handlungsunfähigen Person verunmöglicht, eine Integritätsverletzung zumindest mit Hilfe ihres gesetzlichen Vertreters geltend zu machen.¹⁵² Weiter anerkennt der Gerichtshof in ständiger Praxis, dass unter anderem auch aus dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) und dem Folterverbot (Art. 3 EMRK) verfahrensrechtliche Ansprüche folgen.¹⁵³

4. ... und als Recht auf Zugang zu einer internationalen Überwachungsinstanz

Den Verfahrensgarantien des internationalen Menschenrechtsschutzes ist gemeinsam, dass sie ein wirksames Rechtsmittel an eine nationale Instanz garantieren, eben weil eine rasche und wirksame Überprüfung einer gerügten Rechtsverletzung einzig auf der staatlichen Ebene möglich ist.¹⁵⁴ Daneben sehen verschiedene Menschenrechtsübereinkommen – oftmals in Zusatzprotokollen – vor, dass bei einer Verletzung der vertraglich vereinbarten Garantien auch eine Überprüfung durch ein internationales Überwachungsorgan erfolgen kann. Diese Garantien sind indessen minimal und vor allem auch subsidiär und vermögen Lücken im innerstaatlichen Justizzugang nicht zu kompensieren.¹⁵⁵

Völkervertragsrechtlich vorgesehene Individualbeschwerdeverfahren zur Überprüfung der entsprechenden materiellen Garantien finden sich insbesondere in der EMRK (Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Art. 34 und 35 EMRK), im Fakultativprotokoll zu UNO-Pakt I (Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Art. 2 FP/Pakt I),¹⁵⁶ im Fakultativprotokoll zu UNO-Pakt II (Menschenrechtsausschuss, Art. 1 FP 1/Pakt II),¹⁵⁷ in der UN-Antifolterkonvention (Ausschuss gegen Folter, Art. 22 FoK), in der Konvention gegen das Verschwindenlassen von Personen (Ausschuss gegen das Verschwindenlassen von Personen, Art. 31 VLK),¹⁵⁸

150 EGMR, 9.10.1979, Nr. 6289/73, *Airey v. Irland*, N. 32 f.

151 EGMR, 26.11.2013, Nr. 27853/09, *X. c. Lettland*, N. 107, 115.

152 EGMR, 26.3.1985, Nr. 8978/80, *X. und Y. c. Niederlande*, N. 21 ff.

153 Eingehend statt anderer GRABENWARTER/PABEL, § 20, N. 31 ff. sowie § 21, N. 101 ff.

154 Für die AMRK vgl. MEDINA QUIROGA, S. 236; für den UNO-Pakt II vgl. NOWAK, Art. 2 CCPR, N. 62; für die EMRK vgl. MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 2.

155 Für das System der AMRK vgl. auch MEDINA QUIROGA, S. 236; generell FRANCONI, *Rights of Access*, S. 55.

156 Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 10.12.2008, UN Doc. A/63/435.

157 Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, 999 UNTS 302.

158 Internationales Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen vom 20.12.2006, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.11.2017, SR 0.103.3.

im Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung (Ausschuss für die Beseitigung von Rassendiskriminierung, Art. 14 RDK), im 3. Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention (Ausschuss für die Rechte des Kindes, Art. 1 3. FP/KRK),¹⁵⁹ im Fakultativprotokoll zur Frauenrechtskonvention (Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, Art. 1 FK/CEDAW)¹⁶⁰ und im Fakultativprotokoll zur Behindertengleichstellungskonvention (Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Art. 1 FP/BRK).¹⁶¹ Im Bereich des regionalen Menschenrechtsschutzes sehen auch die AfCRMV und die AMRK, nicht aber die ArCMR eine Beschwerdemöglichkeit an das entsprechende Überwachungsorgan vor.¹⁶²

5. Das Recht auf rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Justizzugang

Das Recht auf Justizzugang schliesst den Anspruch auf rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu einem funktionierenden Justizsystem in sich.¹⁶³ Dieser Teilgehalt zählt unbestritten und traditionell zum Kern eines fairen und rechtsstaatlichen Verfahrens. Bereits im Jahr 1477 mussten im Kanton Luzern der Schultheiss, die Ratsrichter und Gerichtsweibel beim Entscheid über Streitigkeiten schwören, den «armen und reichen sowie den reichen und armen» ein allgemeiner Richter zu sein.¹⁶⁴ 1887 entschied das Bundesgericht, der Grundsatz der Rechtsgleichheit fordere gewiss, dass «dem armen Angeklagten die gleichen Garantien richtiger Rechtsprechung gewählt [sic] werden, wie dem Begüterten».¹⁶⁵ Weltweit findet sich an zahlreichen Gerichtsgebäuden die Inschrift, wonach jeder Mensch das gleiche Recht auf den gerichtlichen Schutz seiner Rechte hat, am U.S. Supreme Court ist es die Formel «Equal Justice Under Law».¹⁶⁶

Heute schützen Verfassung und Völkerrecht den Anspruch auf rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Gerichtszugang im Sinn einer *transversalen Garantie*. Art. 29 Abs. 1 BV verankert ein in sämtlichen Justizverfahren geltendes Recht auf gleiche und gerechte Behandlung; darüber hinaus enthält die Verfassung in Art. 8 Abs. 2 BV ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Für das

159 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes über ein Beschwerdeverfahren vom 19.12.2011, UN Doc. A/Res/66/138.

160 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 6.10.1999, in Kraft getreten für die Schweiz 29.12.2008, SR 0.108.1.

161 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006, UN Doc. A/RES/61/106.

162 Art. 46 Afrikanische Kommission für die Rechte der Menschen und Völker (AfKRMV) und Art. 5 des entsprechenden Zusatzprotokolls zur Schaffung eines Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Rechte der Völker, OUA Doc. OUA/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III) sowie Art. 44 bzw. Art. 61 AMRK.

163 Vgl. UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty, N. 71.

164 JOZIC, S. 29, m.w.H.

165 BGE 13 I 251 E. 3.

166 Zur Herkunft vgl. MCGURN, S. 104 ff.

Völkerrecht ergibt sich das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zur Justiz aus Art. 6 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK und aus Art. 14 UNO-Pakt II i.V.m. Art. 2 UNO-Pakt II.¹⁶⁷ Diese Garantien sind verletzt, wenn bestimmte Personen ohne sachlichen Grund oder wegen Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, sozialer Stellung, Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer Behinderung vom Gerichtszugang ausgeschlossen werden.¹⁶⁸

6. Ergebnisse

Das Recht auf Justizzugang vermittelt einen verfassungsrechtlich und menschenrechtlich solide abgesicherten Anspruch auf *gerichtlichen*, im *nationalen* Kontext zu verwirklichenden Rechtsschutz vor institutionell unabhängigen Gerichten. Die Fokussierung auf das Landesrecht ist von entscheidender Bedeutung, weil die im Völkerrecht vorgesehenen Ansprüche zwar die Mindeststandards des Justizzugangs definieren, die völkerrechtlichen Rechtsschutzmechanismen selber aber nicht in der Lage sind, bei Rechtsverletzungen zeitnah und effektiven Rechtsschutz zu garantieren.

Die Bundesverfassung setzt das Recht auf «Zugang zur Justiz» mit dem Recht gleich, bei grundsätzlich *allen Rechtsstreitigkeiten* Zugang zu einem auf Gesetz beruhenden, unabhängigen und unparteiischen *Gericht* zu finden (Art. 29a Satz 1 BV i.V.m. Art. 30 Abs. 1 BV). Wird die gerichtliche Zuständigkeit ausgeschlossen (Art. 29a Satz 2 BV), ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ein Recht auf effektiven Zugang zu einer nicht-gerichtlichen Justizbehörde. Ähnliche, allerdings enger gefasste Garantien enthält das Völkerrecht, indem ein Zugang zur Justiz in zivilrechtlichen Streitigkeiten und bei strafrechtlichen Anklagen oder aber bei der Verletzung spezifischer, im fraglichen Vertragsdokument gesicherter Rechtsansprüche gegeben ist. Als völkerrechtliche *Mindestgarantie* besteht jedenfalls bei Verletzung der Garantien gemäss EMRK und UNO-Pakt II ein Anspruch auf eine wirksame Beschwerde vor einer nicht-gerichtlichen innerstaatlichen Justizbehörde (Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II und Art. 13 EMRK). Darüber hinaus ist in zivilrechtlichen Streitigkeiten und bei strafrechtlichen Anklagen ein Recht auf Anrufung eines Gerichts garantiert (Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II). Transversal besteht in allen Konstellationen der Anspruch auf rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zur Justiz.

167 Vgl. insb. MRA, General Comment No. 32, N. 9; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 8, N. 21 und 45 ff.

168 Explizit für Art. 14 UNO-Pakt II NOWAK, Art. 14 CCPR, N. 6.

III. Normativer Charakter

1. Schutzbereich

Das mit Art. 29a BV verfassungskräftig und mit Art. 6 Ziff. 1 und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II auch völkerrechtlich garantierte Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz zeichnet sich in *persönlicher Hinsicht* durch eine weite Grundrechtsträgerschaft aus und unterscheidet sich damit nicht von den übrigen Verfahrensgrundrechten. Als eigentliches Menschenrecht steht es allen natürlichen Personen unbesehen ihrer Staatsangehörigkeit zu. Weil die Bundesverfassung die Grundrechtsträgerschaft der allgemeinen Verfahrensgrundrechte jeweils an die Stellung als Verfahrenspartei knüpft, können sich auch juristische Personen des Privatrechts und unter bestimmten Voraussetzungen solche des öffentlichen Rechts auf die Garantie berufen.¹⁶⁹ Auch die völkerrechtlichen Zugangsgarantien nehmen alle Menschen voraussetzungslos in den persönlichen Schutzbereich auf. Das Recht auf Justizzugang gilt damit auch für Kinder und Jugendliche, Ausländerinnen und Ausländer, Asylsuchende, Migrantinnen und Migranten oder Staatenlose. Im Übrigen öffnet auch die völkerrechtliche Praxis den Justizzugang für juristische Personen.¹⁷⁰

Der *sachliche Schutzbereich* des Grundrechts auf Justizzugang ist eröffnet, sobald die Geltungsvoraussetzungen jener Norm erfüllt sind, welche den Justizzugang begründet. Für die verfassungsrechtliche Garantie trifft dies zu, wenn eine *Rechtsstreitigkeit* im Sinn von Art. 29a BV vorliegt, d.h. die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition steht.¹⁷¹ Die verfassungsrechtliche Garantie gilt in sämtlichen Verfahren, unbesehen der dogmatischen Zuordnung der Streitigkeit zu einem bestimmten Sachbereich (Zivilprozess, Strafverfahren, Verwaltungs- und Staatsrechtspflege).¹⁷² Für die Aktivierung der insoweit engeren Gerichtsgarantien gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II muss eine *zivilrechtliche Streitigkeit* oder eine *strafrechtliche Anklage* im Sinn der – von den Überwachungsorganen autonom interpretierten – Bestimmungen in Frage stehen. Die Anforderungen an eine gerichtliche Instanz sind in Verfassung und Völkerrecht als eigenständige Normgehalte umschrieben (Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Dabei gilt als *Gericht* eine auf Gesetz beruhende staatliche Behörde, die Rechtsprechungsfunktionen ausübt, d.h. eine Rechtsstreitigkeit in einem rechtlich geordneten und fairen Ver-

169 Statt anderer WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 8 f.; KLEY, St. Galler BV-Komm., Art. 29a, N. 14, je m.w.H.

170 MRA, General Comment No. 32, N. 9; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 2; allgemein für die EMRK: GRABENWARTER/PABEL, § 17, N. 2 ff.

171 BGE 143 I 336 E. 4.1 S. 338; BGE 141 I 172 E. 4.4.1 S. 180; BGE 140 II 315 E. 4.4 S. 326; BGE 139 II 185 E. 12.4 S. 218; BGE 137 II 409 E. 4.2 S. 411; BGE 136 I 323 E. 4.3 S. 328 f.; vgl. auch EGMR, 26. 8. 1997, Nr. 22110/93, *Balmer-Schafroth u.a. c. Schweiz*, N. 26; MRA, General Comment No. 32, N. 17 betr. Geltungsbereich von Art. 14 UNO-Pakt II.

172 WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 10, m.w.H. auf die Praxis.

fahren weisungsfrei entscheidet, über institutionelle Unabhängigkeit verfügt und mit unparteiischen Richterinnen und Richtern besetzt ist.¹⁷³

Bezüglich der *Anspruchsgehalte* unterscheiden sich die verfassungsrechtliche und die konventionsrechtliche Justizzugangsgarantie, Spiegelbild der stärkeren Ausdifferenzierung der Verfahrensgrundrechte in der Bundesverfassung (Art. 29a BV bis Art. 32 BV). Die Gerichtszugangsgarantie gemäss Art. 29a BV vermittelt den grundrechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz durch eine gerichtliche Instanz, die eine umfassende Prüfung der Rechts- und Sachverhaltsfragen vornimmt;¹⁷⁴ die damit einhergehenden Verfahrensgarantien sind als eigenständige Grundrechte geschützt (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, Art. 30 Abs. 1 BV). Demgegenüber weist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dem Recht auf ein Gericht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verschiedene weitere Teilgehalte zu, die in der – im Übrigen wenig kohärenten – Rechtsprechung indessen nicht klar auseinandergehalten werden: Erstens das Recht, eine rechtliche Streitigkeit bei einem Gericht anhängig zu machen und so ein Verfahren in Gang zu bringen, zweitens das Recht auf Auseinandersetzung mit den Begehren und drittens das Recht auf ein abschliessendes Urteil und dessen Durchsetzung.¹⁷⁵

Der Anspruch auf Gerichtszugang muss nicht in jeder Phase eines mehrstufigen Justizverfahrens erfüllt sein; es ist deshalb sowohl aus verfassungsrechtlicher wie aus menschenrechtlicher Sicht aus Gründen der Flexibilität und Effizienz des Rechtsschutzes zulässig, dass in erster Instanz eine Justizbehörde entscheidet, die den Anforderungen von Art. 29a i.V.m. Art. 30 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht genügt.¹⁷⁶ Die Rechtsweggarantien gewähren grundsätzlich kein Recht auf eine *zweite gerichtliche Instanz*, es reicht also aus, wenn einmal im Verfahrensgang ein Gericht entscheidet (eine Ausnahme gilt in Strafsachen, vgl. Art. 32 Abs. 3 BV und Art. 2 des ZP VII zur EMRK).¹⁷⁷ Sieht das innerstaatliche Recht aber ein Rechtsmittel vor, muss dieses die Anforderungen des Rechts auf Gerichtszugang erfüllen.¹⁷⁸

173 BGE 142 III 732 E. 3.3 S. 734; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 30, N. 3a ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 43, N. 10 ff.; zum Gerichtsbegriff der EMRK GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 29 ff., m.w.H. auf die Praxis.

174 Bundesrat, Botschaft BV, S. 523; BGE 141 I 172 E. 4.4.1 S. 180; eingehend BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N. 7 ff.; KLEY, St-Galler BV-Komm., Art. 29a, N. 4; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 13 ff.

175 DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 783, m.w.H.; vgl. auch EGMR, 21.2.1975, Nr. 4451/70, *Golder c. Vereinigtes Königreich*, N. 36.

176 EGMR, 13.6.1981, Nr. 6878/75, *Le Compte und andere c. Belgien*, N. 51a, seither ständige Praxis; vgl. auch MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 200; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 65.

177 Vgl. betr. Art. 29a BV statt vieler WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 5; betr. Art. 6 Ziff. 1 EMRK statt vieler FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 93; betr. Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II JOSEPH/CASTAN, N. 14.47 und 14.89.

178 EGMR, 17.1.1970, Nr. 2689/65, *Delcourt c. Belgien*, N. 27 ff.; EGMR, 25.7.2002, Nr. 54210/00, *Papon c. Frankreich*, N. 90 ff.; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 60; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 95.

2. Verpflichtungsebenen

Das Recht auf Zugang zur Justiz ist ein Grundrecht und ein Menschenrecht. Es ist normativ genügend bestimmt und gefestigt, sodass die Gerichte direkt über die Tragweite des Rechts und allfällige Beeinträchtigungen entscheiden können. Das Recht auf Justizzugang hat damit die Qualität eines *justiziablen* und folglich unmittelbar durchsetzbaren Rechts.¹⁷⁹ Als justiziabel anerkannt sind insbesondere auch die entsprechenden Bestimmungen des Völkerrechts. Aufgrund des in der Schweiz allgemein geltenden Grundsatzes des Monismus¹⁸⁰ sind sie auch ohne Transformationsakt unmittelbar anwendbar. Welche *subjektiv-rechtlichen Anspruchsgehalte* sich dem Recht auf Justizzugang entnehmen lassen, wird gleich anschliessend gezeigt. Hier von Bedeutung ist der Grundsatz, dass das Recht auf Justizzugang über die justiziablen Gehalte hinaus den Staat auch im Sinne *objektiv-rechtlicher Pflichten* bindet. Der Anspruch auf Justizzugang ist in verschiedenen Rechtsweggarantien positiviert und damit objektives, den Staat bindendes Recht, welches generell und damit auch dann wirksam ist, wenn keine durchsetzbaren Ansprüche Privater bestehen.¹⁸¹ Diese objektive Verwirklichungspflicht ist sowohl im Verfassungsrecht als im Völkerrecht angelegt. Für die Grundrechte der Bundesverfassung beruht sie auf Art. 35 Abs. 1 BV («Grundrechte müssen in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen»). Bezüglich des Völkerrechts hat sich die Schweiz unter UNO-Pakt II nicht nur verpflichtet, die im Pakt aufgeführten Rechte zu achten und zu gewährleisten (Art. 2 Ziff. 1), sondern auch dazu, die erforderlichen gesetzlichen und administrativen Massnahmen zu treffen, um diesen Rechten Wirksamkeit zu verleihen (Art. 2 Ziff. 2).¹⁸² Wenn auch nicht ausdrücklich so formuliert, bestehen entsprechende Verwirklichungspflichten auch im Rahmen der EMRK.¹⁸³ Als objektiv-rechtliche Gestaltungsprinzipien verstanden, weisen die Grund- und Menschenrechte damit im Sinn von *Ziel- oder Programmgehalten* über den subjektiv-rechtlichen, justiziablen Schutzbereich hinaus und verpflichten die Behörden auf die grundrechtsfreundliche Ausgestaltung der Rechtsordnung. Eine solche programmatische Wirkung ist auch dem Recht auf Justizzugang eingeschrieben. Der Staat hat folglich alle rechtlichen, institutionellen und prozeduralen Voraussetzungen zu schaffen, die zur vollen Realisierung dieses Rechts nötig sind.¹⁸⁴

179 Vgl. zum Begriff der Justiziabilität statt anderer KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 2, N. 24 ff.

180 EPINEY, Basler BV-Komm., Art. 5, N. 77 ff., m.w.H.

181 Zum Folgenden und statt anderer KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, N. 42 ff.

182 Weiterführend NOVAK, Art. 2 CCPR, N. 52 ff.; KÄLIN/KÜNZLI, N. 2.30 ff.

183 Statt anderer GRABENWARTER/PABEL, § 19, N. 1 ff.

184 Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.71 und 3.114.

3. Verpflichtungsgehalte

Strukturell zeichnet sich das Recht auf Zugang zur Justiz durch seine *multiple Natur* aus. Im Grundsatz handelt es sich um ein persönlichkeitsbezogenes, letztlich in der Menschenwürde angelegtes prozedurales Mitwirkungsrecht in Gestalt eines Rechtsdurchsetzungsrechts.¹⁸⁵ Es enthält – wie jedes Grundrecht – verschiedene Verpflichtungsgehalte, die den Staat grundsätzlich auf drei Ebenen binden.¹⁸⁶

Im Sinn einer primär *negativen Pflicht* muss der Staat den Einzelnen in seinem Recht auf Justizzugang achten und darf ihn nicht an der gerichtlichen Durchsetzung seiner Rechte und damit am prozeduralen Zugang zur Justiz hindern, zum Beispiel durch übermässig strenge Prozessvoraussetzungen; angesprochen ist der *Achtungsgehalt* des Grundrechts. Weiter besteht die staatliche Verpflichtung, den Einzelnen im Justizzugang zu schützen. Die Behörden müssen folglich im Sinne einer *positiven Pflicht* eingreifen, wenn hinreichende Kenntnisse darüber bestehen, dass private Dritte oder objektive Gefahren eine rechtsuchende Person vom Justizzugang abhalten, zum Beispiel in Situationen häuslicher Gewalt; angesprochen ist der *Schutzgehalt* des Grundrechts. Schliesslich ist der Staat verpflichtet, die erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit sich das Recht auf Justizzugang im Alltag verwirklichen kann, d.h. er hat – erneut im Sinne einer *positiven Pflicht* – eine Justizinfrastruktur zu schaffen, die es den Rechtsuchenden ermöglicht, ihre Anliegen vor einer gerichtlichen Behörde effektiv und in einem praktisch wirksamen Verfahren durchzusetzen, zum Beispiel durch Einrichtung einer genügenden Zahl von Justizbehörden und deren Ausstattung mit den erforderlichen Personal- und Sachmitteln; angesprochen ist der *Gewährleistungsgehalt* des Grundrechts. Unter dem Gewährleistungsaspekt beinhaltet das Recht auf Zugang zur Justiz neben prozeduralen also insbesondere auch institutionelle Gehalte, die gedanklich aber dem Achtungsaspekt nachgeordnet sind, denn Gerichtszugang ist ohne Bestand von Gerichten nicht möglich. Nicht zuletzt schliesst das Recht auf Justizzugang den Anspruch auf *rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang* zu einem funktionierenden Justizsystem im Sinne einer *transversalen Garantie* in sich.¹⁸⁷ Auch der Anspruch auf rechtsgleichen Zugang unterliegt der Verwirklichungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 1 BV und begründet positive Pflichten, sofern der rechtsgleiche Gerichtszugang nicht anders sichergestellt werden kann, zum Beispiel die Einrichtung eines Systems unentgeltlicher Rechtspflege. Diese strukturellen Gegebenheiten gilt es bei der Frage der Einschränkung und der Diskussion betreffend die volle Verwirklichung der Garantie zu beachten.

185 Vgl. dazu vorne insb. S. 16 f., 17 f. und 20 ff.

186 Vgl. statt vieler KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.67 ff.; für die EMRK insb. GRABENWARTER/PABEL, § 19, N. 1 ff.; JOHANN, Art. 1 EMRK, N. 5 ff.

187 Vgl. dazu vorne S. 31 f.

4. *Einschränkbarkeit?*

Das Recht auf Justizzugang wirkt in dem Sinne absolut, als dass der Staat im Anwendungsbereich einer Rechtsschutzgarantie den Gerichts- bzw. Justizzugang nicht prinzipiell ausschliessen oder verhindern darf.¹⁸⁸ Bezüglich des Zugangs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sind die Staaten nach Massgabe von Art. 34 EMRK ausdrücklich verpflichtet, die wirksame Ausübung dieses Rechts nicht zu behindern. Allerdings vermitteln die Garantien gerichtlichen Rechtsschutzes «keinen Anspruch darauf, dass jedermann jedes staatliche Handeln ungeachtet prozessualer Vorschriften auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen lassen kann».¹⁸⁹ Mit anderen Worten besteht kein Anspruch auf voraussetzungslosen Zugang zu Justizeinrichtungen und auf einen Entscheid in der Sache.¹⁹⁰

Praxis und Lehre erachten Einschränkungen im *achtungsrechtlichen Gehalt* des Anspruchs als grundsätzlich zulässig. Die Staaten verfügen bei der konkreten Ausgestaltung des Gerichtszugangs über einen Regelungsspielraum.¹⁹¹ Die Formalisierung der Verfahren steht im Dienst der Effizienz, der prozeduralen Fairness und des rechtsgleichen Justizzugangs; gleichzeitig sind bei der Ausgestaltung der Verfahren aber auch die Bedürfnisse und Ressourcen der Gemeinschaft zu beachten.¹⁹² Sachurteils- bzw. Prozessvoraussetzungen stellen damit zwar Einschränkungen des Gerichtszugangs dar, sind aber einer Rechtfertigung zugänglich. Für die Bundesverfassung finden sich die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs in Art. 36 BV; demnach müssen Einschränkungen von Grundrechten auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und verhältnismässig sein und den Kerngehalt des Rechts wahren.¹⁹³ Für die Einschränkung der völkerrechtlich verbürgten Garantien haben Praxis und Lehre ähnliche Regeln entwickelt.¹⁹⁴

In seinem *Gewährleistungsgehalt* wirkt das Recht auf Justizzugang insoweit absolut, als der Staat gerichtliche Rechtsschutzeinrichtungen schaffen muss, welche so eingerichtet und ausgestattet sind, dass sie dem Einzelnen effektiven Rechtsschutz zu gewähren vermögen. Dieser Grundsatz ist justiziabel, allerdings liegt die Art und Weise der Ausgestaltung des Justizsystems im Ermessen

188 Vgl. KIENER, Grundrechtsschranken, § V.6., N. 13.

189 BGE 139 II 185 E. 12.4 S. 218; vgl. auch BGE 131 II 169 E. 2.2.3 S. 173; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N. 4 und 6.

190 EGMR, 21.2.1975, Nr. 4451/70, *Golder c. Vereinigtes Königreich*, N. 38 oder EGMR, 11.6.2014, Nr. 52067/10, 41072/11, *Howald Moor u.a. c. Schweiz*, N. 71; ebenso FRANCONI, Rights of Access, S. 35 und 42 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N. 8.

191 EGMR, 26.7.2005, Nr. 39199/98, *Podbielski und PPU Polpure c. Polen*, N. 62.

192 EGMR, 29.6.2000, Nr. 38695/97, *García Manibardo c. Spanien*, N. 36; MEYER, Art. 6 EMRK, N. 54; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 36.

193 Vgl. dazu hinten S. 42.

194 Vgl. dazu hinten S. 44 ff.

des Staates, der hier über weite Gestaltungsspielräume verfügt.¹⁹⁵ Grundrechtlich verlangt ist das Optimum an gerichtlichem Rechtsschutz im Kontext der Möglichkeiten des betroffenen Staates; bezüglich von Gewährleistungspflichten ist das Konzept der «Grundrechtseinschränkung» also nicht passend.¹⁹⁶ Der justiziable Anspruch auf Gewährleistung der Garantie ist aber verletzt, wenn der Gerichtszugang daran scheitert, dass keine Gerichte zur Verfügung stehen oder diese in Zahl bzw. Ausstattung nicht genügen, um den Anspruch des Einzelnen auf effektiven Rechtsschutz zu erfüllen.¹⁹⁷

5. Derogierbarkeit

Von der Frage der Einschränkung der Garantie zu unterscheiden ist jene ihrer Derogierbarkeit in Ausnahmesituationen wie bewaffneten Konflikten, Natur- und Umweltkatastrophen und anderen Notstandslagen. Die *Bundesverfassung* sieht die Möglichkeit der Derogation von Grundrechten nicht vor, so dass die prinzipielle Grundrechtsbindung des Staates auch in aussergewöhnlichen Lagen gewahrt bleibt – und damit auch der in Art. 29a BV angelegte Zugang zur Justiz. Derogationsklauseln finden sich aber in verschiedenen *Menschenrechtsverträgen*, so in Art. 15 EMRK und in Art. 4 UNO-Pakt II; sie erfassen grundsätzlich auch das Recht auf Zugang zur Justiz, zählt dieses doch gerade nicht zu den jeweils ausdrücklich aufgeführten notstandsfesten Garantien.¹⁹⁸ Die völkerrechtliche Praxis geht indessen weiter. Obwohl Art. 2 Ziff. 3 UNO-Pakt II (Recht auf Rechtsschutz bei sämtlichen Verletzungen von Paktrechten) kein nicht-derogierbares Recht darstellt, verlangt der Menschenrechtsausschuss, dass bei entsprechenden Rügen auch in Notstandssituationen Zugang zum Rechtsschutz gegeben ist, zunächst und uneingeschränkt bezüglich der vom Pakt selber als nicht-derogierbar anerkannten Rechte,¹⁹⁹ darüber hinaus aber auch bezüglich der weiteren, grundsätzlich derogierbaren Ansprüche.²⁰⁰ Insgesamt dürfen Einschränkungen der Rechtsweggarantie gemäss Art. 14 UNO-Pakt II in Notstandssituationen nicht weiter gehen als angesichts der ausserordentlichen Sachlage unbedingt erforderlich ist.²⁰¹ Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs zielt in die gleiche Richtung.²⁰²

195 EGMR, 6.11.2012, Nr. 25133/06, *Beggs c. Vereinigtes Königreich*, N. 239; EGMR, 14.6.2004, Nr. 53084/99, *Kormacheva c. Russland*, N. 54; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 33.

196 Vgl. allgemein KIENER, Grundrechtsschranken, § V.6., N. 13.

197 Vgl. eingehend hinten S. 57 ff.

198 FRANCONI, Rights of Access, S. 43.

199 MRA, General Comment No. 29, N. 15; MRA, General Comment No. 32, N. 6; NOWAK, Art. 4 CCPR, N. 24.

200 MRA, General Comment No. 29, N. 14.

201 MRA, General Comment No. 32, N. 6.

202 GRABENWARTER/PABEL, § 2, N. 8 ff.; JOHANN, Art. 15 EMRK, N. 8; vgl. auch Venedig-Kommission, Turkey Opinion on Emergency Decrees, N. 30 ff.

6. Verzichtbarkeit?

Es ist dem Einzelnen unbenommen, ob er sich gegen eine Beeinträchtigung seiner Rechte prozessual zur Wehr setzen und gerichtlichen Rechtsschutz fordern will oder nicht. Der Entscheid über einen solchen *Ausübungsverzicht* ist Ausdruck des in der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) angelegten Selbstbestimmungsrechts und stellt damit eine Grundrechtsbetätigung dar.²⁰³ Aus Sicht der Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang erscheint indes- sen wichtig, dass ein Ausübungsverzicht freiverantwortlich erfolgt und die Anrufung der Justiz nicht aus sachfremden Gründen unterbleibt.²⁰⁴

Eine andere Frage ist, ob der Einzelne in dem Sinn auf Zugang zu einer staatlichen Justizbehörde und einen entsprechenden Entscheid verzichten kann, als er zwar eine Rechtsdurchsetzung oder Konfliktlösung anstrebt, aber einen zum staatlich-gerichtlichen Rechtsschutz *alternativen Mechanismus* vorzieht. Hier ist je nach Verfahrenstypus zu unterscheiden. Im *Zivilprozess* ist der Zugang zu staatlichen Gerichten grundsätzlich verzichtbar, solange der Verzicht freiverantwortlich und unmissverständlich erfolgt. Aus der grundrecht- lichen Perspektive gilt dies nach Massgabe der EMRK²⁰⁵ ebenso wie aufgrund von Art. 29a BV.²⁰⁶ Die eidgenössische Zivilprozessordnung stellt mit dem Schlichtungsversuch (Art. 197 i.V.m. Art. 208 ZPO) ein standardisiertes Gefäss zur Verfügung, das einer Partei ermöglicht, von einem gerichtlichen Verfahren abzusehen. Auf den Zugang zu einem Zivilgericht verzichten kann der Einzelne auch in einem von den beteiligten Parteien gemeinsam beantragten Mediations- verfahren (Art. 213 f. ZPO),²⁰⁷ Weitere Ausweichmöglichkeiten bestehen – soweit vermögensrechtliche Ansprüche betroffen sind – in einem von den Par- teien gemeinsam vereinbarten nationalen (Art. 353 ff. ZPO) oder internationa- len (Art. 176 ff. IPRG)²⁰⁸ Schiedsverfahren,²⁰⁹ die entsprechenden Vereinbarun-

203 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, N. 29; vgl. auch SCHEFER, S. 374 ff.; TSCHENTSCHER/LIEN- HARD, N. 138 f.; für das deutsche Recht MERTEN, N. 3 ff.

204 Vgl. EGMR, 3.11.2011, Nr. 29090/06, *Litwin c. Deutschland*, N. 45 ff.; KIENER/KÄLIN/ WYTTENBACH, § 5, N. 36; GUTH, S. 66; THOMMEN, S. 122 f.

205 EGMR, 27.2.1980, Nr. 6903/75, *Deweer c. Belgien*, N. 49; EGMR, 7.5.1974, Nr. 1936/63, *Neumeister c. Österreich*, N. 33 ff.; EGMR, 20.10.2011, Nr. 29090/06, *Litwin c. Deutschland*, N. 37 ff.; ebenso die Lehre, vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 63; HARRIS/O'BOYLE/ BATES/BUCKLEY, S. 408; MEYER, Art. 6 EMRK, N. 59; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, S. 552.

206 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N. 1215; im Anschluss daran WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 30.

207 Zur richterlichen Genehmigung von Scheidungsvereinbarungen gemäss Art. 279 Abs. 2 ZPO vgl. VAN DE GRAAF, Art. 279 ZPO, N. 14.

208 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987, SR 291.

209 Vgl. etwa DASSER, vor Art. 353–399 ZPO, und die Kommentierung der nachfolgenden Artikel sowie HOCHSTRASSER/FUCHS, Basler IPRG-Komm. und die Kommentierung der nachfolgenden Artikel.

gen müssen allerdings im Sinn von Art. 23 ff. OR²¹⁰ mängelfrei abgeschlossen worden sein.²¹¹

Demgegenüber ist die Zuständigkeitsordnung im *Verwaltungsverfahrensrecht* zwingender Natur, so dass grundsätzlich kein Raum für eine alternative Konfliktlösung bleibt. Eine gesetzlich nicht vorgesehene Zuständigkeit kann folglich weder durch ausdrückliche Vereinbarung noch durch eine stillschweigende Einlassung begründet werden.²¹² Punktuelle Ausnahmen finden sich im Gesetz; so ist auch in Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren des Bundes eine gütliche Einigung und Mediation unter gewissen Voraussetzungen möglich (Art. 33b VwVG).^{213,214} Der damit einhergehende Verzicht auf die Ergreifung eines Rechtsmittels ist zulässig, wenn die betroffene Partei dies ausdrücklich und mängelfrei erklärt, sie über die relevanten Umstände Kenntnis hat und im Einzelfall keine entgegenstehenden Spezialbestimmungen existieren.²¹⁵ Demgegenüber ist der schweizerischen *Strafprozessordnung* die Mediation als Alternative zum gerichtlichen Verfahren nicht bekannt, wohl aber sieht die Jugendstrafprozessordnung in Art. 17 JStPO²¹⁶ die Mediation unter bestimmten Umständen als alternatives Instrument vor.²¹⁷

Einen Sonderfall stellt das *Strafbefehlsverfahren* (Art. 352 StPO) dar, welches durch die Staatsanwaltschaft als vereinfachtes schriftliches Verfahren durchgeführt und ohne Anklage vor Gericht beendet wird. Heute erledigt die Staatsanwaltschaften über 90 Prozent aller Untersuchungen, die nicht ohnehin eingestellt werden, durch Strafbefehl.²¹⁸ Der beschuldigten Person steht es aber frei, gegen den Strafbefehl Einsprache zu erheben und damit ein erstinstanzliches Gerichtsverfahren auszulösen (Art. 354 Abs. 1 Bst. a StPO);²¹⁹ ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil (Art. 354 Abs. 3 StPO). Gesetzgeber und Justizbehörden erachten das Strafbefehlsverfahren als mit dem Recht auf Zugang zu einem Gericht jedenfalls gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMKR vereinbar, da den Betroffenen auf Einsprache hin

210 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911, SR 220.

211 DASSER, Art. 357 ZPO, N. 13 ff.; GRÄNICHNER, Basler IPRG-Komm., Art. 178, N. 6 ff.

212 Für das öffentliche Verfahrensrecht vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 497; oder KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N. 395.

213 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968, SR 172.021.

214 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 797; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N. 1328, m.w.H.

215 NOTTER, S. 204 ff.; GUTH, S. 65 ff.

216 Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20.3.2009, SR 312.1.

217 HUG/SCHLÄFLI, Basler StPO/JStPO-Komm., Art. 17 JStPO, N. 3 und 14.

218 RIKLIN, Basler StPO/JStPO-Komm., vor Art. 352–356 StPO, N. 1 f.

219 Dies erfolgt in weniger als 10% der Fälle, so RIKLIN, Basler StPO/JStPO-Komm., Art. 354 StPO, N. 3.

der gerichtliche Rechtsschutz offen steht.²²⁰ In der Lehre wird diese Sichtweise namentlich in Bezug auf jene Verfahren kritisiert, in denen Freiheitsstrafen in Frage stehen.²²¹ Der Gerichtshof hat die Thematik bislang soweit ersichtlich nicht vertieft behandelt;²²² die Regelung widerspricht aber Empfehlungen des Europarats, welche das Strafbefehlsverfahren einzig bei Geldstrafen für sachgerecht erachten.²²³ Darüber hinaus führt der faktische Ersatz der Gerichtsverfahren durch staatsanwaltschaftlich geführte Strafbefehlsverfahren dazu, dass die für die Verwirklichung und Weiterentwicklung des Rechts essentielle Funktion des Gerichtszugangs ein Stück weit ins Leere läuft.²²⁴

7. Ergebnisse

Der Zugang zur Justiz ist gleichbedeutend mit dem grundrechtlichen und menschenrechtlichen Anspruch des Einzelnen, bei Rechtsstreitigkeiten Rechtsschutz durch eine gerichtliche Instanz zu erhalten, die eine umfassende Prüfung der Rechts- und Sachverhaltsfragen vornimmt. Das Recht auf Zugang zur Justiz ist ein auf Rechtsschutz ausgerichtetes, persönlichkeitsbezogenes prozedurales Mitwirkungsrecht. Die Garantie beinhaltet justiziable Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungsansprüche, denen entsprechende Pflichten des Staates gegenüberstehen. Der Anspruch auf Justizzugang wirkt in dem Sinne absolut, als dass der Zugang zu einem Gericht nicht prinzipiell ausgeschlossen werden darf. Einschränkungen des abwehrrechtlichen Gehalts sind möglich, müssen aber nach Massgabe der entsprechenden verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben gerechtfertigt werden. Einschränkungen des Schutz- und des Gewährleistungsgehalts sind nicht möglich, da es sich dabei um eine positive Verpflichtung handelt, die dem Staat entsprechende (Mindest-)Massnahmen abverlangt. Im Sinne einer transversalen Garantie schliesst das Recht auf Justizzugang auch den Anspruch auf rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu einem funktionierenden Justizsystem in sich. Die herausgehobene Bedeutung des Justizzugangs zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass auf den Anspruch zwar unter bestimmten Umständen verzichtet werden kann, dieser aber in Notstandssituationen nicht derogierbar ist. Über justiziable Ansprüche hinaus muss der Staat im Sinne objektiver Verwirklichungspflichten schliess-

220 Der Bundesrat betrachtet den Strafbefehl als «Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung des Straffalles», siehe Bundesrat, Botschaft Strafprozessrecht, S. 1291. Vgl. auch BGE 124 IV 234 E. 3c S. 238 sowie EGMR, 27.2.1980, Nr. 6903/75, *Deweere c. Belgien*, N. 49.

221 RIKLIN, Basler StPO/JStPO-Komm., vor Art. 352–356 StPO, N. 4 ff.; THOMMEN, S. 135 ff., je m.w. H.; ZIMMERLIN, N. 547.

222 RIKLIN, Basler StPO/JStPO-Komm., vor Art. 352–356 StPO, N. 5a, mit Hinweis auf THOMMEN, S. 56 und 137.

223 Ministerkomitee des Europarats, Simplification of Criminal Justice, N. II.4.

224 Vgl. zu dieser Funktion vorne S. 17 ff.

lich die rechtlichen, institutionellen und prozeduralen Voraussetzungen schaffen, die zur vollen Realisierung dieses Rechts erforderlich sind.

C. Subjektiv-rechtlich: Justizzugang als Individualrecht

I. Grundsatz

Im verfassungs- bzw. menschenrechtlichen Kontext ist der Zugang zur Justiz gleichbedeutend mit dem Anspruch des Einzelnen, anlässlich einer Rechtsstreitigkeit wirksamen Zugang zum zuständigen Gericht zu finden, das in einem fairen Verfahren eine verbindliche und vollstreckbare Entscheidung in der Sache trifft.²²⁵ Im Zentrum der gerichtlichen Praxis steht der Achtungsanspruch, also jener Grundrechtsgehalt, der den Einzelnen vor einer ungerechtfertigten Einschränkung der geschützten Rechtsposition durch den Staat bewahrt und diesem insoweit eine negative Pflicht auferlegt (nachfolgend Ziff. II). Der grundrechtliche Schutzgehalt bleibt unvollständig ohne Einbezug des Gewährleistungsgehalts, der dem Staat die Pflicht zum positiven Tätigwerden zur faktischen Ermöglichung des Justizzugangs auferlegt (nachfolgend Ziff. III). Die Abwehr- und die Gewährleistungsfunktion stehen im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen. Die Schutzfunktion des Rechts auf Justizzugang ist auf die Vermeidung und Wiedergutmachung privater, also nicht-staatlicher Übergriffe gerichtet. Obwohl grundsätzlich auch aus den Verfahrensrechten positive Schutzpflichten erwachsen können, wird dieser Teilgehalt mangels erkennbarer Praxisrelevanz hier nicht weiter vertieft. Sollte der Staat indessen Kenntnis davon erlangen, dass der Justizzugang durch andere Private behindert wird (beispielsweise im Bereich der Strafverfolgung von häuslicher Gewalt), würden ihm auch hier entsprechende Schutzpflichten erwachsen.²²⁶

II. Achtung des Justizzugangs

Im Zentrum der abwehrrechtlichen Dimension des Rechts auf Justizzugang steht der Anspruch, vom Staat nicht daran gehindert zu werden, in einer rechtlichen Streitigkeit um gerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen.²²⁷ Die offensichtlichste Verletzung des Rechts auf Justizzugang liegt in der ausdrücklichen oder konkludenten Weigerung eines formell zuständigen Gerichts, ein Verfahren an die Hand zu nehmen und einen Prozess- oder Sachentscheid zu treffen.²²⁸ Seiner

225 Vgl. auch DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 782; RASS-MASSON/ROUAS, S. 10 und 47 sowie eingehend vorne S. 25 ff.

226 Vgl. zur Entstehung von Schutzpflichten allgemein KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, N. 17 ff.

227 MEYER, Art. 6 EMRK, N. 51.

228 BGE 116 Ia 106 E. 4 S. 112; vgl. auch BGE 141 I 49 E. 3.5.5 S. 56; EGMR, 24.5.2007, Nr. 70142/01, *Dunayev c. Russland*, N. 35 ff.

Bedeutung entsprechend ist das Verbot der Rechtsverweigerung sowohl verfassungsrechtlich (Art. 29 Abs. 1 BV) wie auch völkerrechtlich (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) als eigenständiges, justiziables Verfahrensrecht garantiert.²²⁹ Dieser Aspekt des Justizzugangs ist gesichert und wird in der Folge nicht mehr behandelt. Im Vordergrund stehen die namentlich mit der Statuierung von Prozessvoraussetzungen einhergehenden Hindernisse im Justizzugang. Dabei ist vorab festzulegen, welche Gegebenheiten eine Einschränkung des Rechtsanspruchs auf Justizzugang begründen (nachfolgend Ziff. 1) und welchen Anforderungen eine solche Einschränkung im Einzelnen genügen muss (nachfolgend Ziff. 2).²³⁰ Anschliessend werden in der Praxis besonders häufige Einschränkungen des Rechts auf (gerichtlichen) Justizzugang im Überblick dargestellt (nachfolgend Ziff. 3 und folgende).²³¹

I. Vorbemerkung (1): Vorliegen einer Einschränkung

Generell ist eine Grundrechtseinschränkung zu bejahen, wenn grundrechtlich geschützte Ansprüche durch eine staatliche oder dem Staat zurechenbare Handlung oder Unterlassung verkürzt werden.²³² Einschränkungen im Justizzugang beruhen in der Regel auf gesetzlich normierten Prozessvoraussetzungen, können aber auch aus bloss mittelbar wirkenden Umständen resultieren. Weil die Grundrechte wirksamen Schutz verlangen, spielt aber letztlich keine Rolle, in welche Form eine Einschränkung gekleidet ist; der Anspruch auf Zugang zur Justiz kann förmlich und direkt (das ist die Regel) oder auch informell und mittelbar (das ist die Ausnahme) verkürzt werden.²³³

Direkte und förmliche Einschränkungen liegen in Verfahrensbestimmungen begründet, die den Gerichtszugang generell oder für bestimmte Sachmaterien ausschliessen oder von der Einhaltung von Prozessvoraussetzungen wie Frist- und Formerfordernissen oder Legitimationsregeln abhängig machen.²³⁴ Im Vergleich dazu schwerer zu fassen sind indirekt wirkende Umstände, die sich bloss mittelbar, aber im Ergebnis gleichermaßen negativ auf die Freiheit des Justizzugangs auswirken. Unterschiedlichste Ursachen können den Einzelnen von der gerichtlichen Klärung einer Rechtsstreitigkeit abhalten.²³⁵ Zum einen sind

229 Vgl. insb. EGMR, 13.07.2004, Nr. 40789/98, *Beneficio Cappella Paolini c. San Marino*, N. 29; MRA, 4. 11. 1988, Nr. 203/1986, *Ruben Toribio Munoz Hermoza c. Peru*, N. 11.3 und 12.

230 MEYER, Art. 6 EMRK, N. 54; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 38 ff.; FRANCONI, Rights of Access, S. 38.

231 Für die Darstellung wegleitend sind die entsprechenden Ausführungen in FRA und Europarat, Handbuch, S. 133 ff.; vgl. auch HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, S. 401 ff.

232 TSCHANNEN, § 7, N. 84.

233 Zu Art. 34 EMRK statt anderer GRABENWARTER/PABEL, § 9, N. 3; vgl. auch MRA, General Comment No. 32, N. 9 (Einschränkungen *de jure* oder *de facto*); für das Verfassungsrecht vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, N. 23 ff. oder EPINEY, Basler BV-Komm., Art. 36, N. 16 ff.

234 Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N. 9; KRAUSE, N. 49; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 55.

235 BEQIRAJ/McNAMARA, International Access, S. 9; UNDP, Programming for justice, S. 137 f., 157 ff.

soziale und kulturelle Barrieren angesprochen, insbesondere Mittellosigkeit, fehlende Sprachkenntnisse, Nichtwissen um die eigenen Rechte und um bestehende Rechtsmittelmöglichkeiten oder fehlende soziale Vernetzung und Organisation, zum anderen institutionelle Gegebenheiten wie die Komplexität von Rechtsnormen und Rechtsschutzmechanismen, der beschränkte Zugang zu Prozesskostenhilfe und Rechtsvertretung, fehlende örtliche oder physische Zugänglichkeit von Rechtsschutzeinrichtungen oder fehlende Durchsetzung von Urteilen. Auch intersektionelle Gründe können wirksam werden, namentlich die historische Erfahrung von Ausgrenzung und Unterdrückung und (oft damit einhergehend) das Misstrauen gegenüber staatlichen Institutionen. In zahlreichen Staaten schliesslich ist es die Korruption innerhalb der Justiz, welche einen wirksamen Rechtsschutz illusorisch werden lässt. In solchen Konstellationen ist eine Einschränkung des Rechts auf Gerichtszugang zu bejahen, wenn die staatliche Handlung oder Unterlassung eingriffsgleiche Wirkungen hat, folglich ein mittelbarer Grundrechtseingriff vorliegt.²³⁶ Besonderes Augenmerk muss diesen faktischen Barrieren gelten, wenn die betroffenen Personen oder Personengruppen ein unter dem Diskriminierungsverbot genanntes Merkmal aufweisen, kann doch nicht ausgeschlossen werden, dass der fehlende Justizzugang in einer *mittelbaren Diskriminierung* resultiert.²³⁷ Ist die Schwelle einer zumindest mittelbaren Einschränkung nicht erreicht, ist die faktische Beeinträchtigung im Justizzugang unter dem Aspekt der umfassenden und programmatischen Verwirklichung des Grundrechts zu würdigen.²³⁸

2. *Vorbemerkung (2): Zulässigkeit einer Einschränkung*

Das Recht auf Justizzugang ist nicht absolut, sondern grundsätzlich einschränkbar.²³⁹ Nach Massgabe der in Art. 36 BV festgelegten Schrankenorm muss sich eine Einschränkung des Rechts auf Justizzugang auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage abstützen, durch ein zulässiges öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt sein und die Verhältnismässigkeit wahren; der Kerngehalt der Garantie ist unantastbar.²⁴⁰ Die Garantie des konventionsrechtlichen Anspruchs auf Gerichtszugang ist zwar von keiner ausdrücklichen Schrankenorm begleitet, es ist aber auch unter der EMRK unbestritten, dass Einschränkungen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte misst die Konventionskonformität einer

236 Vgl. allgemein KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, N. 27; EPINEY, Basler BV-Komm., Art. 36, N. 18.

237 Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung statt anderer BIAGGINI, Komm. BV, Art. 8, N. 20 m.w.H.

238 Vgl. dazu hinten S. 65 ff.

239 Vgl. vorne S. 37 f.

240 Vgl. BGE 132 I 134 E. 2.1 S. 137; BGE 131 II 169 E. 2.2.3 S. 173 f.; BGE 130 I 312 E. 4.2 S. 326 f.; BGE 129 V 196 E. 4.1 S. 198.

Einschränkung daran, ob diese einem legitimen Ziel dient und in Bezug auf dieses Ziel verhältnismässig ist; Einschränkungen, die das Recht auf Justizzugang in seiner Substanz («the very essence of the right») aushöhlen, sind unzulässig.²⁴¹ Auf der gleichen Linie bewegt sich die Praxis des Menschenrechtsausschusses.²⁴²

Das Recht auf Justizzugang stellt eine wichtige rechtsetzende Bestimmung in einem grundrechtlich und verfahrensrechtlich relevanten Bereich dar (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. b und g BV), zudem dürften Einschränkungen des Justizzugangs mit Blick auf die Folgen regelmässig schwerwiegend sein. Einschränkungen von Art. 29a BV müssen deshalb regelhaft auf einem *formellen Gesetz* beruhen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).²⁴³ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Menschenrechtsausschuss verlangen, dass die Einschränkung rechtmässig ist und setzen damit eine staatliche Regulierung des Justizzugangs implizit voraus, äussern sich aber soweit ersichtlich nicht zur Qualität der gesetzlichen Grundlage.²⁴⁴

Die unter der Verfassung zulässigen *Rechtfertigungsgründe* sind auf die Verfolgung öffentlicher Interessen und auf den Schutz von Grundrechten Dritter beschränkt (Art. 36 Abs. 2 BV)²⁴⁵ und damit sehr offen gehalten. Art. 6 EMRK benennt die zulässigen Eingriffsinteressen nicht; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt aber in allgemeiner Weise, dass die Ausgestaltung von Justizverfahren immer auch von den gesellschaftlichen Bedürfnissen und den Mitteln der Rechtsgemeinschaft abhängt und sich je nach betroffener Rechtsordnung, Verfahrensart, Gerichtstyp, Streitgegenstand und Art der Beschränkung unterscheiden kann und gesteht den Staaten deshalb einen gewissen Regelungsspielraum zu.²⁴⁶ Die Rechtfertigungsmotive sind bislang erst punktuell konkretisiert.²⁴⁷ Als zulässige Regelungsinteressen gelten insbesondere das im Dienst des Beschleunigungsgebots und des rechtsgleichen Justizzu-

241 Ständige Praxis seit EGMR, 28.5.1985, Nr. 8225/78, *Ashingdane c. Vereinigtes Königreich*, N. 57; später auch etwa EGMR (GK), 18.2.1999, Nr. 26083/94, *Waite und Kennedy c. Deutschland*, N. 59 oder EGMR (GK), 17.1.2012, Nr. 36760/06, *Stanev c. Bulgarien*, N. 230; betr. die Schweiz siehe EGMR, 14.10.2010, Nr. 10111/06, *Pedro Ramos c. Schweiz*, N. 37; EGMR (GK), 21.6.2016, Nr. 5809/08, *Al-Dulimi und Montana Management Inc. c. Schweiz*, N. 129.

242 MRA, General Comment No. 32, N. 9.

243 Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 164, N. 7.

244 Vgl. EGMR (GK), 21.6.2016, Nr. 5809/08, *Al-Dulimi und Montana Management Inc. c. Schweiz*, N. 129; EGMR (GK), 23.3.2010, Nr. 15869/0, *Cudak c. Litauen*, N. 55; EGMR (GK), 18.2.1999, Nr. 26083/94, *Waite und Kennedy c. Deutschland*, N. 59; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 53.

245 Weiterführend, statt anderer, TSCHANNEN, § 7, N. 105.

246 EGMR, 21.2.1975, Nr. 4451/70, *Golder c. Vereinigtes Königreich*, N. 38; EGMR, 29.6.2000, Nr. 38695/97, *García Manibardo c. Spanien*, N. 36; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 53 f.; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, S. 402; MEYER, Art. 6 EMRK, N. 53.

247 Vgl. die Beispiele bei GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 54.

gangs stehende Bedürfnis nach Durchführung formalisierter Verfahren und das gute Funktionieren der Justiz.²⁴⁸

In der Regel entscheidet sich die Zulässigkeit einer Grundrechtseinschränkung am Kriterium der *Verhältnismässigkeit*. Während dieses Erfordernis in Art. 36 Abs. 3 BV ausdrücklich aufgeführt ist, enthalten die menschenrechtlichen Zugangsgarantien keine entsprechende Regel. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte prüft eine Einschränkung des Justizzugangs jedoch ebenfalls an diesem Massstab.²⁴⁹

Mit der Anerkennung von *Kerngehalten* macht die Bundesverfassung das Bestehen von absolut geltenden Grundrechtsansprüchen deutlich, die vor jeglicher Einschränkung geschützt sind.²⁵⁰ Der prinzipielle Ausschluss des Gerichtszugangs ist nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 29a Satz 2 BV zulässig und stellt somit nicht in jedem Fall eine Kerngehaltsverletzung dar. Der Gesetzgeber darf die richterliche Beurteilung aber nur in eng verstandenen Ausnahmefällen beschränken, namentlich in Bereichen, die sich durch einen hohen politischen Wertungsanteil auszeichnen.²⁵¹ Ist die Angelegenheit aber gleichzeitig von einer völkerrechtlichen Gerichtszugangsgarantie erfasst, kann der nationale Gesetzgeber diese nicht derogieren.²⁵² Im Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II verstösst der Ausschluss jeglicher Überprüfung gegen «the very essence» des Rechts auf Zugang zu einem Gericht und ist deshalb unzulässig.²⁵³

3. Anfechtungsobjekt

Die gerichtliche Rechtsweggarantie kommt zum Tragen, sobald eine «Rechtsstreitigkeit» im Sinn von Art. 29a BV vorliegt. Während im Zivilprozessrecht die rechtliche Begründetheit der vorgebrachten Begehren und im Strafverfahren die Strafbarkeit des Angeschuldigten in Frage steht, setzt der Justizzugang im öffentlichen Verfahrensrecht grundsätzlich ein förmliches Anfechtungsobjekt

248 Vgl. EGMR, 13. 10. 2014, Nr. 22840/07, *Harrison Mckee c. Ungarn*, N. 27; EGMR, 28. 5. 1985, Nr. 8225/78, *Ashingdane c. Vereinigtes Königreich*, N. 57; vgl. auch die Beispiele bei GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 55.

249 Vgl. EGMR (GK), 18. 2. 1999, Nr. 26083/94, *Waite und Kennedy c. Deutschland*, N. 59 mit Hinweis auf EGMR (GK), Nr. 23452/94, *Osman c. Vereinigtes Königreich*, N. 147; EGMR, 13. 10. 2014, Nr. 22840/07, *Harrison Mckee c. Ungarn*, N. 26.

250 Vgl. SCHEFER, S. 73 ff.; MÜLLER J. P., N. 59; WIEDERKEHR, S. 242 ff.

251 BGE 137 I 128 E. 4.2 S. 132; BGE 134 V 443 E. 3.1 S. 446; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 206; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 18; KLEY, St. Galler BV-Komm., Art. 29a, N. 23 ff.; MAHON, Art. 29a, N. 6.

252 Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N. 9; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 24; KLEY, St. Galler BV-Komm., Art. 29a, N. 41.

253 EGMR (GK), 21. 6. 2016, Nr. 5809/08, *Al-Dulimi und Montana Management Inc. c. Schweiz*, v.a. N. 151, betr. mitgliedstaatliche Individualsanktionen (*targeted sanctions*), mit denen Resolutionen des UN-Sicherheitsrats umgesetzt werden; vgl. auch MRA, General Comment No. 32, N. 18.

voraus (Art. 82 BGG²⁵⁴, Art. 31 VGG, Art. 49 VwVG). Aus der verfassungsrechtlichen Optik lösen aber auch Streitigkeiten betreffend die Rechtmässigkeit tatsächlichen Verwaltungshandelns («Realakte») das Recht auf Gerichtszugang aus.²⁵⁵ Knüpft das Verfahrensgesetz den Justizzugang an ein förmliches Anfechtungsobjekt, liegt eine Einschränkung vor, die einer entsprechenden Rechtfertigung bedarf. Das die Einschränkung tragende öffentliche Interesse liegt in der Verfahrensökonomie begründet, denn nicht jedes faktische (Staats-)Handeln soll einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden können.²⁵⁶ Die Verhältnismässigkeit einer solchen Regelung richtet sich danach, ob der betroffenen Person bei Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit die Möglichkeit an die Hand gegeben ist, ein entsprechendes Anfechtungsobjekt zu provozieren, zum Beispiel durch eine Feststellungsverfügung (vgl. Art. 25a VwVG)²⁵⁷ oder durch die direkte Anfechtung ohne Vorliegen eines entsprechenden förmlichen Anfechtungsobjekts.²⁵⁸

4. Fristen

Das Verfahrensrecht wird durch Fristen geordnet und strukturiert. Ist eine ausnahmsweise Wiederherstellung der Frist nicht möglich, bewirkt die Fristversäumnis im Regelfall, dass die materiell-rechtliche Behandlung der vorgebrachten Frage unterbleibt. Bezüglich des Rechts auf Justizzugang stellt die Verpflichtung zu fristgemässem Handeln eine Einschränkung, aber nicht zwangsläufig auch eine Verletzung des Justizzugangs dar, solange die Fristenregel gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Interesse dient und in einem angemessenen Verhältnis zur Verfolgung dieses Ziels steht.²⁵⁹ Die *Rechtfertigung* prozeduraler Fristen liegt auf der Hand: Streitigkeiten sollen im Interesse der Rechtssicherheit und der auch grundrechtlich garantierten Verfahrensbeschleunigung (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) sowie der Funktionsfähigkeit der Justiz effizient abgewickelt und zeitnah erledigt werden.²⁶⁰ Eine Frist darf indessen nicht so kurz bemessen sein, dass sie prohibitiv wirkt und den Zugang zur Justiz illusorisch macht. Ihre Angemessenheit entscheidet sich im Kontext des betroffenen Verfahrens, der

254 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.6.2005, SR 173.110.

255 BGE 143 I 336 E. 4.1 S. 338, m.w.H.; vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N. 4; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 12; KLEY, St. Galler BV-Komm., Art. 29a, N. 11.

256 Vgl. KLEY, St. Galler BV-Komm., Art. 29a, N. 12.

257 Vgl. WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 12; KLEY, St. Galler BV-Komm., Art. 29a, N. 11; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N. 429.

258 Vgl. BGE 130 I 388 E. 4 S. 392 f.

259 EGMR, 26.11.2013, Nr. 412487/06, *Bogdel c. Litauen*, N. 79; EGMR, 24.10.1996, Nr. 22083/93, 22095/93, *Stubbings u.a. c. Vereinigtes Königreich*, N. 50 f.

260 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 24; vgl. auch FRA und Europarat, Handbuch, S. 143 f.; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 57; MERZ, Art. 142 ZPO, N. 7; RIEDO, Basler StPO/JStPO-Komm., vor Art. 89–94 StPO, N. 1 f. m.w.H.

konkret in Frage stehenden Prozesshandlung und der (typischerweise) am Verfahren beteiligten Personen. Für die Einreichung von Rechtsmitteln hat sich eine 30-tägige Frist etabliert.²⁶¹ Der Gesetzgeber sieht mitunter aber auch kürzere Rechtsmittelfristen vor;²⁶² diese müssen sich durch besonders gewichtige öffentliche Interessen rechtfertigen lassen und der Zeitgewinn ist mit dem Risiko abzuwägen, dass aufgrund Zeitdrucks ungenügend begründete Beschwerden die richterliche Rechtsanwendung erschweren und das Verfahren dadurch im Ergebnis verlängern.²⁶³ Zu kurz bemessene Fristen (zum Beispiel eine fünf-tägige Frist für die Einreichung eines Kassationsgesuchs) verletzen das Recht auf Gerichtszugang.²⁶⁴

Verjährungsfristen errichten eine absolute zeitliche Grenze für die rechtliche Geltendmachung und Durchsetzung von Ansprüchen.²⁶⁵ Der Rechtssicherheit dienend, verfolgen sie grundsätzlich ein legitimes Ziel. Mit Blick auf die Wahrung des Justizzugangs setzt die Rechtmässigkeit einer Verjährungsfrist allerdings voraus, dass die Betroffenen während des Fristenlaufs die Möglichkeit hatten, ein Verfahren anzustrengen, was wiederum voraussetzt, dass die Fristen hinreichend bestimmt sind und der Zeitpunkt des Ablaufs vorhersehbar ist.²⁶⁶ Schwierigkeiten bereitet auch hier die Festlegung der angemessenen Länge der Frist, namentlich für Situationen, in denen die Folgen einer schädigenden Handlung erst mit grosser zeitlicher Verzögerung eintreten, wie etwa bei Gesundheitsschädigungen mit langer Latenzzeit. Das Gleiche gilt, wenn die zeitnahe Geltendmachung den Betroffenen nicht möglich oder nicht zumutbar war, wie etwa in Fällen von Kindesmissbrauch. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine starre Verjährungsfrist von zehn Jahren für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche aus Personenschäden als unverhältnismässig erachtet und in der Folge eine Verletzung des (konventionsrechtlichen) Anspruchs auf Justizzugang festgestellt.²⁶⁷

261 Art. 311 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 1 ZPO, Art. 100 Abs. 1 BGG, Art. 50 Abs. 1 VwVG.

262 So eine Frist von 20 Tagen gemäss Art. 30 BÖB; zehntägige Fristen gemäss Art. 314 und Art. 321 Abs. 2 ZPO betr. Rechtsmittel gegen Summarentscheidung sowie Art. 396 Abs. 1 StPO betr. Anmeldung der Berufung; eine Frist von fünf Börsentagen gemäss Art. 33c BEHG oder von drei Tagen gemäss Art. 77 Abs. 2 BPR.

263 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 25, m.w.H.

264 EGMR, 10.7.2001, Nr. 40472/98, *Tricard c. Frankreich*, N. 29 ff.; EGMR, 2.10.2010, Nr. 35836/05, *Adamicek c. Tschechien*, N. 58; weitere Beispiele bei GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 57.

265 Vgl. statt anderer MERZ, Art. 142 ZPO, N. 7; AMSTUTZ/ARNOLD, Basler BGG-Komm., Art. 44, N. 1 f.

266 GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 57, m.w.H.

267 EGMR, 11.6.2014, Nr. 52067/10, 41072/11, *Howald Moor u.a. c. Schweiz*, N. 74 ff. betr. Asbestopfer. Ab dem 1.1.2020 gilt in der Schweiz bei Personenschäden neu eine Verjährungsfrist von 20 Jahren, vgl. Art. 60 Abs. 1^{bis} und Art. 128a OR, noch nicht in der AS.

5. Formvorschriften

Formvorschriften wie etwa gesetzliche Anforderungen an die Rechtsschrift dienen der ordnungsgemässen Durchführung des Verfahrens und sichern den grundrechtlichen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II).²⁶⁸ Aus der grundrechtlichen Perspektive wirken solche Regeln als Einschränkungen des Justizzugangs und müssen entsprechend gerechtfertigt werden.²⁶⁹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in zahlreichen Fällen mit übertriebenen formalistischen Vorschriften und der damit verbundenen Behinderung des Gerichtszugangs auseinandergesetzt.²⁷⁰ Eine Verletzung des Rechts auf Gerichtszugang erblickte er beispielsweise darin, dass den Klägern nicht gestattet wurde, ihre Eingabe elektronisch einzureichen, obwohl die zugehörigen Dokumente 40 Millionen Seiten umfassten und mehrere Tausend Personen betrafen.²⁷¹ Für die Schweiz hat das Bundesgericht früh schon ein prozessuales Willkürverbot als Teilgehalt der Rechtsgleichheit anerkannt, welches heute als Verbot von überspitztem Formalismus einen Teilgehalt des Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren bildet (Art. 29 Abs. 1 BV) und die Verfahrensparteien vor exzessiver und sachlich nicht begründeter Formenstrenge bewahrt.²⁷² Das Bundesgericht hat aber soweit ersichtlich bislang keine Verbindungslinie zum Recht auf Justizzugang gezogen. Um überspitzten Formalismus zu verhindern, muss die Strafbehörde beispielsweise bei einer fristgerecht eingereichten, aber nicht in der Verfahrenssprache verfassten Eingabe eine zusätzliche Frist für die Übersetzung gewähren, soweit sie sich mit dem Dokument nicht begnügt oder dieses selber übersetzen lässt.²⁷³ Wird das Verbot des überspitzten Formalismus verletzt und deswegen zu Unrecht nicht auf ein Rechtsschutzbegehren eingetreten, liegt in der Regel zugleich eine Verletzung des Rechts auf Justizzugang vor.²⁷⁴

268 Vgl. STEINMANN, St. Galler BV-Komm., Art. 29, N. 22 ff. m.w.H.; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 36; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 96.

269 BGE 142 I 10 E. 2.4.2 S. 11; vgl. auch FRA und Europarat, Handbuch, S. 136 ff. sowie EGMR, 15.3.2012, Nr. 29938/07, *Poirot c. Frankreich*, N. 46.

270 Siehe etwa EGMR, 16.11.2000, Nr. 39442/98, *Sotiris und Nikos Koutras ATTEE c. Griechenland*, N. 22 betr. fehlender Registrierungsnummer auf Gerichtseingabe; EGMR, 12.11.2002, Nr. 47273/99, *Běleš und andere c. Tschechische Republik*, N. 69 betr. Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und speziellen Rechtsmitteln und deren Zulassung; EGMR, 11.2.2014, Nr. 30671/08, *Maširević c. Serbien*, N. 52 betr. Möglichkeit eines Anwalts, sich selber zu vertreten.

271 EGMR, 2.11.2009, Nr. 5452/07, 3274/08, 3377/08, 3505/08, 3526/08, 3741/08, 3786/08, 3807/08, 3824/08, 15055/08, 29548/08, 29551/08, 29552/08, 29555/08, 29557/08, *Lawyer Partners A.S. c. Slowakei u.a.*, N. 49 ff.

272 BGE 142 I 10 E. 2.4.2 S. 11, m.w.H.; BGE 142 IV 299 E. 1.3.2 S. 304 f.; BGE 142 V 152 E. 4.2 S. 158.

273 BGE 143 IV 117 E. 2.1 S. 119 f.

274 Vgl. EGMR, 16.10.2007, Nr. 35787/03, *Walchli c. Frankreich*, N. 36.

6. *Verfahrensberechtigung*

Die Verfahrensberechtigung (Beschwerde- oder Klagebefugnis) ist eine zentrale Voraussetzung für den Zugang zur Justiz.²⁷⁵ Sie wird im Verfahrensrecht nicht voraussetzungslos bejaht, sondern ist an bestimmte persönliche Gegebenheiten, namentlich die Parteifähigkeit und die Prozessfähigkeit sowie an ein spezifisches Rechtsschutzinteresse geknüpft.²⁷⁶

Aus Sicht des Rechts auf Justizzugang kaum Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der *Parteifähigkeit* natürlicher Personen (prozessuale Rechtsfähigkeit), da die Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) einen justiziablen Anspruch auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit enthält und das Gesetzesrecht jedem Menschen die Rechtsfähigkeit mit der Geburt zuerkennt (Art. 11 Abs. 1 ZGB).²⁷⁷²⁷⁸ Aufgrund entsprechender gesetzlicher Regeln (Art. 53 ZGB) unbestritten ist auch die Parteifähigkeit juristischer Personen.²⁷⁹ Mit Blick auf die verfahrensrechtliche Durchsetzung von Konventionsrechten hält der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass das Recht auf Gerichtszugang auch die an den Staat gerichtete Verpflichtung in sich schliesst, einer juristischen Person die prozedurale Rechtsfähigkeit zuzuerkennen, weil andernfalls keine Möglichkeit zur wirksamen Geltendmachung einer Rechtsstreitigkeit besteht.²⁸⁰

Das Erfordernis der *Prozessfähigkeit* (prozessuale Handlungsfähigkeit, Art. 12 ff. ZGB) bedeutet demgegenüber eine Beschränkung des Gerichtszugangs, schliesst es doch nicht urteilsfähige Personen von der Prozessführung in eigenem Namen aus. Das Legitimationskriterium der prozessualen Handlungsfähigkeit schützt den Einzelnen vor Selbstübereilung und steht damit im Dienste der Verfahrensfairness, verfolgt also gewichtige private und öffentliche Interessen.²⁸¹ Die Verhältnismässigkeit der damit einhergehenden Beschränkung im Justizzugang dürfte solange gewahrt sein, als handlungsunfähige Personen sämtliche Rechtsverletzungen mit Hilfe ihres gesetzlichen Vertreters geltend machen²⁸² und bei entsprechender Urteilsfähigkeit zumindest jene Verfahren selbständig führen können, in denen es um den Schutz ihrer Grund- und Menschenrechte oder (anderer) höchstpersönlicher Rechte geht.²⁸³ Für

275 FRA, Zugang zur Justiz, S. 47.

276 Vgl. für das öffentliche Verfahrensrecht KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 602; für das Zivilprozessrecht Art. 67 ZPO und dazu DOMEJ, Art. 67 ZPO, N. 1 ff.; für das Strafprozessrecht Art. 106 StPO und dazu KÜFFER, Basler StPO/JStPO-Komm., Art. 106 StPO, N. 1 ff.

277 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907, SR 210.

278 Dazu und zum völkerrechtlichen Anspruch gemäss Art. 16 UNO-Pakt II siehe KIENER, Anerkennung als Rechtsperson, v.a. S. 437 ff.

279 Statt anderer KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 444.

280 EGMR, 9. 12. 1994, Nr. 13092/87, *The Holy Monasteries c. Griechenland*, N. 83; GRABENWARTER/PABEL, § 17, N. 5; FROWEIN/PEUKERT, Art. 34, N. 17 ff.

281 Vgl. EGMR (GK), 14. 12. 2006, Nr. 1398/03, *Markovic und andere c. Italien*, N. 99 m.w.H.

282 EGMR, 26. 3. 1985, Nr. 8978/80, *X. und Y. c. Niederlande*, N. 21 ff.

283 Vgl. BVGer, E-5088/2007 vom 7. 12. 2007, E. 2.3 betr. Stellung eines Asylgesuchs durch eine urteilsfähige unmündige Person.

urteilsfähige Kinder und Jugendliche ist dieser Anspruch ausdrücklich garantiert (Art. 11 Abs. 2 BV), für Erwachsene folgt er aus der Rechtsfähigkeit, welche wiederum im Recht auf Anerkennung als Rechtsperson begründet ist.

Die Verfahrensordnungen verlangen in der Regel ein *verfahrensspezifisches Rechtsschutzinteresse*, nach welchem eine Person das Recht hat, an einem bestimmten Verfahren als Partei teilzunehmen.²⁸⁴ Auch der Zugang zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte setzt voraus, dass die beschwerdeführende Person «Opfer» einer Konventionsverletzung ist (Art. 34 EMRK)²⁸⁵ und damit ein spezifisches Rechtsschutzinteresse vorbringen kann. Aus der grundrechtlichen Perspektive des Justizzugangs liegt in diesem Erfordernis eine Einschränkung, die entsprechend gerechtfertigt werden muss. Das allgemeine Ziel solcher Legitimationsregeln liegt im Ausschluss der *actio popularis*, sie dienen also der Verfahrensökonomie und der Rechtssicherheit.²⁸⁶ Bezüglich der Verhältnismässigkeit dürfen die Anforderungen jedenfalls nicht so hoch angelegt werden, dass das Recht in seiner Substanz ausgehöhlt wird. Für eine solche Befürchtung bieten die bundesrechtlichen Verfahrensregeln und die darauf gestützte Rechtsprechung indessen keinen Anlass.

7. Vertretung

In der Regel setzt die wirksame Rechtsdurchsetzung Rechtskenntnisse voraus. Für rechtsungewohnte Personen hängt der Justizzugang damit stark von der Möglichkeit ab, sich durch eine Fachperson beraten, verbeiständen, vertreten oder verteidigen zu lassen.²⁸⁷ Die Bundesverfassung anerkennt dieses Anliegen, indem sie als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) einen freiheitsrechtlich konzipierten Anspruch der Parteien verankert, sich in allen Justizverfahren vertreten oder durch einen Beistand unterstützen bzw. begleiten zu lassen; ebenfalls anerkannt ist die negative Freiheit, von einer Vertretung abzusehen.²⁸⁸ Für Strafverfahren ergibt sich sowohl aus dem Verfassungsrecht (Art. 32 BV) als auch aus dem Völkerrecht ein Anspruch darauf, sich selber zu verteidigen, eine Verteidigerin eigener Wahl beizuziehen

284 Für das öffentliche Verfahrensrecht: KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 357 ff., 397 ff., 1446 ff.; für das Zivilprozessrecht: Art. 59 Abs. 2 Bst. a ZPO; für das Strafprozessrecht: Art. 382 Abs. 1 StPO.

285 GRABENWARTER/PABEL, § 13, N. 16; SCHÄFER, Art. 34 EMRK, N. 61; vgl. EGMR (GK), 15. 10. 2009, Nr. 17056/06, *Micallef c. Malta*, N. 44; EGMR (GK), 29. 4. 2008, Nr. 13378/05, *Burden c. Vereinigtes Königreich*, N. 33.

286 FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 64; vgl. EGMR (GK), 17. 7. 2014, Nr. 47848/08, *Center for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumänien*, N. 101 («reasonable and convincing evidence of the likelihood that a violation affecting them personally will occur»).

287 Zum Folgenden insb. FRA und Europarat, Handbuch, S. 81 ff.

288 BGE 132 V 443 E. 3.3 S. 335; vgl. auch BGE 119 Ia 260 E. 6a S. 261; BGE 105 Ia 288 E. 2b S. 290 f.; KINER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41, N. 76; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N. 246; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N. 353; STEINMANN, St. Galler BV-Komm., Art. 29, N. 56; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29, N. 8.

oder allenfalls einen Officialverteidiger zu erhalten (Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK, ebenso Art. 14 Ziff. 3 Bst. d UNO-Pakt II).²⁸⁹ Im Bereich zivilrechtlicher Streitigkeiten hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine entsprechende Garantie aus dem Recht auf Gerichtszugang abgeleitet.²⁹⁰ Im Übrigen ist nicht nur das Recht auf (anwältliche) Vertretung, sondern auch der Schutz des anwaltlichen Berufsgeheimnisses für den Zugang zur Justiz unabdingbar, trägt dieses doch massgeblich zur Vertrauensbasis bei, welche zwischen der Rechtsanwältin und ihrem Klienten bestehen muss, um eine effektive Vertretung und damit letztlich einen effektiven Gerichtszugang zu ermöglichen.²⁹¹

Regulierungen des freien Zugangs zur Rechtsvertretung stellen zum einen Einschränkungen der genannten Verfahrensgarantien dar, beschränken zum anderen aber auch das Recht auf Justizzugang und müssen entsprechend gerechtfertigt werden.²⁹² Dabei sind unterschiedliche Konstellationen denkbar. Mitunter schliesst das Gesetz die Möglichkeit der Vertretung für bestimmte Verfahren grundsätzlich aus, zum Beispiel für das zivilrechtliche Schlichtungsverfahren.²⁹³ Aber auch die Pflicht zur qualifizierten Vertretung im Sinne eines (Fach-)Anwaltszwangs stellt eine Einschränkung des Justizzugangs dar,²⁹⁴ ebenso die Fälle einer notwendigen Verteidigung oder Pflichtverteidigung.²⁹⁵ Die Praxis anerkennt, dass eine solche Verpflichtung im Interesse der Rechtspflege erforderlich sein kann, namentlich zum Schutz der Rechte von beschuldigten oder beklagten Personen und zur Sicherstellung einer wirksamen Rechtspflege.²⁹⁶ Die Staaten verfügen in Bezug auf entsprechende Festlegungen über einen breiten Ermessensspielraum.

Eine *Verletzung* des Rechts auf Justizzugang ist nach der Praxis jedenfalls dann gegeben, wenn die Kontaktnahme eines Strafgefangenen mit einem An-

289 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 45, N. 24; BIAGGINI, Komm. BV, Art 32, N. 9; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 65; vgl. BGE 138 I 97 E. 4.1.1 S. 99; BGE 131 I 350 E. 3.2 ff. S. 356 ff.

290 EGMR, 9.10.1979, Nr. 6289/73, *Airey c. Irland*, N. 26; EGMR, 16.7.1971, Nr. 2614/65, *Ringelsen c. Österreich*, N. 94; EGMR, 21.2.1975, Nr. 4451/70, *Golder c. Vereinigtes Königreich*, N. 26 ff.; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 52.

291 BGE 135 III 597 E. 3.4 S. 602; BGer, 2C_586/2015 vom 9.5.2016, E. 2.1; EGMR, 6.12.2012, Nr. 12323/11, *Michaud c. Frankreich*, N. 118 und 123; EGMR, 5.3.2018, Nr. 37717/05, *Dudchenko c. Russland*, N. 156.

292 Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N. 356; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29, N. 59.

293 Art. 204 Abs. 1 ZPO, Ausnahmen sind in Abs. 2 vorgesehen (Vertretungsmöglichkeit für Personen mit ausserkantonalen oder ausländischen Wohnsitz und für solche, die wegen Krankheit, Alter oder anderen wichtigen Gründen verhindert sind).

294 EGMR, 20.1.2005, Nr. 63378/00, *Mayzit c. Russland*, N. 68 ff.; EGMR (GK), 26.7.2002, Nr. 32911/96, 35237/97, 34595/97, *Meftah u.a. c. Frankreich*, N. 47.

295 Vgl. MRA, General Comment No. 32, N. 37, m.w.H.

296 BGE 131 I 350 E. 2.1 und 3.1 S. 352 ff.; ähnlich EGMR, 15.11.2001, Nr. 48188/99, *Correia de Matos c. Portugal*, N. 115 ff.; EGMR, 25.9.1992, Nr. 13611/88, *Croissant c. Deutschland*, N. 30; sowie EKMR, 1.7.1992, Nr. 16598/90, *Philis c. Griechenland*, the facts; MRA, General Comment No. 32, N. 38.

walt einer vorgängigen behördlichen Bewilligung bedarf²⁹⁷ oder wenn Personen in Polizeihaft systematisch vom Zugang zu einer Rechtsvertreterin abgehalten werden.²⁹⁸ Einschränkungen des Zugangs zur Rechtsvertretung in einem frühen Stadium des Verfahrens sind unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten immer auch daraufhin zu prüfen, welche Auswirkungen die Absenz eines Rechtsvertreters für die Fairness des (Straf-)Verfahrens insgesamt hat.²⁹⁹ Zumindest mittelbar – im Sinne eines «chilling effect» – kann auch die Ausgestaltung der Anwaltstarife eine Einschränkung des Gerichtszugangs darstellen.³⁰⁰

8. Kognitionsbeschränkungen

Die Rechtsweggarantien der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention verlangen, dass das angerufene Gericht mit jenen Prüfungsbefugnissen bezüglich Rechts- und Sachverhaltsfragen ausgestattet ist, die es ihm erlauben, die Streitigkeit in vollem Umfang zu entscheiden.³⁰¹ Indessen nehmen gerichtliche Beschwerdeinstanzen vorab in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten die Prüfungsdichte mitunter zurück, namentlich dann, wenn die Vorinstanz über bessere Sachkenntnis oder grössere Sachnähe verfügt und deshalb besser in der Lage zu sein scheint, die zu prüfende Frage zu beantworten.³⁰² Das Bundesgericht erachtet eine gewisse *Zurücknahme der Prüfungsdichte* bei der Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen und bei der Beurteilung von technischen Sachverhalten mit Art. 29a BV vereinbar und zieht die Grenze erst dort, wo sich die richterliche Zurückhaltung auf eine eigentliche Willkürkontrolle beschränkt.³⁰³ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bewertet eine Herabsetzung der Prüfungsdichte bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen unter gewissen Voraussetzungen als mit der konventionsrechtlichen Rechtsweggarantie (Art. 6 Ziff. 1 EMRK)

297 EGMR, 21.2.1975, Nr. 4451/70, *Golder c. Vereinigtes Königreich*, N. 40 betr. Bewilligungspflicht für Strafgefangene.

298 EGMR, 3.1.2010, Nr. 7377/03, *Dayanan c. Türkei*, N. 33, betr. gesetzlichem Ausschluss von Rechtsvertretung in Polizeihaft.

299 EGMR, 24.9.2009, Nr. 7025/04, *Pishchalnikov c. Russland*, N. 67 ff.; vgl. auch EGMR, 27.11.2008, Nr. 36391/02, *Salduz c. Türkei*, N. 54 f.

300 RASS-MASSON/ROUAS, S. 135 ff.

301 BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1 S. 191; BGE 142 II 433 E. 3.4.3 S. 442; BGE 137 I 235 E. 2.5 S. 239; BGE 134 V 401 E. 5.3 S. 404; für die EMRK vgl. EGMR, 21.9.1993, Nr. 12235/86, *Zumtobel c. Österreich*, N. 32; EGMR, 7.11.2002, Nr. 37571/97, *Veeber c. Estland (Nr. 1)*, N. 70; vgl. auch FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 58 ff.; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 31.

302 Vgl. statt anderer BVGE 2010/25 E. 2.4.1 S. 331; BVGE 2010/10 E. 4.1 S. 129 f.; BGE 133 II 35 E. 3 S. 39 f. m.w.H.

303 BGE 140 I 201 E. 6.1 S. 206; BGE 137 I 235 E. 2.5.2 S. 240 f.; diese Praxis wird in der Lehre kritisiert, vgl. BINDER, Kognition, N. 42 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1538; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 1057; FELLER/MÜLLER, S. 448 f.

vereinbar; ausschlaggebend ist letztlich der Umstand, ob sich das Gericht mit den vorgebrachten Rügen auseinandergesetzt hat.³⁰⁴

9. Kostenpflicht

Gerichtsverfahren sind in der Regel kostenpflichtig. Ausnahmen gelten zum Beispiel für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren,³⁰⁵ für gewisse miet- und arbeitsrechtliche Verfahren³⁰⁶ sowie in Teilen des Verwaltungsprozessrechts.³⁰⁷ Es ist in Praxis und Lehre unbestritten, dass das Kostenrisiko den Einzelnen davon abhalten kann, den Rechtsweg zu beschreiten.³⁰⁸ In der Schweiz werden vorab die Kosten des Zivilprozesses als problematisch erachtet; generell erscheint die Höhe der Gerichtskosten als prohibitiv, dazu kommt die faktische Kostenvorschusspflicht für die klagende Partei in der Höhe der gesamten Gerichtskosten sowie die Regelung, wonach das Inkassorisiko vollständig zulasten der obsiegenden Partei geht.³⁰⁹ Auch in verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind im Falle des Unterliegens neben den eigenen auch die Vertretungskosten der Gegenpartei zu bezahlen (Art. 63 VwVG, Art. 66 BGG), das Gleiche gilt grundsätzlich im Strafverfahren (Art. 416 ff. StPO, insbesondere Art. 426 Abs. 1 StPO).³¹⁰

Die Rechtsweggarantien verlangen nicht, dass der (gerichtliche) Rechtsschutz kostenlos gewährt wird.³¹¹ Die Leistung von Prozesskostenvorschüssen und die Auferlegung von Verfahrenskosten stellen aber eine rechtfertigungspflichtige Einschränkung des Rechts auf Justizzugang dar.³¹² Für das Strafverfahren ist weiter zu beachten, dass die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK) der Kostenaufgabe bei einem Freispruch engste Grenzen setzt;³¹³ ebenso wenig dürfen Kosten für notwendige Übersetzungsdienste einer

304 EGMR, 21.7.2011, Nr. 32181/04, 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd. c. Zypern*, N. 153 ff.; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 2.155 sowie BINDER, Expertenwissen, S. 40 f.; vgl. nun auch BGE 139 I 72 E. 4.5 S. 82 ff.

305 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 994.

306 Art. 113 Abs. 2 Bst. c und d sowie Art. 114 Bst. c ZPO; die Kostenfreiheit beruht auf sozialen Überlegungen, vgl. SCHMID-HÜPPI, Art. 113/114 ZPO, N. 4.

307 Z.B. Art. 34 Abs. 2 BPG, Art. 65 ZDG, Art. 116 Abs. 1 EntG; vgl. dazu KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1677 ff.

308 EGMR, 16.11.2010, Nr. 24768/06, *Perdigão c. Portugal*, N. 74 ff.; MRA, 28.10.2008, Nr. 1514/2006, *Casanovas c. Frankreich*, N. 11.3; sowie MRA, General Comment No. 32, N. 11; FRA und Europarat, Handbuch, S. 117; DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 784 f.; NOWAK, Art. 14 CCPR, N. 12; zur ZPO ausführlich STAHELIN, N. 165 ff.; sowie MEIER/SCHINDLER, passim.

309 Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 12, 16.

310 Vgl. dazu ARNOLD, passim.

311 BGE 141 I 241 E. 4.1 S. 247; BGE 128 I 237 E. 3 S. 239; betr. Art. 6 EMRK grundlegend EGMR, 12.7.2007, Nr. 68490/01, *Stankov c. Bulgarien*, N. 52. Vgl. auch MEYER, Art. 6 EMRK, N. 54; DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 784; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 56 ff.

312 EGMR, 28.5.1985, Nr. 8225/78, *Ashingdane c. Vereinigtes Königreich*, N. 57.

313 EGMR, 25.3.1983, Nr. 8660/79, *Minelli c. Schweiz*, N. 47; BGE 109 Ia 160 E. 4c S. 166; BGE 116 Ia 162 E. 2e S. 175; BGE 119 Ia 332 E. 1b S. 334.

beschuldigten Person auferlegt werden, auch dann nicht, wenn diese über die erforderlichen Mittel verfügt und das Verfahren zu einer Verurteilung geführt hat.³¹⁴

Als Einschränkung des Rechts auf Gerichtszugang muss eine Kostenauflegung entsprechend gerechtfertigt werden. Zentral ist der Gedanke, dass einer Partei der Gerichtszugang nicht mit Verweis auf ökonomische Faktoren verwehrt werden darf.³¹⁵ Unbestritten besteht an der Auferlegung von Gerichtskosten ein öffentliches Interesse: Die Kosten stellen das Entgelt für die Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung dar, verfolgen also einen Finanzierungszweck.³¹⁶ Darüber hinaus soll die Kostenpflicht dazu beitragen, unnötige Verfahren zu verhindern und das Justizsystem entsprechend zu entlasten.³¹⁷ Ist eine aussergerichtliche Konfliktlösung möglich, soll das Kostenrisiko auch einen Anreiz zur einvernehmlichen Streitbeilegung bilden und die Vergleichsbereitschaft im Prozess fördern.³¹⁸ Aus der Sicht des Rechts auf Justizzugang muss die Ausgestaltung des Kostenregimes allerdings in einem angemessenen Verhältnis zur Erreichung dieser Ziele stehen, auch darf die Kostenauflegung der betroffenen Partei keine unverhältnismässigen Lasten («excessive burden») auferlegen.³¹⁹ Entsprechend ist die Höhe der Gerichtsgebühren beschränkt, nicht nur durch das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip, sondern gerade auch durch das Recht auf Gerichtszugang.³²⁰ Im Konflikt mit dem Kostendeckungsprinzip geht das Recht auf Gerichtszugang als Grundrecht vor.³²¹ Dass die Gerichtskosten namentlich im Zivilprozess prohibitiv wirken können, hat auch die Politik erkannt; in Erfüllung entsprechender Postulate schlägt der Bundesrat im Rahmen eines laufenden Revisionsvorhabens vor, die festgestellten Mängel im Justizzugang zu beseitigen, zum einen durch die Halbierung der Prozesskostenvorschüsse (Art. 98 VE-ZPO), zum anderen durch eine Anpassung der Kostenliquidationsregelung (Art. 111 VE-ZPO).³²²

314 EGMR, 28. 11. 1978, Nr. 6210/73, 6877/75, 7132/75, *Luedicke Belkacem u. Koç c. Deutschland*, N. 38 ff.

315 DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 784.

316 BGE 141 I 105 E. 3.3.2 S. 108 f.; BGE 133 V 402 E. 3.1 S. 404; BGE 120 Ia 171 E. 2a S. 174; BGE 118 Ib 349 E. 5 S. 352.

317 STAEHELIN, N. 287 ff.; HIRT, S. 11 f.; SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 ZPO, N. 2; RÜEGG/RÜEGG, Basler ZPO-Komm., Art. 95, N. 2. Aus der Praxis EGMR, 12. 7. 2007, Nr. 68490/01, *Stankov c. Bulgarien*, N. 57.

318 STAEHELIN, N. 290; RÜEGG/RÜEGG, Basler ZPO-Komm., Art. 95, N. 2; SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 ZPO, N. 2; vgl. auch Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 50.

319 BGE 132 I 134 ff.; vgl. EGMR, 13. 7. 1995, Nr. 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky c. Vereinigtes Königreich*, N. 61 ff.; EGMR, 12. 7. 2007, Nr. 68490/01, *Stankov c. Bulgarien*, N. 51 ff.; EGMR, 19. 6. 2001, Nr. 28249/95, *Kreuz c. Polen*, N. 54 ff.; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, S. 401; DIGGELMANN/ALTWICKER, S. 788.

320 BGE 141 I 105 E. 3.3.2 S. 109; vgl. auch BGE 143 I 227 E. 5.1 S. 239; BGE 132 I 134 E. 2 S. 137 ff.

321 FRA und Europarat, Handbuch, S. 118 f.

322 Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 17.

10. Immunitäten

Immunitätsregeln verunmöglichen es, gegen die geschützte Person gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen.³²³ In der Praxis stellt sich die Frage vor allem im Zusammenhang mit Ehrverletzungen und anderen strafrechtlich relevanten Vorgängen. Dass Immunitäten eine Beeinträchtigung des Gerichtszugangs darstellen, anerkennen sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte³²⁴ als auch das Bundesgericht.³²⁵ Aus der Zugangsperspektive muss deshalb jede Immunitätsregel einem legitimen Interesse dienen und darf den Gerichtszugang Dritter nicht in unverhältnismässiger Weise beeinträchtigen.

In der Praxis haben sich unterschiedliche Bereiche herausgebildet, in denen Immunitäten bestehen. Die Immunität internationaler Organisationen oder Angehöriger diplomatischer oder konsularischer Korps sichert das gute Funktionieren dieser Institutionen und dient der Aufrechterhaltung guter zwischenstaatlicher Beziehungen. Die Verhältnismässigkeit solcher Regelungen bemisst sich insbesondere auch danach, ob den Rechtsuchenden eine Alternative zur Beilegung des Konflikts offensteht.³²⁶ Auch die parlamentarische Immunität verfolgt grundsätzlich ein zulässiges Ziel, namentlich die Freiheit und Offenheit der parlamentarischen Debatte. Sie bewirkt in der Regel keine unverhältnismässige Beschränkung der Rechte Dritter auf Justizzugang, vor allem wenn die Immunität nur relativ ist, d.h. auf Antrag einer Strafverfolgungsbehörde aufgehoben werden kann.³²⁷ Die Verhältnismässigkeit einer Immunitätsregel steht umso weniger in Frage, je enger die Immunität mit der parlamentarischen Tätigkeit verbunden ist; liegt keine enge Beziehung vor, wird das Recht auf Justizzugang verletzt.³²⁸ Neben dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte teilen auch weitere Organe des Europarats diese Einschätzungen.³²⁹ Ähnliche Grundsätze gelten übrigens bezüglich der Immunität von Beamtinnen und Beamten.³³⁰ Nicht zuletzt kann auch die völkerrechtlich begründete Staatenimmunität eine Beschränkung des Justizzugangs bewirken. Allerdings stellt die Staatenimmunität ein anerkanntes völkerrechtliches Konzept dar und dient

323 FRA und Europarat, Handbuch, S. 145 ff., auch zum Folgenden; vgl. zudem PETERS, *passim*.

324 EGMR, 17.3.2003, Nr. 35373/97, *A. c. Vereinigtes Königreich*, N. 75 ff.; EGMR, 30.4.2003, Nr. 45649/99, *Cordova c. Italien (Nr. 2)*, N. 64; EGMR, 6.7.2010, Nr. 2/08, *C. G. I. L. und Cofferati (Nr. 2) c. Italien*, N. 43 ff.

325 BGE 118 Ib 562 E. 1 S. 564 ff.; BGE 130 I 312 E. 2 S. 321 betr. CERN (*obiter dictum*); BGE 136 III 379 betr. BIZ; zur Würdigung dieses Urteils PETERS, v.a. S. 406 ff.

326 EGMR (GK), 18.2.1999, Nr. 26083/94, *Waite und Kennedy c. Deutschland*, N. 63 ff.; EGMR, 11.6.2013, Nr. 65542/12, *Stichting Mothers of Srebrenica und andere c. Niederlande*, N. 163 f.; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 61; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 52 ff.

327 Vgl. EGMR, 17.12.2002, Nr. 35373/97, *A. c. Vereinigtes Königreich*, N. 83; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 54; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, S. 405.

328 EGMR, 6.7.2010, Nr. 2/08, *C. G. I. L. und Cofferati (Nr. 2) c. Italien*, N. 44 ff.; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 60; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, S. 405.

329 Vgl. insb. Venedig-Kommission, Parliamentary Immunities, N. 90 ff.

330 EGMR, 21.9.1994, Nr. 17101/90, *Fayed c. Vereinigtes Königreich*, N. 70.

einem legitimen Ziel, das (verhältnismässige) Einschränkungen des Gerichtszugangs rechtfertigen kann.³³¹ Es wäre aber mit dem Recht auf Justizzugang nicht vereinbar, wenn der Staat grossen Personengruppen pauschal Immunität gewähren würde.³³²

III. Gewährleistung des Justizzugangs

Mit der Verbürgung eines Rechts auf Justizzugang allein hat der Rechtsuchende wenig gewonnen. Eine effektive Prüfung der Streitsache und ein verbindlicher Entscheid sind erst gewährleistet, wenn Gerichte bestehen, wenn der Zugang allen Rechtsuchenden in rechtsgleicher und diskriminierungsfreier Weise möglich und von Garantien begleitet ist, die sicherstellen, dass das Verfahren innert angemessener Frist erledigt werden kann.³³³ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat seit jeher betont, dass der Gerichtszugang nicht «theoretisch und illusorisch» bleiben darf, sondern «praktisch und wirksam» sein muss, gerade wegen der besonderen Bedeutung, die dem gerichtlichen Rechtsschutz in einer demokratischen Gesellschaft zukommt.³³⁴ Er leitet daraus die *positive und justiziable Pflicht* der Staaten ab, ihre Justizorganisation so auszugestalten, dass die Rechtsuchenden ihre Anliegen effektiv vorbringen und durchsetzen können, was die Einrichtung entsprechender Verfahren mit sich bringt.³³⁵ Für die Bundesverfassung ergibt sich diese Verpflichtung aus Art. 35 Abs. 1 BV, für die EMRK in genereller Weise aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 6 EMRK, für UNO-Pakt II folgt sie aus Art. 2 in Verbindung mit Art. 14 des Pakts.³³⁶ Eine sachbereichsbezogene ausdrückliche Gewährleistungspflicht verankert das Völkerrecht für den Zugang zur Justiz von Menschen mit Behinderungen (Art. 13 Ziff. 1 BRK);³³⁷ sie erinnert daran, dass besonders verletzte Menschen auch mit erhöhten Schwierigkeiten im Justizzugang konfrontiert sind und fordert die Behörden zu besonderer Achtsamkeit bezüglich der Gewährleistung des Justizzugangs auf. Mit Ratifikation der genannten Verträge

331 EGMR (GK), 21.11.2001, Nr. 35763/97, *Al-Adsani c. Vereinigtes Königreich*, N. 56; EGMR, 14.1.2014, Nr. 34356/06, 40528/06, *Jones u.a. c. Vereinigtes Königreich*, N. 215; vgl. auch EGMR (GK), 18.2.1999, Nr. 26083/94, *Waite und Kennedy c. Deutschland*, N. 61 ff.; EGMR (GK), 18.2.1999, Nr. 28934/95, *Beer und Regan c. Deutschland*, N. 51; GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 62; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 73.

332 MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 53, m.w.H.

333 Vgl. auch KLEY, Rechtsschutz, § 1, N. 17.

334 EGMR, 13.5.1980, Nr. 6694/74, *Artico c. Italien*, N. 33; EGMR, 1.3.2002, Nr. 48778/99, *Kutić v. Croatia*, N. 25; EGMR (GK), 27.11.2008, Nr. 36391/02, *Salduz v. Turkey*, N. 51; vgl. auch DREXEL, S. 3.

335 Vgl. EGMR, 9.10.1979, Nr. 6289/73, *Airey c. Irland*, N. 24 f.; GRABENWARTER/PABEL, § 19, N. 1 und § 24, N. 52.

336 Für die BV siehe SCHEFER, S. 253; WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 35, N. 40; für die EMRK siehe JOHANN, Art. 1 EMRK, N. 5; für den UNO-Pakt II siehe NOWAK, Art. 2 CCPR, N. 19 und Art. 14 CCPR, N. 19, je m.w.H.

337 KREUTZ, Art. 13 BRK, N. 1 ff.

hat sich die Schweiz auch verpflichtet, die jeweiligen Garantien im Landesrecht umzusetzen. In der Praxis kommt insbesondere dem in der Rechtsweggarantie angelegten Effektivitäts- und Praktikabilitätsanforderung grosse Bedeutung zu.³³⁸ Im Folgenden werden einige in der Praxis besonders wichtige Aspekte des Anspruchs auf rechtsgleiche, diskriminierungsfreie Gewährleistung des Rechts auf Gerichtszugangs dargestellt; sie enthalten zum einen institutionelle, zum anderen prozedurale Gehalte.

1. Einrichtung eines effektiven Gerichtssystems

Das Recht auf Gerichtszugang kann sich nur verwirklichen, wenn entsprechende Justizeinrichtungen vorhanden sind. In dieser Hinsicht beinhalten die Rechtsweggarantien in ihrem Gewährleistungsaspekt auch die institutionelle Garantie der Gerichtsbarkeit.³³⁹ Sie verpflichten den Staat im Sinne einer positiven und justiziablen Pflicht zum Aufbau und Unterhalt einer angemessenen und effektiven Justizinfrastruktur.³⁴⁰ Die Art und Weise der Ausgestaltung liegt grundsätzlich im Ermessen des Staates;³⁴¹ massgebend ist, dass die Gerichtsorganisation institutionellen Anforderungen wie insbesondere der Unabhängigkeit der Justiz genügt und es allen Rechtsuchenden in rechtsgleicher Weise ermöglicht, ihre Anliegen vor einer gerichtlichen Behörde effektiv und in einem praktisch wirksamen Verfahren durchzusetzen.³⁴²

Die Einrichtung, Ausstattung und der Betrieb von Gerichten setzen umfangreiche Investitionen voraus und binden erhebliche Mittel. Der Staat kann sich dieser Verpflichtung nicht unter Berufung auf knappe Ressourcen entziehen, auch nicht in Krisenzeiten. Chronische Überlastungen und strukturelle Mängel innerhalb einzelner Gerichte oder Spruchkörper sind deshalb dem Staat anzulasten.³⁴³ Dieser ist verpflichtet, die Justiz- und Verfahrensordnung mit Blick auf die Erfüllung des Rechts auf Gerichtszugang und damit so auszugestalten, dass die Gerichte in der Lage sind, Verfahren zügig durchzuführen und Urteile unter Wahrung der Verfahrensrechte zu fällen.³⁴⁴ Zur Verwirklichung des Rechts auf effektiven Justizzugang gehört deshalb auch die Beurteilung der

338 EGMR, 28.10.1998, Nr. 103/1997/887/1099, *Ait-Mouhoub c. Frankreich*, N. 52; EGMR, 9.10.1979, Nr. 6289/73, *Airey c. Irland*, N. 24.

339 So schon KLEY, Rechtsschutz, § 1, N. 4.

340 GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 52; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 33; KÄLIN/KÜNZLI, N. 3.116.

341 EGMR, 6.11.2012, Nr. 25133/06, *Beggs c. Vereinigtes Königreich*, N. 239; EGMR, 14.6.2004, Nr. 53084/99, *Kormacheva c. Russland*, N. 54; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 33.

342 EGMR (GK), 28.7.1999, Nr. 34884/97, *Bottazzi c. Italien*, N. 22; EGMR, 25.2.2000, Nr. 29357/95, *Gast u. Popp c. Deutschland*, N. 75; EGMR, 7.4.2003, Nr. 43377/98, *Žiačik c. Slowakei*, N. 44.

343 MEYER, Art. 6 EMRK, N. 82.

344 BGE 107 Ib 160 E.3c S.165; vgl. BGE 130 I 312 E.5.2 S.332; BGer, 12T_4/2017 vom 26.6.2018 E.3.2; EGMR (GK), 27.6.2000, Nr. 30979/96, *Frydlender c. Frankreich*, N. 45;

Streitigkeit innert angemessener Frist.³⁴⁵ Die Bundesverfassung und das Völkerrecht anerkennen die herausgehobene Bedeutung dieser Garantie, indem sie das Verbot der Rechtsverzögerung als justiziablen Rechtsanspruch zusätzlich absichern (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II).³⁴⁶ In der Schweiz sind Verfahren wegen Verletzung des Rechts auf ein Urteil innert angemessener Frist selten, ist die Ausstattung der Justiz doch darauf angelegt, eine effiziente und unabhängige Rechtsprechung sicherzustellen. So weist die Schweiz innerhalb des Europarats regelmässig das gemessen an der Einwohnerzahl höchste Budget für Justizkosten aus.³⁴⁷ Auch im Teilbereich der Ausgaben für Gerichte³⁴⁸ nimmt die Schweiz einen Spitzenplatz ein; sie weist (nach Monaco) dafür das höchste pro-Kopf-Budget auf.³⁴⁹

2. Schaffung eines Systems von Prozesskostenhilfe ...

Ein rechtsgleicher Gerichtszugang und ein faires Verfahren können sich nur verwirklichen, wenn die Verfahrenskosten für die Rechtsuchenden keine unverhältnismässigen Schranken darstellen und ein effektiver Gerichtszugang auch jenen Menschen offensteht, die nicht in der Lage sind, die Kosten eines Gerichtsverfahrens aus eigenen Mitteln zu bezahlen.³⁵⁰ Der amerikanische Supreme Court hat diesen Grundsatz treffend in die Sentenz gefasst: «There can be no equal justice where the kind of trial a man gets depends on the amount of money he has».³⁵¹ Das Instrument, um solche Ungleichgewichte zu korrigieren, materiell bedürftigen Personen den Gerichtszugang zu ermöglichen und prozedurale Waffengleichheit zwischen den Parteien herzustellen ist die Leistung von Prozesskostenhilfe.³⁵² Gleich wie die Einrichtung eines effektiven Justizsystems setzt auch die Gewährung von Prozesskostenhilfe voraus, dass der Staat die entsprechenden Mittel zur Verfügung stellt.³⁵³ Allerdings ändert

EGMR, 24.8.1993, Nr. 12986/87, *Scuderi c. Italien*, N. 16; EGMR, 3.4.2003, Nr. 37104/97, *Kitov c. Bulgarien*, N. 73; EGMR, 19.7.2012, Nr. 48163/08, *Jama c. Slowenien*, N. 36.

345 FRA und Europarat, Handbuch, S. 156; vgl. EGMR, 2.5.2013, Nr. 25498/08, *Kristiansen and Tyvik AS c. Norwegen*, N. 51 ff.; BGE 130 I 312 E. 5.1 S. 331 f.

346 Statt vieler BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29, N. 13; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 41, N. 5.

347 Vgl. die tabellarische Übersicht bei CEPEJ, European judicial systems, S. 39; dabei umfassen die «Justizkosten» neben den Ausgaben für Gerichte auch das Budget für Prozesskostenhilfe und die Strafverfolgung, ebenda, S. 17 f.

348 Die CEPEJ erfasst Löhne für Richter und Gerichtspersonal, Entschädigungen für Übersetzer, Experten etc., Unterhalt und Miete von Gerichtsgebäuden sowie deren Infrastruktur, vgl. CEPEJ, European judicial systems, S. 17.

349 CEPEJ, European judicial systems, S. 42.

350 Vgl. zum Konnex von Gerichtszugang und Prozesskostenhilfe auch BGE 142 III 131 E. 4.1 S. 136.

351 U.S. Supreme Court, *Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956), S. 19.

352 Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 41, N. 87; vgl. auch BGE 131 I 350 E. 3.1 S. 355.

353 Die Schweiz hat im Jahr 2016 Aufwendungen in der Höhe von gut € 160 000 000.– für Prozesskostenhilfe budgetiert, vgl. CEPEJ, European judicial systems, S. 35 (Table 2.12) und S. 77 (Figure 2.42).

auch das grundsätzliche Recht auf Prozesskostenhilfe nichts daran, dass die Verfahrenskosten ein wesentliches Hindernis im Gerichtszugang darstellen.³⁵⁴

Die Bundesverfassung verankert ein alle Rechtsgebiete und alle Verfahrensstufen umfassendes Grundrecht auf unentgeltliche Prozessführung (Art. 29 Abs. 3 BV) und geht damit über die in zahlreichen anderen Staaten geltenden Standards hinaus.³⁵⁵ Prozesskostenhilfe wird aber auch in der Schweiz nicht voraussetzungslos geleistet, sondern materiell an die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Person und prozedural an die Nicht-Aussichtslosigkeit ihres Rechtsbegehrens geknüpft.³⁵⁶ Eine Verletzung des Anspruchs und damit implizit auch des Rechts auf Justizzugang liegt vor, wenn Prozesskostenhilfe trotz Vorliegens dieser Voraussetzungen abgelehnt wird.³⁵⁷

Anders als die Bundesverfassung sieht die EMRK keine generelle Verpflichtung zur Leistung von Prozesskostenhilfe vor. Nach Massgabe von Art. 6 Ziff. 1 EMRK müssen die Staaten aber dafür sorgen, dass in Zivilverfahren niemand aus wirtschaftlichen Gründen vom Gerichtszugang ausgeschlossen ist; mit welchen Mitteln und Massnahmen dies geschieht, steht im Ermessen des Staates.³⁵⁸ Für Strafsachen ergibt sich der Anspruch auf Prozesskostenhilfe aus den entsprechenden Sondernormen (Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 Bst. c EMRK, Art. 14 Abs. 3 Bst. d UNO-Pakt II). Vollständige Waffengleichheit zwischen den Parteien muss dabei nicht erreicht werden; die konventionsrechtlichen Anforderungen sind erfüllt, solange die bedürftige Partei die Möglichkeit hat, das Verfahren unter Voraussetzungen zu führen, die sie gegenüber ihrem Gegner nicht wesentlich benachteiligt.³⁵⁹

3. ... und (unentgeltlicher) Rechtsvertretung

Das Recht auf effektiven und rechtsgleichen Gerichtszugang kann sich nur verwirklichen, wenn jeder Verfahrenspartei die Möglichkeit offensteht, einen Rechtsbeistand beizuziehen. Während die Beschränkung dieser Freiheit einen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in den Achtungsgehalt des Rechts auf Gerichtszugang darstellt,³⁶⁰ begründet der Wirksamkeitsgehalt in dieser Hinsicht eine positive Verpflichtung und erfordert aktives Tätigwerden des Staates.

354 Vgl. dazu vorne S. 54 f. sowie hinten 74 ff.

355 Vgl. etwa jüngst NOONE, S. 23 f. für eine Übersicht des Systems der unentgeltlichen Prozessführung in Australien.

356 Zum Anwendungsbereich im Einzelnen MEICHSSNER, S. 71 ff.; vgl. auch WUFELI, N. 120 ff.

357 Vgl. BGE 126 I 165 betr. Scheidung einer Scheinehe.

358 EGMR, 9.10.1979, Nr. 6289/73, *Airey c. Irland*, N. 24 ff.; EGMR, 26.10.2010, Nr. 46040/07, *Marina c. Lettland*, N. 55 ff.; siehe auch GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 56 oder FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 76; vgl. auch MRA, General Comment No. 32, N. 11; JOSEPH/CASATAN, N. 14.37 ff.

359 MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 45, m.w.H.

360 Siehe vorne S. 37 f.

Die Bundesverfassung anerkennt diese Pflicht und verankert neben dem grundrechtlichen Anspruch auf Prozesskostenhilfe ausdrücklich auch einen solchen auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, vorausgesetzt die Partei sei bedürftig, ihr Begehren nicht aussichtslos und die anwaltliche Vertretung sachlich notwendig (Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht davon aus, dass das Recht auf Gerichtszugang (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) in Zivilsachen einen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand beinhalten kann, gesteht den Vertragsstaaten diesbezüglich aber einen weiten Ermessensspielraum zu.³⁶¹ Für Strafverfahren garantieren Verfassung und Völkerrecht ausdrücklich das Recht der beschuldigten Person auf wirksame Verteidigung (Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV, vgl. Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK), wozu auch die Bestellung eines Wahlverteidigers oder gegebenenfalls eines Officialverteidigers gehört.³⁶² In welchen Fällen eine Vertretung notwendig ist und ein justiziabler Anspruch auf Vertretung besteht, beurteilt sich anhand von Faktoren wie der Tragweite der Streitigkeit für die betroffene Partei, den tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles sowie der Fähigkeit der bedürftigen Partei, sich im Verfahren zurechtzufinden.³⁶³ So kann das Recht auf Gerichtszugang verletzt sein, wenn der Staat in einem Haftpflichtverfahren gegen einen Rechtsanwalt dem Kläger zwar unentgeltliche Prozessführung gewährt, aber nicht dafür sorgt, dass er auch anwaltlich vertreten ist.³⁶⁴ Weiter ist der Gerichtszugang nur dann effektiv, wenn eine wirksame Rechtsvertretung trotz Unentgeltlichkeit möglich ist. Ob dies zutrifft, wenn die Vertretung durch einen Anwaltspraktikanten erfolgt, erscheint fraglich.³⁶⁵ Auch eine zu geringe Entschädigung der amtlich bestellten Rechtsvertreterin kann den Anspruch auf Justizzugang beeinträchtigen, wenn sie dazu führt, dass sich niemand mehr bereit erklärt, Mandate im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege zu führen. In der Schweiz werden die Honorare für die unentgeltliche Vertretung nach amtlich festgesetzten Ansätzen gesprochen.³⁶⁶ Eine Pauschalisierung unter den üblichen Tarifen ist gemäss Bundesgericht zulässig, das Honorar muss aber der Natur, Bedeutung und Schwierigkeit der Streitsache gerecht werden, mehr als nur kostendeckend sein und einen bescheidenen, mehr als symbolischen Ver-

361 EGMR, 9.10.1979, Nr. 6289/73, *Airey c. Irland*, N. 26; EGMR, 15.5.2005, Nr. 68416/01, *Steel und Morris c. Vereinigtes Königreich*, N. 61; EGMR, 17.1.2001, Nr. 40031/98, *Gnahoré c. Frankreich*, N. 38; EGMR, 16.5.2002, Nr. 46800/99, *Del Sol c. Frankreich*, N. 23 ff.

362 Zum Inhalt, statt anderer VEST, St. Galler BV-Komm., Art. 32, N. 23 ff.; GÖKSU, Basler BV-Komm., Art. 32, N. 15 ff.

363 BGE 122 I 49 E. 2c/bb S. 51 f.; BGE 128 I 225 E. 2.4.2 S. 228; ähnlich die Praxis des EGMR, vgl. etwa die Entscheide EGMR, 15.5.2005, Nr. 68416/01, *Steel und Morris c. Vereinigtes Königreich*, N. 61 oder EGMR, 7.8.2002, Nr. 46311/99, *McVicar c. Vereinigtes Königreich*, N. 48.

364 EGMR, 21.5.2003, Nr. 36378/97, *Bertuzzi c. Frankreich*, N. 31; vgl. auch EGMR, 4.11.2013, Nr. 5968/09, *Anghel c. Italien*, N. 64.

365 So aber BGE 126 I 194 E. 3c S. 197 f.; kritisch MÜLLER/SCHEFER, S. 899; vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29, N. 31.

366 Übersichten bei BÜHLER, Berner ZPO-Komm., Art. 122, N. 9 ff. und WUFFLI, N. 464; vgl. auch JENT-SØRENSEN, Art. 122 ZPO, N. 1.

dienst erlauben.³⁶⁷ Welche Aufwendungen dafür erforderlich sind, ist nicht immer klar; gerade im Bereich der Strafverteidigung gehen die Ansichten darüber, welche Verteidigungshandlungen notwendig sind, zwischen den Strafverteidigerinnen und -verteidigern und den das Honorar festlegenden Behörden miteinander.³⁶⁸

4. Übersetzungspflichten?

Mit dem Recht auf Justizzugang untrennbar verbunden ist der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Die Verwirklichung beider Garantien setzt voraus, dass auch jene Personen ihre Rechtschutzanliegen vor Gericht bringen können, die keiner Amtssprache kundig sind. Im Kontakt mit Justizbehörden des Bundes sind die Amtssprachen des Bundes zu verwenden (Deutsch, Französisch und Italienisch, im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache zählt auch Rätoromanisch dazu, Art. 70 Abs. 1 BV), im Kontakt mit den kantonalen Behörden die Amtssprache des Kantons. Aus Sicht des Rechts auf Justizzugang stellen diese Erfordernisse Einschränkungen im Sinn von Art. 36 BV dar, die entsprechend gerechtfertigt werden müssen. Darüber hinaus können sich aus dem Recht auf Justizzugang, aber auch aus dem Verbot der (mittelbaren) Diskriminierung aufgrund der Sprache (Art. 8 Abs. 2 BV) kompensatorisch auch *positive Leistungspflichten* des Staates ergeben. Allerdings lässt sich der Garantie des rechtlichen Gehörs kein grundrechtlicher Anspruch darauf entnehmen im (schriftlichen) Verkehr mit (Gerichts-)

Behörden in der Muttersprache kommunizieren zu können.³⁶⁹ Dementsprechend anerkennt die Bundesverfassung auch keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Anspruch der fremdsprachigen Parteien auf unentgeltliche Beziehung eines Dolmetschers;³⁷⁰ diese Sichtweise erscheint mit Blick auf den Anspruch auf diskriminierungsfreien Gerichtszugang als zu eng. Grundrechtliche und menschenrechtliche Ansprüche auf Übersetzung bestehen immerhin in Strafverfahren, bei einer Inhaftierung und im Haftprüfungsverfahren (Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 5 Ziff. 2 EMRK und Art. 6 Ziff. 3 Bst. a, d und e EMRK; Art. 9 und Art. 14 Ziff. 3 Bst. a, e und f UNO-Pakt II).³⁷¹ So

367 BGE 141 I 124 E. 3.2 S. 126 f.; anders noch BGE 122 I 1 (kein Gewinn erforderlich); Praxisänderung mit BGE 132 I 201 E. 8 S. 213 ff.

368 Vgl. etwa BGer 6B_856/2009 vom 9. 11. 2009, in dem ein amtlicher Verteidiger seine Aufwendungen mit Fr. 18 121.80.– in Rechnung stellte, ihm aber nur ein Betrag von Fr. 11 087.95.– zugesprochen wurde; vgl. allgemein zur Berechnung der Entschädigungshöhe im Strafprozess RUCKSTUHL, Basler StPO/JSStPO-Komm., Art. 135, N. 3 ff. m.w.H.

369 BGE 115 Ia 64 E. 6b S. 64; diese Garantie ergibt sich auch nicht aus der Sprachenfreiheit (Art. 18 BV), BGE 121 I 196 E. 5 S. 203 ff.

370 Statt anderer KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 41, N. 82.

371 Art. 5 EMRK fordert keine Übersetzung des Haftbefehls, eine Unterrichtung in verständlicher Weise genügt, EGMR, 5.7.2001, Nr. 26899/95, H.B. c. Schweiz, N. 47; Art. 9 UNO-Pakt II

muss im Fall eines Freiheitsentzugs die betroffene Person über die Modalitäten der Inhaftnahme in einer verständlichen Sprache informiert (Art. 31 Abs. 2 BV, Art. 5 Ziff. 2 EMRK) und im Strafverfahren jede Person über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet werden (Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 Bst. a EMRK), was den Beizug eines Dolmetschers oder Übersetzers erforderlich machen kann (vgl. Art. 6 Ziff. 3 Bst. e EMRK).³⁷²

5. *Hilfs- und Aufklärungspflichten*

Das Bundesgericht und der Gerichtshof und punktuell auch der Gesetzgeber anerkennen, dass sich justiziable Hilfs- und Aufklärungspflichten ergeben können, wenn klar wird, dass eine Partei nicht in der Lage ist, sich wirksam selber zu vertreten.³⁷³ So hat das Bundesgericht aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) und aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 und Art. 5 Abs. 3 BV) die justiziable Pflicht der Richterin abgeleitet, rechtsungewohnte, nicht anwaltlich vertretene Verfahrensbeteiligte über ihre prozessualen Rechte aufzuklären und sie insbesondere frühzeitig auf ihr Recht hinzuweisen, jederzeit einen Verteidiger beiziehen zu können.³⁷⁴ Spezifische Aufklärungspflichten bestehen bei Freiheitsentziehungen und in Strafverfahren, indem die Betroffenen jeweils unverzüglich über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen zu informieren und auf ihre Rechte hinzuweisen sind (Art. 31 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 2 BV, vgl. Art. 5 Ziff. 2 EMRK,³⁷⁵ Art. 6 Ziff. 3 Bst. a EMRK,³⁷⁶ Art. 14 Ziff. 3 Bst. a UNO-Pakt II).³⁷⁷ Insbesondere haben die Behörden für eine *wirksame Verteidigung* zu sorgen; die blosses Mandatierung eines Rechtsbeistands allein garantiert noch keine effektive Vertretung.³⁷⁸ Aufgrund ihrer Fürsorge- und Aufklärungspflichten müssen jedenfalls die mit der *Strafverfolgung* betrauten Behörden für ein faires Strafverfahren sorgen und allenfalls auch ohne Zutun der Betroffenen eine hinreichende

EMRK verlangt keine Unterrichtung in verständlicher Weise, NOWAK, Art. 9 CCPR, N. 36; vgl. auch Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. L 280/1 vom 26.10.2010.

372 EGMR, 5.5.2002, Nr. 51564/99, *Conka c. Belgien*, N. 52 betr. Art. 5 Ziff. 2 EMRK MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 223 ff. betr. Art. 6 Ziff. 3 Bst. a EMRK und N. 246 ff. betr. Art. 6 Ziff. 3 Bst. e EMRK; VEST, St. Galler BV-Komm., Art. 32, N. 25 betr. Art. 32 Abs. 2 BV;

373 Eingehend KIENER, Aufklärungs- und Fürsorgepflichten, S. 509 ff.; vgl. auch WALDMANN, Basler BV-Komm., Art. 29a, N. 21, 19; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41, N. 30 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 201 ff., 219, 491 f., 1166.

374 BGE 130 I 350 E. 4.1 S. 360; BGE 124 II 265 E. 4a S. 270; BGE 120 Ib 183 E. 3c S. 188.

375 ELBERLING, Art. 5 EMRK, N. 91 ff.; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 5 EMRK, N. 69 ff.; BIGLER, Art. 5 EMRK, N. 116 ff.

376 GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 113 f.; BIGLER, Art. 6 EMRK, volet pénal, N. 171 ff.; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 223.

377 NOWAK, Art. 14 CCPR, N. 46 ff.; JOSEPH/CASTAN, N. 14.56 f.

378 MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 46.

Rechtsvertretung sicherstellen.³⁷⁹ Dulden die Behörden, dass ein Verteidiger seine anwaltlichen Berufs- und Standespflichten in schwerwiegender Weise vernachlässigt, kann dies eine Verfassungs- und Konventionsverletzung begründen. Unter gegebenen Voraussetzungen hat der Richter aufgrund der Fürsorgepflicht eine amtliche Rechtsvertreterin zu ersetzen sowie bei gewillkürter Verteidigung einzuschreiten und die notwendigen Schritte zur Sicherstellung einer wirksamen Vertretung vorzukehren.³⁸⁰

Die justiziablen Hilfs- und Aufklärungspflichten sind nicht unbeschränkt. Ihre *Grenze* liegt dort, wo die Unterstützung zu einer einseitigen Bevorzugung einer von mehreren Verfahrensparteien führt und so in Konflikt zu den – auch grundrechtlich garantierten – Grundsätzen der Gleichbehandlung im Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK)³⁸¹ und der richterlichen Unabhängigkeit gerät (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK); die Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang ist deshalb mit den anderen in Spiel stehenden Interessen zu harmonisieren³⁸² und dabei im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz einem möglichst schonenden Ausgleich der betroffenen Grundrechtsinteressen zuzuführen.³⁸³

6. Vollstreckung

Ziel jedes Justizverfahrens ist die Rechtsdurchsetzung. Deshalb bildet die zeitnahe Vollstreckung von Gerichtsurteilen einen integralen Teil des Rechts auf Zugang zu einem Gericht; wird ein rechtskräftiges Gerichtsurteil nicht vollstreckt oder die Vollstreckung in ungerechtfertigter Weise verzögert, läuft das Gerichtsverfahren leer und das Recht auf Gerichtszugang wird illusorisch.³⁸⁴ Weil mit der fehlenden Vollstreckung auch der Schutz jener Rechte unterbleibt, die der Einzelne mit Hilfe des Gerichtsverfahrens durchsetzen will, wird letztlich auch das Rechtsstaatsprinzip untergraben.³⁸⁵ Das Recht auf Gerichtszu-

379 BGE 130 I 350 E. 4.2 S. 361.

380 EGMR, 21.4.1998, Nr. 22600/93, *Daud c. Portugal*, N. 42; EGMR, 24.11.1993, Nr. 13972/88, *Imbrioscia c. Schweiz*, N. 41 ff.; EGMR, 10.10.2002, Nr. 38830/97, *Czekalla c. Portugal*, N. 60; EGMR, 10.5.1980, Nr. 6694/74, *Artico gegen Italien*, N. 32; EGMR, 9.4.1984, Nr. 8966/80, *Goddi gegen Italien*, N. 30, alle betr. Strafverfahren; vgl. auch BGE 124 I 185 E. 3 S. 189; BGE 113 Ia 218 E. 3c S. 222, je m.w.H.

381 MEYER, Art. 6 EMRK, N. 99 f.; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 106 f.; BIGLER, Art. 6 EMRK, volet civil, N. 153 ff.

382 KIENER, Aufklärungs- und Fürsorgepflichten, S. 520.

383 Vgl. BGE 129 I 173 E. 5.1 S. 181; BGE 144 II 77 E. 5.7 S. 88; BGE 139 I 16 E. 4.2.2 S. 24.

384 Grundlegend EGMR, 19.3.1997, Nr. 18357/91, *Hornsby c. Griechenland*, N. 40; vgl. auch etwa EGMR (GK), 28.7.1999, Nr. 22774/93, *Immobiliare Saffi c. Italien*, N. 66 oder EGMR, 4.9.2002, Nr. 59498/00, *Burdov c. Russland*, N. 34; zur Durchsetzung unter UNO-Pakt II siehe auch MRA, 29.3.2005, Nr. 823/1998, *Czernin c. Tschechische Republik*, N. 7.5; MACDONALD S. 68 ff.

385 Vgl. dazu Europarat, Stellungnahme Nr. 13, N. 7; CEPEJ, Enforcement of court decisions, passim.

gang hält die Staaten deshalb in Form einer *positiven Verpflichtung* auch dazu an, ihre Verwaltungs- und Gerichtssysteme so zu organisieren, dass eine Vollstreckung des rechtskräftigen Urteils innert angemessener Frist sichergestellt ist. Fehlende Mittel bilden auch in diesem Zusammenhang keine Rechtfertigung für Unterlassungen oder Verzögerungen.³⁸⁶ Ein gewisser Zeitablauf zwischen dem Eintritt der Rechtskraft und der Urteilsvollstreckung erscheint nach der Praxis als zulässig; für die Bemessung der zulässigen Zeitdauer massgebend sind Kriterien wie die Schwierigkeit der Vollstreckung, das Verhalten der Parteien und die Höhe und Art der Forderung; die Grenze liegt dort, wo das Recht auf Justizzugang in seinem Kern angetastet wird.³⁸⁷

Anders als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Menschenrechtsausschuss hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich nicht mit den Bezügen von Gerichtszugang und Urteilsvollstreckung auseinandergesetzt, was damit zusammenhängen mag, dass das Landesrecht die Vollstreckung von Gerichtsurteilen eingehend regelt, die erforderlichen Einrichtungen bereitstehen und in der Praxis keine Vollzugsdefizite zu bestehen scheinen.³⁸⁸

D. Programmatisch: Umfassende Verwirklichung des Justizzugangs

I. Grundsatz

Die Bundesverfassung und das Völkerrecht verpflichten den Staat zur umfassenden Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte; der Staat hat folglich die rechtlichen, institutionellen und prozeduralen Voraussetzungen zu schaffen, die – über justiziable Ansprüche hinaus – zur vollen Realisierung des Rechts auf Justizzugang erforderlich sind.³⁸⁹ Dabei ist immer auch der transversale Gehalt der Garantie und damit die Verwirklichung des rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Justizzugangs im Blick zu behalten. Gezielte und direkte Diskriminierungen im Gerichtszugang sind in einem Rechtsstaat kaum denkbar. Die Verpflichtung zur umfassenden Verwirklichung der Garantie auferlegt dem Staat aber besondere Pflichten, gerade auch bezüglich jener Personen, die auf-

386 EGMR, 19.3.1997, Nr. 18357/91, *Hornsby c. Griechenland*, N.40; EGMR, 24.2.2005, Nr. 43883/02, *Plotnikovy c. Russland*, N. 32; vgl. statt anderer auch EGMR (GK), 8.4.2004, Nr. 71503/01, *Assanidze c. Georgien*, N. 182 f. oder EGMR, 6.12.2005, Nr. 73970/01, *Săcăleanu gegen Rumänien*, N. 55.

387 Vgl. die Nachweise bei MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, Art. 6 EMRK, N. 50 mit Fn. 281 und GRABENWARTER/PABEL, § 24, N. 65 oder FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 EMRK, N. 50 mit Fn. 151; vgl. auch Europarat, Recommendation on enforcement, N. III.2 f. sowie CEPEJ, Guidelines, N. 3.

388 Vgl. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11.4.1889, SR 281.1; vgl. auch Art. 69 ff. BGG, Art. 39 ff. VwVG, Art. 335 ff. ZPO.

389 Vgl. dazu vorne S. 32 ff.

grund ihrer Zugehörigkeit zu einer verletzlichen Gruppe besonders Gefahr laufen, im Gerichtszugang beeinträchtigt zu werden.³⁹⁰ Menschen, die aufgrund materieller Bedürftigkeit vom Gerichtszugang absehen, Menschen mit Behinderungen, nicht voll handlungsfähige Personen wie insbesondere Kinder und Jugendliche sowie Betagte, Migrantinnen und Migranten, Menschen mit nicht sesshafter Lebensweise, Sans-Papiers oder Personen im Justizvollzug.³⁹¹

Allgemein macht die umfassende Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang unterschiedliche Massnahmen erforderlich. Die im Bereich der *Rechtsetzung* zuständigen Behörden sind zur grundrechtskonformen Ausgestaltung der Justiz- und Verfahrensordnung angehalten. Dieser Auftrag erfasst nicht nur das Verfahrensrecht und das Justizorganisationsrecht, sondern sämtliche Rechtsbereiche, in denen rechtliche Streitigkeiten entstehen können. Besonderes Augenmerk gilt einerseits Querschnittsmaterien wie dem Schutz vor (auch mittelbarer) Diskriminierung und andererseits Regelungsbereichen, die besonders verletzliche Personengruppen betreffen, wie etwa das Asyl- und Ausländerrecht, das Straf- und Strafvollzugsrecht, das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, das Sozialrecht oder das Polizeirecht. Im Bereich der *Rechtsanwendung* verlangt die programmatische Grundrechtsdimension, dass verfahrensrelevante Vorschriften wie insbesondere Prozessvoraussetzungen oder Kostenregeln auch im Lichte des Rechts auf Justizzugang ausgelegt und konkretisiert werden; dies kann die programmatische Pflicht zur Sensibilisierung der rechtsanwendenden Behörden für Anliegen des Justizzugangs nach sich ziehen. Weiter haben *Rechtsetzungs- und Vollzugsbehörden* dafür zu sorgen, dass die (in einem umfassenden Sinn verstandene) Verfahrensordnung regelmässig auf ihre Wirksamkeit hinsichtlich des rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Justizzugangs überprüft wird. Diese – für den Bund in Art. 170 BV ausdrücklich formulierte Pflicht – verstärkt den in Art. 35 Abs. 1 BV festgeschriebenen Verwirklichungsauftrag und begründet implizit auch Untersuchungs-, Forschungs- und Evaluationspflichten.³⁹² Nur so können faktische Beeinträchtigungen des Rechts auf Justizzugang erkannt und eliminiert und dessen umfassende Verwirklichung gewährleistet werden.

Aufgrund unterschiedlicher Entwicklungsstandards stellen sich nicht in allen Staaten die gleichen Herausforderungen für die umfassende Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang. So sind vielerorts breite Kreise der Bevölkerung auch deshalb vom Justizzugang ausgeschlossen, weil sie mangels formeller Ankerkennung der Rechtsfähigkeit nicht über die für den Nachweis der Parteifähigkeit oder für die Durchsetzung materieller Ansprüche erforderlichen Identifikationsdokumente verfügen,³⁹³ eine Problematik, die sich für die Schweiz

390 UNDP, Programming for justice, S. 3; vgl. auch hinten S. 69 ff. und 73 ff.

391 Vgl. KIENER/BREITENBÜCHER, Ziff. I.; KIENER/MEDICI, S. 146 f.

392 Vgl. allgemein BIAGGINI, Komm. BV, Art. 170, N. 1 ff.

393 Dazu KIENER, Anerkennung als Rechtsperson, S. 443 ff.; vgl. auch BEQUIRAJ/McNAMARA, International Access, S. 14 f.; CLEP, Making the Law, S. 28.

nicht stellt. Das Gleiche gilt für die örtlich-geografische Zugänglichkeit von Justizeinrichtungen, die in der kleinräumigen Schweiz – anders als in grossen Flächenstaaten wie Russland, Kanada oder Brasilien – kein grösseres Problem darstellt.³⁹⁴ Aufgrund der hohen ethischen Standards (und der angemessenen Bezahlung der Justizangehörigen) kaum von Bedeutung ist die Durchsetzung wirksamer Anti-Korruptionsstrategien in der Justiz.³⁹⁵ Im Vordergrund der folgenden – nur überblicksweise darzustellenden – Ausführungen stehen deshalb Themen, die sich im Zusammenhang mit der umfassenden Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang in der Schweiz stellen könnten. Angesprochen werden insbesondere Fragen der Gerichtsorganisation (nachfolgend III) und der Verfahrensgestaltung (IV) sowie allfälliger Alternativen zum gerichtlichen Justizzugang (V). Die Diskussion entsprechender Massnahmen verlangt in erster Linie nach verlässlichen Informationen über bestehende Rechtsschutzlücken (sogleich II).

II. Evaluation und empirische Forschung

Fragen von Beschränkungen im Justizzugang werden in Praxis und Lehre vermehrt diskutiert. Die Thematik wird auf der Ebene des Landesrechts ebenso angesprochen wie im Europarat, der Europäischen Union und der UNO. Dabei scheint jeweils die – ausdrücklich oder auch nur implizit geäusserte – Prämisse zu gelten, dass der Zugang zur Justiz für zahlreiche Menschen erschwert oder gar verunmöglicht ist. Die Diskussion erfolgt gemeinhin auf der Grundlage von Erfahrungswerten, von vereinzelt empirischen Studien oder von konkreten Beschwerdefällen. Solide und belastbare Erkenntnisse werden so aber nicht gewonnen. Gerichtsurteile können zwar Lücken im Recht auf Justizzugang erhellen und die Staaten zu entsprechenden Modifikationen ihrer Justiz- und Verfahrensordnung verpflichten,³⁹⁶ allerdings betreffen die Urteile jeweils nur den justiziablen Gehalt des Zugangsrechts und bleiben damit punktueller Natur, setzen sie doch voraus, dass die Beschwerdeführerin bereit ist, ihr Zugangsrecht zu erstreiten oder entsprechende Schranken feststellen zu lassen – eben diese Konstellation bildet im Gesamtbild aber die Ausnahme.

Die ungenügende Datenlage erschwert die volle Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang. Obwohl der Bedarf an entsprechenden Untersuchungen und Evaluationen erkannt ist,³⁹⁷ sind breite und aussagekräftige Erhebungen nur

394 BEQIRAJ/McNAMARA, *International Access*, S. 21 ff.

395 Vgl. zum Beispiel MARU, S. 6 zu entsprechenden Strategien der Weltbank; zur Problematik auch Venedig-Kommission, *Ukraine Opinion on Anti-Corruption Courts*, N. 73.

396 Vgl. EGMR, 26.3.1985, Nr. 8978/80, *X. und Y. c. Niederlande*, N. 28 ff., betr. Rechtslücke im Beschwerderecht im Zusammenhang einer Minderjährigen mit geistiger Behinderung, die im Heim missbraucht wurde.

397 Für den Bereich des Schutzes gewaltbetroffener Personen vgl. Bundesrat, *Botschaft Schutz gewaltbetroffener Personen*, S. 7308 ff.; für eine schweizweit einheitliche Erfassung und Erstel-

punktuell vorhanden. In der Schweiz werden zur Strafjustiz seit Jahrzehnten Daten erhoben, es erscheint aber fraglich, ob diese geeignet sind, faktische Schwächen des Justizzugangs zu identifizieren.³⁹⁸ Für die Zivilgerichtsbarkeit fehlen statistische Informationen, abgesehen von einzelnen Teilbereichen wie Mietschlichtung und SchKG-Vollzug.³⁹⁹ Bereichsweise Erhebungen finden sich etwa bezüglich des Justizzugangs von Opfern häuslicher Gewalt,⁴⁰⁰ bezüglich Diskriminierungsfällen,⁴⁰¹ bezüglich Rechtsschutzlücken beim Zugang zum Bundesgericht⁴⁰² oder bei Kollektivstreitigkeiten.⁴⁰³ Die Problematik der schwachen Datenlage betrifft keineswegs nur die Schweiz. Obwohl die Hindernisse im Justizzugang im anglo-amerikanischen Rechtskreis zunehmend interdisziplinär und anhand empirischer Methoden untersucht werden,⁴⁰⁴ kritisiert die Lehre auch hier, dass zu wenige und zu wenig umfassende Daten vorhanden sind, um die Justizbedürfnisse der Bevölkerung und die Defizite bei deren Erfüllung zu erfassen.⁴⁰⁵ Die grundlegende, im Rahmen von empirischen Studien zu klärende Frage ist damit, ob Mängel im Justizzugang bestehen, sei es generell, sei es bezüglich bestimmter Sachgebiete oder bestimmter Personengruppen. Daran anschliessend wäre zu diskutieren, wie diese Mängel mit Blick auf die Rechtsschutzbedürfnisse der betroffenen Gruppen bestmöglich gelöst werden.⁴⁰⁶ Je nach Ergebnis sind unterschiedliche Behörden angesprochen und erweisen sich unterschiedliche Massnahmen als sachgerecht. Existieren zu wenige Rechtsschutzeinrichtungen, dann liegt die Antwort im Ausbau derselben; sind die Verfahren zu komplex und zu teuer, dann liegt die Antwort in einfacheren und günstigeren Verfahren. Vermag in bestimmten Konstellationen der Justizzugang das dem Rechtskonflikt zugrunde liegende soziale Problem nicht zu lösen, so kann die Antwort im Angebot alternativer Konfliktlösungsmechanismen wie etwa Schlichtungs- oder Mediationsverfahren liegen.⁴⁰⁷ So zeigen em-

lung von Statistiken und Geschäftszahlen zu den massgeblichen Kennzahlen der praktischen Anwendung der ZPO vgl. Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 21; für eine systematische Datenerhebung im Bereich des Diskriminierungsschutzes KÄLIN/LOCHER, S. 104.

398 Die Strafurteilsstatistik wird aufgrund der Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes vom 30. 6. 1993, SR 431.012.1 erstellt; erhoben werden im Strafregister eingetragene rechtskräftige Verurteilungen von Personen über 18 Jahren, Identifikationscodes, soziodemografische Merkmale, Straftaten und Sanktionen, siehe Anhang Ziff. 88.

399 Eingehend STEIGER-SACKMANN, passim.

400 SCHWARZENEGGER/OTT, Evaluation, S. 87 ff.; DIES., Massnahmen gegen Häusliche Gewalt, S. 79 ff.

401 KÄLIN/LOCHER, passim.

402 Kompetenzzentrum für Public Management, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege, insb. S. 16 ff.

403 Bundesrat, Kollektiver Rechtsschutz, passim.

404 Vgl. insb. die Nachweise bei RHODE, Roadmap, S. 1228 ff.; für aktuelle Studien vgl. MOLAVI, S. 1 ff.; STASZAK, passim; ADAMS/PRASSL, S. 412 ff.

405 Vgl. insb. SANDEFUR, Data deficit, S. 295 ff. oder ALBISTON/SANDEFUR, S. 105.

406 Vgl. dazu SANDEFUR, Legal Needs, S. 450 ff.

407 Ebenso mit Blick auf die USA SANDEFUR, Access to What?, S. 50 f.

pirische Untersuchungen, dass im Kanton Zürich nur ein Drittel aller Fälle von häuslicher Gewalt zu einem Strafbefehl oder einer Anklage führen. Der Grund liegt nicht im fehlenden Justizzugang, sondern eher darin, dass die (zumeist weiblichen) Opfer häuslicher Gewalt nicht ein zur Verurteilung führendes, formelles Strafverfahren anstreben, sondern primär eine Beendigung der Gewaltspirale wünschen.⁴⁰⁸

Die Verpflichtung zu systematischer Forschung und Evaluation im Bereich des Justizzugangs erscheint evident, nicht nur, aber insbesondere dann, wenn die Frage einer möglichen Diskriminierung im Raum steht.⁴⁰⁹ Sie steht im Dienst der vollen Verwirklichung des Justizzugangs und ist deshalb Aufgabe des Staates, darf also nicht der privaten Initiative von Nichtregierungsorganisationen oder der Wissenschaft überlassen werden.

III. Institutionelle Massnahmen

1. *Faktische Zugänglichkeit von Gerichten*

Das Gebot der umfassenden Verwirklichung des Justizzugangs betrifft auch die Justizinfrastruktur. Justizgebäude müssen so gebaut und eingerichtet sein, dass die Verfahren unter annehmbaren Bedingungen stattfinden, nicht nur für die Rechtsuchenden, sondern auch für die Gerichtsangehörigen und für das Personal.⁴¹⁰ Bezüglich der Ausstattung der Justiz scheint in der Schweiz allerdings wenig Reformbedarf zu bestehen.⁴¹¹ Für die umfassende Verwirklichung des Justizzugangs müssen Justizeinrichtungen auch örtlich-geografisch zugänglich sein und sollten in angemessener Zeit erreicht werden können, sofern das Verfahren die persönliche Anwesenheit verlangt. Für den Fall, dass die Bestellung einer genügenden Zahl von richterlichen Behörden die für die Justizorganisation zuständigen Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV, Art. 123 Abs. 2 BV, Art. 191b Abs. 1 BV) überfordert, eröffnet die Bundesverfassung den Kantonen die Möglichkeit, gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen (Art. 191b Abs. 2 BV),⁴¹² eine Option, die aufgrund der mitunter sehr kleinräumigen Verhältnisse auch zur Sicherstellung der Verfahrensfairness angezeigt sein kann.⁴¹³

Dass bauliche Hindernisse ausgeräumt werden müssen, damit insbesondere auch behinderte Menschen rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zur Justiz erhalten, ist als rechtliche Verpflichtung ausdrücklich anerkannt. Gemäss Art. 13 Abs. 1 BRK stellen die Vertragsstaaten sicher, dass Menschen mit

408 Vgl. SCHWARZENEGGER/OTT, Evaluation, insb. S. 91, 113.

409 Vgl. MOECKLI, Völkerrechtliche Grenzen, Rz. 24. Allgemeine Ausführungen zur Bedeutung von Statistiken in Bezug auf indirekte Diskriminierung finden sich bei MOECKLI, Equality, S. 160 f.

410 RASS-MASSON/ROUAS, S. 133.

411 CEPEJ, European judicial systems, insb. S. 24 ff., 31 und 79.

412 Für Beispiele BIAGGINI, Komm. BV, Art. 191b, N. 3.

413 Vgl. SCHINDLER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 113 f.

Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Zugang zur Justiz haben und ihre wirksame unmittelbare und mittelbare Teilnahme an allen Gerichtsverfahren gewährleistet ist. Die Umsetzung dieser Verpflichtung verlangt zum Beispiel nach einer systematischen Überprüfung aller Justizgebäude bezüglich Kommunikationsbarrieren und Hindernisfreiheit in architektonischer Hinsicht.⁴¹⁴ Zur Justizinfrastruktur zählen im Übrigen nicht allein entsprechende Bauten; Thema der umfassenden Verwirklichung des Justizzugangs ist beispielsweise auch das Vorhandensein eines Kommunikationssystems, das die fristgerechte Einreichung von Rechtsschriften sicherstellt.

2. *Sensibilisierung von Justizpersonen*

Die Sensibilisierung für Anliegen verletzlicher Gruppen ist weder rechtlich noch institutionell verankert und es ist nicht ausgeschlossen, dass stereotype Vorstellungen gegenüber einzelnen Gruppen wie zum Beispiel gewaltbetroffenen Frauen, Kindern und Jugendlichen, LGBTI-Menschen oder Menschen mit Behinderungen wirken. So können Geschlechter-, Alters- und andere Stereotypen zu Urteilen führen, die der besonderen Situation der Betroffenen nicht gerecht werden, beispielsweise wenn es um die Verfolgung und Sanktionierung von sexueller Gewalt gegen Frauen oder LGBTI-Menschen geht.⁴¹⁵ Die Pflicht zur umfassenden Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang setzt deshalb auch bei den an einem Verfahren beteiligten Amtspersonen an. Sie müssen in der Lage sein, ihre Aufgaben formell und materiell verfassungskonform zu erfüllen, d.h. innert angemessener Frist einen rechtsrichtigen, frei von sachfremden Einflüssen stehenden Entscheid zu fällen. Damit die besonderen Bedürfnisse bestimmter Rechtsuchender, aber auch eigene Vorverständnisse erkannt werden, bedarf es einer entsprechenden Sensibilisierung. Der Staat darf hier nicht auf individuelle Befähigungen vertrauen, sondern hat diesem Anliegen systematisch, zum Beispiel im Rahmen der Aus- und Weiterbildung Rechnung zu tragen.⁴¹⁶ Bezüglich der Justizzugangsrechte von Menschen mit Behinderungen ist den Behörden diese Verpflichtung ausdrücklich aufgetragen: Gemäss Art. 13 Ziff. 2 BRK sind die Vertragsstaaten zur Gewährleistung des wirksamen Zugangs von Menschen mit Behinderungen zur Justiz gehalten, geeignete Schulungen für die im Justizwesen tätigen Personen, einschliesslich des Personals von Polizei und Strafvollzug, zu fördern.⁴¹⁷ Entsprechende, aus der Verwirklichungspflicht des Rechts auf Justizzugang erwachsende Pflichten ergeben sich auch für andere Personengruppen, deren besondere Verletzlichkeit den Be-

414 Bundesrat, Botschaft Rechte von Menschen mit Behinderungen, insb. S. 690 f.

415 Vgl. betr. Frauen UNDP, Programming for justice, S. 161 f.; vgl. auch KÄLIN/LOCHER, S. 103.

416 Vgl. RASS-MASSON/ROUAS, S. 134; vgl. auch UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 71; BEQIRAJ/McNAMARA, International Access, S. 24; für den Bereich des Diskriminierungsrechts auch KÄLIN/LOCHER, S. 103.

417 KREUTZ, Art. 13 BRK, N. 5 ff.

hören bewusst sein muss; Orientierungsrichtlinie bilden die in den Diskriminierungsverboten (vorab Art. 8 Abs. 2 BV) genannten Merkmale.

3. *Ausbau der gesetzlichen Hilfs- und Aufklärungspflichten*

Über die vorne dargestellten, justiziablen Mindestgarantien hinaus hat jedenfalls der Bundesgesetzgeber punktuelle, in der Regel aus dem Grundsatz auf rechtliches Gehör abgeleitete Hilfspflichten verankert, die sich als Massnahmen zur umfassenden Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang verstehen lassen.⁴¹⁸ Droht einer Verfahrenspartei im Rechtsmittelverfahren eine Verschlechterung ihrer Rechtsstellung (*reformatio in peius*), muss die Rechtsmittelinstanz sie über die mögliche Verschlechterung und über deren Gründe orientieren und ihr Gelegenheit zur Äusserung (und, sofern möglich) zum Rückzug des Rechtsmittels geben (ausdrücklich Art. 62 Abs. 3 VwVG, Art. 391 Abs. 2 StPO).⁴¹⁹ Die Zivilprozessordnung auferlegt dem Richter die gesetzliche Pflicht, den Parteien bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung zu geben (Art. 56 ZPO, Art. 161 ZPO). Ebenso sieht der Gesetzgeber im Bereich der Staats- und Verwaltungsrechtspflege Weiterleitungspflichten vor, wenn die Eingabe an eine unzuständige Behörde eingereicht wurde (Art. 8 Abs. 1 VwVG, Art. 37 VGG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 VwVG). Entsprechende Pflichten sollen nach dem Willen des Bundesrats nun auch in der Zivilprozessordnung verankert werden.⁴²⁰ Die Festlegung von richterlichen Hilfs- und Aufklärungspflichten hängt nicht zuletzt auch von der Rolle ab, die der Verfahrensgesetzgeber der Richterin einräumt. Je nachdem, ob das Gericht die Verantwortung für den korrekten und beförderlichen Ablauf des Verfahrens, die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts und die korrekte Rechtsanwendung trägt oder ob diese Aufgabe den Verfahrensparteien übertragen ist, sind auch die Schranken des Justizzugangs tiefer oder höher gelegt. Mit Blick auf die umfassende Sicherstellung des Rechts auf Justizzugang scheinen die Sachverhaltsabklärung und Rechtsanwendung von Amtes wegen, wie sie im Strafprozessrecht und im öffentlichen Verfahrensrecht gelten, die bessere Option zu sein.⁴²¹ Dieser Befund würde nahelegen, dass der Gesetzgeber die grundsätzlich auf der Dispositionsmaxime und der Verhandlungsmaxime beruhende Zivilprozessordnung daraufhin überprüft, ob entsprechende Festlegungen nicht angepasst werden sollten.⁴²²

418 Vgl. vorne S. 32 ff.

419 BGE 122 V 166 E. 2a S. 167; BGE 129 II 385 E. 4.4.3 S. 395; CAMPRUBI, N. 13; HÄBERLI, N. 32.

420 Vgl. nun auch Art. 60a VE-ZPO und Art. 143 Abs. 1^{bis} VE-ZPO, dazu Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 20.

421 Vgl. zu entsprechenden Tendenzen in den USA HERSHKOFF, insb. S. 1334.

422 In diese Richtung auch KÄLIN/LOCHER, S. 102 f.

4. Zugänglichkeit von Rechtstexten ...

Eine Voraussetzung für den effektiven Zugang zur Justiz ist der Zugang zum geltenden Recht. Damit der Einzelne seine Rechte kennt und die Chancen ihrer verfahrensrechtlichen Durchsetzung abschätzen kann, müssen sowohl die anwendbaren *Rechtsnormen* als auch die entsprechende *Gerichtspraxis* allgemein zugänglich sein. Während sich die Pflicht zur Publikation von Rechtsnormen aus dem Gesetzesrecht ergibt,⁴²³ hat das Bundesgericht aus dem Grundrecht der Waffengleichheit im Prozess die Mindestgarantie abgeleitet, dass jedenfalls die Rechtsprechung von allgemeiner Bedeutung publiziert werden muss.⁴²⁴ Entsprechende Verpflichtungen liessen sich auch aus dem Prinzip der Justizöffentlichkeit folgern, wie es in Art. 30 Abs. 3 BV sowie in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II verankert ist. So oder anders angezeigt ist die vollständige Urteilspublikation, die insbesondere auch die Urteile unterer Instanzen erfasst.⁴²⁵ Die Gerichte des Bundes erfüllen diese Anforderung, indem grundsätzlich alle Gerichtsurteile über die Webseiten der Gerichte zugänglich sind.⁴²⁶ Demgegenüber bestehen auf der Ebene der kantonalen Gerichtsbarkeit weiterhin erhebliche Publikationslücken. Aus Sicht des Rechts auf Justizzugang erscheint angebracht, dass zumindest die Leiturteile der Obergerichte sowie Änderungen und Präzisierungen der Entscheidungspraxis über allgemein zugängliche und nicht kostenpflichtige Informationskanäle veröffentlicht werden.⁴²⁷ Die über das Internet erschliessbaren Webseiten der Gerichte bieten sich auch als Informationsträger an, um weitere, für den Justizzugang wichtige Informationen zu kommunizieren. Publiziert werden könnten die Zusammensetzung des Gerichts, Hinweise zum Verfahrensablauf in den verschiedenen Rechtsbereichen, die Bemessung und Höhe der Gerichtskosten, die anwendbaren Fristen und die Möglichkeit der Fristerstreckung, das Angebot an Rechtsauskünften oder Sprechstunden und andere die Öffentlichkeit interessierende Fakten. Eine Dienstleistung zur Erleichterung des Justizzugangs stellt auch die Publikation von Merkblättern, Checklisten, Musterbriefen und -konventionen und von Klage- bzw. Beschwerdeformularen dar.⁴²⁸ Weitere Massnahmen für die Verbesserung der Zugänglichkeit liegen in Informationskam-

423 Vgl. für den Bund Publikationsgesetz vom 18.6.2004, SR 170.512, insb. Art. 2 ff.; vgl. auch Öffentlichkeitsgesetz vom 17.12.2004, SR 152.3, insb. Art. 6.

424 BGE 133 I 106 E. 8.3 S 108.

425 BGer IC_123/2016 vom 21.06.2016, E. 3.5.2; HÜRLIMANN, N. 17 f.; SCHINDLER, Justizöffentlichkeit, S. 747.

426 Vgl. nur die Informationsbestimmungen des Reglements des Bundesgerichts vom 1.1.2007, SR 173.110.131, oder das Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht, vom 21.2.2008, SR 173.320.4; vgl. auch SCHINDLER, Justizöffentlichkeit, S. 752, m.w.H.

427 Eingehend STEIGER-SACKMANN, passim; kritisch zur Unterscheidung in Leit- und andere Urteile SCHINDLER, Justizöffentlichkeit, S. 754.

428 Vorbildlich die Themenseiten des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, <<http://www.gerichte-zh.ch/themen.html>> und <<https://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/themen.html>>.

pagnen und -veranstaltungen von Gerichten; Publikumsbefragungen können Anlass für die gezielte Evaluation des Justizzugangs geben und Verbesserungsmöglichkeiten aufzeigen.⁴²⁹ Auch Tage der offenen Tür, wie sie verschiedentlich an Schweizer Gerichten stattfinden, eröffnen die Möglichkeit, um mittelbare Schwellen im Justizzugang abzubauen.⁴³⁰

5. ... und ihre Verständlichkeit

Die umfassende Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang setzt voraus, dass die Adressaten eines Hoheitsakts diesen tatsächlich verstehen und seine Tragweite abschätzen können. Allerdings ist die Sprache des Rechts eine stark formalisierte und abstrahierende Fachsprache. Juristische Laien haben oftmals Mühe, Rechtstexte zu verstehen, selbst wenn sie in der Muttersprache verfasst sind.⁴³¹ Während generell-abstrakte Normen zwangsläufig einen gewissen Abstraktionsgrad aufweisen müssen,⁴³² können zumindest individuelle Rechtsakte auf die Bedürfnisse der Empfänger zugeschnitten werden. Studien zeigen, dass klar geschriebene und einfach zugängliche Rechtsregeln den Rechtsschutz wirksam erhöhen.⁴³³ Aus dem Recht auf Rechtszugang fliessen damit auch programmatische Anforderungen an die Gesetzes- und an die Urteilsprache; sie werden durch – ebenfalls programmatisch wirkende – Gebote aus dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Sprache (Art. 8 Abs. 2 BV) verstärkt. Das bedeutet nicht, dass Rechtstexte generell in normierter «leichter» oder «einfacher» Sprache verfasst sein müssen; sachgerecht erscheint aber eine Sensibilisierung der rechtsetzenden und insbesondere der rechtsanwendenden Behörden für und ein Bemühen um die jeweils adressatengerechte Verständlichkeit.⁴³⁴

IV. Verfahrensrechtliche Massnahmen

1. Einfache(re) Verfahren

Mit der zunehmenden Ausdifferenzierung des materiellen Rechts gewinnen auch die Justizverfahren an Komplexität. Gleichzeitig kann die Formalisierung des Verfahrens – z.B. die Anforderungen an die Form und den Inhalt von Rechtsschriften oder an die Beweislast – einen abschreckenden Effekt auf juris-

429 Vgl. SCHWENKEL/RIEDER, S. 1 ff.; SCHWENKEL, S. 1 ff.

430 Vgl. etwa bzBasel, 15.9.2018, «Fast 1000 Personen am Tag der offenen Tür der Gerichte im «Bäumli»» oder Webseite Kanton St. Gallen, «Viel Publikum am Tag der offenen Türe der Gerichte».

431 Vgl. die bei GRIFFEL publizierten Beiträge, insb. jenen von RAUSCH.

432 Statt anderer MÜLLER/UHLMANN, N. 332 ff.

433 MARU/MOY, S. 63 ff.; vgl. auch FRA und Europarat, Handbuch, S. 139.

434 Vgl. NUSSBAUMER, Gesetze verständlich machen, insb. S. 351; vgl. auch NUSSBAUMER, Gesetze in «leichter Sprache»? , S. 109; LÖTSCHER, S. 142 ff.

tisch unbeholfene Rechtssuchende haben. Erschwerend wirkt allenfalls auch der Umstand, dass nicht in allen Verfahren die gleichen Regeln und Maximen gelten.⁴³⁵ Aus Sicht des Rechts auf Justizzugang ist eine weitere Vereinheitlichung und Vereinfachung der Verfahren zumindest in einzelnen Sachbereichen angezeigt.⁴³⁶ Heute sind einfache und rasche Verfahren nur in Einzelbereichen wie insbesondere dem Mietrecht und dem Arbeitsrecht vorgesehen.⁴³⁷ Ihre Einrichtung ist auch sachgerecht, wenn am Verfahren typischerweise Personen beteiligt sind, die unter schwierigen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen leben, aufgrund ihrer Lebensform, einer Behinderung oder aufgrund jugendlichen oder aber hohen Alters besondere Schwierigkeiten in der Ausübung ihres Rechts auf Justizzugang haben.⁴³⁸

Die Pflicht zur umfassenden Verwirklichung des Zugangsrechts verlangt auch hier eine entsprechende Analyse der Rechts- und Verfahrensordnung. So wäre etwa zu untersuchen, inwieweit das grundsätzlich altersneutral ausgestaltete Verfahrensrecht den besonderen Bedürfnissen von Kindern und Jugendlichen, aber auch von älteren und betagten Menschen gerecht wird. Die nationale Verfahrensordnung kennt – mit Ausnahme des Jugendstrafverfahrens – nur sehr punktuell altersspezifische Verfahrensregeln.⁴³⁹ Demgegenüber hat der Europarat die Einrichtung einer generell kindgerechten Justiz («Child-friendly justice») vor einiger Zeit schon zu einer Priorität erklärt.⁴⁴⁰ Verschiedene Konferenzen der Kantone empfehlen die entsprechenden Leitlinien als Standard,⁴⁴¹ die jeweils zuständigen Behörden sind damit aufgefordert, diese Leitlinien in ihrer täglichen Praxis anzuwenden.

2. *E-Justice?*

Zwecks Vereinfachung des Justizzugangs wäre auch die Möglichkeit zu prüfen, standardisierte elektronische Verfahren einzuführen.⁴⁴² Zahlreiche Staaten pflegen oder dulden entsprechende Verfahren, die gemeinhin unter den Begriff der «E-Justice» gefasst werden.⁴⁴³ In den USA hat sich ein eigentlicher Online-Markt entwickelt, der Rechtssuchende bei der verfahrensrechtlichen Selbsthilfe

435 HERSHKOFF, S. 1337.

436 Zu dieser Forderung auch KÄLIN/LOCHER, S. 68; vgl. auch MACDONALD, S. 64 ff.

437 Dazu vorne S. 20 ff.

438 In diese Richtung die Ergebnisse bei KÄLIN/LOCHER, S. 102 ff.

439 Vgl. aber etwa Art. 298 ZPO betr. Anhörung des Kindes.

440 Ministerkomitee des Europarats, Leitlinien kindergerechte Justiz, S. 41; vgl. auch FRA, Child-friendly justice, passim; vgl. auch BEQIRAJ/McNAMARA, Children and Access, S. 4 ff.

441 Siehe die Empfehlung der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz und der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren für die Umsetzung der Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz, abrufbar unter <http://kin.derechtsanwaltschaft.ch>.

442 FRA und Europarat, Handbuch, S. 118 f.; SMITH, S. 53 ff.

443 RASS-MASSON/ROUAS, S. 134 f.

unterstützt.⁴⁴⁴ Im Vereinigten Königreich bietet die für die Gerichtsorganisation zuständige Behörde die Möglichkeit an, Forderungen unter 100 Pfund digitalisiert einzuklagen.⁴⁴⁵ Für Ehescheidungen hat sich mit «Wikivorce» ein ehrenamtlich geführtes Sozialunternehmen etabliert, das Zugang zu kostenloser Beratung und Unterstützung in Scheidungsangelegenheiten bietet.⁴⁴⁶ Auch in der Schweiz sind Bestrebungen für eine Förderung von E-Justice im Gang, allerdings mit einem etwas anderen Fokus. Im Jahr 2019 lancierte eine Trägerschaft aus Kantonen und Bundesstellen das Projekt Justitia 4.0.⁴⁴⁷ Primäres Ziel ist es, den elektronischen Rechtsverkehr unter Einschluss der Akteneinsicht medienbruchfrei und flächendeckend über alle Instanzen einzuführen; daneben sollen die Geschäfte der Justizbehörden vom Beginn des Verfahrens bis zum Archivieren der Akten elektronisch geführt und dadurch die elektronische Justizakte generell als massgebende und rechtsgültige Akte etabliert werden.⁴⁴⁸ Der im Jahr 2011 gegründete Verein eJustice.CH hat zum Zweck, den Einsatz von Informationstechnologie zur Steigerung der Leistungsfähigkeit und Bürgernähe im Justizbereich zu fördern.⁴⁴⁹ Im Vordergrund scheint allerdings hier wie dort die Effizienzsteigerung auf Seiten der Justiz und Anwaltschaft zu stehen und nicht die Sicherstellung des Justizzugangs für die gesamte Bevölkerung.

Aus Sicht des Rechts auf Justizzugang ist die Digitalisierung von Verfahren oder Verfahrensschritten nur dann positiv zu werten, wenn die erforderliche Technik den Zugang tatsächlich erleichtert, sie allen Bevölkerungskreisen zugänglich ist und die Betroffenen die sprachlichen und technologischen Fähigkeiten haben, sich dieser Einrichtungen zu bedienen.⁴⁵⁰ Ob dies tatsächlich der Fall ist, muss wiederum Gegenstand entsprechender Erhebungen sein. Je nach Ergebnis kann es in bestimmten Bereichen eher angezeigt sein, verstärkte Hilfs- und Aufklärungspflichten der verfahrensleitenden Personen zu verankern statt auf die zugangsfördernde Wirkung von E-Justice zu vertrauen.

3. *Erweiterung der Beschwerdeberechtigung*

Die um Justizzugang ersuchende Person muss in der Regel ein spezifisches eigenes Rechtsschutzinteresse aufweisen.⁴⁵¹ Die umfassende Verwirklichung des

444 Vgl. die Hinweise bei RHODE, Roadmap, insb. S. 1252; CHAMBLISS, S. 99 ff.; GREINER, S. 72.

445 HM Courts and Tribunals Service unter www.moneyclaim.gov.uk; vgl. auch den entsprechenden Hinweis in FRA und Europarat, Handbuch, S. 118 f.

446 Abrufbar unter www.wikivorce.com/divorce.

447 PIESBERGEN, N. 6; TSCHÜMPERLIN, S. 320.

448 Abrufbar unter <https://www.his-programm.ch/de/Projekte/Justitia-40>; vgl. dazu die Beiträge von PIESBERGEN, S. 1 ff. sowie MEYER/BÜHLER, N. 11.

449 Verein eJustice.CH, Eine Vision für eJustice in der Schweiz, abrufbar unter https://www.ejustice.ch/de/vision_schweiz.html.

450 Darauf weist auch RHODE, Roadmap, S. 1231 mit Fn. 25 hin; ebenso BEQIRAJ/MCNAMEARA, International Access, S. 24; vgl. auch FREIBURGHaus, S. 2.

451 Vgl. vorne S. 47.

Justizzugangs legt nahe, zumindest für grund- und menschenrechtsrelevante Verfahren verletzlicher Personen (wie zum Beispiel Menschen mit Behinderungen) auch die Beschwerdeführung durch Dritte zuzulassen, die über kein eigenes Rechtsschutzinteresse an der Angelegenheit verfügen. In verschiedenen Staaten haben die nationalen Verfassungsgerichte – allen voran der Indische Supreme Court, aber auch etwa die Verfassungsgerichte Südafrikas oder Pakistans – seit den 1980er-Jahren Strategien entwickelt, welche verletzlichen Personen auch dann ein Mindestmass an Rechtsschutz eröffnen, wenn diese nicht in der Lage sind, das Verfahren in eigenem Namen zu führen. Diese Strategien werden zumeist unter die Stichworte «Public Interest Litigation» (PIL) oder «Social Action Litigation» (SAL) gefasst. Vereinfacht gesagt, hat die Praxis die formellen Anforderungen an die Beschwerdeberechtigung dahingehend gelockert, dass Menschenrechtsverletzungen von grundsätzlich jedermann und in der Regel auch formlos gerügt werden können, wenn die Geltendmachung den direkt Betroffenen aufgrund ihrer prekären Lebensverhältnisse nicht möglich ist.⁴⁵² In der Schweiz besteht namentlich im Bereich des öffentlichen Verfahrensrechts mit dem Verbandsbeschwerderecht ein gesetzlich anerkanntes Instrument, welches sich ein Stück weit auch als «Public Interest Litigation» qualifizieren lässt.⁴⁵³ Beschwerderechte ideeller Organisationen sind spezialgesetzlich vorgesehen und finden sich vorab in Bereichen, in denen die Durchsetzung der öffentlichen Interessen durch die rechtsanwendenden Behörden geschwächt ist, weil verschiedene sich widersprechende öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen oder die privaten Interessen von einflussreichen Parteien vertreten werden⁴⁵⁴. Verbandsbeschwerden zur Durchsetzung privater Interessen bilden demgegenüber die Ausnahme und sind zudem auf bestimmte Regelungsbereiche beschränkt.⁴⁵⁵

Davon abgesehen sind Instrumente des *kollektiven Rechtsschutzes* bislang nur sehr punktuell anerkannt und setzen in der Regel ein eigenes Rechtsschutzinteresse der Beteiligten voraus.⁴⁵⁶ Dass namentlich im Zivilprozessrecht Rechtsschutzlücken bestehen, anerkennt nun auch der Bundesrat; er schlägt deshalb vor, die Zivilprozessordnung um Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung zu ergänzen. Die bestehende Verbandsklage (Art. 89 ZPO) soll angepasst werden, namentlich bezüglich Voraussetzungen und Anwendungsbereich (Art. 89 und 89a VE-ZPO); insbesondere soll eine klagende Organisation im eigenen Namen finanzielle Ansprüche der schadensbetroffenen Angehörigen einer bestimmten Personengruppe geltend machen kön-

452 Vgl. aus der reichen Literatur DIVAN, passim sowie die Beiträge bei BRICKHILL sowie GOLDSTON, passim.

453 Eingehend MEIER, passim.

454 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1482 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 988.

455 Statt anderer KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N. 1453 ff.

456 Für das öffentliche Verfahrensrecht vgl. statt anderer KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 927 und 925 betr. Streitgenossenschaft, N. 962 ff. betr. «egoistische Verbandsbeschwerden».

nen.⁴⁵⁷ Gleichzeitig sieht der Bundesrat die Schaffung eines *Gruppenvergleichsverfahrens* vorab zur Geltendmachung von Massenschäden vor (vgl. Art. 352a ff. VE-ZPO), bei dem die kollektive Streiterledigung auf einer einvernehmlichen und gerichtlich genehmigten Vergleichslösung basiert. Ablehnend steht der Bundesrat einer eigentlichen Gruppenklage und einer Sammelklage («class action») nach US-amerikanischem Vorbild gegenüber.⁴⁵⁸ Obwohl nicht ausdrücklich so deklariert, nimmt der Bundesrat mit diesen Vorschlägen seine grundrechtlichen Verwirklichungspflichten wahr; die vorgeschlagenen Neuerungen sind deshalb (auch) aus der Sicht des Rechts auf Justizzugang positiv zu würdigen. Weiter zu prüfen wäre indessen, ob das Instrument der Verbandsklage nicht auch im öffentlichen Verfahrensrecht zu einer weiteren Stärkung des Rechts auf Gerichtszugang führen würde. Dies erscheint insbesondere im Bereich des Diskriminierungsrechts angezeigt.⁴⁵⁹

4. *Verfahrens- und gruppenspezifischer Ausbau der unentgeltlichen Vertretung*

Die Geltendmachung von rechtlichen Anliegen hängt zunehmend von der Möglichkeit ab, sich durch eine Fachperson beraten, verbeiständen, vertreten oder verteidigen zu lassen.⁴⁶⁰ Entsprechend anerkennt die Bundesverfassung einen freiheitsrechtlich konzipierten und justiziablen Anspruch der Parteien, sich in allen Justizverfahren vertreten zu lassen sowie unter gewissen Umständen einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beigeordnet zu erhalten.⁴⁶¹ Die umfassende Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang legt in diesem Zusammenhang programmatische Massnahmen nahe, die über die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehen. Auch hier setzt die Wahl der geeigneten Mittel allerdings entsprechende Erhebungen voraus.

Auf Seiten der Anwaltschaft wäre zu eruieren, welche staatlichen Beitragsleistungen einen Anreiz zur Übernahme von Mandaten im Rahmen der Prozesskostenhilfe darstellen und damit den Justizzugang tendenziell fördern und welche Gegebenheiten die Anwälte von der Übernahme entsprechender Mandate tendenziell abhalten. Ist die Vertretung von Personen mit Prozesskostenhilfe für die Anwaltschaft nicht attraktiv, weil die Rechtsvertreterinnen und -vertreter damit kein angemessenes Einkommen erzielen können, verschlechtern sich die Chancen unentgeltlicher anwaltlicher Vertretung und damit auch jene des Zugangs zur Justiz.⁴⁶² Auf der Seite der Rechtssuchenden wäre zu fragen, inwieweit die Möglichkeit der kostenlosen anwaltlichen Vertretung überhaupt be-

457 Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 15.

458 Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 15.

459 KÄLIN/LOCHER, S. 102.

460 FRA und Europarat, Handbuch, S. 81 ff.

461 Vgl. dazu vorne S. 57 ff.

462 STORSKRUBB/ZILLER, S. 179.

kannt ist und es wäre festzustellen, welche Faktoren den Einzelnen davon abhalten, die Dienste eines Rechtsanwalts oder einer Rechtsanwältin in Anspruch zu nehmen. Das Heil allein in einem weiteren Ausbau der allgemeinen anwaltlichen Prozesskostenhilfe zu suchen, erscheint indessen wenig realistisch. Zum einen sind die Ausgaben in der Schweiz heute schon beachtlich, gerade auch im internationalen Vergleich,⁴⁶³ so dass ein weiterer Ausbau über justiziable Individualansprüche hinaus angesichts der (allerdings auf hohem Niveau) beschränkten Budgets illusorisch erscheint. Zum anderen bedeutet ein Mehr an anwaltlicher Vertretung nicht zwingend auch ein Mehr an effektivem Zugang zur Justiz; es kann für eine effektive Lösung des hinter dem Rechtskonflikt stehenden persönlichen Konflikts sogar hinderlich sein (was aber wiederum zu verifizieren wäre).⁴⁶⁴

Sachgerecht erscheint deshalb nicht ein genereller, sondern ein *verfahrens-* bzw. *gruppenspezifischer Ausbau* der unentgeltlichen Vertretung, namentlich für Kinder und Jugendliche, Sozialhilfeempfängerinnen, Strafgefangene, Menschen mit Behinderungen oder Migrantinnen und Migranten, insbesondere auch dann, wenn diesen Personen strafbares Verhalten zur Last gelegt wird.⁴⁶⁵ In diesen Konstellationen ist der Staat gehalten, zusätzliche Massnahmen zu treffen, wie etwa die von Amtes wegen erfolgte Beiordnung von Anwältinnen, Sozialarbeitern oder Vertrauenspersonen, damit eine wirksame Verfahrensteilnahme ermöglicht wird.⁴⁶⁶ Für den Asylbereich hat der Gesetzgeber diese Unterstützung seit kurzem realisiert, seit dem 1. März 2019 besteht im erstinstanzlichen Asylverfahren ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung (Art. 102f ff. AsylG⁴⁶⁷).⁴⁶⁸ Andere Rechtsordnungen kennen die Verpflichtung, Kindern und Jugendlichen in Kindschaftssachen, die ihre Person betreffen, jedenfalls dann einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung ihrer Rechte erforderlich ist.⁴⁶⁹ Dabei müssen die Vertreterinnen und Vertreter nicht zwingend über eine Zulassung als Rechtsanwältin oder -anwalt verfügen, sollten aber hinreichend verfahrenskundig sein, um die besonderen Bedürfnisse der Betroffenen vor Gericht geltend zu machen.⁴⁷⁰

463 Vgl. dazu vorne S. 59 ff.

464 RHODE, Roadmap, S. 1232; vgl. auch CAVANAGH/RHODE, S. 164 ff.; weitere Beispiele bei SANDEFUR, Access to What?, S. 52, m.w.H. auf entsprechende Studien.

465 EGMR, 11.3.2009, Nr. 4268/04, *Panovits c. Zypern*, N. 67 f.; siehe auch FRA, Child-friendly justice, S. 51; FRA und Europarat, Handbuch, S. 93; FRA, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen, S. 215 ff..

466 EGMR, 10. 11. 2004, Nr. 60958/00, *S. C. c. Vereinigtes Königreich*, N. 29.

467 Asylgesetz vom 26.6.1998, SR 142.31.

468 Weiterführend HEINIGER, S. 10 ff; GUNDI/PRICA, S. 34 ff.

469 So das deutsche Recht, vgl. § 158 Abs. 1 und 2 FamFG; in Verfahren betreffen die Unterbringung Minderjähriger und bei freiheitsentziehenden Massnahmen bei Minderjährigen ist ein Verfahrensbeistand zwingend erforderlich, vgl. § 167 Abs. 1 FamFG.

470 Vgl. Art. 102i Abs. 4 AsylG, Art. 52a Abs. 2 und Art. 53 AsylV.

5. *Prozessfinanzierung?*

In den vergangenen Jahren hat sich in zahlreichen Staaten ein Markt für Prozessfinanzierungsdienstleister entwickelt, auch in der Schweiz.⁴⁷¹ Dabei übernimmt ein Dritter – in der Regel ein spezialisiertes Unternehmen – die (Vor-)Finanzierung aller Kosten der Anspruchsdurchsetzung einer klagenden Partei. Bei Obsiegen werden die bevorschussten Kosten aus dem erstrittenen Erlös an den Prozessfinanzierer zurückbezahlt und als Erfolgsbeteiligung steht diesem ein prozentualer Anteil am verbleibenden Nettoerlös zu; bei Unterliegen werden die anfallenden Kosten ganz vom Prozessfinanzierer getragen.⁴⁷² Das Bundesgericht erlaubt dieses Geschäftsmodell, solange die beauftragten Anwältinnen und Anwälte vom Finanzierungsdienstleister unabhängig sind.⁴⁷³ Der Bundesrat schlägt im Rahmen einer Revision der Zivilprozessordnung die Regelung vor, dass das Gericht die Parteien auf die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung hinweist (Art. 97 VE-ZPO 2018) und spricht sich damit implizit für die Zulässigkeit dieses Geschäftsmodells aus.⁴⁷⁴

Aus der Sicht des Rechts auf Justizzugang ist die Erweiterung der Möglichkeiten zur Prozessfinanzierung grundsätzlich zu begrüssen. Damit geht aber keine generelle Erleichterung im Justizzugang einher. Prozessfinanzierer sind gewinnstrebige Unternehmen, die ihre Dienste typischerweise für die Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen zur Verfügung stellen, die Durchsetzung ideeller Ansprüche scheidet aus dem Geschäftsfeld aus. Aufgrund des Kostenrisikos bei Unterliegen werden ohnehin nur Verfahren mit guten Erfolgsaussichten finanziert.⁴⁷⁵ Angesichts dieses Geschäftsmodells sind die Rechtsschutzinteressen von Personen, die mit besonderen Schwierigkeiten im Justizzugang konfrontiert sind – angeschuldigte Personen, Sozialhilfebezügler, Strafgefangene oder unter Erwachsenenschutzmassnahmen stehenden Personen – für eine Prozessfinanzierung nicht attraktiv.

6. *Sicherstellung des Justizzugangs im föderalistischen Mehrebenensystem*

Eine zusätzliche Herausforderung für die (rechtsgleiche) Geltung des Rechts auf Justizzugang stellt das föderalistische Mehrebenensystem der Schweiz dar.⁴⁷⁶ Die Zuständigkeit im Bereich der Justizorganisation liegt bei den Kantonen (Art. 191b, Art. 122 Abs. 2 und Art. 123 Abs. 2 BV); gleichzeitig besteht

471 Für einen Überblick vgl. die Länderberichte in FRIEL/BARNES, für die Schweiz WEGMÜLLER, Switzerland, S. 57 ff.

472 SCHUMACHER, N. 5 ff.; WEGMÜLLER, Prozessfinanzierung, S. 235 ff. je m.w.H.

473 BGE 131 I 223 ff., bestätigt in BGer, 2C_814/2014 vom 22. 1. 2015.

474 Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 50 f.

475 SCHUMACHER, N. 22 und N. 27 ff.

476 Allgemein zur Thematik WYTTENBACH, insb.; vgl. auch KIENER, Grundrechte in der Bundesverfassung, § V.2., N. 43, 46; die Problematik stellt sich im Übrigen auch im föderalistischen System der USA, vgl. SANDEFUR/SMYTH, S. 24.

nach ständiger Bundesgerichtspraxis kein Anspruch auf Rechtsgleichheit über die Kantonsgrenzen hinweg.⁴⁷⁷ Zudem hält sich auch der Bundesgesetzgeber in der Regel zurück, wenn es darum geht, den Kantonen organisations- oder verfahrensrechtliche Vorgaben in ihrem Autonomiebereich zu machen.⁴⁷⁸ Obwohl die Kantone nach Massgabe von Art. 35 Abs. 2 BV auch bei Wahrnehmung ihrer eigenen Kompetenzen an die Grundrechte gebunden und gemäss Art. 35 Abs. 1 BV für deren Achtung, Schutz und Verwirklichung verantwortlich sind, besteht im Ergebnis kein landesweit einheitlicher Standard im Justizzugang, namentlich soweit die umfassende Verwirklichung des Zugangs über die bestehende Prozessrechtsordnung hinaus in Frage steht. So unterscheiden sich die Gerichtskosten von Kanton zu Kanton, ebenso die im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung zugesprochenen Anwaltsentschädigungen; in einzelnen Kantonen haben die Bürgerinnen und Bürger die Möglichkeit, das in ihren Augen rechtswidrige Verhalten der Polizeibehörden vor Ombudsstellen zu thematisieren, während diese Option andernorts nicht besteht. Solche Unterschiede relativieren das verfassungsrechtlich und völkerrechtlich verankerte und mit der Rechtsgleichheit abgesicherte Recht auf Zugang zur Justiz.

V. Alternativen?

Im Rahmen der umfassenden Verwirklichung des Justizzugangs wäre schliesslich auch zu untersuchen, ob und inwieweit Alternativen zum staatlichen-gerichtlichen Rechtsschutz bestehen, die den Bedürfnissen von Rechtssuchenden besser entsprechen als die stark formalisierten, mit einem erheblichen Kostenrisiko verbundenen und im Grundsatz auf Konfrontation angelegten Gerichtsverfahren.⁴⁷⁹ So sind in Diskriminierungsfällen förmliche Gerichtsverfahren oftmals ungeeignet, um eine erlittene Diskriminierung rückgängig zu machen oder eine effektive Wiedergutmachung zu erreichen.⁴⁸⁰

Ein Grund für mögliche Fehlanreize im Zugang zur Justiz könnte auch darin liegen, dass Streitigkeiten primär *soziale Konflikte zugrunde liegen, diese aber in Rechtskonflikte unformuliert* werden müssen, weil der soziale Konflikt anders nicht gelöst werden kann, die staatlichen Gerichte also stellvertretend angerufen werden, weil geeignetere Konfliktlösungsmechanismen nicht zur Verfügung stehen. Das Beispiel der Verfolgung von häuslicher Gewalt zeigt, dass

477 BGE 138 I 321 E. 5.3.6 S. 329; BGE 125 I 173 E. 6d S. 179.

478 So sieht der Bundesrat davon ab, die Schaffung schweizweit einheitlicher Gebührentarife oder eines Rahmentarifs vorzuschlagen und damit die kantonale Tarifhoheit zu beschränken, Bundesrat, Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung, S. 16.

479 So auch FRA und Europarat, Handbuch, S. 54 ff.; UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 24, N. 70; BEQIRAJ/GARAHAN/SHUTTLEWORTH, S. 6 ff.; siehe im Übrigen auch schon FRANCONI, Rights of Access, S. 4 f. sowie die Diskussion bei KLEY, Rechtsschutz, § 19, N. 15 ff.

480 KÄLIN/LOCHER, S 103.

das Strafverfahren zwar zur Bestrafung des Täters und zur Durchsetzung der Rechtsordnung führt und damit wichtige gesamtgesellschaftliche Interessen verwirklicht. Für viele Opfer stellt dieses Verfahren aber kein taugliches Mittel für die soziale Problemlösung dar; für sie steht nicht die Bestrafung im Vordergrund, sondern das Ende der Gewalt und die Therapie der Täter.⁴⁸¹

Ausserhalb der Durchsetzung zwingenden Rechts kann eine vergleichsweise rasche und unentgeltliche oder jedenfalls kostengünstige Klärung von Konflikten auch durch (staatliche oder private) Beratungs-, Auskunfts- und Schlichtungsstellen, durch Ombudsstellen, Gleichstellungs- oder Datenschutzbeauftragte erfolgen. In welchen Bereichen solche Alternativen zum Gerichtszugang möglich und sinnvoll sind, muss eruiert werden. Dabei ist immer auch zu prüfen, ob das alternative Instrument zugänglich und bezahlbar ist, ob die Einrichtung aufgrund ihrer personellen Besetzung und ihrer Kompetenzen eine effektive Konfliktlösung sicherstellen kann und ob sie den Anspruch auf unabhängigen, rechtsgleichen, diskriminierungsfreien und generell grundrechtskonformen Zugang achtet.⁴⁸² Eine Alternative zum staatlich-gerichtlichen Rechtsschutz ist zudem nur dann zu bejahen, wenn das Verfahren eine angemessene Reaktion auf die vorgebrachten Rechtsschutzanliegen erlaubt und einen effektiven Konfliktlösungsmechanismus bereithält; die blosse Möglichkeit, Rechtsbehelfe wie Aufsichtsbeschwerden oder Petitionen einzureichen, vermittelt deshalb keine Alternative zum Zugang zur Justiz. Als Variante zum formellen Gerichtszugang scheinen sich insbesondere Ombudsstellen zu eignen.⁴⁸³ Ombudsstellen sind auf Vermittlung und Schlichtung angelegt, die Verfahren sind einfach und kostenlos, die Behörde als solche ist unabhängig und neutral.⁴⁸⁴ Ombudsstellen können auch zur Entlastung der Gerichte beitragen und nicht zuletzt funktionieren sie als eine Art von Frühwarnsystem bezüglich Lücken oder Hindernissen im Justizzugang. Aus der Sicht der programmatischen Verwirklichung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht sollte der Staat die Schaffung solcher und anderer Schlichtungsstellen nicht behindern, sondern sie im Gegenteil weiter ausbauen und unterstützen.⁴⁸⁵

E. Ergebnisse

Der «Zugang zur Justiz» erweist sich als ausgesprochen vielschichtiges Konzept, dem ganz unterschiedliche Vorstellungen zugrunde liegen können. Als

481 Vgl. SCHWARZENEGGER/OTT, Evaluation, insb. S. 113.

482 FRANCONI, Access to justice, S. 4 f.; HERSHKOFF, S. 1373 ff.; siehe auch UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 71.

483 BEQIRAJ/GARAHAN/SHUTTLEWORTH, S. 6 ff.

484 KLEY, Rechtsschutz, § 19, N. 15 ff.

485 UN General Assembly, Report on legal empowerment, N. 76; aus Sicht des Diskriminierungsschutzes auch KÄLIN/LOCHER, S. 103 und 104.

Rechtsbegriff ist der Zugang zur Justiz gleichbedeutend mit dem grundrechtlichen und menschenrechtlichen Anspruch des Einzelnen, bei Rechtsstreitigkeiten rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu einem Gericht zu erhalten, das in einem effektiven und praktisch wirksamen Verfahren eine umfassende Prüfung der Rechts- und Sachverhaltsfragen vornimmt und innerschleunigst ein Urteil fällt. Das Recht auf Justizzugang ist damit zunächst als ein die gesamte Rechtsordnung durchdringendes prozedurales Rechtsdurchsetzungsrecht zu verstehen. Über den Individualrechtsschutz hinaus stellt der Justizzugang zugleich ein wichtiges Mittel zur Verwirklichung des materiellen Rechts dar; verstanden als Zugang zu einem auf Gesetz beruhenden, unabhängigen Gericht verkörpert sich im Justizzugang überdies ein wichtiges Element von Rechtsstaatlichkeit. Das Recht auf Justizzugang greift aber nochmals tiefer. Die Möglichkeit, bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz zu haben, weist letztlich auf die Subjektqualität des Menschen und damit auf die Menschenwürde zurück. Wer eine Rechtsperson ist, hat Rechte, und wer Rechte hat, dem ist das Instrumentarium an die Hand gegeben, diese Rechte auch durchsetzen zu können. Unter diesem Gesichtspunkt gewinnt das Recht auf Justizzugang gerade für verletzte Menschen Gewicht; über die blosse Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung hinaus liegt im gleichberechtigten Justizzugang für sie die Gewissheit begründet, von der Rechtsgemeinschaft als gleichwertige Mitglieder anerkannt und in diese integriert zu sein. Das Recht auf Justizzugang ist damit auch Anliegen und Ausdruck elementarer Gerechtigkeit und letztlich eines der grundlegendsten Rechte überhaupt.

Angesichts dieser Geltungswucht wiegen die Pflichten des Staates schwer. Er hat den Justizzugang des Einzelnen zu achten, zu schützen und zu gewährleisten, was auch positive Massnahmen nach sich zieht, namentlich die Schaffung einer Justizinfrastruktur, die es den Rechtsuchenden ermöglicht, ihre Anliegen vor einer gerichtlichen Behörde effektiv und in einem praktisch wirksamen Verfahren durchzusetzen. Darüber hinaus muss der Staat im Sinne objektiv-programmatischer Verwirklichungspflichten alle rechtlichen, institutionellen und prozeduralen Voraussetzungen schaffen, die zur vollen Realisierung des Rechts auf Justizzugang erforderlich sind. Die Schweiz verfügt über ein formal inklusives, am Grundsatz der Verfahrensfairness ausgerichtetes und gut ausgestattetes Justizsystem. Gleichwohl wäre es verfehlt, die umfassende Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang zu bejahen. Dazu fehlen die erforderlichen Untersuchungen, die es ermöglichen würden, verlässliche Informationen über allfällige Zugangslücken zu gewinnen, gerade was den Anspruch auf rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zur Justiz anbelangt. Hier eröffnet sich ein weites Forschungsfeld.

Literatur

- ADAMS ABI/PRASSL JEREMIAS, Vexatious Claims: Challenging the Case for Employment Tribunal Fees, *The Modern Law Review* 2017, Vol. 80(3), S. 412 ff.
- ALBISTON CATHERINE R./SANDEFUR REBECCA L., Expanding the Empirical Study of Access to Justice, *Wisconsin Law Review* 2013, S. 101 ff.
- AMSTUTZ KATHRIN/ARNOLD PETER, Art. 44, in: PETER, Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz*, 3. Aufl., Basel 2018
- ANDONIE EVA MILADEH, Die Arabische Charta der Menschenrechte 2004: Entwicklung, Kontext, Analyse, Diss. St. Gallen 2015, Zürich/St. Gallen 2017
- ARNOLD IRENE, Die Verfahrenskosten gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Zürich 2018, Zürich 2018.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II: Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013
- BALDEGGER MIRJAM, Das Spannungsverhältnis zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten, Diss. Bern 2015, Basel 2015
- BANIK DAN, Legal Empowerment as a Conceptual and Operational Tool in Poverty Eradication, *Hague Journal on the Rule of Law* 1/2009, S. 117 ff.
- BEQIRAJ JULINDA/GARAHAN SABINA/SHUTTLEWORTH KELLY, Ombudsman schemes and effective access to justice: A study of international practices and trends, *International Bar Association, Bingham Centre for the Rule of Law Report* 10/2018, Bingham 2018
- BEQIRAJ JULINDA/McNAMARA LAWRENCE, *International Access to Justice: Barriers and Solutions*, *International Bar Association, Bingham Centre for the Rule of Law Report* 02/2014, *International Bar Association, Bingham 2014* (zit. *International Access*)
- BEQIRAJ JULINDA/McNAMARA LAWRENCE, *Children and Access to Justice: National Practices, International Challenges*, *Bingham Centre for the Rule of Law Report* 02/2016, *International Bar Association, Bingham 2016* (zit. *Children and Access*)
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017
- BIGLER OLIVIER, Art. 5, in: Luc Gonin/Olivier Bigler (Hrsg.), *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern 2018 (zit. Art. 5 EMRK)

- BIGLER OLIVIER, Art. 6 (volet civil), in: Luc Gonin/Olivier Bigler (Hrsg.), *Convention européen des droits de l'homme (CEDH): Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern 2018 (zit. Art. 6 EMRK, volet civil)
- BIGLER OLIVIER, Art. 6 (volet pénal), in: Luc Gonin/Olivier Bigler (Hrsg.), *Convention européen des droits de l'homme (CEDH): Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern 2018 (zit. Art. 6 EMRK, volet pénal)
- BINDER ANJA M., *Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Prozessen mit fachtechnischen Fragen*, «Justice – Justiz – Giustizia» 2014/3 (zit. Kognition)
- BINDER ANJA M., *Expertenwissen und Verfahrensgarantien, dargestellt an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Bundesebene*, Diss. Zürich 2016, Zürich u.a. 2016 (zit. Expertenwissen)
- BINGHAM TOM, *The Rule of Law*, London 2011
- BLACKSTONE WILLIAM, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Vol. III: *Of the Private Wrongs*, 1765–1769
- BREUER MARTEN, Art. 13, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, 2. Aufl., München 2015
- BRICKHILL JASON (Hrsg.), *Public Interest Litigation in South Africa*, Kapstadt 2018
- BÜHLER ALFRED, Art. 122, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung: Berner Kommentar*, Band I: *Artikel 1–149 ZPO*, Bern 2012
- CAMPRUBI MADELEINE, Art. 62, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *VwVG Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren: Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019
- CAPLAN LINCOLN/MALCOLM LIEBMAN LANCE/SANDEFUR REBECCA L. (Hrsg.), *Access to Justice*, *Daedalus* Winter 2018, Vol. 148
- CAPPELLETTI MAURO, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Comparative Constitutional, International, and Social Trends*, *Stanford Law Review* 1973, Vol. 25(5), S. 651 ff. (zit. *Fundamental guarantees*)
- CAPPELLETTI MAURO (Hrsg.), *Access to Justice and the Welfare State*, *Alphen aan den Rijn* u.a. 1981 (zit. *Access to justice*)
- CAPPELLETTI MAURO/GARTH BRYANT/KOCH KLAUS-FRIEDRICH ET AL. (Hrsg.), *Access to Justice*, Mailand 1978–79
- CAVANAGH RALPH C./RHODE DEBORAH L., *The Unauthorized Practice of Law and Pro Se Divorce: An Empirical Analysis*, *Yale Law Journal* 1976, Vol. 86(1), S. 104 ff.
- CHAMBLISS ELIZABETH, *Marketing Legal Assistance*, *Daedalus* Winter 2019, Vol. 148, S. 98 ff.

- DASSER FELIX, vor Art. 353–399, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. vor Art. 353–399 ZPO)
- DASSER FELIX, Art. 357, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. Art. 357 ZPO)
- DIGGELMANN OLIVER/ALTWICKER TILMANN, *Finanzielle Gerichtszugangsschranken im Licht von Art. 6 Abs. EMRK, DÖV 20/2012*, S. 781 ff.
- DIVAN SHYAM, *Public Interest Litigation*, in: Sujit Choudhry/Madhav Khosla/Pratap Bhanu Mehta (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford 2017, S. 662 ff.
- DOMAJ TANJA, Art. 67, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2014
- DREIER HORST, *Vorbemerkungen vor Art. 1 GG*, in: desr. (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Band 1, Tübingen 1996, S. 39 ff.
- DREXEL CLAUDIA, *Der Zugang zum Recht: Eine Untersuchung ausgewählter Regelungen der Zivilgerichtsbarkeit am Massstab von Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC*, Wien 2016
- DUBLER ANNE-MARIE, sub voce: «Gerichtswesen», in: e-HLS
- ELBERLING BJÖRN, Art. 5, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, 2. Aufl., München 2015
- ENGLER RUSSELL, *Connecting Self-Representation to Civil Gideon: What Existing Data Reveal about when Counsel is Most Needed*, *Fordham Urban Law Journal* 2010, Vol. 37(1), S. 37 ff.
- EPINEY ASTRID, Art. 5, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. Basler BV-Komm., Art. 5)
- EPINEY ASTRID, Art. 36, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. Basler BV-Komm., Art. 36)
- FARROW TREVOR C. W., *What is Access to Justice?*, *Osgoode Hall Law Journal* 2014, Vol. 51/3, S. 957 ff.
- FELLER RETO/MÜLLER MARKUS, *Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgericht – Probleme in der praktischen Umsetzung: Dargestellt am Urteil BVGer A-19/2008 vom 12. Februar 2009*, *ZBI 8/2009*, S. 442 ff.
- FLYNN EILIONÓIR, *Disabled Justice? Access to Justice and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Farnham 2015
- FRANCIONI FRANCESCO (Hrsg.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford 2007 (zit. Access to justice)

- FRANCIONI FRANCESCO, The Rights of Access to Justice under Customary International Law, in: ders. (Hrsg.), Access to Justice as a Human Right, Oxford 2007, S. 1 ff. (zit. Rights of Access)
- FREIBURGHaus DIETER, E-Justice – etwas weniger Hektik bitte ..., «Justice – Justiz – Giustizia» 2018/3
- FRIEL STEVEN/BARNES JONATHAN (Hrsg.), Litigation Funding, London 2018
- FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009
- GÄCHTER THOMAS, Entwicklung und Organisation der Sozialversicherungsbarkeit im Bund und im Kanton Bern, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart: 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 89 ff.
- GARTH BRYANT/CAPPELLETTI MAURO, Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, Buffalo Review 1978, Vol. 27, S. 181 ff.
- GÖKSU TARKHAN, Art. 32, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung: Basler Kommentar, Basel 2015
- GOLDSTON JAMES A., Public Interest Litigation in Central and Eastern Europe: Roots, Prospects, and Challenges, Human Rights Quarterly 2006, Vol. 28, S. 492 ff.
- GOLUB STEPHEN, What is Legal Empowerment, in: ders. (Hrsg.), Legal Empowerment: Practitioners Guides, Rom 2010, S. 9 ff.
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch, 6. Aufl., München u.a. 2016
- GRÄNICHER DIETER, Art. 178, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht: Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013
- GREINER D. JAMES, The New Legal Empiricism & Its Application to Access-to-Justice Inquiries, Daedalus Winter 2019, Vol. 148, S. 64 ff.
- GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung – 16 Essays, Bern 2014
- GSCHWEND JULIA, Art. 129, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung: Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017
- GUNDI STEPHANIE/PRICA MARC, Rechtsschutz oder Alibiübung? 50 Jahre Hilfswerkvertretung – Erfahrungen und Ausblick, Asyl 1/19, S. 34 ff.
- GUTH MICHÈLE, Konsensuale Streitbeilegung im öffentlichen Verfahrensrecht, Zürich u.a. 2017

- HÄBERLI THOMAS, Art. 62, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich u.a. 2016
- HANGARTNER YVO, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131 ff.
- HARRIS DAVID/O'BOYLE MICHAEL/BATES ED/BUCKLEY CARLA, Law of The European Convention on Human Rights, 3. Aufl., Oxford 2014
- HEDELER WLADISLAV/DIETZSCH STEFFEN, Chronik der Moskauer Schauprozesse 1936, 1937 und 1938: Planung, Inszenierung und Wirkung, Berlin 2003
- HEINIGER TOBIAS, Das erweiterte Verfahren: Stiefkind der Neustrukturierung des Asylbereichs, Asyl 1/19, S. 10 ff.
- HERSHKOFF HELEN, Poverty Law And Civil Procedure: Rethinking The First-Year Course, Fordham Urban Law Journal 2007, Vol. 34(4), S. 1325 ff.
- HIRT REBECCA, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, Laachen/St. Gallen 2004
- HOCHSTRASSER DANIEL/FUCHS SIMONE, Einleitung zum Zwölften Kapitel: Grundlagen der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Heinrich Honssell/Nedim Peter Vogt/Anton K.Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht: Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, S. 1625 ff.
- HOTTELIER MICHEL, Les garanties de procédure, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 1. Aufl., Zürich 2001, § 51.
- HUG CHRISTOPH/SCHLÄFLI PATRIZIA, Art. 17 JStPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung: Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014
- HÜRLIMANN DANIEL, Publikation von Urteilen durch die Gerichte, sui-generis 2014, S. 82 ff.
- JARASS HANS D./PIEROOTH BODO, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 13. Aufl., München 2014
- JENT-SØRENSEN INGRID, Art. 122, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014
- JOHANN CHRISTIAN, Art. 1, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar, 2. Aufl., München 2015 (zit. Art. 1 EMRK)
- JOHANN CHRISTIAN, Art. 15, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar, 2. Aufl., München 2015 (zit. Art. 15 EMRK)

- JOHNSON EARL, Equal Access To Justice: Comparing Access To Justice In The United States And Other Industrial Democracies, *Fordham International Law Journal* 2000, Vol. 24(6), S. 83 ff.
- JOSEPH SARAH/CASTAN MELISSA, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 1. Aufl., Oxford 2000
- JOZIC CORNELIA, Zugang zum Recht für Arme: Eine rechtshistorische Studie zur Entwicklung des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des Luzerner Prozessrechts vom Spätmittelalter bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, Diss. Zürich 2014, Zürich 2014
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz: Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 4. Aufl., Basel 2019
- KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen*, Synthesebericht, Bern 2015
- KARTUSCH ANGELIKA, Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, in: Erika Schächli/Silvia Ulrich/Judith Wytenbach (Hrsg.), *CEDAW Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau: Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich*, Bern/Wien 2015, S. 1275 ff.
- KIENER REGINA, Ein Pinselstrich am Richterbild: Richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten im Verwaltungsprozess, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart: 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern 2010, S. 505 ff. (zit. Aufklärungs- und Fürsorgepflichten)
- KIENER REGINA, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina, *Staatsrecht*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 21 (zit. Bundesgericht und richterliche Behörden)
- KIENER REGINA, Das Recht auf Anerkennung als Rechtsperson, *ZSR* 2015 I, S. 429 ff. (zit. Anerkennung als Rechtsperson)
- KIENER REGINA, Das Recht auf effektiven Rechtsschutz, in: Claudia Kaufmann/Christina Hausammann (Hrsg.), *Zugang zum Recht: Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz*, Basel 2017, S. 23 ff. (zit. Rechtsschutz)
- KIENER REGINA, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band II, 2. Aufl., Zürich 2020, § V.2. (zit. Grundrechte in der Bundesverfassung)
- KIENER REGINA, Grundrechtsschranken, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band II, 2. Aufl., Zürich 2020, § V.6. (zit. Grundrechtsschranken)

- KIENER REGINA/BREITENBÜCHER DANIELLE, Die Bearbeitung von Personendaten durch Justizbehörden: Ein Problem für den Justizzugang von Sans-Papiers, ZBI 7/2019, Ziff. I. ff.
- KIENER REGINA/MEDICI GABRIELA, Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz: Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte, ZSR 2014 I, S. 133 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015
- KLEY ANDREAS, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Habil. St. Gallen 1995, Zürich 1995 (zit. Rechtsschutz)
- KLEY ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit: Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. Verfassungsgeschichte)
- KLEY ANDREAS, Art. 29a, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich u.a. 2014 (zit. St. Galler BV-Komm.)
- KÖLZ ALFRED, Art. 58, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg-Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel u.a. 1987–1996
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich u.a. 2013
- KRAUSE JOSÉ, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte: Insbesondere mit Blick auf Probleme bei der Beschwerde in eidgenössischen Stimmrechtssachen, Diss. Zürich 2017, Zürich u.a. 2017
- KREUTZ MARCUS, Art. 13, in: Kreutz Marcus/Lachwitz Klaus/Trenk-Hinterberger Peter, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis: Erläuterung der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2003
- KÜFFER HENRIETTE, Art. 106, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung: Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014
- KÜNZLI JÖRG/STURM EVELYNE/VEERAKATTY VIJITHA, Rechtsschutz gegen polizeiliche Übergriffe: Eine Darstellung der Beschwerdemechanismen in der Schweiz, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern 2014

- LIDMAN REVEN, Note, Civil Gideon as a Human Right: Is the U.S. Going to Join Step with the Rest of the Developed World, *Temple Political & Civil Rights Law Review* 2006, Vol. 15(3), S. 769 ff.
- LÖTSCHER ANDREAS, «Sprache und Recht» – Bericht von einer Tagung am Institut für deutsche Sprache in Mannheim, *LeGes* 2001/3, S. 133 ff.
- MACDONALD RODERICK A., Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions, in: Frederick H. Zemans/William A. Bogart/Julia Bass (Hrsg.), *Access to Justice for a New Century: The Way Forward*, Toronto 2005, S. 19 ff.
- MCGURN BARRETT, Slogans to Fit the Occasion, in: *Supreme Court Historical Society, Yearbook* 1982, Washington 1982, S. 104 ff.
- MAHON PASCAL, Remarques liminaires aux articles 29 à 32, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999*, Zürich u.a. 2003, S. 262 ff. (zit. Art. 29–32 BV)
- MAHON PASCAL, Art. 29a, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999*, Zürich u.a. 2003 (zit. Art. 29a BV)
- MANBY BRONWEN, Civil and Political Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights: Articles 1–7, in: Malcolm Evans/Rachel Murray (Hrsg.), *The African Charter of Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986–2006*, 2. Aufl., Cambridge 2008
- MARTI ARNOLD, Die Kosten im heutigen Zivilprozess, «Justice – Justiz – Giustizia» 2017/3
- MARU VIVEK, Access to Justice and Legal Empowerment: A Review of World Bank Practice, Washington 2009
- MARU VIVEK/MOY ABIGAIL, Legal Empowerment and the Administrative State: A Map of the Landscape, and Three Emerging Insights, Publication of the Open Society Justice Initiative, Autumn 2013, S. 59 ff.
- MCBRIDE JEREMY, Access to justice for migrants and asylum seekers in Europe, Strassburg 2009
- MCGURN BARRETT, Slogans to Fit the Occasion, *Supreme Court Historical Society Yearbook*, 1982 S. 170 ff.
- MEDINA QUIROGA CECILIA, *The American Convention on Human Rights*, 2. Aufl., Cambridge 2016
- MEICHSSNER STEFAN, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), *Diss. Basel* 2007, Basel 2008
- MEIER ISAAK/SCHINDLER RICCARDA, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), *HAVE-Haftpflichtprozess* 2015, Zürich u.a. 2015, S. 29 ff.

- MEIER REGINA, Das ideelle Verbandsbeschwerderecht: Eine Darstellung der Regelungen auf Bundesebene, Diss. Zürich 2015, Zürich 2015
- MERTEN DETLEF, Grundrechtsverzicht, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg u.a. 2009, § 73, S. 717 ff.
- MERZ BARBARA, Art. 142, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander-Merz (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO): Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- MEYER FRANK, Art. 6, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar, 2. Aufl., München 2015
- MEYER-LADEWIG JENS/HARRENDORF STEFAN/KÖNIG STEFAN, Art. 6, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden u.a. 2017
- MEYER ULRICH/BÜHLER JACQUES, Das Projekt Justitia 4.0, «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/1
- MOECKLI DANIEL, Völkerrechtliche Grenzen des racial profiling, in: Jusletter 18. September 2017 (zit. Völkerrechtliche Grenzen)
- MOECKLI DANIEL, Equality and Non-discrimination, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 3. Aufl. Oxford 2018 (zit. Equality)
- MOLAVI MICHAEL, Law's Financialization: Litigation Finance and Multilayer Access to Justice in Canada, Canadian Journal of Law and Society/Revue Canadienne Droit et Société 2018, S. 1 ff.
- MØSE ERIK, Article 8, in: Gudmundur Alfredsson/Asbjørn Eide (Hrsg.), The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement, Den Haag u.a. 1999, S. 187 ff.
- MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013
- MÜHLEMANN DAVID, Zugang zum Recht – für Gefangene versperrt, Veröffentlichung in der Jubiläumspublikation: 40 Jahre Demokratische JuristInnen Schweiz, Bern 2018, S. 159 ff.
- MÜLLER-FRANKEN SEBASTIAN, Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehre, in: Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., München 2018, S. 111 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Gesetzgebungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013

- MÜLLER JÖRG PAUL, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 1. Aufl., Zürich 2001, § 39, S. 621 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Aufl., Bern 2008
- NEUBERGER LORD, *Justice in an Age of Austerity*, Tom Sargant Memorial Lecture, London 2013
- NOONE MARY ANNE, Challenges Facing the Australian Legal Aid System, in: Flynn Asher/Hodgson Jacqueline (Hrsg.), *Access to Justice and Legal Aid: Comparative Perspectives on Unmet Legal Need*, Oxford 2017, S. 23 ff.
- NOTTER PANDORA, *Mediation im Verwaltungsverfahren*, Zürich/St. Gallen 2013
- NOWAK MANFRED, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2. Aufl., Kehl am Rhein u.a. 2005
- NOWAK MANFRED/MCARTHUR ELIZABETH, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford 2008
- NUSSBAUM MARTHA, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge 2000 (zit. Capabilities Approach)
- NUSSBAUM MARTHA, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge (MA) 2006 (zit. Frontiers)
- NUSSBAUMER MARKUS, Gesetze in «leichter Sprache»? *LeGes* 2016/1, S. 99 ff. (zit. Gesetze in «leichter Sprache»?)
- NUSSBAUMER MARKUS, Gesetze verständlich machen, Gesetze verständlich «verkaufen», in: Bock Bettina M./Fix Ulla/Lange Daisy (Hrsg.), «Leichte Sprache» im Spiegel theoretischer und angewandter Forschung, Berlin 2017, S. 351 ff. (zit. Gesetze verständlich machen)
- PETERS ANNE, Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie, *SZIER* 2011, S. 397 ff.
- PIESBERGEN JENS, *Justitia 4.0 – Digitalisierung und Transformation der Justiz*, «Justice – Justiz – Giustizia» 2018/2
- RASS-MASSON NATHY/ROUAS VIRGINIE, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *Effective Access to Justice Study*, Brüssel 2017, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU\(2017\)596818_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU(2017)596818_EN.pdf)
- RAUSCH HERIBERT, Du Gesetzgeber, du nicht sprechen Deutsch gut?, in: Grif fel Alain (Hrsg.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung – 16 Essays*, Bern 2014, S. 107 ff.

- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/
BRÜHL-MOSER DENISE, *Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bun-
desrechtspflege*, 3. Aufl., Basel 2014
- RHODE DEBORAH L., *Access to Justice*, Oxford 2004 (zit. *Access to Justice*)
- RHODE DEBORAH L., *Access To Justice: A Roadmap For Reform*, *Fordham
Urban Law Journal* 2014, Vol. 1227(41), S. 1227 ff. (zit. *Roadmap*)
- RIEDO CHRISTOF, vor Art. 89–94 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne
Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Ju-
gendstrafprozessordnung: Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 2014
- RIKLIN FRANZ, vor Art. 352–356 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne
Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung/
Jugendstrafprozessordnung: Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.
Basler StPO/JStPO-Komm., vor Art. 352–356 StPO)
- RIKLIN FRANZ, Art. 354 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/
Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Jugend-
strafprozessordnung: Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. *Basler
StPO/JStPO-Komm., Art. 354 StPO*)
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Art. 135 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne
Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Ju-
gendstrafprozessordnung: Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 2014
- RÜEGG MICHAEL/RÜEGG VIKTOR, Art. 95, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Do-
minik Infanger (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung: Basler Kom-
mentar*, 3. Aufl., Basel 2017
- RÜTHERS BERND, *Entartetes Recht: Rechtsleh-
ren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München 1989
- SANDEFUR REBECCA L., *What We know and Need to Know about the Legal
Needs of the Public*, *South Carolina Law Review* 2016, Vol. 67(2),
S. 447 ff. (zit. *Legal Needs*)
- SANDEFUR REBECCA L., *Paying Down the Civil Justice Data Deficit: Lever-
aging Existing National Data Collection*, *South Carolina Law Review* 2017,
Vol. 68(2), S. 295 ff. (zit. *Data Deficit*)
- SANDEFUR REBECCA L., *Access to What?*, *Daedalus* Winter 2018, Vol. 148,
S. 49 ff. (zit. *Access to What?*)
- SANDEFUR REBECCA L./SMYTH AARON C., *Access across America: First
report of the civil justice infrastructure mapping project*, American Bar
Foundation 2011
- SAUL BEN/KINLEY DAVID/MOWBRAY JACQUELINE, *The International Covenant
on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Mate-
rials*, Oxford 2014

- SCHÄFER PATRICK, Art. 34, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar, 2. Aufl., München 2015
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001
- SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014
- SCHINDLER BENJAMIN, Das Verwaltungsgericht um 1909 – ein Portrait, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart: 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 35 ff. (zit. Verwaltungsgericht)
- SCHINDLER BENJAMIN, Justizöffentlichkeit im digitalen Zeitalter, in: Lukas Gschwend et al. (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015, Zürich 2015, S. 741 ff. (zit. Justizöffentlichkeit)
- SCHINDLER BENJAMIN, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, ZBl 117/2016, S. 113 f. (zit. Richterliche Unabhängigkeit)
- SCHMID-HÜPPI HANS, Art. 113/114, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014
- SCHOLLENBERGER JOHANN JACOB, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berlin 1905
- SCHUMACHER BENJAMIN, Prozessfinanzierung: Erfolgshonorierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren, Diss. Zürich 2015, Zürich 2015
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/OTT RAHEL, Erste Ergebnisse der Studie «Polizeiliche Massnahmen gegen häusliche Gewalt – Praxis und Wirkungsevaluation», in: Christian Schwarzenegger/Reinhard Brunner, Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention, Zürich 2017, S. 87 ff. (zit. Evaluation)
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/OTT RAHEL, Polizeiliche und strafrechtliche Massnahmen gegen Häusliche Gewalt, in: Claudia Kaufmann/Christina Hausammann (Hrsg.), Zugang zum Recht: Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Basel 2017, S. 79 ff. (zit. Massnahmen gegen Häusliche Gewalt)
- SCHWENKEL CHRISTOF, Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte, Diss. Bern 2016, Bern 2016
- SCHWENKEL CHRISTOF/RIEDER STEFAN, Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung: Resultate einer Bevölkerungsbefragung in 26 Kantonen, «Justice – Justiz – Giustizia» 2014/1
- SEN AMARTYA, Development as Freedom, Oxford 1999
- SMITH ROGER, Digital delivery of legal services to people on low incomes, The Legal Education Foundation, December 2017

- STAEHELIN BEDA, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit, Diss. Zürich 2017, Zürich 2017
- STASZAK SARAH, No Day in Court: Access to Justice and the Politics of Judicial Retrenchment, Oxford 2015
- STEIGER-SACKMANN SABINE, Transparentere Justiz: Vorteile einer Verbesserung von kantonalen Gerichtsstatistiken und Urteilspublikationen am Beispiel der Rechtsprechung zu psychosozialen Arbeitsbelastungen, sui-generis 2019, S. 122 ff.
- STEINMANN GEROLD, Art. 29, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich u.a. 2014
- STORSKRUBB EVA/ZILLER JACQUES, Access to Justice in European Comparative Law, in: Francesco Francioni (Hrsg.), Access to Justice as a Human right, Oxford 2007, S. 177 ff.
- STRÄULI HANS, Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 18. April 1869, Kommentar, Winterthur 1902
- SUTER BENEDIKT A./VON HOLZEN CRISTINA, Art. 95, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016
- THOMMEN MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess?: Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern/Baden-Baden 2013
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016
- TSCHECHTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS, Öffentliches Recht: Ein Grundriss, Zürich/St. Gallen 2011
- TSCHÜMPERLIN PAUL, Die Justiz auf dem Weg zum elektronischen Dossier, SJZ 2018/114
- VAN DE GRAAF BEATRICE, Art. 279, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. Art. 279)
- VAN DE GRAAF BEATRICE, Art. 298, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. Art. 298)
- VAN DIJK PIETER/VAN HOOFF FRIED/VAN RIJN ARJEN/ZWAAK LEO (HRSG.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 5. Aufl., Cambridge u.a. 2018
- VEST HANS, Art. 32, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich u.a. 2014

- VON ROHR HANS CHRISTOPH, *Der argentinische Amparo-Prozess*, Diss. Bonn 1969, Bonn 1969
- WALDMANN BERNHARD, Art. 8, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. Basler BV-Komm., Art. 8)
- WALDMANN BERNHARD, Art. 29, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. Basler BV-Komm., Art. 29)
- WALDMANN BERNHARD, Art. 29a, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. Basler BV-Komm., Art. 29a)
- WALDMANN BERNHARD, Art. 35, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung: Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. Basler BV-Komm., Art. 35)
- WEBER ROGER, Art. 274d, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiege, *Obligationenrecht: Basler Kommentar*, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, S. 1608 ff. (zit. Basler OR-Komm., Art. 274d)
- WEBER ROGER, Art. 129, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. Art. 129 ZPO)
- WEGMÜLLER MARCEL, *Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick*, HAVE 2013/3, S. 235 ff. (zit. Prozessfinanzierung)
- WEGMÜLLER MARCEL, *Switzerland*, in: Steven Friel/Jonathan Barnes (Hrsg.), *Getting the Deal Through, Litigation Funding 2017*, London 2016, S. 57 ff. (zit. Switzerland)
- WERZ KATHARINA, *Der Schauprozess im 20. Jahrhundert in Deutschland: Begriff, Funktion und Struktur anhand ausgewählter Beispiele*, Berlin 2016
- WIEDERKEHR RENÉ, *Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte: Zugleich ein Beitrag zu den Grundrechten als Staatsaufgaben und zu den Grundrechtsverwirklichungsbestimmungen*, Diss. St. Gallen 1999, Bern 2000
- WUFFLI DANIEL, *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Diss. Bern 2015, Zürich 2015
- WYTENBACH JUDITH, *Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten, gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Einordnung im Föderalismus*, Zürich/St. Gallen 2017
- ZIMMERLIN SVEN, *Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess: Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht*, Zürich u.a. 2008

Weitere Quellen

- ACHPR – African Union, African Commission on Human & Peoples' Rights, Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, DOC/OS(XXX)247 (zit. Right to a fair trial)
- Bundesamt für Statistik, Polizeiliche Kriminalstatistik, Jahresbericht 2017 der polizeilich registrierten Straftaten, Neuenburg 2018 (zit. Jahresbericht 2017 Straftaten)
- Bundesrat, Bericht, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, des Bundesrates vom Juli 2013 (zit. Kollektiver Rechtsschutz)
- Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft BV)
- Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen vom 11. Oktober 2017, BBl 2017 7307 (zit. Botschaft Schutz gewaltbetroffener Personen)
- Bundesrat, Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBl 2013 661 (zit. Botschaft Rechte von Menschen mit Behinderungen)
- Bundesrat, Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 (zit. Botschaft Strafprozessrecht)
- Bundesrat, Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018 (zit. Erläuternder Bericht Zivilprozessordnung)
- CEPEJ – Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz, Enforcement of court decisions in Europe, CEPEJ Studies No. 8/2007 (zit. Enforcement of court decisions)
- CEPEJ – Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz, Access to Justice in Europe, CEPEJ Studies No. 9/2007 (zit. Access to justice)
- CEPEJ – Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz, Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe Recommendation on enforcement, CEPEJ(2009)11Rev2 (zit. Guidelines)
- CEPEJ – Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz, European judicial systems: Efficiency and quality of justice, CEPEJ Studies No. 26/2018 (zit. European judicial systems)
- CLEP – United Nations Commission for the Legal Empowerment of the Poor, Making the Law work for Everyone: Vol 1 – Report, New York 2008 (zit. Making the Law)

- Europarat, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on enforcement, Rec(2003)17 (zit. Recommendation on enforcement)
- Europarat, Stellungnahme Nr. 13 über die Rolle der Richter bei der Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen CCJE (2010)2 (zit. Stellungnahme Nr. 13)
- FIZ – Fachstelle für Frauenhandel und Frauenmigration, Alternative report on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings in Switzerland, vom 4. Juni 2018, abrufbar unter www.fiz-info.ch (zit. Alternative report)
- FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Zugang zur Justiz in Europa: Ein Überblick über Herausforderungen und Chancen, Luxemburg 2011 (zit. Zugang zur Justiz)
- FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Child-friendly justice: Perspectives and experiences of professionals on children’s participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States, Luxemburg 2015 (zit. Child-friendly justice)
- FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen des Zugangs zur Justiz, Luxemburg 2016 (zit. FRA und Europarat, Handbuch)
- FRA – Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, Luxemburg 2016 (zit. Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen)
- Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege, Schlussbericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern u.a. 2013 (zit. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege)
- Legal Services Corporation, The Justice Gap: Measuring the Unmet Civil Legal Needs of Low-Income Americans, Washington, 2017 (zit. The Justice Gap)
- Ministerkomitee des Europarats, Recommendation No. R(87)18, Concerning the Simplification of Criminal Justice, Strassburg 1987 (zit. Simplification of Criminal Justice)
- Ministerkomitee des Europarats, Leitlinien für eine kindgerechte Justiz vom 17. November 2010, Strassburg 2010 (zit. Leitlinien kindergerechte Justiz)
- MRA – Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency vom 31.8.2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (zit. General Comment No. 29)
- MRA – Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to fair trial vom 23.8.2007, CCPR/C/GC/32 (zit. General Comment No. 32)

- OECD – Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Towards Inclusive Growth – Access to Justice: Supporting people-focused justice services, Paris 2016 (zit. Towards inclusive growth)
- Open Society Foundations, Expenditures & Budget, abrufbar unter <https://www.opensocietyfoundations.org/about/expenditures-budget> (zit. Expenditures)
- The World Bank, New Directions in Justice Reform: A Companion Piece to the Updated Strategy and Implementation Plan on Strengthening Governance, Tackling Corruption, Washington 2012 (zit. Justice Reform)
- Transparency International, Korruptionswahrnehmungsindex, abrufbar unter <https://www.transparency.de/cpi/>(zit. Korruptionswahrnehmungsindex)
- UNDP – United Nations Development Programme, Programming for Justice, Access for All: A Practitioner’s Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice, Bangkok 2005 (zit. Programming for justice)
- United Nations General Assembly, Report of the Secretary-General on legal empowerment of the poor and eradication of poverty vom 13. Juli 2009, A/64/133 (zit. Report on legal empowerment)
- United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights vom 9. August 2012, A/67/278 (zit. Report of the Special Rapporteur on extreme poverty)
- United Nations General Assembly, Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development, Resolution vom 25. September 2015, A/RES/70/1 (zit. 2030 Agenda for Sustainable Development)
- Venedig-Kommission – Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, Report on the scope and lifting of parliamentary immunities, CDL-AD (2014)011 (zit. Parliamentary Immunities)
- Venedig-Kommission – Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007 (zit. Rule of Law Checklist)
- Venedig-Kommission – Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, Turkey Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667–676 adopted following the failed Coup of 15 July 2016, CDL-AD(2016)037 (zit. Turkey Opinion on Emergency Decrees)
- Venedig Kommission – Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, Ukraine Opinion on the draft law on anti-corruption courts and on the draft law on amendments to the law on the judicial system and the status of judges (concerning the introduction of mandatory specialization of judges on the consideration of corruption and corruption-related offences), CDL-AD (2017)020 (zit. Ukraine Opinion on Anti-Corruption Courts)

Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven

DANIELA THURNHERR*

* Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale), Professorin für Öffentliches Verfahrensrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht an der Universität Basel, nebenamtliche Richterin am Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt und Ersatzrichterin am Justizgericht des Kantons Aargau.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	104
B.	Grundfragen der Organisation der Verwaltungsjustiz	107
I.	Verwaltungsjustiz	107
II.	Organisation	109
1.	Abgrenzung gegenüber dem Verfahren	109
2.	Zwei Perspektiven auf die Justizorganisation	111
C.	Föderalistische Prägung der Justizorganisation	113
I.	Duale Gerichtsstruktur	113
II.	Umfang und Grenzen der kantonalen Organisationsautonomie	114
D.	Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Justizorganisation	118
I.	Zum Kreis einschlägiger Vorgaben	118
II.	Grundfunktionen der Verwaltungsjustiz	120
III.	Richterliche Unabhängigkeit	121
IV.	Grundsatz der Gewaltenteilung	123
E.	Herausforderungen und Problemfelder	124
I.	Identifikation von Brennpunkten	124
II.	Föderalistische Vielfalt	126
1.	Vielzahl von (Verwaltungs-)Gerichten	126
2.	Vielfältige Ausgestaltung der Justizorganisation	127
a.	Überblick	127
b.	Konsequenzen	129
aa.	Unübersichtlichkeit	129
bb.	Justizorganisatorische Brennpunkte in der Judikatur	131
cc.	Variabler Zielerreichungsgrad mit Blick auf das verfassungs- und völkerrechtliche Optimum	132
III.	Rechtliches und politisches Umfeld	135
1.	Komplexitätsgrad der zu erfüllenden Aufgaben	135
a.	Eigenheiten des materiellen Verwaltungsrechts	135
b.	Anforderungen an die gerichtsinterne Organisation und Verwaltung	136
2.	Spezifika der Verwaltungsorganisation	137
a.	Interkantonale Kooperationen	137
b.	Dezentrale Aufgabenerfüllung	139
3.	Effizienzbestrebungen als Treiber von Justizreformen	143
IV.	Fazit	144
F.	Perspektiven	146
I.	Kantonale Organisationsautonomie versus bundesrechtliche Vereinheitlichung der Justizorganisation	146
1.	Vorbemerkung zum Verhältnis zwischen Organisations-, Prozess- und materiellem Recht	146
2.	Bundesstaatliche Bedeutung der Organisationsautonomie	148
3.	Voraussetzungen einer Vereinheitlichung	150
4.	Justizorganisation zwischen singulären korrekten Lösungen und pluralen sachrichtigen Wertungsentscheidungen: ausgewählte Beispiele	152
a.	Fachliche Anforderungen an Richterinnen und Richter	152
b.	Grösse des Spruchkörpers	154
c.	Publikation von Entscheiden	155
d.	Kombination von verwaltungsinternem und gerichtlichem Rechtsschutz	157
e.	Spezialjustizbehörden als Relativierung des Modellinstanzenzugs	160

5. Fazit: Punktuelle bundesrechtliche Einflussnahmen ohne Notwendigkeit einer umfassenden Vereinheitlichung	161
II. Gemeinsame Justizorgane zweier oder mehrerer Kantone	162
1. Vorteile einer kantonsübergreifenden Konsolidierung der Justizorganisation	162
2. Verfassungskonformität	165
3. Seitenblick: Organisation der Verwaltungsrechtspflege bei bi- oder multikantonaler Aufgabenerfüllung	167
4. Mutmassliche Hürden und deren Relativierung	170
5. Verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich Ausgestaltung und Bestellung gemeinsamer Justizorgane	173
a. Überblick	173
b. Varianten kooperativer Justizorganisation	174
aa. Verwaltungsgerichte, Vorinstanzen und Spezialjustizbehörden	174
bb. Verwaltungsgerichte und weitere obere kantonale Gerichte	175
cc. Gemeinsame Justizorgane und Anschluss an die Justizorganisation eines anderen Kantons	176
dd. Anzahl kooperierender Kantone	177
c. Demokratische und rechtsstaatliche Anforderungen an die Kooperation	178
6. Koordinations- und Regelungsbedarf	180
a. Regelungsgegenstände und Regelungsebenen	180
b. Innerkantonaler Regelungsbedarf	182
c. Modalitäten interkantonaler Kooperation: Ausgewählte Themenfelder	184
aa. Rahmenbedingungen	184
bb. Justizorganisatorische Fragen an der Schnittstelle zu den anderen Staatsgewalten	185
G. Schlussbetrachtung	188

A. Einleitung

In zahlreichen Schweizer Kantonen wurden erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts Verwaltungsgerichte geschaffen, deren Zuständigkeiten überdies teilweise stark limitiert waren. Auf Bundesebene erfolgte die Ablösung der bis dahin einzeln enumerierten Kompetenzen des Bundesgerichts in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten durch eine generalklauselartige Umschreibung (verbunden mit einem breiten Negativkatalog) im Jahr 1968.¹ Trotz dieser verhältnismässig jungen Entwicklungsgeschichte ist die Verwaltungsgerichtsbar-

1 Zur Geschichte der Verwaltungsrechtspflege in der Schweiz ALFRED KÖLZ, ISABELLE HÄNER und MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rn. 282 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, in: Armin von Bogdandy, Peter M. Huber und Lena Marcusson (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Band VIII, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, Heidelberg 2019, § 136 Rn. 2 ff.

keit in der Schweiz heute – Ausnahmen vorbehalten² – flächendeckend gewährleistet.³ Dieser positive Befund führt indes keineswegs zu einem wissenschaftlichen Desinteresse an der Materie, sind doch nach wie vor Herausforderungen zu bewältigen und neue Rechtentwicklungen zu verarbeiten.

Wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit der Verwaltungsrechtspflege schenken prozessrechtlichen Fragen traditionell grössere Aufmerksamkeit als solchen der Organisation. Immerhin haben insbesondere die mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege erfolgte Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts⁴ sowie das interdisziplinäre, vom Schweizerischen Nationalfonds geförderte Forschungsprojekt zu den «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz»⁵ dazu beigetragen, dass auch die Justizorganisation (im Verwaltungsrecht und darüber hinaus) eingehender analysiert wird. Massgebliche Impulse gehen sodann von der Schweizer Richterzeitung «Justice – Justiz – Giustizia»⁶ aus, die sich seit 2006 Themen der Justizorganisation widmet und diese schwergewichtig, wenngleich nicht ausschliesslich, aus der gerichtlichen Innenperspektive beleuchtet. Dies hat zur Folge, dass auch den nicht justiziablen internen Abläufen, die für die Rechtswissenschaft mitunter nicht leicht zugänglich sind, grössere Aufmerksamkeit geschenkt wird.

Die insgesamt dennoch eher stiefmütterliche Behandlung der Organisation der Verwaltungsjustiz lässt sich zumindest teilweise mit der beachtlichen föderalistischen Vielfalt und dem damit einhergehenden Dickicht an unterschiedlichen Einrichtungen und Instanzen der Verwaltungsrechtspflege erklären. Wenngleich die bundesstaatlich geprägte Behördenorganisation einen reichen Fundus an Untersuchungsmaterial für wissenschaftliche Auseinandersetzungen bieten würde, erweist sich nämlich alleine die Analyse der einschlägigen Normen wegen ihrer grossen Anzahl und der damit einhergehenden mangelnden Übersichtlichkeit als äusserst aufwändig. Die Rechtstatsachenforschung, die gerade im Hinblick auf die Beurteilung der praktischen Vor- und Nachteile un-

2 Solche werden von der Rechtsweggarantie selbst für zulässig erklärt (siehe Art. 29a Satz 2 BV). Sie finden ihre Rechtfertigung insbesondere in der mangelnden Justiziabilität. Siehe dazu statt vieler GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 29a Rn. 10; ANDREAS KLEY, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 29a Rn. 17 ff.; BERNHARD WALDMANN, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Kommentar, Basel 2015, Art. 29a Rn. 23.

3 Statt vieler SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 83.

4 Siehe beispielsweise die Beiträge in BERNHARD EHRENZELLER und RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht, Stellung und Aufgaben, St. Gallen 2008, die sich mit organisatorischen Fragen wie den Beziehungen des Bundesverwaltungsgerichts zu anderen Staatsorganen, der Spruchkörperbildung oder der Justizkommunikation befassen.

5 Siehe <www.justizforschung.ch>. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse haben in verschiedenen juristischen und sozialwissenschaftlichen Publikationen Niederschlag gefunden.

6 Siehe <richterzeitung.weblaw.ch>. Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Ausgabe 2007/2, die sich spezifisch mit der «Organisation der Judikative» befasst.

terschiedlicher organisatorischer Modelle aufschlussreich wäre, ist überdies mit dem Problem konfrontiert, dass die Datenbasis für empirische Untersuchungen teilweise dünn oder gar inexistent ist.⁷ Aufgrund der Heterogenität der Justizorganisation sowie der diversen Einflussfaktoren insbesondere prozessrechtlicher und justizkultureller⁸ Art, die die Wahrnehmung der Stärken und Schwächen der Verwaltungsjustiz mitprägen, lassen sich verlässliche, auf das Organisationsrecht fokussierte Wertungen schliesslich nur mit Zurückhaltung vornehmen.

Der vorliegende Beitrag bezweckt, zentrale Herausforderungen im Kontext der Organisation der Verwaltungsjustiz zu identifizieren und Perspektiven zu deren Bewältigung aufzuzeigen. Dazu wird zunächst der Begriff der Justizorganisation konturiert (B.). Daraufhin werden die föderalistische Prägung der Organisation der Verwaltungsjustiz (C.) sowie die – vereinheitlichend wirkenden – diversen verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen erörtert (D.). Diese Ausführungen bilden die Grundlage für die anschliessende Benennung spezifischer Herausforderungen, die einerseits aus der Justizorganisation selbst und andererseits aus äusseren Umständen resultieren (E.). Vor diesem Hintergrund werden zwei Szenarien auf ihre Problemlösungskapazitäten und ihre praktische Umsetzbarkeit hin analysiert: erstens eine (weitergehende) bundesrechtliche Vereinheitlichung der Organisation der Verwaltungsjustiz und zweitens die Schaffung gemeinsamer Justizorgane durch zwei oder mehrere Kantone (F.). Abgesehen davon, dass die beiden Themenfelder der Unifizierung und der Kooperation bislang noch kaum vertieft beleuchtet wurden, eignen sie sich auch deshalb für eine grundlegende Untersuchung, als sich unter ihrem Dach zahlreiche Spezialprobleme aufgreifen lassen.

Die vorliegende Analyse beschränkt sich auf die Verwaltungsrechtspflege. Dass nicht die Gerichtsbarkeit als solche rechtsgebietsübergreifend beleuchtet wird, gründet darin, dass die Verwaltungsjustiz mit verschiedenen Besonderheiten konfrontiert ist, die nicht verallgemeinerungsfähig sind und denen daher bei der Bewältigung organisationsrechtlicher Herausforderungen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden muss.⁹ Dazu gehören zunächst das partikuläre Verhältnis zwischen verwaltungsinterner und gerichtlicher Rechtspflege, die In-

7 Siehe beispielsweise CHRISTOF SCHWENKEL, Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte, Baden-Baden, Wien und Bern 2016, Rn. 351, der auf fehlende Daten zur Verfahrensdauer sowie zu den Weiterzugs- und Kehrquoten hinweist.

8 Mit dem Begriff der Justizkultur wird vorliegend auf den Umstand Bezug genommen, dass die Praxis, die nicht gesetzlich determiniert ist und beispielsweise in einer unterschiedlich stark ausgeprägten Bereitschaft zur Durchführung von mündlichen Verhandlungen oder Augenscheinen Ausdruck findet, die Akzeptanz der Justiz oder die Würdigung eines bestimmten Organisationsmodells durch die Rechtsunterworfenen mitbeeinflusst.

9 Selbstverständlich verfügen auch die Straf- und die Zivilgerichtsbarkeit über Spezifika, die aus organisatorischer Hinsicht einer gesonderten Behandlung bedürfen. Anschaulich aus strafrechtlicher Warte FELIX BÖMMER, Zur Vereinheitlichung der Behördenorganisation in der Schweizerischen Strafprozessordnung, ZBJV 2014, S. 231–264.

terdependenzen zwischen Gerichtsorganisation und Prozessrecht, die Inexistenz eines schweizweit vereinheitlichten Verwaltungsprozessrechts sowie die umfangreichen kantonalen Kompetenzen zur Setzung von materiellem Verwaltungsrecht. Mit der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben auf dezentrale Träger sowie der – in neuerer Zeit an Bedeutung gewinnenden – gemeinsamen Erledigung öffentlicher Aufgaben ist sodann auf zwei Umstände hinzuweisen, die ebenfalls justizorganisatorische Fragen nach sich ziehen. Dennoch können verschiedene der im Folgenden generierten Erkenntnisse gänzlich, teilweise oder modifiziert auch auf die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Zivil- und Strafjustiz übertragen werden. Dies gilt insbesondere für die verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben an die Gerichtsorganisation sowie die Voraussetzungen und Modalitäten der Schaffung gemeinsamer Justizorgane.

Die Untersuchung gliedert sich in eine Reihe von Beiträgen anlässlich des Schweizerischen Juristentags ein, die sich in der Vergangenheit mit der Verwaltungsrechtspflege befassten. Stand früher die Etablierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der Tagesordnung,¹⁰ rücken nun Fragen der Organisation der Verwaltungsjustiz ins Zentrum. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, nicht nur die Rechtsprechung «analysierend und kommentierend»¹¹ zu begleiten, sondern auch die Organisation staatlicher Behörden kritisch zu reflektieren und Perspektiven zu deren Weiterentwicklung aufzuzeigen.

B. Grundfragen der Organisation der Verwaltungsjustiz

I. Verwaltungsjustiz

Mit dem Begriff der Verwaltungsjustiz wird die Gesamtheit der mit der Verwaltungsrechtspflege befassten gerichtlichen Behörden bezeichnet.¹² Letztere befassen sich schwergewichtig mit der Überprüfung von Entscheidungen der Ver-

10 So wurde 1889 die Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen thematisiert (ZSR 1889, S. 539–561; Referenten: PAUL SPEISER und CHARLES BOICEAU) und 1897 stand die Einsetzung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichts auf der Tagesordnung (ZSR 1897, S. 821–845; Referenten: GUSTAV VOGT und ACHILLE CHAPPAZ). Grosse Resonanz fanden insbesondere die Beiträge zum Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit von MAX IMBODEN, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen und im Bund, ZSR 1947, S. 1a–93a, sowie von HENRY ZWAHLEN, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR 1947, S. 95a–170a. Siehe dazu HANS FRITZSCHE, Der Schweizerische Juristenverein 1861–1960, Basel 1961, S. 172 f., 174 ff. und 293; LUKAS GSCHWEND, KARIN INGBER und STEFAN WEHRLE, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011), ZSR 2011 II, S. 9–187, S. 86.

11 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, Tübingen 2015, S. 297.

12 Zu den Termini der (Verwaltungs-)Justiz bzw. der Verwaltungsrechtspflege siehe auch RENÉ RHINOW, HEINRICH KOLLER, CHRISTINA KISS, DANIELA THURNHERR und DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, Rn. 44.

waltung (nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit) sowie – in weit geringerem Masse – mit der Entscheidung über verwaltungsrechtliche Streitigkeiten ohne vorgängige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses (ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit).¹³

Die Frage, gestützt auf welche Kriterien eine Zuweisung von Streitigkeiten an die Verwaltungsjustiz stattfindet, lässt sich nicht leicht beantworten. Allein ausschlaggebend ist nämlich weder die Involvierung eines zur Verwaltung im organisatorischen Sinn zählenden Akteurs¹⁴ noch die Zugehörigkeit einer bestimmten Aufgabe zur Verwaltung im funktionellen Sinn, prägnant umschrieben als «Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen»¹⁵. Wenngleich Angelegenheiten, die im Schnittbereich der Verwaltung im organisatorischen und im funktionellen Sinn angesiedelt sind, regelmässig in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte fallen, besteht keine vollständige Deckungsgleichheit. Vielmehr ist der Kreis der von der Verwaltungsjustiz zu beurteilenden Streitigkeiten einerseits enger und andererseits weiter. Ursächlich dafür ist zunächst, dass der Gesetzgeber durch explizite Benennung der zur Anwendung gelangenden Handlungsform bzw. des (zivil- oder verwaltungsrechtlichen) Rechtswegs auch den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsjustiz beeinflussen kann,¹⁶ wobei die gesetzgeberischen Entscheide aufgrund der unterschiedlichen Charakteristika der Zivil- bzw. der Verwaltungsrechtspflege durchaus praktische Konsequenzen zeitigen.¹⁷ Sodann besteht ein gewisser legislatorischer Spielraum mit Blick auf die gerichtliche Zuständigkeit bei Materien im Grenzbereich zwischen Zivil- und Strafrecht einerseits und Verwaltungsrecht anderseits.¹⁸

13 Statt vieler REGINA KIENER, BERNHARD RÜTSCHKE und MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rn. 9 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 20 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 12), Rn. 53.

14 Zur Verwaltung im organisatorischen Sinn siehe statt vieler THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Bern 2018, Rn. 18 f.; PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI und MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 1 Rn. 5; ULRICH HÄFELIN, GORG MÜLLER und FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rn. 21 ff.

15 So TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 14), § 1 Rn. 12; differenziert zum Begriff der Verwaltung im funktionellen Sinn STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 5 ff.

16 Siehe exemplarisch Art. 19 und 24 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Personnenbeförderung vom 20. März 2009 (Personnenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1).

17 Für einen Vergleich zwischen der Verwaltungs- und der Zivilrechtspflege siehe HEIDRUN GUTMANNBAUER, Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 101 ff.

18 Siehe dazu ARNOLD MARTI, Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrechts und das öffentliche Recht, ZBl 2007, S. 237–275, S. 253 ff. Da der Gesetzgeber im Zivilprozessrecht für bestimmte Rechtsgebiete die Untersuchungsmaxime statuiert hat, werden die Unterschiede zwischen der Zivil- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Bezug auf die Pflicht zur Sachverhaltsabklärung punktuell nivelliert. Siehe beispielsweise Art. 296 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) betreffend die Regelung von Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten.

Der zweite Teil des Begriffs der «Verwaltungsjustiz», die Justiz, verdeutlicht schliesslich, dass damit die verwaltungsexterne Verwaltungsrechtspflege – verstanden als jene, die «von Instanzen ausgeübt [wird], die von der Exekutive unabhängig sind»¹⁹ – gemeint ist. Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege wird vorliegend zwar nicht gänzlich ausgeklammert; ihre Thematisierung erfolgt aber stets aus dem spezifischen Blickwinkel der Justiz, die sie ergänzt.

II. Organisation

1. Abgrenzung gegenüber dem Verfahren

Die Justizorganisation gewinnt zunächst Gestalt durch die Abgrenzung vom Verfahren. Dass eine klare Trennung dieser beiden Themenkomplexe indes mit Schwierigkeiten konfrontiert ist und letztlich auch nicht vollständig gelingen kann, gründet darin, dass die Gerichtsorganisation einerseits und das Verfahren andererseits die zwei eng miteinander verknüpften, tragenden Pfeiler der Verwaltungsrechtspflege bilden.²⁰ Die massgeblichen Berührungspunkte offenbaren sich sodann darin, dass beide mit dem Überbegriff des formellen Rechts verklammert werden.²¹ Zudem werden die Regelungen der Behördenorganisation im Sinne «derjenigen Normen, welche die Aufgabe und die Zuständigkeit der mit der Rechtsanwendung und Rechtsverwirklichung betrauten Behörde [...] festlegen», bisweilen neben der eigentlichen Verfahrensordnung und dem Vollstreckungsrecht zum «Prozessrecht im weiteren Sinn» gezählt.²² Indiz für den beschränkten Stellenwert, welcher der Abgrenzung attestiert wird, bildet im Übrigen der Umstand, dass es auf Bundesebene an eigentlichen Organisationsgesetzen mangelt und die einschlägigen Erlasse prozessuale und organisatorische Normen vereinigen.²³

In der Verwaltungsjustiz ist die Differenzierung zwischen Prozess- und Organisationsrecht insofern von geringerer praktischer Bedeutung, als die Regelungskompetenz in beiden Bereichen identisch ausgestaltet ist.²⁴ Demgegenüber ist der Bund seit 2007 im Zivil- und Strafrecht für den Erlass des jeweiligen Prozessrechts zuständig, während die Organisation der Gerichte

19 Statt vieler KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 21; siehe auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rn. 9.

20 ALFRED KÖLZ und PETER KOTTUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahrenrecht: Eine Problemübersicht, ZBl 1978, S. 421–458, S. 439.

21 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 38.

22 So RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 12), Rn. 12.

23 Dies gilt sowohl für das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 20015 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) als auch für das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32). Demgegenüber haben mittlerweile sämtliche Kantone Gerichtsorganisationsgesetze erlassen.

24 Siehe dazu hinten C.II.

und die Rechtsprechung – bundesrechtliche Vorgaben vorbehalten – in der Kompetenz der Kantone verblieben sind. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, in der Literatur zu Art. 122 bzw. Art. 123 BV²⁵ nach Anhaltspunkten für die Abgrenzung zwischen Organisation und Verfahren zu suchen. Die betreffenden Ausführungen beschränken sich allerdings regelmässig auf exemplarische Aufzählungen der Regelungsgegenstände, die typischerweise zur Gerichtsorganisation gehören, nehmen selbst aber keine kategorische Unterscheidung vor. Erwähnt werden etwa die Besetzung der Richterstellen, die Festlegung von Gerichtskreisen, Gerichtsarten und Zuständigkeiten, die Zulässigkeit von *dissenting opinions*, die Besoldung der Gerichtspersonen, die Aufsicht sowie die Organisation bzw. Arbeitsweise der Gerichte.²⁶ Wohl weil sich die Kantone gegen Kompetenzüberschreitungen durch den Bund kaum zur Wehr setzen können und die rechtsanwendenden Behörden aufgrund von Art. 190 BV auch an kompetenzwidrig erlassene Normen in Bundesgesetzen gebunden sind,²⁷ fehlt es weitgehend an einer differenzierten Auseinandersetzung mit der Abgrenzung zwischen Organisations- und Prozessrecht.

Gewisse Fragen – exemplarisch hinzuweisen ist auf den Instanzenzug oder die Einbettung eines Verwaltungsgerichts in die übrige Justiz – sind unzweifelhaft als organisatorischer Natur zu qualifizieren. Als Abgrenzungskriterium heranzuziehen ist darüber hinaus, ob eine bestimmte Norm organisatorische Fragen generell und ohne Rücksicht auf den Einzelfall normiert oder unter Berücksichtigung der Spezifika eines bestimmten Verfahrens zu konkretisieren ist. Veranschaulichen lässt sich dies am Beispiel der Unterscheidung zwischen Unvereinbarkeitsbestimmungen und Ausstandsgründen. Erstere regeln, wer aufgrund bestimmter Merkmale, beispielsweise einer Tätigkeit in der Advokatur oder Zugehörigkeit zur Legislative bzw. Exekutive, nicht als RichterIn bzw. Richter tätig sein kann. Sie sind organisatorischer Natur. Letztere sind demgegenüber mit Blick auf den Einzelfall zu konkretisieren und zählen daher zum Prozessrecht.²⁸ Insbesondere für die eigentliche Entscheidungskompetenz, die über Berührungspunkte zu beiden Bereichen verfügt, ist eine alternative Zuordnung entweder zum Organisations- oder zum Prozessrecht hingegen kaum möglich.²⁹ Die Existenz eines Graubereichs zwischen Organisation und Verfahren ist allerdings unproblematisch. Vielmehr ist es wichtig, sich der «viel-

25 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

26 Siehe statt vieler BIAGGINI (Fn. 2), Art. 122 Rn. 6 (Hervorhebungen weggelassen); TARKAN GÖKSU, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Kommentar, Basel 2016, Art. 122 Rn. 30.

27 Siehe dazu PATRICIA EGLI, Der Schutz der Autonomie der Kantone: Rechtsvergleichende Aspekte, ZSR 2011 I, S. 365–385, S. 370.

28 Siehe auch CATHERINE REITER, Gerichtsinterne Organisation: Best Practices, Zürich/Basel/Genf 2015, Rn. 142, die zwischen Ausstands- und Ablehnungsgründen einerseits und Bestimmungen zur richterlichen Nebenbeschäftigung andererseits unterscheidet.

29 Siehe PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, Rn. 3.3.

fache[n] und enge[n] Wechselbeziehungen zwischen der Organisationsform und der Verfahrensgestaltung»³⁰ bewusst zu sein. Anpassungen und Modifikationen des einen Bereichs haben daher stets unter gebührender Berücksichtigung des anderen zu erfolgen.

Der Untersuchungsgegenstand bleibt trotz Beschränkung auf organisatorische Fragen ein weiter: Die Justizorganisation wird vorliegend nämlich in einem umfassenden Sinn verstanden als Restmenge aller Vorgaben zur Verwaltungsrechtspflege abzüglich des Prozessrechts, welches das prozedurale Vorgehen bei der gerichtlichen Erledigung von Rechtsstreitigkeiten³¹ bzw. die «Abläufe der Rechtsprechung»³² normiert. Verzichtet wird damit auf eine kategorische Differenzierung zwischen Organisation und (Gerichts-)Verwaltung, wie sie Art. 13 BGG für das Bundesgericht vornimmt. Abgesehen davon, dass eine solche ohnehin kaum gelingt,³³ kann mit der Verschränkung beider Bereiche ein realistischeres Bild der vielfältigen Herausforderungen, mit denen die Justizorganisation konfrontiert ist, gezeichnet werden. Die isolierte Betrachtung der Organisation ohne die ihr (über die Rechtsprechung hinaus) zugewiesenen Funktionen wäre nämlich von beschränktem Anschauungswert.

2. *Zwei Perspektiven auf die Justizorganisation*

Die vorstehend erläuterte Begriffsumschreibung verfügt aufgrund ihrer Weite sowie des negativen Ansatzes über einen hohen Abstraktionsgrad. Wie die erwähnten Beispiele zeigen, sind die unter dem Titel der Justizorganisation zu vereinigenden Themen zudem äusserst vielfältig. Diese Ausgangslage erfordert eine weitere Strukturierung, soll die Thematik für eine wissenschaftliche Analyse operabel gemacht werden. Vorliegend wird die Justizorganisation daher aus zwei unterschiedlichen Perspektiven betrachtet: Zunächst wird die Gesamtheit der Verwaltungsjustizbehörden inklusive der Querverbindungen zwischen diesen und ausserhalb der Gerichtsbarkeit stehenden staatlichen Organen in den Blick genommen (Makroperspektive). Anschliessend erfolgt eine Fokussierung auf die sich im Kontext der einzelnen Gerichte stellenden Fragen (Mikroperspektive). Zwischen diesen Ebenen bestehen indes mannigfaltige Verknüpfungen: So hängt die Zusammensetzung einer Justizbehörde massgeblich von ihrer Funktion ab, die sich wiederum aus ihrer Stellung im Instanzenzug

30 KARL AUGUST BETTERMANN, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), S. 118–182, S. 132 (mit Bezug auf das Verwaltungsverfahren; Hervorhebungen weggelassen).

31 Zu dieser Umschreibung der Verfahrensordnung RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHLMOSER (Fn. 12), Rn. 12.

32 REITER (Fn. 28), Rn. 11.

33 Siehe auch GORAN SEFEROVIC, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Kommentar, Basel 2015, Art. 188 Rn. 39, der unter die Organisation «eher die Struktur und personelle Ausgestaltung» und zur Verwaltung «eher administrative Abläufe und das Finanzwesen» subsumiert.

ergibt. Umgekehrt können die Anforderungen an die interne Organisation auch Folgen für die Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit als solche zeitigen.

Aus einem weiten Blickwinkel betrachtet umfasst die Justizorganisation sämtliche mit der Verwaltungsrechtspflege betrauten Instanzen inklusive der diese beaufsichtigenden Organe. Im Zusammenhang mit deren Normierung sind von den zuständigen Entscheidungsträgern insbesondere folgende Punkte zu klären: die Ausgestaltung des Instanzenzugs einschliesslich der den Verwaltungsgerichten jeweils vor- und nachgelagerten Instanzen (innerhalb einer Ebene des Bundesstaats und darüber hinaus), das funktionale Verhältnis zwischen verwaltungsinterner und gerichtlicher Verwaltungskontrolle, die Etablierung von sachbereichsspezifischen Rechtspflegeinstanzen (Spezialgerichten) und solcher mit allgemeiner (Residual-) Zuständigkeit, die Relevanz der Existenz von Gemeinden und anderen dezentralen Verwaltungsträgern für die Ausgestaltung der Justizorganisation, das institutionelle Verhältnis zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, die Abgrenzung gegenüber der Zivil- und der Strafgerichtsbarkeit sowie die Formierung der Aufsicht über die Verwaltungsjustiz.

Aus der Perspektive der einzelnen Justizorgane sind sodann deren Konstituierung und Aufgaben sowie die Ausgestaltung der Prozesse der internen Ablauforganisation festzulegen.³⁴ Zu definieren sind mithin die Rechtsprechungsorgane, die Organe der richterlichen Selbstverwaltung (wobei einzelne Funktionsträger gleichzeitig in beiden der vorab genannten vertreten sein können) und die Gerichtsverwaltung. Konstituiert werden diese aus einem oder mehreren Funktionsträgern,³⁵ in der Gestalt von Richterinnen und Richtern (die haupt- oder nebenamtlich bzw. ersatzweise wirken können), Gerichtsschreibenden, Auditoren, Kanzleiangestellten und Medienverantwortlichen, die teilweise spezifische Anforderungen bezüglich Ausbildung, Berufserfahrung, Unabhängigkeit und Wohnort erfüllen müssen. Klärungsbedarf besteht sodann hinsichtlich der spezifischen Aufgaben der einzelnen Organe und Funktionsträger. Diese Aufgaben umfassen abhängig von der Stellung im Instanzenzug und dem einschlägigen Recht (abgesehen von der Rechtsprechung) unter anderem die Vertretung und Repräsentation gegenüber anderen Staatsgewalten und der Öffentlichkeit, die Aufsicht über die unteren Gerichte, die Geschäftszuteilung, die Bestellung der logistischen Dienste wie Kanzlei, Archiv, Dokumentation, Bibliothek, die Rechtsetzung in gerichtsorganisatorischer Hinsicht, die Vornahme von Wahlen, Wahlvorschlägen und wichtigen Anstellungsentscheidungen, die Verabschiedung von Budget und Rechnung, die Beschaffung der Infrastruktur, die Gewährleistung der Sicherheit und die Erteilung unentgeltlicher Rechtsauskünfte.³⁶ Verklammern lassen sich diese Tätigkeiten mit dem

34 Zu den Prozessen der internen Ablauforganisation auch REITER (Fn. 28), Rn. 11.

35 Zum Verhältnis zwischen Organen und Funktionsträgern siehe REITER (Fn. 28), Rn. 21.

36 Statt vieler (jeweils mit Blick auf das Bundesgericht) BIAGGINI (Fn. 2), Art. 188 Rn. 15f.; CHRISTINA KISS und HEINRICH KOLLER, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer

Begriff der Justizverwaltung, verstanden als «Verwaltung *für* die Justiz und [...] Verwaltung *durch* die Justiz»³⁷ im Sinne derjenigen «staatlich-behördliche[n] Tätigkeit, die weder Rechtsetzung noch Rechtspflege darstellt und zum Zwecke ausgeübt wird, die sachlichen und personellen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Rechtsprechung in den einzelnen Gerichtsbarkeiten ausgeübt werden kann».³⁸ Im neueren Schrifttum hat sich in diesem Kontext der Terminus des Justizmanagements eingebürgert, der stärker zum Ausdruck bringt, dass darunter auch eigentliche «Managementprozesse wie strategische Führung, Geschäftslastbewirtschaftungssysteme, Öffentlichkeitsarbeit oder die Gerichtskultur, wie sie sich etwa in Verhaltenskodizes abbilden kann», subsumiert werden.³⁹

C. Föderalistische Prägung der Justizorganisation

I. Duale Gerichtsstruktur

Die schweizerische Justizorganisation ist stark föderalistisch geprägt. Die Bundesverfassung selbst beschränkt die Rolle des Bundes auf die Etablierung des Bundesgerichts (Art. 188 f. BV) sowie – im Bereich des öffentlichen Rechts – auf die Schaffung von richterlichen Behörden für die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Art. 191a Abs. 2 BV). Umgesetzt wurde die letztgenannte Vorgabe mit der Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts. Zwar erlaubt es die Verfassung, durch Gesetz weitere richterliche Behörden des Bundes vorzusehen (Art. 191a Abs. 3 BV); aufgrund der (nachfolgend zu erörternden) grossen Bedeutung der kantonalen Organisationsautonomie bleibt dafür aber nur wenig Raum.⁴⁰

Das Bekenntnis zugunsten einer weitreichenden kantonalen Zuständigkeit manifestiert sich im Übrigen darin, dass das Bundesverwaltungsgericht grund-

J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 188 Rn. 26.

37 Kiss/KOLLER (Fn. 36), Art. 188 Rn. 28 (Hervorhebung im Original).

38 So KURT EICHENBERGER, Justizverwaltung, in: Festschrift für den Aargauischen Juristenverein 1936–1986, Aarau 1986, S. 31–48, S. 32; siehe auch FABIAN WITTRECK, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006, S. 16, der unter die Gerichtsverwaltung «die Gesamtheit der Aufgaben [...], die bei der Bereitstellung der persönlichen und sachlichen Mittel für die Tätigkeit der Gerichte in Rechtsprechung und Justizverwaltung zu erfüllen sind», subsumiert.

39 SEFEROVIC (Fn. 33), Art. 188 Rn. 45; siehe auch ANDREAS LIENHARD und DANIEL KETTIGER, Einleitung, in: Andreas Lienhard und Daniel Kettiger (Hrsg.), Justiz zwischen Management und Rechtsstaat, Baden-Baden, Wien und Bern 2016, S. 1–12, S. 4 ff.; MADELEINE KEEL, Die Leitungsstrukturen der Justiz im Bund und in ausgewählten Kantonen, St. Gallen 2014, S. 265 ff.; Modernes Management in der Justiz, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 10. August 2001, BBl 2001 S. 7641 ff.

40 Siehe auch BIAGGINI (Fn. 2), Art. 191b Rn. 10.

sätzlich auf die Beurteilung von Entscheiden der Bundesverwaltung beschränkt ist (Art. 191a Abs. 2 BV). Die Anwendung von Bundesrecht durch die Kantone ist seiner Überprüfung – spezialgesetzliche Ausnahmen vorbehalten⁴¹ – damit entzogen.⁴² Dafür zuständig sind zunächst die Kantone, die aufgrund von Art. 191b Abs. 1 BV unter anderem für die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten richterliche Behörden zu bestellen haben.

II. Umfang und Grenzen der kantonalen Organisationsautonomie

Die Kantone verfügen bei der Ausgestaltung ihrer Gerichtsorganisation über weitgehende Gestaltungsfreiheit. Die kantonale Organisationsautonomie galt unter der Bundesverfassung von 1874 als ungeschriebenes Verfassungsprinzip.⁴³ Heute wird sie (ebenso wie die Verfahrensautonomie) aus verschiedenen Verfassungsbestimmungen, primär aus Art. 47 Abs. 2 BV, der den Bund explizit zur Beachtung der kantonalen Organisationsautonomie verpflichtet, abgeleitet. Eine ergänzende Fundierung erfährt sie insbesondere durch Art. 3, 46 und 51 BV.⁴⁴

Die kantonale Organisationsautonomie gilt nicht unbeschränkt.⁴⁵ Hinsichtlich der Zulässigkeit vereinheitlichender bundesrechtlicher Vorgaben, welche den kantonalen Gestaltungsspielraum limitieren, wird gemeinhin nach dem zur Anwendung gelangenden materiellen Recht differenziert: Soweit kantonales Recht zur Diskussion steht, bedürfen bundesrechtliche Einwirkungen einer Grundlage in der Verfassung.⁴⁶ Im Bereich des Vollzugs von Bundesverwaltungsrecht kann demgegenüber auch der Bundesgesetzgeber Regeln für die kantonale Organisation und das Verfahren aufstellen. Ursächlich dafür ist, dass

41 Siehe Art. 33 lit. i VGG, in Verbindung beispielsweise mit Art. 166 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (Landwirtschaftsgesetz, LWG; SR 910.1). Diese Ausnahmen ersetzen den innerkantonalen Rechtsschutz indes nur in Einzelfällen (und zwar insbesondere im Bereich der Krankenversicherung; siehe Art. 55a Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 [KVG; SR 832.10]); im Übrigen regeln sie primär die Anfechtung von Entscheiden letzter kantonalen Instanzen.

42 Umgekehrt können in seltenen Fällen Verfügungen des Bundes bei einer kantonalen Behörde angefochten werden. Siehe Art. 32 Abs. 2 lit. b VGG und für einen Anwendungsfall Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1), der zur Folge hat, dass auch Verfügungen von Versicherungseinrichtungen des Bundes zuerst von den kantonalen Verwaltungsgerichten überprüft werden.

43 Statt vieler PETER SALADIN, Zur Organisations- und Verfahrenshoheit der schweizerischen Kantone, in: Fried Esterbauer, Helmut Kalkbrenner, Markus Mattmüller und Lutz Roemheld (Hrsg.), Von der freien Gemeinde zum föderalistischen Europa, Festschrift für Adolf Gasser zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 339–355, S. 341.

44 Statt vieler BRAGGINI (Fn. 2), Art. 47 Rn. 8; siehe auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rn. 67.

45 Siehe auch ANDREAS AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, Rn. 237 ff.; ELOI JEANNERAT, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel, Basel 2018, Rn. 237 ff.; VINCENT MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Basel/Genf/München 1999, S. 392 ff.

46 KÖLZ/KOTTUSCH (Fn. 20), S. 422.

aus der materiellen Gesetzgebungskompetenz des Bundes – im Sinne einer «implied power» oder «pouvoir implicite» – auch eine solche zur Statuierung von Regeln für die kantonale Organisation und das Verfahren abgeleitet wird.⁴⁷ In der Literatur wird vor diesem Hintergrund teilweise zwischen der kantonalen Organisations- und Verfahrensautonomie bei der Anwendung von kantonalem Verwaltungsrecht und der lediglich bedingten kantonalen Organisations- und Verfahrenshoheit beim Vollzug von Bundesverwaltungsrecht unterschieden,⁴⁸ während andernorts die Begriffe der Hoheit und der Autonomie als Synonyme verwendet⁴⁹ oder unter Hinweis auf die Autonomie beide Konstellationen beschrieben werden.⁵⁰

Der Bund darf allerdings auch in seinem Kompetenzbereich nicht nach Belieben legiferieren; vielmehr ist dies nur so weit zulässig, «als es zur Erfüllung der Bundesaufgabe und zur Erfüllung materieller Prinzipien des Bundesverfassungsrechts unerlässlich erscheint».⁵¹ Entsprechende Eingriffe dienen primär dazu, die Vereitelung von Bundesrecht zu verhindern oder die Rechtspflege zu harmonisieren, wobei sich der zweitgenannte Aspekt mit den Mindestanforderungen an das Anfechtungsobjekt, die Legitimation und die Beschwerdegründe vornehmlich auf das Verfahren auswirkt.⁵² Die Abwägung zwischen dem Grundsatz der kantonalen Organisations- und Verfahrensautonomie und der als Verpflichtung aufzufassenden Zuständigkeit des Bundes, eine verfassungsmässige Aufgabe adäquat zu erfüllen, obliegt zunächst dem Gesetzgeber. Ihr Ergebnis ist für die Gerichte aufgrund von Art. 190 BV bindend, doch spielt der Grundsatz der kantonalen Organisations- und Verfahrensautonomie auch bei der Auslegung der Reichweite bundesrechtlicher Harmonisierungsbestimmungen eine Rolle.⁵³

Während die Vorgaben an das kantonale Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht mittlerweile zahlreich sind,⁵⁴ verfügen die Kantone bei der Organisation der Verwaltungsrechtspflege nach wie vor über weitgehende Gestaltungsfreiheit, wenngleich auch diesbezüglich Direktiven bestehen. Letztere lassen sich unterteilen in Anforderungen, die sich lediglich an die Adresse der kantonalen Verwaltungsjustiz richten, und solche, die aus den Grund- und Menschenrechten sowie den Strukturprinzipien der Bundesverfassung abgelei-

47 SALADIN, Bund und Kantone, ZSR 1984 II, S. 431–590, S. 504.

48 Siehe KÖLZ/KOTTUSCH (Fn. 20), S. 422; MARTI (Fn. 18), S. 240, Fn. 16.

49 So SALADIN (Fn. 47), S. 495.

50 So KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 13), Rn. 67; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 12), Rn. 14.

51 SALADIN (Fn. 43), S. 350; eingehend dazu statt vieler auch YVO HANGARTNER, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern/Frankfurt a.M. 1974, S. 156 f. mit weiteren Hinweisen.

52 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 107.

53 Siehe beispielsweise BGE 130 II 65, 72 E. 5.1; 128 I 254, 264 f. E. 3.8.2.

54 Siehe dazu DANIELA THURNHERR, Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, BJM 2013, S. 217–255, S. 220 ff.

tet werden und für die Justizorganisation in Bund und Kantonen gleichermaßen gelten.⁵⁵

Die einschneidendste, da rechtsgebietsübergreifend wirkende Weisung spezifisch an die Adresse der Kantone findet sich in Art. 86 Abs. 2 BGG. Sie konkretisiert die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 29a und Art. 191b BV auf Gesetzesstufe.⁵⁶ Demnach müssen die Kantone für Entscheide, die der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegen, als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts obere Gerichte einsetzen.⁵⁷ Charakteristikum oberer Gerichte bildet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass sie für das ganze Kantonsgebiet zuständig und hierarchisch keiner anderen Gerichtsinstanz unterstellt sind.⁵⁸ Vereinheitlichende Vorgaben werden somit einerseits hinsichtlich der Stellung der letzten kantonalen Gerichte in der innerkantonalen Hierarchie, andererseits mit Blick auf deren (sehr weitgehende) Zuständigkeit statuiert.

Art. 86 Abs. 2 BGG differenziert nicht danach, ob materielles Recht des Bundes oder der Kantone zur Anwendung gelangt, wie dies noch unter Art. 98a Abs. 1 des ehemaligen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943⁵⁹, der primär die Entlastung des Bundesgerichts bezweckte,⁶⁰ der Fall war. Im Unterschied zur Vorgabe von Art. 6 EMRK⁶¹, dessen autonome Auslegung durch die Konventionsorgane zur Folge hatte, dass in der Vergangenheit stetig mehr nach hiesigem Rechtsverständnis als verwaltungsrechtlich geltende Streitigkeiten einer unabhängigen gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden mussten,⁶² ist die Reichweite der Rechtsweggarantie zudem nicht mehr auf einzelne verwaltungsrechtliche Sach-

55 Siehe zu den Letztgenannten hinten D.

56 Zu den Querbeziügen zwischen der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) bzw. Art. 191b Abs. 1 BV und Art. 86 Abs. 2 BGG siehe ESTHER TOPHINKE, in: Marcel Alexander Niggli, Peter Uebersax und Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 86 Rn. 12. Zur sinngemässen Anforderung im Anwendungsbereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde siehe Art. 114 BGG.

57 Die im zweiten Halbsatz vorbehaltenen bundesgesetzlichen Ausnahmen sind in der Zwischenzeit weitgehend aufgehoben worden.

58 Eingehend BGE 135 II 94, 98 E. 4.1; statt vieler zudem BGE 136 II 470, 473 E. 1.1; 136 II 233, 234 f. E. 2.1; BGer, Urteil 2C_360/2009 vom 23. Juni 2009, E. 2.2.1; zum Ganzen auch TOPHINKE (Fn. 56), Art. 86 Rn. 14 mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Judikatur. Noch nicht abschliessend geklärt ist, ob hierarchische Unabhängigkeit auch dann vorliegt, wenn eine Spezialjustizbehörde der Aufsicht eines anderen kantonalen Gerichts unterliegt, gegen ihre Entscheide aber kein anderes kantonales Rechtsmittel offensteht. Siehe BGE 135 II 94, 98 f. E. 4.1.

59 AS 60 271 ff.

60 SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 17.

61 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

62 Zur Bedeutung von Art. 6 EMRK im Verwaltungsrecht CHRISTOPH GRABENWARTER, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien/New York 1997, S. 35 ff.; zu den Auswirkungen auf die schweizerische Verwaltungsrechtspflege RUTH HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995.

bereiche beschränkt. Im Gefolge der Umsetzung von Art. 86 Abs. 2 BGG sind die Enumerationskataloge in den kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzen daher hinfällig geworden. Heute umschreiben die kantonalen Prozessordnungen die Zuständigkeitsbereiche ihrer Verwaltungsgerichte mittels Generalklauseln.⁶³

Die Feststellung PETER SALADINS aus dem Jahr 1983, wonach der Bund seine «Anforderungen an kantonale Organisation und Verfahren seit 1848 nicht grundlegend verändert oder vermehrt hat»⁶⁴, ist daher inzwischen überholt. Allerdings belassen die in Art. 86 Abs. 2 BGG statuierte Pflicht, als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts obere Gerichte einzusetzen, sowie die punktuellen spezialgesetzlichen Vorgaben den Kantonen in organisatorischer Hinsicht nach wie vor einen beachtlichen Spielraum, der auf vielfältige Weise konkretisiert wird.⁶⁵ Raum für eigene Lösungen besteht in Bezug auf die meisten der vorne erörterten Facetten der Justizorganisation. Exemplarisch zu nennen sind die Regelungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit den der letzten kantonalen Instanz vorgelagerten Rechtsmittelinstanzen, die Beantwortung der Fragen, ob ein ein- oder mehrstufiger Instanzenzug vorgesehen bzw. ob ein selbständiges Verwaltungsgericht etabliert oder dieses unter das Dach des kantonalen Obergerichts gestellt wird, sowie die Ausgestaltung der Aufsicht, die personelle Konstituierung und die gerichtlichen Abläufe.⁶⁶

Weitergehende Einwirkungen bestehen daneben auf spezialgesetzlicher Ebene. Für die Verwaltungsrechtspflege ist insbesondere auf Art. 57 ATSG hinzuweisen, wonach die Kantone «ein Versicherungsgericht als einzige Instanz zur Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung» zu bestellen haben. Daraus resultiert eine doppelte Verpflichtung an die Adresse

63 BENJAMIN SCHINDLER, Beschwerdegründe, Kognition und Prüfungsdichte, in: Isabelle Häner und Bernhard Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 47–60, S. 49; zum Umsetzungsbedarf in den Kantonen auch RUTH HERZOG, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Bern 2007, S. 43–111, S. 101 ff.

64 SALADIN (Fn. 43), S. 342.

65 Siehe dazu hinten E. II.1.

66 Der kantonale Spielraum ist damit weiter als beispielsweise jener der österreichischen Bundesländer. Zwar ist dort die Organisation der Landesverwaltungsgerichte auch auf gliedstaatlicher Ebene geregelt (siehe Art. 10 Ziff. 1 und Art. 136 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes [B-VG]), die bundesrechtlichen Vorgaben sind indes ungleich detaillierter als in der Schweiz (siehe Art. 129 ff., insbesondere Art. 134 ff. B-VG). Mit Regelungen unter anderem zur Besetzung, den fachlichen Qualifikationen, den Unvereinbarkeiten sowie dem weitgehenden Ausschluss der verwaltungsinternen Überprüfung besteht ein «relativ enge[s] bundesverfassungsrechtliche[s] Korsett für die Organisation der Verwaltungsgerichte» (so CHRISTIAN RANACHER und DIETER WOLF, Das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte, in: Peter Bussjäger, Anna Gamper, Christian Ranacher und Niklas Sonntag (Hrsg.), Die neuen Landesverwaltungsgerichte, Wien 2013, S. 73–107, S. 105). Dieser Status quo stellt allerdings das Ergebnis eines Ausbaus der Kompetenzen der Bundesländer in diesem Bereich dar, existierten bis 2014 auf der gliedstaatlichen Ebene doch keine Verwaltungsgerichte.

der Kantone: Sie müssen erstens eine für das gesamte Kantonsgebiet zuständige Instanz vorsehen, zweitens ist es ihnen untersagt, eine Weiterzugsmöglichkeit zu schaffen.⁶⁷

D. Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Justizorganisation

I. Zum Kreis einschlägiger Vorgaben

Bund und Kantone haben bei der Ausgestaltung ihrer Justizorganisation verschiedenen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen. Ausgangspunkt bilden die spezifischen Funktionen der Verwaltungsrechtspflege, muss die Justiz doch so organisiert sein, dass sie die ihr übertragenen Aufgaben auch tatsächlich erfüllen kann.⁶⁸ Von zentraler Bedeutung ist sodann die richterliche Unabhängigkeit, die einerseits eine grund- und menschenrechtliche Dimension aufweist und andererseits von organisatorischer Relevanz ist.⁶⁹ Sie verfügt über gewisse Parallelen zum Grundsatz der Gewaltenteilung⁷⁰, wobei diese beiden Themenbereiche je einen über die gemeinsame Schnittmenge hinausgehenden, eigenständigen Gehalt aufweisen. Im Zentrum stehen damit zentrale rechtsstaatliche Anliegen.⁷¹ Diese sind von den ebenfalls auf Verfassungsstufe verankerten, spezifisch organisationsrechtlichen Vorgaben abzugrenzen, die beispielsweise den Aufbau der Gerichte, die Selbstverwaltung oder die Unvereinbarkeiten regeln und daher bereits Konkretisierungen der allgemeinen Anforderungen darstellen.⁷²

Die einschlägigen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben schreiben kein bestimmtes Organisationsmodell vor. Wenngleich sie die Organisation weniger stark prägen als das Verfahren,⁷³ limitieren sie dennoch die Bandbreite der

67 Zur zweifachen Bedeutung des Adjektivs «einzig» UELI KIESER, ATSG, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 57 Rn. 11 ff.

68 Siehe dazu hinten D.II.

69 Siehe dazu hinten D.III.

70 Siehe dazu hinten D.IV.

71 Weitergehende Anforderungen an die Organisation der Verwaltungsjustiz mit allerdings regelmässig geringem Präzisionsgrad lassen sich teilweise den Kantonsverfassungen entnehmen. So wird etwa eine verlässliche Rechtsprechung gefordert (exemplarisch § 61 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 [SR 131.213] und § 64 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 [SR 131.215]) und diese bisweilen in einen expliziten Bezug zur Gerichtsorganisation gesetzt (exemplarisch Art. 77 Abs. 3 der Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 [SR 131.225] und Art. 74 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [SR 131.211]). Siehe dazu REITER (Fn. 28), Rn. 49 und 167 ff.

72 Zur Verfassungswürdigkeit justizorganisatorischer Bestimmungen siehe CHRISTINA KISS-PETER, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Basel 1993, S. 21; REITER (Fn. 28), Rn. 47 ff.

73 Zum Umstand, dass das «Verfahren vom (geschriebenen oder ungeschriebenen) Bundesverfassungsrecht einlässlicher bestimmt [ist] als die Organisation», SALADIN (Fn. 29), Rn. 5.22.

Entscheidungsoptionen, wobei den zuständigen Instanzen⁷⁴ erhebliche Gestaltungsspielräume verbleiben. Dass unterschiedliche organisatorische Ausprägungen zwar rechtmässig sind, diese mit Blick auf die nachfolgend zu erläuternden Vorgaben aber einen variablen Zielerreichungsgrad aufweisen, findet auch darin Ausdruck, dass in der Literatur zur gerichtswirtschaftlichen Organisation teilweise nach sogenannten *Best Practices* gefragt wird. Letztere sollen «vor allem Hinweise dafür liefern, wie die allgemein gehaltenen Anforderungen und Zielwerte des Verfassungs- und Völkerrechts konkretisiert werden können».⁷⁵ Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei den einschlägigen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben um Richtwerte, die zwar gänzlich verfehlt werden können, denen im Übrigen aber innerhalb einer bestimmten Bandbreite mehr oder minder Rechnung getragen werden kann. Sie sind abzugrenzen von völkerrechtlichen Dokumenten, denen der Charakter von *Soft Law* zukommt und die daher nicht rechtlich bindend sind, aber trotzdem Wirkung entfalten können.⁷⁶

Die nachstehend erläuterten Anforderungen an die Justizorganisation zeitigen vor allem in dreierlei Hinsicht Konsequenzen: Erstens sind sie bei der Ausgestaltung zwingend zu entscheidenden Fragen, beispielsweise den Wahlmodalitäten der Richterinnen und Richter⁷⁷ oder der Justizaufsicht,⁷⁸ zu beachten. Zweitens können sie den Auslöser für bestimmte organisationsrechtliche Entwicklungen bilden, die dem Gedanken einzelner verfassungsrechtlicher Vorgaben besser Rechnung tragen. Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Etablierung gerichtswirtschaftlicher Konfliktlösungsmechanismen oder die Sicherstellung einer angemessenen Ämterrotation. Drittens wirken sie als Leitlinie bzw. Schranke bei der Rezeption neuerer Strömungen aus der Organisationslehre, beispielsweise der Implementierung von Mechanismen der Qualitätssicherung und Wirkungsmessung.⁷⁹

74 Zur Verteilung der Regelungszuständigkeit im Bereich der Justizorganisation REITER (Fn. 28), Rn. 46 ff. sowie hinten F.II.5.c.

75 REITER (Fn. 28), Rn. 17.

76 Hinzuzuweisen ist insbesondere auf die Empfehlungen des Europarats betreffend die richterliche Unabhängigkeit (dazu ANJA TSCHIRKY, *The Council of Europe's activities in the judicial field*, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 17 ff.) sowie verschiedene Berichte der vom Europarat geschaffenen Venice Commission (siehe exemplarisch die *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges*, CDL-PI(2018)008).

77 Siehe dazu statt vieler MARTIN KAYSER, *Richterwahlen: Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie*, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 41–64.

78 Siehe dazu statt vieler MIRJAM E. FREY HAESLER, *Aufsicht über die Justiz*, Basel 2017, S. 63 ff. mit weiteren Hinweisen

79 Siehe dazu statt vieler DANIEL KETTIGER, *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz: Ausgangslage, Entwicklungen, Thesen*, in: Daniel Kettiger (Hrsg.), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz – ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit*, Bern 2003, S. 7–32; PATRICK MAIER, *New Public Management in der Justiz*, Bern 1999, S. 139 ff.

Der Kreis der einschlägigen Vorgaben ist von Postulaten oder Erwartungshaltungen abzugrenzen, die seitens der Politik an die Justizorganisation herangetragen werden und diese mehr oder minder stark beeinflussen, ohne dass sie aber verfassungsrechtlich geboten wären. Solche politisch motivierten Anliegen – insbesondere die wirtschaftliche Effizienz betreffend⁸⁰ – stellen daher keine verfassungsrechtlichen Anforderungen, sondern vielmehr Herausforderungen dar, bei deren Bewältigung der verfassungs- und völkerrechtliche Rahmen zu beachten ist.⁸¹

II. Grundfunktionen der Verwaltungsjustiz

Wegleitend für die Organisation der Verwaltungsjustiz ist zunächst die Sicherstellung der ordnungsgemässen Erfüllung von deren Kernaufgabe, der Rechtsprechung.⁸² Letztere steht primär im Dienste des (auch von der Rechtsweggarantie [Art. 29a BV] geforderten) Individualrechtsschutzes sowie der Kontrolle und – gegebenenfalls – Korrektur der Verwaltung.⁸³ Nicht anders als das Verfahren leistet auch die Organisation einen Beitrag zu einer korrekten und fairen Rechtsanwendung. Während im verfahrensrechtlichen Kontext der Rekurs auf die dienende Funktion gemeinhin verpönt ist,⁸⁴ verfügt diese Qualifikation in organisatorischer Hinsicht eher über Berechtigung, wenngleich der Justizorganisation zentrale Bedeutung für die Sicherstellung einer funktionierenden Gerichtsbarkeit zukommt. Grund dafür ist, dass die Organisation in der Kausal-

80 Zur Inexistenz eines allgemeinen Gebots wirtschaftlicher Effizienz im Bereich der rechtsprechenden Tätigkeit JOHANNES REICH, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Kommentar, Basel 2015, Art. 191c Rn. 20; ablehnend gegenüber der Anerkennung der Effizienz als eigenständiges Verfassungsprinzip auch PHILIPP EGLI, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 126 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCH (Fn. 1), Rn. 262; REITER (Fn. 28), Rn. 127; a.M. CHRISTOPH BÜRKI, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Bern 2011, S. 137, wonach die Prozessökonomie als «Verfahrensprinzip und Rechtsprinzip mit Verfassungsrang» zu qualifizieren sei (Fn. weggelassen); ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Bern 2005, S. 139 ff. und 240 ff.

81 Siehe dazu hinten E. III.3. Von Verfassungen wegen zu beachten ist einzig die zeitliche Effizienz und zwar insoweit, als Verfahren nicht über Gebühr verzögert werden dürfen. Grundlage dafür bilden Art. 29 Abs. 1 BV sowie das Gebot der Rechtssicherheit mit der ihm inhärenten Forderung nach Rechtsverwirklichung. Siehe dazu statt vieler BGE 129 I 206, 211 E. 2; BGE 138 II 513, 518 E. 6; BIAGGINI (Fn. 2), Art. 29 Rn. 13; REITER (Fn. 28), Rn. 121.

82 Zum Konnex zwischen Aufgaben und Organisation auch MEINRAD HANDSTANGER, Grundsatzfragen zur Organisation eines Verwaltungsgerichts, in: Peter Bussjäger, Anna Gamper, Christian Ranacher und Niklas Sonntag (Hrsg.), Die neuen Landesverwaltungsgerichte, Wien 2013, S. 59–71, S. 61 f.

83 Eingehend zu den Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rn. 23 ff.

84 Siehe dazu DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2013, Rn. 178; BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer, Markus Müller und Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2019, Einleitung Rn. 20.

kette insofern weiter vom Entscheid entfernt ist, als sie nur – aber immerhin – die Voraussetzungen dafür schafft, dass Verfahren stattfinden können, denen die Funktion eigenständiger Richtigkeitsgewähr zukommt.

Verwaltungsgerichte müssen in der Lage sein, die an sie herangetragenen Streitigkeiten rechtsrichtig, innerhalb angemessener Zeit und im Rahmen von Prozessen, welche den in Art. 29 BV verankerten grundlegenden Fairnessanforderungen genügen, zu entscheiden.⁸⁵ An dieser Voraussetzung ist letztlich jede organisatorische Entscheidung zu messen. Sie bezieht sich daher auf die gerichtsinterne Strukturierung ebenso wie auf die Abläufe im Einzelnen. Unerlässlich für die ordnungsgemässe Erfüllung dieser Aufgabe ist insbesondere eine kritische Distanz gegenüber der zu kontrollierenden Verwaltung sowie Unparteilichkeit gegenüber den Verfahrensbeteiligten. Die Forderung nach institutioneller und personeller Unabhängigkeit resultiert damit bereits aus den Grundfunktionen der Verwaltungsjustiz.⁸⁶ Praktische Konsequenzen in organisatorischer Hinsicht zeitigt sie unter anderem bei der Ausgestaltung der Aufsicht über die Verwaltungsgerichte, deren personeller Besetzung und der Spruchkörperbildung.⁸⁷ Unerlässlich ist sodann eine hinreichende sachliche und personelle Ausstattung.⁸⁸ Neben der Zusprechung genügender Ressourcen, die eine adäquate Infrastruktur und Entlohnung ermöglichen, manifestiert sich dieses Anliegen etwa in der von Gerichtsmitgliedern geforderten fachlichen Kompetenz im Sinne adäquater Sach- und Rechtskenntnisse.⁸⁹

III. Richterliche Unabhängigkeit

Von massgeblicher Bedeutung für die Justizorganisation ist der Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit als zentrale Voraussetzung für die Sicherstellung eines fairen Prozesses in einem ergebnisoffenen Verfahren.⁹⁰ Dieser ist zunächst grund- bzw. menschenrechtlich fundiert (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Komplettiert wird er durch eine institutionelle Garantie (Art. 191c BV) im Sinne eines organisationsrechtlichen Grundsatzes.⁹¹ Unabhängigkeit ist im Verhältnis zu verschiedenen Referenzpunkten sicherzustellen: den anderen Staatsgewalten, den übrigen Justizbehörden, den Verfahrensparteien, den

85 Vgl. statt vieler HANDSTANGER (Fn. 76), S. 62 f.

86 FRIEDRICH SCHOCH, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann und Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl., München 2013, § 50 Rn. 49.

87 Siehe zu Letzterer sogleich D.III.

88 HANDSTANGER (Fn. 82), S. 62; SCHOCH (Fn. 86), Rn. 59.

89 Siehe dazu auch hinten F.I.4.a.

90 Zur Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit statt vieler RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (Fn. 12), Rn. 457; REGINA KIENER, WALTER KÄLIN und JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 43 Rn. 16 ff.

91 Statt vieler REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 27.

gesellschaftlichen Anspruchsgruppen sowie sachfremden Motivationen.⁹² Die Konsequenzen des Gebots richterlicher Unabhängigkeit für die Justizorganisation sind komplexer zu erfassen als die einzelfallweise zu konkretisierenden Ausstandsbestimmungen, die insbesondere am Kriterium der Offenheit des Verfahrensausgangs anknüpfen und unter anderem auf die Beziehungsnähe zu den Parteien abstellen. Ursächlich dafür sind insbesondere die zahlreicheren Anknüpfungspunkte. Zudem kennzeichnet sich die richterliche Unabhängigkeit durch eine «spezifische Verschränkung institutionsbezogener Elemente mit [...] personenbezogenen Gehalten».⁹³

Folgen für die Justizorganisation resultieren zunächst aus der Unabhängigkeit gegenüber den anderen Staatsgewalten, die auch vom Grundsatz der Gewaltenteilung gefordert wird. Diese setzt die «funktionelle, personelle und organisatorische Verselbständigung [der Gerichte] im Gefüge der Staatsorganisation»⁹⁴ voraus. Rechnung zu tragen ist ihr unter anderem bei der Ausgestaltung der Richterwahlen, der Justizaufsicht, der Mittelzuteilung, der Festlegung des Umfangs der gerichtlichen Selbstverwaltung, der Normierung von Unvereinbarkeiten mit Bezug auf Tätigkeiten in anderen Staatsgewalten sowie bei den Voraussetzungen der Amtsenthebung. Zu verhindern ist dabei, dass die Legislative und die Exekutive über die erwähnten organisatorischen Vorkehrungen direkt oder indirekt Einfluss auf die Rechtsprechung nehmen können.

Der richterlichen Unabhängigkeit ist sodann bei der Ausgestaltung der gerichtsinternen Organisationsstrukturen und Prozesse Beachtung zu schenken.⁹⁵ Dieses Gebot wirkt sich beispielsweise auf die Modalitäten der Besetzung des Spruchkörpers aus. Massstab bildet dabei, dass die Rechtsprechung «nicht durch eine gezielte Auswahl der Richter im Einzelfall beeinflusst werden» kann; zudem muss sich die Besetzung mit sachlichen Gründen rechtfertigen lassen.⁹⁶ Verfassungs- und völkerrechtlich geboten ist zumindest die Statuierung abstrakter Kriterien, die auch in Gestalt einer gefestigten Praxis erfolgen kann.⁹⁷ An den einschlägigen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben zu messen sind sodann die Mechanismen der gerichtsinternen Qualitätssicherung, beispielsweise Controllings oder andere Formen der Leistungsbeurteilung.⁹⁸

92 KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, S. 43; BIAGGINI (Fn. 2), Art. 191c Rn. 3; REICH (Fn. 80), Art. 191c Rn. 9.

93 So mit Bezug auf das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland SCHOCH (Fn. 86), Rn. 51.

94 KIENER (Fn. 91), S. 228 (Hervorhebungen weggelassen).

95 Eingehend zur richterlichen Unabhängigkeit im Innenverhältnis REITER (Fn. 28), Rn. 129 ff.

96 BGer, Urteil 1C_187/2017, 1C_327/2017 vom 20. März 2018, E. 6.1.

97 BGer, Urteil 1C_187/2017, 1C_327/2017 vom 20. März 2018, E. 6.6. Siehe dazu ARNOLD MARTI, Kommentar zu den beiden Bundesgerichtsurteilen zur Gerichtsbesetzung in den Kantonen Bern und Basel-Stadt, ZBl 2018, S. 357–362; zur Spruchkörperbildung auch ANDREAS MÜLLER, Rechtlicher Rahmen für die Geschäftslastbewirtschaftung in der schweizerischen Justiz, Baden-Baden, Wien und Bern 2016, Rn. 250 ff. und 592 ff.

98 BIAGGINI (Fn. 2), Art. 188 Rn. 20; REICH (Fn. 80), Art. 191c Rn. 20.

Schliesslich können sich auch im Hinblick auf die Sicherstellung der Unparteilichkeit, verstanden als «Fehlen von Voreingenommenheit und Befangenheit»⁹⁹, organisatorische Vorkehrungen aufdrängen. Zwar wird die Unparteilichkeit primär durch die einzelfallweise zu berücksichtigenden Ausstandsbestimmungen gewährleistet,¹⁰⁰ insbesondere im Kontext der Kombination einer richterlichen Funktion mit einer weiteren beruflichen Tätigkeit können sich allerdings strukturelle Parteilichkeitsprobleme stellen, denen mittels organisatorischer Vorgaben zu begegnen ist. Im Zentrum steht dabei die nicht unproblematische Verbindung einer Tätigkeit als Anwältin bzw. Anwalt mit einem Amt als nebenamtliche Richterin bzw. Richter oder Ersatzrichterin bzw. Ersatzrichter.¹⁰¹

IV. Grundsatz der Gewaltenteilung

Die Querbezüge und Parallelen zwischen der richterlichen Unabhängigkeit und dem Gewaltenteilungsgrundsatz resultieren daraus, dass Erstere eine gewisse Distanz impliziert und die anderen Staatsgewalten dabei einen der Bezugspunkte bilden. Es erstaunt daher nicht, dass bedeutende Aspekte der vorerwähnten Grundrechtsgarantie, soweit sie sich auf die Organisation auswirkt, Fragen der Gewaltenteilung betreffen.

Das Verhältnis zwischen der Grundrechtsgarantie und dem Gewaltenteilungsgrundsatz wird im Übrigen unterschiedlich beurteilt: In der Literatur zur gerichtlichen Selbstverwaltung als eine der Konsequenzen der institutionellen Unabhängigkeit¹⁰² wird teilweise insofern ein Spannungsverhältnis zwischen der richterlichen Unabhängigkeit und dem Gewaltenteilungsgrundsatz skizziert, als die Selbstverwaltung als (gerechtfertigte) Durchbrechung der funktionellen Gewaltenteilung bezeichnet wird.¹⁰³ Nach anderer Ansicht steht sie demgegenüber «durchaus in Einklang mit der (modern verstandenen) Gewaltenteilungsidee».¹⁰⁴ Kristallisationspunkt der unterschiedlichen Ansichten bildet damit letztlich die Frage, ob die richterliche Unabhängigkeit ein Rechtfertigungsgrund für die Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes oder ein bei der Formung von dessen Gehalt zu berücksichtigendes Kriterium darstellt.

99 BIAGGINI (Fn. 2), Art. 30 Rn. 7; siehe dazu auch GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 30 Rn. 16 ff.

100 Siehe exemplarisch die Ausstandsgründe für das Bundesgericht in Art. 34 BGG, die aufgrund von Art. 38 VGG auch für das Bundesverwaltungsgericht gelten.

101 Siehe dazu hinten E. II.2.b.bb.

102 Der Grundsatz der Selbstverwaltung ist regelmässig verfassungs- oder gesetzesrechtlich verankert. Siehe auf Bundesebene Art. 188 Abs. 2 BV und Art. 14 VGG; zum kantonalen Recht exemplarisch § 96 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227), § 82 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2).

103 Vgl. KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 188 Rn. 30; SEFEROVIC (Fn. 33), Art. 188 Rn. 52.

104 Vgl. BIAGGINI (Fn. 2), Art. 188 Rn. 15.

Überzeugender scheint die zweitgenannte Ansicht. Sie trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass weite Teile der Gerichtstätigkeit nicht mit den herkömmlichen exekutiven Funktionen im Sinne der Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen verglichen werden können, da sie stets im Dienst der Rechtsprechung als Hauptaufgabe der Judikative stehen. Die Abkehr von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ermöglicht es im Übrigen auch, Verwaltungskompetenzen, die nicht zum «zwingende[n] Mass an Selbstverwaltung»¹⁰⁵ zählen, in pragmatischer Weise den Gerichten zuzuteilen.

Die gerichtliche Selbstverwaltung hat in jüngerer Zeit stark an Bedeutung gewonnen.¹⁰⁶ Neben ihrer Hauptfunktion, der Rechtsprechung, sind die Gerichte daher auch mit Rechtsetzungs- und Verwaltungsaufgaben befasst. Damit einher geht ein Bedürfnis nach interner Machtteilung, dem in der neueren Literatur mit einer Forderung nach innergerichtlicher Gewaltenteilung Rechnung getragen wird. Verlangt wird insbesondere, dass die wichtigsten Nebenfunktionen gerichtsintern unterschiedlichen Organen und Funktionsträgern zugewiesen werden, was eine gegenseitige Kontrolle ermöglicht.¹⁰⁷ Erfüllt werden kann dieses Anliegen beispielsweise mittels Amtszeitbeschränkungen für Tätigkeiten in der Gerichtsverwaltung.¹⁰⁸

E. Herausforderungen und Problemfelder

I. Identifikation von Brennpunkten

Im Folgenden werden zentrale Herausforderungen und Problemlagen im Kontext der Organisation der Verwaltungsjustiz, wie sie sich *de constitutione et lege lata* präsentiert, identifiziert. Anknüpfend an die vorstehenden Ausführungen wird in einem ersten Schritt untersucht, welche Defizite aus der föderalistischen Vielfalt resultieren.¹⁰⁹ Auch das rechtliche und politische Umfeld, in das die Verwaltungsjustiz eingebettet ist, bleibt nicht ohne Folgen für deren Organisation. Da die sich stellenden Herausforderungen nicht vollständig erfasst werden können, wenn der Fokus auf genuin justizorganisatorische Themen beschränkt bleibt, wird der Blickwinkel erweitert, um aufzuzeigen, welche Konsequenzen aus den Eigenheiten des Verwaltungsrechts resultieren.¹¹⁰ Spezifische Fragen stellen sich zudem aufgrund jüngerer Entwicklungen in verwaltungsorganisatorischer Hinsicht, denen auch bei der Ausgestaltung der Verwal-

105 KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 188 Rn. 32.

106 REITER (Fn. 28), Rn. 109; dazu auch hinten E. III.2.b.

107 Eingehend dazu REITER (Fn. 28), Rn. 109 ff.

108 Siehe exemplarisch Art. 19 Abs. 3 BGG und Art. 15 Abs. 2 VGG.

109 Siehe hinten E. II.

110 Siehe hinten E. III.1.

tungsjustiz Rechnung getragen werden muss.¹¹¹ Schliesslich wird nach den Motiven, die jüngeren Revisionsvorhaben im Bereich der Justizorganisation zu Grunde liegen, gefragt, wobei besonderes Augenmerk auf die Effizienz gelegt wird.¹¹² Diese Ausführungen bilden die Grundlage für eine Problemdiagnose, vor deren Hintergrund schliesslich die Frage zu diskutieren sein wird, ob eine Vereinheitlichung der Justizorganisation bzw. die Schaffung gemeinsamer Justizorgane valable Perspektiven zur Überwindung tatsächlicher Inkonvenienzen darstellen.¹¹³

Lediglich am Rande erwähnt sei, dass die Verwaltungsjustiz trotz Existenz anderweitiger Streitschlichtungsmöglichkeiten, namentlich der Zivil- und Strafjustiz, der Schiedsgerichtsbarkeit und der Möglichkeiten konsensualer Streitbeilegung, nicht unter Legitimationsdruck steht. Tendenzen einer Marginalisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit lassen sich jedenfalls nicht erkennen. Während in Deutschland aufgrund der vermehrten Zuweisung von Streitigkeiten an die Zivilgerichtsbarkeit sowie der Erosion der Zuständigkeiten der allgemeinen Verwaltungsgerichte zu Gunsten von Spezialverwaltungsgerichten bisweilen eine Krise der Verwaltungsgerichtsbarkeit heraufbeschworen und eine «nachvollziehbare Konzeption oder gar ein stimmiger «Bauplan» als Grundlage für die Rechtswegtrennung» als inexistent erachtet wird,¹¹⁴ drängt sich für die Schweiz kein vergleichbarer Befund auf. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist im Verwaltungsrecht – anders als im Zivilrecht – sodann kaum von Bedeutung, zumal Anwendungsfelder dafür nur beim vertraglichen Handeln bestehen und überdies weitere Voraussetzungen, namentlich mit Bezug auf die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands, erfüllt sein müssen.¹¹⁵ Schliesslich führen auch einvernehmliche Formen der Streitschlichtung aufgrund des damit verbundenen Aufwands für die Parteien sowie deren weniger gefestigten verfahrensrechtlichen Positionen nicht zu einem Bedeutungsverlust der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Da das gerichtliche Verfahren ebenfalls Raum für konsensuale Elemente bietet,¹¹⁶ lassen sich die beiden Formen ohnehin kombinieren.

111 Siehe hinten E. III.2.

112 Siehe hinten E. III.3.

113 Siehe hinten F.

114 Siehe dazu SCHOCH (Fn. 86), Rn. 98 f.

115 Eingehend dazu ELEANOR MCGREGOR, *L'arbitrage en droit public suisse*, Genf/Zürich/Basel 2015, S. 253 ff.; siehe auch STEFAN VOGEL, *Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht*, ZBl 2010, S. 670–683, S. 673 ff.; demgegenüber stellt FRAUKE BROSIUS-GERSDORF, *Dritte Gewalt im Wandel: Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?*, VVdStRL 74 (2014), S. 170–223, S. 171 ff., in Deutschland einen Bedeutungszuwachs der Schiedsgerichtsbarkeit und zunehmende Konkurrenz für die staatlichen Gerichte fest.

116 Siehe Art. 33b Abs. 1 VwVG betreffend gütliche Einigung und Mediation, der auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Geltung hat. Dazu KARINE SIEGWART, in: Bernhard Waldmann und Philippe Weissenberger (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 33b Rn. 25 f.; eher kritisch demgegenüber MURIEL BECK KADIMA, *Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht*, Justice –

II. Föderalistische Vielfalt

1. Vielzahl von (Verwaltungs-)Gerichten

Bedenkt man, dass im Bund und in den Kantonen (neben den ebenfalls zahlreichen, teilweise organisatorisch selbständigen Zivil- und Straferichten erster und zweiter Instanz sowie weiteren Behörden der Judikative) insgesamt 27 Verwaltungsgerichte als Vorinstanzen des Bundesgerichts bestehen und diesen wiederum teilweise von der Verwaltung entkoppelte weitere Rechtsmittelinstanzen vorgelagert sind, wird deutlich, dass die Schweiz eine beachtliche Anzahl Gerichte aufweist.¹¹⁷ Damit verbunden sind zunächst beträchtliche Pro-Kopf-Ausgaben für die Justiz.¹¹⁸

Die Kombination einer vergleichsweise grossen Anzahl gerichtlicher Behörden mit einer verhältnismässig tiefen Einwohnerzahl und damit verbundenen beschränkten Fallzahlen führt zudem zwangsläufig dazu, dass die Gerichte teilweise von lediglich geringer Grösse sind. Die Kleinräumigkeit hiesiger Gerichtsstrukturen lässt sich auch daraus ableiten, dass die Schweiz zwar eine der höchsten Gerichtsdichten pro Einwohner aufweist, sich beim Verhältnis zwischen hauptamtlich tätigen Richterinnen und Richtern zur Einwohnerzahl (15:100'000 Einwohner) aber im unteren Mittelfeld bewegt.¹¹⁹ Die damit einhergehende limitierte bzw. stärker schwankende Geschäftslast mag auch ein Grund dafür sein, dass in der schweizerischen Justiz eine ungleich höhere Anzahl nebenamtlicher Richterinnen und Richter bzw. Ersatzrichterinnen und Ersatzrichter tätig ist als in den meisten anderen europäischen Staaten (35:100'000 Einwohner).¹²⁰ Konsequenz

Justiz – Giustizia, 2010/4, Rn. 23 ff.; PANDORA NOTTER, Mediation im Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 56 ff.

117 Einem allgemeinen europäischen Trend entsprechend sind allerdings sinkende Zahlen zu konstatieren. Ursächlich dafür sind insbesondere die verschiedentlich erfolgten Zusammenlegungen von Gerichtskreisen der ersten Instanz sowie Fusionen von Ober- und Verwaltungsgerichten. Während die Schweiz 2012 mit 4.5 Gerichten pro 100'000 Einwohner europaweit noch über die höchste Dichte an gerichtlichen Institutionen verfügte (siehe European judicial systems, Efficiency and quality of justice, 2014 Edition [2012 data], S. 117), ist dieser Faktor 2014 auf 3.7 (European judicial systems, Efficiency and quality of justice, CEPEJ [European Commission for the Efficiency of Justice] Studies No. 23, 2016 Edition [2014 data], S. 41) und 2016 auf 3.5 (European judicial systems, Efficiency and quality of justice, CEPEJ Studies No. 26, 2018 Edition [2016 data], S. 197) gesunken. Er indiziert allerdings nach wie vor eine vergleichsweise grosse Zahl an Gerichten in der Schweiz (europäischer Durchschnitt im Jahr 2016: 1.9 Gerichte pro 100'000 Einwohner; siehe die erwähnte Studie aus dem Jahr 2018, S. 197).

118 2016 betrug die jährliche Pro-Kopf-Belastung für die Justiz in der Schweiz 214.80 Euro und war damit signifikant höher als in anderen europäischen Staaten (Durchschnitt: 64 Euro). Siehe die Studie des CEPEJ aus dem Jahr 2018 (Fn. 117), S. 26. Ein Vergleich mit den Jahren 2012 (197.70 Euro; S. 56) und 2014 (219 Euro; S. 26) zeigt, dass diese Zahl in der Tendenz steigend, aber gleichzeitig leichten Schwankungen unterworfen ist.

119 Der europäische Durchschnitt betrug im Jahr 2016 25.1 Richter pro 100'000 Einwohner. Siehe die Studie des CEPEJ aus dem Jahr 2018 (Fn. 117), S. 105.

120 Siehe die Studie des CEPEJ aus dem Jahr 2018 (Fn. 117), S. 103. Lediglich Monaco hat mit 43 nicht hauptberuflich tätigen Richterinnen und Richtern pro 100'000 Einwohner (bei einer absoluten Zahl von lediglich 16 Richterinnen und Richtern) einen höheren Anteil als die Schweiz.

bildet zum einen ein hoher Personalbedarf, der in Kombination mit dem gemeinhin berücksichtigten Parteienproporz¹²¹ sowie dem regelmässig bestehenden Wohnsitzerfordernis zu Rekrutierungsschwierigkeiten führen kann. Zum anderen begünstigen die kleinräumigen Strukturen problematische Doppelfunktionen insbesondere in Advokatur und Justiz,¹²² welche die in engeren geographischen Räumen ohnehin bestehende generelle Gefahr mangelnder Distanz zwischen Funktionsträgern und Rechtsunterworfenen noch verschärft. Besondere Schwierigkeiten für die kleinräumigen Strukturen resultieren schliesslich aus den gestiegenen Anforderungen in Bezug sowohl auf die Rechtsprechung als auch die Gerichtsverwaltung.¹²³

2. *Vielfältige Ausgestaltung der Justizorganisation*

a. *Überblick*

Die Kantone füllen den Regelungsspielraum in justizorganisatorischer Hinsicht auf unterschiedliche Weise. Konsequenz ist ein vielfältiges und in den Details nicht leicht zu erfassendes Bild.¹²⁴

Unterschiede bestehen zunächst mit Blick auf den Instanzenzug: Während im Bund (spezialgesetzlich etablierte Instanzen vorbehalten¹²⁵) erstinstanzlich das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist, besteht in den meisten Kantonen ein zweistufiger Instanzenzug, wobei gemeinhin eine verwaltungsinterne Behörde als erste Beschwerde- oder Rekursinstanz (in der Regel die zuständige Direktion oder das Departement, seltener die Gesamtregierung) mit voller Kognition entscheidet. Teilweise bestehen für bestimmte Rechtsgebiete (beispielsweise das Personal-, Bau- oder Steuerrecht) erstinstanzlich spezialisierte Rekurskommissionen oder Spezialverwaltungsgerichte, die mit mehr oder weniger weitgehender richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet sein

121 Eingehend dazu KIENER (Fn. 91), S. 270 ff.; siehe auch die Beiträge in der Ausgabe 2006/3 der Zeitschrift «Justice – Justiz – Giustizia», die sich dem Thema «Justiz und politische Parteien» widmen; kritisch auch die Staatengruppe des Europarats gegen Korruption (Greco), Vierte Evaluationsrunde, Prävention von Korruption bei Mitgliedern von Parlamenten, Gerichten und Staatsanwaltschaften, 2017 (GrecoEval 4Rep[2016]5), S. 26 ff.

122 Auf die Rekrutierungsschwierigkeiten sowie die Problematik von Funktionskumulierungen weist auch BENJAMIN SCHINDLER, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, ZBI 2016, S. 113–114, S. 113, hin.

123 Dazu hinten E. III.1.

124 Zur Vielfalt der Justizorganisation in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten auch BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2. Aufl., Bern 2015, S. 424 ff.; SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 16; allgemein SCHWENKEL (Fn. 7), S. 1.

125 Exemplarisch hinzuweisen ist auf die ETH-Beschwerdekommission, die erstinstanzlich über Verfügungen der ETH und der Forschungsanstalten entscheidet (siehe Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 [ETH-Gesetz; SR 414.110]); dazu ANJA MARTINA BINDER, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 76 f. und 172 f.

können.¹²⁶ Die Entscheide dieser Vorinstanzen sind aufgrund von Art. 86 Abs. 2 BGG kantonal letztinstanzlich beim Verwaltungsgericht anfechtbar, das in der Regel auf die Prüfung von Sachverhalts- und Rechtsfragen beschränkt ist.

Unterschiede bestehen sodann mit Blick auf die Einbettung der kantonalen Verwaltungsgerichte in die übrige Gerichtsbarkeit.¹²⁷ Während in gewissen Kantonen organisatorisch selbständige Verwaltungsgerichte bestehen,¹²⁸ sind sie in anderen in das oberste kantonale Gericht integriert¹²⁹ oder verfügen bei grundsätzlich selbständiger Existenz über eine starke Anbindung an die ordentliche Justiz.¹³⁰ Gewisse Kantone haben für sozialversicherungsrechtliche Angelegenheiten ein eigenes Gericht geschaffen,¹³¹ während die diesbezügliche Beurteilung andernorts einer besonderen Abteilung oder Kammer des Verwaltungs- bzw. Obergerichts obliegt.¹³²

Kantonal unterschiedlich gestaltet sich auch die Konstituierung und Ausgestaltung der einzelnen Instanzen: Lediglich ungefähr die Hälfte der Kantone statuiert fachliche Qualifikationen als Wählbarkeitsvoraussetzungen.¹³³ Laienrichterinnen und -richter finden sich auf letztinstanzlicher kantonomer Ebene nach wie vor in kleineren ländlichen Kantonen.¹³⁴ Insbesondere in den den kantonalen Verwaltungsgerichten vorgelagerten Spezialgerichten ist teilweise die Partizipation von Fachrichterinnen und Fachrichtern mit besonderen Sachkenntnissen in Bereichen wie dem Bauwesen, der Medizin oder der Rechnungslegung vorgesehen.¹³⁵ Kantonale Unterschiede bestehen sodann mit Blick auf die Existenz und den Wirkungsbereich (Instruktions- und Referententätigkeit oder Beisitz) von nebenamtlichen Richterinnen und Richtern bzw. Ersatzrichterinnen und -richtern.¹³⁶ Divergenzen existieren überdies beim Wahlorgan

126 Eingehend dazu SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 42.

127 Dazu SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 16.

128 So in den Kantonen Bern, Glarus, Graubünden, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, St. Gallen, Thurgau, Zug und Zürich.

129 So in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Freiburg, Luzern, Schaffhausen, Uri und Wallis.

130 So in den Kantonen Aargau, Appenzell Innerrhoden, Genf, Jura, Neuenburg, Tessin und Waadt.

131 So beispielsweise die Kantone Basel-Stadt, Solothurn, Tessin und Zürich.

132 So etwa in den Kantonen Aargau, Appenzell-Innerrhoden und Obwalden.

133 Dies gilt für die Kantone Appenzell Ausserrhoden, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Graubünden, Luzern, Schwyz, Solothurn, Tessin, Waadt und Wallis.

134 So in den Kantonen Appenzell Innerrhoden, Glarus, Nidwalden, Obwalden und Uri. Siehe auch SCHINDLER, (Fn. 1), Rn. 16 und 46, der die Existenz von Laienrichterinnen und -richtern auf den Umstand zurückführt, dass nicht genügend Personen mit juristischer Bildung zur Verfügung stehen.

135 Eingehend zum Einsatz von Fachrichterinnen und Fachrichtern ANNA RÜEFLI, Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien, Baden-Baden, Wien und Bern 2018.

136 SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 16, stellt zwar eine Tendenz zum vollberuflichen Richteramt fest. Nach wie vor kennen allerdings beispielsweise die Kantone Aargau, Appenzell Ausserrhoden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, St. Gallen, Wallis, Waadt und Zürich nebenamtliche Richterinnen und Richter bzw. Ersatzrichterinnen und -richter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

(Parlament oder Volk),¹³⁷ der Amtsdauer¹³⁸ und der Aufsicht über die Justiz.¹³⁹ Verschiedenartig ausgestaltet sind schliesslich die zahlreichen Facetten der internen Organisation und der Justizverwaltung. Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Grösse und Anzahl der Organe und Funktionsträger einzelner Gerichte, die Etablierung von Abteilungen, die Spruchkörpergrösse sowie die Abläufe zwischen den Organen und Funktionsträgern.¹⁴⁰

b. Konsequenzen

aa. Unübersichtlichkeit

Die skizzierte Vielfalt verleiht der hiesigen Justizorganisation einen hohen Komplexitätsgrad. Die damit einhergehende Unübersichtlichkeit besteht mit Bezug auf sämtliche organisatorischen Facetten. Sie zeitigt insbesondere für jene Personen oder Behörden Konsequenzen, die Kenntnis der einschlägigen Vorgaben haben müssen, um entweder (behördlicherseits) rechtmässig zu handeln oder (seitens der Parteien) prozessuale Fehler zu vermeiden und organisatorische Defizite zu erkennen, die als Rechtsverletzungen gerichtlich geltend gemacht werden können.

Ohne Spezialkenntnisse oder Auseinandersetzung mit dem einschlägigen Recht kann beispielsweise kaum zweifelsfrei auf den in einem bestimmten Kontext zur Anwendung gelangenden Rechtsmittelweg geschlossen werden. Zu konsultieren sind dabei nicht nur die allgemeinen prozess- und organisationsrechtlichen Erlasse, sondern auch die einschlägigen Spezialgesetze. Aus der Perspektive des rechtssuchenden Bürgers ist dies insofern grundsätzlich unproblematisch, als die Orientierung im Einzelfall dadurch erleichtert wird, dass Verfügungen und Entscheide in der Regel mit Rechtsmittelbelehrungen versehen werden, welche die Instanz bezeichnen, an die zu appellieren ist.¹⁴¹ Fal-

137 Während beispielsweise im Kanton Basel-Stadt die Gerichtspräsidentinnen und -präsidenten des Appellationsgerichts vom Volk gewählt werden (§ 44 Abs. 1 lit. d der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 [SR 131.222.1]), obliegt die Wahl der Verwaltungsrichterrinnen und -richter in den Kantonen Freiburg und Zürich dem Grosse Rat (siehe Art. 103 Abs. 1 lit. e der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 [SR 131.219]) bzw. dem Kantonsrat (Art. 75 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich [Fn. 71]).

138 Bemerkenswert ist die Wahl der Richterinnen und Richter auf unbestimmte Zeit im Kanton Freiburg (siehe Art. 121 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Freiburg [Fn. 137]). Demgegenüber erfolgt die Wahl in den anderen Kantonen auf eine beschränkte Zeitdauer mit der Möglichkeit der Wiederwahl.

139 Im Kanton Freiburg beispielsweise wird diese Aufgabe vom Justizrat erfüllt (siehe Art. 125 der Freiburger Kantonsverfassung [Fn. 137]), während im Kanton Uri der Landrat die Aufsicht über alle Behörden, die kantonale Aufgaben erfüllen, und damit auch über das Verwaltungsgericht ausübt (Art. 87 Abs. 1 und Art. 102 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984, SR 131.214).

140 Eingehend zu den sich gerichtsintern stellenden organisatorischen Fragen REITER (Fn. 28), Rn. 181 ff.

141 Zwar besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Anspruch auf eine Rechtsmittelbelehrung (siehe BGE 98 Ib 333, 338 E. 2a; kritisch dazu PETER SALADIN, Das Verfassungsprin-

sche Rechtsmittelbelehrungen ziehen, sofern deren Fehlerhaftigkeit nicht hätte erkannt werden müssen, zudem die Rechtswirkungen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) nach sich.¹⁴² Die Konsequenzen der Regelungsvielfalt in organisatorischer Hinsicht unterscheiden sich massgeblich von den Folgen kantonaler Differenzen im Prozessrecht: Dort besteht zwar primär in den eher technischen Details eine beachtliche Regelungsvielfalt (beispielsweise den Fristen und den Wirkungen der Rechtsmittel); die Gefahr eines Rechtsverlusts ist aufgrund der erhöhten Wahrscheinlichkeit von prozessualen Fehlern seitens der Rechtssuchenden aber ungleich grösser.¹⁴³ Auch die Rechtsgleichheit wird durch unterschiedliche organisatorische Modelle nicht gefährdet, da die aus Art. 8 Abs. 1 BV abgeleiteten verfassungsrechtlichen Anforderungen im interkantonalen Vergleich nicht gelten.¹⁴⁴ Die mit der Vielfalt einhergehende mangelnde Übersichtlichkeit wirkt sich allerdings insofern negativ aus, als die Klärung der Zuständigkeit für die Verwaltungsbehörden und Rechtsmittelinstanzen mit einem erhöhten Aufwand verbunden sein kann.¹⁴⁵ Zudem ist die Wahrscheinlichkeit falscher Rechtsmittelbelehrungen, die in der Folge zu Verfahrensverzögerungen führen können, höher.

Demgegenüber ist die organisatorische Vielfalt im gerichtlichen Innenbereich für die Gerichte selbst kaum problematisch, da davon auszugehen ist, dass Vertrautheit mit den einschlägigen Grundlagen und der Praxis besteht. Aus der Perspektive der Privaten sind vor allem jene Facetten der internen Organisation von Interesse, deren Ausgestaltung unter Umständen mit einer Rechtsverletzung einhergehen kann.¹⁴⁶ Sofern die justizinterne Organisation nicht kodifiziert ist, dürfte es für die Parteien schwierig sein, die zur Anwendung gelangenden Kriterien zu identifizieren und allfällige Defizite in organisatorischer Hinsicht geltend zu machen. Dies bildet indes nur am Rande Konsequenz der mit der Vielfalt korrelierenden Unübersichtlichkeit, sondern ist vielmehr Folge davon, dass eine ungeschriebene Übung von aussen nicht leicht festzustellen ist.

zip der Fairness: Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerische Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41–90, S. 68 f.), doch statuieren die meisten Verfahrens- und Prozessgesetze einen solchen Anspruch.

142 Siehe statt vieler BGE 124 I 255, 257 ff. E. 1a.

143 Dazu THURNHERR (Fn. 54), S. 241 ff.

144 Siehe statt vieler BGE 136 I 1, 11 f. E. 4.4.4; 125 I 173, 179 E. 6d.

145 Exemplarisch hinzuweisen ist auf das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht VD.2012.212 vom 12. Dezember 2013, in welchem der Rechtsweg gegen eine Verfügung der BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel geklärt werden musste (E. 1.1–1.3). Das Appellationsgericht prüfte zunächst die Zuständigkeit und trat anschliessend aus prozessökonomischen Gründen auf das im Vertrauen auf die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung eingereichte Rechtsmittel ein, obwohl ihm eine Instanz vorgelagert gewesen wäre.

146 Dazu sogleich E. II.2.bb.

bb. Justizorganisatorische Brennpunkte in der Judikatur

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verfassungs- und Völkerrechtskonformität der Justizorganisation deutet nicht darauf hin, dass die Regelungsvielfalt mit einem hohen Grad an Fehlerhaftigkeit einhergeht. Allerdings finden in Einzelfällen durchaus höchstrichterliche Interventionen statt.¹⁴⁷ So erachtete das Bundesgericht ein Organisationsreglement, das die (nur lückenhaft geregelte) Spruchkörperbildung der Gerichtskanzlei übertrug, als mit Art. 30 Abs. 1 BV unvereinbar. Aufgrund des einzelfallweisen Ermessens muss die Spruchkörperbildung einer Richterin bzw. einem Richter oder einer gerichtlichen Instanz übertragen werden, dem bzw. der sowohl Unabhängigkeit als auch demokratische Legitimation zukommt.¹⁴⁸ Konstellationen, in welchen die Regelung gerichtsorganisatorischer Fragen als rechtswidrig erachtet wurde, sind indes selten.¹⁴⁹ In der überwiegenden Zahl der Fälle negierte das Bundesgericht eine Grundrechtsverletzung: Die zu beurteilenden Beschwerden betrafen unter anderem die Spruchkörperbildung¹⁵⁰ und das Tragen religiöser Symbole im Gerichtssaal.¹⁵¹ Als zulässig erachtet wurden auch die Kombination eines (nebenamtlich oder ersatzweise ausgeübten) Richteramts mit einer Tätigkeit in der Advokatur¹⁵² sowie der Einsatz von Laienrichterinnen und -richtern.¹⁵³ Verfassungskonform, weil die institutionelle Unabhängigkeit sichernd, ist schliesslich ein Wahlverfahren für Richterinnen und Richter, wonach im ersten Wahlgang lediglich die bisherigen Amtsinhaberinnen und -inhaber teilnahmeberechtigt sind.¹⁵⁴

Während die Normsetzung nur selten Anlass zu Kritik gibt, unterlaufen den Gerichten im Kontext der Anwendung justizorganisatorischer oder verfahrensrechtlicher Bestimmungen bisweilen Fehler. Verschiedene Urteile beschlagen die Befangenheit aufgrund eines bestimmten Näheverhältnisses zu den Parteien.¹⁵⁵ Andere Entscheide wiederum belegen, dass die Garantie des von den

147 Die nachfolgend zitierten Entscheide betreffen teilweise zwar auch die Straf- oder Ziviljustiz. Sie sind vorliegend allerdings insofern relevant, als sie sich Fragen widmen, die sich auch im verwaltungsrechtlichen Kontext stellen können, weil sich dort teilweise identische organisatorische Bestimmungen finden.

148 BGer, Urteil 1C_187/2017, 1C_327/2017 vom 20. März 2018, E. 7.

149 Eine spezifische Problematik, die auf anderen verwaltungsrechtlichen Gebieten kaum auftreten dürfte, hatte das Bundesgericht im durch eine Aufsichtsanzeige ausgelösten BGE 144 II 167 zu beurteilen. Es gelangte darin zum Schluss, die richterliche Unabhängigkeit setze voraus, «dass die Präsidenten der Schätzungskommission persönlich keine finanziellen Risiken für die Aufrechterhaltung des Gerichtsbetriebs tragen und weder sie persönlich noch die Gerichtsbehörde von der Bereitschaft der Verfahrensparteien abhängig sind, dass die laufenden Kosten der Schätzungskommission rechtzeitig durch die den Parteien auferlegten Kostenvorschüsse gedeckt werden».

150 BGE 144 I 70, 73 ff. E. 5 und 6; 144 I 37, 38 ff. E. 2.

151 BGer, Urteil 2C_546/2018 vom 11. März 2019, E. 3 und 4.

152 BGE 139 I 121, 128 E. 5.4.2.

153 BGE 134 I 16, 19 E. 4.3.

154 BGE 143 I 211, 212 ff. E. 3.

155 Siehe exemplarisch BGE 140 I 240, 241 ff. E. 2 (Anschein der Befangenheit, wenn ein Richter bzw. eine Richterin über Entscheide urteilt, die seine Ehefrau bzw. ihr Ehemann veranlasst hat);

anderen Staatsgewalten unabhängigen Gerichts teilweise nicht konsequent beachtet¹⁵⁶ oder der aus der Doppelfunktion als Richter und Anwalt resultierende Anschein der Befangenheit unterschätzt wird.¹⁵⁷ Wenngleich diese Urteile insofern nicht Folge einer rechtswidrigen Normierung justizorganisatorischer Fragen bilden, als sich die Grundrechtsverletzungen bei korrekter Auslegung und Anwendung des einschlägigen Rechts hätten vermeiden lassen, besteht zwischen ihnen und der Ausgestaltung der Justizorganisation immerhin ein mittelbarer Konnex: Mitursächlich für die aufgetretenen Probleme ist nämlich letztlich die Kleinräumigkeit der Justizstrukturen. Letztere schafft eine erhöhte Gefahr fehlender Distanz zu den Parteien bzw. mangelnder Sensibilität für entsprechende Näheverhältnisse. Zudem zieht sie Rekrutierungsprobleme nach sich, denen teilweise mit Abstrichen bei den Unvereinbarkeiten begegnet wird, was in der Folge problematische Doppelfunktionen begünstigt.

cc. Variabler Zielerreichungsgrad mit Blick auf das verfassungs- und völkerrechtliche Optimum

Der vorstehend erläuterte, grundsätzlich positive Befund hinsichtlich der Justizorganisation ist in zweierlei Hinsicht zu relativieren: Zunächst ist zu berücksichtigen, dass lediglich jene justizorganisatorischen Fragen einer gerichtlichen Beurteilung unterzogen werden können, die insofern justiziabel sind, als sie einen unmittelbaren Bezug zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen, insbesondere zu Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, aufweisen. Verschiedene Themen der internen Organisation, wie beispielsweise das gebotene Mass an gerichtsinthener Gewaltenteilung und -kontrolle¹⁵⁸, lassen sich demgegenüber kaum überprüfen.

Zudem handelt es sich bei den einschlägigen Bestimmungen um Mindestgarantien bzw. Minimalanforderungen,¹⁵⁹ die nicht nur entweder verfehlt oder

BGE 140 III 221 ff. E. 4 (Anschein der Befangenheit einer Oberrichterin aufgrund besonderer Nähe ihres Ehemanns sowie ihres Schwagers zu einer mit einer Verfahrenspartei eng verbundenen Person).

156 Siehe exemplarisch BGE 140 I 271, 272 ff. E. 8 (Verletzung der erwähnten Garantie aufgrund des Umstands, dass der Gerichtsschreiber der Steuerrekurskommission gleichzeitig den Rechtsdienst im kantonalen Departement für Finanzen und Institutionen leitete); BGE 124 I 255, 261 und 266 E. 4a und 5d (Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit aufgrund der Mitgliedschaft eines kantonalen Beamten in einer aus Laien zusammengesetzten richterlichen Behörde, die über die von seinem Departement ausgehenden Entscheide urteilt).

157 BGE 139 III 433, 435 ff. E. 2 (Anschein der Befangenheit eines nebenamtlichen Richters, wenn ein offenes Mandat seiner Anwalts- bzw. Patentanwaltskanzlei zu einer Verfahrenspartei oder einer mit dieser eng verbundenen Partei besteht); BGE 139 III 120, 124 ff. E. 3.2 (Anschein der Befangenheit eines als Rechtsanwalt tätigen beisitzenden Richters, der in einem anderen pendenden Verfahren die Gegenpartei einer der vor dieser Instanz prozessierenden Parteien vertritt).

158 Dazu vorne D.IV.

159 Statt vieler BGE 139 III 120, 124 E. 3.2.1; 127 I 196, 198 E. 2b; aus der Literatur statt vieler KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 90), § 40 Rn. 6; JÖRG PAUL MÜLLER und MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 819.

erfüllt, sondern auch besser oder weniger gut berücksichtigt werden können. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Vermutung auf, dass der Bund und die Kantone in justizorganisatorischer Hinsicht zwar über weite Strecken mit rechtmässigen, aber teilweise nicht mit optimalen Lösungen operieren und insofern ein Delta zwischen dem Status quo und dem Idealzustand besteht.¹⁶⁰ Für die Rechtssuchenden resultieren daraus insofern negative Konsequenzen, als sich die konstatierten Defizite letztlich auf die Rechtsprechung bzw. den Individualrechtsschutz auswirken können.

Das Bundesgericht selbst verhehlt teilweise nicht, dass trotz Verfassungs- und Völkerrechtskonformität bestimmter justizorganisatorischer Entscheidungen andere Ausgestaltungen wünschbarer wären. So hielt es fest, es wäre, obwohl zulässig, «grundsätzlich zu begrüssen, wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er ersatzweise angehört, nicht als Parteienvertreter auftritt»¹⁶¹. Derartige Doppelfunktionen sind somit nach wie vor erlaubt.¹⁶² Sie schaffen allerdings ein offenkundiges Spannungsverhältnis zum Unbefangenheitsgebot, führen sie doch zu einem strukturell bedingten Anschein der Befangenheit bei den urteilenden Richterinnen und Richtern.¹⁶³ Der Bund¹⁶⁴ und gewisse Kantone¹⁶⁵ tragen dieser Problematik mittlerweile verstärkt Rechnung, indem sie strengere Unvereinbarkeitsregelungen statuieren oder anwaltliche Tätigkeiten für bestimmte Richterkategorien generell untersagen. In kleinräumigen Strukturen mit einer beschränkten Auswahl potentieller Richterinnen und Richter kann dies allerdings zu verschärften Rekrutierungsproblemen oder (mangels entspre-

160 Siehe auch REITER (Fn. 28), Rn. 615, die «gewisse Zweifel» daran hegt, «ob die Justizreformen in den vergangenen Jahrzehnten die verfassungs- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen immer bestmöglich berücksichtigt haben».

161 BGE 139 I 121, 128 E. 5.4.2.

162 Siehe BGE 139 I 121, 125 E. 5; 133 I 1, 3 E. 5; etwas strenger BGE 139 III 120, 124 E. 3.2.

163 Kritisch statt vieler REGINA KIENER und GABRIELA MEDICI, Anwälte und andere Richter, SJZ 2011, S. 373–385, S. 379 ff.; MÜLLER/SCHÉFER (Fn. 159), S. 945 ff.; PATRICK SUTTER, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin – Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, AJP 2006, S. 30–42, S. 38 ff.

164 Siehe Art. 6 Abs. 2 VGG, wonach es den Richterinnen und Richtern des Bundesverwaltungsgerichts untersagt ist, Dritte berufsmässig vor Gericht zu vertreten. Dass das Patentgerichtsgesetz (Bundesgesetz über das Bundespatentgericht vom 20. März 2009 [PatGG; SR 173.41]) eine solche Einschränkung lediglich für die hauptamtlichen Richter statuiert, wird mit der Vermeidung von Rekrutierungsproblemen begründet. Siehe Botschaft zum Patentgerichtsgesetz vom 7. Dezember 2007, BBl 2008 S. 455 ff., S. 457 f.

165 Eine diesbezüglich strenge Regelung findet sich in § 57 Abs. 3 und 4 des basel-städtischen Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG) vom 3. Juni 2015 (SG 154.100), die unter anderem die anwaltliche Tätigkeit für Vollzeit- und Teilzeitpräsidien im Kanton generell untersagt. (Nebenamtliche) Richterinnen und Richter können nicht als Parteivertretung vor ihrem Gericht auftreten, (nebenamtliche) Richterinnen und Richter des Appellationsgerichts auch nicht vor den Vorinstanzen des Appellationsgerichts. Mit dem (instanzabhängig unterschiedlich weitgehenden) Ausschluss der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber von der Anwaltstätigkeit wird schliesslich dem Umstand Rechnung getragen, dass auch diesen in der Rechtsprechung eine bedeutende Funktion zukommt.

chender Unvereinbarkeitsbestimmungen) zu einer Verlagerung der nebenamtlichen Richtertätigkeit auf Personen führen, die hauptamtlich in der zentralen oder dezentralen Verwaltung tätig sind, was Klärungsbedarf mit Blick auf die personelle Gewaltenteilung schafft. Das Bundesgericht hat sich bislang erst in offensichtlichen Fällen für eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV ausgesprochen.¹⁶⁶ Aufgrund des mit ihrer Funktion einhergehenden generellen Anscheins der Befangenheit ist zu fordern, dass Angestellte der Zentralverwaltung ab einer bestimmten Hierarchiestufe mittels Unvereinbarkeitsbestimmungen von einer Tätigkeit in der Verwaltungsjustiz ausgeschlossen werden. Mit Blick auf den übrigen Kreis von Verwaltungsangestellten (Angehörige dezentraler Verwaltungsträger und Verwaltungsangestellte ohne Leitungsfunktionen) ist der richterlichen Unabhängigkeit durch die Anerkennung von Ausstandsgründen im Einzelfall Rechnung zu tragen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Anschein der Befangenheit auch entstehen kann, wenn der Verfahrensgegenstand zwar ein anderes Departement betrifft, der Entscheid (beispielsweise in einer personal-, submissions- oder datenschutzrechtlichen Angelegenheit) indes auch für den eigenen Tätigkeitsbereich Folgen zeitigen kann.

Wenn das Bundesgericht in einem anderen Urteil ausführt, dass «nur ausreichende fachlich-sachliche Kenntnisse den Richter zu unabhängiger Willensbildung und richtiger Rechtsanwendung befähigen»¹⁶⁷, impliziert es überdies zumindest, dass es bessere Lösungen als den (zulässigen) Einsatz von Laienrichterinnen und Laienrichtern gäbe.¹⁶⁸ Daneben liesse sich an weiteren Facetten der Justizorganisation aufzeigen, dass mehr oder weniger optimale verfassungskonforme Lösungen getroffen werden können: Beispielhaft zu nennen sind die – neben den fachlichen Anforderungen bestehenden – übrigen rechtlichen oder faktischen Wählbarkeitsvoraussetzungen. Das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte haben zwar wiederholt festgestellt, dass die Parteizugehörigkeit von Richterinnen und Richtern keinen Ausstandsgrund darstelle.¹⁶⁹ Die Relevanz des Kriteriums der Parteizugehörigkeit bei den Richterwahlen ist allerdings durchaus kritisch zu reflektieren.¹⁷⁰

166 Siehe die in Fn. 156 zitierten Entscheide; zudem BGer, Urteil 5A_671/2016, 5A_672/2016 vom 20. März 2017, E. 3.2 betreffend eine Konstellation, in der eine nebenamtliche Richterin gleichzeitig Mitglied des Verwaltungsrats des als öffentlich-rechtliche Anstalt konstituierten Universitäts-Kinderspitals war, das im betreffenden Fall ein Gutachten erstellt hatte. Die Rüge der Befangenheit erwies sich im konkreten Fall als treuwidrig und verspätet, da sie erst vor Bundesgericht geltend gemacht worden war.

167 BGE 134 I 16, 19 E. 4.3.

168 Dazu auch hinten F.I.4.a.

169 BGer, Urteile 1B_137/2008 vom 4. Juni 2018, E. 2; 6B_1043/2014 vom 25. November 2014, E. 2; Entscheid des EGMR Previti gegen Italien vom 8. Dezember 2009, Nr. 45291/06 Ziff. 258.

170 Siehe dazu die Hinweise in Fn. 121.

III. Rechtliches und politisches Umfeld

1. Komplexitätsgrad der zu erfüllenden Aufgaben

a. Eigenheiten des materiellen Verwaltungsrechts

Spezifische Herausforderungen für die Justizorganisation gründen zunächst in den Eigenheiten des Verwaltungsrechts.¹⁷¹ Dass das materielle Verwaltungsrecht einen hohen Komplexitätsgrad aufweist, findet in den ihm zugeschriebenen Eigenschaften der Kurzlebigkeit, Technizität, Heterogenität und schweren Zugänglichkeit Ausdruck.¹⁷² Hinzuweisen ist daneben auf die grosse Menge einschlägiger Normen im Bund, den Kantonen und Gemeinden,¹⁷³ die nur teilweise wissenschaftlich aufgearbeitet und erschlossen sind. Da der Status quo letztlich Abbild des gewandelten Verständnisses der Staatsaufgaben ist,¹⁷⁴ dürfte es nicht leicht sein, mittels Regulierungsbremsen einen Gegentrend auszulösen.¹⁷⁵

Teile der Praxis, insbesondere die Advokatur, reagieren auf diese Entwicklungen mit einer zunehmenden Spezialisierung. Besonders deutlich zeigt sich dies im Steuer- und im Sozialversicherungsrecht mit ihrer weitgehend eigenständigen und von den anderen Gebieten des Verwaltungsrechts abgekoppelten Existenz.¹⁷⁶ Während die Gerichte vor diesem Hintergrund verschiedentlich mit

171 Siehe zu diesem Konnex auch RENÉ A. RHINOW, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Georg Müller, René A. Rhinow, Gerhard Schmid und Luzius Wildhaber (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 657–672, S. 662: «Funktion und Erfolg der Gerichtsbarkeit im Verwaltungsbereich sind in ganz besonderer Intensität vom Schicksal der Rechtsordnung, vornehmlich des öffentlichen Rechts, abhängig. Der ‹Zustand› und die Entwicklung dieses objektiven Rechts, an welchem die Akte der Exekutive gemessen werden (müssen), bestimmt auf weite Strecken auch Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen der Verwaltungsjustiz».

172 So TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 14), § 1 Rn. 26 ff.; siehe auch MARKUS MÜLLER, Verwaltungsrecht, Eigenheiten und Herkunft, Bern 2006, S. 7 ff.

173 Die Feststellung, wonach der Kreis der Bestandteile des Fachverwaltungsrechts wachse (so MARTIN BURGI, Rechtsregime, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann und Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 18 Rn. 98), beansprucht auch für die Schweiz Geltung. Siehe WOLF LINDER, OLIVER HÜMBELIN und MICHAEL SUTTER, Die Entwicklung der eidgenössischen Gesetzgebungstätigkeit 1983–2007: eine quantitative Analyse, Bern 2009.

174 Siehe dazu statt vieler SUSANNE BAER, Verwaltungsaufgaben, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann und Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 11 Rn. 10 ff.; PAUL RICHLI, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 54 Rn. 9 ff.

175 Siehe zu den verschiedenen Möglichkeiten einer Regulierungsbremse und ihren Vor- und Nachteilen den Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Caroni 15.3421, Regulierungsbremse: Möglichkeiten und Grenzen unterschiedlicher Ansätze und Modelle vom 7. Dezember 2018.

176 Siehe auch BENJAMIN SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 2011 II, S. 331–437, S. 404.

hochspezialisierten Parteivertretern konfrontiert sind, ist insbesondere den Richterinnen und Richtern in kleineren Kantonen eine solche Spezialisierung verwehrt, soweit keine Aufteilung der Rechtsgebiete (beispielsweise durch eine Binnenstrukturierung in verschiedene Abteilungen) stattfindet. Zudem ist es bei tiefen Fallzahlen auf bestimmten Gebieten für die Gerichte teilweise schwierig, einen routinierten Umgang mit selten auftretenden Fragestellungen zu entwickeln.

Herausforderungen für die Justizorganisation resultieren aus dem materiellen Recht zudem insofern, als der herkömmliche Instanzenzug für sich alleine teilweise keinen adäquaten Schutz vermitteln kann. Erforderlich sind daher komplementäre Schutzmechanismen, welche die gerichtliche Überprüfung mit ihrer Fähigkeit, verbindliche und durchsetzbare Entscheidungen zu treffen, nicht obsolet machen, sondern ergänzen. Dies gilt in besonderem Masse für das Informationsverwaltungsrecht, dessen individualrechtliche Schicht sich mit der informatorischen Rechtsstellung des Bürgers befasst und unter anderem den Informationszugang sowie den Datenschutz umfasst.¹⁷⁷ Aufgrund der spezifischen Problemlagen und der Tatsache, dass Informationskonflikte oft kurzfristiger Natur sind,¹⁷⁸ ist rascher Rechtsschutz unerlässlich. Vor diesem Hintergrund haben der Bund und die Kantone spezifische Informations-, Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte eingesetzt, die über parlamentarische Legitimation verfügen und von der Exekutive unabhängig sind.¹⁷⁹ Verglichen mit dem gerichtlichen Rechtsschutz entscheiden sie rascher und sind eher in der Lage, einvernehmliche Lösungen zu erzielen. Da ihr Aufgabenbereich auch die Beratungstätigkeit umfasst (siehe Art. 27 Abs. 4 DSGVO, wonach der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte gegenüber den verantwortlichen Bundesorganen Empfehlungen aussprechen kann), sind sie daher nicht auf die Lösung konkreter Fragestellungen beschränkt, sondern können auch auf strukturelle Probleme im behördlichen Innenbereich aufmerksam machen.¹⁸⁰

b. Anforderungen an die gerichtsinterne Organisation und Verwaltung

Konsequenz insbesondere des Umfangs gerichtlicher Selbstverwaltung sowie gestiegener Anforderungen an die Qualität der diesbezüglichen Aufgabenerfüllung bildet die Konfrontation mit komplexen Managementfunktionen in den Bereichen Personal, Organisation, Ressourcen, strategische Führung und Öffentlichkeitsarbeit. Die Erfüllung der vielfältigen Aufgaben des Justizmanagements bedingt nicht nur dafür befähigte Mitarbeitende, sondern auch entspre-

177 Siehe dazu EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-
idee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, S. 281 f.

178 Siehe SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 11), S. 289.

179 Siehe auf Bundesebene Art. 26 ff. des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992
(DSG; SR 235.1).

180 Siehe auch SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 11), S. 290, mit Hinweis darauf, dass oftmals organisatori-
sche Defizite in der Folge zu Rechtsfehlern führen.

chende finanzielle Mittel.¹⁸¹ Zudem setzt die Implementierung gerichtsinterner gewaltenteiliger Strukturen¹⁸² eine gewisse organisatorische Grösse voraus. Wenngleich Reorganisationen in der jüngeren Vergangenheit teilweise grössere Einheiten geschaffen haben, kennzeichnet sich die hiesige Verwaltungsjustiz nach wie vor durch eine beachtliche Anzahl kleiner Gerichte,¹⁸³ die angesichts der erwähnten Aufgaben in besonderem Masse herausgefordert sind. Deren Bewältigung erweist sich einerseits aufgrund der thematischen Breite, andererseits wegen der inhaltlichen Anforderungen als anspruchsvoll.

Veranschaulichen lässt sich dies am Beispiel der Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte. Angesichts einer veränderten Kommunikations- und Medienkultur wird auch von der Justiz zunehmend eine aktivere Öffentlichkeitsarbeit gefordert.¹⁸⁴ Die ausgeprägte Tradition medialer Zurückhaltung der Gerichte sowie verschiedene justizspezifische Schranken der Öffentlichkeitskommunikation (exemplarisch hinzuweisen ist auf die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie die Persönlichkeitsrechte der Parteien)¹⁸⁵ können sich dabei allerdings als hinderlich erweisen. Dass sich der Grad gebotener Transparenz letztlich nur einzelfallweise unter Berücksichtigung und Abwägung sämtlicher involvierter Interessen identifizieren lässt,¹⁸⁶ stellt hohe Anforderungen an die Medienarbeit der Gerichte.

2. *Spezifika der Verwaltungsorganisation*

a. *Interkantonale Kooperationen*

Die Organisation der Verwaltungsjustiz ist sodann mit dem Umstand konfrontiert, dass bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unterschiedliche Wege beschritten werden können, die nicht ohne Folgen für die Verwaltungsrechtspflege bleiben. Im Zentrum stehen dabei zwei Entwicklungen: die interkantonale Kooperation bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben und die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben auf dezentrale Träger.

Die gemeinsame Erfüllung bestimmter Verwaltungsaufgaben durch zwei oder mehrere Kantone hat nicht zuletzt aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen insbesondere im Dienstleistungsbereich an Bedeutung gewonnen.¹⁸⁷ Exempla-

181 Zu den für die Justizverwaltung erforderlichen Sachmitteln und personellen Ressourcen auch KIENER (Fn. 91), S. 292; LIENHARD/KETTIGER (Fn. 39), S. 5.

182 Dazu vorne D.IV.

183 Dazu vorne E. II.1.

184 Siehe dazu MASCHA SANTSCHI KALLAY, Externe Kommunikation der Gerichte, Bern 2018, S. 93; URS SAXER, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation – Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 2006 I, S. 459–485, S. 483 f.

185 Siehe SAXER (Fn. 184), S. 465 ff.; SANTSCHI KALLAY (Fn. 184), S. 78 ff.

186 SAXER (Fn. 184), S. 474 ff.; SANTSCHI KALLAY (Fn. 184), S. 225 ff.

187 Siehe statt vieler PETER HÄNNI, Vor einer Renaissance des Konkordates?, Möglichkeiten und Grenzen interkantonalen Vereinbarungen, in: Bernhard Ehrenzeller, Philippe Mastronardi, René

risch hinzuweisen ist auf Vereinbarungen im Kontext der Bildung¹⁸⁸ oder der Stiftungsaufsicht¹⁸⁹. Werden gemeinsame Verwaltungsträger geschaffen, die gegenüber Dritten, beispielsweise den Anstaltsbenutzern, verfügungsbefugt sind, stellt sich die Frage nach dem Rechtsschutz.¹⁹⁰ Letzterer ist unabhängig davon zu gewähren, ob eine Aufgabe im Alleingang oder gemeinsam mit anderen Kantonen erfüllt wird; ausschlaggebend ist aufgrund von Art. 29a BV einzig die Existenz einer Rechtsstreitigkeit.¹⁹¹ Der Rechtsschutz im Kontext bi- oder multikantonaler Aufgabenerfüllung hat mit Inkrafttreten der Rechtsweggarantie insofern eine Stärkung erfahren, als nun auch auf kantonaler Ebene Rechtsschutz gewährt werden muss und – Ausnahmen vorbehalten (siehe Art. 83 BGG) – eine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht besteht (siehe Art. 82 BGG).¹⁹²

Die Zuständigkeit der Verwaltungsrechtspflegeinstanzen der vertraglich miteinander verbundenen Kantone ist gemäss den einschlägigen Verwaltungsrechtspflegeerlassen auf die Überprüfung von Verfügungen kantonalen Behörden limitiert. Ob auch interkantonale Organe unter Rechtsschutzgesichtspunkten einem Kanton zugeordnet werden können, ist umstritten.¹⁹³ Selbst wenn man diese Frage bejaht und der Rechtsschutz somit an sich sichergestellt wäre, besteht

Schaffhauser, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 659–674, S. 659 f.; zum Anstieg der Anzahl Konkordate seit den 1970er-Jahren DANIEL BOCHSLER und PASCAL SCARINI, Konkordate und Regierungskonferenzen. Standbeine des horizontalen Föderalismus, LeGes 2006/1, S. 23–40, S. 28 ff.

- 188 Siehe beispielsweise die Interkantonale Vereinbarung über die Fachhochschule der Westschweiz (HES-SO) vom 26. Mai 2011; Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel vom 27. Juni 2006; Convention intercantonale sur la création et l'exploitation du Gymnase intercantonal de la Broye vom 9. Dezember 2002.
- 189 Siehe den Vertrag über die BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag) vom 14. Juni 2011.
- 190 Rechtsschutzbedürfnisse bestehen daneben auch für den Fall, dass es zwischen den kooperierenden Partnern zu Differenzen kommt. Siehe dazu VITAL ZEHNDER, Die interkantonale öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modell für die gemeinsame Trägerschaft, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 46 ff.
- 191 Zum Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie statt vieler KLEY (Fn. 2), Art. 29a Rn. 9 ff.; WALDMANN (Fn. 2), Art. 29a Rn. 10 ff.
- 192 Wenngleich der Status quo ante unter Rechtsschutzgesichtspunkten schlechter war, bot er teilweise ein Mehr an gerichtlicher Überprüfung als bei rein innerkantonalen Aufgabenerfüllung, weil Streitigkeiten aufgrund von Entscheiden interkantonaler Behörden mittels Rüge der Verletzung von Konkordaten mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden konnten (s. Art. 84 Abs. 1 lit. b aOG), während in Kantonen ohne bzw. mit lediglich punktueller Verwaltungsgerichtsbarkeit bei innerkantonalen Angelegenheiten keine Möglichkeit bestand, an ein Gericht zu gelangen. Siehe dazu ULRICH HÄFELIN, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 1969 II, S. 549–741, S. 666.
- 193 Ablehnend ZEHNDER (Fn. 190), S. 291 und 293; zustimmend demgegenüber JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 988 f., unter Hinweis auf den Umstand, dass die interkantonalen Organe von den Kantonen beauftragt seien («délégués d'une tâche cantonale»).

aufgrund der bisweilen unklaren Auswirkungen des Territorialitätsprinzips¹⁹⁴ und des regelmässig bestehenden Bedürfnisses nach einer Modifizierung des Modellinstanzenzugs Klärungsbedarf.¹⁹⁵ Dies verdeutlicht, dass eine Zusammenarbeit in materieller Hinsicht auch eine Kooperation in justizorganisatorischer Hinsicht bedingt. Der Bundesgesetzgeber verleiht diesen Anforderungen im Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich (FiLaG)¹⁹⁶ Nachdruck, indem er im vierten Abschnitt zur «Interkantonalen Zusammenarbeit mit Lastenausgleich» auch Vorgaben zum Rechtsschutz statuiert. Gemäss Art. 16 Abs. 1 FiLaG setzen die «Kantone richterliche Behörden ein, die als letztinstanzliche oder interkantonale Behörden über Beschwerden gegen Entscheide interkantonomer Organe befinden». Diese Bestimmung entspricht Art. 86 Abs. 2 BGG, der zwar nicht von «letztinstanzlichen», sondern von «oberen» kantonalen Gerichten spricht, aber dieselben Anforderungen stellt.¹⁹⁷ Hier wie dort dient Art. 191b Abs. 1 BV dem Bundesgesetzgeber als Grundlage für den Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie.¹⁹⁸ Bei der Umsetzung dieser Vorgabe stehen den Kantonen verschiedene Möglichkeiten offen.¹⁹⁹

b. Dezentrale Aufgabenerfüllung

Spezifische Rechtsschutzfragen wirft sodann die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch dezentrale Einheiten auf. Im Vordergrund stehen zwei Themen: zum einen die Berücksichtigung des Autonomiespielraums bei der gerichtlichen Überprüfung, zum anderen die Ausgestaltung des Instanzenzugs im Kontext der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben.

Ist der kommunale Autonomiebereich betroffen, auferlegen sich die kantonalen Gerichte Zurückhaltung bei der Überprüfung. Konsequenz bildet eine stark limitierte gerichtliche Kontrolle kommunalen Handelns, selbst wenn dadurch von den geltenden Kognitionsvorschriften abgewichen wird.²⁰⁰ Eine Möglichkeit zur Überwindung dieses Defizits bestünde in der Schaffung kom-

194 Eingehend dazu JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 989 ff.

195 Zur Reichweite des Territorialitätsprinzips in organisatorischer Hinsicht statt vieler PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER und VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, Volume II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Auflage, Bern 2012, S. 156.

196 Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich vom 3. Oktober 2003 (FiLaG; SR 613.2).

197 Zur Tragweite von Art. 86 Abs. 2 BGG vorne C.II.

198 Siehe Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2001 S. 2201 ff., S. 2482.

199 Dazu hinten F.II.2.

200 Siehe dazu BENJAMIN SCHINDLER, *Die Gemeindeautonomie als Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz, Ästhetikvorschriften als Reservate kommunaler Willkür?*, in: Markus Rüssli, Julia Hänni und Reto Häggi Furrer (Hrsg.), *Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen*, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 145–155, S. 149 f. Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid unter Bezugnahme auf diese Kritik präzisiert, dass die «Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden zur Wahrung der Gemeindeautonomie jedoch nicht so weit gehen [dürfe], dass sich die Rechtsmittelbehörden auf eine Willkürprüfung beschränken» (BGE 145 I 52, 58 E. 3.6).

munaler Rechtsmittelinstanzen. Solche sind bislang allerdings kaum verbreitet.²⁰¹ Zwar lassen sich punktuell Beispiele für kommunale Rekurskommissionen finden, deren Zuständigkeitsbereich ist indes auf bestimmte Materien beschränkt.²⁰²

Noch kaum reflektiert wurde die Ausgestaltung des Instanzenzugs, wenn die Erfüllung einzelner Verwaltungsaufgaben aus der Zentralverwaltung herausgelöst und auf dezentrale Verwaltungsträger übertragen wird. Sowohl in der politischen Debatte als auch im Gesetzgebungsverfahren stehen regelmässig der Entscheidungsspielraum der zu schaffenden Anstalt bzw. die Kontrolle und Aufsicht durch die Zentralverwaltung im Zentrum. Demgegenüber werden Rechtsschutzfragen in diesem Kontext oft vernachlässigt. Konsequenz ist, dass die Zuständigkeit teilweise erst im Streitfall geklärt wird.²⁰³

Um Rechtsschutz gegen die Verfügungen ausgelagerter Einheiten zu gewährleisten, stehen insbesondere die folgenden fünf Varianten zur Disposition: (1) die Betrauung des obersten strategischen Organs des betreffenden Verwaltungsträgers (beispielsweise des Verwaltungsrats) mit der erstinstanzlichen Überprüfung (im Sinne eines Pendantes zur Regierung bei Entscheiden der Zentralverwaltung),²⁰⁴ (2) die Übernahme des auch für die Zentralverwaltung geltenden Instanzenzugs und damit die Einsetzung des Regierungsrats bzw. Departements als erste Rechtsmittelinstanz,²⁰⁵ wobei die Zuständigkeit von Verwaltungs- oder Regierungsrat bzw. Departement jeweils unter dem Vorbehalt der Existenz spezifischer kantonaler Rekurskommissionen in einem bestimmten Sachbereich steht; (3) die erstinstanzliche Zuständigkeit des obersten Organs des betreffenden Verwaltungsträgers mit anschliessender Weiterzugsmöglichkeit an den Regierungsrat bzw. das Departement;²⁰⁶ (4) die Etablierung einer für sämtliche oder bestimmte Entscheidungen eines dezentralen Verwal-

201 Zur weitgehenden Inexistenz der Justiz auf kommunaler Ebene ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 79 f.

202 Siehe SCHINDLER (Fn. 200), S. 154 f.

203 Siehe exemplarisch die Urteile des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht VD.2012.212 vom 12. Dezember 2013, E. 1.2 und 1.3; VD.2015.7 vom 17. November 2015, E. 3.

204 Exemplarisch hinzuweisen ist dabei auf § 23 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt vom 16. Februar 2011 (Öffentliche Spitäler-Gesetz, ÖSpG; SG 331.100), der explizit den Verwaltungsrat als erste Rekursinstanz bezeichnet. Dieselbe Aufgabe kommt dem Verwaltungsrat der Basler Verkehrsbetriebe zu. Seine Zuständigkeit ist zwar nicht explizit normiert; sie leitet sich aber aus § 41 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976 (Organisationsgesetz, OG; SG 153.100) ab, wonach Verfügungen von Verwaltungseinheiten bei der nächsthöheren Behörde angefochten werden können. Als solche ist der Verwaltungsrat zu qualifizieren. Siehe dazu das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt VD.2015.7 vom 17. November 2015, E. 3.1 und 3.2.

205 Dies gilt beispielsweise für Verfügungen der Industriellen Werke Basel. Siehe § 37 Abs. 3 des Gesetzes über die Industriellen Werke Basel vom 11. Februar 2009 (IWB-Gesetz; SG 772.300).

206 So §§ 40 Abs. 1 und 43^{bis} Abs. 1 lit. a des St. Galler Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (VRP; sGS 951.1).

tungsträgers zuständigen und mit einer mehr oder weniger stark ausgeprägten Unabhängigkeit ausgestatteten Rekurskommission,²⁰⁷ (5) die direkte Anfechtbarkeit beim kantonalen Verwaltungsgericht.²⁰⁸

Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei Auslagerungen erfolgt in Bund und Kantonen vor unterschiedlichen Hintergründen: Da auf Bundesebene der Modellinstanzenzug die erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts vorsieht (siehe Art. 31 VGG), führt jede Vorschaltung einer zusätzlichen Beschwerdeinstanz zu einem Ausbau des Rechtsschutzes. Demgegenüber stellt in den Kantonen der zweistufige Instanzenzug die Regel dar,²⁰⁹ weshalb hier die Frage im Zentrum steht, wie dieses Modell sinnvollerweise auf Auslagerungen adaptiert werden kann. Entscheidungsleitende Kriterien bilden dabei die Beibehaltung des Rechtsschutzniveaus bzw. die Verhinderung eines Abbaus des Rechtsschutzes infolge der Auslagerung und die adäquate Berücksichtigung der spezifischen Funktionen der verschiedenen Organe auch unter Rechtsschutzgesichtspunkten. Der letztgenannte Aspekt knüpft an die Erkenntnisse der *Public Corporate Governance* an, die sich unter anderem auf die Autonomie des ausgelagerten Verwaltungsträgers und auf die angemessene Aufsicht bzw. Oberaufsicht durch das Trägergemeinwesen beziehen.²¹⁰

Die Zuständigkeit des obersten Führungsorgans eines dezentralen Verwaltungsträgers ist derjenigen des Regierungsrats vorzuziehen, soweit Ersterem – was regelmässig der Fall sein dürfte – die oberste unternehmerische Verantwortung zukommt und es die Aufgaben erfüllt, die typischerweise von der hierarchisch übergeordneten Behörde wahrgenommen werden.²¹¹ Die Einsetzung des Regierungsrats bzw. des Departements, deren Kontrolltätigkeit in der Regel mittels periodischer Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Vorgaben und die in der Leistungsvereinbarung festgelegten Ziele sowie durch allgemeine Einsichts- und Aufsichtsrechte sichergestellt wird,²¹² als erste

207 Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Rekurskommission der Universität Basel; siehe § 30 des Vertrags zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel (Fn. 188) und § 23 des Statuts der Universität Basel vom 3. Mai 2012 (Universitätsstatut; SG 440.100).

208 Dieses Modell ist teilweise im Kontext bi- oder multikantonaler Erfüllung von Verwaltungsaufgaben verwirklicht. Dazu hinten F.II.3.

209 Dazu vorne E. II.2.a.

210 Siehe dazu statt vieler ANDREAS LIENHARD, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, Bern 2009, S. 43–78, S. 55 ff.; DANIELA THURNHERR und FLORIAN FUHRMANN, Public Corporate Governance, Steuerung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen im Kanton Basel-Stadt, BJM 2016, S. 61–95, S. 68.

211 Zu den Führungs- und Aufsichtsaufgaben der obersten Gremien öffentlicher Unternehmen ANDREAS STÖCKLI, Behördenmitglieder in obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Bern 2012, S. 396 ff.

212 Zu den Modalitäten der Kontrolle öffentlich-rechtlicher Anstalten durch das Trägergemeinwesen, deren Ausgestaltung durch den einschlägigen Organisationserlass determiniert wird und daher variiert, STÖCKLI (Fn. 211), S. 267 ff., insbesondere S. 278 ff.

Rechtsmittelinstanz ist insofern sachfremd, als sie den einzelfallweisen Entscheid über operative Fragen ermöglicht und daher zu einer Verwischung der Verantwortlichkeiten führen kann. Ein zweistufiger verwaltungsinterner Instanzenzug ist demgegenüber insofern weniger problematisch, als zunächst eine unternehmensinterne Problembereinigung möglich bleibt. Angezeigt ist in dieser Konstellation indes die Respektierung der Autonomie des dezentralen Verwaltungsträgers durch die Rechtsmittelinstanz.

Allerdings erweist sich auch die Zuständigkeit des Verwaltungsrats als nicht durchwegs unproblematisch: Zwar ist es ihm aufgrund der mit seiner Position verbundenen Sachkenntnis möglich, die Angemessenheit von Entscheiden zu prüfen und deren Tragweite für die betreffende Verwaltungseinheit zu reflektieren. Er verfügt indes in der Regel nur teilweise über rechtliches Spezialwissen und ist – sofern ihm (wie in den Kantonen und Gemeinden üblich) Milizcharakter zukommt – nur bedingt in der Lage, ein Verfahren beförderlich zu behandeln. Der Rechtsdienst des dezentralen Verwaltungsträgers kann dem Verwaltungsrat aus Gründen der Vorbefassung jedenfalls dann nicht beratend zur Seite stehen, wenn er bereits am Erlass des angefochtenen Entscheids beteiligt war. Daher werden die Verfahrensleitung und Instruktion sowie die Entscheidungsvorbereitung bisweilen beauftragten Privaten übertragen, was eine zumindest teilweise Verfahrensprivatisierung²¹³ nach sich zieht, deren Konsequenzen bislang noch kaum reflektiert wurden. Überdies ist zu berücksichtigen, dass der Verwaltungsrat bei Involvierung in die vorinstanzliche Entscheidungsfindung (beispielsweise bei personalrechtlichen Entscheiden von grosser Tragweite) aufgrund kollektiver Vorbefasstheit als Rechtsmittelinstanz ausser Betracht fällt. Konsequenz bildet, dass in solchen Konstellationen (vorbehältlich der Zuständigkeit des Regierungsrats) das Verwaltungsgericht als erste Rechtsmittelinstanz agiert. Selbst wenn man davon ausginge, dass Letzteres dieselbe Kognition wie die Vorinstanz ausüben muss, wird der Prüfungsumfang durch die spezifische Stellung des Gerichts im Verhältnis zur Verwaltung zweifellos beeinflusst.²¹⁴ Vor diesem Hintergrund erweist sich eine für die Bedürfnisse des dezentralen Verwaltungsträgers geschaffene externe Rekursinstanz als vorteil-

213 Zum Begriff der Verfahrensprivatisierung, verstanden als Beteiligung Privater an der Abwicklung von Verfahren, im Kontext des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens IVO APPEL, Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann und Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, § 32 Rn. 2 ff.

214 Siehe für eine solche Konstellation das Zwischenurteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht VD.2015.56 vom 17. Juni 2015. Zwar lassen sich die erwähnten Bedenken bezüglich der engeren Kognition mit dem Argument entkräften, dass der Verwaltungsrat sein Ermessen bereits mit der Involvierung in den angefochtenen Entscheid ausgeübt hat (so die Argumentation des Appellationsgerichts im erwähnten Entscheid). Dem kann indes entgegengehalten werden, dass die Mitwirkung am ursprünglichen Entscheid von anderer Qualität ist als die Beurteilung ex post.

hafter, vor allem wenn mit einer grösseren Fallbelastung zu rechnen ist, die von einer Milizbehörde kaum bewältigt werden kann.

3. *Effizienzbestrebungen als Treiber von Justizreformen*

Effizienz stellt zwar keine (verfassungs-)rechtliche Anforderung dar, die bei der Ausgestaltung der Justizorganisation zwingend zu beachten wäre.²¹⁵ Allerdings wirkt sich das auf politischer Ebene geäusserte Bedürfnis nach schonendem Einsatz öffentlicher Mittel auch auf die Justizorganisation aus. Dieses Anliegen ist zum einen Treiber für punktuelle Anpassungen.²¹⁶ Zum anderen fliesst es in grössere Reformvorhaben ein. Solche fanden im vergangenen Jahrzehnt in verschiedenen Kantonen statt. Auslöser dafür waren insbesondere die Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 17. Juni 2005, die die Kantone zu Änderungen ihres Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsprozessrechts verpflichtete, die gesamtschweizerische Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die ebenfalls Angleichungen auf kantonaler Ebene erforderte, sowie die Umsetzung von Vorgaben der verschiedentlich totalrevidierten Kantonsverfassungen.²¹⁷ Betrachtet man die den jüngeren Justizreformen zugrunde liegenden Motive, zeigt sich, dass regelmässig auch Effizienzüberlegungen eingebracht wurden.²¹⁸ Dabei wird zwar teilweise nicht strikt zwischen der finanziellen und der zeitlichen Effizienz unterschieden.²¹⁹ Im Zentrum steht allerdings gemeinhin der möglichst produktive Einsatz öffentlicher Mittel. Solche Effizienzbestrebungen sind unter Berücksichtigung von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich zulässig, liegt der Zweck der richterlichen Unabhängigkeit doch nicht darin, «mit Blick auf die zu erfüllenden Aufgaben übermässige sachliche, personelle oder finanzielle Ressourcen zu beanspruchen»²²⁰. Allerdings haben sich die getroffenen Massnahmen stets an die Vorgaben des Verfassungs- und

215 Dazu vorne D.I.

216 So wurde beispielsweise im Kanton Basel-Landschaft unter Hinweis auf die damit einhergehenden Sparmöglichkeiten mittels Motion die Zusammenlegung des Steuer- und des Enteignungsgerichts unter gleichzeitiger Reduktion des Personalbestands verlangt (Motion 2018/741 vom 30. August 2018).

217 Siehe KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 314.

218 Siehe exemplarisch den Fachbericht der Finanzdirektion des Kantons Bern, «NEF und Gerichte», Projektbericht F «Gerichte», Schlussbericht vom 20. August 2011, S. 11, wonach die Justizreform «auch eine Steigerung der Effektivität und Effizienz in der gesamten Justizorganisation erzielen» sollte; vgl. auch die Vorlage des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft an den Landrat vom 17. Januar 2012 betreffend Teilrevision des Gerichtsorganisationsgesetzes und des Gerichtsorganisationsdekretes, S. 5 f., wo die Effizienz als eines der Hauptziele der Revision der Leitungsstrukturen genannt wird.

219 Letztere verfügt über gewisse Parallelen zum Verbot der Verfahrensverzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV), wird aber gleichzeitig durch die Verfahrensgrundrechte beschränkt, indem das Verfahren nicht so stark beschleunigt werden darf, dass es nicht mehr verfassungskonform abgewickelt werden kann.

220 REICH (Fn. 80), Art. 191c BV Rn. 20; siehe auch WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt a.M. 2000, S. 216, der die «Effizienzsteigerung im Justiz-

Völkerrechts zu halten,²²¹ wobei deren Konsequenzen mitunter kontrovers beurteilt werden.²²²

Beispiel für effizienzsteigernde Vorkehrungen in der jüngeren Vergangenheit bildet die organisatorische Vereinigung der Verwaltungsjustiz mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit in verschiedenen Kantonen.²²³ Punktuell hat sodann eine Reduktion des verwaltungsinternen Instanzenzugs stattgefunden.²²⁴ Andere Massnahmen zielten auf die Verkleinerung der Spruchkörper der Gerichte²²⁵ oder den Ausbau einzelrichterlicher Kompetenzen.²²⁶ Konsequenzen für die Privaten entfalten dabei insbesondere jene Lösungen, die – wie die Kürzung des Instanzenzugs – unmittelbar Folgen für den Umfang des Rechtsschutzes zeitigen. Aus verfassungsrechtlicher Warte sind sie allerdings unproblematisch, da auf kantonaler Ebene (ebenso wie im Bund) lediglich eine dem Bundesgericht vorgelagerte gerichtliche Instanz gefordert wird.²²⁷

IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Organisation der Verwaltungsjustiz gegenwärtig mit verschiedenen Herausforderungen konfrontiert ist: Die ausgeprägte föderalistische Vielfalt manifestiert sich in mannigfaltigen Organisationsmodellen, deren Zielerreichungsgrad mit Blick auf die verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen variabel ist. Die Kleinräumigkeit hiesiger Verhältnisse erschwert sodann die Rekrutierung unabhängiger und sachkompetenter Richterinnen und Richter und schafft eine erhöhte Gefahr von Befangenheit und mangelnder Distanz. Sie hat darüber hinaus zur Folge, dass eine fachliche Spezialisierung teilweise kaum möglich ist und bei geringen Fallzahlen nur beschränkt Routine im Umgang mit bestimmten Rechtsgebieten oder -

sektor als Notwendigkeit» bezeichnet, zumal nicht einleuchte, dass «Justitia bei der Suche nach Gerechtigkeit ökonomieblind sein muss».

221 Siehe BIAGGINI (Fn. 2), Art. 188 BV Rn. 20.

222 REICH (Fn. 80), Art. 191c BV Rn. 20, sieht beispielsweise keinen prinzipiellen Widerspruch zwischen Leistungsbeurteilungen und Controlling einerseits und der richterlichen Unabhängigkeit andererseits; kritischer demgegenüber THOMAS STADELMANN, Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2013/1, Rn. 2. Siehe auch SCHOCH (Fn. 86), § 50 Rn. 60, zur Notwendigkeit einer Anpassung des für die Verwaltung entwickelten «Neuen Steuerrechtsmodells» an die Bedürfnisse der Justiz.

223 Exemplarisch hinzuweisen ist auf den Kanton Luzern, der 2013 das damals 40-jährige Verwaltungsgericht mit dem 172-jährigen Obergericht fusionierte.

224 Siehe exemplarisch § 143 Abs. 1 lit. c i.V.m. § 148 Abs. 1 lit. a des Luzerner Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (VRG; SRL 40).

225 So entscheidet beispielsweise das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt seit Inkrafttreten des Gerichtsorganisationsgesetzes am 1. Juli 2016 in der Regel nicht mehr in Fünfer-, sondern in Dreierbesetzung (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 2015 [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG; SG 154.100]).

226 Siehe exemplarisch § 38b des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2).

227 Dazu vorne C.II.

gen entwickelt werden kann. Die damit verbundenen negativen Konsequenzen fallen umso mehr ins Gewicht, als die Verwaltungsjustiz zunehmend auf hochspezialisierte Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter trifft, die auf die Ausdifferenzierung des materiellen Verwaltungsrechts mit einer fachlichen Schwerpunktsetzung reagiert haben. Auch die aus dem Justizmanagement resultierenden Anforderungen erweisen sich insbesondere für kleine Gerichte als herausfordernd. Zudem steht auch die Justiz unter einem gewissen (wenngleich je nach Gemeinwesen unterschiedlich stark ausgeprägten) Effizienzdruck. Neben diesen generellen Herausforderungen ist schliesslich zu berücksichtigen, dass auch verwaltungsorganisatorische Entwicklungen, namentlich die Auslagerung der Aufgabenerfüllung auf dezentrale Verwaltungsträger und die Etablierung kantonsübergreifender Verwaltungsträger, Fragen der Passgenauigkeit der traditionellen Justizorganisation aufwerfen.

Es stellt sich daher die Frage, wie die identifizierten Problemen auf organisatorischer Ebene bewältigt werden können. Verschiedenen Aspekten – namentlich jenen, die ein gewisses Spannungsverhältnis zu verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben offenbaren – liessen sich grundsätzlich dadurch begegnen, dass das einschlägige Recht angepasst bzw. dessen Vollzug strenger gehandhabt wird. Mögliche Anknüpfungspunkte wären etwa modifizierte Unvereinbarkeitsbestimmungen für Gerichtspersonen oder alternative Ausgestaltungen der Richterwahlen. Derartige Lösungen bleiben allerdings punktuell und vermögen den strukturellen Problemen der hiesigen Justizorganisation nichts entgegenzuhalten. Zudem lassen sie sich teilweise aus faktischen Gründen, beispielsweise aufgrund der Rekrutierungsschwierigkeiten in kleinräumigen Verhältnissen, der beschränkten öffentlichen Mittel oder mangelnden politischen Willens, nicht leicht umsetzen. Der Fokus des vorliegenden Beitrags liegt daher nicht auf einer isolierten Betrachtung der einzelnen Facetten der Justizorganisation. Die im Folgenden erörterten Problemlösungsansätze setzen vielmehr auf einer übergeordneten Ebene an, um die strukturellen Herausforderungen zu minimieren, indem sie ihnen entweder direkt begegnen oder die Voraussetzungen dafür schaffen, dass sie leichter bewältigt werden können.

Im Zentrum stehen dabei zwei grössere Themenkomplexe: Einerseits wird erörtert, ob und inwiefern vor dem Hintergrund der identifizierten Herausforderungen an der föderalistischen Ausgestaltung der Justizorganisation festzuhalten oder eine weitergehende bundesrechtliche Unifikation zu erwägen ist.²²⁸ Andererseits wird geklärt, ob eine interkantonale Kooperation in Gestalt gemeinsamer Justizorgane zweier oder mehrerer Kantone einen geeigneten Ansatz zur Überwindung der erörterten Schwierigkeiten darstellen könnte.²²⁹ Diese Schwerpunktsetzung hat zur Folge, dass primär Perspektiven für die Justizorganisation in den Kantonen

228 Dazu hinten F.I.

229 Dazu hinten F.II.

thematisiert werden. Dies erstaunt nicht, zumal sich die erläuterten Problemfelder auch primär auf kantonaler Ebene manifestieren.

F. Perspektiven

I. Kantonale Organisationsautonomie versus bundesrechtliche Vereinheitlichung der Justizorganisation

1. *Vorbemerkung zum Verhältnis zwischen Organisations-, Prozess- und materiellem Recht*

Anders als im Zivil- und Strafrecht verfügen die Kantone im Verwaltungsrecht nach wie vor über Verfahrensautonomie.²³⁰ Da zwischen dem Organisations- und dem Verfahrensrecht Wechselwirkungen bestehen, ist vorab zu klären, ob eine Gleichschaltung der Justizorganisation ohne gleichzeitige Vereinheitlichung des Prozessrechts überhaupt möglich wäre. Während im Straf- und Zivilrecht verschiedentlich diskutiert wird, ob bzw. inwieweit die Unifizierung des Verfahrensrechts auch Eingriffe in die Organisationsautonomie bedinge,²³¹ stellt sich die Ausgangslage im vorliegenden Kontext gerade umgekehrt dar. Zu klären ist schliesslich, wie dem Umstand, dass die Kantone (auch) über eigenes materielles Verwaltungsrecht verfügen, im Rahmen einer allfälligen Organisationsvereinheitlichung Rechnung getragen werden kann.

Die Querverbindungen zwischen dem Justizorganisationsrecht, dem Prozessrecht und dem zur Anwendung gelangenden materiellen Recht manifestieren sich auf einer grundsätzlichen Ebene darin, dass das Justizorganisationsrecht die Institutionen schafft, die das materielle Verwaltungsrecht in den Bahnen des Prozessrechts umsetzen.²³² Idealerweise sind die drei Bereiche insofern aufeinander abgestimmt, als für das gesamte materielle Verwaltungsrecht organisatorische und prozessuale Vorgaben bestehen, die einerseits dessen Durchsetzung, andererseits aber auch eine optimale Austarierung der Rechtsschutzinteressen mit weiteren rechtsstaatlichen Belangen ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund «lässt sich ein geordneter Verfahrensablauf nicht sinnvoll umschreiben [...] ohne Blick auf die Institutionen, die für seine Umsetzung verantwortlich sind»²³³. Prozess- und Gerichtsorganisationsrecht lassen sich daher nicht als vollständig voneinander entkoppelte Rechtsbereiche verste-

230 Siehe dazu vorne C.II.

231 Siehe zu dieser Debatte im Zivilrecht THOMAS SUTTER-SOMM, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998, Rn. 208 ff.; aus strafrechtlicher Perspektive setzte sich etwa BOMMER (Fn. 9), S. 236 ff., im Nachgang zur Prozessrechtsvereinheitlichung mit den organisationsrechtlichen Folgen auseinander.

232 Ähnlich BOMMER (Fn. 9), S. 233 f., zum Verhältnis zwischen der Behörden- und Gerichtsorganisation einerseits und dem Strafverfahrensrecht andererseits.

233 So BOMMER (Fn. 9), S. 234.

hen.²³⁴ Allerdings verfügen nicht alle prozessrechtlichen Fragen über Berührungspunkte mit der Justizorganisation. Nicht der Fall ist dies etwa bei der Parteistellung, den zulässigen Anfechtungsobjekten oder den Rechtsmittelfristen, die auch bei einer vereinheitlichten Justizorganisation in den Schranken des Bundesrechts von den Kantonen eigenständig geregelt werden könnten. Durch einen engeren Konnex zur Justizorganisation charakterisieren sich demgegenüber die Beschwerdegründe, die Wirkungen von Rechtsmitteln oder die Bindung an Parteibegehren, deren Ausgestaltung auch durch die Stellung einer Rechtsmittelbehörde im Instanzenzug determiniert wird.

Trotz dieser Wechselwirkungen stellt die prozessrechtliche Vielfalt in den Kantonen kein grundsätzliches Hindernis für eine gesamtschweizerische Vereinheitlichung der Justizorganisation dar, zumal bezüglich verschiedener der vorab erwähnten prozessrechtlichen Fragen – insbesondere (aber nicht ausschliesslich) für die letzten kantonalen Instanzen – ohnehin Mindestanforderungen bestehen, die zu einer weitgehenden Angleichung geführt haben.²³⁵ Im Übrigen liesse sich der prozessrechtliche Anpassungsbedarf im Kontext einer Vereinheitlichung der Justizorganisation nur mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung der Letztgenannten identifizieren. Eine isolierte Vereinheitlichung der Justizorganisation ohne Einbezug des Prozessrechts wäre daher grundsätzlich möglich, wenngleich eher untypisch. Sie liesse sich so konzipieren, dass möglichst geringe Rückwirkungen auf das kantonale Prozessrecht resultierten, insbesondere indem die bundesrechtliche Vereinheitlichung an den in den Kantonen am häufigsten vorkommenden Instanzenzug anknüpft.

Auch die kantonale Kompetenz zur Setzung von materiellem Verwaltungsrecht stellt kein Hindernis für organisatorische Vereinheitlichungen dar. Nicht anders als bei einer allfälligen Unifizierung des Verfahrens- und Prozessrechts²³⁶ gilt allerdings auch im vorliegenden Kontext, dass diese die Notwendigkeit eines kantonalen Spielraums für punktuelle Abweichungen und Ergänzungen, beispielsweise in Gestalt spezifischer Rekurskommissionen auf von den Kantonen normierten Gebieten, schafft. Im Übrigen wirkt sich die bundesstaatliche Kompetenzverteilung bei der Setzung von materiellem Verwaltungsrecht vornehmlich auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Grundlagen für bundesrechtliche Einflussnahmen aus.²³⁷

Die Tatsache, dass eine Vereinheitlichung unter den gegebenen Umständen möglich wäre, bedeutet indes nicht, dass sie auch anzustreben ist. Ausschlaggebend für die Richtungsweisung sind vielmehr die nachfolgend untersuchten

234 So auch SUTTER-SOMM (Fn. 231), Rn. 213; siehe zudem vorne B.II.1.

235 Siehe dazu THURNHERR (Fn. 54), S. 225 ff.

236 Siehe dazu DANIELA THURNHERR, Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrenautonomie auf dem Prüfstand, BVR 2015, S. 74–104, S. 100 f.

237 Siehe dazu hinten F.I.3.

Vor- und Nachteile des Status quo. Die Literatur propagiert zwar verschiedentlich eine Vereinheitlichung des Verfahrens- und Prozessrechts, äussert sich diesbezüglich aber kaum zur Justizorganisation oder nimmt diese ohne detaillierte Untersuchung von entsprechenden Forderungen aus.²³⁸

2. Bundesstaatliche Bedeutung der Organisationsautonomie

Die Feststellung PETER SALADINS, wonach die kantonale Organisations- und Verfahrenshoheit «bisher von allen Elementen schweizerischer Bundesstaatlichkeit am wenigsten systematisch ergründet»²³⁹ wurde, beansprucht nach wie vor Gültigkeit. Trotz Charakterisierung als «Spezifikum schweizerischer Staatskonzeption, ohne auch nur einigermaßen vergleichbare Gegenstücke in andern europäischen Bundesstaaten»²⁴⁰ wird die Organisationsautonomie – wie die Ausführungen in der Kommentarliteratur zeigen – kaum mit Blick auf ihre einzelne Ausprägungen und deren Bedeutung analysiert, sondern lediglich pauschal beschrieben. Ihre Bedeutung liegt demnach primär im Erhalt «einer historisch gewachsenen Vielfalt der organisatorischen Ansätze und Lösungsmodelle auf kantonaler Ebene»²⁴¹ bzw. in der Möglichkeit, den kantonalen Bedürfnissen Rechnung zu tragen,²⁴² wobei gemeinhin nicht zwischen den verschiedenen Staatsgewalten differenziert wird. Daher mangelt es auch an vertieften Auseinandersetzungen mit der kantonalen Autonomie in justizorganisatorischen Belangen. Ursächlich dafür mag der Umstand sein, dass die «Farbigkeit kantonaler Staatsorganisation [...] geschichtlich begründet»²⁴³ ist und ihr bereits vor diesem Hintergrund ein nicht näher erläuteter Wert attestiert wird. Immerhin vermutet BENJAMIN SCHINDLER in der für jeden Kanton «<massgeschneiderte[n]> Gerichtsorganisation [...] ein[en] Grund für das hohe Vertrauen der schweizerischen Bevölkerung in die Justiz»²⁴⁴.

238 Siehe beispielsweise RUTH HERZOG, Epilog, in: Ruth Herzog und Reto Feller (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart: 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern 2010, S. 595–603, S. 601 f.; MARKUS MÜLLER, *Psychologie im öffentlichen Verfahren: Eine Annäherung*, Bern 2010, S. 10; THURNHERR (Fn. 54), S. 246 f.; RAINER J. SCHWEIZER, *Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht*, ZBl 1990, S. 193–223, S. 200.

239 SALADIN (Fn. 43), S. 340.

240 SALADIN (Fn. 43), S. 340.

241 So PATRICIA EGLI, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 47 Rn. 19.

242 EVA MARIA BELSER und NINA MASSÜGGER, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Kommentar*, Basel 2015, Art. 47 Rn. 15.

243 SALADIN (Fn. 43), S. 341.

244 SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 83, mit Hinweis unter anderem auf die empirische Untersuchung von CHRISTOF SCHWENKEL und STEFAN RIEDER, *Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung: Resultate einer Bevölkerungsbefragung in 26 Kantonen*, Justice – Justiz – Giustizia, 2014/1, Rn. 9 ff., wonach das Vertrauen in die kantonalen Gerichte höher ist als dasjenige in die Regierung und das Parlament.

Bundesstaatliche Bedeutung kommt der Organisationsautonomie mit Blick auf die Justiz primär in zweierlei Hinsicht zu: Erstens ermöglicht sie den Kantonen, Organisationsformen zu wählen, die auf die übrigen kantonalen Strukturen abgestimmt sind. Grössere Kantone mit entsprechend höheren Fallzahlen können beispielsweise eine Spezialisierung sowohl innerhalb ihrer Verwaltungsgerichte als auch bei den Vorinstanzen vornehmen, während in kleineren Kantonen keine solche Notwendigkeit besteht. Dass sich die Behördenstruktur und die Modalitäten der Verwaltungsführung auch in der Justizorganisation widerspiegeln, zeigt sich zudem bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen kommunale Akte²⁴⁵ sowie den Konsequenzen bi- oder multikantonaler bzw. ausgelagerter Aufgabenerfüllung.²⁴⁶ Zweitens steht es den Kantonen frei, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen Anforderungen an die Mitglieder der Gerichte zu statuieren und dabei sicherzustellen, dass Vertrautheit mit den lokalen Verhältnissen, einschlägiges Sachwissen oder Kenntnisse bestimmter kantonalen Amtssprachen vorliegen. Im Übrigen bildet die kantonale Autonomie auch Grundlage für die Entwicklung justizorganisatorischer Innovationen.²⁴⁷ Inwiefern die Kantone tatsächlich als Versuchslabor für Weiterentwicklungen dienen können,²⁴⁸ hängt letztlich aber von der Bereitschaft der Kantone einerseits zur Beschreitung neuer Pfade und andererseits zur Reflexion und Rezeption andernorts entwickelter Ideen ab.²⁴⁹

Erkenntnisse hinsichtlich der Bedeutung der Organisationsautonomie aus der Perspektive der Bürgerinnen und Bürger lassen sich primär empirischen Studien, welche die individuelle Beurteilung unterschiedlicher Modelle eruieren, entnehmen. Eine neuere sozialwissenschaftliche Untersuchung gelangt zum Schluss, «dass die grosse institutionelle Varianz der kantonalen Justizsysteme für das Vertrauen der Bevölkerung in der Justiz kaum eine Rolle spielt»²⁵⁰. Solche Studien sind allerdings mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass die meisten Befragten bislang kaum oder nie mit der (Verwaltungs-)Justiz in Kontakt standen und die Justizorganisation daher eine abstrakte Grösse bildet, bezüglich derer noch kein differenzierter Meinungsbildungsprozess stattgefunden hat.²⁵¹ Vor diesem Hintergrund erstaunt das erwähnte Ergebnis

245 So ist beispielsweise im Kanton Zürich Rekursinstanz gegen Anordnungen der politischen Gemeinden der – mit den kommunalen Verhältnissen besser als die Direktionen der Zentralverwaltung vertraute – Bezirksrat. Siehe § 10 Abs. 1 Bezirksverwaltungsgesetz vom 10. März 1985 (BezVG; LS 173.1).

246 Siehe dazu vorne E. III.2.

247 Exemplarisch hinzuweisen ist in diesem Kontext auf die Abkehr von den Richterwahlen auf eine bestimmte Amtsdauer im Kanton Freiburg (siehe den Hinweis in Fn. 137).

248 Zur Funktion dezentraler Einheiten als Versuchslabor WOLF LINDER und SEAN MÜLLER, Schweizerische Demokratie, 4. Aufl., Bern 2017, S. 234.

249 Siehe auch SCHWENKEL (Fn. 7), Rn. 348, wonach interkantonale Vergleiche Diskussionen über *Good Practices* und die Qualität der Justiz auslösen können.

250 SCHWENKEL (Fn. 7), Rn. 348.

251 Dieser Umstand ist möglicherweise auch ursächlich dafür, dass gemäss der Studie von SCHWENKEL (Fn. 7), Rn. 348, primär die Volkswahlen von Richterinnen und Richtern einen positiven

nicht. Der aus der Untersuchung gezogene Schluss, es bestehe daher kein Bedarf nach einer stärkeren Angleichung der kantonalen Gerichtsorganisation,²⁵² ist allerdings insofern kritisch zu hinterfragen, als der erwähnte Befund auch dahingehend interpretiert werden könnte, dass eine schweizweite Angleichung aufgrund des grundsätzlich hohen Zufriedenheitsgrads in allen Kantonen das Vertrauen in die Justiz nicht beschädigen würde. Mit anderen Worten stellt das Vertrauen in die Justiz keinen Hinderungsgrund für Reformen dar.

3. Voraussetzungen einer Vereinheitlichung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die kantonale Organisationsautonomie mit Blick sowohl auf die Ausgestaltung des Instanzenzugs als auch auf die Konstituierung der einzelnen Justizbehörden durchaus von Relevanz ist. Demgegenüber erscheint sie aus der Bürgerperspektive als wenig bedeutsam. Dem stehen die identifizierten Nachteile der – allerdings nicht stark ins Gewicht fallenden – mangelnden Übersichtlichkeit und punktuellen Fehleranfälligkeit sowie des unterschiedlichen Zielerreichungsgrads mit Blick auf die verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen gegenüber.²⁵³ Da die justizorganisatorische Vielfalt somit keine grundsätzlichen Probleme schafft, kann die Klärung der Frage, ob eine weitere Vereinheitlichung angezeigt ist, nur bezüglich der einzelnen Facetten der Justizorganisation erfolgen. Ausschlaggebend ist dabei letztlich, ob in einer bestimmten Frage eine gemeinsame Lösung erforderlich ist und diese die Bedeutung der kantonalen Organisationsautonomie überwiegt. Die Diskussion der Vereinheitlichung der Justizorganisation unterscheidet sich daher von jener zum Verfahrens- und Prozessrecht, dessen Defizite primär in der Gesamtheit vielfältiger, aus föderalistischer Warte wenig bedeutsamer Detailregelungen bzw. in der damit einhergehenden erhöhten Gefahr eines Rechtsverlusts gründen.²⁵⁴ Während die Vereinheitlichung dort primär die Nivellierung der Unterschiede im Hinblick auf eine bürgerfreundlichere Ausgestaltung des Verfahrens- und Prozessrechts intendiert, steht vorliegend die Optimierung einzelner Aspekte der Justizorganisation hinsichtlich der rechtsstaatlichen Anforderungen im Zentrum.

Einfluss auf die Beurteilung der Unabhängigkeit der Gerichte haben. Angesprochen ist damit die Unabhängigkeit von der Politik und den politischen Parteien und somit von Faktoren, welche die meisten Befragten wohl besser einschätzen können als andere, ausschliesslich justizbezogene organisatorische Belange.

252 SCHWENKEL (Fn. 7), Rn. 348.

253 Siehe dazu vorne E. II. Verschiedene der vorne identifizierten Defizite gründen demgegenüber nicht in der organisatorischen Vielfalt, sondern bilden letztlich Konsequenz der kleinräumigen kantonalen Strukturen. Dies gilt etwa für die Rekrutierungsprobleme, die mangelnde Spezialisierung und Professionalisierung sowie die damit einhergehenden Kosten. Diesen Herausforderungen ist mit anderen Mitteln als einer Rechtsvereinheitlichung zu begegnen (dazu hinten F.II.).

254 Siehe dazu THURNHERR (Fn. 54), S. 241 ff.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Grundprämisse zugunsten der kantonalen Organisationsautonomie²⁵⁵ ist von einer bundesrechtlichen Vereinheitlichung dann abzusehen, wenn die Vorteile einer Vereinheitlichung die Beschränkung des kantonalen Entscheidungsspielraums nicht zu rechtfertigen vermögen. Dies hat zur Folge, dass in Konstellationen, in denen keine eindeutig zu bevorzugende Lösung identifiziert werden kann, das bundestaatliche Strukturprinzip bzw. die dieses konkretisierende Organisationsautonomie dafür sprechen, die Wahl grundsätzlich dem kantonalen Gesetzgeber bzw. – in ihrem Zuständigkeitsbereich – den Gerichten zu überlassen. Das gilt umso mehr, wenn Spielraum für die Berücksichtigung kantonsspezifischer, insbesondere auf die unterschiedlichen Grössenverhältnisse zurückzuführender Besonderheiten besteht. Dabei ist allerdings zu beachten, dass unterschiedliche kantonale Lösungen nicht durchwegs in partikulären kantonalen Bedürfnissen gründen.²⁵⁶ Im Folgenden wird an fünf exemplarisch ausgewählten Aspekten – den fachlichen Anforderungen an Richterinnen und Richter (a.), der Spruchkörpergrösse (b.), der Veröffentlichung von Entscheiden (c.), dem Verhältnis zwischen verwaltungsinterner und gerichtlicher Verwaltungskontrolle (d.) sowie der Schaffung von Spezialjustizbehörden (e.) – untersucht, ob sich aus verfassungs- und völkerrechtlicher Perspektive klar zu bevorzugende Regelungen identifizieren lassen, deren schweizweite Geltung das kantonale Interesse an autonomer Regelung überwiegt.²⁵⁷

Zu beachten ist sodann die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung zum Erlass vereinheitlichter Normen. Der Gesetzgeber kann nur dann Eingriffe in die kantonale Organisationsautonomie, die sich nicht auf den Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone beschränken, vornehmen, wenn er über eine entsprechende Ermächtigung in der Verfassung verfügt.²⁵⁸ *De constitutione lata* bieten sich dafür primär die Verfahrensgrundrechte bzw. der die Umsetzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV konkretisierende Art. 191b Abs. 1 BV an. Weitergehende Beschränkungen der kantonalen Organisationsautonomie bedürfen einer expliziten Grundlage in der Verfassung. Der Verfassungsgeber kann dabei selbst justizorganisatorische Bestimmungen für die Kantone statuieren.²⁵⁹ Er kann aber auch den Bundesgesetzgeber ermächtigen, konkretisierende Anforderungen an die Justizorganisation zu regeln, wobei

255 Siehe dazu vorne C.II.

256 Siehe auch REITER (Fn. 28), Rn. 617, mit Hinweis darauf, dass «der Wissens- und Erfahrungsschatz der Personen, welche z.B. seitens der Justizdepartemente oder privater Beratungsfirmen mit der Vorbereitung der Justizreform betraut werden, einen gewissen Einfluss auf die Herangehensweise an ein solches Projekt und damit die schlussendlich in Kraft tretenden practices zeigt».

257 Siehe für weitere Untersuchungen REITER (Fn. 28), Rn. 181 ff., die nach *Best Practices* in der gerichtswirtschaftlichen Organisation fragt.

258 Siehe dazu vorne C.II.

259 Diesen Weg hat der österreichische Verfassungsgeber beschritten. Siehe exemplarisch Art. 134 B-VG zu den Wahlmodalitäten der Verwaltungsrichter und den Unvereinbarkeiten.

diese bereichsspezifisch²⁶⁰ oder pauschal²⁶¹ formuliert werden können. Dem Gesetzgeber steht sodann die Möglichkeit offen, in Sach- oder Prozessgesetzen punktuelle Vorgaben an die kantonale Justizorganisation zu statuieren, wie dies in Art. 86 Abs. 2 BGG erfolgt ist, oder in einem für alle Verwaltungsgerichte geltenden Gesetz²⁶² entsprechende Vorgaben zu vereinigen. Der zu beschreibende Weg wird massgeblich durch den Umfang der zu vereinheitlichenden Aspekte determiniert.

4. *Justizorganisation zwischen singulären korrekten Lösungen und pluralen sachrichtigen Wertungsentscheidungen: ausgewählte Beispiele*

a. *Fachliche Anforderungen an Richterinnen und Richter*

Der Bundesgesetzgeber statuiert keine Anforderungen an die fachliche Qualifikation kantonaler (Verwaltungs-)Richterinnen und Richter.²⁶³ Daher steht es den Kantonen frei, entsprechende Vorgaben zu machen oder darauf zu verzichten. Während die Mehrzahl der Kantone ein abgeschlossenes juristisches Studium voraussetzt, finden sich vereinzelt nach wie vor auch mit Laien konstituierte Verwaltungsgerichte.²⁶⁴ In Anbetracht der Tatsache, dass das Verwaltungsrecht eine komplexe, sich teilweise rasch wandelnde Rechtsmaterie darstellt,²⁶⁵ ist der Einsatz von Laienrichterinnen und -richtern in der letzten kantonalen Instanz kritisch zu betrachten. Unerlässlich ist nämlich nicht zuletzt auch fundierte juristische Methodenkenntnis, die den Zugang zu Rechtsnormen ermöglicht, deren Sinn und Gehalt sich nicht auf den ersten Blick erschliesst. Hinsichtlich des kantonalen Rechts gilt dies ganz besonders, fehlt es dort näm-

260 Exemplarisch hinzuweisen ist auf Art. 191b Abs. 1 BV, der die Grundlage für Art. 86 Abs. 2 BGG bildet.

261 Im Sinne einer Blankovollmacht zu Gunsten des Bundesgesetzgebers sehen Art. 122 Abs. 2 und Art. 123 Abs. 2 BV zum Straf- und Zivilrecht vor, dass die Kompetenz zur Organisation der Gerichte den Kantonen obliegt, «soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht». Der Gesetzgeber ist angesichts der kantonalen Organisationsautonomie allerdings trotz der umfassenden Kompetenzgrundlage gehalten, Zurückhaltung zu üben. Der Fokus verschiebt sich daher auf die Frage, «in welchem Umfang er [der Bundesgesetzgeber] eingegriffen hat und wie diese Eingriffe mit Blick auf ein einheitlich praktiziertes Strafverfahren zu bewerten sind» (BOMMER [Fn. 9], S. 233 [Hervorhebungen weggelassen] bezüglich Art. 123 Abs. 2 BV).

262 So statuiert der deutsche Gesetzgeber in der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21. Januar 1960 (Neubekanntmachung vom 19. März 1991) Vorgaben auch an die Adresse der Verwaltungsgerichte der Bundesländer. Konsequenz bildet eine weitgehende Vereinheitlichung des Aufbaus und der Struktur der betreffenden Gerichte. Siehe dazu VEITH MEHDE, Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, in: Peter Bussjäger, Anna Gamper und Christian Ranacher (Hrsg.), Landesverwaltungsgerichte: Funktionsbedingungen und internationaler Vergleich, Wien 2017, S. 121–137, S. 126 ff.

263 Anders das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz, das in Art. 134 Abs. 2 verlangt, dass die Mitglieder der Landesverwaltungsgerichte «das Studium der Rechtswissenschaften oder die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien abgeschlossen haben und über eine fünfjährige juristische Berufserfahrung verfügen».

264 Siehe dazu vorne E. II.2.a.

265 Siehe dazu vorne E. III.1.a.

lich oftmals an einer wissenschaftlichen Aufarbeitung der einschlägigen Erlasse, mit der Konsequenz, dass deren Gehalt im Einzelfall unter Rückgriff auf den Kanon der Auslegungsmethoden erschlossen werden muss. Den kantonalen Verwaltungsgerichten kommt diesbezüglich eine grosse Verantwortung zu, kann die Auslegung und Anwendung von kantonalem Gesetzes- und Verordnungsrecht im Verfahren der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom Bundesgericht doch nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüft werden (siehe zu den Beschwerdegründen Art. 95 BGG). Auch die Geltung der Untersuchungsmaxime und des Grundsatzes von *iura novit curia* vor den letzten kantonalen Instanzen (siehe Art. 110 BGG) spricht dafür, Letztere mit fachlich ausgebildeten Richterinnen und Richtern zu besetzen, die effektiv in der Lage sind, diese Aufgaben zu erfüllen.²⁶⁶ Die fachlichen Anforderungen an die Richterinnen und Richter der letzten kantonalen Instanzen gewinnen schliesslich zusätzlich an Bedeutung, je stärkere Einschränkungen der Rechtsweg an das Bundesgericht erfährt.²⁶⁷

Demgegenüber fehlt es an überzeugenden Gegenargumenten, die für den (historisch vor allem im Bedürfnis nach einer Demokratisierung der Justiz gründenden) Einsatz von Laienrichterinnen und -richtern sprechen.²⁶⁸ Zwar verengt eine entsprechende bundesrechtliche Vorgabe den Kreis potentieller Richterinnen und Richter und verschärft damit allenfalls die bereits bestehenden Rekrutierungsprobleme. Solche faktischen Probleme rechtfertigen indes keine Abstriche an der Fachkompetenz. Besondere Kenntnisse mit Bezug auf die zu würdigenden Sachverhalte lassen sich zudem nicht mit Laien-, sondern nur mit Fachrichterinnen und -richtern erreichen, die primär in den vorgelagerten Instanzen zum Einsatz kommen.²⁶⁹ Allfälligen kantonalen Bedürfnissen, auch in der letzten Instanz Fachrichterinnen und Fachrichter einzusetzen, könnte im Übrigen durchaus Rechnung getragen werden.

Als Grundlage für eine entsprechende Pflicht lassen sich Art. 29a und Art. 191b Abs. 1 BV heranziehen, bedingt die Rechtsweggarantie doch, dass die Gerichte mit Richterinnen und Richtern besetzt sind, die effektiv in der Lage sind, den Sachverhalt frei zu prüfen und das massgebende Recht von Amtes wegen anzuwenden. Implementieren liesse sich eine entsprechende Vorgabe

266 Zum Konnex zwischen der Untersuchungsmaxime und den fachlichen Anforderungen an Richterinnen und Richter aus zivilprozessualer Warte SUTTER-SOMM (Fn. 231), Rn. 213.

267 Siehe die Vorschläge des Bundesrats in seiner Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 15. Juni 2008, BBl 2008 S. 4605 ff., S. 4612 ff., die unter anderem eine Anpassung des Ausnahmekatalogs vorsehen. Das Bundesgericht spricht sich zudem für die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde aus (Medienmitteilung vom 15. Juni 2018). Dies hätte zur Folge, dass die kantonalen Gerichte in zahlreicheren Fällen als bisher innerstaatlich letztinstanzlich entscheiden.

268 Kritisch auch MICHAEL BEUSCH, Laienmitwirkung in der Verwaltungsrechtspflege, Justice – Justiz – Giustizia, 2008/3, Rn. 25 ff.; etwas positiver demgegenüber NICCOLÒ RASELLI, Laien als Richterinnen und Richter, SJZ 2008, S. 96–99.

269 Siehe zur Verbreitung von Fachrichterinnen und Fachrichtern RÜEFLI (Fn. 135), Rn. 63 f.

durch Ergänzung eines zweiten und dritten Satzes in Art. 86 Abs. 2 BGG: «Die Richterinnen und Richter der oberen kantonalen Gerichte verfügen über ein abgeschlossenes juristisches Studium (Lizentiat oder Master einer schweizerischen Hochschule oder ein gleichwertiges Hochschuldiplom eines Staates, der mit der Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat). Die Kantone können Fachrichterinnen und Fachrichter mit Spezialkenntnissen auf dem Gebiet des Streitgegenstands einsetzen.»²⁷⁰

b. Grösse des Spruchkörpers

Auch die Spruchkörpergrösse steht unterschiedlichen Lösungen offen. Der Umstand, dass bisweilen auch aus Spargründen Reduktionen stattgefunden haben,²⁷¹ spricht für sich alleine nicht für die Verwerflichkeit kleinerer Kammern. Zwar scheinen grössere Spruchkörper prima vista geeigneter, um einen differenzierten Entscheidungsfindungsprozess zu garantieren, da mehr Voten einfließen können. Dabei handelt es sich allerdings um eine blosser Vermutung. Ein gewisser – im Übrigen auch von den Fachkenntnissen der Richterinnen und Richter mitbeeinflusst – Konnex zwischen der Spruchkörpergrösse und der Entscheidqualität dürfte wohl primär ab einem bestimmten rechtlichen oder tatbestandlichen Komplexitätsgrad der zu beurteilenden Fälle bestehen. Erkenntnisse bezüglich der Relevanz der Grösse der rechtsprechenden Organe für die Qualität des Ergebnisses liessen sich generieren, wenn im Rahmen rechtstatsächlicher Untersuchungen die Entscheide, die von einem Gericht, das bisher in Fünferbesetzung tagte und dessen Spruchkörper auf drei Personen beschränkt wurde, vor und nach der Reduktion mit Bezug auf die Erfolgsquote im Weiterzugsfall untersucht würden. Derartige Studien sind in kleineren Kantonen allerdings mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass es aufgrund der geringen Fallzahlen an statistischer Relevanz fehlen würde. Zudem lassen sich angesichts der beschränkten Kognition des Bundesgerichts auch im Falle eines Weiterzugs nicht alle Defizite identifizieren.

Abgesehen von den unklaren Auswirkungen der Spruchkörpergrösse auf die Qualität der Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, dass kleinere Spruchkörper in der Tendenz zu einer Beschleunigung der Entscheidungsfindung führen (dies insbesondere, wenn Entscheide auf dem Zirkularweg getroffenen werden) und die Richterinnen und Richter aufgrund der geringeren Anzahl zugeteilter Fälle mehr Zeit pro Fall aufwenden können. Diese Ausgangslage spricht klar gegen eine bundesrechtliche Vereinheitlichung der Spruchkörpergrösse. Der Entscheid über den personellen Mitteleinsatz ist daher weiterhin den Kantonen zu überlassen.

270 Die Formulierung in Klammern lehnt sich an Art. 7 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) an.

271 Siehe dazu E. III.3.

Als heikel erwies sich allerdings eine flächendeckende oder weitgehende Ablösung der Kammerentscheide (mit Dreier- oder Fünferbesetzung) durch einzelrichterliche Zuständigkeiten. Da die Rechtsprechung keine exakte Wissenschaft bildet, sondern Wertungen und Abwägungen bedingt, kommt dem gerichtlichen Meinungsbildungsprozess grosse Bedeutung zu.²⁷² Solange die einzelrichterliche Zuständigkeit auf Abschreibungsverfügungen, klare Nichteintretensentscheide oder Streitigkeiten von geringerer Tragweite beschränkt ist und bei grundsätzlicher Bedeutung eine Überweisung an eine Kammer möglich ist,²⁷³ sind bundesrechtliche Interventionen indes nicht angezeigt. Anders zu beurteilen wäre die Situation, wenn aus Spargründen in grösserem Umfang Einzelrichterzuständigkeiten vorgesehen würden. Diesfalls würde es sich anbieten, entsprechende Vorgaben in Art. 86 BGG, beispielsweise in einem neuen Abs. 2^{bis}, zu integrieren.²⁷⁴ Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt bildete wiederum Art. 191b Abs. 1 BV, aus welchem durchaus auch eine Pflicht zur Schaffung von Kammern abgeleitet werden kann, die für eine qualitativ hochstehende gerichtliche Beurteilung bürgen.

c. *Publikation von Entscheiden*

Während mit Bezug auf die Art und Weise der Medienarbeit der Gerichte unterschiedliche valable Herangehensweisen bestehen, die massgeblich von den zur Verfügung stehenden Ressourcen und den einschlägigen Kommunikationskonzepten beeinflusst sind,²⁷⁵ ist es aus rechtsstaatlicher Warte angezeigt, dass zumindest die Entscheide letzter kantonalen Instanzen der Öffentlichkeit publik gemacht werden. Art. 30 Abs. 3 BV, der unter anderem eine öffentliche Urteilsverkündung verlangt, fordert mit Blick auf die abgeschlossene Entscheidungsfindung lediglich eine öffentliche Urteilsverkündung.²⁷⁶ Daher steht es den kantonalen Verwaltungsgerichten frei, ob sie ihre Urteile der Öffentlichkeit in einer gedruckten Entscheidsammlung oder einer elektronischen Datenbank zugänglich machen oder ob sie darauf verzichten. Zahlreiche Kantone verfügen mittlerweile über benutzerfreundlich aufgebaute Entscheiddatenbanken, die breiten Zugriff auf die Rechtsprechung erlauben.²⁷⁷ Nach wie vor ist es allerdings in verschiedenen Kantonen nicht möglich, die gesamte Rechtsprechung

272 Siehe dazu ARNOLD MARTI, Einzelrichter an Obergerichten: fragwürdige Rationalisierungsmassnahmen zu Lasten der demokratischen Justizkultur, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2008/3, Rn. 1.

273 Siehe exemplarisch § 38b des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes (Fn. 226), der diesen Anforderungen über weite Strecken genügt; dazu MARTIN BERTSCH, in: Alain Griffel (Hrsg.), *Kommentar VRG*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 38b Rn. 26.

274 Auch die deutsche VwGO (Fn. 262) statuiert Vorgaben bezüglich der Zuständigkeit der Kammergrösse sowie des zulässigen Umfangs einzelrichterlicher Entscheidungen.

275 Eingehend dazu SANTSCHI KALAY (Fn. 184), S. 101 ff.

276 Zur Tragweite dieser Bestimmung statt vieler STEINMANN (Fn. 99), Art. 30 Rn. 61 ff.

277 Exemplarisch hinzuweisen ist auf das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, das (punktueller Ausnahmen vorbehalten) fast alle Entscheide veröffentlicht.

der kantonalen Verwaltungsgerichte einzusehen, weil lediglich eine Auswahl der Entscheide zugänglich gemacht wird.²⁷⁸ Dieser Zustand ist sowohl für die Rechtssuchenden, die sich einen Überblick über die kantonale Praxis zu einer bestimmten Frage verschaffen möchten, um ihre Prozesschancen abzuschätzen, als auch für die Öffentlichkeit und die Wissenschaft, die die Rechtsprechung einer kritischen Analyse unterziehen und dabei selbst eine Filterfunktion wahrnehmen, unbefriedigend.

Seit der ernüchternden Feststellung MAX IMBODENS im Jahr 1947 wonach, «[v]om Reichtum der Verwaltungsrechtsprechung der kantonalen Regierungen [...] dem Aussenstehenden nur wenig bekannt»²⁷⁹ sei, hat sich – massgeblich unterstützt auch durch die heutigen technischen Möglichkeiten – einiges zum Besseren gewendet. Dennoch drängt sich eine bundesrechtliche Vereinheitlichung der Anforderungen an die Publikation der Entscheide letzter kantonalen Instanzen auf. Der Judikatur der kantonalen Verwaltungsgerichte kommt deshalb erhöhtes Gewicht zu, weil sie als letzte Instanzen kantonales Recht umfassend prüfen und teilweise (im Bereich des Ausnahmekatalogs von Art. 83 BGG) letztinstanzlich über die Auslegung und Anwendung von Bundesrecht befinden. Der Kreis nicht weiterziehbarer Entscheide wird sich in Zukunft möglicherweise noch erweitern,²⁸⁰ womit auch die Bedeutung der Veröffentlichung kantonalen Entscheide steigt. Zweifellos ist die Publikation von Entscheiden für die Kantone mit finanziellen Aufwendungen verbunden, setzt sie doch unter anderem deren Anonymisierung sowie die Errichtung und Bewirtschaftung einer Datenbank voraus. Die damit einhergehenden Belastungen vermögen eine Geheimhaltung aus rechtsstaatlicher Perspektive indes nicht zu rechtfertigen.

Eine Publikationspflicht lässt sich allerdings nicht mit dem Argument der Sicherstellung der ordnungsgemässen Erfüllung des Bundesrechts begründen. Auch die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) kann nicht als Grundlage herangezogen werden, erhalten die Parteien doch Zugang zu den Entscheiden, die sie betreffen und anhand derer sie abklären können, ob die Anforderungen der Rechtsweggarantie erfüllt worden sind. Eine entsprechende Pflicht an die Adresse der Kantone liesse sich daher nur mittels Verfassungsänderung umsetzen. Denkbar wäre eine Ergänzung von Art. 191b Abs. 1 BV durch folgenden zweiten Satz:²⁸¹ *«Die oberen Gerichte veröffentlichen ihre Entscheide in amtlichen Sammlungen oder frei zugänglichen Entscheidungsdatenbanken.»*²⁸²

278 Beispielsweise werden in den Kantonen Obwalden und Thurgau lediglich Grundsatzentscheide publiziert.

279 IMBODEN (Fn. 10), S. 93a.

280 Siehe dazu auch vorne F.I.4.a.

281 Möglich wäre daneben auch eine entsprechende Ergänzung von Art. 30 Abs. 3 BV. Gegen diese Variante spricht allerdings, dass sich die in Art. 30 BV erwähnten Fairnessgarantien auf den Prozess selbst und nicht auf dessen zeitlichen Nachgang beziehen, wie dies bei der Entscheidungspublikation der Fall ist.

282 Der Terminus der oberen Gerichte deckt sich mit den Formulierungen von Art. 75 Abs. 2, Art. 80 Abs. 2 und Art. 86 Abs. 2 BGG betreffend die Vorinstanzen des Bundesgerichts.

d. Kombination von verwaltungsinternem und gerichtlichem Rechtsschutz

Von zentraler justizorganisatorischer Bedeutung ist das Verhältnis zwischen verwaltungsinternem und gerichtlichem Rechtsschutz, das im Kern die «Suche nach dem optimalen Kontrollmodell, das der Verwaltung mit ihren spezifischen Aufgaben grösstmögliche Kontrollmöglichkeit belässt und dennoch eine effektive rechtliche Kontrolle sicherstellt»²⁸³, beinhaltet. Dessen Ausgestaltung steht den Kantonen – anders als etwa den österreichischen Bundesländern²⁸⁴ – frei. Sie können dem kantonalen Verwaltungsgericht eine oder mehrere verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanzen (oder Spezialjustizbehörden²⁸⁵) vorschalten oder darauf verzichten, indem sie bereits in erster Instanz die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen vorsehen. Die flächendeckende Abschaffung des verwaltungsinternen Instanzenzugs auf Bundesebene per 1. Januar 2007 hat in den Kantonen keine Nachahmung gefunden. Auch der mit der Umsetzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV erfolgte Ausbau der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten in den Kantonen wurde nur punktuell mit einer Beschränkung der verwaltungsinternen Überprüfung kompensiert.²⁸⁶

Die Kombination von verwaltungsinternem und gerichtlichem Rechtsschutz gilt gemeinhin als optimal, da sie die Vorteile beider Rechtsschutzsysteme vereinigt: Sie erlaubt zunächst die verwaltungsinterne Bereinigung von Rechtsstreitigkeiten durch eine Behörde, die zwar nicht unabhängig ist, aber über entsprechendes Sachwissen verfügt und in einem günstigeren, niederschweligen und weniger stark formalisierten Verfahren entscheidet. Anschliessend steht eine unabhängige Überprüfung durch (zumeist) juristisch qualifizierte Richterinnen und Richter offen.²⁸⁷ Ermöglicht wird damit einerseits optimaler Rechtsschutz, andererseits die Beibehaltung der Selbstkontrolle der Verwaltung, die darüber hinaus auch zu einer Entlastung der Gerichte beiträgt.²⁸⁸

Trotz dieser positiven Einschätzung ist von einer bundesrechtlichen Verpflichtung an die Adresse der Kantone, dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz eine verwaltungsinterne Instanz vorzuschalten, abzusehen. Ursächlich für diesen Schluss ist allerdings nicht, dass sich ohnehin die meisten Kantone für dieses Modell entschieden haben und es deshalb an einer entsprechenden Notwendigkeit fehlt, liessen sich einzelne Ausreisser damit doch durchaus be-

283 HANDSTANGER (Fn. 82), S. 60 f. (Hervorhebungen weggelassen).

284 In Österreich erfolgt die Überprüfung von Verwaltungsentscheiden in den Bundesländern durch die Landesverwaltungsgerichte erster Instanz. Ein verwaltungsinterner Instanzenzug ist lediglich noch im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden zulässig. Dazu statt vieler THEO ÖHLINGER, Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung, in: Johannes Fischer, Katharina Pabel und Nicolas Raschauer (Hrsg.), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien 2014, S. 39–69, S. 41 f.

285 Dazu hinten F.I.4.e.

286 Zum Ganzen vorne E. II.2.a.

287 Zu den Vorzügen dieses Rechtsschutzmodells statt vieler SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 14.

288 Siehe SCHOCH (Fn. 86), Rn. 346.

seitigen. Auch das Argument, dass der Bund kaum einen Instanzenzug vorschreiben könne, von dem er sich in seinem eigenen Zuständigkeitsbereich distanzieren hat, greift nicht. Die unterschiedlichen Aufgaben der Exekutivspitzen in Bund und in den Kantonen lassen eine Entlastung der Regierung von Rechtsprechungsaufgaben im Bund nämlich als dringender erscheinen als in den Kantonen. Nicht ausgeschlossen ist zudem eine grössere Nähe der kantonalen Regierungen zu den strittigen Sachfragen, die dazu führt, dass eine verwaltungsinterne Überprüfung angezeigt ist als im Bund. Schliesslich ist nicht ausgeschlossen, dass sich die von den Kantonen vollzogenen Sachbereiche insofern besser für eine verwaltungsinterne Überprüfung eignen, als die erwähnten Vorteile hier stärker zum Vorschein kommen.

Eine bundesrechtliche Verpflichtung an die Adresse der Kantone zur Wahl dieses Rechtsschutzmodells ist vielmehr aus anderen Überlegungen abzulehnen: Zwar fallen bei einer Beschränkung auf eine gerichtliche Überprüfung aus der Perspektive der Rechtssuchenden die höheren Rechtsschutzhürden und eine regelmässig engere Kognition (selbst wenn man den Verwaltungsgerichten auch die Angemessenheitsprüfung übertragen würde²⁸⁹) negativ ins Gewicht; eine Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Zugangs zu gerichtlicher Überprüfung ginge damit indes nicht einher. Die übergeordneten Verwaltungsbehörden wären damit konfrontiert, dass sie allenfalls ergänzende Mittel und Wege der Kontrolle der ihnen unterstellten Instanzen finden müssten (beispielsweise die intensivere Auseinandersetzung mit der Verwaltungsrechtsprechung). Zudem wären erste Anlaufstelle bei Streitigkeiten – in den Worten EWALD WIEDERINS – die «Verwaltungsgerichte als Spitäler der Verwaltung»²⁹⁰, ohne dass Möglichkeiten einer niederschweligen Grundversorgung bzw. einer «Selbstheilung» bestünden. Da diese Konsequenzen von den Kantonen selbst getragen werden müssen, ist ihnen auch der Entscheid darüber zu belassen.

Zu beachten ist sodann, dass sich die Folgen einer Abschaffung des verwaltungsinternen Instanzenzugs nur schwer abschätzen lassen. Fallen diese nicht ins Gewicht, lassen sich letztlich auch die mit einer Verlängerung des Verfahrens sowie zusätzlichen Kosten verbundenen Nachteile nicht rechtfertigen.²⁹¹ Ob der erwähnte «Idealfall»²⁹² in allen Konstellationen vorzuzugswürdig ist, liesse sich nur gestützt auf detaillierte empirische Untersuchungen zuverlässig

289 Zu den Bereichen, in denen das mit der Angemessenheitsprüfung betraute Bundesverwaltungsgericht (siehe Art. 49 lit. c VwVG) seine Prüfdichte reduziert, SCHINDLER (Fn. 84), Art. 49 Rn. 9 ff.

290 EWALD WIEDERIN, Grundfragen der Neuorganisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Robert Walter und Klaus Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, Festakt aus Anlass des 60. Geburtstages von Clemens Jabloner, Wien 2009, S. 33–42, S. 42.

291 Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund haben verschiedene Bundesländer in Deutschland das verwaltungsinterne Widerspruchsverfahren abgeschafft. Siehe dazu statt vieler THOMAS HOLZNER, Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens, DÖV 2008, S. 217–226. Zur Situation in Österreich vorne Fn. 284.

292 So SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 44.

klären. Als Fragen für rechtstatsächliche Untersuchungen drängen sich dabei etwa folgende auf, wobei eine Auswertung nach Rechtsgebieten aufschlussreich wäre:²⁹³ Welcher Anteil der verwaltungsintern weitergezogenen Fälle resultiert in einer Gutheissung? Schöpfen die verwaltungsinternen Rechtsmittelinstanzen ihre Kognition jeweils aus? Welcher Anteil der verwaltungsintern beurteilten Beschwerdeentscheide wird anschliessend an das Verwaltungsgericht weitergezogen? Wie hoch ist dabei die Gutheissungsquote? Hat sich in jenen Konstellationen, in denen der verwaltungsinterne Instanzenzug abgeschafft worden ist, die Struktur des Verwaltungsprozesses verändert, beispielsweise insofern, als die Gerichte intensiver mit Fragen der Tatsachenfeststellung befasst sind und die Verfahren daher länger dauern (mit der Konsequenz, dass sich Einsparungen in der Verwaltung als Mehraufwand in der Justiz bemerkbar machen)? Einfache Antworten auf diese Fragen sind nicht zu erwarten, wie rechtstatsächliche Forschungen zum deutschen Recht belegen: Einzelne Studien fördern eine partiell unzulängliche Funktionserfüllung des (verwaltungsinternen) Widerspruchsverfahrens zu Tage. Sie zeigen auf, dass die Zweckmässigkeit entgegen der einschlägigen Vorschrift von § 68 Abs. 1 VwGO teilweise nicht überprüft wird und die Verwaltung kaum Selbstkritik übt, sondern sich schützend vor die ursprünglich entscheidende Behörde stellt. Andere Untersuchungen zeigen indes, dass die Sinnhaftigkeit des verwaltungsinternen Instanzenzugs auch vom betroffenen Rechtsbereich abhängig ist.²⁹⁴

Die Ausgestaltung des Instanzenzugs bzw. das Zusammenspiel von verwaltungsinterner und verwaltungsgerichtlicher Überprüfung steht somit exemplarisch für eine justizorganisatorische Frage, die auf unterschiedliche Weise sachrichtig beantwortet werden kann. Zwar ist davon auszugehen, dass sich nicht alle Lösungen als gleichermassen adäquat erweisen, doch fehlt es an einer vollständigen Informationslage, die für eine klare Antwort unerlässlich wäre. Zudem entwickeln die Kantone bisweilen innovative Lösungsansätze, um die Nachteile gewisser Instanzenzüge auszugleichen.²⁹⁵ Schliesslich wäre bei der Suche nach dem Optimum wohl teilweise nach Sachbereichen zu differenzie-

293 Die empirische Studie von THIERRY TANQUEREL, FRÉDÉRIC VARONE, ARUN BOLKENSTEYN und KARIN BYLAND, *Le contentieux administratif judiciaire en Suisse: une analyse empirique*, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 151, zeigt interessanterweise auf, dass das Bundesgericht im Untersuchungszeitraum 24,5% der Beschwerden gegen Entscheide kantonaler Verwaltungsgerichte, aber nur 15,9% der Beschwerden gegen Entscheide kantonaler Verwaltungsbehörden gutgeheissen hat. Ursächlich dafür ist, wie auch die Autoren dieser Studie festhalten, allerdings nicht die bessere Qualität der Verwaltungsentscheide, sondern die ihnen inhärente politische Natur.

294 Siehe die Hinweise auf die rechtstatsächliche Begleitforschung bei SCHOCH (Fn. 86), Rn. 351.

295 Exemplarisch hinzuweisen ist auf den Sprungrekurs im Kanton Basel-Stadt, durch den die mit dem zweistufigen verwaltungsinternen Instanzenzug verbundenen negativen Konsequenzen abgefedert werden, indem der Regierungsrat als zweite verwaltungsinterne Rekursinstanz das Rechtsmittel im Regelfall (ausser bei offenkundigen juristischen Mängeln oder politischem Spielraum) dem Appellationsgericht als Verwaltungsgericht zum Entscheid überweist, ohne selber materiell darauf einzutreten. Siehe dazu ALEXANDRA SCHWANK, *Das verwaltungsinterne*

ren, was eine operable Vereinheitlichung letztlich unmöglich macht. Die Festlegung des Instanzenzugs ist vor diesem Hintergrund den Kantonen zu belassen, dies umso mehr als sie untrennbar mit der (nachfolgend thematisierten) Einsetzung von Spezialjustizbehörden verknüpft ist.

e. Spezialjustizbehörden als Relativierung des Modellinstanzenzugs

Die Bedeutung autonomer kantonaler Lösungen lässt sich schliesslich an der Etablierung von Spezialjustizbehörden veranschaulichen, die in unterschiedlicher Ausprägung als Abweichung vom Modellinstanzenzug auf verschiedenen verwaltungsrechtlichen Sachgebieten bestehen. Angesprochen sind damit Rekurskommissionen oder Spezialgerichte, deren Zuständigkeit in der Regel auf ein Rechtsgebiet (beispielsweise das Steuer-, Bau- oder Personalrecht) beschränkt ist und die als Vorinstanzen der kantonalen Verwaltungsgerichte agieren.²⁹⁶ Ob es sich dabei um unabhängige Gerichte handelt, lässt sich nur einzelfallweise bestimmen, wobei auch Zwischenformen existieren, die über grössere Unabhängigkeit als die hierarchisch übergeordneten Verwaltungsbehörden verfügen, ohne aber sämtliche Voraussetzungen unabhängiger Gerichte zu erfüllen.²⁹⁷

Während Rekurskommissionen vor der Etablierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer heutigen Form verschiedentlich endgültig entschieden und hierdurch zu einer gewissen, in Widerspruch zum Gedanken der Kohärenz des Verwaltungsrechts stehenden Zersplitterung der Rechtsprechung beitragen,²⁹⁸ dienen sie heute primär der von der Verwaltung mehr oder weniger stark entkoppelten Spezialisierung auf der der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgelagerten Ebene. Die Kombination fachlicher Fokussierung mit anschliessender Überprüfung durch ein Gericht mit allgemeiner Zuständigkeit stellt sicher, dass der allgemeinen Systembildung hinreichend Rechnung getragen wird.

Spezialisierte Justizorgane verfügen über den Vorteil einer vertieften einschlägigen Expertise, vor allem wenn sie – was verschiedentlich der Fall ist – auch mit Fachrichterinnen und Fachrichtern ausgestattet sind.²⁹⁹ Kommt ihnen

Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Denise Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435–475, S. 442.

296 Allerdings können auch Spezialjustizbehörden als oberes kantonales Gericht im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG entscheiden. Siehe dazu exemplarisch BGE 136 II 233, 234 f. E. 2.1 (Tessiner Rekurskommission im Bereich Grundstückserwerb durch Personen im Ausland).

297 Siehe dazu statt vieler KLEY (Fn. 2), Art. 29a Rn. 15; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 30; zur Unabhängigkeit von Rekursbehörden aus rechtsvergleichender Perspektive MARTIN KAYSER, Rechtsschutz und Kontrolle, in: Armin von Bogdandy, Sabino Cassese und Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, Heidelberg 2014, § 91 Rn. 23 f.

298 IMBODEN (Fn. 10), S. 67a ff.; und ZWAHLEN (Fn. 10), S. 132a ff., forderten nicht zuletzt vor diesem Hintergrund in ihren Beiträgen zum Schweizerischen Juristentag 1947 die Schaffung zentraler Verwaltungsgerichte.

299 Siehe dazu die Beispiele bei RÜEFLI (Fn. 135), Rn. 59 ff.; SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 42.

richterliche Unabhängigkeit zu, schaffen sie insofern einen ergänzenden Mehrwert, als eine zweistufige unabhängige Überprüfung garantiert wird. Spezifische Bedeutung kommt ihnen schliesslich mit Blick auf ausgelagerte Verwaltungseinheiten zu, entlasten sie doch die obersten strategischen Organe von Rechtsprechungsaufgaben.³⁰⁰ Insofern bilden sie eine valable Alternative zum verwaltungsinternen Instanzenzug. Mit diesem gemeinsam haben sie regelmässig die Möglichkeit, die Angemessenheit eines Entscheids zu überprüfen. Neben diesen Vorzügen ist indes auch auf Nachteile hinzuweisen, die sich in kleineren Kantonen teilweise stärker manifestieren als in grösseren. Zunächst können sich auch hier Schwierigkeiten bei der Rekrutierung offenbaren. Während in grösseren Kantonen teilweise gar eine fachliche Schwerpunktsetzung innerhalb der Spezialrekursbehörden stattfindet,³⁰¹ erschweren die geringen Fallzahlen in den kleineren Kantonen eine Professionalisierung sowie eine hinreichende Auslastung.³⁰² In der zweitgenannten Konstellation sind die Mitglieder zudem regelmässig nebenamtlich tätig, was vor allem bei jenen, die als Anwältinnen und Anwälte auf dem betreffenden Rechtsgebiet spezialisiert sind, eine erhöhte Gefahr von Interessenkonflikten schafft. Schliesslich ist den Spezialjustizbehörden eine unmittelbare Reaktion auf strukturelle Probleme innerhalb der Verwaltung nicht möglich; mangels hierarchischer Überordnung können sie nämlich keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen anordnen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass unterschiedliche Möglichkeiten einer zweckmässigen oder konsistenten³⁰³ Etablierung von Spezialjustizbehörden bestehen. Deren Vor- und Nachteile hängen nicht zuletzt von den kantonalen Strukturen ab, weshalb der Entscheid darüber auch bei diesen verbleiben sollte.

5. *Fazit: Punktuelle bundesrechtliche Einflussnahmen ohne Notwendigkeit einer umfassenden Vereinheitlichung*

Wie gezeigt, lassen sich punktuell durchaus justizorganisatorische Fragen identifizieren, bezüglich derer eine bundesrechtliche Vereinheitlichung angezeigt wäre. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die fachlichen Anforderungen an Richterinnen und Richter³⁰⁴ sowie die Publikation von Entscheiden³⁰⁵, wobei

300 Dieser Vorteil kommt beispielsweise zum Tragen, wenn – wie etwa im Kanton Basel-Stadt – eine Personalrekurskommission existiert, die sämtliche oder eine grosse Zahl der Personalstreitigkeiten erstinstanzlich erledigt, was vor allem für personalintensive dezentrale Verwaltungsträger einen Entlastungseffekt hat. Siehe dazu auch vorne E. III.2.b.

301 So sind beispielsweise das Steuerrekurs- und das Baurekursgericht des Kantons Zürich in Abteilungen gegliedert, die eine gewisse fachliche und teilweise (namentlich in baurechtlichen Angelegenheiten) auch örtliche Spezialisierung erlauben.

302 Aufgrund zu geringer Fallzahlen wurde beispielsweise im Kanton Basel-Landschaft angeregt, das Steuer- und das Enteignungsgericht zusammenzulegen. Siehe dazu vorne Fn. 216.

303 Zur Konsistenz, verstanden als «innere Stimmigkeit eines Rechtsschutzkonzepts» mit Blick auf das «Zusammenspiel seiner Instrumente und Parameter», siehe SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 11), S. 6.

304 Dazu vorne F.I.4.a.

305 Dazu vorne F.I.4.c.

die für eine Vereinheitlichung sprechenden Argumente in beiden Konstellationen mit einem Ausbau der Zugangsbeschränkungen zum Bundesgericht weiter an Gewicht gewinnen würden. An der kantonalen Organisationsautonomie würde damit nur marginal geritzt. Zum einen hätten die schweizerischen Kantone nach wie vor weitaus grössere justizorganisatorische Gestaltungsspielräume als die föderalen Einheiten anderer Bundesstaaten.³⁰⁶ Zum anderen erfüllt ein grosser Teil der Kantone die erwähnten Anforderungen ohnehin bereits.

Die vorstehenden Ausführungen veranschaulichen zudem, dass die konkrete Ausgestaltung der Justizorganisation letztlich Ergebnis einer Vielzahl von Einzelentscheidungen bildet, die je für sich mehr oder weniger komplexe Interessenabwägungen voraussetzen. Neben den erwähnten fünf Exempeln gilt dies für weitere Fragen wie etwa die Ausgestaltung der Aufsicht oder die Organisation der Verwaltungsjustiz im Kontext eines selbständigen Verwaltungsgerichts bzw. dessen Integration in die ordentliche Gerichtsbarkeit. Der Status quo ist in den Kantonen indes verschiedentlich historisch gewachsen und basiert nicht durchwegs auf einer fundierten Evaluation der Vor- und Nachteile einzelner Modelle. Vor diesem Hintergrund ist anzuregen, die Modalitäten der Justizorganisation bisweilen auf den Prüfstand zu stellen und kritisch zu reflektieren. Zudem ist es gerade in Zeiten verstärkten wirtschaftlichen Effizienzdrucks unerlässlich, die Konsequenzen von Modifikationen, beispielsweise allfällige Kostenverlagerungen statt -einsparungen, sorgfältig abzuschätzen. Die Justizorganisation gestaltet sich daher als konstanter Lernprozess mit den Verfahrenszwecken und spezifischen Herausforderungen als Orientierungspunkten. Gefordert ist auch die Wissenschaft, wobei sich die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Ausgestaltungen aus dogmatischer Warte alleine nicht umfassend identifizieren lassen, weshalb empirische Begleitforschung aufschlussreich wäre.³⁰⁷

II. Gemeinsame Justizorgane zweier oder mehrerer Kantone

1. Vorteile einer kantonsübergreifenden Konsolidierung der Justizorganisation

Wie darlegt, finden verschiedene Herausforderungen, mit denen die Verwaltungsjustiz heutzutage konfrontiert ist, ihre Ursache in der Kleinräumigkeit der kantonalen Strukturen. Letztere zeitigt Konsequenzen in personeller Hinsicht, indem sie die Basis für die Rekrutierung qualifizierter Personen schmälert sowie eine erhöhte Gefahr mangelnder Distanz zu den Parteien bzw. zum Streitgegenstand schafft und damit Interessenkonflikte begünstigt. Aufgrund des ge-

306 Siehe zur Rechtslage in Deutschland die Hinweise in Fn. 262, zu derjenigen in Österreich die Hinweise in Fn. 66.

307 Siehe zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten vorne A.

ringen bzw. schwankenden Auslastungsgrads operieren zudem verschiedene Verwaltungsgerichte mit einem Pool von nebenamtlichen Richterinnen und Richtern bzw. Ersatzrichterinnen und -richtern. Spezialjustizbehörden konstituieren sich in kleineren Kantonen gar fast ausschliesslich aus Personen im Nebenamt. Zwar können mit einem weitgehenden Ausschluss praktizierender Anwältinnen und Anwälte vom Richteramt Befangenheitsprobleme minimiert werden; dadurch verkleinert sich aber gleichzeitig auch die Rekrutierungsbasis bzw. sie verlagert sich auf Personen in anderen Tätigkeitsbereichen, die ebenfalls potentiell Interessenkonflikte generieren. Zudem erschwert die Kleinräumigkeit die Professionalisierung der Justiz, indem eine gerichtsinterne Spezialisierung verunmöglicht wird und sich in Rechtsfragen, die nur selten vor Gericht gelangen, kaum Routine entwickeln kann. Schliesslich bedingt auch die Etablierung von *Best Practices* in der gerichtlichen Binnenorganisation eine gewisse institutionelle Grösse.³⁰⁸

Zwecks Überwindung dieser Defizite und Bewältigung der Herausforderungen bietet sich die Schaffung gemeinsamer Justizorgane durch zwei oder mehrere Kantone an. Mit dem damit einhergehenden grösseren Einzugsgebiet einzelner Gerichte bzw. mit der Reduktion der Anzahl Rechtsmittelbehörden liesse sich gleich verschiedenen der skizzierten Herausforderungen begegnen: Die Vergrösserung der Rekrutierungsbasis würde die Besetzung der Gerichte mit qualifiziertem, unabhängigem Personal erleichtern. Die Kombination von einerseits (nach wie vor vorhandener) Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnissen und andererseits grösserer Distanz aufgrund der Überwindung der Enge des eigenen Kantons könnte nicht zuletzt bei den Rechtssuchenden zu grösserer Akzeptanz der Entscheide führen. Da Gerichte, deren Zuständigkeit sich auf ein weiteres geographisches Gebiet erstreckt, mit einer höheren Fallzahl konfrontiert sind, würden gemeinsame Justizorgane auch den Professionalisierungsgrad erhöhen sowie Möglichkeiten einer gerichtsinternen fachlichen Spezialisierung³⁰⁹ und der Etablierung von *Best Practices* in organisatorischer Hinsicht schaffen. Schliesslich ist davon auszugehen, dass die Nutzung von Synergien zwischen zwei oder mehreren Kantonen auch finanzielle Einsparungen zur Folge hätte, wenngleich die Schaffung entsprechender Strukturen zunächst mit einem Mehraufwand verbunden sein dürfte.³¹⁰ Im Unterschied zu al-

308 Siehe dazu vorne E. III.1.b.

309 Der Spezialisierung werden zwar bisweilen auch Nachteile attestiert; letztere bilden aber keine grundsätzlichen Einwände, sondern fordern vielmehr eine differenzierte Vorgehensweise. Siehe dazu ANNA RÜEFLI, Spezialisierung an Gerichten, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2013/2, Rn. 26 ff.; ferner RICHARD POSNER, *Reflections on Judging*, Cambridge, Massachusetts/London 2013, S. 95, mit Hinweis darauf, dass eine Spezialisierung in von der Untersuchungsmaxime geprägten Rechtssystemen angezeigt sei als in den Vereinigten Staaten.

310 Zu Letzterem hinten F.II.6. Zu den Vorteilen gemeinsamer Justizbehörden statt vieler auch STEPHAN C. BRUNNER, *Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonalen Zusammenarbeit*, Zürich 2000, S. 186 f.; KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 191b Rn. 21; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 319; SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 84; DERS. (Fn. 122), S. 113 f.

ternativen Massnahmen der Effizienzsteigerung wie beispielsweise die Reduktion des Instanzenzugs bergen gemeinsame Justizorgane auch keine Gefahr der Beeinträchtigung des Rechtsschutzniveaus.

Die Literatur schenkt diesen Vorteilen seit der expliziten, in Art. 191b Abs. 2 BV erfolgten Verankerung der Möglichkeit, gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen, grössere Aufmerksamkeit, wobei die rechtlichen und faktischen Hürden gemeinhin ausführlicher thematisiert werden als die Umsetzungsmodalitäten.³¹¹ Auf die Möglichkeit der Schaffung «etwa eines interkantonalen Verwaltungsgerichts für mehrere kleine Kantone zusammen» wies im Übrigen bereits 1973 die Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der BV hin.³¹² Zwecks Überwindung der Rekrutierungsproblematik wurde dort allerdings angeregt, «grundsätzlich eher an den Beizug nicht im Kanton wohnhafter Richter zu denken als an die Schaffung interkantonalen Gerichte».³¹³ Der Verzicht auf das gemeinhin bestehende Wohnsitzerfordernis ist zweifellos bedenkenswert. Bislang tätigten die kantonalen Gesetzgeber diesen Schritt allerdings erst in jenen äusserst seltenen Konstellationen, in denen eine gewisse Distanz zu den übrigen richterlichen Behörden unerlässlich ist.³¹⁴ Den Problemen der schmalen Rekrutierungsbasis und der teilweise prekären Frage der Unbefangenheit liesse sich damit durchaus begegnen. Allerdings stellt die Rekrutierung von qualifiziertem, unabhängigem Personal nicht die einzige Herausforderung dar. Nicht überwunden werden könnten mit der kantonalen Öffnung des Personpools insbesondere die mit der fortbestehenden Kleinräumigkeit einhergehende mangelnde Auslastung der Gerichte und die Schwierigkeit, eine fachliche Spezialisierung zu ermöglichen. Zudem müssen weiterhin auch für kleinere Gerichte aufwändige justizinterne Strukturen etabliert werden.³¹⁵

Trotz der erwähnten, unbestrittenen Vorteile und der Ermunterung des Berichterstatters im Ständerat an die Adresse der Kantone, diesen Schritt zu ge-

311 Siehe dazu hinten F.II.2. und 4.

312 Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973, S. 290.

313 Schlussbericht (Fn. 312), S. 290; so auch JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 690.

314 Kein Wohnsitzerfordernis im Kanton besteht beispielsweise für die Richterinnen und Richter des Justizgerichts des Kantons Aargau, das unter anderem Disziplinarverfahren gegen Richterinnen und Richtern beurteilt (siehe § 16 Abs. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]); ebenso für die Richterinnen und Richter des Tribunal neutre des Kantons Waadt, das einen ähnlichen Aufgabenbereich hat (siehe Art. 86 Abs. 3 Loi d'organisation judiciaire vom 12. Dezember 1979 [RS 173.01]).

315 Im Sinne einer Alternative zur Schaffung interkantonalen Gerichte wird in der Literatur zudem teilweise eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Prozessrechts gefordert (siehe HÄNNI [Fn. 187], S. 666). Trotz verschiedener Interdependenzen und Berührungspunkte (dazu vorne B.II.1. und F.I.1.) stellen Gerichtsorganisation und Prozessordnung allerdings keine alternativ zu beschreitenden Wege für die Bewältigung derselben Problemlagen dar. Unter anderem die Rekrutierungsprobleme, die mangelnde Professionalisierung und die erhöhte Gefahr von Interessenkonflikten lassen sich auch mit einer vereinheitlichten Prozessordnung nicht aus der Welt schaffen.

hen,³¹⁶ bestehen bislang noch keine allgemeinen Verwaltungsgerichte, die von zwei oder mehreren Kantonen getragen werden. Die in diesem Kontext gemeinhin genannten Beispiele charakterisieren sich dadurch, dass sie die Folge kooperativer Aufgabenerfüllung bilden.³¹⁷ Wenngleich es sich dabei durchaus um gemeinsame Justizbehörden handelt, verfügen sie über zwei Partikularitäten: Erstens ist ihr Zuständigkeitsbereich eng begrenzt und zweitens bilden sie nicht den Auslöser für eine Kooperation, sondern vielmehr die Konsequenz einer solchen. Sie sind vorliegend dennoch von Interesse, da sie Aufschluss darüber erteilen, wie aus organisatorischer Warte mit der Tatsache unterschiedlichen Prozessrechts umgegangen wird.³¹⁸

2. *Verfassungskonformität*

Art. 191b Abs. 2 BV erlaubt den Kantonen die Einsetzung gemeinsamer richterlicher Behörden. Dieser auf die Justizreform zurückgehenden und erst im Parlament eingefügten Bestimmung wird gemeinhin eine eigenständige Bedeutung abgesprochen. Hauptargument für ihren Charakter als lediglich deklaratorische, unechte Ermächtigung bildet der Umstand, dass die Kantone diese Kompetenz bereits gestützt auf ihre verfassungsrechtlich gewährleistete Eigenständigkeit (Art. 3 BV) sowie ihre Organisations- und Vertragsautonomie (Art. 43, 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 und 51 BV) besitzen.³¹⁹ Allerdings kommt dieser Norm insofern Bedeutung zu, als sie verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit gemeinsamer richterlicher Behörden der Kantone den Boden entzieht.³²⁰

Die zahlreichen Stimmen, die in Art. 191b Abs. 2 BV korrekterweise eine unechte Ermächtigung erblicken, dürfen nämlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die ältere Literatur die Schaffung gemeinsamer Justizorgane über weite Strecken als verfassungswidrig erachtete. Sie stützte sich insbesondere auf die Prämisse, dass die Ausübung der Justizhoheit als zentrale kantonale Aufgabe Ausdruck ihrer Souveränität bilde. Vor diesem Hintergrund wurde insbesondere argumentiert, die Kantone könnten keine interkantonalen Gerichtsorgane schaffen, da ein solcher Souveränitätsverzicht gegen die verfassungs-

316 Siehe Amtliches Bulletin des Ständerats, Verfassungsreform, Sonderausgabe, S. 117.

317 Siehe exemplarisch BIAGGINI (Fn. 2), Art. 191b Rn. 3, mit Hinweis auf die Interkantonale Vereinbarung über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonal oder gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wetten vom 7. Januar 2015 und die Interkantonale Vereinbarung der Fachhochschule der Westschweiz (HES-SO [Fn. 188]).

318 Siehe dazu hinten F.II.3.

319 Statt vieler BIAGGINI (Fn. 2), Art. 191b Rn. 1 und 3; KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 191b Rn. 29; KÖLZ/HÄNER/BERTSCH (Fn. 1), Rn. 319; WALDMANN (Fn. 2), Art. 191b Rn. 8, wobei teilweise unterschiedliche verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte identifiziert werden; kritisch demgegenüber URSULA ABDERHALDEN, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, Freiburg 1999, S. 162 f., die gemeinsame richterliche Behörden verschiedener Kantone als «der schweizerischen Verfassungsordnung völlig wesensfremd» erachtet.

320 KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 191b Rn. 18 f. mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte.

rechtliche Bestandesgarantie bzw. gegen die bundesrechtlich festgelegte Kompetenzordnung verstosse.³²¹ Die Vorbehalte gegenüber einer kantonalen Zusammenarbeit gehen unterschiedlich weit: Einzelne Autoren stellen sich justizorganisatorischen Kooperationen ungeachtet ihrer Ausgestaltung grundsätzlich entgegen.³²² Bisweilen wird die «Schaffung gemeinsamer interkantonalen Gerichtsorganisationen im Hinblick auf die gesamte Wahrnehmung kantonalen Rechtsprechungskompetenzen» abgelehnt,³²³ womit immerhin Raum für sachbereichsspezifische Kooperationen verbleibt. An anderer Stelle wird die Übertragung des gesamten Gerichtswesens auf einen anderen Kanton oder eine zwischenstaatliche Organisation als Durchbrechung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung für unzulässig erachtet, wohingegen sich die Übertragung der gesamten Verwaltungsgerichtsbarkeit «an der Grenze des Zulässigen» bewege.³²⁴ Diese Bedenken wurden im Verfahren der Verfassungsgebung teilweise wiederholt, vermochten sich aber nicht durchzusetzen.³²⁵ Auf die aktuellen Herausforderungen wird daher mit einem gewandelten Föderalismusverständnis reagiert.³²⁶ Die erwähnten Vorbehalte sind allerdings bei der Diskussion der Modalitäten gemeinsamer Justizorgane wieder aufzugreifen.³²⁷

Nach zutreffender Ansicht und wie auch vom Verfassungsgeber verdeutlicht, bilden weder die Eigenstaatlichkeit der Kantone (Art. 3 BV) noch das Verbot der Selbstpreisgabe (Art. 53 BV) ein Hindernis für die Schaffung kantonsübergreifender Justizbehörden.³²⁸ Der Kernbestand kantonalen Eigenstaatlichkeit wird durch die Einsetzung gemeinsamer richterlicher Behörden – anders als durch die Errichtung eines gemeinsamen Parlaments oder die Abtretung von Regierungsfunktionen³²⁹ – nicht gefährdet.³³⁰ Begründet ist dies insbesondere darin, dass den Gerichten lediglich eine überprüfende, reaktive

321 Siehe *ABDERHALDEN* (Fn. 319), S. 70 und 162 f.; *ALBERT DORMANN*, Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen, Zürich 1970, S. 46; *WALTER BURCKHARDT*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 59; sowie die Hinweise in den nachfolgenden Fussnoten.

322 So beispielsweise *HÄFELIN* (Fn. 192), S. 577, wonach die Rechtsprechung im «Hinblick auf die sachliche Unabhängigkeit [...] nicht zu einer eigentlichen Koordination oder Kooperation geeignet» sei.

323 *HÄNNI* (Fn. 187), S. 665 f.

324 *ALEXANDER WEBER*, Die interkantonale Vereinbarung als Alternative zur Bundesgesetzgebung?, Bern 1976, S. 78.

325 Siehe die Hinweise bei *KISS/KOLLER* (Fn. 36), Art. 191b Rn. 18.

326 Zur Wandelbarkeit der Koordinations- und Kooperationsformen auch *HÄFELIN* (Fn. 192), S. 577.

327 Siehe hinten F.II.5.

328 *WALDMANN* (Fn. 2), Art. 191b Rn. 8.

329 Zur Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens *BERNHARD WALDMANN* und *ZENO SCHNYDER VON WARTENSEE*, in: *Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney* (Hrsg.), Bundesverfassung, Kommentar, Basel 2015, Art. 47 Rn. 46.

330 Siehe auch *KISS/KOLLER* (Fn. 36), Art. 191b Rn. 18, die andeuten, dass eine Zusammenlegung von Staatsfunktionen – ausser im Bereich der Gerichte – mit Blick auf Art. 48 BV durchaus problematisch sein könnte.

und keine proaktive, gestaltende Funktion zukommt. Sieht man von der Konkretisierung offener Normen ab, ist die nicht rechtssatzmässig angeleitete Tätigkeit der Gerichte nämlich beschränkt. Diesbezüglich unterscheidet sich die Judikative massgeblich von der Legislative, aber auch von der Exekutive, die regelmässig über eigene mehr oder weniger umfangreiche Gestaltungsspielräume verfügt.³³¹

3. *Seitenblick: Organisation der Verwaltungsrechtspflege bei bi- oder multikantonaler Aufgabenerfüllung*

Wie ausgeführt, bedingt die gemeinsame Erfüllung von Verwaltungsaufgaben auch eine Verständigung über die Ausgestaltung des Rechtsschutzes, sofern in diesem Kontext Organe mit Verfügungsbefugnis geschaffen werden.³³² Die Kantone haben daher durchaus Erfahrung mit gemeinsamen Justizbehörden, wenngleich diese Zusammenarbeit lediglich die Folge der primär auf anderem Gebiet intendierten Kooperation bildet. Dabei stehen verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung des Rechtsschutzes zur Disposition: Die kontrahierenden Kantone können einen ein- oder zweistufigen Instanzenzug etablieren, neue Organe schaffen oder bereits bestehende damit betrauen, eigene prozessrechtliche Bestimmungen erlassen oder bestehendes Prozessrecht für anwendbar erklären. In der Praxis finden sich unterschiedliche Ausgestaltungen in variablen Kombinationen.

Der geringste Regelungsaufwand ist zweifellos mit der alleinigen Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichts aus dem Kreis der beteiligten Kantone verbunden.³³³ Damit würden sich die Vertragspartner allerdings der Chance begeben, die Streitschlichtung zunächst einem Gremium zu übertragen, das entweder eine interne Problembewältigung ermöglicht oder im betreffenden Regelungsbereich über besondere externe Sachkompetenz verfügt. Es finden sich daher verschiedene Beispiele für die erstinstanzliche Zuständigkeit des obersten Organs der betreffenden Verwaltungseinheit (Exekutiv- bzw. Verwaltungsrat)³³⁴ wie auch für die Schaffung spezifischer Rekursinstanzen³³⁵. Möglich, wenn-

331 Siehe auch ANNA GAMPER, Landesverwaltungsgerichte im Spannungsfeld der Bauprinzipien der Bundesverfassung, in: Peter Bussjäger, Anna Gamper, Christian Ranacher und Niklas Sonntag (Hrsg.), Die neuen Landesverwaltungsgerichte, Wien 2013, S. 1–28, S. 11, wonach «die Bedeutung einer eigenen Gerichtsbarkeit bundesstaatlicher Gliedseinheiten bundesstaatstheoretisch weit weniger hoch eingeschätzt wird als etwa das Vorhandensein einer – als wohl bedeutendstes Steuerungsinstrument einsetzbaren – eigenen Gesetzgebungshoheit» (Fussnoten weggelassen).

332 Siehe dazu vorne E. III.2.a.

333 Siehe auch ZEHNDER (Fn. 190), S. 291.

334 So ist beispielsweise der Verwaltungsrat der BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel erste Rechtsmittelinstanz. Siehe § 24 Abs. 2 BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag beider Basel (Fn. 189) und dazu das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht VD.2012.212 vom 12. Dezember 2013, E. 1.3 und 1.4.

335 Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Rekurskommissionen der Universität Basel (siehe Fn. 207) sowie der Hochschule für Heilpädagogik Zürich (siehe §§ 22 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über die Hochschule für Heilpädagogik Zürich vom 21. September 1999).

gleich aufgrund der mit der gemeinsamen Aufgabenerfüllung verbundenen Auslagerung ungewöhnlich, ist auch die Bezeichnung eines Departements eines der beteiligten Kantone als erste Rechtsmittelinstanz.³³⁶ Anschliessend ist regelmässig das Verwaltungsgericht des Sitzkantons Rechtsmittelinstanz.³³⁷ Denkbar ist aber auch die Etablierung eines Spezialgerichts, das die Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 86 Abs. 2 BGG erfüllt.³³⁸

Ergänzend zur Benennung bzw. Schaffung der Rechtsmittelinstanz(en) ist das einschlägige Prozessrecht zu bezeichnen. Soweit ein bestehendes Gericht für zuständig erklärt wird, wird implizit auch dessen Prozessrecht als anwendbar deklariert. Bei neu geschaffenen Rechtsmittelinstanzen besteht die Möglichkeit, eine bereits vorhandene Prozessrechtsordnung heranzuziehen, ein neues, in sich geschlossenes Prozessrecht zu entwickeln oder – im Sinne einer Zwischenform – den punktuellen Erlass von massgeschneidertem Prozessrecht mit der Anwendbarkeit einer bestimmten Prozessordnung zu kombinieren. Da die Schaffung einer Prozessordnung mit einem beachtlichen Aufwand verbunden ist, verfügen die beiden anderen Optionen über grössere praktische Relevanz. Bei gemeinsamen Einrichtungen einer geringen Zahl von Kantonen wird regelmässig auf das Recht des Sitzkantons verwiesen,³³⁹ es finden sich daneben – insbesondere in Konstellationen mit einer grossen Zahl kooperierender Kantone – aber auch Verweise auf die (teilweise subsidiäre und sinngemässe) Anwendung des VwVG des Bundes³⁴⁰ bzw. die einschlägigen

336 Siehe beispielhaft Art. 17 Abs. 1 des Zentralschweizer Fachhochschul-Konkordats (FHZ-Konkordat) vom 2. Juli 1999, wonach das Bildungs- und Kulturdepartement des Kantons Luzern als erste Rechtsmittelinstanz entscheidet.

337 Siehe exemplarisch Art. 17 Abs. 2 FHZ-Konkordat (Fn. 336); § 41 Abs. 3 Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel (Fn. 188), wobei das Appellationsgericht als Verwaltungsgericht – entgegen dem Wortlaut der betreffenden Bestimmung – auch für Rekursentscheide in Examenssachen zuständig ist (siehe BGer, Urteil 2C_392/2012 vom 5. Juni 2012, E. 2).

338 So wurde für das gemeinsame Gymnasium der Kantone Waadt und Freiburg in der Broye neben einer erstinstanzlich zuständigen Rekurskommission ein öffentlich-rechtliches Schiedsgericht als «autorité judiciaire intercantonale» geschaffen. Siehe Art. 22 und 75 der betreffenden Convention (Fn. 188) und dazu JEAN-CLAUDE LUGON, ETIENNE POLTIER und THIERRY TANQUEREL, in: François Bellanger und Thierry Tanquerel (Hrsg.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 103–152, S. 139 f. Auch bei der gestützt auf Art. 8 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonal oder gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wetten (Fn. 317) geschaffenen Rekurskommission handelt es sich um ein letztinstanzliches kantonales Gericht. Zur Anfechtbarkeit von deren Entscheiden beim Bundesgericht siehe BGE 135 II 338, 341 E. 1.1.; 141 II 262, 265 f. E. 1. Dasselbe gilt für die Interkantonale Rekurskommission HES-SO (siehe Art. 35 der Interkantonalen Vereinbarung der Fachhochschule der Westschweiz (HES-SO) [Fn. 188]); siehe BGer, Urteil 2C_1149/2015 vom 29. März 2016.

339 Siehe etwa § 24 Abs. 2 BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag beider Basel (Fn. 189).

340 Siehe beispielhaft Art. 13 der Interkantonalen Vereinbarung über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonal oder gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wetten (Fn. 317).

Bestimmungen für das Bundesverwaltungsgericht.³⁴¹ Die kantonale Verfahrensautonomie behindert die Zusammenarbeit in justizorganisatorischen Belangen somit nicht. Zu berücksichtigen ist aber, dass es hier stets um eng beschränkte Sachbereiche geht, die nicht an der Existenz kantonalen Prozessrechts rütteln.

Die erwähnten Verweise auf eine bestimmte Prozessordnung sind dynamischer Natur, soweit – was den Regelfall darstellt – darauf verzichtet wird, die Erlassfassung eines bestimmten Stichdatums zu bezeichnen.³⁴² In einer Stellungnahme betreffend die Zulässigkeit interkantonaler Zivilstandskreise hielt das Bundesamt für Justiz fest, «ein dynamischer Verweis auf das jeweils geltende Recht des Nachbarkantons würde den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen des Legalitätsprinzips kaum genügen»³⁴³. Diese Ansicht erscheint als zu streng, zumal sie sich auf einen Verweis mit einem eng begrenzten Anwendungsbereich bezieht. Statische Verweise sind aus demokratischer Warte zwar insofern vorzugswürdig, als die für die gemeinsame Aufgabenerfüllung geltende Ordnung nicht ohne Zustimmung sämtlicher beteiligter Gemeinwesen modifiziert werden kann. Sie wecken indes andere Bedenken: Sowohl Rechtssicherheitsüberlegungen als auch die Einheit des Prozessrechts sprechen nämlich dafür, dass für alle Bereiche des Verwaltungshandelns die aktuelle (und damit dieselbe) Fassung einer Prozessordnung zum Tragen kommt. Im Übrigen lässt das Bundesgericht dynamische kantonale Verweisungen auf das Bundesrecht mit dem Argument zu, dass der kantonale Gesetzgeber die betreffende Norm jederzeit abändern könne.³⁴⁴ Eine jederzeitige unilaterale Abänderbarkeit ist bei vertraglichem Handeln zwar nicht möglich; diesem Anliegen kann allerdings mit einer Kündigungsklausel zumindest partiell Rechnung getragen werden.³⁴⁵ Die prakti-

341 Siehe exemplarisch Art. 9 des Reglements über die Rekurskommission der EDK und der GDK vom 6. September 2007.

342 Siehe GEORG MÜLLER und FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rn. 368, Fn. 937.

343 Bundesamt für Justiz, Abteilung I für Rechtsetzung, 27. August 2002, S. 8 (publiziert auf der Webseite der Zentralschweizer Regierungskonferenz, <https://www.zrk.ch/dms/gutachten/lis te_id_148_filename1_rnd7984.pdf> [letztmals besucht am 31. März 2019]); kritisch bezüglich der Verfassungskonformität dynamischer Verweise auf das VwVG auch JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 1010.

344 BGE 128 II 112, 123 f. E. 8b.

345 Heikler erscheint mit Blick auf das Legalitätsprinzip und die kantonale Justizhoheit der pauschale Verweis auf das Recht des Sitzkantons für gemeinsame Trägerschaften bei interkantonaler Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (siehe Art. 11 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich [Rahmenvereinbarung, IRV] vom 24. Juni 2005). Da es den Kantonen – wie die IRV in Abs. 2 derselben Bestimmung selbst vorsieht – unbenommen bleibt, «abweichende Regelungen in den jeweiligen interkantonalen Verträgen» vorzusehen, lässt sich allerdings argumentieren, dass der Entscheid zu Gunsten des Rechts des Sitzkantons letztlich doch ein bewusster ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit bzw. zwecks Optimierung der Orientierung des Rechtssuchenden wäre es allerdings wünschenswert, im betreffenden interkantonalen Vertrag einen expliziten Hinweis auf den Rechtsschutz bzw. das anwendbare Recht anzubringen.

sche Handhabung von Verweisen ist im Übrigen mitunter komplex, wenn aufgrund der lediglich sinngemässen Anwendbarkeit ein zusätzlicher Übersetzungsschritt notwendig ist oder bei pauschalen Verweisen zunächst geklärt werden muss, wie sich der Instanzenzug bei ausgelagerten Verwaltungseinheiten gestaltet.³⁴⁶ Ein weiterer Schwierigkeitsgrad wird erreicht, wenn sich der Verweis auf eine unvollständige Prozessordnung bezieht und sich die Frage stellt, welcher Erlass – die Zivilprozessordnung oder das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes – ergänzend heranzuziehen ist.³⁴⁷

4. *Mutmassliche Hürden und deren Relativierung*

Betrachtet man die punktuellen Hinweise in der Literatur auf mögliche Anwendungsbereiche für gemeinsame richterliche Behörden, so fällt auf, dass ursprünglich zwar verschiedentlich die Verwaltungsgerichtsbarkeit genannt wurde,³⁴⁸ Letztere heute aber gemeinhin als für eine Kooperation wenig geeignet erachtet wird.³⁴⁹ Die Bestellung gemeinsamer Verwaltungsgerichte wird daher nur selten propagiert.³⁵⁰ Als Begründung für die vorherrschende Skepsis angeführt werden primär die fehlende bundesweite Vereinheitlichung des Verwaltungsprozessrechts³⁵¹ bzw. des materiellen Verwaltungsrechts³⁵². Es bleibt zu klären, ob diese Ausgangslage die Bestellung gemeinsamer Justizorgane tatsächlich verunmöglicht.

Die Existenz von teilweise unterschiedlichem materiellem Verwaltungsrecht bildete nur dann ein Hindernis für die Etablierung gemeinsamer Verwaltungsjustizbehörden von zwei oder mehreren Kantonen, wenn den Gerichtspersonen die Fähigkeit zur parallelen Anwendung mehrerer Rechtsordnungen abzusprechen wäre. Von einem solchen Schluss ist aus verschiedenen Gründen abzusehen: Erstens bestehen beim Vollzug von Bundesrecht keine Differenzen und auch im genuin kantonalen Recht haben auf dem Vertragsweg teilweise gegen-

346 Siehe dazu auch vorne E. III.2.b.

347 Siehe dazu DANIELA THURNHERR, Die Rezeption der ZPO im Verwaltungsprozess, in: Roland Fankhauser, Corinne Widmer Lüchinger, Rafael Klingler und Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 673–693, S. 682 ff.

348 Siehe die Hinweise vorne in Fn. 312 und 324.

349 Exemplarisch für mögliche Kooperationsbereiche werden demgegenüber etwa das Immaterialgüterrecht, das Patentrecht sowie die Institutionen der Strafverfolgung genannt. Siehe HANS PETER WALTER, Justizreform, in: Peter Gauch und Daniel Thürer (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 129–148, S. 133.

350 So insbesondere von SCHINDLER (Fn. 122), S. 113 f.

351 Siehe JEAN-FRANÇOIS AUBERT und PASCAL MAHON, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 191b Rn. 7; KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 191b Rn. 23; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), Rn. 319; THOMAS SÄGESSER, Die Bundesbehörden, Bern 2000, Art. 191b Rn. 1204.

352 Siehe SÄGESSER (Fn. 351), Art. 191b Rn. 1204; siehe auch JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 690.

seitige Anpassungen stattgefunden.³⁵³ Das von den kantonalen Verwaltungsgerichten anzuwendende Recht ist daher immerhin partiell identisch. Zweitens verfügt das materielle Verwaltungsrecht auch in den unterschiedlich normierten Bereichen aufgrund der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und der von Juridikatur und Lehre entwickelten allgemeinen Grundlagen des Verwaltungsrechts über einen gewissen gemeinsamen Nenner. Drittens erlauben gemeinsame Justizorgane eine stärkere Professionalisierung und Spezialisierung, zumal grössere Verwaltungsgerichte in stärkerer Masse nach dem Prinzip der Fachgerichtsbarkeit organisiert werden können. Dies erleichtert es den einzelnen Richterinnen und Richtern, sich in unterschiedliche Regelungen desselben Lebenssachverhalts einzuarbeiten. Diesbezüglich ist mit BENJAMIN SCHINDLER festzuhalten, dass «im Verwaltungsrecht [...] die Spezialisierung im Baurecht, Steuerrecht oder Sozialversicherungsrecht wichtiger [ist] als die Vertrautheit mit dem kantonalen oder kommunalen Recht» und eine «entsprechende Anpassungsgabe [...] im Verwaltungsrecht ohnehin zwingend» ist.³⁵⁴ Viertens wenden die kantonalen Verwaltungsgerichte bereits heute unterschiedliches kommunales Recht an. Da dessen Vielfalt aufgrund der in der jüngeren Vergangenheit stattgefundenen Gemeindefusionen³⁵⁵ abgenommen hat, lassen sich im Gegenzug durchaus Ressourcen für die Berücksichtigung (einer geringen Zahl) weiterer kantonalen Rechtsordnungen freimachen. Das partiell unterschiedliche materielle Recht steht der Schaffung gemeinsamer Justizbehörden somit nicht entgegen.³⁵⁶ Dies zeigt sich noch deutlicher, wenn gemeinsame vorinstanzliche Spezialjustizbehörden wie Baugerichte oder Personalrekurskommissionen geschaffen werden, deren Zuständigkeit auf ein Rechtsgebiet beschränkt ist.³⁵⁷ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Umgang mit verschiedenen Rechtsordnungen den Blick für die jeweiligen Eigenheiten schärfen und daher die Qualität der Rechtsprechung optimieren kann.

Auch das kantonal unterschiedliche Verwaltungsprozessrecht verunmöglicht die Einrichtung gemeinsamer Justizbehörden nicht. Der Umstand, dass die kantonalen Verwaltungsprozessordnungen aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben bereits eine weitgehende Vereinheitlichung erfahren haben,³⁵⁸ limitiert nämlich

353 Beispielhaft hinzuweisen ist auf die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001 und die Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB) vom 22. September 2005.

354 SCHINDLER (Fn. 122), S. 114.

355 Gemäss Angaben des Bundesamts für Statistik ist die Zahl der Gemeinden in der Schweiz im Zeitraum zwischen 2000 und 2019 von 2'899 auf 2'212 und damit um mehr als ein Viertel gesunken.

356 Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass Zivilgerichten die Anwendung ausländischen materiellen Rechts ohne weiteres zugetraut wird. Zu den Anforderungen an die schweizerischen Gerichte bei der (von Amtes wegen zu erfolgenden) Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts BGE 126 III 492, 494 f. E. 3c)aa) und bb).

357 Dazu hinten F.II.5.b.aa.

358 Siehe dazu THURNHERR (Fn. 54), S. 220 ff.

die von den Gerichtspersonen erforderlichen Anpassungsleistungen. Zwar könnten gerade die unterschiedlichen Regelungen in eher technischen Fragen wie den Fristen oder der aufschiebenden Wirkung eine mutmassliche Fehlerquelle bilden; deren korrekte Behandlung ist professionellen Rechtsmittelinstanzen indes durchaus zuzutrauen.³⁵⁹ Zudem besteht bereits heute sachgebietspezifisches Sonderprozessrecht,³⁶⁰ welches das Bild des auf ein Prozessrecht beschränkten Gerichts bedeutend relativiert. Gemeinsame Justizorgane könnten daher nach dem Vorstehenden durchaus nach unterschiedlichem Prozessrecht entscheiden. Zwecks Förderung der Akzeptanz bei den Rechtsunterworfenen ist allerdings eine einheitliche Gebührenregelung anzustreben. Im Übrigen ist denkbar, dass sich die kooperierenden Kantone – je nach Stufe und Reichweite der Zusammenarbeit – auch in prozessrechtlichen Belangen auf eine gemeinsame Lösung verständigen.

Abschliessend ist festhalten, dass weder das partiell unterschiedliche materielle Recht noch das unterschiedliche Prozessrecht die Schaffung gemeinsamer Justizbehörden verunmöglicht. Abgesehen davon, dass sich der damit einhergehende Komplexitätszuwachs in Grenzen hält, wird er durch die grössere Spezialisierung und Professionalisierung kompensiert.

Dass bislang – sieht man von punktuellen Ausnahmen ab, die an die gemeinsame Aufgabenerfüllung anknüpfen³⁶¹ – noch keine kantonsübergreifenden gemeinsamen Justizorgane etabliert wurden, wird im Übrigen primär dem Umstand zugeschrieben, dass die Gerichtsbarkeit nach wie vor als Bestandteil kantonaler Eigenstaatlichkeit betrachtet wird.³⁶² Zudem gilt die Übertragung von Justizaufgaben auf gemeinsame Organe als «recht komplex»³⁶³. Diese Einschätzung mag damit zusammenhängen, dass die Modalitäten der Etablierung gemeinsamer richterlicher Behörden in der Literatur bis anhin noch kaum erörtert wurden. Gemeinsamen Organisationen und Einrichtungen als spezifische Ausprägung des horizontalen kooperativen Föderalismus kommt heute zwar grosse Bedeutung zu.³⁶⁴ Wenngleich die interkantonale Erfüllung von Verwaltungsaufgaben mit denselben Argumenten begründet wird, die auch im Kontext der Justiz gelten (namentlich die beachtliche Komplexität zahlreicher öffentlicher Aufgaben, die teilweise beschränkten Kapazitäten sowie die Möglichkeit

359 Indiz für die diesbezügliche Flexibilität bildet im Übrigen der Umstand, dass die Gerichte vereinzelt bereits heute unterschiedliche Prozessordnungen anzuwenden haben. So sind beispielsweise Streitigkeiten im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung vor den Sozialversicherungsgerichten in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen, während Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur nach Art. 56 ff. ATSG abgewickelt werden.

360 Exemplarisch hinzuweisen ist auf die prozessualen Bestimmungen im Raumplanungs- und Baurecht oder im Steuerrecht.

361 Dazu vorne F.II.3.

362 Siehe auch SCHINDLER (Fn. 1), Rn. 84 mit Hinweis auf den «politischen Selbstbehauptungswillen der Kantone»; DERS. (Fn. 122), S. 114.

363 So das Bundesamt für Justiz (Fn. 343), S. 6.

364 BIAGGINI (Fn. 2), Art. 48 Rn. 7.

effizienterer Aufgabenerfüllung im Verbund),³⁶⁵ handelt es sich bei der Etablierung gemeinsamer Justizorgane allerdings um eine besondere Form der Kooperation, die eigene Fragen aufwirft und deren Implementierung daher nur teilweise mit der gemeinsamen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben vergleichbar ist.

5. *Verfassungsrechtliche Vorgaben hinsichtlich Ausgestaltung und Bestellung gemeinsamer Justizorgane*

a. *Überblick*

Dass sich der Verfassungsgeber in Art. 191b Abs. 2 BV explizit für die Zulässigkeit gemeinsamer richterlicher Behörden ausspricht und damit einer gewissen Kooperationsfreundlichkeit Ausdruck verleiht, entbindet die Kantone nicht von der Beachtung verschiedener bundes- und kantonrechtlicher Vorgaben bei der Etablierung und Ausgestaltung solcher Organe. Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit gemeinsamen Gerichten zwar primär eine Kooperation im Bereich der Rechtsprechung intendiert wird. Damit einher geht indes stets auch eine Zusammenarbeit auf der Ebene der Rechtsetzung, da ein Konsens unter anderem bezüglich der innerkantonalen Zuständigkeit, der Modalitäten der Gerichtsorganisation sowie des anwendbaren Prozessrechts gefunden werden muss.

Grundlage gemeinsamer Justizorgane bilden öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne von Art. 48 Abs. 1 BV.³⁶⁶ Dass solche, wie Art. 48 Abs. 3 BV explizit festhält, nichts dem Bund oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten dürfen, gilt sowohl hinsichtlich ihres Inhalts als auch ihrer Genese.³⁶⁷ Im Folgenden werden die Vorgaben aufgrund der Strukturprinzipien der Bundesstaatlichkeit, der Demokratie und des Rechtsstaats, wie sie in der Bundesverfassung konkretisierenden Niederschlag gefunden haben, erörtert. Zunächst wird thematisiert, ob trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit gemeinsamer Justizorgane verfassungsrechtliche Schranken bezüglich deren Ausgestaltung bestehen und ob die vorne erörterten Vorbehalte mit Blick auf die Relevanz von Justizorganen für die kantonale Eigenstaatlichkeit³⁶⁸ den Kreis zulässiger Kooperationsformen limitieren.³⁶⁹ Anschliessend wird diskutiert, welche demo-

365 Siehe WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 7; dazu im Kontext der Justiz vorne F.II.1.

366 Art. 48 Abs. 1 BV nennt die Verträge zwar neben der Schaffung gemeinsamer Organisationen und Einrichtungen, allerdings basieren auch Letztere in der Regel auf Verträgen. Siehe WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 29.

367 WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 39; siehe dazu auch ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, HELEN KELLER und DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rn. 1278 ff.

368 Dazu vorne F.II.2.

369 Davon auszugehen scheint ANDREA MARCEL TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich/Basel/Genf

kratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen die Etablierung gemeinsamer Justizorgane anleiten.

b. Varianten kooperativer Justizorganisation

aa. Verwaltungsgerichte, Vorinstanzen und Spezialjustizbehörden

Gemeinsame richterliche Behörden können zunächst auf der Ebene der Verwaltungsgerichte als letztinstanzliche kantonale Behörde etabliert werden.³⁷⁰ Der Wortlaut von Art. 191b Abs. 2 BV («richterliche Behörden») erfasst sodann die gerichtlichen Vorinstanzen der Verwaltungsgerichte. Da es sich bei Art. 191b Abs. 2 BV nicht um eine abschliessende Ermächtigung handelt,³⁷¹ lassen sich auch nichtgerichtliche Behörden, die mit Verwaltungskontrollaufgaben befasst sind, von zwei oder mehreren Kantonen gemeinsam schaffen. Diese Kompetenz resultiert bereits aus der kantonalen Organisationsautonomie.³⁷² Ihre explizite Erwähnung im Kapitel über das «Bundesgericht und weitere richterliche Behörden» wäre sachfremd.³⁷³

Gemeinsame Vorinstanzen sind nur unter der Voraussetzung denkbar, dass gleichzeitig eine Übertragung von Rechtsprechungsfunktionen auf Rekurskommissionen oder Spezialjustizbehörden stattfindet, die mit einer gewissen Unabhängigkeit von der Zentralverwaltung ausgestattet sind. Diese eignen sich für eine Vereinheitlichung besonders, da die spezifischen Vorteile eines grösseren Einzugsgebiets – namentlich die bessere Auslastung,³⁷⁴ der höhere Professionalisierungsgrad und die Eindämmung von Interessenkonflikten – aufgrund der diesbezüglich bestehenden Defizite besonders zur Geltung gelangen. Gemeinsame Spezialgerichte oder Rekursinstanzen, beispielsweise in der Gestalt von Personalrekurskommissionen oder Baurekursgerichten, versprechen sodann einen weiteren Mehrwert: Sie stellen einerseits besondere Sachkenntnis auf einem bestimmten Gebiet sicher, wirken andererseits aber der Gefahr der Horizontverengung bei den Gerichtspersonen entgegen, indem sich diese mit dem partiell unterschiedlichen Recht von zwei oder mehreren Kantonen zu befassen haben.

Solche gemeinsamen kantonalen Justizorgane auf der den Verwaltungsgerichten vorgelagerten Ebene hätten zur Folge, dass der Rechtsschutz zunächst bei einem interkantonalen Organ vereinigt und anschliessend – sofern nicht

2004, S. 226, der nicht von einer generellen Befugnis der Kantone zur Errichtung gemeinsamer richterlicher Behörden ausgeht. Vielmehr seien dafür «enge Grenzen zu ziehen».

370 WALDMANN (Fn. 2), Art. 191b Rn. 10.

371 So auch KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 191b Rn. 22; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 2), Rn. 319; SÄGESSER (Fn. 351), Rn. 1206; WALDMANN (Fn. 2), Art. 191b Rn. 9.

372 Dazu vme C.II.

373 KISS/KOLLER (Fn. 36), Art. 191b Rn. 22.

374 Bei mutmasslich ungenügender Auslastung wird teilweise die innerkantonale Zusammenlegung von Spezialjustizbehörden gefordert (siehe für ein Beispiel vorne Fn. 216), was bei einem beschränkten gemeinsamen fachlichen Nenner indes wenig sinnvoll ist.

auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit gemeinsam organisiert wird – wieder getrennt wird. Da die verschiedenen Instanzen unterschiedliche Aufgaben erfüllen, die sich auch in divergenten Herausforderungen manifestieren, lässt sich dies durchaus rechtfertigen. Anders als in den Beispielen kooperativer Aufgabenerfüllung, die auf einer ersten Stufe ein gemeinsames Justizorgan schaffen, dessen Entscheide anschliessend an ein bestimmtes kantonales Verwaltungsgericht weitergezogen werden können,³⁷⁵ ist eine anschliessende Gabelung des Instanzenzugs deshalb angezeigt, weil das zur Anwendung gelangende materielle Recht nicht gemeinsam erlassen wurde, sondern (vorbehältlich bundesrechtlicher Bestimmungen) je kantonal geregelt ist.

Um einen möglichen Anwendungsbereich für gemeinsame Justizorgane handelt es sich schliesslich bei der Aufsicht über die Gerichte.³⁷⁶ Im Kontext der durchaus heiklen Aufgabe der Justizaufsicht, die sich «in einem Spannungsfeld zwischen der Wahrung der verfassungsmässigen Unabhängigkeit des Richters und dem Auftrag, über das rechtmässige und auch wirtschaftliche Funktionieren der Justiz zu wachen»³⁷⁷, bewegt, ist der mit grösseren Einheiten verbundene Distanzgewinn zwischen den Beaufsichtigenden und den Beaufsichtigten von besonderer Bedeutung.

bb. Verwaltungsgerichte und weitere obere kantonale Gerichte

In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, die Etablierung interkantonalen Justizorganisationen zwecks gemeinsamer Wahrnehmung der gesamten kantonalen Rechtsprechungskompetenzen sei mit dem Bundesrecht unvereinbar, wohingegen Kooperationen im Bereich der Verwaltungsjustiz als zulässig erachtet werden.³⁷⁸ Auch für das Bundesamt für Justiz scheint das Ausmass der übertragenen Aufgaben ausschlaggebend für die Wahrung der verfassungsrechtlich gebotenen kantonalen Souveränität.³⁷⁹ Dem ist zu widersprechen: Entscheidend ist nicht, welche Aspekte der Justiz gemeinsam organisiert werden, zumal sich eine Wesentlichkeitsschwelle ohnehin nicht leicht identifizieren liesse.³⁸⁰ Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die kantonale Souveränität ist vielmehr die permanente Rückbindung der gemeinsamen Gerichte an die partizipierenden Kantone entscheidend für die Zu-

375 Dazu vorne F.II.3.

376 Siehe Art. 125 Abs. 2 der Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR 131.234), wonach die Aufgaben des Aufsichtsrats der Gerichte an eine interkantonale Instanz übertragen werden können.

377 Parlamentarische Oberaufsicht über die eidgenössischen Gerichte, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 28. Juni 2002, BBl 2002 S. 7625 ff., S. 7633.

378 So ZEHNDER (Fn. 190), S. 46, Fn. 167, der darauf abstellt, ob «wesentliche Teile der Gerichtsbarkeit» auf interkantonale Organe übertragen werden.

379 Bundesamt für Justiz (Fn. 343), S. 6.

380 Im Übrigen lässt sich kaum überzeugend vertreten, dass die gesamte Verwaltungsjustiz keinen wesentlichen Teil der Gerichtsbarkeit darstellt, sind die kantonalen Verwaltungsgerichte für die Gewährung der Rechtweggarantie doch von zentraler Bedeutung.

lässigkeit.³⁸¹ Eine solche Rückbindung insbesondere über die Wahlen und die Aufsicht³⁸² ist auch bei gemeinsamer Bewältigung weiter Teile der Rechtspflege möglich.

Zu beachten ist schliesslich, dass die Art und Weise der Kooperation wesentlich von den vorbestehenden Organisationsstrukturen abhängt.³⁸³ Eine isolierte Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts bedingt beispielsweise, dass die kantonalen Verwaltungsgerichte entweder bislang organisatorisch selbstständig waren oder zunächst aus dem obersten kantonalen Gericht herausgelöst werden, zumal eine Verständigung über die finanziellen Folgen der Kooperation sowie die Ausgestaltung der Aufsicht ansonsten kaum realistisch ist.³⁸⁴ In Kantonen, in denen das Verwaltungsgericht in jüngerer Zeit mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit zusammengeführt wurde, dürften vor diesem Hintergrund auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit beschränkte Kooperationen wohl kaum von Interesse sein.

cc. Gemeinsame Justizorgane und Anschluss an die Justizorganisation eines anderen Kantons

Jene Stimmen, die sich Kooperationen auf dem Gebiet der Justiz gegenüber ablehnend zeigen, unterscheiden teilweise nicht klar zwischen der Schaffung gemeinsamer Justizorgane und dem Anschluss eines Kantons an die Justizorganisation eines anderen Kantons.³⁸⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob auch der zweitgenannte Weg verfassungsrechtlich zulässig wäre.

Ausgangspunkt für deren Klärung bildet Art. 3 BV, der auf der Prämisse beruht, dass die Kantone trotz Einbindung in den Bundesstaat über «Staatlichkeit» verfügen. Diese manifestiert sich unter anderem in einer vollständigen Staatsorganisation mit den drei Pfeilern Parlament, Regierung und Justiz.³⁸⁶ In welchem Ausmass dieses Modell durch Kooperationen modifiziert werden kann, lässt sich kaum abstrakt beantworten. Ausschlaggebend ist letztlich, «ob Organe und Räume geschaffen werden, die sich vom Fundament des kantonalen Verfassungsrechts lösen»³⁸⁷. Ein Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsteht «etwa dann, wenn einem interkantonalen Organ in wichtigen, grundlegenden Fragen eine vom einzelnen Kanton unabhängige

381 Dazu auch hinten F.II.5.b.cc.

382 Dazu hinten F.II.6.c.bb.

383 Siehe auch den dritten Zwischenbericht der Verfassungsratskommission «Behörden» des Kantons Basel-Stadt vom 27. Februar 2002, S. 9, wo die parallele Gliederung der obersten Gerichte in den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt als Ausgangslage für eine mögliche Zusammenarbeit erwähnt wird.

384 Dazu auch hinten F.II.6.c.aa.

385 Siehe die Hinweise in Fn. 322, 323 und 324.

386 BIAGGINI (Fn. 2), Art. 3 Rn. 18.

387 WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 46; siehe auch BRUNNER (Fn. 310), S. 128 f. und 135 f.

Entscheidungsbefugnis eingeräumt wird.»³⁸⁸ Aus der Warte der Gerichtsbarkeit ist in diesem Kontext insbesondere zu beachten, dass der Souveränitätsbegriff bedingt, dass «ein Staat das demokratisch legitimierte, grundrechtskonforme Recht notfalls mit Zwangsgewalt durchsetzen können muss»³⁸⁹.

Diese Anforderung ist auch bei gemeinsamer Justizorganisation erfüllt, partizipieren die kooperierenden Kantone doch intensiv an der Etablierung der betreffenden Organe; zudem besteht mit den Richterwahlen und der parlamentarischen Oberaufsicht eine permanente Rückbindung. Daher bleiben gemeinsame Gerichte aus der Optik der kooperierenden Kantone eigene Gerichte; die Attribute «eigen» und «gemeinsam» bilden in diesem Kontext mithin kein Gegensatzpaar. Kritischer zu betrachten ist demgegenüber der Anschluss eines Kantons an die Justizorganisation eines anderen Kantons. Da Ersterer weder auf die Konstituierung der Justizorgane noch auf das zur Anwendung gelangende Prozessrecht Einfluss nehmen könnte, wäre keine hinreichende Verbindung zwischen dem betreffenden Kanton und der Verwaltungsjustiz mehr sichergestellt.³⁹⁰ Anders zu beurteilen ist die Situation demgegenüber zum einen, wenn die Zusammenarbeit lediglich einen eng begrenzten Bereich betrifft, zumal sich die kooperierenden Kantone bereits heute teilweise auf die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts eines Kantons aus ihrem Kreis einigen.³⁹¹ Unproblematisch wäre zum anderen auch der Anschluss an eine dem kantonalen Verwaltungsgericht vorgelagerte Spezialjustizbehörde. Beide Konstellationen ändern nämlich nichts an der souveränitätsbedingten Existenz eines kantonalen Verwaltungsgerichts mit grundsätzlich umfassender Zuständigkeit.

dd. Anzahl kooperierender Kantone

Die Bundesverfassung limitiert die Zahl der im Justizbereich kooperierenden Kantone nicht. Gemeinsame richterliche Behörden können daher grundsätzlich von zwei oder mehreren Kantonen getragen werden.³⁹² Praktisch dürften sich vor allem eher kleinere, aneinander angrenzende Kantone mit identischer Amtssprache für eine Zusammenarbeit anbieten. Förderlich mag sein, dass sie auch in anderen Bereichen kooperieren und daher bereits eine gewisse Tradi-

388 WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 46, mit Hinweis auf das Verbot der Selbstpreisgabe.

389 BIAGGINI (Fn. 2), Art. 3 Rn. 20.

390 Kritisch auch JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 695 ff., der ein Verbot der Delegation der Justiz an einen anderen Kanton überdies aus dem Legalitätsprinzip bzw. den Delegationsvoraussetzungen und (in zivilgerichtlichen Streitigkeiten) der Garantie des Wohnsitzrichters von Art. 30 Abs. 2 BV ableitet.

391 Siehe dazu vorne F.II.3.

392 Omnilaterale Verträge stehen im vorliegenden Kontext demgegenüber nicht zur Diskussion. Gesamtschweizerische Gerichte lassen sich aufgrund des damit verbundenen Regelungsbedarfs und der Sicherstellung der demokratischen Rückbindung und Kontrolle ohnehin nur auf Bundesebene ansiedeln.

tion der Zusammenarbeit pflegen.³⁹³ Anders als bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, zu der sich auch eine grössere Zahl von Kantonen zusammenfinden kann, ist bei der Schaffung gemeinsamer Justizorgane zu bedenken, dass sich grosse geographische Reichweiten aus der Bürgerperspektive aufgrund der aufwändigeren Erreichbarkeit als nachteilig erweisen können. Zudem schwindet bei einem zu grossen Einzugsgebiet die Vertrautheit mit den lokalen Verhältnissen.³⁹⁴ Aufgrund des partiell unterschiedlichen materiellen Rechts dürfte eine Beschränkung jedenfalls auf der Ebene der Verwaltungsgerichte auf zwei Kooperationspartner angezeigt sein. Auf ein Rechtsgebiet limitierte Spezialjustizbehörden können hingegen auch durch eine etwas grössere Zahl von Kantonen geschaffen werden, sofern die Vertrautheit mit den lokalen Eigenheiten nach wie vor sichergestellt ist.

c. Demokratische und rechtsstaatliche Anforderungen an die Kooperation

Interkantonale Kooperationen in Gestalt gemeinsamer Aufgabenträger und vertraglicher Rechtsvereinheitlichung erfahren vor allem deshalb Kritik, weil die Einflussmöglichkeiten von Volk und Parlament limitierter sind als bei innerkantonalem Handeln. Beanstandet werden insbesondere «eine gewisse Exekutivlastigkeit sowie schwerwiegende Demokratiedefizite»³⁹⁵. Als Hauptherausforderung gilt daneben «die Sicherstellung der rechtsstaatlich-demokratisch gebotenen Transparenz und Kontrolle des in zwischenkantonale Institutionen und Gremien verlagerten Handelns der öffentlichen Hand»³⁹⁶. Da sich die Literatur bislang primär im Kontext der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben mit diesem Phänomen befasst hat, steht die Diskussion der Relevanz der genannten Einwände im Kontext interkantonaler Justizorgane noch aus. Dabei ist zu differenzieren zwischen einerseits der Rechtsprechungsfunktion als solcher und andererseits der begleitenden Rechtsetzung zur Etablierung der erforderlichen organisatorischen und prozessualen Strukturen.

Für die Rechtsprechung als gemeinsam erfüllte Aufgabe ist die vorab erörterte Befürchtung eines Demokratiedefizits zu entkräften, zumal der Gewaltenteilungsgrundsatz ohnehin die Trennung der Rechtsprechung von den übrigen Staatsfunktionen fordert.³⁹⁷ Die Verlagerung von Rechtsprechungskompetenzen auf interkantonale Organe limitiert zudem weder die Transparenz noch die

393 Exemplarisch hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die beiden Basler Halbkantone.

394 In diesem Sinne schafft § 117 Abs. 3 der basel-städtischen Kantonsverfassung (Fn. 137) eine Grundlage für regionale Gerichte.

395 WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 49 (Hervorhebungen weglassen); siehe auch RAINER J. SCHWEIZER/URSULA ABDERHALDEN, in: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer und Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 48 Rn. 47.

396 BIAGGINI (Fn. 2), Art. 48 Rn. 2.

397 Siehe auch WILLY BORTER, Demokratiegebot und interkantonales Vertragsrecht, Freiburg 1976, S. 117.

Möglichkeiten der Aufsicht, lassen sich die beiden letztgenannten Aspekte doch auch im interkantonalen Kontext sicherstellen.³⁹⁸

Klärungsbedarf besteht demgegenüber bezüglich der rechtsstaatlich-demokratischen Konsequenzen des Erlasses begleitender organisatorischer und prozessualer Normen. Nicht anders als bei der monokantonalen Aufgabenerfüllung ist unter Berücksichtigung des Legalitätsprinzips (Art. 5 BV) sowie des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) einerseits und des Grundsatzes der Gewaltenteilung³⁹⁹ andererseits zunächst zu definieren, welche organisatorischen Fragen vom Gesetzgeber und welche vom betreffenden Justizorgan selbst zu regeln sind.⁴⁰⁰ Zu den wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen, die nicht der Justiz überlassen werden können, gehören etwa die Etablierung des Justizorgans, dessen sachliche und örtliche Zuständigkeit, Sitz und Positionierung im Verhältnis zu den anderen Funktionsträgern, die Modalitäten der Mittelbeschaffung sowie das Prozessrecht.⁴⁰¹ Im Übrigen wird die Abgrenzung zwischen Gesetz (bzw. Vertragsnorm mit Gesetzesrang) und Gerichtsverordnung auch durch den Umfang der Selbstverwaltung determiniert, der massgeblich von der Stellung des Gerichts im Instanzenzug abhängt. Einschränkungen aus dem Legalitätsprinzip ergeben sich auch mit Blick auf die an einen der beteiligten Kantone delegierbaren Materien. Anders als bei der gemeinsamen Erfüllung punktueller Verwaltungsaufgaben⁴⁰² wäre ein dynamischer Verweis auf eine kantonale Prozessordnung jedenfalls bei gemeinsamen Verwaltungsgerichten mit umfassender Zuständigkeit aufgrund der grösseren Zahl erfasster Adressaten und Sachverhalte nicht zulässig.⁴⁰³

Was die Rechtsetzung durch die Gerichte selbst anbelangt, bestehen im Kontext der Schaffung gemeinsamer Justizorgane keine Besonderheiten, da sie ohnehin direkter demokratischer Einflussnahme entzogen ist. Eine gewisse Rückbindung an den Gesetzgeber wird zudem von Art. 48 Abs. 4 BV gefordert, wonach – in Konkretisierung der Delegationsgrundsätze – die Genehmigung von Verträgen, die Rechtsetzungsaufgaben übertragen, im gleichen Verfahren wie die Gesetzgebung erfolgen muss.

Anders gestaltet sich die Situation mit Blick auf die Normsetzung durch die kooperierenden Kantone. Beim Erlass gerichtsorganisatorischer und prozessualer Bestimmungen auf vertraglichem Weg erfolgt nämlich eine Gewichtsverschiebung zu Gunsten der Exekutive. Aus bundesverfassungsrechtlicher Warte

398 Siehe dazu hinten F.II.6.c.bb.

399 Siehe dazu vorne D.III. und IV.

400 Verträge, die ganz oder teilweise unmittelbar rechtsetzende Bestimmungen enthalten, müssen zudem von Verfassungs wegen (siehe insbesondere Art. 5, 8 und 9 BV) publiziert werden.

401 Eingehend dazu REITER (Fn. 28), Rn. 52 ff.; siehe zur gesetzlichen Grundlage im Bereich der Justizorganisation auch BGer, Urteil 5A_448/2012 vom 17. Januar 2013, E. 3.2.2.

402 Siehe dazu vorne F.II.3.

403 Zur Relevanz des Kriteriums der Anzahl Adressaten und Sachverhalte für die Beurteilung der Wichtigkeit einer Regelung (im Kontext von Art. 164 Abs. 1 BV) BGE 134 I 322, 330 E. 2.6.3.

ist dies zulässig, solange die aus dem Legalitätsprinzip resultierenden Anforderungen respektiert werden.⁴⁰⁴ Konsequenz bildet, dass Verträge mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen vom Parlament genehmigt und solche mit verfassungsänderndem Inhalt der Volksabstimmung unterbreitet werden müssen.⁴⁰⁵ Nichtsdestoweniger bleibt ein gewisses, verfassungsrechtlich indes nicht zu beanstandendes Demokratiedefizit. Ursächlich dafür ist, dass die kantonalen Parlamente interkantonale Verträge lediglich annehmen oder ablehnen, nicht aber auf die Ausgestaltung der von der Exekutive ausgehandelten Normen Einfluss nehmen bzw. Modifikationen anbringen können.⁴⁰⁶ Ihre Entscheidungsbefugnis ist daher von anderer Qualität als im Gesetzgebungsverfahren.

In der Literatur wird vor diesem Hintergrund «aus der objektivrechtlichen Dimension von Art. 51 [...] die Pflicht der Kantone [abgeleitet], die durch die Kooperation entstehenden (faktischen) Kompetenzverluste der Parlamente im Hinblick auf eine «materielle» Gewährleistung der Gewaltenteilung durch entsprechende Informations-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte zu kompensieren»⁴⁰⁷. In der Praxis finden sich denn auch verschiedene Beispiele für kantonal geregelte oder gemeinsam vereinbarte systematische Partizipationsmöglichkeiten der Kantonsparlamente im Vertragskontext.⁴⁰⁸ Derartige Kompensationsmechanismen würden zweifellos an Bedeutung gewinnen, wenn in einem interkantonalen Vertrag ein gemeinsames Prozessrecht geschaffen würde. Auf diese Weise kann nämlich eine intensivere Mitwirkung bei der Ausarbeitung, der Ratifikation, dem Vollzug und der Änderung von interkantonalen Verträgen sichergestellt werden; Modifikationen am Vertragswortlaut sind dem Parlament allerdings weiterhin nicht möglich.⁴⁰⁹

6. Koordinations- und Regelungsbedarf

a. Regelungsgegenstände und Regelungsebenen

Entscheiden sich zwei oder mehrere Kantone für die Etablierung eines gemeinsamen Justizorgans, generiert dies einen Regelungsbedarf beachtlichen Um-

404 WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 48.

405 Die genauen Modalitäten des Vertragsabschlussverfahrens richten sich in den Schranken der bundesrechtlichen Vorgaben nach kantonalem Recht. Siehe SCHWEIZER/ABDERHALDEN (Fn. 395), Art. 48 Rn. 55 ff.

406 WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 49.

407 WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn. 329), Art. 48 Rn. 49.

408 Siehe exemplarisch § 64 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft (Fn. 102), wonach der Landrat «bei der Vorbereitung wichtiger Staatsverträge, die seiner Genehmigung unterliegen, Kommissionen einsetzen [kann], die den Regierungsrat bei den Vertragsverhandlungen begleitend beraten»; Vereinbarung der Westschweizer Kantone über die Aushandlung, Ratifikation, Ausführung und Änderung der interkantonalen Verträge und der Vereinbarung der Kantone mit dem Ausland vom 9. März 2011, die allen Kantonen offensteht.

409 Siehe auch BIAGGINI (Fn. 2), Art. 48 Rn. 3, der Vorbehalte bezüglich der Eignung solcher Instrumente, das Demokratiedefizit auszugleichen, äussert.

fangs. Die beteiligten Kantone haben sich zunächst darüber zu verständigen, welche Aufgaben der Justiz künftig gemeinsam erledigt werden sollen. Wie erwähnt, kann eine gemeinsame Spezialjustizbehörde, ein Verwaltungsgericht oder ein oberes kantonales Gericht mit umfassender Zuständigkeit geschaffen werden.⁴¹⁰ Ein Konsens auf bi- oder multilateraler Ebene ist sodann bezüglich sämtlicher justizorganisatorischer Fragen zu finden, die nicht dem Gericht selbst zum Entscheid überlassen werden können.⁴¹¹ Sie sind grundsätzlich identisch mit jenen, die sich (wenngleich in teilweise modifizierter Form) auch bei von einem Kanton alleine getragenen Gerichten stellen.

Der Kreis der zu regelnden Fragen ist bei der Etablierung gemeinsamer Justizorgane allerdings ungleich weiter, da auch die Eckpfeiler der Kooperation festgelegt werden müssen.⁴¹² Klärungsbedarf besteht insbesondere bezüglich der Finanzierung sowie den Voraussetzungen einer allfälligen Anpassung oder Kündigung der Zusammenarbeit. Gemeinsam entschieden werden kann zudem die Rückbindung an die Parlamente im Stadium der Vertragsaushandlung und -änderung. Darüber hinaus kennzeichnen sich jene justizorganisatorischen Themen, die an der Schnittstelle zu den anderen Staatsgewalten angesiedelt sind (beispielsweise die Richterwahlen und die Oberaufsicht), durch einen erhöhten Komplexitätsgrad. Denn hierbei kann nicht auf vorbestehende Lösungen zurückgegriffen werden; vielmehr müssen die Mechanismen der interkantonalen Kooperation auf die genuin justizorganisatorischen Bedürfnisse abgestimmt werden.

Schliesslich empfiehlt es sich, auch bestimmte materiell-rechtliche Fragen mit Querschnittscharakter auf vertraglicher Ebene zu normieren. Wenngleich aufgrund des im öffentlichen Recht gemeinhin geltenden Territorialitätsprinzips⁴¹³ mit der Festlegung des Sitzes des Gerichts verschiedene Folgefragen geklärt werden, ist es zwecks Vermeidung von Rechtsunsicherheiten oder zur partiellen Modifizierung des Territorialitätsprinzips angezeigt, beispielsweise das anwendbare Datenschutz-, Archivierungs- und Beschaffungsrecht explizit zu bezeichnen.⁴¹⁴ Zu regeln ist in diesem Kontext auch, welchem Personalrecht die Richterinnen und Richter sowie die weiteren Angestellten des Gerichts unterstehen. Während bei personalintensiven dezentralen Verwaltungseinheiten,

410 Siehe dazu vorne F.II.5.b.

411 Siehe dazu vorne F.II.5.c.

412 Einen aufschlussreichen Überblick über die sich in diesem Kontext stellenden Fragen bietet der Staatsvertrag über die Errichtung gemeinsamer Fachobergerichte der Länder Berlin und Brandenburg vom 26. April 2004. Aufgrund geringerer bundesrechtlicher Vorgaben an die Verwaltungsverwaltung in den Kantonen ist der Regelungsbedarf in der Schweiz allerdings grösser.

413 Siehe statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 14), Rn. 310; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 14), § 24 Rn. 3.

414 Siehe beispielsweise § 22 BVG- und Stiftungsaufsichtsvertrag beider Basel (Fn. 189), wonach grundsätzlich (und insbesondere für die Bereiche Submission und Datenschutz) das Recht des Sitzkantons anwendbar ist (Abs. 1), die Archivierung sich aber nach dem Recht des jeweiligen Vertragskantons richtet (Abs. 2).

die von mehr als einem Kanton getragen werden, die Etablierung einer eigenen Personalordnung sinnvoll sein kann, wäre der Aufwand für Gerichte mit einem überschaubaren Personalbedarf unverhältnismässig.

Regelungsbedarf entsteht dabei jedenfalls auf interkantonaler Ebene sowie – für Fragen der Selbstverwaltung – im Innenbereich des betreffenden Justizorgans.⁴¹⁵ Zu klären bleibt, ob auch im jeweiligen kantonalen Recht Anpassungen vorzunehmen sind.⁴¹⁶ Die betreffenden Ausführungen sowie die im Anschluss daran näher erläuterten Modalitäten interkantonaler Zusammenarbeit⁴¹⁷ beziehen sich primär auf gemeinsame Verwaltungsgerichte. Wie erwähnt, sind auch Kooperationen auf der Ebene der diesen vorgelagerten Spezialjustizbehörden möglich. Letztere schaffen teilweise denselben Klärungsbedarf (beispielsweise bezüglich der Wahlmodalitäten oder der Amtsdauer). Aufgrund des engeren Kooperationsbereichs und der unterschiedlichen Stellung im Instanzenzug stellen sich dabei aber zumindest partiell andere Fragen (etwa im Zusammenhang mit den Rahmenbedingungen der Kooperation und der Aufsicht).

b. Innerkantonaler Regelungsbedarf

Anpassungen auf innerkantonaler Ebene sind zunächst dann geboten, wenn im Zuge der Schaffung gemeinsamer Justizorgane Normen zu deren Vorläuferorganen im kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht obsolet werden und daher aufzuheben oder zu modifizieren sind.⁴¹⁸ Revisionen des einschlägigen Rechts sind überdies angezeigt, wenn die gemeinsam zu organisierende Verwaltungsgerichtsbarkeit, die bislang Teil eines oberen kantonalen Gerichts mit umfassender Zuständigkeit bildete, zunächst aus diesem herausgelöst werden muss.⁴¹⁹

Soweit bezüglich bestimmter Aspekte der Justizorganisation, beispielsweise den Unvereinbarkeitsgründen, auf vertraglicher Ebene eine andere Regel statuiert wird als aufgrund des kantonalen Rechts für die anderen oberen Gerichte gilt, ist zu differenzieren:⁴²⁰ Sind solche generellen Vorgaben auf Gesetzesstufe

415 Der Regelungsbedarf im Kontext der Selbstverwaltung wirft bei gemeinsamen Gerichten keine spezifischen Fragen auf, sondern deckt sich vielmehr mit jenem, der auch bei von einem Kanton geschaffenen Gerichten besteht. Dieser Themenkomplex wird im Folgenden daher nicht weiter erörtert. Hinzuweisen ist immerhin auf den Umstand, dass gemeinsamen Gerichten tendenziell grössere Kompetenzen in der Justizverwaltung eingeräumt werden dürften, da die Zuständigkeit der Exekutive (vorbehaltlich der Zuweisung bestimmter Fragen an einen Kanton) stets einen Koordinationsaufwand verursacht.

416 Siehe dazu sogleich F.II.6.b.

417 Siehe dazu hinten F.II.6.c.

418 Siehe auch JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 691.

419 Siehe dazu auch vorne F.II.5.b.bb.

420 Idealerweise werden im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung zwar für sämtliche auf gleicher Stufe angesiedelten Gerichte dieselben Unvereinbarkeitsgründe verankert. Kennen die kooperierenden Kantone diesbezüglich unterschiedlich restriktive Vorgaben, kann allerdings zumindest bei einem Vertragspartner keine Deckungsgleichheit mit den im Übrigen geltenden Vorgaben erreicht werden.

verankert, geht die betreffende Vereinbarung als gleichrangige *lex specialis* der allgemeineren Norm vor; Anpassungsbedarf besteht daher nicht. Bei verfassungsrechtlicher Normierung der Unvereinbarkeitsgründe ist zwecks Vermeidung eines Normenkonflikts zwischen Verfassung und Vertrag hingegen eine explizite Beschränkung auf die innerkantonalen Organe vorzunehmen, wenngleich die interkantonale Verpflichtung ungeachtet des kantonalen Rechts zu beachten ist.⁴²¹

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Etablierung gemeinsamer Justizorgane in Kooperation mit anderen Kantonen einer Grundlage in der Verfassung bedarf, gestützt auf die später Vertragsverhandlungen aufgenommen werden können. Über eine solche verfügt beispielsweise der Kanton Basel-Stadt.⁴²² Gemäss § 117 Abs. 3 seiner Kantonsverfassung kann das Gesetz «im Rahmen regionaler Vereinbarungen bestimmte Zuständigkeiten in Rechtsstreitigkeiten auf regionale Gerichte übertragen»⁴²³. Teilweise finden sich entsprechende Ermächtigungen mit einem eingeschränkteren Anwendungsbereich. So erlaubt Art. 125 Abs. 2 der Genfer Kantonsverfassung⁴²⁴ die Übertragung der Aufgaben des Aufsichtsrats der Gerichte an eine interkantonale Instanz. Derartige Bestimmungen gewährleisten, dass die Grundsatzentscheidungen bezüglich der Gerichtsorganisation, zu denen Kooperationen in wesentlichen Bereichen wie der gesamten Gerichtsbarkeit, der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder der Justizaufsicht zweifellos zählen, in der Kantonsverfassung abgebildet werden.⁴²⁵ Zudem verdeutlichen sie, dass die Bevölkerung solche Kooperationen zumindest in der Tendenz mitträgt, wenngleich damit freilich nicht sichergestellt ist, dass auch ein gestützt darauf geschaffenes gemeinsames Gericht in einer allfälligen Referendumsabstimmung gutgeheissen würde. Eine Verankerung der grundsätzlichen Kooperationsmöglichkeit auf Verfassungsebene ist allerdings nicht zwingend, kommt ihr doch primär politisch-symbolischer Charakter zu,

421 Zum Verhältnis des interkantonalen zum kantonalen Recht ULRICH HÄFELIN, in: Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René A. Rhinow, Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Zürich/Bern/Basel 1989, Art. 7 Rn. 58 ff.

422 Siehe für weitere Beispiele § 62 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (SR 131.213); Art. 69a Abs. 3 Ziff. 2 der Verfassung des Kantons Nidwalden vom 10. Oktober 1965 (SR 131.216.2).

423 ANDREAS FREIVOGEL, Die Basler Gerichtsorganisation, in: Denise Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 401–475, S. 404, bezeichnet diese Bestimmung als «[s]chon fast visionär». Ihr Gehalt, insbesondere der Konnex zwischen Gesetz und Vereinbarung, erschliesst sich nicht auf den ersten Blick. Sie ist wohl so zu interpretieren, dass regionale Gerichte mittels Vereinbarungen, die über Gesetzesrang verfügen, zu etablieren sind.

424 Siehe dazu auch vorne Fn. 376.

425 Zum Justizverfassungsrecht im materiellen Sinn, das «die Regeln über die Organisation und Kompetenzen sowie die grundsätzliche organisatorische Struktur der Gerichtsbarkeit» umfasst, KISS-PETER (Fn. 72), S. 21.

indem sie nicht mehr als eine grundsätzliche Bereitschaft zur Zusammenarbeit in einem traditionell autonom erfüllten Aufgabenbereich signalisiert.⁴²⁶

Regelungsbedarf kann schliesslich mit Blick auf die Partizipationsmöglichkeiten des kantonalen Parlaments im Vertragsaushandlungsverfahren bestehen. Je bedeutender die bi- oder multilateral zu normierenden Fragen sind, desto mehr drängt sich eine Mitwirkung des Parlaments auf, die über die blosser Zustimmung oder Ablehnung des Vertrags hinausgeht.⁴²⁷ Die Modalitäten der demokratischen Rückbindung lassen sich auch bilateral vereinbaren.⁴²⁸

c. Modalitäten interkantonalen Kooperation: Ausgewählte Themenfelder

aa. Rahmenbedingungen

Neben der Ausgestaltung der Justizorganisation⁴²⁹ haben sich die kooperierenden Kantone über verschiedene Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit zu verständigen. Zwingend zu klären sind der Sitz des gemeinsam geschaffenen Gerichts,⁴³⁰ dessen finanzielle Alimentierung sowie die Modalitäten einer allfälligen Vertragsänderung und -kündigung.

Unter dem Titel der Finanzierung ist insbesondere zu regeln, welcher Anteil am Gesamtaufwand von den einzelnen Kantonen getragen wird. Vor allem bei Kooperationen zwischen Kantonen mit einer grösseren Differenz in der Bevölkerungszahl drängt sich eine Kostenverteilung anknüpfend an die pro Kanton generierten Fallzahlen des Vorjahrs (oder eines anderen Zeitabschnitts) auf.⁴³¹ Zwar bilden die Fallzahlen keinen exakten Indikator für den effektiv generierten Aufwand, doch ist davon auszugehen, dass die Verteilung von arbeitsintensiven Prozessen und blossen Routinegeschäften über einen längeren Zeitraum einigermassen ausgeglichen sein dürften. Eine genauere Erfassung des von jedem der beteiligten Kantone generierten Aufwands wäre zudem mit Umtrieben verbunden, die dem Gedanken der Kooperation abträglich sind. Weitere sich in diesem Kontext stellende Fragen betreffen etwa die Verrechnung der Nutzung der Immobilien oder eines allfälligen Standortvorteils des Sitzkantons, wobei deren spätere Klärung auch den Kantonsregierungen übertragen werden kann.

426 Zur symbolischen Dimension der Verfassung MARCELO NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin 1998, S. 79 ff.

427 Siehe dazu auch vorne F.II.5.c.

428 Siehe dazu auch hinten F.II.6.c.aa.

429 Siehe dazu hinten F.II.6.c.bb.

430 Daraus leitet sich auch die Geltung verschiedener materiell-rechtlicher Bestimmungen (beispielsweise des Submissions- oder Datenschutzrechts) ab. Siehe dazu sowie zu den Möglichkeiten einer Modifikation des anwendbaren Rechts vorne F.II.6.a.

431 Auch für die Kosten der gemeinsamen Fachobergerichte Berlin und Brandenburg wird auf das Verhältnis der Zahl anhängig gemachter Verfahren aus beiden Ländern abgestellt, wobei die Kosten vom Sitzland vorschussweise geleistet und anschliessend umgelegt werden. Siehe Art. 24 des Staatsvertrags über die Errichtung gemeinsamer Fachobergerichte der Länder Berlin und Brandenburg (Fn. 412).

Einer Regelung zu unterziehen sind sodann die Modalitäten der Vertragskündigung. Aufgrund der Unverzichtbarkeit der Justiz und des mit einem Aufbau neuer Strukturen verbundenen Aufwands ist für eine Kündigungsfrist von zwei Jahren zu plädieren.⁴³² Für die im Kündigungsfall vorzunehmende Aufteilung der personellen und sachlichen Ressourcen ist im Vertrag selbst nicht zwingend bereits eine Lösung zu skizzieren. Denkbar ist auch, dass lediglich das für die Klärung dieser Fragen dannzumal zuständige Gremium bezeichnet wird.

Ein weiterer, wenngleich nicht unerlässlicher Regelungsgegenstand betrifft die Rahmenbedingungen des Vertragsaushandlungsverfahrens, namentlich allfällige Partizipationsmöglichkeiten der kantonalen Parlamente. Diese können kantonal verschieden normiert oder aber gemeinsam geklärt werden. Ein konzertiertes Vorgehen anstelle von kantonal unterschiedlichen Wegen der partiellen Kompensation des Demokratiedefizits verfügt über den Vorteil, dass aufgrund der damit einhergehenden Gleichbehandlung die Akzeptanz des letztlich Vereinbarten steigen dürfte. Um Normen von tragender Bedeutung, zu denen sich die Parlamente intensiver als lediglich mit Zustimmung oder Ablehnung äussern können sollten, handelt es sich etwa bei den Unvereinbarkeitsbestimmungen, den Wählbarkeitsvoraussetzungen oder der Ausgestaltung eines gemeinsamen Prozessrechts. Eine Möglichkeit der Relativierung der Exekutivlastigkeit des Vertragsabschlussverfahrens besteht darin, in einer ersten Phase der Kooperation eine Verständigung über die demokratische Rückbindung zu treffen – beispielsweise in Gestalt begleitender Kommissionen aus dem Kreis der kantonalen Parlamente oder der Durchführung eines kantonsübergreifenden Vernehmlassungsverfahrens. Die entsprechenden Vorkehrungen liessen sich für den Fall nachträglicher Vertragsanpassungen auch in den Vertrag zur Schaffung des gemeinsamen Gerichts aufnehmen. Sie steigern zwar den dabei zu leistenden Koordinationsaufwand. Allerdings fallen die der interkantonalen Zusammenarbeit gemeinhin attestierte Schwerfälligkeit und mangelnde Effizienz bei Vertragsänderungen⁴³³ im vorliegenden Kontext kaum ins Gewicht, da die Justizorganisation und das Prozessrecht keinem raschen Wandel unterworfen sind und Revisionen daher nur sporadisch erfolgen.

bb. Justizorganisatorische Fragen an der Schnittstelle zu den anderen Staatsgewalten

Ein zusätzlicher Koordinations- und Regelungsaufwand wird durch den Umstand generiert, dass gewisse justizorganisatorische Fragen an der Schnittstelle zu anderen Staatsgewalten, insbesondere den kantonalen Parlamenten, angesie-

432 Der Staatsvertrag über die Errichtung gemeinsamer Fachobergerichte der Länder Berlin und Brandenburg (Fn.412) verankert in Art.33 Abs.1 eine lediglich einjährige Kündigungsfrist, wobei der Vertrag allerdings nur per 31. Dezember aufgelöst werden kann.

433 Siehe dazu FELIX UHLMANN und VITAL ZEHNDER, *Rechtsetzung durch Konkordate*, LeGes 2011/1, S.9–34, S.21; WALDMANN/SCHNYDER VON WARTENSEE (Fn.329), Art.48 Rn.8.

delt sind. Zu klären sind dabei nämlich nicht nur die konkreten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Justiz, sondern – im Sinne einer Vorfrage – auch die Koordination der kantonalen Parlamente bei der Erfüllung dieser Aufgaben. Die im Folgenden erörterten Themenfelder erteilen, in Kombination mit den bereits dargelegten Rahmenbedingungen⁴³⁴, letztlich auch Aufschluss über den Mehraufwand und den Komplexitätszuwachs, der mit der Etablierung gemeinsamer Gerichte einhergeht.

Hinzuweisen ist zunächst auf die Richterwahlen, die im Bund und den Kantonen gemeinhin von Wahlvorbereitungskommissionen, die eine Vorauswahl der Kandidierenden treffen, in die Wege geleitet werden.⁴³⁵ Für gemeinsame Gerichte ist eine interkantonale Wahlvorbereitungskommission der involvierten Kantone zu etablieren, die sich sinnvollerweise – als deren Subkommission – aus Mitgliedern der bestehenden kantonalen Wahlvorbereitungskommissionen konstituiert.⁴³⁶ Zu klären ist sodann der Einbezug der kantonalen Parlamente bei den Richterwahlen. Die sich dabei stellenden Fragen könnten umgangen werden, wenn der interparlamentarischen Kommission nicht nur die Vorselektion, sondern auch die Wahl übertragen würde. Unter dem Titel der richterlichen Unabhängigkeit wäre dies zwar unproblematisch, allerdings stünde ein solches Vorgehen in einem Spannungsverhältnis zur Tradition der Richterwahlen durch die kantonalen Parlamente oder das Volk. Grundsätzlich wäre es zudem nicht ausgeschlossen, die Richtersitze auf die kooperierenden Kantone aufzuteilen und die Richterinnen und Richter ausschliesslich durch das Parlament ihres Wohnsitzkantons wählen zu lassen. Dies liefe indes dem Gedanken eines gemeinsamen Gerichts mit gemeinsamen Richterinnen und Richtern zuwider. Angezeigt ist daher eine Wahl aller Richterinnen und Richter durch die Parlamente sämtlicher beteiligter Kantone,⁴³⁷ wobei massive Unterschiede in der Sitzzahl allerdings zu unterschiedlichen Einflussmöglichkeiten und Abweichungen vom Grundsatz der Gleichstellung führen könnten.⁴³⁸ Auf vertrag-

434 Dazu vorne F.II.6.c.aa.

435 Eingehend zu den Wahlen der Richterinnen und Richter interkantonaler Justizorgane JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 824 ff.

436 Soweit die Richterinnen und Richter vorinstanzlicher Justizorgane von den kantonalen Regierungen bestimmt werden, gestaltet sich die Koordination weniger aufwändig. Dasselbe gilt für Justizorgane, die im Kontext gemeinsamer Aufgabenerfüllung durch ein Vertragsorgan konstituiert werden (dazu vorne F.II.3.).

437 Da die Wahlen zeitgleich durchgeführt werden müssen, die kantonalen Parlamente aber an unterschiedlichen Orten tagen, wären die Modalitäten der Übermittlung der Ergebnisse zu klären, die angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten indes keine unlösbaren technischen Probleme verursacht. Aufgrund der Unmöglichkeit einer Verrechenbarkeit der Wahlergebnisse ausgeschlossen wäre die Kombination einer Volkswahl in einem Kanton mit der Wahl durch das Parlament in einem anderen.

438 Kleinere Unterschiede erweisen sich demgegenüber als kaum problematisch: Während beispielsweise der Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt 100 Mitglieder umfasst, setzt sich der Landrat des Kantons Basel-Landschaft aus deren 90 zusammen. Bedenkt man, dass die Parteizugehörigkeit in der Regel den stärkeren Ausschlag für eine bestimmte Präferenz geben dürfte

licher Ebene liesse sich festhalten, dass bei der Wahl der Richterinnen und Richter auf eine angemessene Berücksichtigung aller Kantone Rücksicht zu nehmen ist. Von weiteren Vorgaben, beispielsweise der festen Zuordnung einer bestimmten Zahl von Mandaten an die einzelnen Kantone, ist allerdings abzu- sehen, da auf diese Weise die mit grösseren Einzugsgebieten einhergehende bessere Rekrutierungsbasis relativiert würde. Zu klären sind sodann die Voraus- setzungen einer Abberufung als *actus contrarius* zur Wahl sowie die diesbezüg- lichen Zuständigkeiten. Diese Aufgabe könnte demselben Gremium zugeteilt werden, das auch für die Vorbereitung der Richterwahlen zuständig ist, wobei die Entscheidungsbefugnis letztlich den kantonalen Parlamenten zu übertragen ist, sofern kein gemeinsamer Justizrat besteht.⁴³⁹

Zu klären sind schliesslich die Modalitäten der parlamentarischen Oberauf- sicht. Gemeinsame Gerichte werfen diesbezüglich keine grundsätzlichen Schwierigkeiten auf. Sie unterscheiden sich damit von der kooperativen Erfül- lung von Verwaltungsaufgaben, die verschiedentlich mit dem Einwand kon- frontiert ist, eine effektive parlamentarische Kontrolle und die Geltendmachung von Regierungsverantwortlichkeit gestalte sich schwierig.⁴⁴⁰ Auch in diesem Kontext bietet sich die Schaffung einer gemeinsamen Kommission, beispiele- weise einer interkantonalen Subkommission der kantonalen Geschäftsprü- fungskommissionen, an, die die kantonalen Parlamente anschliessend über die Ergebnisse ihrer Prüfung unterrichtet.⁴⁴¹ Die Ausgestaltung der Kooperation der kantonalen Finanzkontrollen als unabhängige externe Aufsichts- und Revi- sionsstellen bedarf demgegenüber keiner Normierung im Vertrag, sondern kann vielmehr diesen Organen selbst überlassen werden. Zu regeln sind indes der Umfang ihrer Einsichtsrechte sowie die Adressaten ihrer Berichte.⁴⁴²

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass gemeinsame Gerichte nicht nur eine Kooperation bei deren Etablierung, sondern eine fortlaufende Zusam- menarbeit bedingen. Folglich reduzieren gemeinsame Gerichte zwar die Zahl der Justizorgane, zwecks Koordination der Rückbindung an die kantonalen Par-

und der freiwillige Parteienproporz beachtet wird, ist nicht davon auszugehen, dass bei einem derartigen Unterschied ein Kanton den anderen systematisch majorisieren würde.

439 Die Aufgabe der Justizaufsicht würde sich ohnehin für eine gemeinsame Erfüllung eignen. Siehe den Hinweis auf die diesbezügliche Bestimmung der Genfer Kantonsverfassung bei Fn. 376.

440 Siehe BORTER (Fn. 397), S. 111 ff.; HÄNNI (Fn. 187), S. 662.

441 Solche interparlamentarischen Geschäftsprüfungskommissionen bestehen auch bei der gemein- samen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Siehe exemplarisch § 20 des Vertrags zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel (Fn. 188) sowie § 13 Abs. 1 der Vereinbarung zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft über die Zusammenarbeit der Behörden vom 21. Juni 2011 (SG 118.300). All- gemein zu den interparlamentarischen Kommissionen mit Kontrollaufgaben JEANNERAT (Fn. 45), Rn. 798 ff.

442 Siehe zur Einbindung der Finanzkontrolle auch § 22 des Vertrags zwischen den Kantonen Ba- sel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel (Fn. 188).

lamente müssen allerdings auch neue Gremien gebildet werden. Da sich Letztere als interkantonale Subkommissionen bereits bestehender kantonaler Kommissionen etablieren lassen, relativiert sich indes der damit verbundene Mehraufwand.

G. Schlussbetrachtung

Der hiesigen Verwaltungsjustiz ist ein gutes Zeugnis auszustellen und es bestehen keine Zweifel hinsichtlich ihrer Funktionsfähigkeit. Dennoch ist sie mit verschiedenen Herausforderungen konfrontiert: Die föderalistische Vielfalt resultiert in unübersichtlichen Strukturen und einem variablen Zielerreichungsgrad mit Blick auf das verfassungs- und völkerrechtliche Optimum. Herausgefordert wird die Verwaltungsrechtspflege zudem durch die kleinräumigen Verhältnisse sowie das rechtliche und politische Umfeld, aus dem ein hoher Komplexitätsgrad der Rechtsprechungsaufgabe und ein zunehmender Effizienzdruck resultieren. Der vorliegende Beitrag lotet grundsätzliche Reformansätze aus. Analysiert wird, ob eine bundesrechtliche Vereinheitlichung der Organisation der Verwaltungsjustiz und die Etablierung gemeinsamer Justizbehörden valable Beiträge zur Bewältigung der skizzierten Herausforderungen leisten könnten.

Eine umfassende bundesrechtliche Abkehr von der kantonalen Organisationsautonomie ist abzulehnen. Zum einen ist diese in der Verwaltungsrechtspflege von beachtlicher föderalistischer Relevanz. Zum anderen verursacht die bestehende Vielfalt aus der Perspektive der Rechtssuchenden keine grundsätzlichen Probleme. Schliesslich bestehen mit Blick auf zahlreiche, mitunter bedeutende organisationsrechtliche Fragen keine eindeutig identifizierbaren optimalen Lösungen. Die Analyse des justizorganisatorischen Status quo legt allerdings in zweierlei Hinsicht Handlungsbedarf offen: Erstens ist den zuständigen Behörden nahezu legen, beim Entscheid über die Ausgestaltung der Justizorganisation die auf dem Spiel stehenden Interessen sorgfältig abzuwägen sowie traditionelle Strukturen bisweilen zu hinterfragen. Zweitens bestehen mit Bezug auf justizorganisatorische Einzelfragen durchaus gute Gründe für vereinheitlichende bundesrechtliche Vorgaben. Dies gilt insbesondere für die fachlichen Anforderungen an die kantonalen Verwaltungsrichterinnen und -richter sowie die Publikation der Entscheide oberer kantonalen Gerichte.

Da Grundursache verschiedener Probleme die teilweise beschränkten Gröszenstrukturen der hiesigen Verwaltungsjustiz bilden, stellen gemeinsame Justizorgane zweier oder mehrerer Kantone ein valables Mittel zur Bewältigung verschiedener der skizzierten Herausforderungen dar. Deren Etablierung scheitert weder am kantonal unterschiedlichen Prozessrecht noch am autonom gesetztem materiellen Verwaltungsrecht. Als Haupthindernis dürfte sich vielmehr der mangelnde politische Wille zur Zusammenarbeit in diesem Bereich erweisen. Abhängig von der Reichweite der Kooperation kennzeichnet sich die Schaffung

interkantonaler Justizorgane durch einen beachtlichen Komplexitätsgrad. Da die Justizorganisation keinem raschen Wandel unterworfen ist, beschränken sich die damit verbundenen Transaktionskosten immerhin weitgehend auf die Phase von deren Etablierung, während später Synergie- sowie andere positive Effekte in den Vordergrund treten.⁴⁴³

Damit werden auch die Interdependenzen zwischen den verschiedenen Ebenen der Justizorganisation offenkundig: Zeigen sich Probleme in organisatorischen Spezialfragen (beispielsweise der Rekrutierung von Richterinnen und Richtern, der gerichtlichen Gewaltenteilung oder der Handhabung der Ausstandsgründe), kann es lohnenswert sein, diese nicht isoliert anzugehen, sondern ihnen mittels grundlegender Reformen zu begegnen. Ein solches Vorgehen entbindet indes nicht von der kritischen Reflexion auch der einzelnen Facetten der Justizorganisation (beispielsweise der Ausgestaltung der Aufsicht, der Wahlmodalitäten oder der Amtsdauern). Wird am Bild der Justizorganisation für die Zukunft gemalt, sind daher Pinsel für die grossen Flächen und solche für die feinen Linien notwendig.

443 Mit FABIAN WITTECK, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, VVdStRL 74 (2014), S. 115–168, S. 124, ist festzuhalten, dass die «Realisierung der erhofften Fusionsdividende erst nach Investitionen in nicht unerheblicher Höhe möglich» wird.

Literatur

- ABDERHALDEN URSULA, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, Freiburg 1999
- APPEL IVO, Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., München 2012, § 32
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Zürich/Bern/Basel, ab 1987
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003
- AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016
- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019
- BAER SUSANNE, Verwaltungsaufgaben, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 11
- BECK KADIMA MURIEL, Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht, Justice – Justiz – Giustizia, 2010/4
- BETTERMANN KARL AUGUST, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), S. 118–182
- BEUSCH MICHAEL, Laienmitwirkung in der Verwaltungsrechtspflege, Justice – Justiz – Giustizia, 2008/3
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl. Zürich 2017
- BINDER ANJA MARTINA, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Zürich/Basel/Genf 2016
- BOCHSLER DANIEL/SCIARINI PASCAL, Konkordate und Regierungskonferenzen. Standbeine des horizontalen Föderalismus, LeGes 2006/1, S. 23–40
- BOMMER FELIX, Zur Vereinheitlichung der Behördenorganisation in der Schweizerischen Strafprozessordnung, ZBJV 2014, S. 231–264
- BORTER WILLY, Demokratiegebot und interkantonales Vertragsrecht, Freiburg 1976

- BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, 2. Aufl., Bern 2015
- BROSIUS-GERSDORF FRAUKE, *Dritte Gewalt im Wandel: Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?*, VVdStRL 74 (2014), S. 170–223
- BRUNNER STEPHAN C., *Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonalen Zusammenarbeit*, Zürich 2000
- BURCKHARDT WALTER, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl., Bern 1931
- BURGI MARTIN, *Rechtsregime*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I: Methoden, Massstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 18
- BÜRKI CHRISTOPH, *Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie*, Bern 2011
- DORMANN ALBERT, *Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen*, Zürich 1970
- EGLI PHILIPP, *Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren*, Zürich/Basel/Genf 2012
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), *Das Bundesverwaltungsgericht*, Stellung und Aufgaben, St. Gallen 2008
- EICHENBERGER KURT, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern 1960
- *Justizverwaltung*, in: *Festschrift für den Aargauischen Juristenverein 1936–1986*, Aarau 1986, S. 31–48
- FREIVOGEL ANDREAS, *Die Basler Gerichtsorganisation*, in: Denise Buser (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel 2008, S. 401–475
- FREY HAESLER MIRJAM E., *Aufsicht über die Justiz*, Basel 2017
- FRITZSCHE HANS, *Der Schweizerische Juristenverein 1861–1960*, Basel 1961
- GAMPER ANNA, *Landesverwaltungsgerichte im Spannungsfeld der Bauprinzipien der Bundesverfassung*, in: Peter Bussjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher/Niklas Sonntag (Hrsg.), *Die neuen Landesverwaltungsgerichte*, Wien 2013, S. 1–28
- GIACOMETTI ZACCARIA, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zürich 1941

- GRABENWARTER CHRISTOPH, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien/New York 1997
- GSCHWEND LUKAS/INGBER KARIN/WEHRLE STEFAN, *150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011)*, ZSR 2011 II, S. 9–187
- GUTMANNBAUER HEIDRUN, *Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln*, Zürich/Basel/Genf 2011
- HÄFELIN ULRICH, *Der kooperative Föderalismus in der Schweiz*, ZSR 1969 II, S. 549–741
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HANDSTANGER MEINRAD, *Grundsatzfragen zur Organisation eines Verwaltungsgerichts*, in: Peter Bussjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher/Niklas Sonntag (Hrsg.), *Die neuen Landesverwaltungsgerichte*, Wien 2013, S. 59–71
- HÄNER ISABELLE, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zürich 2000
- HANGARTNER YVO, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, Bern/Frankfurt a.M. 1974
- HÄNNI PETER, *Vor einer Renaissance des Konkordates?, Möglichkeiten und Grenzen interkantonalen Vereinbarungen*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 659–674
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 2013
- HERZOG RUTH, *Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege*, Bern 1995
- *Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen*, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), *Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Revision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz*, Bern 2007, S. 43–111
 - *Epilog*, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart: 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern 2010, S. 595–603
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, *Modernisierung von Recht und Justiz*, Frankfurt a.M. 2000

- HOLZNER THOMAS, Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens, DÖV 2008, S. 217–226
- IMBODEN MAX, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR 1947, S. 1a–93a
- JEANNERAT ELOI, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel, Basel 2018
- KAYSER MARTIN, Richterwahlen: Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 41–64
- Rechtsschutz und Kontrolle, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, Heidelberg 2014, § 91
- KEEL MADELEINE, Die Leitungsstrukturen der Justiz im Bund und in ausgewählten Kantonen, St. Gallen 2014
- KETTIGER DANIEL, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz: Ausgangslage, Entwicklungen, Thesen, in: Daniel Kettiger (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz – ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit, Bern 2003, S. 7–32
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIENER REGINA/MEDICI GABRIELA, Anwälte und andere Richter, SJZ 2011, S. 373–385
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015
- KIESER UELI, ATSG, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015
- KISS-PETER CHRISTINA, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Basel 1993
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- KÖLZ ALFRED/KOTTUSCH PETER, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahrenrecht: Eine Problemübersicht, ZBl 1978, S. 421–458
- LIENHARD ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Bern 2005
- Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, Bern 2009, S. 43–78

- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Einleitung, in: Andreas Lienhard/Daniel Kettiger (Hrsg.), *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat*, Baden-Baden, Wien und Bern 2016, S. 1–12
- LINDER WOLF/HÜMBELIN OLIVER/SUTTER MICHAEL, *Die Entwicklung der eidgenössischen Gesetzgebungstätigkeit 1983–2007: eine quantitative Analyse*, Bern 2009
- LINDER WOLF/MÜLLER SEAN, *Schweizerische Demokratie*, 4. Aufl., Bern 2017
- LUGON JEAN-CLAUDE/POLTIER ETIENNE/TANQUEREL THIERRY, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 103–152
- MAIER PATRICK, *New Public Management in der Justiz*, Bern 1999
- MARTENET VINCENT, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Basel/Genf/München 1999
- MARTI ARNOLD, *Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrechts und das öffentliche Recht*, ZBI 2007, S. 237–275
- Einzelrichter an Obergerichten: fragwürdige Rationalisierungsmassnahmen zu Lasten der demokratischen Justizkultur, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2008/3
 - Kommentar zu den beiden Bundesgerichtsurteilen zur Gerichtsbesetzung in den Kantonen Bern und Basel-Stadt, ZBI 2018, S. 357–362
- MCGREGOR ELEANOR, *L'arbitrage en droit public suisse*, Genf/Zürich/Basel 2015
- MEHDE VEITH, *Regionale Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, in: Peter Bussjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher (Hrsg.), *Landesverwaltungsgerichte: Funktionsbedingungen und internationaler Vergleich*, Wien 2017, S. 121–137
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 3. Auflage, Bern 2012
- MÜLLER ANDREAS, *Rechtlicher Rahmen für die Geschäftslastbewirtschaftung in der schweizerischen Justiz*, Baden-Baden, Wien und Bern 2016
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER MARKUS, *Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft*, Bern 2006
- *Psychologie im öffentlichen Verfahren: Eine Annäherung*, Bern 2010

- NEVES MARCELO, *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin 1998
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz, Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2018
- NOTTER PANDORA, *Mediation im Verwaltungsverfahren*, Zürich/Basel/Genf 2013
- ÖHLINGER THEO, *Die Verwaltungsgerichte im System der österreichischen Bundesverfassung*, in: Johannes Fischer/Katharina Pabel/Nicolas Raschauer (Hrsg.), *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien 2014, S. 39–69
- POSNER RICHARD, *Reflections on Judging*, Cambridge, Massachusetts/London 2013
- RANACHER CHRISTIAN/WOLF DIETER, *Das Organisationsrecht der Landesverwaltungsgerichte*, in: Peter Bussjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher/Niklas Sonntag (Hrsg.), *Die neuen Landesverwaltungsgerichte*, Wien 2013, S. 73–107
- RASELLI NICCOLÒ, *Laien als Richterinnen und Richter*, SJZ 2008, S. 96–99
- RHINOW RENÉ A., *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel*, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 657–672
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl., Basel 2014
- REITER CATHERINE, *Gerichtsinterne Organisation: Best Practices*, Zürich/Basel/Genf 2015
- RICHLI PAUL, *Staatsaufgaben – Grundlagen*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001
- RÜEFLI ANNA, *Spezialisierung an Gerichten, Justice – Justiz – Giustizia*, 2013/2
- *Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien*, Baden-Baden, Wien und Bern 2018
- SÄGESSER THOMAS, *Die Bundesbehörden*, Bern 2000
- SALADIN PETER, *Das Verfassungsprinzip der Fairness: Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze*, in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41–90
- *Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes*, Basel/Stuttgart 1979
- *Zur Organisations- und Verfahrenshoheit der Kantone*: in: Fried Esterbauer/Helmut Kalkbrenner/Markus Mattmüller/Lutz Roemheld (Hrsg.), *Von der*

- freien Gemeinde zum föderalistischen Europa, Festschrift für Adolf Gasser zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 339–355
- Bund und Kantone, ZSR 1984 II, S. 431–590
- SANTSCHI KALLAY MASCHA, Externe Kommunikation der Gerichte, Bern 2018
- SAXER URS, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation – Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 2006 I, S. 459–485
- SCHINDLER BENJAMIN, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 2011 II, S. 331–437
- Die Gemeindeautonomie als Hindernis für einen wirksamen Rechtsschutz, Ästhetikvorschriften als Reservate kommunaler Willkür?, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 145–155
- Beschwerdegründe, Kognition und Prüfungsdichte, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 47–60
- Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, ZBl 2016, S. 113–114
- Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcusson (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VIII, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren, Heidelberg 2019, § 136
- SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006
- Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, Tübingen 2015
- SCHOCH FRIEDRICH, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl., München 2013, § 50
- SCHWANK ALEXANDRA, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Denise Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435–475
- SCHWEIZER RAINER J., Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, ZBl 1990, S. 193–223
- SCHWENKEL CHRISTOF, Der Einfluss kantonaler Justizsysteme auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte, Baden-Baden, Wien und Bern 2016

- SCHWENKEL CHRISTOF/RIEDER STEFAN, Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung: Resultate einer Bevölkerungsbefragung in 26 Kantonen, Justice – Justiz – Giustizia, 2014/1
- STADELMANN THOMAS, Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung, Justice – Justiz – Giustizia, 2013/1
- STÖCKLI ANDREAS, Behördenmitglieder in obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Bern 2012
- SUTTER PATRICK, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin – Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, AJP 2006, S. 30–42
- SUTTER-SOMM THOMAS, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel
- TANQUEREL THIERRY/VARONE FRÉDÉRIC/BOLKENSTEYN ARUN/BYLAND KARIN, Le contentieux administratif en Suisse, une analyse empirique, Genf/Zürich/Basel 2011
- THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2013
- Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, BJM 2013, S. 217–255
 - Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrensautonomie auf dem Prüfstand, BVR 2015, S. 74–104
 - Die Rezeption der ZPO im Verwaltungsprozess, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016
- THURNHERR DANIELA/FUHRMANN FLORIAN, Public Corporate Governance, Steuerung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen im Kanton Basel-Stadt, BJM 2016, S. 61–95
- TÖNDURY ANDREA MARCEL, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürich/Basel/Genf 2004
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- TSCHIRKY ANJA, The Council of Europe’s activities in the judicial field, Zürich/Basel/Genf 2011
- UHLMANN FELIX/ZEHNDER VITAL, Rechtsetzung durch Konkordate, LeGes 2011/1, S. 9–34

- VOGEL STEFAN, *Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten*, Zürich/Basel/Genf 2008
- Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht, ZBl 2010, S. 670–683
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Bundesverfassung, Kommentar*, Basel 2015
- WALDMANN BERNHARD/WEISSENBARGER PHILIPPE (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- WALTER HANS PETER, *Justizreform*, in: Peter Gauch/Daniel Thürer (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung*, Zürich/Basel/Genf 2002
- WEBER ALEXANDER, *Die interkantonale Vereinbarung als Alternative zur Bundesgesetzgebung?*, Bern 1976
- WIEDERIN EWALD, *Grundfragen der Neuorganisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: Robert Walter/Klaus Zeleney (Hrsg.), *Reflexionen über Demokratie und Recht, Festakt aus Anlass des 60. Geburtstages von Clemens Jabloner*, Wien 2009, S. 33–42
- WITTECK FABIAN, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen 2006
- *Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?*, VVdStRL 74 (2014), S. 115–168
- ZEHNDER VITAL, *Die interkantonale öffentlich-rechtliche Körperschaft als Modell für die gemeinsame Trägerschaft*, Zürich/Basel/Genf 2007
- ZWAHLEN HENRI, *Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons*, ZSR 1947, S. 95a–120a

Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand

MICHELE LUMINATI*/FILIPPO CONTARINI**

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie an der Universität Luzern, Direktor am Institut für Juristische Grundlagen – *lucernaiuris* an der Universität Luzern. Für ihre wertvolle Mithilfe bei der Ausarbeitung der vorliegenden Abhandlung danken wir Sandra Achermann (studentische Hilfskraft), Christian Puricel (RA MLaw, wiss. Assistent), Silvan Schenkel (MLaw, wiss. Assistent) und Giulia Walter (BLaw, Hilfsassistentin).

** MLaw, wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie an der Universität Luzern, Doktorand (Dissertationsprojekt: La giuria (post)moderna. Studio sulle aspettative riposte nella magistratura penale popolare in Svizzera dal punto di vista della teoria dei sistemi).

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	204
I.	Präsidentiale Erklärung	204
II.	Untersuchungsgegenstand	205
III.	Methodische Überlegungen	206
B.	Richterbild und richterliche Unabhängigkeit: Der Standpunkt der Verfassungs- lehre	210
I.	Art. 191c BV und seine Auslegung – ein kursorischer Überblick	210
II.	Kontinuitätslinien: von Kurt Eichenberger zu Regina Kiener	212
1.	Richterpersönlichkeit	213
2.	Richter(aus)wahl	217
3.	Laienrichter	220
III.	Zwischenergebnis	222
C.	Die Laienrichter: der steinerne Gast	223
I.	Die Laienrichter als Herausforderung für die Schweizer Juristinnen	223
1.	Die Ursprünge der Schweizer Tradition der Laienrichter	223
2.	Kellers Scheitern in Zürich	224
3.	Unterschiedliche Strategien der gelehrten Juristen zur Erlangung der Kontrolle über den Rechtsstaat	226
a.	Die Kompromissbereitschaft des Anwaltes Jonas Furrer, erster Bundespräsident	226
b.	Die anfängliche Skepsis gegen die Geschworenen und ihre Instrumentalisierung gegen die Laienrichter	228
c.	Die Anerkennung des Laienrichters als tragender Bestandteil des ZGB	230
II.	Das Fortbestehen der Laienrichter im Schweizer Recht	231
1.	Wer und wo sind Laienrichter?	231
2.	Die Abschaffung der Geschworenen durch die Beibehaltung der Laienrichter?	233
3.	Die bundesgerichtliche Bestätigung des Laienrichtertums	235
III.	Die Verfahrensgarantien als neues Mass der Richterlegitimation	236
1.	Die Abschaffung der Laiengerichtsbarkeit im Kanton Zürich	236
2.	Fairness des Verfahrens und Profirichter	237
IV.	Sind Laienrichter leichter beeinflussbar?	238
V.	Zwischenergebnis	241
D.	Die Innensicht: richterliche Selbstbeschreibungen	242
I.	Die Bedeutung richterlicher Selbstbeschreibungen	242
II.	Die schweizerische Tradition richterlicher Selbstbeschreibung – ein Florilegium	243
III.	Zeichen des Umbruchs: das Hervortreten der Richterpersönlichkeit	248
IV.	Und die Richterin?	254
V.	Organisierter Diskurs	256
1.	Veränderter Diskursrahmen	256
2.	Die Richterin als Manager	259
3.	Der Richter als Kommunikator: der erhabene Löwe?	262
4.	Richter und/oder Mediatorin?	264
5.	E-Justice – Kommt endlich der Subsumtionsautomat?	268
6.	Richter und Politik	271
VI.	Zwischenergebnis	275

E.	Stimmen und Geräusche aus der <i>Blackbox</i> – Richter(aus)wahl und Richterbild . . .	276
I.	Bisherige empirische Studien	276
II.	Die Bundesrichterwahlen	280
1.	Wahlvorbereitung: von den informellen Absprachen bis zur Gerichtskommission	280
2.	Wahldiskussionen	282
3.	Politische Anforderungsprofile und Richterbiographien	285
III.	Zwischenergebnis	287
F.	Schlussfolgerungen	288

A. Einleitung

I. Präsidiale Erklärung

«Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit finden sich zunächst ausserhalb der Gerichte. Ohne *Wahl* und ohne *Wiederwahl* – ohne diesen, wie mein früherer Kollege im Amt des Abteilungspräsidenten, Herr alt Bundesrichter Rudolf Ursprung so treffend formulierte, ohne diesen *«demokratischen Adelsschlag»* wird und bleibt man oder frau in der Schweiz nicht Richter oder Richterin. *Was bedeutet er?* Zu Beginn, dann alle sechs Jahre und für jede Einsetzung in präsidiale oder vizepräsidiale Funktion holt man oder frau sich beim Parlament die *demokratische Legitimation*, das Richteramt anzutreten oder weiterhin auszuüben, ein *Ritterschlag*, den ich seit 1986 *zwölfmal* empfang (mein Kopf ist ganz zerbeult). Hängt die schweizerische Gerichtsbarkeit somit am Rocksäum von Mutter Helvetia, der Vereinigten Bundesversammlung als der obersten Gewalt im Staate? Ist das Bundesgericht, sind die eidgenössischen Gerichte deswegen *in der Rechtsprechung abhängig von der Politik? Mitnichten!* Wir brauchen uns nicht vor ausländischen Modellen zu verstecken, selbst wenn die Groupe d’Etats contre la corruption (GRECO), eine Staatengruppe des Europarates, sie uns als Vorbilder hinstellt. Was die Leute von GRECO nicht begreifen – obwohl ich es ihnen doch anlässlich ihres Besuches vom 1. Juni 2016 am Bundesgericht erklärt hatte –, ist, dass Unabhängigkeit der Gerichte durch Respekt der ersten und zweiten Staatsgewalt vor der dritten nicht vom Buchstaben von Verfassung und Gesetz abhängt, sondern eine Frage *rechtlicher Gesinnung* ist in Kopf, Herz und Hand derjenigen, welche im Bundeshaus zu Bern die Geschicke des Landes bestimmen, und – ebenso wichtig – eine Frage des vorhandenen, fortwährenden *Vertrauens der Bevölkerung* in die Gerichte. [...] *Das gerade macht unsere gelebte Verfassungswirklichkeit* aus. Das ist *Rechtsstaat schweizerischer Prägung*, eine nicht dogmatische, nicht politische, schon gar nicht parteipolitische, sondern *in allererster Linie rechtskulturelle, dem Recht verpflichtete Haltung*, welche *in Angelegenheiten der Justiz* die Praxis der Verfassungsorgane, Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht prägt. *Diese Dinge sind in unserem Lande in Ordnung.* [...] wir Richterinnen und Richter haben uns vor allem *mit uns selbst* auseinanderzusetzen. «Freiheit eines Christenmenschen», um ein Wort Martin Luthers zu zitieren, ist auch bei Gerichtspersonen wesentlich *innere Freiheit*. Die Grundvoraussetzungen für gedeihliches Judizieren, für «Recht sprechen», liegen *in uns*. Und *wenn* das so ist – und es *ist* so –, dann haben wir *eines, und nur eines*, zu tun: *tagtäglich unsere verfassungsmässige und gesetzliche Aufgabe zu erfüllen, Recht zu sprechen.* Punkt. Nichts weiter. [...] Man und frau ist *nicht prominent* als Richter, Richterin und darf es zwecks Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit auch nicht sein, weshalb *Zurückhaltung* zu üben ist mit *öffentlichen Auftritten* – und *Bescheiden-*

heit. [...] Dabei ist Richter, Richterin sein der schönste Beruf, den es gibt. Nur gilt es, dies stets aufs Neue zu entdecken. Diese *Bewahrung der Liebe zum Beruf*, unseres *Berufsethos*, gelingt nicht, wenn man oder frau nicht *jeden Tag an sich selber arbeitet*, sich seines (*unbewussten*) *Vorverständnisses* und der rechtlichen Grundvoraussetzung bewusst wird, dass ich als Bundesrichter mein Mandat *nicht von einer politischen Partei*, sondern, auf *Vorschlag der Gerichtskommission, von der Vereinigten Bundesversammlung* erhalte. «Ich bin zwar politisch gewählt, urteile aber nicht politisch», ist ein *Axiom des schweizerischen Justizsystems*, dessen *Wahrhaftigkeit – véracité – veracità allein von uns Bundesrichtern und Bundesrichterinnen abhängt*. Nebst Unabhängigkeit, Engagement und Passion, Fleiss und fachlich-juristischem Können ist schliesslich, in einem Kollegialgericht primordial, *Sozialkompetenz* gefragt».¹

In dieser Ansprache, die Bundesgerichtspräsident ULRICH MEYER am 18. Januar 2019 anlässlich der Inaugurationsfeier der neu geschaffenen Berufsabteilung des Bundesstrafgerichts in Bellinzona hielt, sind (neudeutsch gesagt) «*in a nutshell*» die Themen der vorliegenden Abhandlung aufgeführt: Der Bundesgerichtspräsident legt sein berufliches Selbstverständnis dar, bekennt sich zum bestehenden Modus der Richterwahl, unterstreicht die zentrale Bedeutung der inneren richterlichen Freiheit, ruft zur Zurückhaltung gegenüber der medialen Öffentlichkeit auf und listet wesentliche Richtertugenden auf.

II. Untersuchungsgegenstand

Die folgende Abhandlung geht von der Hypothese aus, dass solche Texte, die sich mit der Frage beschäftigen, was eine *gute* Richterin, einen *guten* Richter² ausmacht, und die zu einem Diskurs über die Eigenschaften der idealen Richterin gehören, nicht einfach deskriptiv sind, sondern geradezu konstitutive Bedeutung für die inhaltliche Bestimmung der Kriterien guter Justiz besitzen. Als Richterbild (bzw. Richter-Leitbild) werden, in Anlehnung an KAUFFMANN, «Erwartungen, die an Handeln, Funktion oder Disposition des Richters [...] generell und grundsätzlich»³ herangetragen werden, verstanden. Diese Erwartungen können sowohl von aussen (als im weitesten Sinne gesellschaftliche Richterbilder) wie auch von innen, in der Form richterlicher Selbstbeschreibungen,

1 ULRICH MEYER, Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit, ZBJV 155/2019, S. 217 ff. (Hervorhebungen im Original).

2 Im Text wird auf eine ausgewogene Verwendung der Begriffe Richterin und Richter geachtet und zwischen beiden Genera alterniert, stets den einen bzw. die andere mitmeinend. Allerdings bestand die Richterschaft, zumindest auf Bundesebene, bis in die 1970er-Jahre ausschliesslich aus Männern, so dass bei Ausführungen, die diesen Zeitraum betreffen, die Verwendung der männlichen Form historisch vorgegeben ist. Die in diesem Beitrag angegebenen Internetseiten wurden zuletzt am 07.04.2019 besucht.

3 PETER KAUFFMANN, Zur Konstruktion des Richterberufs durch Richterleitbilder. Eine empirische Untersuchung, Frankfurt a.M. 2003, S. 38. Zur Abgrenzung des Begriffs von Konzepten der Rollentheorie und der Attitüdenforschung ebd., S. 43 ff. Zur richterlichen Selbstbeschreibung vgl. MICHELE LUMINATI, Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945, Frankfurt a.M. 2007, S. 9 ff.

formuliert werden. Richterbilder entstehen und wandeln sich somit in steter Wechselwirkung zwischen Fremd- und Selbstbeschreibungen.

Ziel der Untersuchung ist es, das *Richterbild* im schweizerischen Bundesstaat historisch zu rekonstruieren und theoretisch zu reflektieren. Dabei wird der Fokus, quellen- und rahmenbedingt, vor allem auf die Bundesebene und somit auf der Figur der Bundesrichterin liegen. Der verfassungsrechtliche Diskurs, der sich im Rahmen der näheren Bestimmung der richterlichen Unabhängigkeit mit Fragen des Richterbildes befasst, soll den Ausgangspunkt bilden und zugleich auch die Kontrastfolie.⁴ Selbstverständlichkeiten, Paradoxien und blinde Flecken, die sich aus dem normativen Blick auf die Richterfigur ergeben, sollen offengelegt und sowohl empirischen Erkenntnissen zur Richter(aus)wahl gegenübergestellt wie auch mit den Selbst- und Fremdbeschreibungen konfrontiert werden. Mit dieser Analyse wollen wir also weder herausfinden wie Richterinnen *wirklich* arbeiten/entscheiden noch was Richter *tatsächlich* (über sich) denken.⁵ Die Untersuchung möchte, viel bescheidener, lediglich den idealisierenden und idealisierten (öffentlich geäußerten) Diskursen zum Richterbild nachgehen und diese mit Hilfe einiger empirischer Daten hinterfragen und dadurch ein fundiertes und differenziertes *Bild des Richterbildes* liefern. Damit soll eine Grundlage geschaffen werden für die Auseinandersetzung mit den Herausforderungen der Justiz im 21. Jahrhundert.

III. Methodische Überlegungen

Methodisch stellen einige Besonderheiten des schweizerischen Rechtssystems die rechtshistorische und -soziologische Justizforschung vor erhebliche Probleme. Gegenüber anderen kontinentalen Rechts- und Justizkulturen zeichnet sich die schweizerische Justizkultur durch einen ausgeprägten Pragmatismus (einhergehend mit einer gewissen Distanz, zum Teil auch Feindlichkeit gegenüber wissenschaftlichen Anliegen), durch späte Professionalisierung und durch die zentrale Rolle informeller Praktiken aus.⁶ Hinzu kommt, dass die föderale

4 Ähnlich im Ansatz KAUFFMANN (Fn. 3) insbes. S. 33 ff.

5 Dafür wären, wenn überhaupt, ethnologische Studien i.S. der teilnehmenden Beobachtung nötig. Vgl. für Deutschland neuerdings THORSTEN BERNDT, Richterbilder. Dimensionen richterlicher Selbsttypisierungen, Wiesbaden 2010.

6 Vgl. dazu insbes. CLAUDIEMER SCHOTT, Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele ..., in: Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen 1983, S. 17 ff.; DERS., Die Eidgenossen vor dem Reichskammergericht, in: Gerd Lingelbach und Heiner Lück (Hrsg.), Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung. Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1991, S. 79 ff.; HANNES SIEGRIST, Advokat, Bürger und Staat, 2 Bde., Frankfurt a.M. 1996; MICHELE LUMINATI, «Dann wird's flott werden» – Zur Entstehung der schweizerischen Strafrechtswissenschaft im späten 19. Jh., in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, S. 45 ff.; DERS., Das ZGB und seine Richter, in: Daniel Girsberger und Michele Luminati (Hrsg.), ZGB gestern – heute – morgen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich 2007, S. 17 ff.; ROY GARRÉ, La diffusione di

Struktur des Justizwesens sowie die Laienpräsenz es nicht erlauben von einer *schweizerischen* Richterschaft zu reden, geschweige denn von einer einheitlichen Berufsgruppe. Dies bedeutet mitunter, dass, gerade im Unterschied zu Entwicklungen in den Nachbarländern,⁷ sowohl die richterliche Selbstreflexion wie auch die ausserhalb der Justiz formulierten Äusserungen zum Richterbild für lange Zeit eher sporadischer Natur waren und sich erst allmählich zu einem von Regelmässigkeiten geprägten Diskurs verdichteten.⁸ Die relativ starke Zurückhaltung der schweizerischen Richter bei der Selbstbeschreibung und der Vorrang informeller (politisch geprägter) Verfahren bei der Richter(aus)wahl lenken somit den Blick auf nicht-diskursive Praktiken,⁹ auf informelle Prozesse der Definition und der Umsetzung von Richterbildern.

Bisherige rechtssoziologische und rechtspsychologische empirische Forschungsarbeiten haben versucht, mittels standardisierter Befragungen und qualitativen Interviews dem richterlichen Selbstverständnis und den tatsächlichen Mechanismen der Richterwahlen in der Schweiz auf die Spur zu kommen.¹⁰ Ein grundlegendes methodisches Problem dieser Art von Erhebungen liegt allerdings darin, dass sie Meinungen erst produzieren. «Bei einer Befragung

una cultura scientifica del diritto in Svizzera, commento critico in: Lukas Gschwend, Karin Ingber, und Stefan Wehrle (Hrsg.), Sonderheft 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011), Jubiläumsschrift ZSR, Basel 2011, S. 202 ff.; MARIE THERES FÖGEN, Lob der Pandektistik, in: Rainer Maria Kiesow, Regina Ogorek und Spiros Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 2005, S. 179 ff.; PIO CARONI, Die Schweizer Romanistik im 19. Jh., ZNR 26/1994, S. 243 ff.; DERS., *Ius romanum in Helvetia*: a che punto siamo?, in: Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini, Firenze 2011, S. 55 ff.; DERS., Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche, (Schweizerisches Privatrecht, I/1), Basel 2015; HANS PETER WALTER, Die Praxis hat damit keine Mühe ... oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinen Gesetzesauslegung – wenn überhaupt?, ZBJV 144/2008, S. 126 ff.

7 ANDRÉ GOURON ET AL. (Hrsg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, Frankfurt a.M. 1996. Für Deutschland auch noch THORSTEN BERNDT, Richterbilder (Fn. 5); KAUFFMANN (Fn. 3), der seit den 1990er-Jahren eine «forcierte «Leitbilddebatte» in der Justiz» (S. 24) konstatiert; GEORG GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl und Richterausbildung im Systemvergleich. Österreich, Deutschland und die Schweiz seit 1945, Baden-Baden – Wien – Bern 2018; SEBASTIAN STARYSTACH, Die Soziale Praxis des Gerichtsverfahrens. Über die Juristische Fallbearbeitung in Straf- und Zivilverfahren, Diss. Heidelberg, Wiesbaden 2018. Für Frankreich ALAIN BANCAUD, Une «constance mobile»: la haute magistrature, in: Actes de la Recherche en Sciences Sociales 76/77/1989, S. 30–48; DERS., La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes, Paris 1993; ANTOINE VAUCHEZ und LAURENT WILLEMEZ, La justice face à ses réformateurs (1980–2006), Paris 2007. Für Italien ANTOINE VAUCHEZ, L'institution judiciaire remotivée. Le processus d'institutionnalisation d'une «nouvelle justice» en Italie (1960–2000), Paris 2004; LUMINATI, Priester der Themis (Fn. 3); ANTONELLA MENICOLI, Storia della magistratura italiana, Bologna 2013.

8 Zum diskurstheoretischen Ansatz vgl. PHILIPP SARASIN, Geschichtswissenschaft und Diskursanalyse, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2014. Bezogen auf das Richterbild in der Schweiz hat STEPHAN AERSCHMANN, Der ideale Richter. Schweizer Bundesrichter in der medialen Öffentlichkeit (1875–2010), Zürich 2014, einen diskurstheoretischen Ansatz gewählt.

9 Dazu schon MICHEL FOUCAULT, L'archéologie du savoir, Paris 1969 (dt.: Archäologie des Wissens, 17. Aufl., Frankfurt a.M. 2015).

10 Vgl. hinten E. I.

werden stets eine bestimmte Anzahl von Antworten auf die zur Auswahl gestellten Antwortmöglichkeiten entfallen».¹¹ BOURDIEU spricht in diesem Zusammenhang von einem punktuellen «Kunstprodukt».¹² Die Ergebnisse hängen also weitgehend von den Fragen ab und beschränken sich auf den jeweiligen Befragungszeitpunkt, während die hier gewählte, über einen längeren Zeitraum angelegte *Diskursanalyse* veröffentlichter Fremd- und Selbstbeschreibungen die damit verknüpften Deutungsmuster offenlegt und «ein kollektives Sinngebilde sichtbar [machen kann], das sich in den Äusserungen der Akteure manifestiert, reproduziert und wandelt.»¹³

Lassen sich durch eine solche Analyse die idealisierten, aber mit normativem Anspruch versehenen Vorstellungen über die Eigenschaften der *guten* Richterin eruieren, so bleibt offen, ob und wie dieses Richterbild auch *tatsächlich* durch die eigentümlichen schweizerischen Mechanismen der Richter(aus)wahl umgesetzt wird. Wie bereits erwähnt, stehen wir hier vor einer *Blackbox* weitgehend informeller politischer Praktiken. Durch Rückgriff auf den praxeologischen Ansatz des Soziologen PIERRE BOURDIEU soll versucht werden, etwas Licht in diese *Blackbox* zu bringen.¹⁴ BOURDIEU versteht die Gesellschaft als Raum von Beziehungen, der in einzelne, mehr oder weniger autonome *Felder* unterteilt ist. Die einzelnen Felder sind soziale Mikrokosmen, die nach eigenen Regeln funktionieren und die Akteure dazu zwingen, ihre Spielregeln zu beachten und bestimmte Positionen einzunehmen. Die Eigenschaften, die ein sozialer Akteur entweder besitzt oder im Laufe seines Lebens erwirbt und auf dem Feld einsetzt, bezeichnet BOURDIEU als *Kapital* und unterscheidet ökonomisches Kapital (materieller Besitz), soziales Kapital (Beziehungsnetze), kulturelles Kapital (Umgangsformen, Wissen, Bildungstitel usw.) und symbolisches Kapital (verstanden als soziale Anerkennung, Prestige, Reputation, die mittels Einsatz der anderen Kapitalsorten erreicht werden kann).¹⁵ Auf jedem Feld sind je spezifische Kapitalkombinationen gefragt und um die Anerkennung der massgeblichen Kapitalformen wird gerungen.

So betrachtet BOURDIEU das juristische Feld als den Ort, an dem um das Monopol «de dire le droit»¹⁶ gekämpft wird. Auf diesem Feld stehen sich verschie-

11 KAUFFMANN (Fn. 3), S. 29.

12 PIERRE BOURDIEU, *Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1987, S. 646.

13 KAUFFMANN (Fn. 3), S. 32.

14 Vgl. insbes. PIERRE BOURDIEU, *Sozialer Sinn. Kritik der theoretischen Vernunft*, Frankfurt a.M. 1987; DERS., *Der Staatsadel*, Konstanz 2004; DERS., *Praktische Vernunft. Zur Theorie des Handelns*, Frankfurt a.M. 1998; PIERRE BOURDIEU und LOIC J. WACQUANT, *Reflexive Anthropologie*, Frankfurt a.M. 1996. Eine umfassende rechtstheoretische Studie zu BOURDIEU liefert PHILIP CONRADIN-TRIACA, *Pierre Bourdieus Rechtssoziologie. Interpretation und Würdigung*, Berlin 2014.

15 Vgl. dazu insbes. PIERRE BOURDIEU, *ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital*, in: Reinhard Kreckel (Hrsg.), *Soziale Ungleichheiten*, Bd. 2, Göttingen 1983, S. 183 ff.; CONRADIN-TRIACA (Fn. 14), S. 60 ff.

16 PIERRE BOURDIEU, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 64/1986, Zitat S. 4. Vgl. auch DERS., *Habitus, code*

dene Akteure gegenüber, die über die sozial anerkannte Kompetenz zum Umgang mit Rechtstexten verfügen und einen permanenten symbolischen Kampf um die feldspezifische Macht führen. Als wesentlichen Antagonismus auf dem juristischen Feld identifiziert BOURDIEU die Polarität von Theoretikern und Praktikern.¹⁷

Versucht man dieses Konzept auf schweizerische Verhältnisse und auf die zu untersuchende Thematik zu übertragen, so muss zunächst die (wenn auch abnehmende) *Laienpräsenz* in der Justiz berücksichtigt werden, wodurch ein Monopol der *gelehrten* Juristen in der Rechtsprechung verhindert wird. Die von BOURDIEU als zentral bezeichnete Felddifferenzierung in Theoretiker und Praktiker berührt also nur das Innenverhältnis unter den gelehrten Juristinnen, während als weitere Differenzierung diejenige zwischen gelehrten Richtern und Laienrichtern hinzukommt. Betrachtet man die Art und Weise der Besetzung der Richterämter, wird die Autonomie des juristischen Feldes nochmals abgeschwächt, denn Richterwahlen sind dem Bereich der *Politik* zugeordnet und faktisch einem Parteienproporz verpflichtet. Es stellt sich damit die Frage, welchen Kriterien die Richter(aus)wahl folgt, welchem Richterbild das Kreationsorgan verpflichtet ist und welche Kapitalkombinationen verlangt werden. Die politisch geprägte, nur schwach formalisierte Richterwahl lässt die Vermutung aufkommen, dass nicht nur fachlich-juristische Faktoren ausschlaggebend sein könnten, die innere Logik des juristischen Feldes also gewissermassen durch politische Elemente *durchkreuzt* werden könnte. In diesem Sinne beinhaltet das schweizerische Modell der Richterwahl (aus Sicht der auf dem Feld agierenden Juristinnen) stets ein Moment der *Unberechenbarkeit*, abgesehen von (bzw. zusätzlich zu) den üblichen Kontingenzen des politischen Alltags. Angesichts der bereits erwähnten informellen Praktiken, der in den Vorzimmern stattfindenden Ausmarkungen, die beim Wahlakt nur selten offenkundig werden, könnte die Rekonstruktion der Biographien und damit der Kapitalstruktur der gewählten Richterinnen genauere Informationen über die im Moment der Wahl massgeblichen Kriterien liefern.¹⁸

et codification, in: Actes de la recherche en sciences sociales 1986, N. 64, S. 40 ff.; DERS., Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective, in: François Chazel und Jacques Commaille (Hrsg.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris 1991, S. 95 ff. Dazu ausführlich CONRADIN-TRIACA (Fn. 14), S. 130 ff.

17 BOURDIEU, *force* (Fn. 16), S. 6; CONRADIN-TRIACA (Fn. 14), S. 155 ff. Zugleich erscheint das juristische Feld sowohl seinen Akteuren als auch den Rechtsunterworfenen als völlig unabhängig von den durch das Rechtssystem sanktionierten und geheiligten Machtverhältnissen. Die Rechtssprache ist laut BOURDIEU durch eine Rhetorik des Unpersönlichen und der Neutralität geprägt, durch eine «pieuse hypocrisie» (BOURDIEU, *juristes* (Fn. 16), S. 96); dazu auch BANCAUD (Fn. 7), bes. S. 159 ff.

18 Die biographischen Angaben sind, wenn nichts anderes erwähnt wird, der prosopographischen Datenbank entnommen, die im Rahmen des langfristigen Forschungsprojekts zur Geschichte des Bundesgerichts und zu einem Bundesrichterlexikon (dessen Abschluss noch in diesem Jahr geplant ist) entstanden ist. Vgl. dazu MICHELE LUMINATI, Ges(ch)ichtslose Jus-

B. Richterbild und richterliche Unabhängigkeit: Der Standpunkt der Verfassungslehre

I. Art. 191c BV und seine Auslegung – ein cursorischer Überblick

Locus classicus der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung mit Fragen des Richterbildes ist Art. 191c BV, der organisationsrechtlich die richterliche Unabhängigkeit bei der Ausübung der Rechtsprechungsfunktion sichert und die Gerichte als «nur dem Recht verpflichtet» bezeichnet (i.V.m. Art. 30 Abs. 1 BV, der das Grundrecht auf ein «unabhängiges und unparteiisches Gericht» verbrieft). Art. 191c BV ist das Ergebnis einer längeren Diskussion und wurde erst im Rahmen der Justizreform 2000, also verhältnismässig spät, eingeführt und ist seit dem 1. Januar 2007 in Kraft.¹⁹ Davor beinhaltete die Bundesverfassung keine ausdrückliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, sondern lediglich das Recht auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 58 Abs. 1 aBV). Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit «galt aber stets als ungeschriebenes Verfassungsrecht und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Teilgehalt von Art. 58 aBV.»²⁰ Mit der Einführung von Art. 30 und Art. 191c BV wurde diese Praxis, die in enger Verbindung mit Art. 6 EMRK stand, konstitutionell verankert.²¹ Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit wird auch im Bundesgerichtsgesetz (BGG) in Art. 2 wiederholt.²²

Eine cursorische Lektüre der seither erschienen Verfassungskommentare und der massgeblichen Lehrbücher fördert einen richterlichen Tugendkatalog zu Tage, der, neben den fachlichen Qualifikationen, vor allem Distanziertheit und innere Freiheit, Lebensnähe, Erfahrung sowie menschliches Verständnis

tiz? – Prolegomena zur Justizgeschichte des Schweizerischen Bundesstaates, in: Marcel Senn und Claudio Soliva (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für Claus-dieter Schott zum 65. Geburtstag*, Bern et al. 2001, S. 339 ff.; DERS., *Die Gesichter der Justiz – Das schweizerische Bundesgericht als Gegenstand interdisziplinärer Forschung*, in: Paolo Becchi, Christoph-Beat Graber und Michele Luminati (Hrsg.), *Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung*, Zürich 2007, S. 183 ff.

- 19 Dazu JOHANNES REICH, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 191c N 10 (zit. BSK BV); GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 191c N 1 (zit. SGK BV); ARTHUR AESCHLIMANN, *Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz*, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/4; auch in ZBI 8/2008, S. 397 ff. Bereits KURT EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Habil. Bern 1960, S. 275 ff., forderte die Einführung eines entsprechenden Verfassungsartikels.
- 20 HANS PETER WALTER, *Justizreform*, in: Daniel Thürer und Peter Gauch (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick*, Zürich – Basel – Genf 2002, S. 133.
- 21 HEINRICH KOLLER, in: Marcel A. Niggli et al., (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, 3. Aufl. Basel 2018, Art. 2 N 2 (zit. BSK BGG).
- 22 Vgl. dazu die entsprechenden Kommentare, etwa KARL SPÜHLER, in: Karl Spühler et al., *Bundesgerichtsgesetz (BGG): Praxiskommentar*, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013, Art. 2 N 1 ff. (zit. PraKom BGG); ALAIN WURZBURGER, in: Bernard Corboz et al., *Commentaire de la LTF*, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 2 N. 1 ff. (zit. CommLTF); KOLLER, BSK BGG 2 N 1 ff.

betont.²³ Gegenüber den Medien wird von den Richterinnen in der Regel «Zurückhaltung»²⁴ verlangt. Laut BIAGGINI haben Richterinnen und Richter mit der «nötigen Nüchtern- und Gelassenheit, in Ruhe und mit Augenmass»²⁵ zu urteilen. Die individuelle richterliche Ethik und Charakterfestigkeit bilden die zentralen Voraussetzungen für die tatsächliche Unabhängigkeit: «Il s'adresse aux juges eux-mêmes, qui doivent véiller à leur indépendance».²⁶ Für TSCHANNEN gehört die Wahrung der inneren Unabhängigkeit «zu den wichtigsten und anspruchsvollsten Seiten des Richterberufs.»²⁷ BIAGGINI betont, ein

«solcher innerer Zustand lässt sich häufig nur schwer beweisen. Gemäss Praxis ist die Unabhängigkeitsgarantie (bereits) verletzt, wenn <bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor(liegen), die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen>; der Nachweis tatsächlicher Befangenheit ist nicht verlangt.»²⁸

Da die innere Unabhängigkeit als nicht überprüfbar gilt, wird von aussen her auf sie geschlossen:

«On considère généralement que l'«*apparence d'impartialité*» de la justice vis-à-vis du justiciable, qui correspond à l'impartialité objective, est au moins aussi importante que l'impartialité subjective des magistrats du siège.»²⁹

Zu den Richterwahlen äussern sich die Kommentatoren im Ergebnis positiv. So betont STEINMANN:

«Wahlen durch Volk, Parlament oder Exekutive verschaffen demokratische Legitimation, lassen Elemente der politischen Haltung und Einstellung zu gesellschaftlichen

-
- 23 Statt vieler: PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, S. 528 ff., mit Verweis auf BGE 105 Ia 157; JÖRG PAUL MÜLLER und MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 938.
- 24 REICH, BSK BV 191c N 17.
- 25 GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 191c N 3 (zit. OFK BV). Vgl. auch STEINMANN, SGK BV 191c N 6.
- 26 PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert und Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 1486. So auch REICH, BSK BV 191c N 17.
- 27 TSCHANNEN (Fn. 23), S. 533. Vgl. auch BIAGGINI, OFK BV 191c N 3.
- 28 BIAGGINI, OFK BV 30 N 7. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden dabei erwähnt: BGE 127 I 196, 198; BGE 140 III 221; weiter auch BGE 140 I 326, 328, E. 5.1; BGE 139 III 433, 435, E. 2; BGE 139 I 121, 125, E. 5.1; BGE 133 I 1, 6; BGE 126 I 68, 73; BGE 125 I 109, 119; BGE 120 Ia 184. So auch MÜLLER/SCHEFER (Fn. 23), S. 931. MARKUS MÜLLER, Die innere Unabhängigkeit des Richters. Gedanken zu einem Diamanten, in: Ruth Herzog und Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 535 bemerkt dazu, dass die Praxis, gestützt «überwiegend auf alltagspsychologische Pauschalregeln», sich mit dem Schein der Unabhängigkeit begnüge.
- 29 NICOLAS PELLATON, Le droit disciplinaire des magistrats du siège, Un essai dans une perspective de droit suisse, Bâle/Neuchâtel 2016, S. 37 f.

und ethischen Fragen einfließen und bringen Einbettung in das Gefüge der Staatsgewalten und das gesellschaftliche Umfeld zum Ausdruck.»³⁰

Tschannen erachtet den politischen Einfluss auf die Richterwahlen als «nicht sachfremd».³¹ Der Parteiproporz sei gerechtfertigt, denn es bestehe ein Interesse an der Offenlegung der politischen Couleur der Kandidatinnen, weil es unvermeidlich sei, «dass die Haltungen einzelner Richter zu gesellschaftlichen und ethischen Fragen auf ihre Spruchpraxis abfärben.»³² Kritischer wird das Verfahren der Wiederwahl beurteilt, denn es «kann als fragwürdiges Mittel zur Disziplinierung von Gerichtspersonen missbraucht werden («Denkzettel») oder in eine Aufforderung zu «freiwilligem» Verzicht auf eine Wiederwahl münden.»³³

Diese kurze Übersicht zeigt, dass sich die Auffassungen der massgeblichen Staatsrechtslehrer (und der mitverarbeiteten höchsten Rechtsprechung) weitgehend mit den eingangs abgedruckten Ansichten des Bundesgerichtspräsidenten decken: Die Richterpersönlichkeit, ihre innere Haltung und ihre Lebenserfahrung gelten, neben fachlichen Qualitäten, als wesentlich für die faktische richterliche Unabhängigkeit, lassen sich aber nur schwer nachweisen. Die politisch bestimmte Richterwahl schafft grundsätzlich die Bedingungen für eine geeignete Besetzung der Richterämter, birgt aber gewisse Gefahren in sich, vor allem in Zusammenhang mit der Wiederwahl.

II. Kontinuitätslinien: von Kurt Eichenberger zu Regina Kiener

Es fällt auf, dass Praxis und Lehre die wesentlichen Argumente und Richterbildvorstellungen hauptsächlich aus zwei Habilitationsschriften entnehmen, die sich eingehend mit der richterlichen Unabhängigkeit befasst haben: Kurt Eichenberger (1960) und Regina Kiener (2001).³⁴ Selbstverständlich liegen

30 STEINMANN, SGK BV 191c N 10. So auch EHRENZELLER, SGK BV 168 N 35; REGINA KIENER, in: Giovanni Biaggini, Thomas Gächter und Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 277.

31 TSCHANNEN (Fn. 23), S. 531. Vgl. auch REICH, BSK BV 191c N 17; STEINMANN, SGK BV 191c N 10; KIENER, Staatsrecht (Fn. 30), 269 ff., die aber immerhin von einer «gewissen Politisierung» spricht (ebd., S. 277).

32 TSCHANNEN (Fn. 23), S. 538. Ähnlich STEINMANN, SGK BV 191c N 10. KIENER, Staatsrecht (Fn. 30), S. 279 hält fest, dass der Parteienproporz «weithin kritisiert, im Ergebnis aber akzeptiert» werde.

33 STEINMANN, SGK BV 191c N 9.

34 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19); REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001 (dazu die Rezensionen von Oberrichter HANS SCHMID, SJZ 97/2001, S. 590, der vor allem die «praktikablen Schlussfolgerungen, die bei aller Konsequenz stets Augenmass bewahren» lobt; THOMAS STADELMANN, Jusletter 30. April 2001, der ebenfalls positiv urteilt, und ausführlich BENJAMIN SCHINDLER, ZBl 8/2001, S. 446 ff.). EICHENBERGERS Buch wird bis heute regelmässig herangezogen: So übernimmt REICH, BSK BV 191c N 8, die Unterteilung der richterlichen Unabhängigkeit wortwörtlich von EICHENBERGER; ALAIN FISCHBACHER, Verfassungsrichter in der

zwischen den beiden Erscheinungsjahren wesentliche verfassungsrechtliche Entwicklungen (EMRK, Verfassungsrevision, Justizreform) und das Bundesgericht hat in diesem Zeitraum, wie vorhin erwähnt, den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit konkretisiert. Und offensichtlich verfolgen die beiden Werke unterschiedliche Ansätze: EICHENBERGER ist mehr staatsrechtlich und rechtsphilosophisch orientiert, KIENER eher an der konkreten Durchsetzbarkeit und Handhabung der richterlichen Unabhängigkeit interessiert.³⁵ Dennoch weisen die beiden Habilitationsschriften in Bezug auf die hier interessierende Frage nach dem Richterbild starke Ähnlichkeiten auf, die eine gemeinsame Betrachtung rechtfertigen.

1. Richterpersönlichkeit

Ganz am Anfang lehnt EICHENBERGER, gestützt auf ESSERS kurz davor erschienene methodische Schrift, die Figur des Subsumtionsautomaten grundsätzlich ab und stellt «de[n] komplizierte[n] und vielschichtige[n] Schöpfungsakt der Normvollendung oder der Normfindung» in die Mitte richterlicher Tätigkeit.³⁶ Noch vorsichtig erörtert EICHENBERGER die Möglichkeit der richterlichen Gesetzeskorrektur und fordert hierzu «Zurückhaltung und Masshalten – trotz Eröffnung rechtlicher Möglichkeiten [...] durch den Appell an rechtliches Denken der Richter, an die <Richterlichkeit> im weiten Sinne dieses Wortes».³⁷ Angesichts methodischer Unsicherheiten werde die richterliche Unabhängigkeit «hier gleichsam auf sich selbst gestellt und muss eine selbsttragende Festigkeit beweisen».³⁸

Schweiz und in Deutschland. Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Zürich 2006, S. 211 ff. stützt seine Ausführungen weitgehend auf EICHENBERGER; HEIKE JUNG, Richter heute, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 11 ff., erwähnt EICHENBERGERS Werk als immer noch grundlegend (S. 12). DIETER SIMON, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, S. 16 bezeichnet das Werk von EICHENBERGER als «(in gutem Sinne) konservative Arbeit, [...] die einzige Abhandlung, welche alle bis dahin (1959) erörterten Aspekte des Unabhängigkeitsproblems [...] vollständig und konsistent (im Bezugsrahmen der damaligen Rechtsstaatslehre) darstellt.» Zur Position und Bedeutung von KURT EICHENBERGER in der schweizerischen Staatsrechtslehre vgl. ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts in der Schweiz, 2. Aufl. Zürich 2015, S. 275 ff., S. 487.

35 Darauf weist schon SCHINDLER (Fn. 34), S. 446, hin.

36 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 5. Er verweist auf JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956. HANS HUBER, Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, in: ZBl 63/1962, S. 6, bezeichnet den Richter als «Nacherzeuger des Gesetzes».

37 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 198 (Hervorhebung im Original).

38 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 213. Vgl. auch ebd., S. 214: «Letztlich muss alles der Selbstzucht des Richters anheimgestellt werden». In einem kurz nach Erscheinen seiner Habilitationsschrift gehaltenen Vortrag nimmt EICHENBERGER das Thema wieder auf und beklagt «wie hartnäckig sich in der schweizerischen Rechtspraxis positivistisches Denken (...) auch aus dem fragwürdigen Verharren in früh-konstitutionellen und extrem-demokratischen Leitbildern» (KURT EICHENBERGER, Richterstaat und schweizerische Demokratie, ZSR 82/1963, S. 1–37; wieder abgedruckt in: Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons

EICHENBERGER unterteilt die richterliche Unabhängigkeit in fünf Teilaspekte: Unbeteiligtheit, Selbständigkeit, Eigenständigkeit, Sozialfreiheit und innere Freiheit.³⁹ Letztere sei schwer zu fassen und verlange

«eine differenzierte und abgehobene Persönlichkeit [...] ohne damit der Person des Richters die Möglichkeit abzusprechen, Mensch in seinem Widerspruch und in seiner Unzulänglichkeit, aber auch in seinem Einbezogensein in die allgemeine Sozietät bleiben zu dürfen. Begriff und Prinzip innerer Freiheit erwarten nichts Übermenschliches, aber immerhin geläuterte Persönlichkeit».⁴⁰

Es sind charakterliche Tugenden, die als zentral für die Verwirklichung der richterlichen Unabhängigkeit gelten. Ergänzend dazu fordert er vom Richter «den lebendigen Kontakt mit allem Menschlichen, allem Natürlichen und allem sozial Wirksamen. Es ist die Lebenserfahrung im schlichten, aber weiten Verstande des Wortes.»⁴¹

Gegenüber aktiver politischer Betätigung des Richters hegt EICHENBERGER, gerade in der Schweiz, kaum Bedenken. Er verweist dabei auf Richterpersönlichkeiten, «die mit Erfolg nicht nur auf dem Richterstuhl und im Ratssaal tätig sind, sondern es auch verstehen, die politische Betätigung für die richterliche Aufgabe fruchtbar zu machen».⁴² Er sieht also in diesen Figuren gewissermaßen wichtige Kommunikationsträger für die Vermittlung der Rechtsprechung in die Öffentlichkeit. Selbstverständlich erwarte man von solchen Richtern, die sich durch «Reife und Lebenserfahrung, juristisches Können und eine objektive Grundhaltung»⁴³ auszeichnen, dass sie auch in ihrer politischen Funktion «Würde, Abgeklärtheit und Zurückhaltung»⁴⁴ zeigen.

EICHENBERGER stellt insgesamt die fachlichen und vor allem die persönlich-menschlichen Qualitäten des Richters in den Vordergrund: «*Hinlängliche Qualität vermag richterliche Unabhängigkeit zu sichern*, bzw. richterliche Unabhängigkeit ist auf qualitative Voraussetzungen in der Person des Richters angewiesen».⁴⁵ Es ist ihm bewusst, dass durch rechtliche Massnahmen die Überprüfung und Sicherung dieser Qualifikationen nicht wirklich erreicht wer-

Aargau (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 11 ff., Zitat S. 19 f.). Ganz ähnlich tönt es bei HANS HUBER (Fn. 36), S. 6 ff.

39 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 43 ff.

40 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 52. (Hervorhebung im Original). Ergänzt werden diese Aussagen durch den Abdruck einer langen Passage aus dem Werk von MAX GRÜNHUT, Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, in: Abhandlungen zur Erinnerung an Moritz Liepmann, Heidelberg 1930, der auf das ständige Bemühen des Richters um Unabhängigkeit gegenüber den eigenen Gefühlen und Vorurteilen hinweist.

41 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 102.

42 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 111.

43 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 111, Fn. 4.

44 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 111.

45 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 234 (Hervorhebung im Original).

den kann. Die Verantwortung dafür legt EICHENBERGER deshalb in die Hände des Wahlorgans.⁴⁶

Das Richterbild kondensiert sich bei EICHENBERGER schliesslich zu einem «*Habitus*, als eingepflanzte *Denk- und Verhaltensweise des Richters* und seiner Organgruppe [...] so vorab Stabilität, Konstanz, Ruhe und Verlässlichkeit in der gefestigten inneren Unabhängigkeit»,⁴⁷ oder anders ausgedrückt: «*Überlegenheit und Reife*, gesteigert zu einem Ethos, das den vorangestellten Normgehalt aufnimmt und lebendig macht.»⁴⁸ Die konkrete Umsetzung des Ideals bleibt für ihn eine individuelle Angelegenheit: «Was der Richter sein muss, was er können und haben muss, was er Zusätzliches von aussen braucht und was er in sich aufzubereiten hat – das zu bestimmen und zu realisieren ist letztlich ihm selbst überantwortet.»⁴⁹

Sowohl am Anfang wie auch am Schluss ihrer Arbeit verweist REGINA KIENER ebenfalls auf die zentrale Bedeutung der «*Person und Persönlichkeit* der urteilenden Richterinnen und Richter»⁵⁰ bzw. auf deren «Charakter und Selbstverständnis».⁵¹ Da die Rechtsbindung alleine noch keine Gewähr für ein richtiges und gerechtes Urteil biete, seien organisatorische und prozedurale Sicherungen notwendig. Der Kern richterlicher Unabhängigkeit liege aber dennoch «in ihrem personenbezogenen Gehalt begründet», woraus die Forderung nach «der notwendigen *inneren* Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit»⁵² folge.

Bei der näheren Beschäftigung mit der personenbezogenen Unabhängigkeit stellt KIENER gleich fest, dass die Bedeutung der Person der Richterin in der Schweiz relativ spät (und unter dem Einfluss der EMRK) in den Fokus der verfassungsrechtlichen Diskussion gerückt sei.⁵³ In diesem Zusammenhang verweist sie nicht auf EICHENBERGER, wiederholt aber die bereits bei ihm formulierte Ablehnung des Bildes des willenlosen Subsumtionsautomaten und den

46 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 238 f.

47 EICHENBERGER, Justiz inmitten der Staatsveränderung, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See: zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau/Frankfurt a.M. 1990, S. 243 (Hervorhebung im Original).

48 EICHENBERGER, Justiz inmitten der Staatsveränderung (Fn. 47), S. 240: zu den einzelnen Tugenden zählt Eichenberger, ebd.: «Überlegung, Abwägung, Sorgfalt, Unvoreingenommenheit und parteifere Verträglichkeit [...] Verhaltenheit, Vertiefungsfähigkeit, Anerkennung von Höherem mit einer Gehorsamsbereitschaft und bewahrter Kritikfähigkeit, Wartenkönnen und Geduld zum Wachsenlassen von gedanklichen Konstruktionen in der Praxisbewährung, Publizitätsscheu und Skandalabneigung».

49 KURT EICHENBERGER, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Richard Frank (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindung des Richters, in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 1997, S. 90.

50 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 7 (Hervorhebung im Original).

51 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 384.

52 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 13 (Hervorhebung im Original).

53 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 55, mit Hinweis auf BGE 91 I 399 ff. und auf DIETER SIMON (Fn. 34).

(immer noch auf JOSEF ESSER) abgestützten Hinweis auf die schöpferischen Elemente und die unvermeidliche Subjektivität richterlicher Tätigkeit. Daraus resultiere ein «realitätsnahes Richterbild»,⁵⁴ das, gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, mit den Begriffen «Lebensnähe, Erfahrung und menschliches Verständnis»⁵⁵ umschrieben wird.

Mit Hilfe der Distinktion «zwischen rechtsprechungsimmanenter Subjektivität und rechtsprechungsfremder Subjektivität»,⁵⁶ also zwischen einer unvermeidlichen, für die Rechtsprechung sogar unabdingbaren Subjektivität und einer, ausserhalb der legitimen schöpferischen Normkonkretisierungstätigkeit liegenden, Befangenheit und Parteilichkeit anzeigenden Subjektivität, versucht KIENER das Problem der Richterpersönlichkeit in den Griff zu bekommen. Sie weiss aber selber, dass diese Grenzziehung schwierig ist und konstatiert:

«Es gehört zur unauflösbaren Ambivalenz richterlicher Tätigkeit, dass die Richterinnen und Richter auf der einen Seite in das politisch-gesellschaftliche Leben eingebettet sind, im Interesse rechts- und sachrichtiger Rechtsprechung auch eingebettet sein müssen, sich auf der anderen Seite von entsprechenden Einflüssen immer wieder unabhängig zu machen haben.»⁵⁷

Auch unter diesem Gesichtspunkt wird die richterliche Unabhängigkeit von nicht näher bestimmten, inneren Elemente der Richterpersönlichkeit abhängig gemacht.

Argumentativ versucht KIENER, gestützt auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch des EGMR, dem Problem der kaum fassbaren inneren Haltung der Richterin durch die Verlagerung auf den «äusseren Anschein» zu begegnen: «Weil eine Befangenheit als innerer Zustand kaum zu beweisen ist, kommt den nach aussen wahrnehmbaren Umständen, der *«äusseren Erscheinung»* besondere Bedeutung zu.»⁵⁸ Während EICHENBERGER lediglich an die Richterpersönlichkeit appellierte, wird hier, im Sinne einer Objektivierung, nicht mehr nach dem Innenleben des Richters gefragt, sondern nach der Aussenwahrnehmung seines Verhaltens.

Und dennoch bleibt auch für KIENER die Innenwelt der Richterin massgeblich für die Garantie tatsächlicher Unabhängigkeit. Wird für eine sachgerechte Rechtsprechung die Verankerung in der Lebenswelt, die «bewusste Kontaktnahme mit der sozialen und politischen Wirklichkeit»⁵⁹ gefordert, so schützt nur die Richterpersönlichkeit vor übermässiger Exponierung:

54 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 65, mit Verweis auf JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a. M. 1972.

55 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 66 mit Verweis auf BGE 105 Ia 157, 162 f., E. 6a.

56 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 67.

57 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 68.

58 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 70 (Hervorhebung im Original), mit Hinweise auf die ständige Praxis seit BGE 114 Ia 50, 55, E. 3b und des EGMR.

59 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 179.

«Die kluge Dosierung, Angemessenheit, Mässigung und Zurückhaltung ist – über justiziable Grundrechtsgehalte der richterlichen Unabhängigkeit hinaus – letzten Endes eine Frage der individuellen richterlichen Ethik.»⁶⁰

Auch gegenüber medialem Druck wird «eine gewisse Festigkeit [erwartet]. Hier ist die Garantie unabhängiger Beurteilung letztlich nur gewährleistet, wenn sich die betroffenen Richterinnen und Richter *aktiv* um die Bewahrung ihrer inneren Freiheit bemühen.»⁶¹ Das Bundesgericht und die Doktrin würden damit «einem idealisierten Richterbild, das von der weitgehenden Abschirmung der Justiz von der Öffentlichkeit ausgeht»,⁶² eine klare Absage erteilen. Der schon von Eichenberger aufgestellte Tugendkatalog des idealen Richters findet sich bei KIENER bestätigt: Lebensnähe, Erfahrung, menschliches Verständnis, Bewusstsein der eigenen schöpferischen Mitwirkung bei der Normkonkretisierung, Mässigung, Zurückhaltung, Differenzierungsvermögen und Festigkeit.

2. Richter(aus)wahl

Wie bereits erwähnt, überträgt EICHENBERGER dem Wahlorgan die Verantwortung für die, dem Richterbild adäquate Auslese. «Es muss die Möglichkeit wahrnehmen, den Persönlichkeitswert als massgebendes Kriterium zur Geltung zu bringen. Das *füllt* jedoch ausserordentlich *schwer*, wie die schweizerische Praxis beweist.»⁶³ Den damals bestehenden Wahlprozeduren gegenüber äussert sich EICHENBERGER kritisch. Die Wahl durch das Parlament «erlaubt – wenn man will – doch immer noch auf die fachlichen-menschlichen Qualitäten Bedacht zu nehmen.»⁶⁴ Faktisch würden diese Qualitäten aber häufig zurückgestellt: «Die Richterstellen werden <Sitze> politischer Parteien: sie werden im freiwilligen oder erkämpften Proporz aufgeschlüsselt und mit Parteiangehörigen besetzt.»⁶⁵ Dadurch werde, so weiter EICHENBERGER, «die Sozialfreiheit und die innere Unabhängigkeit des Richters»⁶⁶ bedrängt. In einer Fussnote dazu wird EICHENBERGER expliziter und bemängelt, dass die Parteien beim Fehlen geeigneter Kandidaten oder bei Kandidaten, die der Parteileitung nicht zusagen, es vorziehen «eine weniger geeignete Person»⁶⁷ zu portieren. Bei der Wiederwahl verweist EICHENBERGER, gerade im Vergleich mit den ausländischen Justizsystemen, auf die Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit,

60 KIENER, *Unabhängigkeit* (Fn. 34), S. 182.

61 KIENER, *Unabhängigkeit* (Fn. 34), S. 203 (Hervorhebung im Original), mit direktem Verweis auf EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19).

62 KIENER, *Unabhängigkeit* (Fn. 34), S. 212.

63 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 238 (Hervorhebung im Original).

64 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 223.

65 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 223.

66 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 224.

67 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 223, Fn. 4.

fügt aber gleich hinzu, dass faktisch für den schweizerischen Richter die Gewissheit der Wiederwahl bestehe. Grund dafür sei die

«Eigenart konservativer-treuer Einstellung der Kurationsorgane. [...] Diese faktische Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit durch regelmässige Wiederwahl ist ein anschauliches Beispiel, wie das soziologische Komplement im Verfassungsrecht das normative ergänzen bzw. ersetzen kann.»⁶⁸

Dieser Zustand, fügt EICHENBERGER hinzu, «bleibt nur so lange erträglich, als sich der faktische Zug zur Stabilität erhält und als die für die Wiederwahlen zuständigen Kurationsorgane ihre Potenz, den Richter in enge und aktuelle Abhängigkeiten zu versetzen, nicht ausnutzen.»⁶⁹ Ein Systemwechsel zu längeren Amtsperioden oder zum Verzicht auf Wiederwahlen würde allerdings zur Aufgabe der «Fundierung im Volk und seiner Legitimierung im Volkswillen»⁷⁰ führen.

In seinen späteren Publikationen verstärkt sich die Kritik an den bestehenden Zuständen. Sie geht einher mit der Betonung der zunehmenden rechtsschöpfenden Aspekte der richterlichen Tätigkeit. EICHENBERGER stellt 1971, angesichts struktureller Veränderungen der Gesetzgebung und der Etablierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Forderung auf, dass der Richter «am Kurationsprozess des Rechts beteiligt [werden muss], aber nicht einfach nebenbei, aushelfend, als Notbehelf, sondern kraft seines gewandelten Verfassungsauftrags aus eigenem Rechtsgrund und in selbständiger Kraft.»⁷¹ Daraus folgt für EICHENBERGER die Abkehr von einer «naiv verfahrenen Jurisprudenz», der notwendige Übergang «zur bewussten, philosophisch und wissenschaftlich gründenden Richtertätigkeit» und die Dringlichkeit einer Reform der Wahlprozedur durch den Einsatz von

«präparierenden Sonderkommissionen aus sachkundigen und erfahrenen Parlamentariern [...]. Gelänge diese vermittelnde Lösung nicht, so wäre mit allem Ernst die Forderung zu erheben, die Wahl letztinstanzlicher Gerichte besonderen Wahlkollegien zu übertragen, in die das Parlament, die Exekutive, die Judikative instruktionsfreie Wahlmänner entsenden würden, ergänzt vielleicht durch angesehene Einzelpersonlichkeiten.»⁷²

Daraus wurde aber nichts und so konstatiert EICHENBERGER 1990, mit einer gewissen Resignation und mit leicht ironischem Unterton:

68 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 228 f.

69 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 229.

70 EICHENBERGER, *Unabhängigkeit* (Fn. 19), S. 230.

71 KURT EICHENBERGER, *Von der Justiz im modernen Staat*, in: Aargauisches Beamtenblatt 68/1971, S.1 ff.; wieder abgedruckt in: *Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau* (Hrsg.), *Der Staat der Gegenwart. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Basel/Frankfurt M. 1980, S. 548 ff., Zitat S. 553. Für den Zusammenhang mit der Diskussion über die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. auch KURT EICHENBERGER, *Justiz inmitten der Staatsveränderung* (Fn. 47), S. 244 ff.

72 EICHENBERGER, *Justiz im modernen Staat* (Fn. 71), S. 554 f.

«In der Präparativphase vor Wahlgängen die richterlichen Qualitäten zu entdecken und den Wahlorganen plausibel zu machen, das ist der Weisheit von «Weichenstellern» der Partei- und Fraktionsleitungen und im übrigen dem Zufall anheimgegeben. Doch stellen sich Wunder befriedigender Selektion in so grosser Zahl ein, dass entweder höhere Lenkung oder eine genuine Gabe der Eidgenossen zum Richtertum vermutet werden darf.»⁷³

REGINA KIENER greift die Thematik wieder auf und betont, dass es bei der Richterwahl darauf ankomme, «*sachgerechte Auswahlkriterien*»⁷⁴ zu beachten. Sie unterscheidet dabei zwischen fachlichen und staatspolitischen Kriterien und subsumiert unter den ersten sowohl juristische Qualifikationen als auch soziale Kompetenzen i.S.v.

«Menschenkenntnis, Einfühlungsvermögen, Realitätsnähe und Aufgeschlossenheit, Entschlusskraft und Mut zu unpopulären Entscheidungen gegen den Druck der Öffentlichkeit – und insbesondere die Diskursfähigkeit im Sinne einer Befähigung, auch von eigenen Positionen und Vorverständnissen abrücken zu können.»⁷⁵

Kompatibel erscheint für KIENER die Verknüpfung dieser Merkmale mit den staatspolitischen Anforderungen, zu denen, neben passivem Wahlrecht, Sprachen- und zum Teil Regionenproporz sowie Geschlechterverteilung, vor allem die Parteimitgliedschaft als faktisch entscheidendes Kriterium gehört. «Dies allerdings nur unter der Bedingung, dass die Parteimitgliedschaft nicht vorrangiges oder gar einziges Wahlkriterium ist, sondern zuvorderst die fachliche und menschliche Kompetenz»⁷⁶ stehe und der Parteienproporz bei der Verteilung der Richtersitze stets beachtet werde.

Auch KIENER hegt Zweifel an der Angemessenheit der bestehenden Wahlverfahren. Sie fordert ebenfalls die Vorbereitung der Richterwahlen durch fachkompetente und repräsentative Gremien und nach «sachgerechten, nachvollziehbaren und demokratisch gefundenen Kriterien».⁷⁷ Eine grundsätzliche Infragestellung der politisch bestimmten Richterwahl schliesst sie aus, weil dadurch der Richterschaft eine starke demokratische Legitimation und Autorität verliehen und wesentlichen Prinzipien des schweizerischen Staatsdenkens (insbes. Integration, Konkordanz, Pluralität) entsprochen werde.⁷⁸ Insbesondere durch parlamentarische Wahlverfahren würden die «Bedürfnisse nach Legitimation und Qualifikation weitgehend harmonisiert».⁷⁹ Die Tatsache, dass qua-

73 EICHENBERGER, Sonderheiten (Fn. 49), Zitat S. 82.

74 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 262 (Hervorhebung im Original).

75 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 265 f. (Hervorhebung im Original). Zu den daraus sich ergebenden Pflichten vgl. S. 327 ff.

76 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 275.

77 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 276. Gegenüber anderen Rekrutierungsmechanismen unterstreicht sie, immerhin, dass parteipolitische «Auswahlvorgänge zumindest in Ansätzen sichtbar, fassbar und folglich auch kontrollierbar gemacht werden» (S. 272).

78 Vgl. insbes. KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 267 ff. So auch KIENER, Staatsrecht (Fn. 30), S. 277.

79 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 257.

lifizierten Juristen, die nicht bereit sind einer politischen Partei beizutreten, der Richterberuf verwehrt bleibt, erachtet KIENER zwar als problematisch, denn es wäre sachgerecht, auch solche Kandidaturen zu unterstützen, «insbesondere dann, wenn der rechnerisch anspruchsberechtigten Partei keine hinreichend qualifizierten Kandidatinnen und Kandidaten zur Verfügung stehen.»⁸⁰ Daraus folgt für sie aber nicht die Forderung nach einer Abkehr vom faktischen Zwang der Parteimitgliedschaft. In Einklang mit der Praxis wird lediglich am Postulat der «sachgerechten Ausgestaltung»⁸¹ der Wahlverfahren festgehalten.

3. *Laienrichter*

In Bezug auf das Verhältnis zwischen Laien- und Berufsrichter betont EICHENBERGER, freilich in einer Zeit, die noch stärker von der Laienpräsenz in den unteren Instanzen geprägt war, dass durch den Laienrichter das demokratische Prinzip in der Justiz am stärksten zum Ausdruck gebracht werde.

«Dabei schwingt die deutliche, obwohl selten offen zugestandene Auffassung mit, dass der Laienrichter eine spezifische, jedenfalls andere Stellung zum Gesetz habe als der gelehrte Richter, selbst wenn dieser in der Volkswahl erkoren wird.»⁸²

Der Laie werde gegenüber dem Gesetz als freier betrachtet und sei mit «dem im Volke lebendigen und damit aus der Rechtsidee unmittelbar genährten Rechtsbewusstsein ausgestattet».⁸³ Der Berufsrichter kompensiere allerdings diese fehlende Unmittelbarkeit mit der bereits erwähnten Lebensnähe und dadurch, dass er «auf das Volk hinhöre, dessen Stimme vernehme und in der Rechtsprechung auswirken lasse.»⁸⁴ Für EICHENBERGER gibt es vornehmlich zwei Gründe, die für den Laienrichter sprechen: Die Funktion als Sachverständiger und der Zuwachs an Autorität und Legitimität, der entstehe «wenn Richter entscheiden, die die Beteiligten als ihresgleichen halten.»⁸⁵ Dennoch zeigt sich EICHENBERGER im Endergebnis eher skeptisch gegenüber der Laienpräsenz. Er bezweifelt, dass die gewünschte Volksverbundenheit hergestellt werden könne, da Laienrichter eher Gruppeninteressen vertreten würden und weniger in der Lage seien, sich von solchen Abhängigkeiten zu lösen, weil ihnen «die Läuterungsfähigkeit wissenschaftlicher Denkweise fehl[e]»⁸⁶ und sie in der Regel nur nebenamtlich tätig seien. Grundsätzlich wären also rechtsgelehrte Richter vorzuziehen. Noch negativer äusserte sich zur Laiengerichtsbarkeit

80 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 275.

81 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 276. Zur Wiederwahl vgl. ebd., S. 285 ff., mit kritischen Bemerkungen.

82 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 107.

83 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 108. Für die Verbindung von Laienrichter und objektiv-zeitgemässer Auslegung vgl. S. 205.

84 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 110.

85 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 236 (Hervorhebung im Original).

86 EICHENBERGER, Unabhängigkeit (Fn. 19), S. 237.

HANS HUBER, Eichenbergers Lehrer, in einem 1961 gehaltenen Vortrag.⁸⁷ Er bemängelt die fehlenden Rechtskenntnisse und will ihre Präsenz beschränken «in ihrem Zusammenwirken mit dem Juristenrichter, in den unteren Instanzen und in einfacheren Verhältnissen».⁸⁸ In diese Richtung gehen dann auch die späteren Äusserungen von EICHENBERGER zu diesem Thema. Seine Bedenken gegenüber Laienrichter verstärken sich; akzeptabel erscheint für ihn nur noch die «konsensuale Konvergenz des Juristen- und Laienelements im Schosse des Gerichts».⁸⁹

Bei REGINA KIENER ist zunächst eine gewisse Ambivalenz gegenüber der Laienpräsenz in der Justiz zu verzeichnen. Aus ihrer Sicht gehört die juristische Ausbildung zu den wesentlichen Auswahlkriterien, aber zugleich werde die fachliche Qualifikation formell meistens nicht verlangt: «vorherrschend ist eine Verhaftung im Volksrichtertum».⁹⁰ Gegenüber einem ausschliesslichen Berufsrichtertum hegt KIENER dann auch Bedenken wegen der zu befürchtenden übermässigen Staatsnähe und der Generierung einer «von Beginn der Ausbildung an auf beamtete Staatsdienerschaft ausgerichtete, in die Justizhierarchie eingliederte, und letztlich auf Gehorsam nach oben eingübte Richterschaft».⁹¹ Wird also die Laienpräsenz grundsätzlich nicht in Frage gestellt, so betont KIENER dennoch, dass bei zunehmender Komplexität der Streitsache, bei erheblichem öffentlichem Interesse und medialem Druck und bei höheren Instanzen es «umso sachgerechter erscheint die Besetzung des Spruchkörpers mit vollamtlich tätigen, juristisch ausgebildeten Berufsrichterinnen und Berufsrichtern»⁹² vorzunehmen. Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit bei Laienrichterinnen (zu denen sie auch die Geschworenen zählt) sieht KIENER vor allem aufgrund der Beeinflussbarkeit durch Öffentlichkeit und Medien. Praxis und Lehre würden, allerdings weitgehend ohne empirische Grundlagen (wie sie selber konzidiert), bei Laienrichtern, und vor allem bei denjenigen, die nur fallweise herangezogen werden, von einer erhöhten Manipulierbarkeit ausgehen, «auch deswegen, weil sie angesichts rechtlich und sachverhaltlich komplexer Verfahren oftmals überfordert seien».⁹³ Laien erfüllen demnach zunehmend weniger den richterlichen Tugendkatalog.⁹⁴

87 HANS HUBER (Fn. 38), S. 4 f.

88 HANS HUBER (Fn. 38), S. 5. Zu den Einstellungen von HANS HUBER ausführlich ANDREAS KLEY (Fn. 34), S. 173 ff. und 220 ff.

89 EICHENBERGER, Sonderheiten (Fn. 49), S. 83.

90 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 263.

91 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 265. Sie verweist dabei auf MARTIN KILLIAS, Richterauswahl nach «fachlichen» statt «politischen» Kriterien? in: René Schuhmacher (Hrsg.), Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, S. 171 ff.

92 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 266.

93 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 206. Bei den «Laienberufsrichtern» (darunter fallen gemäss KIENER die nicht juristisch ausgebildeten, hauptamtlich tätigen Richterinnen) seien diese Gefahren viel geringer.

94 Näheres dazu hinten C.III.

III. Zwischenergebnis

Praxis und Lehre halten an einem konstanten, traditionellen Richterideal und an der Zentralität der entsprechenden Richterpersönlichkeit für die faktische Umsetzung der von der Verfassung und vom Völkerrecht geforderten richterlichen Unabhängigkeit fest. Sie fördern einen richterlichen Tugendkatalog zu Tage, der vor allem Distanziertheit und innere Freiheit, Lebensnähe, Erfahrung sowie menschliches Verständnis betont. Durch das Erfordernis der fachlichen Qualifikationen wird zudem das Laienrichtertum zunehmend in Frage gestellt. Argumentativ wird, angesichts fehlender empirischer Grundlagen, mit Vermutungen, Alltagsweisheiten und Hinweisen auf die *Lebenspraxis* operiert.

Der unveränderte, *ewige* Kern persönlicher Eigenschaften, die insbesondere die innere Freiheit der Richterin bestimmen sollen, erscheint als nicht überprüfbar. Eine *wirkliche* richterliche Unabhängigkeit ist aber ohne diese Tugenden nicht zu haben. Die Richter sollen sich, so die Verfassungslehre, daher selber um ihre eigene Unabhängigkeit kümmern. Gleichzeitig werden *skills* identifiziert, die als notwendige Voraussetzungen gelten sollen, um dieses Ziel zu erreichen. Dazu gehören, neben wiederum nicht überprüfbaren charakterlichen Eigenschaften, die fachjuristischen Qualifikationen. Im Sinne eines Zirkelschlusses gelten die fachlichen Qualifikationen als Prämissen der richterlichen Unabhängigkeit, gleichzeitig soll eine *vorrechtliche* richterliche Unabhängigkeit eine *fachgerechte* Rechtsanwendung gewährleisten.

Der blinde Fleck der fehlenden Überprüfbarkeit der Unabhängigkeit wird dogmatisch durch die Verlagerung auf den *Anschein* der Unabhängigkeit entparadoxiert. Dadurch wird freilich einer politischen *Blackbox* die Überprüfung gerade derjenigen persönlichen Eigenschaften überlassen, die gleichzeitig als zentral und unabdingbar für die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit angesehen werden.

Daraus ergeben sich für den Fortgang der Untersuchung folgende Fragen: Entspricht das Richterideal der Verfassungslehre den gesellschaftlichen Erwartungen und dem Selbstverständnis der Richter? Mit welchen Eigenschaften und auf welchem Weg wurde und wird man in der Schweiz (Bundes)Richterin? Welchem Richterbild entsprechen also die tatsächlichen Auswahlkriterien? Davor soll aber noch das Verhältnis zur Laienrichterschaft geklärt werden.

C. Die Laienrichter: der steinerne Gast

I. Die Laienrichter als Herausforderung für die Schweizer Juristinnen

1. Die Ursprünge der Schweizer Tradition der Laienrichter

In einem Leiturteil zur Verfassungsmässigkeit des Einsatzes eines erfahrenen Laieneinzelrichters (ein Architekt) in einem zivilrechtlichen Prozess hat das Bundesgericht 2007 festgehalten:

«Historisch gesehen war das neuzeitliche Laienrichtertum ein Postulat der Aufklärung und als gewaltenteiliger Ansatz gegen die vom Monarchen eingesetzten Juristenrichter gedacht (BÖTTGES, Die Laienbeteiligung an der Strafrechtspflege, Diss. Bonn 1979, S. 3 ff.); demgegenüber beruhte es für die Schweiz primär auf dem Umstand, dass sich ein akademisch geschulter Juristenstand im gesamten Gebiet erst relativ spät herausgebildet hat (JESCHEK, Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der BRD und der Schweiz, in: Lebendiges Strafrecht, Bern 1977, S. 243).»⁹⁵

Dazu gleich eine Präzisierung: Noch zu Beginn des 19. Jh. verfügte tatsächlich die überwiegende Mehrheit der Schweizer Richter über *keine* juristische Ausbildung.⁹⁶ Gelehrte Richter gab es zwar vereinzelt,⁹⁷ Richterämter wurden aber in der Regel von Honoratioren bekleidet. Wahlorgane waren die Grossräte oder die Volksversammlungen und das Amt war zeitlich begrenzt.⁹⁸ Ein wichtiger Grund für diese Entwicklung war die Exemption von der Gerichtsbarkeit des Reichskammergerichtes seit dem Ende des 15. Jh.⁹⁹ Dies führte dazu, dass in den Schweizer Gerichten Billigkeitsentscheidungen die Regel und nicht die Ausnahme waren.¹⁰⁰ Es fehlten zudem die spezifischen professionellen Merkmale des Juristenstandes, wie auch deren Begrifflichkeiten. Es handelte sich da-

95 BGE 134 I 16, 18, E. 4.2.

96 So in einem Kommissionsbericht der Helvetischen Republik: «Die meisten Oberrichter kennen nur das Lokale ihres Kantons, und die wenigsten sind Rechtsgelehrte», zit. in WERNER LÜTHI, Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege, Bern 1938, S. 49. So auch in den nordischen Ländern, PIA LETTO-VANAMO, Laien als Richter – warum und wozu? in: Jörn Eckert, Pia Letto-Vanamo und Kjell Å. Modéer (Hrsg.), Juristen im Ostseeraum. Dritter Rechtshistorikertag im Ostseeraum 20.–22. Mai 2004, Frankfurt a.M. 2007, S. 97 ff.

97 Z.B. Hans Georg Finsler, der sich mit Carl Joseph Anton Mittermaier über Laienrichter beschwerte, Brief vom 2. August 1833, abgedruckt in: LIESELOTTE JELOWIK (Hrsg.), Briefe deutscher und Schweizer Germanisten an Karl Josef Anton Mittermaier, Frankfurt a.M. 2001, S. 85. In Basel wehrten sich die Handelsleute vehement gegen den Ausschluss der Laien aus der Justiz. Bachofen, der in Basel als Appellationsrichter amtierte, erklärte, wie schwierig es gewesen sei, ein aus gelehrten Juristen bestehendes Gericht zu schaffen, vgl. ROY GARRÉ, Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen (1815–1887), Diss. Bern, Frankfurt a.M. 1999, S. 192 f.

98 Vgl. MATTHIAS KRADOLFER, Justitias «Emancipation» – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848. Unter besonderer Berücksichtigung der Justizgeschichte des Kantons St. Gallen, Diss. St. Gallen, Zürich 2011, S. 235 f.

99 PIO CARONI, *Ius romanum* (Fn. 6); GARRÉ, *diffusione* (Fn. 6).

100 SCHOTT, *Wir Eidgenossen* (Fn. 6).

bei um kein *naives* Recht, sondern um ein kulturell *anderes* Recht, welches das Eingreifen des Juristen nicht brauchte; er war hier nicht willkommen.¹⁰¹

In der Schweiz gab es, insbesondere im Strafrecht, *keine Kabinetjustiz*.¹⁰² Es galten aber weiterhin Rechtspraktiken des Ancien Régime, welche die Regeneration nicht in Frage zu stellen vermochte.¹⁰³

Die Regierungen übten einen gewissen Widerstand gegen die neuen Rechts- und Verfahrensgrundsätze aus.¹⁰⁴ Die Folter blieb insbesondere in der Form der Ungehorsamsstrafe und der Lügenstrafe im Rahmen einer geheimen Untersuchung bestehen.¹⁰⁵ Die im 19. Jh. ununterbrochene, mehrheitsfähige Opposition gegen die gelehrten Richter kann daher als Ausdruck der Konservierung der Machtpositionen dieser Honoratioren betrachtet werden. Die Legitimationsfunktion der Laienrichter im Sinne einer Hervorhebung der Volkstümlichkeit galt in diesem Kontext als Loyalitätsappell an die Gemeinschaft.¹⁰⁶ In den darauffolgenden Jahrzehnten machte sich auch die bürgerliche Elite und später die Arbeiterbewegung diese Strategie zu eigen, um die politische Kontrolle über die Rechtsprechung zu behalten.¹⁰⁷

2. *Kellers Scheitern in Zürich*

Die akademischen Institutionen wurden anfangs des 19. Jh. als «propädeutische Dienstleister verstanden»¹⁰⁸ und litten während Jahren unter niedrigen Studen-

101 PIO CARONI, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel 1996, S. 44; CARONI, *Ius romanum* (Fn. 6), S. 62: «Il motivo determinante del rifiuto svizzero della recezione non fu la paura di dover vivere sotto un diritto diverso, nuovo ed estraneo, perciò incomprensibile, ma piuttosto il desiderio di opporsi alla presenza e all'attività dei giuristi».

102 «Unter Kabinetjustiz versteht man Eingriffe des Monarchen oder seiner Minister/seines Kabinetts in ein konkretes Gerichtsverfahren», WERNER OGRIS, Kabinetjustiz, in: Albrecht Cordes et al. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. Aufl., Bd. II, Berlin 2004, Sp. 1487 f.

103 SIEGRIST, (Fn. 6), 1. Hb., S. 136: «In den einzelnen Republiken, die im lockeren Staatenbund der Eidgenossenschaft zusammengeschlossen waren, herrschten städtische-patrizische, zunftaristische und stadtbürgerliche Führungsschichten oder ländlich-bäuerliche Besitzer- und Unternehmereliten. Diese regierten als kollektive Führungsschicht über die einfachen Bürger und Hintersassen der Hauptstadt und über die Untertanen auf dem Land und in den Gemeinen Herrschaften.»

104 Vgl. MICHELE LUMINATI, Die Entstehung der Staatsanwaltschaft in der Schweiz – ein rechtshistorischer Streifzug, in: Michele Luminati und Niklaus Oberholzer (Hrsg.), Die Staatsanwaltschaft im Spannungsfeld von Unabhängigkeit, Aufsicht und Weisung, Sonderheft Forum poenale 11/2018, S. 340 ff.

105 LUKAS GSCHWEND und MARC WINIGER, Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Zürich 2008, S. 45 ff.; vgl. KASIMIR PFYFFER VON ALTISHOFEN, Das Strafrechts-Verfahren des Kantons Luzern vom Jahre 1865. Mit einer Einleitung und erläuternden Bemerkungen, mit einigen Formularen nebst zwei Abhandlungen, Luzern 1866, S. 5 ff.

106 Vgl. auch CARONI, Einleitungstitel (Fn. 101), S. 44.

107 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 475 f.

108 ANDREAS THIER, Beobachtungen zur Pandektistik in der Schweiz, in: Susanne Lepsius, Reiner Schulze, Bernd Kannowski (Hrsg.), Recht, Geschichte, Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs, Berlin 2014, S. 229 ff., Zitat S. 233.

tenzahlen: 1837 beklagte sich Bluntschli über das Fehlen von Rechtsstudenten, 1856 wurden in Basel die Vorlesungen sogar eingestellt!¹⁰⁹ Grundlegend für die Entwicklung eines modernen Juristenstandes war somit der rege Austausch eines Teils der Schweizer Elite mit der ausländischen Rechtswissenschaft, sei es in der Form einer Ausbildung im Ausland (mit der zentralen Rolle der Universität Heidelberg)¹¹⁰, sei es durch den Ruf von ausländischen Rechtsprofessoren,¹¹¹ darunter auch politischen Flüchtlingen (wie Jodocus Temme und Hermann Höchster) mit dem Ziel, den Einfluss der Laien auf die Gerichte zu brechen.¹¹²

Die *jungen Juristen* um den Zürcher Romanisten und Savigny-Schüler Friedrich Ludwig Keller haben während der Regeneration versucht, in Zürich die «Wegschaffung des alten väterlichen Regiments» und «die Herrschaft des Grundsatzes, des Gesetzes, der Wissenschaft» durchzusetzen.¹¹³ Sie forderten «Gesetz, Idee, Regel, Grundsatz,» richterliche Unabhängigkeit (der Regierung gegenüber) und die Urteilsbegründung anstelle von «Laune, Willkür, Gnade und Ungnade».¹¹⁴ Keller war aber elitär und gegen die direkte Demokratie. Er sah die Schweiz als «roh, verworren und uncultiviert».¹¹⁵ Es handelte sich um einen Kampf um die «Verwissenschaftlichung der Rechtspflege».¹¹⁶ THIER betont, dass es für Keller um

«die Aufwertung der Gerichtsbarkeit durch die Professionalisierung ihrer Richter [ging], und der Weg dorthin sollte über eine Veränderung des Rechtswissens und seiner Ordnungsstrukturen führen».¹¹⁷

Obwohl der Volksgeistlehre verpflichtet, war sein Ansatz, so CARONI, für die genossenschaftlich-republikanische Schweiz problematisch.¹¹⁸ Keller schloss dabei ausserdem wesentliche Teile der produktiven Gesellschaft, insbes. die Ar-

109 Vgl. CARONI, *Privatrecht im 19. Jh.* (Fn. 6), S. 80 f., Fn. 66.

110 SIEGRIST (Fn. 6), I. Hb., S. 334; s. auch KRADOLFER (Fn. 98), S. 203 f.

111 Für die junge Romanisten CARONI, *Die Schweizer Romanistik* (Fn. 6).

112 So sprach sich Bachofen, trotz unterschiedlicher Rechtsauffassung, nicht gegen Windscheid, Jehring und Planck aus, «gli unici in grado di far filtrare un messaggio scientifico sul sostrato affaristico-commerciale altrimenti predominante nella cultura cittadina», GARRÉ, *Fra diritto* (Fn. 97), S. 196, Fn. 138.

113 Zitate Kellers aus dem Jahr 1834, zit. in CARONI, *Schweizer Romanistik* (Fn. 6), S. 260 und die dort angeführte Literatur.

114 Pio CARONI, *Savigny nell'Ottocento svizzero*, in: Susanne Lepsius, Reiner Schulze, Bernd Kanowski, (Hrsg.), *Recht – Geschichte – Geschichtsschreibung. Rechts- und Verfassungsgeschichte im deutsch-italienischen Diskurs*, Berlin 2014, S. 215 ff., Zitat S. 222, und die dort angeführte Literatur; so auch, mit anderen Stimmen, in den anderen Regenerationsszentren, LUKAS GSCHWEND, *Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Régime bis in die Gegenwart*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/3.

115 CARONI, *Schweizer Romanistik* (Fn. 6), S. 258, Fn. 73.

116 CARONI, *Privatrecht im 19. Jh.* (Fn. 6), S. 77; CARONI, *Schweizer Romanistik* (Fn. 6).

117 THIER (Fn. 108), S. 242 und die dort angeführte Literatur.

118 CARONI, *Schweizer Romanistik* (Fn. 6); CARONI, *Ius romanum* (Fn. 6); CARONI, *Savigny* (Fn. 114), S. 218, bemerkt aber die Paradoxie, dass die Schweiz genau durch diese laiengerichtliche Tradition zu einem stimulierenden Ort für das historische Credo wurde.

beiter in der Landindustrie, aus.¹¹⁹ Letztendlich wurde er durch den konservativen *Züriputsch* entmachteter. Die Liberalen hatten aber seine Position schon in Frage gestellt, als sie 1837 einen erfahrenen liberalen Laienrichter anstelle des von ihm vorgeschlagenen jungen konservativen Juristen Bluntschli ins Obergericht wählten.¹²⁰

3. *Unterschiedliche Strategien der gelehrten Juristen zur Erlangung der Kontrolle über den Rechtsstaat*

a. *Die Kompromissbereitschaft des Anwaltes Jonas Furrer, erster Bundespräsident*

Wie CARONI erklärt, hat sich die gesellschaftliche Opposition gegen den gelehrten Juristen nicht nur über die Figur des Richters gezeigt, sondern sie richtete sich auch gegen den Advokatenstand. Die Anwälte ersetzten den richterlichen Paternalismus, was als *unrepublikanisch* empfunden wurde.¹²¹ Die Skepsis den regenerativen Neuheiten gegenüber konnte sich nämlich auf die Tatsache stützen, dass ein «sekuläre[s] Misstrauen in der Öffentlichkeit gegenüber dem Wirken des Fachjuristen ungebrochen andauerte».¹²² Auch Laienrichter widersetzten sich der neuen juristischen Kultur des Gesetzespositivismus,¹²³ die in weiten Teilen der Schweiz unmittelbar mit den Advokaten und ihrer politischen Tätigkeit assoziiert wurde.¹²⁴ Anfangs des 19. Jh. wurde die Rechtsanwaltschaft in den grösseren Kantonen «von oben» institutionalisiert, was auf die Ordnungs- und Gesetzesvorstellungen der Regierenden zurückwirkte¹²⁵ und die Profession mit der Wissenschaft in den neu gegründeten Rechtsschulen verband. Professoren wie Snell bildeten dann «einen Juristen- bzw. Advokatentyp heran, der nicht nur formaljuristisch, sondern auch politisch-gesellschaftlich argumentierte und sich als Advokat und Bürger zugleich betrachtete».¹²⁶ Mit der Professionalisierung wurde in den 1840er Jahren die Figur des Advokaten als Vertreter eines typischen liberalen Rechtsstaates zum Dauerthema, auch wegen

119 Vgl. RICCARDO JAGMETTI, Johann Jakob Rüttimann (1813–1876). Mitgestalter der Schweiz im Aufbruch, Basel 2018, S. 87.

120 THOMAS WEIBEL, Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich, Zürich 2006, S. 115; Bluntschli wurde aufgrund seiner politischen Ansichten nicht gewählt, vgl. GEROLD MEYER VON KNONAU, Artikel «Bluntschli, Johann Kaspar», in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Allgemeine Deutsche Biographie, Band 47 (1903), S. 29 ff.

121 CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 80.

122 CARONI, Schweizer Romanistik (Fn. 6), S. 252.

123 Vgl. beispielhaft für Luzern MAX HUBER, Zur Geschichte des Luzerner Obergerichts, in: Richter und Verfahrensrecht. Festgabe 150 Jahre Obergericht Luzern, ZBJV 127bis, Bern 1991, S. 1 ff.

124 SIEGRIST (Fn. 6), 2. Hb., S. 897.

125 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 154 f.

126 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 161.

der Entwicklung des neuen juristischen Berufsbildes des Advokaten (parallel zum Bild des gelehrten Richters) als «Priester der Gerechtigkeit».¹²⁷

Ulrich Ochsenbein, der erste Nationalratspräsident und Freischarenführer, und Jonas Furrer, der erste Ständeratspräsident und anschliessend der erste Schweizer Bundespräsident, waren die angesehensten Anwälte Berns und Zürichs. Anfänglich an der Seite von Keller, ohne aber als einer seiner Schüler zu gelten, wechselte Furrer gleich nach dem *Züriputsch* das politische Lager und näherte sich der NZZ an,¹²⁸ somit an der Seite von Heinrich Escher, der den Kampf gegen das sog. «Juristenregiment» führte¹²⁹ und als Hauptverteidiger der Laienrichter galt.¹³⁰ Weil Furrer dem EJPD vorstand, konnten die Kellerschüler Alfred Escher und Johann Jakob Rüttimann ungehindert an ihren gesetzgeberischen Werken arbeiten¹³¹ und namhafte Romanisten wie Theodor Mommsen an die Universität Zürich rufen.¹³² Furrer dämpfte allerdings die Bestrebungen der liberalen Juristen in Bezug auf die Zentralisierung des Rechtswesens. Er verstand sich diesbezüglich als Föderalist und «*protestirt feyerlichst*» als sein revolutionärer Mitstreiter Johann Konrad Kern 1847 eine Appellationsinstanz gegen kantonale Urteile in der Bundesverfassungskommission vorschlug.¹³³ 1850 wehrte er sich vehement gegen die Idee namhafter liberaler Juristenpolitiker, wonach die Kantone sofort die Folter abschaffen müssten. Bei diesen Fragen standen sich nicht einfach liberale Juristen und Volk gegenüber, sondern liberale Juristen und kantonale Souveränität. Furrer wollte «Volk und Behörden auch wieder einmal Athem holen» lassen.¹³⁴

Bei der Schaffung des Bundesgerichts hingegen garantierten sich die liberalen Juristen von Anfang an die Kontrolle: Art. 97 BV legte lediglich die Unvereinbarkeit von Richteramt und Exekutive fest und verknüpfte die Wählbarkeit zum Richter mit der Wählbarkeit in den Nationalrat.¹³⁵ In der Redaktionskommission, wie Johann Konrad Kern (anschliessend zum ersten Präsidenten des Bundesgerichtes gewählt) unterstrich, galten somit die gleichen Wählbarkeits-

127 SIEGRIST (Fn. 6), I. Hb., S. 319 f.

128 ROLF HOLENSTEIN, *Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz im Jahr 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte der Erfinder*, Basel 2018, S. 249 ff.

129 HANS FRITZSCHE, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich. Zur Erinnerung an die Regeneration von 1831 im Auftrag des Obergerichts*, Zürich 1940, S. 58 f.

130 S. z.B. HEINRICH ESCHER, *Versuch über die Zweckmässigkeit und Möglichkeit der Wiederherstellung der Volksgerichte in der Schweiz nach den Verhältnissen und Anforderungen unserer Zeit*, Zürich 1838, S. 25.

131 FRITZSCHE (Fn. 129), S. 69 ff.

132 ERNST GAGLIARDI, HANS NABHOLZ und JEAN STROHL, *Die Universität Zürich 1833–1933 und ihre Vorläufer. Festschrift zur Jahrhundertfeier*, Zürich 1938, S. 488.

133 HOLENSTEIN (Fn. 128), S. 814.

134 SANDRA WIEDERKEHR, *Institutionen, Strukturen, Prozesse*, in: Joseph Jung (Hrsg.) *Alfred Eschers Briefwechsel (1848–1852). Aufbau des jungen Bundesstaates, politische Flüchtlinge und Neutralität*, Zürich 2012, S. 58.

135 Art. 97 BV 1848 i.V.m. Art. 64 BV 1848; HOLENSTEIN (Fn. 128), S. 880 f.

voraussetzungen wie für den Bundesrat.¹³⁶ Das Bundesgericht war kaum von einer politischen Behörde zu unterscheiden. Formell konnte jeder wählbare Bürger zum Bundesrichter bestimmt werden, faktisch wurden von Anfang an nur erfahrene gelehrte Juristen als Bundesrichter gewählt.

b. *Die anfängliche Skepsis gegen die Geschworenen und ihre Instrumentalisierung gegen die Laienrichter*

Die liberalen Kräfte haben nicht immer für die Geschworenen plädiert. CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER z.B. war zwar der Hauptvertreter der Überwindung der alten Beweistheorie,¹³⁷ fand aber noch 1845 die Lehre der freien richterlichen Überzeugung zu unsicher, insbesondere weil die Geschworenen zu beeinflussbar wären,¹³⁸ und äusserte kein Misstrauen den gelehrten Richtern gegenüber;¹³⁹ so auch Keller. Trotz seiner Anglomanie und einer Reise nach London, um die englische Jury zu erforschen, sah Keller in seinem modernen Entwurf für eine gesamtschweizerische militärische Strafprozessordnung in den 1830er Jahren kein Schwurgericht vor.¹⁴⁰ Er zeigte sich zwar von dieser Institution angezogen, schätzte die Geschworenen aber nicht: Er war überzeugt, dass sie ihre Meinung als nicht-ausgebildete Menschen zufällig bildeten und dass ein sachkundiger Richter sie überzeugen musste.¹⁴¹ Er fand aber etwas Positives in jener Institution: die Richterfigur! «Gebt uns solche Richter und so wenige, und ich will hundertmal zum Geschwornengerichte Hand bieten».¹⁴² Er riet hingegen, mit Hinweis auf seine persönlichen Erfahrungen mit den Laienrichtern, entschieden von der Form des Schöffengerichtes ab: «die Nichtjuristen wurden vielmehr gewöhnlich

136 HOLENSTEIN (Fn. 128), S. 876.

137 PAOLA BALESTRIERI, Mittermaier e l'Italia. Orientamenti politici e dottrine processualistiche in un carteggio di metà Ottocento, *Ius commune* 10/1983, S. 97 ff.

138 CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmässigkeit, mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart – Tübingen 1845, S. 365 ff.; seine Meinung über die Beeinflussbarkeit schwankte eigentlich mehrmals über die Jahrzehnte und kann nicht als Richtschnur genommen werden, vgl. ARND KOCH, Carl Joseph Anton Mittermaier und das Schwurgericht, *ZNR* 22/2000, S. 167 ff.

139 MITTERMAIER, Mündlichkeit (Fn. 138), S. 374.

140 Sein Projekt war bereits ziemlich modern: Die Untersuchung blieb geheim, sah aber die mündliche Verhandlung und den Indizienbeweis vor. Die Geschworenen sind im Projekt erst im Jahr 1851 von seinem Schüler Rüttimann hinzugefügt worden. Vgl. dazu KARL ZBINDEN, Kasimir Pfiffer von Luzern im Dienste des Strafrechts, in: Ferdinand Elsener und Wilhelm Heinrich Ruoff (Hrsg.), *Festschrift Karl Siegfried Bader. Rechtsgeschichte, Rechtssprache, Rechtsarchäologie, rechtliche Volkskunde*, Zürich 1965, S. 485 ff., S. 492; über die Anziehungskraft Englands vgl. auch CARONI, *Schweizer Romanistik* (Fn. 6), S. 258, Fn. 74.

141 ARTHUR BAUHOFFER, Friedrich Ludwig Keller und das Schwurgericht, *ZSR NF* 67/1948, S. 147 ff.

142 Keller 1835, zit. nach ARTHUR BAUHOFFER, Friedrich Ludwig Keller und das Englische Schwurgericht, *ZSR NF* 82/1963 I, S. 283 ff., S. 290.

sehr bald – schlechte Juristen, weiter nichts». ¹⁴³ Der gleichen Meinung war auch JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, der wie sein Mentor Keller 1836 zwecks Studium des englischen Prozesses nach London gereist war und die Geschworenen 1847 in seinem Projekt für eine Zürcher Strafprozessordnung nicht vorgesehen hatte. ¹⁴⁴

Geschworenengerichte sind dann in den Zeiten der Revolutionen Mitte des 19. Jh. in einigen Kantonen eingeführt worden. Sie sind teils Kinder einer revolutionär-radikalen Haltung französischer Prägung, ¹⁴⁵ teils eine Ableitung aus den Ideen RÜTTIMANNS. ¹⁴⁶ Dieser nahm die liberalen Umtriebe von 1847 zum Anlass, um Geschworenengerichte in seinen Gesetzesvorschlag einzubauen, ¹⁴⁷ genau wie MITTERMAIER. Beide schlugen als kontinentale Lösung eine Anpassung des englischen Geschworenenmodells vor. MITTERMAIER sah die *Jury* als Garantie gegen die monarchischen Juristenrichter, weil die freie Beweiswürdigung eine zu furchtbare Macht in ihren Händen gewesen wäre, insbesondere weil die englischen Geschworenen mit Beweisregeln (*rules of evidence*) und nicht mit der freien *conviction* wie im französischen Schwurgerichtsverfahren entscheiden mussten. ¹⁴⁸ RÜTTIMANN hatte einen anderen Zugang zum englischen Prozess: Er behauptete, dass dort doch eine Beweistheorie galt, aber «ein Indicienbeweis (*presumptive or circumstantial evidence*) ist in Strafsachen sowohl als in Civilsachen zulässig». ¹⁴⁹ Aufgrund der freien Überzeugung wäre es aber gefährlich, die Entscheidung einem einzelnen Richter zu überlassen. Das Wesensmerkmal der *Jury* war nicht die Volkstümlichkeit, sondern die Möglichkeit, viele Perspektiven auf der Richterbank zu haben. Seiner Meinung nach konnte eine *Jury* auch nur aus gelehrten Richtern bestehen. ¹⁵⁰

Mit seinen Prozessreformen konnte RÜTTIMANN das Prinzip der Gesetzesanwendung verwirklichen. ¹⁵¹ Die Geschworenen waren Teil dieser Verwirkli-

143 Keller 1851, zit. nach BAUHOFFER 1948 (Fn. 141), S. 145.

144 JAGMETTI (Fn. 119), S. 45.

145 Genf, Waadt, Bern, Freiburg; vgl. LUKAS GSCHWEND, Die Einführung der Geschworenengerichtsbarkeit in der Schweiz bis 1850, in: José Antonio Pérez Juan (Hrsg.), Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jh., Regensburg 2018, S. 139 ff.

146 Zürich, Tessin, Thurgau, Aargau, Neuchâtel und Solothurn; vgl. ALBERT SCHNEIDER, Johann Jakob Rüttimann, in: Johann Jakob Rüttimann, Kleine vermischte Schriften juristischen und biographischen Inhalts. Mit Biographie des Verfassers, Zürich 1876, S. 3 ff.

147 JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, Die zürcherischen Gesetze betreffend die Organisation der Rechtspflege und das Strafverfahren (Schwurgerichte) mit Erläuterungen, Zürich 1853, Einleitung.

148 CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER, Il processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni, Reggio – Modena 1851, S. 574: «Ora siccome in Inghilterra quelle che decidono sono le regole di prova, così spetta ai giudici alla fine dei dibattimento, l'istruire i giurati di tutti i punti di diritto che sono decisivi nelle cause e il facilitar loro la deliberazione, ed i giurati accolgono con fiducia questi schiarimenti scientifici»; KOCH (Fn. 138), S. 181, lehnt die These einer politischen Bedingtheit der Meinungsänderung MITTERMAIERS ab.

149 JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, Bericht über die englische Strafrechtspflege, Zürich 1837, S. 80.

150 Er enthielt sich ausdrücklich einer Meinung über die Opportunität der Einführung der *Jury* in der Schweiz, RÜTTIMANN, 1837 (Fn. 149), S. 82.

151 Vgl. RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 43.

chungsstrategie.¹⁵² Der Assisenpräsident konnte jetzt gestützt auf das *Gesetz betreffend die Organisation der Rechtspflege* von 1852 zum Einzelrichter werden, der den Prozess leitete und «vorkommende Geschäfte rasch und gut erledigt»¹⁵³ und die Anwälte konnten dank dem neuen (englischen) Kreuzverhör feste Prozessakteure werden.¹⁵⁴ Um die Akzeptanz der Jury zu erhöhen, betonte RÜTTIMANN, dass der Wahrspruch der Geschworenen als voller Schuldspruch galt. Er war somit gleichzeitig eine Entscheidung über die Tatfrage und über die Rechtsfrage. Der Richter musste dann über die Strafe entscheiden.¹⁵⁵

c. Die Anerkennung des Laienrichters als tragender Bestandteil des ZGB

Wie SIEGRIST erinnert, lief die Professionalisierung der Juristen im letzten Teil des 19. Jh. «weiterhin als Professionalisierung der Advokatur ab, während die Formalisierung und Professionalisierung des Richterberufs aus politischen Gründen nicht recht vorankam».¹⁵⁶ Die Richterstellen an Obergerichten waren Ende des 19. Jh. meist von Juristen besetzt. Das Problem, aus Sicht der Gelehrten, waren die Bezirksgerichte: Das Volk verstand das Richteramt als politisches Amt und wählte immer wieder Laienrichter.¹⁵⁷

Eugen Huber konnte seinen Entwurf des ZGB mitunter aufgrund der Betonung der zentralen Rolle der Laienrichter durchbringen:¹⁵⁸ Es handelte sich um

152 Der instrumentelle Charakter der RÜTTIMANN'SCHEN *Jury* kann besser unter Berücksichtigung der Haltung Alfred Eschers verstanden werden. RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 274, war für die Abschaffung der Folter, A. Escher auch, er plädierte aber gegen die Geschworenengerichte, s. Brief von von Planta an A. Escher 7. August 1850, in: JUNG (Fn. 134), S. 172 f., Fn. 2. Das ist keineswegs unbedeutend: Wie Foucault erinnerte, waren das Geständnis und die Folter Zwillingerscheinungen, vgl. ROY GARRÉ, *Inquisizione, inquisiti, inquisitori: spigolature giusletterarie fra Fëdor Dostoevskij, Umberto Eco e Valerio Evangelisti*, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.), *«Toujours agité – jamais abattu»*. Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 539 ff.; gemäss Hegel war das Schwurgericht die prozessuale Garantie anstelle des Geständnisses und damit «selbst ein Zweck, Bewahrung der Freiheit des subjectiven Willens in dem Fall, dass der Verbrecher nicht eingesteht», zit. nach MIKE BACHER und PAOLO BECCHI, *Der Kampf Hegels um ein liberales Strafrecht. Die Geschworenengerichte – ein erster Vergleich zwischen Vorlesung und den «Grundlinien»*, in: Filippo Contarini und Ares Bernasconi (Hrsg.), *Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess*, ZSR Beih. 51, Basel 2014, S. 25 ff., Zitat S. 36.

153 RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 24.

154 RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 195 und 247 ff. Die Mündlichkeit und Öffentlichkeit im Gericht setzte sich in ganz Europa durch, vgl. auch LUIGI LACCH , «Non giudicate». *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli 2009, S. 24 ff.

155 RÜTTIMANN, 1853 (Fn. 147), S. 43 und 210; JOHANN JAKOB RÜTTIMANN, «Was sind die gesetzlichen Bestimmungen in denjenigen Kantonen, welche Geschworenengerichte haben, in betreff der an die Geschwornen zu richtenden Fragen? [...], Referat, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, in: ZSR AF 12/1864, S. 45 f.; vgl. auch Art. 93 BStrP 1851 und Art. 114 f. BStrP 1851; über die Autorenschaft R TTIMANNs vgl. jetzt JAGMETTI (Fn. 119), S. 43.

156 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 472.

157 SIEGRIST (Fn. 6), 1. Hb., S. 472 ff.

158 Vgl. CARONI, Einleitungstitel (Fn. 101), S. 41; GARRÉ, *Fra diritto* (Fn. 97) S. 205.

die Anerkennung traditioneller genossenschaftlicher demokratischer Werte, die «keine Besiegten» zurück zu lassen vermochten,¹⁵⁹ nicht zuletzt auch wegen der Referendumsdrohungen.¹⁶⁰ Obwohl die Politik das neue Gesetzbuch durch die Ernennung von fünf neuen (wie immer gelehrten) Bundesrichtern zu festigen versuchte,¹⁶¹ waren sich die Rechtsgelehrten vollkommen bewusst, dass sie mit der «freien Konkurrenz der Laienarbeit» leben mussten.¹⁶²

II. Das Fortbestehen der Laienrichter im Schweizer Recht

1. *Wer und wo sind Laienrichter?*

Es herrscht heute Einigkeit darüber, dass als «echte», «ständige» Laienrichter diejenigen Richterinnen gelten, die «über keine spezifisch juristische Ausbildung verfügen» und nebenamtlich in Kollegialgerichten (ev. auch als Einzelrichter) urteilen.¹⁶³ Noch 2006 setzten sehr wenige Kantone ein abgeschlossenes Jurastudium für die Wahl zur Richterin voraus.¹⁶⁴ Sogar in den urbanen Zentren wie Bern, Basel oder Genf war eine rege Präsenz in den Kollegialgerichten festzustellen. Nur im Kanton Zug setzte sich die erste Instanz ausschliesslich aus Juristen zusammen. In der zweiten Instanz war eine nebenamtliche Laienbeteiligung noch in zehn Kantonen vorgesehen.¹⁶⁵ 2012 gab es nur in Luzern, Neuenburg, Schaffhausen und Zug keine Laienrichter in der ersten

159 CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 67.

160 CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 90.

161 MICHELE LUMINATI, Giudici legislatori – alla maniera elvetica, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 40/2011, S. 303 ff.

162 PAUL FRIEDRICH VON WYSS, zit. nach CARONI, Privatrecht im 19. Jh. (Fn. 6), S. 90.

163 MICHAEL BEUSCH, Laienmitwirkung in der Verwaltungsrechtspflege. Eine Standortbestimmung am Beispiel der Steuerjustiz unter Einbezug der österreichischen Diskussion zur Reform der Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Justice – Justiz – Giustizia 3/2008. So auch FELIX BOMMER, Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege, in: Jörg Schmid und Hansjörg Seiler (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich 2006, S. 47 ff.; NICCOLÒ RASELLI, Laien als Richter und Richterinnen, SJZ 104/2008, S. 96 ff.; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, Einzelgericht oder Kollegialgericht? – Ein Diskussionsbeitrag, SJZ 105/2009, S. 91 ff.; DETLEF KRAUSS, Laien in der Strafrechtspflege der Schweiz, in: Heike Jung (Hrsg.) Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen. Participatory models and individual rights, Bonn 1989, S. 193 ff., der die Rolle der Laiengerichtbarkeit im Sinne eines *Milizsystems* betont (S. 194); RAPHAËL ARN, ANDRÉ KUHN und NICOLE SAURER, Synthese. Inkrafttreten der StPO: Auf dem Weg zu einer Vereinheitlichung der Organisation der Strafbehörden? in: Raphaël Arn, Nicole Saurer und André Kuhn (Hrsg.), Organisation der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden und strafrechtliche Ausführungsbestimmungen, Basel 2011, S. 39 ff., bezeichnen die Laienrichter hingegen nur als «Nicht-Berufsrichter» (S. 43). Diese Definition berücksichtigt nicht die sog. «Berufslaienrichter» wie sie z.B. KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 206, oder ROBERT HAUSER, ERHARD SCHWERI und KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel, Genf, München 2005, S. 85 bezeichnen. BOMMER (wie hier oben), S. 51, nennt letztere «Halblaien».

164 Vgl. WALTER BOSSHART, Die Wählbarkeit zum Richter im Bund und in den Kantonen, Diss. Zürich, Winterthur 1961, S. 41 ff. (und S. XVII) und neuerdings BOMMER (Fn. 163).

165 BOMMER (Fn. 163).

Instanz.¹⁶⁶ Dabei sind die Laienrichter von den Geschworenen zu unterscheiden. Die Besonderheit der Geschworenen liegt nicht in ihrer mangelnden Fachkompetenz, sondern in der Zufallskomposition und in der Möglichkeit der Zufallsablehnung.¹⁶⁷ Eine weitere Kategorie bilden die Fachlaienrichter, die in Fachgerichten die «Sprache [der Branche] sprechen».¹⁶⁸

Die soziologischen Erhebungen von den 1970er Jahren bis heute zeigen, dass nur 9 % der Laienrichter aus einer Familie mit universitärem Bildungsabschluss kommen und dass diese Ziffer konstant geblieben ist. Die Gründe für diese Stabilität seien im Wahlsystem zu suchen, insbesondere in der fehlenden Öffnung der Richterposten für Nicht-Parteimitglieder.¹⁶⁹ Schon in den 1970er-Jahren waren nach MATTER grosse Unterschiede im Bekanntheitsgrad der Richterinnen zwischen Stadt und Land festzustellen: In einer Befragung konnten 70 % der Befragten eines ländlichen Bezirkes den Namen eines (frisch gewählten) Richters angeben, dieser Anteil sank in der Stadt Zürich auf lediglich 7%.¹⁷⁰ ANGEHRN/LUDEWIG-KEDMI haben 2007 in einer repräsentativen Stichprobe gezeigt, dass 72 % der Laienrichterinnen ein Amt mit einem Pensum von nur 20 % bekleideten, 93 % waren in der ersten Instanz tätig, 31 % als Einzelrichter. Nur 2.2 % waren in der Verwaltungsjustiz tätig.¹⁷¹ MACHURA hat in Deutschland die Schöffen gefragt, wie intensiv sie an den Beratungen teilnehmen. Er konnte feststellen, dass die Schöffen sich zurückziehen, wenn der Richter die Beratungsatmosphäre verschlechtert und abweichende Meinungen nicht «fair» entgegennimmt.¹⁷² LUDEWIG-KEDMI/ANGEHRN behaupten ausserdem, ohne nähere empirische Hinweise zu nennen: «von Berufsrichtern ist im-

166 VERA BEUTLER, «Keine Rechtfertigung mehr für Laienrichter», plädoyer 2012/3, S. 11 ff., deren Tabelle über die Laienrichter in der Schweiz aber leider die Differenz zwischen Kollegiallaienrichter, Geschworenen, Einzellaaienrichter und Fachlaienrichter nicht berücksichtigt. Die einzigen relevanten Daten sind deshalb diejenigen über die Nicht-Präsenz der Laienrichter.

167 SCHON MITTERMAIER, Mündlichkeit (Fn. 141), S. 360 erinnerte daran, dass Geschworene Rechtskenntnisse *nicht nötig* haben. Ein aktuelles Beispiel ist der Anwalt und Bundesgerichtsschreiber Ares Bernasconi, der als *Schöffensjurist* (N. B. nicht als einziger) am Tessiner Appellationsgericht amtiert.

168 BGE 136 I 207, 215, E. 3.5.3, vgl. jetzt ANNA RÜEFLI, Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien. Unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Gerichte des Bundes und der Kantone Aargau, Basel-Stadt, Bern, Luzern, St. Gallen, Waadt und Zürich, Diss. St. Gallen, Bern, Baden-Baden, Wien 2018.

169 Bei Berufsrichtern war und ist die Quote um 40 %, GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 298.

170 FELIX MATTER, Der Richter und seine Auswahl, Diss. Zürich, Zürich 1978, S. 56; MARK PIETH, Zur Bedeutung der Laiengerichtbarkeit in der Schweiz, in: Heike Jung (Hrsg.) Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte der Betroffenen. Participatory models and individual rights, Bonn 1989, S. 199 ff.

171 EVELYNE ANGEHRN und REVITAL LUDEWIG-KEDMI, Laienrichter im Spiegel der Zeit: Der «Common Sense» in der Rechtsprechung, in: Thomas S. Eberle, Sabine Hoidn und Katarina Sikavica (Hrsg.), Fokus Organisation. Sozialwissenschaftliche Perspektive und Analyse. Emil Walter-Busch zum 65. Geburtstag, Konstanz 2007, S. 269 ff., S. 280.

172 STEFAN MACHURA, Fairness und Legitimität, Habil. München/Neubiberg, Baden-Baden 2001, S. 229 ff.

mer wieder zu hören, dass Laienrichter keine sinnvolle Bereicherung für das Rechtssystem sind».¹⁷³ Es gibt aber viele richterliche Stimmen, die sich positiv über die Rolle der Laienrichter äussern. Die meisten sehen in ihnen ein Mittel, um die gelehrten Richter zu einer Selbstreflexion über die im Prozess verwendete Sprache zu zwingen.¹⁷⁴ Schliesslich ist festzustellen, dass die Behauptung, das Recht sei zu komplex für die Laienrichter geworden, seit 150 Jahren ununterbrochen aufgestellt wird.¹⁷⁵

2. *Die Abschaffung der Geschworenen durch die Beibehaltung der Laienrichter?*

Mit der Strafrechtsvereinheitlichung stellte sich das Bundesgericht am 14. Januar 1941 im Vernehmlassungsverfahren für die Revision der Bundesstrafprozessordnung (BStrP) gegen einen gesetzlichen Vorbehalt für die Schwurgerichte.¹⁷⁶ Das Zürcher Volk lehnte am 6. Juli 1941 die Umwandlung des klassischen Schwurgerichtes in ein Schöffengericht ab.¹⁷⁷ Am Juristentag im September 1941 reagierten die Schweizer Juristen mit Beifall auf den bundes-

173 REVITAL LUDEWIG-KEDMI und EVELYNE ANGEHRN, Sind Laienrichter noch zeitgemäss? Laienrichter im Spannungsfeld zwischen «gesundem Menschenverstand» und rechtlicher Komplexität, *Justice – Justiz – Giustizia* 2008/3, Rz. 47, die auf «Interviews mit Richtern und Rechtsexperten» hinweisen, ohne aber die Ergebnisse zu veröffentlichen; 2007 hatten sie schon behauptet: «Der Laienrichter übernimmt in der Praxis die juristische Stimme. Der «unverbildete» gesunde Menschenverstand ist damit in der Rechtsprechung in keiner Weise spürbar», ANGEHRN/LUDEWIG-KEDMI (Fn. 171), S. 282.

174 HANS PETER WALTER, Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters, in: Jörg Schmid und Pierre Tercier (Hrsg.), *Psychologie und Recht. Symposium vom 15. Oktober 1999 zum 60. Geburtstag von Peter Gauch*, Zürich 2000, S. 31 ff.; RASELLI (Fn. 163); MARTIN ZIEGLER, Laienrichterinnen und -richter, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich 2007, S. 65 ff.; ähnlich ROBERT HAUSER, ERHARD SCHWERI und VIKTOR LIEBER, GOG. Kommentar zum zürcherischen Gesetz über Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 49. Andere vertreten die These, die Laienrichter gelten als Schutz vor dem Risiko, die ganze Justizverwaltung nur dem Juristenstand zu überlassen, z.B. ARNOLD MARTI, Kontroverse um Laienrichter, *Leserbriefe*, NZZ 29.04.2016, Nr. 99, S. 9, und (für die Schöffen) MAURO ERMANI, La corte d'assise ticinese, esperienza pratica, in: Filippo Contarini und Ares Bernasconi (Hrsg.), *Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess*, ZSR Beih. 51, Basel 2014, S. 123 ff.

175 PETER CONRADIN VON PLANTA, Die Geschworenengerichte (gewürdigt für den Kanton Graubünden), in: ZSR AF 4/1855, S. 29 ff., sprach von der zunehmenden Schwierigkeit, wirtschaftliche Kriminalität zu behandeln; JEAN GRAVEN, Le sens et l'évolution du jury, in: *Revue internationale de Criminologie et de Police technique* 24/1970, S. 97 ff.; WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 35 ff.; ROBERT HAUSER, Am Ende von Schwur- und Geschworenengericht?, in: Hans Walder und Stefan Trechsel (Hrsg.), *Lebendiges Strafrecht. Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz*, ZStr 94, Bern 1977, S. 252 ff.; PIETH (Fn. 174); BOMMER (Fn. 167); BEUSCH (Fn. 167).

176 JEAN BOURGKNECHT, Le recours au Tribunal Fédéral en matière pénale, après l'entrée en vigueur du Code pénal suisse. Rapport, ZSR NF 60/1941, S. 1a ff.

177 MAX FEHR, Das zürcherische Geschworenengericht, Diss. Zürich, Zürich 1975, S. 58 ff.

gerichtlichen Standpunkt.¹⁷⁸ 1952 schaffte das Bundesgericht im bekannten Urteil Schürch das klassische Schwurgericht endgültig ab.¹⁷⁹ Am Urteil waren fünf Bundesrichter mit Dokortitel beteiligt und einer davon war sogar ehemaliger Präsident des Zürcher Schwurgerichtes.¹⁸⁰ Das Hauptargument war, dass die Bestimmungen des BStrP über die Nichtigkeitsbeschwerde keinen Raum mehr für unbegründete Wahrsprüche der Geschworenen liessen.¹⁸¹ Das konnte «der Bundesversammlung nicht entgangen sein» als sie den BStrP revidierte.¹⁸²

In den 1970er Jahren waren die Geschworenen nach JEAN GRAVEN immer noch «*le problème essentiel*» des Schweizer Strafprozessrechts,¹⁸³ da der Richter den Verbrecher und sein Milieu kennen sollte und das Recht nun zu «*savant*», *complexe et nuancé*» geworden sei.¹⁸⁴ Dilettantismus reichte für ihn nicht mehr aus, was die Ablehnung aller Formen der Laienpräsenz zur Folge hatte.¹⁸⁵ Auch ROBERT HAUSER sah, dass «der einfache Mann aus dem Volk [...] als Geschworener» praktisch hilflos vor den neuen komplexen wirtschaftskriminellen Entwicklungen stehen würde.¹⁸⁶ Die Laienbeteiligung hatte für ihn aber noch einen Sinn: «Auszugehen ist von der Tatsache, dass für die Strafrechtspflege die *Zusammenarbeit* zwischen *Berufsrichtern* mit juristischer Bildung und *ständigen Laienrichtern* eine sehr gute Lösung darstellt».¹⁸⁷ Mit diesem Argument war es möglich, die Geschworenen grundsätzlich in Frage zu stellen.¹⁸⁸

2002 wiederholte HAUSER, dass, obwohl die Kriminalitätsbekämpfung im 21. Jh. für die Schöffen zu komplex geworden sei, die Laienrichter nicht in Frage zu stellen seien.¹⁸⁹ Der Bundesrat behauptete in seiner Botschaft zur

178 Vgl. BOURGKNECHT (Fn. 176) und MAX WAIBLINGER, Die Weiterziehung von Strafsachen an das Bundesgericht nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches. Bericht, ZSR NF 60/1941, S. 117 ff.

179 BGE 78 IV 134.

180 Am Urteil waren beteiligt: die beiden sozialdemokratischen Bundesrichter Eduard Arnold (Anwalt und Präsident des VPOD) und Hans Tschopp (frisch gewählt und bis 1951 Präsident des Zürcher Schwurgerichtes), Bundesgerichtspräsident Walter Nägeli (freisinnig, langjähriger Bundesgerichtsschreiber), Paul Logoz (rechtsliberal, Strafrechtsprofessor) und der konservative Franz Fässler (langjähriger Bundesgerichtssekretär).

181 Art. 277 BStrP 1943: «Leidet die Entscheidung an derartigen Mängeln, dass die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden kann, so hebt sie der Kassationshof ohne Mitteilung der Beschwerdeschrift auf und weist die Sache an die kantonale Behörde zurück.»

182 BGE 78 IV 134, S. 142, E. 3.

183 GRAVEN (Fn. 175), S. 100 (Hervorhebung im Original).

184 GRAVEN (Fn. 175), S. 108.

185 GRAVEN (Fn. 175).

186 HAUSER, Ende (Fn. 175), S. 262.

187 HAUSER, Ende (Fn. 175), S. 283; auch PETER NOLL, Strafprozessrecht, Zürich 1977, S. 34, betonte, man brauche keine Geschworenen, da Laienrichter in den Gerichten schon zu finden wären.

188 Das bemerkte auch RUDOLF PETER HAUERT, Das solothurnische Schwurgericht, Diss. Bern, Bern 1974, S. 131.

189 ROBERT HAUSER, Skizzen aus Anlass des 150jährigen Bestehens des Zürcher Schwur- bzw. Geschworenengerichts, in: Jürgen Becker et al. (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes. Festschrift für Manfred Reh binder, München/Bern 2002, S. 671 ff.

StPO 2005, dass die «Schwur- oder Geschworenengerichte [...] faktisch nicht mehr einsetzbar»,¹⁹⁰ die Laienrichter hingegen ausdrücklich «z.T. weiterhin» erlaubt seien.¹⁹¹ Mit der Begründung, die Schöffen seien den Laienrichtern anzugleichen, konnte im Tessin das Schöffengericht gerettet werden.¹⁹²

3. Die bundesgerichtliche Bestätigung des Laienrichtertums

2006 hat das Bundesgericht klargestellt: «Einen Anspruch auf juristisch gebildete Richter oder jedenfalls auf einen über entsprechende Kenntnisse verfügenden Gerichtsvorsitzenden [...] kennt die schweizerische Bundesverfassung jedoch nicht».¹⁹³ Im Urteil wird noch gesagt, dass «nur ausreichende fachlich-sachliche Kenntnisse den Richter zu unabhängiger Willensbildung und richtiger Rechtsanwendung befähigen». Wenn diese Kenntnisse im Gericht fehlen, «kann nicht von einem fairen Verfahren gesprochen werden».¹⁹⁴ Es ging um den Anspruch auf rechtliches Gehör: «Der Richter muss fähig sein, sich mit den Anliegen und Argumenten der Verfahrensparteien angemessen auseinanderzusetzen». Es könne dem Gericht zum Verhängnis werden, «wenn unerfahrene Laienrichter ohne Möglichkeit der Mithilfe einer unabhängigen Fachperson ihres Amtes walten müssten». Im vorliegenden Fall verfügte aber der erfahrene Laienbezirksrichter über die «Mitwirkung eines juristisch ausgebildeten Gerichtsschreibers, dem [...] ausdrücklich beratende Stimme zukommt».¹⁹⁵

Auf dieser Grundlagen hat der Kanton Tessin 2010 einen *pretore di valle* (einen gelehrten Richter), wohlgemerkt ohne gesetzliche Grundlage, als informellen Berater für die Friedensrichter im Sinne der «Mithilfe» einer unabhängigen Fachperson betrachtet.¹⁹⁶ Ganz anders hat RAINER J. SCHWEIZER aus dem

190 Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, S. 1138; diese Haltung ist von der Wissenschaft wiederholt worden, s. z.B. CHRISTOF RIEDO, GERHARD FIOKA und MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 302 ff., die den Begriff «Schwurgericht» als Auffangbegriff für Schwurgerichte und Schöffengerichte benutzen.

191 Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, S. 1383.

192 Dieses Argument findet sich in NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, S. 144; die Konformität mit der StPO bejahen auch ARN/KUHN/SAURER (Fn. 163), S. 43 und 54 und ANDRÉ KUHN et al., Le canton du Tessin a-t-il véritablement maintenu un jury populaire en matière pénale? in: Filippo Contarini und Ares Bernasconi (Hrsg.), Geschworenengerichte – der unbequeme Mythos. Zur Volksbeteiligung am Strafprozess, ZSR Beih. 51, Basel 2014, S. 99 ff.

193 BGE 134 I 16, 18, E. 4.2.

194 BGE 134 I 16, 18 f., E. 4.3.

195 Alles in BGE 134 I 16, 18 f., E. 4.3; 2018 hat das Bundesgericht dieses Urteil bestätigt: Urteil 1C_263/2018 vom 4. Dezember 2018 der I. öffentlich-rechtliche Abteilung, E. 4.3 f.

196 Zu dieser problematischen Entwicklung vgl. FILIPPO CONTARINI und ARES BERNASCONI, Il Giudice di pace in Ticino: il valore determina i valori?, in: Juana Vasella und Anne-Sophie Morand (Hrsg.), Werte im Recht – Das Recht als Wert, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Zürich 2018, S. 289 ff.

vorhin erwähnten Bundesgerichtsurteil abgeleitet, dass «blosse Laienjustiz unzulässig» sei.¹⁹⁷ In seinem Kommentar zu diesem Urteil schwächte NICCOLÒ RASELLI (der als Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung am Urteil beteiligt war) die Folgen ab: «die Rechtsprechung kann aus der Beteiligung der Laien durchaus Gewinn ziehen». Zugleich aber meinte er, dass die Laienbeteiligung nur «zu einer Frage der Tradition geworden» sei.¹⁹⁸

Das Bundesgericht hat 2012 diese Rechtsprechung geschützt: «dass einem Mitglied des Bezirksrates ohne juristische Ausbildung ein juristisch ausgebildeter Ratsschreiber zur Seite steht, begründet für sich allein keine unzulässige Abhängigkeit, sondern eine willkommene Hilfe».¹⁹⁹

III. Die Verfahrensgarantien als neues Mass der Richterlegitimation

1. Die Abschaffung der Laiengerichtsbarkeit im Kanton Zürich

Seit Mitte der 1980er Jahre sind im Kanton Zürich allmählich aber stetig die Einzelrichterkompetenzen ausgeweitet worden.²⁰⁰ Diese Entwicklung ist eine generelle in der Schweiz, auch im Strafrecht,²⁰¹ obwohl die Einzelgerichtsbarkeit kaum Tradition hatte (1979 kannten nur die Kantone Tessin, Wallis, Neuenburg und Genf die Figur des Einzelrichters im Zivilverfahren).²⁰² Parallel dazu ist das System der Laienrichterinnen vermehrt in Frage gestellt worden,²⁰³ obwohl auf der Zürcher Landschaft die Laienrichter noch 2009 fast alle Wahlen gegen gelehrte Juristinnen gewinnen konnten. Die Präsenz der Laienrichter ist aber klar rückgängig: 2009 gab es noch 32 Laienrichter, 2015 waren es nur noch 17 (mit einem Arbeitspensum bis max. 50%).²⁰⁴

Als 2014 eine aus Laien und gelehrten Juristinnen bestehende wilde Liste für die Bezirksgerichtswahlen in Zürich gegen die offizielle nach Parteiproporz aufgeteilte und lediglich aus gelehrten Juristen bestehende Liste präsentiert wurde, haben drei Kantonsparlamentarier der FDP, SP und CVP die Abschaffung der Laienrichter vorgeschlagen.²⁰⁵ Die Stadtbevölkerung unterstützte letzt-

197 Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Keine Rechtsprechung ohne ausreichende Rechtskenntnisse, plädoyer 2017/3, S. 44 ff., Zitat S. 46.

198 RASELLI (Fn. 163), S. 99.

199 BGE 139 III 98, 105, E. 4.3.2. Das Gericht hatte eine Beschwerde der Demokratischen Juristinnen Zürich zu beurteilen.

200 Vgl. zum Ganzen GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 278 f.

201 ARN/KUHN/SAURER (Fn. 163), S. 43 und 55.

202 MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. verb. und verm. Aufl., Zürich 1979, S. 8.

203 90% der Artikel der NZZ über Laienrichter sind in den 1990er Jahren erschienen, GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 275; HANS SCHMID, Abschied vom Laienrichtertum im Kanton Zürich, SJZ 111/2015, S. 556 ff., nannte als Ursachen die stetige Vermehrung der Gesetze, der komplexen und internationalen Prozessen und, *last but not least*, der neuen ausgebildeten Juristen.

204 MARKUS ROHR, «Es braucht Juristen und Laien», Tages-Anzeiger 2.10.2009, S. 22; LUCIEN SCHERRER, Laienrichter in Bedrängnis, NZZ 18.04.2015, Nr. 89, S. 21.

205 STEFAN HOTZ, Laien als Zürcher Richter? NZZ 15.01.2014, Nr. 11, S. 16.

endlich die offizielle Liste.²⁰⁶ Am 5. Juni 2016 nahmen dann 66% der Kantonsbevölkerung das Referendum für die Abschaffung des Laienrichtertums an.²⁰⁷ Interessanterweise wurden in der Diskussion weder das Argument des Fehlurteils durch Laienrichter vorgebracht,²⁰⁸ noch die Tatsache, dass in der Regel gegenüber Laienrichterin keine Ausstandsbegehren gestellt werden.²⁰⁹

Das Zürcher Obergericht hat sich mehrmals für die Abschaffung der Laienrichtertposten ausgesprochen. Es vertrat die Meinung, dass die Parteien immer öfters mit Anwältinnen vor Gericht erscheinen und die neuen eidgenössischen Prozessordnungen das Verfahren verkomplizieren würden.²¹⁰ Im April 2016 liess das Obergericht in der Abstimmungskampagne wissen, dass die demokratische Legitimation auch ohne Laien gegeben sei und dass «dank unserem funktionierenden Bildungssystem auch Personen aus einfachen Verhältnissen die Möglichkeit haben, eine Richterlaufbahn einzuschlagen».²¹¹ Oberrichter Marti betonte in einem Leserbrief, dass es schwieriger sei, als Einzelrichter in einem Prozess mit Anwälten zu entscheiden.²¹² Noch vor der Abstimmung schrieb der ehem. Präsident des Zürcher Obergerichts HANS SCHMID: «die vorgesehene Gesetzesänderung setzt lediglich den Schlusspunkt unter eine jahrelange Entwicklung».²¹³

2. *Fairness des Verfahrens und Profirichter*

Seit Ende der 1980er Jahre kann man in der Schweiz eine juristische Wende beobachten: Eine richterliche Entscheidung gilt als legitim, wenn sich die Richter an internationale Verfahrensstandards i.S.v. von Art. 6 EMRK hält.²¹⁴ Wie BEUSCH betont, seien nicht eine vermehrte Präsenz der Laien im Gerichtshof, sondern gestärkte Mitwirkungsrechte der Rechtsunterworfenen im Verfahren nötig, d.h. eine wirksame Anerkennung des rechtlichen Gehörs und adressaten-

206 BRIGITTE HÜRLIMANN, Der Polizist will nicht mehr richten, NZZ 16.05.2014, Nr. 112, S. 15.

207 BRIGITTE HÜRLIMANN, Vertrauen in die Juristen-Richter, NZZ 06.06.2016, Nr. 129, S. 19; die Zürcher Presse hat sich deutlich gegen die Laienrichter geäußert, vgl. z.B. BRIGITTE HÜRLIMANN, Urteilen nur mit Fachwissen, NZZ 18.04.2015, Nr. 89, S. 21 und LILIANE MINOR, Laienrichter sind überholt, Tages-Anzeiger 31.05.2016, S. 23.

208 Anders die Diskussion über Laien in den Bezirksräten 2017: PATRICE SIEGRIST und MARIUS HUBER, Kesb-Entscheide überfordern Laienrichter, Tages-Anzeiger 11.08.2017, S. 15.

209 Das betonte eine seit 15 Jahren tätige Laienrichterin, «langjährige Chirurgie-Krankenschwester, aktive Bäuerin und vierfache Mutter», THOMAS HASLER, «Richten ist ein menschlicher Job», Tages-Anzeiger 28.06.2011, S. 15.

210 THOMAS HASLER, Das Ende der Laienrichter? Tages-Anzeiger, 18.04.2015, S. 19.

211 BRIGITTE HÜRLIMANN, Das Volk bestimmt seine Richter, NZZ 21.04.2016, Nr. 92, S. 17.

212 PETER MARTI, Mit beiden Beinen im Leben, Leserforum, Tages-Anzeiger 31.05.2016, S. 15.

213 SCHMID, 2015 (Fn. 203), S. 556 f.

214 Was das Bundesgericht mit dem Hinweis auf den «Anspruch auf rechtliches Gehör» in BGE 134 I 16, 18 f., E. 4.3 hervorgehoben hat. Vgl. allg. zur Rolle des Völkerrechts für die bundesgerichtliche Rechtsprechung MICHEL HOTTELLIER, La CEDH et les règles suisses de procédure – aspects historiques et développements récents, Revue jurassienne de jurisprudence (RJJ) 2005 S. 11 ff.

gerecht formulierte und gut begründete Entscheidungen.²¹⁵ Heute scheint die Meinung, das Verfahrensrecht sei «*die Kernkompetenz* des Richters»²¹⁶, daher mehrheitsfähig geworden zu sein.

Diese Entwicklung geht einher mit dem Nachweis der menschlichen Züge des *Profirichters*:

«Das Argument, Juristen würde der gesunde Menschenverstand abgehen, weshalb es auch Laienrichter brauche, verkennt, dass auch Profirichter mit beiden Beinen im Leben stehen: Sie leben in Partnerschaften, haben Kinder, engagieren sich in Behörden und Vereinen und haben Einfühlungsvermögen wie alle anderen auch. Nur verfügen Profirichter darüber hinaus auch über das notwendige juristische Rüstzeug».²¹⁷

Diese Vorstellungen prägen seit Langem das richterliche Selbstbewusstsein.²¹⁸ In der Abstimmungskampagne für die Abschaffung der Zürcher Laienrichter wurde diese *Menschlichkeit* auch in der politischen Werbung sichtbar. Die SVP, die sich für die Laienrichterinnen engagierte, hat versucht, auf ihren Plakaten eine Standesdifferenz gelehrte Juristen/Volk darzustellen: Ein Plakat zeigte einen «überdimensionierten, schweren, mit Messing beschlagenen Richterhammer», also ein Standessymbol, der ein «filigranes Richterhämmerlein» zertrümmert.²¹⁹ Dieses Bild war vom Spruch «Monopol für Juristen? Nein» begleitet. Auf dem Plakat der SP, die für die Abschaffung war, sah man hingegen als Symbol für die gelehrten Richter einen fleissigen, mit Latzhosen bekleideten Arbeiter und dazu den Spruch «wir schätzen Profis».²²⁰ Alle Standesgrenzen scheinen damit aufgehoben zu sein, als ob Richter mit Latzhosen ihrer Tätigkeit nachgehen würden.

IV. Sind Laienrichter leichter beeinflussbar?

Einige der bekanntesten Straffälle der letzten Jahre sind von mehrheitlich aus Laien bestehenden Gerichten entschieden worden.²²¹ Die Laienrichterinnen spie-

215 BEUSCH (Fn. 163), Rz. 36 ff.

216 MARCEL OGG, Richterliche Fachkompetenz und Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2017/2, Rz. 13 (Hervorhebung im Original).

217 MARTI (Fn. 212), S. 15.

218 Vgl. hinten, D.II.

219 So die Beschreibung von BRIGITTE HÜRLIMANN, Juristen-Staat unerwünscht, NZZ 04.05.2016, Nr. 103, S. 20.

220 «Keine Laienrichter mehr an Zürcher Bezirksgerichten», Foto im News-Ticker des Tages Anzeiger online, 05.06.2016, jetzt auf <<https://mcdn.newsnetz.ch/img/liveticker/17327/611985.jpg?1550833143>>.

221 Im «Fall Walker» entschieden, gemäss MARCEL GYR, «Enormer Druck auf Laienrichter», NZZ 16.10.2015, Nr. 240, S. 24, zusammen mit dem Präsidenten (ein «gelernter Jurist mit Anwaltspatent») vier Laien: «ein pensionierter Lokomotivführer, eine Kindergärtnerin, ein Werk-schullehrer sowie ein Personalberater»; der «Fall Marie» wurde von einem Jurist und vier Laienrichter und -innen entschieden (PHILIPPE REICHEN, Höchststrafe für den Mörder von Marie wirft Fragen auf, Tages-Anzeiger 26.03.2016, S. 4); im «Fall Rapperswil» war das Aargauer Bezirksgericht aus zwei Juristen und drei Laien zusammengesetzt (THOMAS HASLER, Ein Fall

len noch heute eine zentrale Rolle in der Justiz, obwohl das Bundesgericht in mindestens zwei wichtigen Urteilen von ihrer Voreingenommenheit ausgeht. 1979 musste es über den Ausstandsbeschluss des mehrheitlich aus Laienrichtern zusammengesetzten Bezirksgerichts von Rheinfelden entscheiden. Es ging um den Baustopp des Atomkraftwerks Kaiseraugst. Die gleiche Frage war zugleich Gegenstand einer Volksinitiative, die von der Bundesversammlung einen Monat vor dem Ausstandsbeschluss abgelehnt worden war.²²² Das Bundesgericht machte geltend, dass es «verständlich» war, dass die nebenamtlichen Laienrichter «solchen Spannungen noch stärker ausgesetzt» wären als Berufsrichter.²²³ Nicht wesentlich anders sprach es sich im «Fall Baragiola» aus, als die Verteidigung des Mitglieds der *Brigate Rosse* den Ausstand des ad hoc bestellten Tessiner Geschworenengerichtes (*Assise criminali*) wegen übermässigem Druck seitens der Presse forderte. Dem Gesuch wurde nicht Folge geleistet,²²⁴ wobei das Bundesgericht, unter Berufung auf die (vermeintlichen)²²⁵ Ansichten der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte pauschal festhielt, dass «*sono i giudici popolari a correre il maggior rischio di subire l'influenza degli interventi dei mezzi d'informazione sfavorevoli a un imputato o a un accusato*».²²⁶

Auch Bundesrichter HANS PETER WALTER geht von einer geringeren Widerstandskraft der Laienrichter aus.²²⁷ Er stützt seine Ausführungen auf zwei Lehr-

für Lausanne, Tages-Anzeiger 17.03.2018, S. 2). MASCHA SANTSCHI KALLAY, Externe Kommunikation der Gerichte, Diss. Zürich, Bern 2018, S. 258, Fn. 1696, in ihrer lesenswerten Studie über Gericht und Medien, behandelt die Frage nicht, «weil die Anzahl Laienrichter in der Schweiz im Schwinden begriffen ist.»

222 Eidgenössische Volksinitiative «zur Wahrung der Volksrechte und der Sicherheit beim Bau und Betrieb von Atomanlagen», s. jetzt <<https://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vi125.html>>.

223 BGE 105 Ia 157 S. 165 E. 6.c).

224 BGE 116 Ia 14 S. 27 E. 7 d).

225 Vermeintlich, denn KARL SPÜHLER, Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien, SJZ 86 (1990), S. 349 ff., S. 350, der selber am Urteil beteiligt war, erinnert einerseits daran, dass im Fall Lockheed (18. Dezember 1980, i.S. Crociani g. Italien): «Die Europäische Menschenrechtskommission vertrat [...] die Ansicht, Laienrichter gewährleisten nicht weniger als Berufsrichter die Garantien der Integrität und Unabhängigkeit». Andererseits, unter Berufung auf einschlägige Kommentare zur Rechtsprechung dieser Kommission, betont Spühler, dass «die öffentliche negative Berichterstattung über einen Angeschuldigten könne zu einer das Recht auf ein faires Verfahren beeinträchtigenden Beeinflussung des Gerichtes, insbesondere von Laienrichtern, führen.»

226 BGE 116 (1990) Ia 14 S. 23 E. 7 b); kritisch gegen diese Pauschalisierung SCHWEIZER, plädoyer (Fn. 197), S. 47. Es ist hier aber zu betonen, dass der EGMR in vielen zitierten Entscheiden eigentlich gar nicht Stellung für oder gegen die Beeinflussbarkeit der Laienrichterinnen genommen hat (vgl. z.B. Khodorkorskij und Lebedev c. Russland vom 25. Juli 2013, Nr. 11082; AB Kurt Kellermann v. Schweden vom 26. Oktober 2004, Nr. 41579/98; Pabla KY c. Finlande vom 22. Juni 2004, Nr. 47221/99). Im Urteil Nr. 34896/97 i.S. Craxi c. Italien (Nr. 1) vom 5. 12. 2002, P. 98, anerkannte doch der EGMR, dass «aux termes de la jurisprudence des organes de la Convention» eine Pressekampagne die Fairness eines Prozesses in Frage stellen könne, «influençant l'opinion publique et, par là même, les jurés». Es wurde keine empirische Studie herangezogen, um diese These zu stützen.

227 HANS PETER WALTER, Gedanken zum Richteramt, ZBJV 11 (1991), S. 611 ff., S. 630: «Besonders gross ist die Gefahr bei Laien, namentlich bei nur sporadisch an Prozessen mitwirkenden

meinungen, die allerdings ohne empirische Grundlage argumentierten,²²⁸ sowie auf zwei weitere Autoren, die eigentlich nicht eindeutig diese Ansicht teilen.²²⁹ KIENER erinnert, dass in der Schweiz empirische Daten über die Beeinflussung der Laienrichter durch die Medien fehlen, nichtsdestoweniger behauptet sie, dass die Laienrichter mehr beeinflussbar seien.²³⁰ ZELLER meint, dass Laien doch beeinflussbarer als gelehrte Richter seien, verweist aber zugleich auch auf Autoren, die diese Ansichten als Ausfluss einer Standesideologie betrachten.²³¹ Man kann hier, mit den Worten von HESSE, von einer modernen *Legende*²³² reden, deren Überlieferung von den Juristen selber gewährleistet wird und die dazu dient, die Überlegenheit der gelehrten Richter zu behaupten. Das juristische Wissen ist aber, anders als RAINER J. SCHWEIZER kürzlich behauptet hat,²³³ nicht wirklich zentral für die Gewährleistung der richterlichen Unabhän-

Geschworenen, die im Vergleich zu Berufsrichtern verständlicherweise eine geringere Widerstandskraft gegen die von den Massenmedien ausgehenden Einflüsse entwickeln».

- 228 HAUSER, Ende (Fn. 175), S. 280; FRANZ RIKLIN, Vorverurteilung durch die Medien, recht 2/1991, S. 65 ff., S. 69.
- 229 SPÜHLER, Gefährdung (Fn. 225); HANS-JÜRGEN FRISKE, Gefährdet die Presse die richterliche Unabhängigkeit?, DRiZ 1990, S. 331 ff., der auf S. 334 schreibt, dass er die Einflüsse der Presse auf die richterliche Unabhängigkeit nicht feststellen konnte.
- 230 Vgl. vorne B.II.3.; ihre Meinung wird von den unterschiedlichsten Autoren zitiert, die letztendlich die richterliche Unabhängigkeit mit dem Vorhandensein von Fachkompetenzen verbinden, z.B. MARKUS MÜLLER, Psychologie im öffentlichen Verfahren. Eine Annäherung, Bern 2010, S. 95; SCHWEIZER, plädoyer (Fn. 197), S. 47; STEINMANN, SGK BV 30 Abs. 1 N 18; MARKUS BOOG, Art. 56 StPO, in: Marcel Alexander Niggli, Marianne Heer, Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014, N 60; OGG (Fn. 216); STEPHAN GASS, Professionalisierung des Richteramts, AJP 2010, S. 1143 ff. In seiner grundlegenden Studie über dieses Thema kommt aber schon CHRISTOPH RENNIG, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit, Diss., Marburg 1993, S. 232, zu folgendem Schluss: «Richter, gleich welchen Status und welcher Herkunft, sind grundsätzlich dazu in der Lage, ihre Überzeugung unter selektivem Rückgriff auf Teilmengen von aufgenommenen Informationen zu bilden, d.h. andere Informationsmengen gezielt auszublenden. [...] Weil die Beachtung eines Verwertungsverbotess dessen Kenntnis voraussetzt, wird die Lektüre verfahrensbezogener Publikationen die Unbefangenheit mancher Laienrichter zumindest so lange in besonderen Masse gefährden, als diese Schöffen nicht daran erinnert wurden, dass sie bei der Urteilsfindung nur in den Inbegriff des mündlich Verhandelten berücksichtigen dürfen. [...] Richter *dazu neigen*, ein Verwertungsverbot, das zum Freispruch eines offensichtlich Schuldigen nötige, zu missachten.»
- 231 FRANZ ZELLER, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik. Verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, Diss. Bern, Bern – Stuttgart – Wien 1998, S. 114 ff. und die dort angeführte Literatur.
- 232 HANS ALBRECHT HESSE, Experte, Laie, Dilettant. Über Nutzung und Grenzen von Fachwissen, Opladen 1998, S. 132.
- 233 RAINER J. SCHWEIZER, Warum die Rechtsprechung nicht den Laien anvertraut werden darf, ZBl 118 (2017), S. 297 f., stützt seine Aussagen auf THOMAS GRUNDMANN, CHRISTOPH BEIERLE, GABRIELE KERN-ISBERNER und NIKI PFEIFER, Wissen, in: Achim Stephan und Sven Walter (Hrsg.), Handbuch Kognitionswissenschaften, Stuttgart 2013, S. 488 ff. Dort wird aber auf S. 491 f. das Gegenteil behauptet: «Wissen und Überzeugungen eines Agenten, der mit einer realen Umwelt kommunizieren und erfolgreich in ihr agieren soll, typischerweise unvollständig

gigkeit und dient vielmehr ihrer Darstellung.²³⁴ Auch die Ungewissheit kann ausserdem im Prozess zur Legitimation des Verfahrens beitragen.²³⁵

V. Zwischenergebnis

Sowohl die Rechtswissenschaft als auch die gelehrten Richter haben in den letzten Jahrzehnten die Präsenz der Laienrichter zunehmend in Frage gestellt. Die Entwicklungen in Zürich sind dafür symptomatisch: Mit dem Übergang zur Einzelrichterin wurde nebenamtlichen Laien die Ausübung richterlicher Tätigkeiten erschwert. Zusätzlich warf man ihnen mangelnde fachliche Kenntnisse vor und schliesslich kam es zur Abschaffung.

Die Präsenz der Laienrichter hat in der Schweiz eine lange Tradition. Noch Mitte des 19. Jh. war die Justiz fest in den Händen der Laien, die aus den Honoratioren stammten. In diesem Sinn ist es verfehlt, die Laienpräsenz als emanzipatorisches Element gegenüber dem Ancien Régime zu bezeichnen. Sie waren eher Ausfluss der genossenschaftlich-republikanischen Struktur der Kantone, also eine vormoderne Erscheinung. Durch die liberale Revolution von 1848 schufen die Juristen einen Rechtsstaat, in welchem sie eine neue, zentrale Rolle einnehmen wollten und konnten. Das Bundesgericht, von Anfang an nur mit gelehrten Richtern besetzt, kann als Ausfluss davon betrachtet werden.

Die Laiengerichtbarkeit blieb ein wesentlicher Bestandteil des sich formierenden modernen juristischen Feldes, auf dem die Juristen die Hegemonie beanspruchten und den Laien keine Stimme gewähren wollten. In den letzten Jahrzehnten ist deren Unabhängigkeit insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihrer Beeinflussbarkeit in Frage gestellt worden, allerdings ohne entsprechende wissenschaftlich fundierte empirische Grundlagen.

sind, basieren auf impliziten Annahmen und sind mit Fehlern behaftet [...] Ein Problem dabei ist die charakteristische Monotonieeigenschaft der klassischen Logik [...] das führt bei natürlich-sprachlichen Argumenten in realen Umgebungen aber nicht selten zu kontraintuitiven Situationen». Die juristische Subsumtion fällt eindeutig unter der erwähnten Logik. Vgl. auch ARNO SCHERZBERG, *Rechtswissenschaften*, in: Christoph Engel, Jost Halfmann und Martin Schulte (Hrsg.), *Wissen – Nichtwissen – unsicheres Wissen*, Baden-Baden 2002, S. 113 ff.

234 Wie WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 42 erinnert: «Richterliche Überzeugungskraft beruht erst auf gezeigter, nicht bereits auf vorhandener Festigkeit und Unabhängigkeit. [...] Auch richterliche Unabhängigkeit sodann ist nicht bloss eine Frage der Herstellung, sondern ebenfalls und vielleicht noch ausgeprägter eine solche der Darstellung». Über die Immunitätsfunktion des Rechts vgl. NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 565 ff.

235 Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main 1983 (1969), S. 116; LUHMANN, *RdG* (Fn. 234), S. 391. In diesem Sinn ist die Aussage von EMANUELA EPINEY-COLOMBO, *La conciliazione nel nuovo Codice di procedura civile federale*, *Bollettino OATi* 40/2010, S. 30 ff., S. 39: «le incognite [sono] insite in una causa giudiziaria, aleatoria per sua natura e di cui nessuno, tantomeno il giudice incaricato di risolverla, può dire in anticipo come e quando finirà.»

Man könnte sagen, dass, so wie in Mozarts Oper Don Giovanni den Komtur ermordet, um Donna Elvira zu erobern, die gelehrten Juristen die Laienrichter abzuschaffen versuchen, um das juristische Feld zu beherrschen. Aber der Komtur kommt zurück als *steinerner Gast*, so wie die Laien weiterhin präsent sind und das Feld doch nicht räumen. Das Ende der Juristenoper ist noch nicht geschrieben und es wird sich zeigen, wer wen in die Unterwelt hinunterziehen wird.

D. Die Innensicht: richterliche Selbstbeschreibungen

I. Die Bedeutung richterlicher Selbstbeschreibungen

Die Richterbildthematik findet sich selbstverständlich nicht nur in der verfassungsrechtlichen Literatur. Auch Richter (freilich ausschliesslich nur solche aus der Kategorie der gelehrten Richterschaft) äussern sich, wenn auch eher zurückhaltend und gelegentlich, darüber und zwar häufig im Rahmen von Festreden, Vorträgen, Memoiren, Nachrufen und literarischen Werken.²³⁶ Häufig deklarieren die sich äussernden Protagonisten bescheiden, dass sie von sich aus *keinen* wissenschaftlichen Anspruch erheben und ihre Aussagen als Erfahrungsberichte, Erinnerungen oder persönliche Ansichten verstanden haben wollen.²³⁷ Sie bewegen sich also ausserhalb des dogmatischen Diskurses bzw. sie ergänzen diesen, indem sie sich mit dem von der Staatsrechtslehre als nur sehr begrenzt normierbar betrachteten Bereich der Richterpersönlichkeit beschäftigen.

Und dennoch erheben diese Texte einen normativen Anspruch im Sinne einer «Erwartungsnormierung».²³⁸ Sie produzieren idealisierte Beschreibungen

236 Dazu und zur Bedeutung dieser Quellensorten für die historische und sozialwissenschaftliche Forschung AERSCHMANN (Fn. 8), S. 21 ff.; LUMINATI, *Priester der Themis* (Fn. 3), S. 9 ff.

237 So z.B. JOSEF J. STREBEL, *Vom Richter und seinem Amte*, in: ZBJV 89/1953, S. 137 ff.; KARL HARTMANN, *Rechtsprechen in verändertem Spannungsfeld*, in: Franz Muheim – ein weltöffener Uner, Altdorf 1993, S. 74 ff.; KARL SPÜHLER, *Der Richter und die Politik*, ZBJV 130/1994, S. 28 ff., der immerhin zusätzlich zur eigenen persönlichen Erfahrung noch eine Umfrage heranzieht; RAYMOND SPIRA, *À quoi servent les juges?*, in: *Recueil de jurisprudence neuchâteloise* 2002, S. 35 ff.; HANS PETER WALTER, *Interne richterliche Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2005/1, Rz. 6*: «Die nachstehenden Gedanken sind daher als praxisbezogener Essay aus retrospektiver Feder eines ehemaligen Richters zu verstehen, nicht als wissenschaftlicher Beitrag.» Man könnte sich überlegen, Gerichtsentscheide zur richterlichen Unabhängigkeit auch als richterliche Selbstbeschreibungen zu betrachten. Sie haben aber, insbes. als Bundesgerichtsentscheide, eine andere Normierungsintensität und Autorität und sind in einem anderen diskursiven Kontext eingebettet. Dass aber dahinter auch bestimmte Richterbilder stehen und gleichzeitig sie selber das Richterbild mitprägen, ist unbestritten.

238 KAUFFMANN (Fn. 3), S. 42. Dazu auch schon ANTONIO MANUEL HESPANHA, *L'étude prosopographique des juristes: entre les «pratiques» et leurs «représentations»*, in: Johannes-Michael Scholz (Hrsg.), *El tercer poder*, Frankfurt a.M. 1992, S. 99 f.

gen, *Heiligenbilder*, und schaffen dadurch eine «*virtual reality*»,²³⁹ die einerseits nach aussen zur Immunisierung der Justiz gegenüber Fragen nach justizinternen und –externen Abhängigkeiten, andererseits nach innen zur Selbstdisziplinierung dienen soll. Ihr Gegenstand ist mitunter der richterliche *Habitus*, verstanden als «überindividuelle, kollektive Wahrnehmungs- und Verhaltensdispositionen, die durch Sozialisationsprozesse erworben und durch Berufskarrieren gefestigt»²⁴⁰ werden. Professionalität (die sich im Kontext der schweizerischen Justizstrukturen erst allmählich durchsetzen konnte)²⁴¹ äussert sich durch einen bestimmten Stil, durch Verhaltensformen, die im Professionalisierungsprozess vermittelt und von den Individuen inkorporiert werden. Das Handeln ist durch Habitusformen konditioniert und diese erscheinen «dem naiven, illusionären Laienverständnis als Ausdruck professioneller Kompetenz».²⁴² In den Selbstbeschreibungen manifestiert sich der Habitus in der vorhin erwähnten Doppelfunktion der Immunisierung und Selbstdisziplinierung.

II. Die schweizerische Tradition richterlicher Selbstbeschreibung – ein Florilegium

Die helvetischen richterlichen Selbstbeschreibungen bedienen sich, meistens unausgesprochen, bei einem festen, *ewigen* Kanon der (kontinental)europäischen Tradition richterlicher Benimmbücher, die von der Antike über Bartolus und Pothier bis hin zur, im französischsprachigen Raum bekannten Figur des *bon juge* Magnaud und zum mehrfach aufgelegten und übersetzten *Lob der Richter* von Piero Calamandrei reicht.²⁴³ CHRISTINE KAUFMANN hat unlängst die Konstanz dieses jahrtausendealten richterlichen Tugendkatalogs notiert:

239 REGINA OGOREK, *Virtual Reality und Rechtsanwendung*, in: Heinz-Dieter Assmann (Hrsg.), *Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie*. Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, S. 14. Dazu auch SIMON (Fn. 34), S. 26; LUHMANN, RdG (Fn. 234), S. 304 f. und 545 ff.; BANCAUD (Fn. 7), bes. S. 159 ff.; DANIEL DÉDEYAN, *Die richterliche Entscheidung. Eine Informationstheorie des Prozessrechts*, *Rechtstheorie* 36/2005, S. 209 ff.

240 INGRID GILCHER-HOLTEY, *Kulturelle und symbolische Praktiken: das Unternehmen Pierre Bourdieu*, in: Wolfgang Hardtwig und Hans-Ulrich Wehler (Hrsg.), *Kulturgeschichte Heute*, Göttingen 1996, S. 112. Vgl. auch PIERRE BOURDIEU, *Sozialer Sinn* (Fn. 14); CORNELIA BOHN, *Habitus und Kontext. Ein kritischer Beitrag zur Sozialtheorie Bourdieus*, Opladen 1991; MICHAELA PFADENHAUER und THOMAS SCHEFFER (Hrsg.), *Profession, Habitus und Wandel*, Frankfurt a.M. 2009.

241 Vgl. vorne C.I.

242 MICHAELA PFADENHAUER, *Professioneller Stil und Kompetenz. Einleitende Überlegungen im Rekurs auf Bourdieus Habitus-Konzept*, in: Michaela Pfadenhauer und Thomas Scheffer (Hrsg.), *Profession, Habitus und Wandel*, Frankfurt a.M. 2009, S. 10.

243 Dazu BANCAUD (Fn. 7), S. 281; PASQUALE BENEDEUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna 1996, insbes. S. 243 ff.; LUMINATI, *Priester der Themis* (Fn. 3), insbes. zu Calamandrei S. 41 ff.; KAUFFMANN (Fn. 3), S. 45 ff. Explizite Hinweise in richterlichen Texten finden sich u.a. bei PHILIPPE ABRAVANEL, *La déontologie du juge*, *AJP* 4/1995, S. 421 ff.; WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 31 ff.; DERS., *Der Richter*

«Eine präzisere Definition eines guten Richters wird Xenophon zugeschrieben. Demnach gehören vier Eigenschaften zu einem Richter: höflich anzuhören, weise zu antworten, vernünftig zu erwägen und unparteiisch zu entscheiden. Diese Umschreibung aus dem 5. Jh. v.Chr. liegt erstaunlich nahe bei den in Art. 6 EMRK festgehaltenen Anforderungen an Richterinnen und Richter.»²⁴⁴

Das Staunen lässt nach (oder steigert sich), sobald man richterliche Selbstbeschreibungen näher untersucht. Darüber hinaus lenkt die knappe Bemerkung von KAUFMANN den Blick auf das *virtuose* Zusammenspiel von gesetzgeberischer, dogmatischer und richterlicher Richterbildnormierung, bei der den richterlichen Selbstbeschreibungen nicht nur eine dekorative Funktion zukommt.

Mit der sog. *Würdigungsliteratur* hat sich, mit Fokus auf das Bundesgericht, eingehend STEPHAN AERSCHMANN in seiner pionierhaften Dissertation beschäftigt.²⁴⁵ Auf der Grundlage eines Quellenkorpus von über 1500 Texten konnte AERSCHMANN für die Periode 1875–2010 eine starke Kontinuität des Tugendkatalogs der idealen (Bundes)Richterin nachweisen. Die untersuchten Texte stammen teils von Richtern selbst, teils von anderen Autorinnen, was eindrücklich belegt, dass in der schweizerischen Tradition Selbst- und Fremdbeschreibungen weitgehend deckungsgleich sind.²⁴⁶

«Neben Rechtskenntnissen und der Fähigkeit, rechtliche Probleme zu verstehen und selbständig zu prüfen, wurden Intelligenz und Gerechtigkeitssinn erwähnt. Viel wichtiger und zentraler war jedoch praktisches Wissen. Darunter verstand man gute Menschen- und Volkskenntnisse, genauere Kenntnisse der Realitäten des Lebens sowie praktischen Sinn.»²⁴⁷

Bei der Bestimmung der richterlichen Charaktereigenschaften tauchen somit, zusammen mit dem ständigen Hinweis auf den *gesunden Menschenverstand*, die bereits aus der staatsrechtlichen Literatur bekannten Tugenden der inneren Unabhängigkeit, nämlich Charakterfestigkeit, Bescheidenheit, Zurückhaltung, Hingebung, Arbeitsamkeit usw. auf.²⁴⁸

AERSCHMANN stellt schliesslich noch fest, dass in etwa seit den 1970er-Jahren, entgegen der traditionellen Betonung der «stillen Arbeit» und des Aufge-

könig. Eine landläufig verkannte Rechtsfigur, in: Peter Gauch und Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Figures juridiques. Rechtsfiguren. Mélanges dissociés*. K(l)eine Festschrift pour Pierre Tercier, Zürich 2003, S. 15 ff.; DERS., *Praxis* (Fn. 6); DERS., *Selbstbewusste Justiz*, in: Ruth Herzog und Reto Feller (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern 2010, S. 561 ff.; SPIRA (Fn. 237); ALAIN WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral. Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges*, Genf – Zürich – Basel 2011, S. 179 ff.

244 CHRISTINE KAUFMANN, *Gerichtsalltag und Reflexion in: Justice – Justiz – Giustizia*, 2013/1, Rz. 6 f.

245 AERSCHMANN (Fn. 8).

246 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 183, unterstreicht auch selber die «enge Verbindung der Würdigungstexte mit dem richterlichen Selbstverständnis».

247 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 230.

248 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 178 ff.; zum gesunden Menschenverstand S. 131 ff.

hens des einzelnen Richters im Kollektiv, die Bundesrichterinnen zunehmend «als markante, starke, eigenwillige und eigensinnige Figuren mit Ecken und Kanten präsentiert» werden.²⁴⁹ Als Faktoren, die zu dieser *Personalisierung* geführt haben, erwähnt AERSCHMANN, neben der auch in der Verfassungslehre, insbesondere von EICHENBERGER,²⁵⁰ betonten Verstärkung der rechtsschöpferischen richterlichen Tätigkeit, den massenmedialen Wandel, der sich «mit Stichworten wie Personalisierung und Individualisierung des öffentlichen Lebens und Aufmerksamkeitsmaximierung umschreiben»²⁵¹ lasse, und die Polarisierungstendenzen in der Politik.

Ergänzend dazu werden nachfolgend exemplarisch Selbstbeschreibungen aus richterlicher Feder präsentiert, die, gerade im Vergleich zu den, von starken Kontroversen geprägten, ausländischen Diskursen,²⁵² eine eindrückliche *Kontinuität* richterlicher Idealvorstellungen belegen. Wohlbemerkt geht es hier nicht darum, die in diesen Texten geäusserten Ansichten und die Würdigungen einzelner Richterpersönlichkeiten in Frage zu stellen oder in ihrer Wahrhaftigkeit anzuzweifeln, sondern die repetitiven Muster, die Elemente des richterlichen Habitus hervorzuheben.

Zu den oft zitierten Äusserungen zum Richterbild gehören zunächst die Werke von zwei namhaften Rechtsprofessoren, die aber auch über richterliche Erfahrung verfügten und gerade darauf Bezug nahmen. 1921 beschrieb der Zürcher Zivilprozessrechtler HANS FRITZSCHE in seiner Antrittsrede den idealen Richter folgendermassen:

«Er kennt das Recht und beherrscht die wissenschaftlichen Methoden seiner Anwendung. Er nimmt mit lebendigem Verständnis Anteil an den rechtlichen Mühen und Sorgen derer, die ihn anrufen. Er findet mit sicherem Entschluss einen den Prinzipien des Rechts entsprechenden Weg durch das Wirrsal der ihm unterbreiteten Konflikte. Mit der charaktervollen Kraft seiner sittlichen Persönlichkeit trotz er den Gefahren, die seinem klaren Denken und der Selbständigkeit seines rechtlichen Urteils drohen.»²⁵³

Knapper formulierte es, etwa zwanzig Jahre später, der Strafrechtler ERNST HAFTER: «Mit Juristentum allein ist es nicht getan. Menschenkenntnis, Lebens-

249 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 218. So wörtlich die Forderung von KARL SPÜHLER, Richtermacht und richterliche Unabhängigkeit, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 107 ff., Zitat S. 116. Zu diesem Thema vgl. auch schon SIMON (Fn. 34), S. 146 ff.

250 Vgl. vorne EICHENBERGER, Justiz im modernen Staat (Fn. 71).

251 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 221.

252 Vgl. dazu nochmals die in Fn. 7 erwähnten Forschungen.

253 HANS FRITZSCHE, Richteramt und Persönlichkeit. Wahrheit und Lüge im Zivilprozess. Zwei akademische Antrittsreden, Zürich 1921, S. 25. FRITZSCHE war vor seiner akademischen Karriere Auditor und Gerichtsschreiber gewesen. Als ordentlicher Professor war er 1920–1933 Ersatzrichter am Zürcher Obergericht und 1935–1959 Präsident des Kassationsgerichts, vgl. MARIE-BERNADETTE SCHÖNENBERGER, Hans Fritzsche, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 19.07.2005, übersetzt aus dem Französischen, Online: <<https://beta.hls-dhs-dss.ch/de/articles/015810/2005-07-19/>>.

erfahrung, gefestigte Überzeugungen, integre Lebensführung müssen dazu kommen.»²⁵⁴

Handelt es sich bei diesen Autoren nicht um *reine* Berufsrichter, so tönt es aus dem Munde eines langjährigen Bundesrichters, der sich als «bescheidener Praktiker» bezeichnete, nicht anders: «In der Integrität und Charakterfestigkeit der Richter ruht die einzige sichere Garantie einer objektiven Rechtsprechung.»²⁵⁵ Rechtskenntnisse müssen mit Bescheidenheit, Zurückhaltung, Tapferkeit, Lebenserfahrung verbunden werden, damit der Richter seine Aufgabe erfüllen könne: «dass er ein Mann, eine lautere, eine verschwiegene und auch eine starke *Persönlichkeit* sei.»²⁵⁶ Eine starke Richterpersönlichkeit forderte auch HANS HUBER (Bundesrichter 1934–1946, danach einflussreicher Staatsrechtslehrer in Bern), angesichts der von ihm 1961 diagnostizierten Gefahr einer Reduktion des Richteramtes zu einem blossen Beamtenberuf:

«Das Richtertum braucht mehr Entfaltungsraum, die richterliche Gewalt Stärkung. [...] Als Hort der Rechtsstaatlichkeit, eines umfassenden und tiefen Wissens um das Recht und eines heissen Rechtsgefühls.»²⁵⁷

Die Selbstzeugnisse aus dieser Zeit sind einem männlich-martialischen Pathos verpflichtet und schwanken zwischen Bescheidenheit und Stolz, zwischen Entpersonifizierung des einzelnen Richters als Teil eines Kollektivs und Betonung *heroischer* Qualitäten. In diesem Sinn unterstrich beispielsweise Bundesgerichtspräsident ALFRED STOOSS, anlässlich der Feier zum fünfzigjährigen Jubiläum des Bundesgerichts, die Bescheidenheit, mit welcher das höchste Gericht in «stiller Arbeit»²⁵⁸ seine Aufgabe erfülle. Zugleich liess es sich STOOSS nicht nehmen, auf das hohe internationale Ansehen des Bundesgerichts hinzuweisen und mit offensichtlichem Stolz herausragenden Bundesrichtergestalten seine Reverenz zu erweisen: «Wir zehren gerne von dem Glanze unserer Vorgänger, wie unser Volk auf die ruhmreichen Taten der alten Eidgenossen zu pochen liebt.»²⁵⁹ In der Ansprache zum hundertjährigen Jubiläum des höchsten Gerichtes war es dann dessen Präsident PIERRE CAVIN, der von der höchsten Rechtsprechung sprach als «œuvre toujours collective, toujours anonyme, où la personne du juge se fond dans le corps auquel il est fier

254 ERNST HAFTER, *Wir Juristen. Erfahrungen und Gedanken*, Zürich 1944, S. 37. HAFTER war ebenfalls lange Zeit Mitglied und Präsident des Zürcher Kassationsgerichts, vgl. CATERINA NÄGELI, *Ernst Hafter. Leben und Werk*, Diss. Zürich 1988.

255 STREBEL (Fn. 237), Zitat S. 159. Ausführlich dazu AERSCHMANN (Fn. 8), S. 178 ff. Ähnlich auch CARL HANS BRUNSWILER, *Der Richter und sein Gewissen*, *Communio. Internationale Katholische Zeitschrift*, 22/1993, H. 4, S. 343 ff.; CARL HANS BRUNSWILER, *Die dritte Gewalt*, Aarau 1971.

256 STREBEL (Fn. 237), S. 164.

257 HANS HUBER, *Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft*, in: ZBl 1963/962, S. 11.

258 ALFRED STOOSS, in: *Zur Erinnerung an die Feier des 50jährigen Jubiläums des Schweiz. Bundesgerichts*, Bern 1925, S. 7.

259 STOOSS (Fn. 258), S. 37.

d'appartenir.»²⁶⁰ Zugleich betonte CAVIN, unter Rückgriff auf François Géný und auf Art. 1 ZGB, dass

«le Tribunal fédéral, par une interprétation aérée du texte légal, guidée par la fonction de la règle plus que par ses termes, exerce une activité créatrice [...] puisant son inspiration moins dans la spéculation théorique, pour laquelle il éprouve toujours une certaine méfiance, que dans les principes d'ordre éthique.»²⁶¹

Zum Ausdruck kommen hier nicht nur die typisch helvetische Distanzierung gegenüber der Theorie und die Berufung auf die berühmte Formulierung von Art. 1 Abs. 2 ZGB, sondern auch eine, meist unausgesprochene, naturrechtliche Ausrichtung, die AERSCHMANN in den Würdigungstexten deutlich herausgearbeitet hat.²⁶²

Bescheidenheit und Zurückhaltung sind aber nicht nur in Bezug auf die richterliche Tätigkeit, sondern auch für das Privatleben des idealen Richters unabdingbar. So betonte Bundesrichter PHILIPPE ABRAVANEL noch 1991, dass das Richteramt kein einfacher Brotberuf sei, sondern «une véritable vocation.»²⁶³ Das hat zur Folge, dass man(n) immer Richter ist:

«En principe, le Juge doit tout son temps à sa fonction. S'il lui restent des loisirs, il doit encore les consacrer à se perfectionner, en augmentant ses connaissances juridiques et générales. Même en promenant son chien ou en pêchant dans la rivière, le Juge abandonne rarement ses préoccupations professionnelles et fondamentales. Rendre la Justice n'est pas seulement une technique, c'est une philosophie, et l'immense pouvoir, l'immense liberté du Juge imposent en retour une immense exigence personnelle.»²⁶⁴

Hier wird ein priesterlich-asketisches Richterbild propagiert, das zum Beispiel in der italienischen Richterbildebate seit den 1960er-Jahren in Frage gestellt und danach aufgegeben wurde.²⁶⁵ In den neueren schweizerischen Debatten zur Richterethik ist dieses Modell aber noch präsent.²⁶⁶

260 PIERRE CAVIN, 100 Jahre Bundesgericht – Centenaire du Tribunal Fédéral, in: Documenta Helvetica 1975, H. 2, S. 17. Ähnlich auch schon STREBEL (Fn. 237), S. 158 ff.

261 CAVIN (Fn. 260), S. 16.

262 AERSCHMANN (Fn. 8), S. 131 ff.

263 ABRAVANEL (Fn. 243), S. 425. Ähnlich SPIRA (Fn. 237), S. 35 ff.

264 ABRAVANEL (Fn. 243), Zitat S. 422.

265 LUMINATI, Priester der Themis (Fn. 3), S. 167 ff.

266 Vgl. etwa STEPHAN GASS, Die Ethik der Richterinnen und Richter. Grundzüge einer Richterdeontologie, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 143 ff., der sich zwar an neue europäische Standards richterlicher Deontologie orientiert und sich der idealisierenden Dimension bewusst ist, dennoch fast wortwörtlich ABRAVANEL übernimmt. Das Thema der Richterethik wird hier nicht gesondert behandelt, da es sich inhaltlich mit dem Thema des Tugendkanons deckt. Vgl. dazu ALAIN CHABLAIS, La nouvelle Charte éthique du Tribunal administratif fédéral, Justice – Justiz – Giustizia 2011/4; MARCO BORGHI, L'éthique des juges (par un «regard extérieur»), Justice – Justiz – Giustizia 2013/1; MATTEO PEDROTTI, L'etica del giudice, Justice – Justiz – Giustizia 2013/3; STEPHAN BERNARD, Richterliche Ethik aus der Perspektive eines Anwalts, Justice – Justiz – Giustizia 2017/4.

Abschliessend noch zwei Zitate, die zeitlich weit auseinanderliegen, aber in ihrem Selbstverständnis weitgehend deckungsgleich sind und überdies belegen, dass die Kultivierung der Tradition auch auf kantonaler Ebene ihre Früchte getragen hat. Im Vorwort zur 1990 erschienenen Festschrift für den Aargauer Oberrichter Kurt Eichenberger (nicht zu verwechseln mit dem gleichnamigen Staatsrechtler Kurt Eichenberger) wird die Apotheose der idealen Richterin zelebriert:

«Dr. Kurt Eichenberger war mehr als ein ausgezeichnete juristischer Praktiker und Schriftsteller. Er war vor allem eine überragende Richterpersönlichkeit. Seine Bescheidenheit, seine Scheu vor allem Gepränge lässt das nur umso deutlicher in Erscheinung treten. Hohe Intelligenz, Intuition, grösste Gewissenhaftigkeit zusammen mit einem tieferen Bedürfnis nach Ausgewogenheit und Harmonie liessen ihn fast wie von selbst zu angemessenen und überzeugenden Lösungen gelangen; nur der näher Blickende gewahrte, dass sehr oft darum bitter gerungen werden musste. Getragen war aber dieses Richtertum durch tiefe Menschlichkeit. Kurt Eichenberger wusste, dass die Rechtsprechung immer wieder in Gefahr steht, Formalismen zu prägen und die Rechtsverwirklichung darin ersticken zu lassen».²⁶⁷

2017 überbietet der Thurgauer Oberrichter MARCEL OGG diese Beschreibung des idealen Richters durch das Hinzufügen weiterer Tugenden, die im Diskurs mittlerweile erzeugt worden sind (vgl. hinten, D. V.):

«Der ideale Richter muss über hohe Sozialkompetenz und charakterliche Integrität verfügen. Er muss auf Parteien eingehen können, ein guter Zuhörer und Kommunikator sein. Er soll gerecht und weise, gelassen, verschwiegen, bescheiden, kreativ, geduldig und selbstkritisch sein. Er braucht Lebenserfahrung, Realitätsnähe und Bodenhaftung, Menschenkenntnis und Aufgeschlossenheit, Entscheidungsfreude und mitunter Mut zu unpopulären Entscheidungen, Führungsqualitäten, Einfühlungsvermögen und psychologisches Geschick.»²⁶⁸

III. Zeichen des Umbruchs: das Hervortreten der Richterpersönlichkeit

Gegenüber der Konstante der Zurückhaltung macht sich allerdings zunehmend die Richterpersönlichkeit bemerkbar. In seinem, für ein breites Publikum verfassten Werk zum Bundesgericht zieht der ehemalige Bundesrichter ALAIN WURZBURGER zunächst die Figur des *bon juge* Paul Magnaud heran.²⁶⁹ Es han-

267 ALBERT KILLER, Geleitwort, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See. Zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, S. 3.

268 OGG (Fn. 216), Rz. 1. Interessant ist dabei die dazugehörige Fussnote, bei der ältere und neuere Selbst- und Fremdbeschreibungen zitiert werden, allen voran aber die Dissertation von AERSCHMANN (Fn. 8), die, so der Eindruck, nicht als Hinweis auf die kritische Hinterfragung des Tugendkanons, sondern als Beleg dafür herhalten muss!

269 WURZBURGER (Fn. 243), S. 179 ff. Dazu die freundliche Rezension von ETIENNE POLTIER, in: SJZ 107/2011, S. 533 f., der betont, dass es sich nicht um ein wissenschaftliches Werk handle. Zu Magnaud vgl. JEAN-PIERRE ROYER ET AL. (Hrsg.), Histoire de la justice en France, 4. Aufl., Paris 2010, S. 613 f.

delt sich um einen, über die Grenzen Frankreichs bekannten Richter, der im späten 19. Jh. durch seine Billigkeitsentscheide und den lockeren Umgang mit den Gesetzen als Inbegriff des weisen, menschlichen Richters galt. WURZBURGER erachtet Magnaud nur beschränkt für nachahmenswert, denn ein *bon juge* müsse Exzesse vermeiden, sich beruflich wie privat in einer seiner Funktion angemessenen Weise verhalten und eine «saine modestie»²⁷⁰ an den Tag legen. Dieser Zurückhaltung komme, so WURZBURGER, das Kollegialsystem entgegen und die damit verbundene Unterordnung des einzelnen Richters unter das Kollektiv: «Ils [i.e. die Bundesrichter] se fondent dans l'ensemble».²⁷¹ Auch bei WURZBURGER taucht übrigens die Abneigung gegen das Theoretisieren auf, denn für die (Bundes)Richterin gilt: «le dogmatisme n'est pas sa «tasse de thé»».²⁷²

WURZBURGER charakterisiert seine (ehemaligen) Kollegen als: «Sérieux, d'apparence un peu terne, les juges fédéraux cultivent l'absence de toute excentricité.»²⁷³ Das Bewusstsein der schweren und verantwortungsvollen Aufgaben, die sie erfüllen müssen, führe dazu, dass «les juges fédéraux sont en général un peu tristes.»²⁷⁴ Neben diesen allgemeinen Habitusmerkmalen unterscheidet WURZBURGER unterschiedliche Richtertypen, die er anhand der Charaktere von Hans Peter Walter und Hans (*Johnny*) Wiprächtiger exemplifiziert. Hans Peter Walter sei eine «personnalité plus dans la ligne traditionnelle», standfest und von grosser Autorität, besonnen und ruhig bei seinen Stellungnahmen, so dass «un aurait pu le croire de marbre, voire bourru.»²⁷⁵ Demgegenüber sei für Wiprächtiger «son attitude extravertie, voire exubérante» und der Drang, seine Ansichten unmittelbar nach aussen zu tragen, kennzeichnend, also «son caractère humain du juge».²⁷⁶ Das habe ihm, so WURZBURGER, das Präsidium des Bundesgerichts gekostet.²⁷⁷ Am Bundesgericht gäbe es freilich mehr *Walter* als *Wiprächtiger*, wobei beiden Richtertypen «le désir brûlant de servir au mieux leurs concitoyens» gemeinsam sei.²⁷⁸ Würdige Zurückhaltung und überschäumende

270 WURZBURGER (Fn. 243), S. 185.

271 WURZBURGER (Fn. 243), S. 53; so auch S. 63, 185 und 212, wo CAVINS «oeuvre collective» wieder vorkommt.

272 WURZBURGER (Fn. 243), S. 210.

273 WURZBURGER (Fn. 243), S. 53. Von wenigen Ausnahmen abgesehen (erwähnt wird der Fall Schubarth), seien die Bundesrichter in der Lage ihre Emotionen zu kontrollieren und selten würden Kontroversen innerhalb der Urteilstätigkeit zu Feindschaften ausarten.

274 WURZBURGER (Fn. 243), S. 53.

275 WURZBURGER (Fn. 243), S. 54.

276 WURZBURGER (Fn. 243), S. 54.

277 Dazu AB V 2004, 2204: Die Gerichtskommission schlug als Vizepräsidenten des Bundesgerichts Bernard Corboz vor, während die SPS-Fraktion Hans Wiprächtiger portierte und an das Prinzip der Anciennität appellierte. Die Bundesversammlung übergang Wiprächtiger und wählte Corboz mit 97 Stimmen (bei einem absoluten Mehr von 96 Stimmen); Wiprächtiger erhielt 92 Stimmen.

278 WURZBURGER (Fn. 243), S. 54.

Persönlichkeit werden bei WURZBURGER auf zwei Persönlichkeitstypen aufgeteilt, die aber schliesslich in der richterlichen *Mission* wieder verschmelzen.

HANS PETER WALTER hat von sich allerdings ein anderes Bild gezeichnet als er, beim Festvortrag zum 70. Geburtstag von Heinz Hausheer (1982–1990 Bundesrichter, danach Professor für Privatrecht an der Universität Bern), zwischen dem *Richtertypus Hausheer* und sich selbst unterschied:

«Du [i.e. Hausheer] verkörperst eher den wägenden Richter, warst auf Konstanz und Rechtssicherheit aus, auf der Suche nach einer kohärenten Rechtsprechung [...] ohne dich aber dem Vorwurf der rein routinenhaften Entscheidung auszusetzen. [...] Mich sah ich eher als wägenden Richter, risikofreudig und zum Spieltrieb neigend, oft voreilig auf der Suche nach neuen Wegen [...]. Und du warst in diesem unablässigen Wagnis meine dogmatische Neunerprobe. Wenn immer ich zu kühner Innovation ansetzte, erbat ich mir deine Meinung und regelmässig lautete sie ebenso freundlich wie bestimmt: «Da muesch ufpass!»»²⁷⁹

WALTER rückt sich selbst, zumindest in seinem Verständnis der richterlichen Entscheidungstätigkeit, in die Nähe von WIPRÄCHTIGER und sieht sich als ein ebenfalls *wagender* Richter. In einem früheren Beitrag hat WALTER diesen beiden Richtertypen noch den *zaudernden*, unsicheren Richter gegenübergestellt, der «schwankt zwischen Sicherheit und Risiko, zweifelt oftmals an seinem Können und neigt daher besonders zu intuitiver Entscheidung im Einzelfall.»²⁸⁰ Mit solchen Aussagen wird, noch vorsichtig und anekdotenhaft, der eiserne Vorhang, der die Welt vom Justizpalast abtrennt, geöffnet. Auf dieser Linie steht auch WALTERS Bemerkung, dass

«auf der Richterbank in aller Regel stärkere und schwächere Richterpersönlichkeiten nebeneinander sitzen, ist unwiderlegbare Erfahrung, und dass der Einfluss der stärkeren Richterin auf die Entscheidung grösser ist als derjenige der schwächeren, weil jene sich dank ihrer Argumentationsstärke zumeist durchsetzen kann, bleibt eine Binsenwahrheit. Zwar hat bei uns die Personifizierung der Rechtsprechung, anders als etwa in den Vereinigten Staaten, keine Tradition, weil jeder, auch der Einzelrichter, herkömmlicherweise Gericht und nicht Person ist, doch sind es letztlich auch hier die einzelnen Akteure, welche die Rechtsprechung prägen und damit die Aufmerksamkeit der Prozessöffentlichkeit auf sich ziehen.»²⁸¹

In der Frage der Richterpersönlichkeit scheinen WALTER und WIPRÄCHTIGER ähnliche Ziele zu verfolgen. WALTER hat immer wieder für eine Stärkung richterlichen Selbstbewusstseins plädiert und dafür auch den, eigentlich verpönten Begriff des *Richterkönigs* ins Spiel gebracht.²⁸² Bereits 1991 forderte er

279 WALTER, Praxis (Fn. 6), S. 127.

280 WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 51.

281 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 20.

282 WALTER, Der Richterkönig (Fn. 243), S. 15 ff.; dazu auch PETER GAUCH, Ein «regelrechter» Schluss. Abschiedsvorlesung, ZSR 128/2009, Bd. I, S. 223, der gewisse Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Plädoyers von WALTER hegt und dazu die kurze Erwiderung von WALTER, Selbstbewusste Justiz (Fn. 243), S. 572, Fn. 41. Vgl. auch WALTER, Interne richterliche Unabhängig-

die «Befreiung vom Unfehlbarkeitsdogma, welches die Rechtsprechungskompetenz notorisch nachzuziehen geneigt ist.»²⁸³ Ganz ähnlich, wenn auch mit dem ihm eigenen Stil, meint WIPRÄCHTIGER,

«dass viele Richter, vor allem Bundesrichter, überzeugt sind, quasi eine päpstliche Botschaft zu verkünden, die sakrosankt ist. Das duldet keine abweichende Meinung. Denn die würde einen Schatten auf den Mythos der Unfehlbarkeit werfen, in dem sich Bundesrichter gerne sonnen. Dabei kochen sie auch bloss mit Wasser.»²⁸⁴

Gegenüber solcher «Verkrustung und Selbstgenügsamkeit» helfe, so noch WIPRÄCHTIGER, nur «schrankenlose Selbstkontrolle».²⁸⁵ Unter Verweis auf WALTERS *Richterkönig* fordert auch WIPRÄCHTIGER die selbstbewusste und *souveräne* Richterin, die, neben den hohen fachlichen Qualitäten, vor allem über soziale Kompetenz verfügen müsse,

«worunter Menschenkenntnis, Einfühlungsvermögen, Realitätsnähe und Aufgeschlossenheit, Entschlusskraft und Mut zu auch unpopulären Entscheidungen, ferner Diskursfähigkeit im Sinne einer Befähigung, auch von eigenen Positionen und Vorverständnissen abrücken zu können verstanden wird. Sie sollen kommunikativ und dialogbereit [...] auch gegen den Strom schwimmen können».²⁸⁶

In solchen Äusserungen kann man Zeichen der, von AERSCHMANN festgestellten Tendenz zur *Personalisierung* des Diskurses erkennen. Die bereits bei der Staatsrechtslehre registrierte zunehmende Betonung der schöpferischen Aspekte richterlicher Tätigkeit und der Zentralität der Richterpersönlichkeit findet hier ihre Entsprechung. Selbstverständlich gehören zu den Faktoren, die zu dieser Entwicklung führen, auch die Rezeption neuer Erkenntnisse der juristischen Methodenlehre sowie die mit der Anwendung der EMRK einher-

keit (Fn. 237), Rz. 1, wo er bei der Definition der internen Unabhängigkeit die Autonomie des Richters besonders hervorhebt.

283 WALTER, Gedanken zum Richteramt (Fn. 227), Zitat S. 619.

284 HANS WIPRÄCHTIGER, Interview, Tagesanzeiger 13.2.2012.

285 HANS WIPRÄCHTIGER, Recht und Richter, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt. Recht, Vertragsrecht und Baurecht. Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, Zitat S. 331 ff. Damit verbunden ist die, wiederum von beiden Autoren vorgebrachte Forderung nach Methodenehrlichkeit, vgl. etwa DERS., Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, recht 1995, S. 148: «Diese Feststellung des Subjektiven in der richterlichen Entscheidungsfindung ist dann nicht weiter tragisch, wenn die Gerichte in ihrer Begründung den Entscheidungsvorgang (und nicht nur das Ergebnis) nachvollziehbar, kontrollierbar und kritisierbar machen. Stattdessen, so wurde bereits aufgezeigt, wird die Entscheidung gelegentlich unter Verwendung der als massgebend erachteten Argumente so dargestellt, als ob sie sich durch Deduktion aus dem Gesetz ergeben würde.»; WALTER, Selbstbewusste Justiz (Fn. 243), S. 582: «Gefordert sind indessen Methodenehrlichkeit und ein Begründungsstil, welcher den Entscheidungsvorgang nicht hinter vorgeschobener Methodentreue versteckt, sondern offen ausbreitet, um das Ergebnis der Rechtsfindung nachvollziehbar, kontrollierbar und kritisierbar zu machen.» So auch schon WALTER, Psychologie und Recht (Fn. 174), S. 39.

286 WIPRÄCHTIGER, Recht und Richter (Fn. 285), S. 334. So auch schon SPÜHLER, Richtermacht (Fn. 249), S. 116, der «starke, robuste Richterpersönlichkeiten mit Ecken und Kanten» fordert.

gehende «forme dérivée de juridiction constitutionnelle, au nom du respect du droit international».²⁸⁷ Einige Protagonisten sind also offensichtlich mit dem tradierten Bild der stillen Arbeit und der Zurückhaltung unzufrieden, verwerfen das alte Richterideal aber nicht, sondern modifizieren es durch die dezidierte Forderung nach kompromissloser Selbstkontrolle und Selbstkritik. WIPRÄCHTIGER führt dies vor, indem er, gewissermassen aus dem richterlichen Nähkästchen plaudernd, seinen Leserinnen anhand konkreter Bundesgerichtsentscheide zeigt,

«wie sich bei meiner persönlichen Arbeit dieses Vorverständnis und die Auslegungsregeln zueinander verhalten und wie ich mit dem Spannungsfeld zwischen objektiven Kriterien sowie subjektivem Vorverständnis und Werturteil zurechtkomme.»²⁸⁸

PETER ALBRECHT sieht darin ein «leuchtendes Beispiel einer fruchtbaren Kombination von Theorie und Praxis»²⁸⁹ und präsentiert in der Festschrift für WIPRÄCHTIGER ebenfalls die Rekonstruktion einer konkreten Entscheidung.²⁹⁰ Zum richterlichen Tugendkatalog fügt auch Albrecht die «permanente *Pflicht zur Selbstkontrolle*» hinzu.²⁹¹

Die von WURZBURGER reklamierte Unterscheidung zwischen den Richtertypen *Walter* und *Wiprächtiger* betrifft eher den Erscheinungsstil, die *Postur*, wodurch sich Wiprächtiger auch in der Selbstdarstellung von seinen Kolleginnen bewusst abgrenzt.²⁹² Bezeichnenderweise finden sich seine Äusserungen dazu eher in Interviews, getreu der von ihm immer wieder geforderten neuen richterlichen Kommunikationskultur.²⁹³ Auf die verhinderte Wahl ins Vizepräsidium

287 HOTTELIER (Fn. 214), S. 29. Zur Methodendiskussion vgl. statt vieler REGINA OGOREK, *Aufklärung über Justiz*, 1. Halbbd., Frankfurt a.M. 2008; KASPAR HOTZ, *Richterrecht zwischen methodischer Bindung und Beliebigkeit?*, Zürich/St. Gallen 2008, insbes. S. 46 ff.; JULIA HÄNNI, *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung*, Berlin 2011.

288 WIPRÄCHTIGER, *Recht und Richter* (Fn. 285), S. 145. In die gleiche Richtung, und zur gleichen Zeit, auch MARTIN SCHUBARTH, *Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität*, recht 1995, S. 151 ff. Dazu schon früher OTTO K. KAUFMANN, «oder» ... oder «und» ...? Bemerkung zur Bedeutung des Rechtsgefühls in der bundesgerichtlichen Rechtsfindung, in: *Mélanges Robert Patry*, Lausanne 1988, S. 367 ff.

289 PETER ALBRECHT, *Richterliche Normenkritik in der Rechtsfindung*, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.) *«Toujours agité – jamais abattu»*. Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 121 ff.

290 ALBRECHT, *Normenkritik* (Fn. 289), S. 130 ff.

291 PETER ALBRECHT, *Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?*, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, Zitat S. 15.

292 Ein schönes Beispiel dafür findet sich in der Vorbemerkung zu einer von WIPRÄCHTIGER mitverfassten Rezension (HANS WIPRÄCHTIGER und SARAH SPAHNI, *Rezension zu Hans Mathys, Leitfaden Strafzumessung*, Basel 2016, forumpoenale 1/2017, S. 60): «Der Autor und der Erstrezensent waren während einiger Jahre zusammen Mitglieder der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes. Er hat Hans Mathys als guten und verlässlichen Kollegen geschätzt. Unvergesslich sind die gemeinsamen Morgenkaffees an der Bar der bundesgerichtlichen Cafeteria, wo wir über Gott und die Welt sprachen, aber auch über den FCZ und den FCL.»

293 Dazu hinten, D. V.3.

des Bundesgerichts angesprochen, meinte WIPRÄCHTIGER: «Man wollte nicht von mir repräsentiert werden. Ich ziehe halt auch ungern eine Krawatte an und lache zu viel.»²⁹⁴ WIPRÄCHTIGER versteht sich als unorthodoxer Richter, der «schon immer lieber gegen den Strom»²⁹⁵ geschwommen sei. In der ihm gewidmeten Festschrift, mit dem bezeichnenden Titel «*Toujours agité – jamais abattu*», liefert sein Bruder ROLAND WIPRÄCHTIGER, selbst auch Richter,²⁹⁶ ein intimes Portrait, das vor allem die Leidenschaft, die Passion für den Beruf und die Menschlichkeit des Jubilars in den Vordergrund stellt.²⁹⁷

Selbstverständlich ist den Diskursteilnehmern die Diskrepanz zwischen dem Richterideal und den Niederungen des Lebens bewusst. Der Richter ist, wie es schon EICHENBERGER formulierte, «Mensch in seinem Widerspruch und in seiner Unzulänglichkeit, aber auch in seinem Einbezogensein in die allgemeine Sozietät.»²⁹⁸ Das Eingeständnis des Menschseins des Richters erfüllt in der Selbstreflexion somit eine doppelte Funktion: Es dient zunächst dazu, die Normalität des Richters und damit die Nähe zum Volk zu belegen (eine Qualität die ursprünglich den Laienrichtern im Gegensatz zu den gelehrten Richtern zugeschrieben wurde), dann aber auch um das Vorhandensein der gebetsmühlenartig wiederholten Triade von «Lebensnähe, Erfahrung und menschlichem Verständnis»²⁹⁹ zu bestätigen. Um auch wieder einmal einen Kantonsrichter zur Sprache kommen zu lassen:

«Die gerichtliche Tätigkeit wird weiterhin – vor und hinter den Schranken – von Menschen geprägt werden; von Menschen mit Stärken und Schwächen. [...] Diesem Menschen mit all seinen Unzulänglichkeiten wird auch in Zukunft die anspruchsvolle und nie perfekt zu lösende Aufgabe anvertraut sein, andere Menschen und ihre gegensätzlichen Anliegen zu beurteilen.»³⁰⁰

294 REGULA ZEHNDER, «Meine Parteikollegen machen mich sprachlos», plädoyer 2009/3, Zitat S. 11.

295 Interview mit HANS WIPRÄCHTIGER (Fn. 284).

296 Vgl. Medienmitteilung des Luzerner Kantonsgerichts vom 28. Mai 2015 zum Rücktritt von ROLAND WIPRÄCHTIGER: «Seine Fachkunde und die Seriosität seiner Arbeit sind weit herum anerkannt. Ihm gelang es, die stets neuen Forderungen der Gesetzgebung mit der Rechtspraxis in klar und verständlich formulierten Entscheidungen umzusetzen. Dabei vergass er nie den Einzelfall, das Schicksal und die Nöte der Menschen.»

297 ROLAND WIPRÄCHTIGER, Ein engagierter Pragmatiker wider den Zeitgeist, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.) «*Toujours agité – jamais abattu*». Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 3 ff.

298 EICHENBERGER, (Fn. 19), S. 52.

299 KIENER, Unabhängigkeit (Fn. 34), S. 66. Für eine gleichtönende Stimme aus der Advokatur vgl. EVA SALUZ, Gewaltenteilung auf dem Prüfstand – Richterliche Unabhängigkeit in Gefahr?, Justice – Justiz – Giustizia 2006/1.

300 PAUL KOPP, 150 Jahre Obergericht des Kantons Luzern, ZBJV 127/1991, Zitat S. 608.

IV. Und die Richterin?

Der bis hierher untersuchte Diskurs ist nicht nur von männlichen Protagonisten geprägt, sondern auch durch die Nichtthematisierung der Frauenpräsenz in der Justiz gekennzeichnet. Soweit ersichtlich hat einzig HANS PETER WALTER, im Rahmen seiner vorhin erwähnten Richtertypisierung, die Frage gestellt, «ob ein spezifisch weiblicher Richterinnentypus auszumachen sei».³⁰¹ Nachdem er eine Reihe von «verbreiteten Vorurteilen» zu weiblichen Eigenschaften (wie Emotionalität, verständnisvolle Zuwendung, Milde, Einfühlungsvermögen usw.) aufgelistet hat, schliesst er aus seiner persönlichen Erfahrung am Bundesgericht, dass es keine Unterschiede gäbe: «Bei Richtern wie Richterinnen folgt die Qualität der Intelligenz, den Rechtskenntnissen, dem Verfahrensgeschick, d.h. der Professionalität».³⁰² Einzig im Beratungsstil sieht er in der Präsenz von Richterinnen eine Bereicherung.

Nach neuesten Erkenntnissen wurde in der Schweiz die erste Richterin im Jahr 1948 gewählt.³⁰³ Erst nach der Einführung des Frauenstimmrechts nahm die Präsenz der Frauen in den Gerichten zu. 1972 wurde Margrit Bigler-Eggenberger, nicht ohne Widerstände und mit einem tiefen Wahlergebnis, zunächst zur Ersatzrichterin, 1974 dann zur ersten Bundesrichterin gewählt.³⁰⁴ Sie hat sich zwar publizistisch intensiv mit Gleichstellungsfragen beschäftigt, zu ihrem Richter(in)bild aber kaum geäussert. In einem 2007 erschienenen, von ihrer persönlichen Erfahrung berichtenden Aufsatz beklagt sie die verletzte Art des Umganges und die Isolierung, die ihr als Bundesrichterin zuteil wurde: «Bei Männern war immer selbstverständlich [...], dass sie dem schwierigen und anforderungsreichen Richteramt gesundheitlich, intellektuell und sachkundig voll gewachsen sind.»³⁰⁵ BIGLER-EGGENBERGER sieht die Besonderheit der Richterin darin, dass sie

301 WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 51.

302 WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 52.

303 SARAH LUISIER-CURCHOD, *Accession des femmes à la magistrature: obstacles et solutions, Justice – Justiz – Giustizia* 2017/3, Rz. 15: «En 1947, le canton de Vaud est le premier en Suisse à autoriser de manière inconditionnelle l'élection des femmes à la fonction de juge. Une année après, Juliette Rochat-Schopfer est la première femme à accéder à la Chambre civile du Tribunal de district de Lausanne.»

304 Zu den beiden Wahlen vgl. AB V 1972, 2481; AB V 1974, 1957. Einige Hinweise dazu in: SONYA SCHMIDT, *Notizen zur Karriere einer Bundesrichterin*, in: Kathrin Klett und Danielle Yersin (Hrsg.), *Die Gleichstellung von Mann und Frau als rechtspolitischer Auftrag. Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger*, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 355 ff.; MARGRIT BIGLER-EGGENBERGER, *Die erste Richterin am Bundesgericht: Allein unter Richtern*, in: Revital Ludewig et al. (Hrsg.), *Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit*, Bern 2007, S. 1 ff.

305 BIGLER-EGGENBERGER, *Die erste Richterin* (Fn. 304), S. 9. Im Interview von MARGRIT BACHL, *Bundesrichterin dank Hartnäckigkeit, plädoyer* 1989/6, S. 17 ff., hält sich BIGLER-EGGENBERGER zurück und sieht kaum Unterschiede zu ihren männlichen Kollegen bei der richterlichen Arbeit. VERA ROTTENBERG-LIATOWITSCH, *Zum Richterbild in der Schweiz*, in: *Richterbild heute. Anspruch und Wirklichkeit: Vorträge gehalten bei der Richterwoche 1994 vom 12. bis 17. Juni*

«wegen ihrer immer noch anderen Sozialisation und Lebenserfahrung, ihren oft unterschiedlichen Vorverständnissen und ihrem Blick für das Alltägliche in den Gerichten einen eigenen Ton, eine etwas andere, vielleicht sanftere, empathische Verhaltensweise einbringen könne und dies sehr oft auch tue.»³⁰⁶

Im gleichen Band berichten auch weitere Richterinnen von ihren Erfahrungen, so die Zürcher Oberrichterin VERENA BRÄM, die die Fähigkeit des Zuhörens als bei Frauen stärker ausgeprägt ansieht, gleich aber hinzufügt, dass «Richter der jüngeren Generation [...] diese eher Frauen zugeschriebenen Eigenschaften ebenfalls auf[weisen].»³⁰⁷ Im Ergebnis sieht BRÄM eine Angleichung des Selbstverständnisses von Richterinnen und Richtern. Für MARTHA NIQUILLE-EBERLE (Kantonsgerichtspräsidentin in St. Gallen, 2008 zur Bundesrichterin gewählt) stehe mittlerweile «die Frage im Vordergrund, wie sie [i.e. die Richterinnen] das Richteramt mit ihren Aufgaben in der Familie vereinbaren können.»³⁰⁸

Im Rahmen einer Diskursanalyse kann somit lediglich festgestellt werden, dass es in der Schweiz keinen Diskurs über ein alternatives, im weitesten Sinn *feministisches* Richterideal gibt. Zum Teil werden zwar gewisse Eigenschaften, die dem weiten Feld der Sozialkompetenz zugehören, als bei Richterinnen besonders ausgeprägt angesehen, woraus aber keine grundsätzliche Differenz abgeleitet wird. Im Ergebnis scheint damit die Analyse von HANS PETER WALTER bestätigt.³⁰⁹

1994 in Zell im Ziller, Wien 1994, S. 43 ff. geht lediglich auf die Frage der Frauenquote an den Gerichten ein, gibt aber keine Hinweise auf ihr Selbstverständnis. Auch in KATHRIN KLETT und DANIELLE YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Mann und Frau als rechtspolitischer Auftrag. Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, äussern sich die schreibenden Richterinnen nicht zu ihrem Selbstverständnis.

306 BIGLER-EGGENBERGER, Die erste Richterin (Fn. 304), S. 15.

307 VERENA BRÄM, Richterinnen der ersten Generation und ihr gesellschaftliches und politisches Umfeld, in: Revital Ludewig et al. (Hrsg.), Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit, Bern 2007, Zitat S. 31.

308 MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Richterinnen der zweiten Generation in veränderten Rahmenbedingungen, in: Revital Ludewig et al. (Hrsg.), Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit, Bern 2007, S. 35 ff., Zitat S. 36. Noch jüngere Richterinnen sehen in ihrer richterlichen Tätigkeit keine Geschlechterspannungen und dementsprechend auch keinen Bedarf für eine besondere Reflexion über das bestehende Richterbild. Zu einigen empirischen Resultaten, die sich mit den Erfahrungsberichten weitgehend decken, vgl. REVITAL LUDEWIG, KATHELEEN WEISLEHNER und EVELYNE ANGEHRN, Schweizer Richterinnen im Spiegel der Zeit, in: Justice – Justiz – Giustizia 2007/3, insbes. Rz. 13, wo darauf hingewiesen wird, dass Richterinnen der jüngeren Generation keine Notwendigkeit mehr sehen, sich männlichen Verhaltensweisen anzupassen. «Als gemeinhin typisch weiblich angesehene Eigenschaften wie Einfühlbarkeit und Kompromissbereitschaft werden z.B. im Rahmen von Vergleichsverhandlungen sogar als Bereicherung für den Gerichtsalltag erlebt.»

309 Dazu vgl. auch SALLY J. KENNEY, Thinking about Gender and Judging, International Journal of the Legal Profession 15/2008 1, S. 87 ff.

V. Organisierter Diskurs

1. Veränderter Diskursrahmen

Seit ungefähr Mitte der 1990er-Jahre modifiziert sich die Diskussion um das Richterbild in mehrfacher Hinsicht. Angezeigt werden diese Veränderungen nicht nur durch die bereits erwähnte Betonung der Richterpersönlichkeit, sondern auch durch die Entstehung neuer Diskussionsorten, die Fokussierung auf bestimmte Themen, die Zunahme der Diskursteilnehmer und von (stets helvetisch gemilderten) Kontroversen. War bis anhin die richterliche Selbstreflexion durch Singularität und weitgehender Zurückhaltung geprägt, so intensiviert sich nun die Debatte, nimmt festere Konturen an und wird lokalisierbarer. Am *basso continuo* des Tugendkanons wird nicht gerüttelt, vielmehr kommen neue *Variationen* hinzu und zusätzliche Anforderungen werden formuliert. Parallel zu dieser Transformation des richterlichen Diskurses gerät auch die Verfassungslehre in Bewegung. Verlaufen die beiden Diskussionsstränge bisher eher nebeneinander und ohne besondere Berührungspunkte, so treffen sie nun aufeinander.

Im Vergleich zu anderen europäischen Staaten setzt die Intensivierung der Auseinandersetzung mit dem eigenen Richterbild in der Schweiz viel später ein. In Deutschland, Italien oder Frankreich beginnt spätestens seit den 1970er-Jahren eine, zum Teil heftige und kontrovers geführte, Diskussion über das richterliche Selbstverständnis, bei der sowohl justizinterne Spaltungen wie auch Autonomisierungstendenzen gegenüber der Rechtslehre und Konflikte mit der Politik zu verzeichnen sind.³¹⁰ Auf solche Entwicklungen nehmen die schweizerischen Richter in der neuen Phase Bezug, so zum Beispiel HANS WIPRÄCHTIGER, der seine 2004 formulierte Forderung nach einem gewandelten Richterbild vor allem auf deutsche Beiträge aus den 1980er- und 1990er-Jahren stützt.³¹¹ Damit soll ihm bzw. den schweizerischen Richterinnen keineswegs (ab)wertend Verspätung oder Rückständigkeit vorgeworfen, sondern auf die eigenständige Dynamik der untersuchten Diskurse hingewiesen werden.

Zu dieser Dynamik gehört auch die 2005 erfolgte Gründung der Schweizer online-Richterzeitung *Justice – Justiz – Giustizia*. Als Herausgeberinnen und Herausgeber signieren, neben Regina Kiener, die Freiburger Staatsanwältin Anne Coillard³¹² und die kantonalen Richter Stephan Gass, Hans Jakob Mosimann, Thomas Stadelmann und Pierre Zappelli (nebenamtlicher Bundesrichter). Lehre und Praxis, etablierte Wissenschaft und sich etablierende Richter-

310 Vgl. Fn. 3 und 7.

311 WIPRÄCHTIGER, *Recht und Richter* (Fn. 285). Insbes. verweist Wiprächtiger auf die zwischen 1970 und 1989 erschienenen Arbeiten von Rudolf Wassermann und auf mehrere Beiträge aus der Deutschen Richterzeitung zwischen 1981 und 2004.

312 Zur Person vgl. <https://www.rts.ch/play/tv/couleurs-locales/video/portrait-danne-coillard-avo-cate-fribourgeoise-qui-a-ete-la-premiere-femme-procureure-generale-en-suisse-et-qui-a-plaid-e-pour-la-derniere-fois-au-tribunal-apres-20-ans-de-carriere?id=2801694>.

schaft schaffen eine gemeinsame Plattform. Als Vorbild wird die seit 20 Jahren erscheinende deutsche Richterzeitschrift *Betrifft Justiz* genannt. Die mit der neuen Zeitschrift verfolgten Ziele werden im ersten Editorial folgendermassen definiert:

«Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber brauchen eine für jede und jeden von ihnen offen stehende Zeitschrift. Sie brauchen eine Stimme in der Justizöffentlichkeit und in der politischen Öffentlichkeit. Sie brauchen ein Forum des Austausches, der Information, der Kritik, der Vision.»³¹³

Es handelt sich somit um typische Anliegen professionalisierter Richterschaft, was auch durch den Hinweis verstärkt wird, dass die neue Zeitschrift als «Sprachrohr und ein Gefäss für die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter und andere, kantonale Richtervereinigungen»³¹⁴ deklariert wird.

Schaut man sich das Inhaltsverzeichnis des ersten Heftes an, so wird auch gleich signalisiert, welche Themen im Vordergrund stehen (sollen): Den Anfang macht HANS PETER WALTER mit einem Aufsatz zur internen richterlichen Unabhängigkeit, gefolgt von einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zur Art. 6 EMRK und von einem Interview zum Verhältnis von Justiz und Politik mit Ständerat Rolf Schweiger, Präsident der Gerichtskommission der Bundesversammlung.³¹⁵ In der Rubrik *News CH* werden sodann u.a. Fragen der richterlichen Ethik, kantonale Justizreformen und Modelle des Justizmanagements diskutiert.³¹⁶ Schliesslich wird noch von HANSJÖRG SEILER ein Projekt zur Schaffung einer Richterakademie als Kooperation zwischen der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter

313 STEPHAN GASS, THOMAS STADELMANN, PIERRE ZAPPELLI, HANS-JAKOB MOSIMANN, REGINA KIENER und ANNE COLLIARD, Editorial, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1, Rz. 2. Weitere Hinweise auf Entstehung und Intention finden sich in: THOMAS STADELMANN und STEPHAN GASS, In eigener Sache, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2016/1, zum Rücktritt von Regina Kiener aus der Redaktion. Es ist nicht klar, wie der Verweis auf die Zeitschrift *Betrifft Justiz* zu verstehen ist: Geht es um die politisch-gewerkschaftliche Ausrichtung der Zeitschrift oder um ihre Architektur? Vgl. <https://betrifftjustiz.de/?page_id=52>.

314 GASS/STADELMANN/ZAPPELLI/MOSIMANN/KIENER/COLLIARD (Fn. 313), Rz. 4. Vgl. auch HANS-ULRICH GERBER, «Justice – Justiz – Giustizia» als Publikationsorgan der SVR/ASM/ASD, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1, Rz. 4: «Die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR/ASM/ASD) hat deshalb beschlossen, «Justice – Justiz – Giustizia» als offizielles Organ unserer Vereinigung zu bestimmen und sich an diesem Projekt aktiv zu beteiligen.»

315 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237); DANIEL RIETIKER, La jurisprudence de la CEDH dans des affaires contre la Suisse en matière de droit à un procès équitable, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1; STEPHAN GASS und THOMAS STADELMANN, Gewaltentrennung und richterliche Unabhängigkeit – die Justiz im Spiegel der Politik, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1.

316 So z.B. DIETER FREIBURGHaus, Verhaltenskodex für Kantonsrichterinnen und -richter, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1; JEAN-BENOÎT MEUWLY, Le pouvoir judiciaire fribourgeois à l'orée de changements institutionnels importants, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1; THOMAS STADELMANN, Einführung des Modells «Leistungsorientierte Gerichte» im Kanton Luzern, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1.

(SWR), der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR) und einigen Rechtsfakultäten angekündigt.³¹⁷

Im Ergebnis werden sowohl eine thematische *Agenda* wie auch ein institutionelles *Setting* festgelegt. Letzteres hat 2007 zur Gründung der Richterakademie (erster Präsident Hans Peter Walter) geführt, die seitdem einen Zertifikatslehrgang Judikative anbietet.³¹⁸ In diesem Zusammenhang nimmt SEILER Stellung zum Richterbild. Es gäbe eine traditionelle Konzeption, nach der

«Richter kein gewöhnlicher Beruf [ist], sondern ein Amt, in welches man (in der Regel durch politische Behörden) gewählt wird. Wem Gott ein Amt gibt, gibt er bekanntlich auch Verstand. Eine besondere Richterausbildung ist daher bisher nicht als notwendig erachtet worden. [...] Nicht selten sind Richter Quereinsteiger aus der Advokatur, aus der Wissenschaft oder der Verwaltung. Daneben ist ein anderes Richterbild denkbar, nämlich dasjenige einer professionalisierten Richterkarriere. Dabei wählt man zu Beginn der juristischen Berufstätigkeit bewusst die Gerichtskarriere, absolviert eine entsprechende Zusatzausbildung und steigt dann in verschiedenen gerichtlichen Funktionen die Karriereleiter hinauf (oder auch nicht).»³¹⁹

Persönlich möchte SEILER das traditionelle Richterbild nicht vollständig durch ein Professionalisierungskonzept ersetzen und verweist darauf, dass im neuen Verein diese Fragen nicht näher diskutiert worden seien. Er plädiert für einen (guteidgenössischen) pragmatischen Ansatz, der eine Verschulung verhindern und weiterhin auch Quereinsteigern den Zugang zum Richteramt ermöglichen soll.³²⁰ Andere Diskursteilnehmer gehen hingegen weiter und fordern (vorsichtig), dass die Absolvierung des Lehrgangs als Wählbarkeitserfordernis etabliert werde.³²¹

317 HANSJÖRG SEILER, Projekt Institut für Judikative, Justice – Justiz – Giustizia 2005/1. Positiv zu einem solchen Vorhaben äusserte sich schon früher KARL SPÜHLER, Die Zukunft unserer Justiz, AJP 4/2003, S. 441 ff. Zur Richterakademie ausführlich GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 282 ff.

318 SEILER, Projekt (Fn. 317); HANSJÖRG SEILER, Richterakademie: Auf dem Weg zu einer gezielten Ausbildung für eine anspruchsvolle Aufgabe, Justice – Justiz – Giustizia 2007/4. Vgl. auch: PAUL RICHLI, Zertifikatsstudiengang «Judikative» der schweizerischen Richterakademie an der Universität Luzern erfolgreich gestartet, Justice – Justiz – Giustizia 2009/2; FRANÇOIS BOHNET, Le deuxième module du CAS de l'Académie Suisse de la Magistrature a rencontré un vif succès, Justice – Justiz – Giustizia 2009/3. Das erste Modul wurde im Januar 2009 gestartet, mit u.a. Richterethik (Hans Peter Walter), Selbstmanagement, Berufsschwierigkeiten, Umgang mit psychischer Belastung, Aussensicht auf die Justiz (Markus Felber und RA Jürg Purtschert). Aktuelle Informationen auf: <https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/cas-judikative-richterakademie/>.

319 SEILER, Richterakademie (Fn. 318), Rz. 36 f.

320 SEILER, Richterakademie (Fn. 318), bes. Rz. 40: «Die Zielsetzung ist pragmatischer und bescheidener, aber nichtsdestoweniger wichtig: Die richterliche Tätigkeit ist anspruchsvoll. Sie verlangt neben solidem juristischem Wissen eine reflektierte Kenntnis über Sinn und Aufgabe der Justiz, aber auch die Beherrschung praktischer Fertigkeiten.»

321 PIERRE ZAPPELLI, Formation professionnelle des juges – avantages et dangers, Justice – Justiz – Giustizia 2010/2. Dagegen wiederum HANSJÖRG SEILER, Richterausbildung in der Schweizerischen Richterakademie: Konzept – Erfahrungen – Visionen, Justice – Justiz – Giustizia 2010/2, der das Ziel in der Verbesserung der Qualität der richterlichen Tätigkeit sieht. GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 291 und S. 311, dokumentiert, dass auf kantonaler Ebene die Absolvierung der Rich-

2. Die Richterin als Manager

Richterzeitschrift und Richterakademie, zusammen mit SWR und der zunehmend auch nach aussen in Erscheinung tretenden Richtervereinigung SVR,³²² belegen die Bestrebungen nach einer Standardisierung der (gelehrten) Richterin, die sich auch im Diskurs niederschlägt. Die Debatten, an denen sich nicht nur Richter beteiligen, kreisen um die Aus- und Weiterbildung und Spezialisierung,³²³ vor allem aber auch um das *Justizmanagement*. Mit Schlagwörtern wie *wirkungsorientierte Verwaltung*, *Effizienz* und *Qualitätssicherung* werden von den Richterinnen vermehrt Managementkompetenzen und eine intensivere Kontrolle ihrer Tätigkeit verlangt.³²⁴ Auf der unteren Ebene manifestiert sich diese Tendenz bei der, hauptsächlich von Effizienzüberlegungen geprägten Durchsetzung der Einzelgerichtsbarkeit (vgl. vorne C.III.1.). Bei den höheren Gerichten kommen, hinter der von allen Akteuren anerkannten Sonderstellung

terakademie teilweise in das richterliche Anforderungsprofil bereits aufgenommen worden ist, dass sich aber die Hälfte der von ihm befragten Richterinnen und Richter gegen eine solche Pflicht aussprechen. Dort S. 308 auch der Hinweis, dass das Anwaltspatent «die Funktion eines fachlichen Fähigkeitsausweises für das Richteramt» übernehme.

- 322 Zur Geschichte der SRV vgl. PHILIPPE ABRAVANEL und PIERRE ZAPPELLI, zur Geschichte der Schweizerischen Richtervereinigung, AJP 3/1996, S. 383 f.; ROY GARRÉ, L'Associazione svizzera dei magistrati (ASM) ieri, oggi, domani, Justice – Justiz – Giustizia 2017/4; http://www.svr-asm.ch/de/index_html_files/Vereinsgeschichte%20SVR-ASM%20Teil%20II%202017.06.20%20V3.pdf.
- 323 Vgl. z.B. THOMAS STADELMANN, Die eidgenössische Steuerrekurskommission – Ein Fachgericht. Überlegungen zur Spezialisierung in der Judikative, in: Liliane Subilia-Rouge et al. (Hrsg.), Festschrift SRK. Zum 10. Geburtstag der Eidgenössischen Steuerrekurskommission, Lausanne 2004, S. 343 ff.; PATRICK M. MÜLLER, Vom Richtermiliz- zum Richterberufssystem am Verwaltungsgericht Luzern, Justice – Justiz – Giustizia 2011/2.
- 324 Vgl. u.a. PAUL TSCHÜMPERLIN, Gerichtsmanagement am Bundesgericht: Stand und Entwicklungstendenzen, in: Kettiger Daniel (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz, Ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit, Bern 2003, S. 75 ff.; THOMAS STADELMANN, Organisationsstrukturen eines Gerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2007/2; ANDREAS LIENHARD, Controllingverfahren des Bundesgerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2007/2; DERS., Oberaufsicht und Justizmanagement, Justice – Justiz – Giustizia 2009/1; FRANÇOIS PAYCHÈRE, La promotion de la qualité, un enjeu pour les tribunaux helvétiques?, Justice – Justiz – Giustizia 2009/3; PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Aufsicht des Bundesgerichts, SJZ 105/2009, S. 233 ff.; LORENZ MEYER und PAUL TSCHÜMPERLIN, Die Aufsicht des Bundesgerichts, Justice – Justiz – Giustizia 2012/3; CORINA EICHENBERGER-WALTHER, Die parlamentarische Oberaufsicht über das Bundesgericht, Justice – Justiz – Giustizia 2012/3; ANDREAS LIENHARD, STEFAN RIEDER und MARTIN KILLIAS, Evaluation der Wirksamkeit der Bundesrechtspflege, Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Justiz, Bern/Luzern/Zürich 2013; ANDREAS LIENHARD, Leistungsbeurteilung in der Justiz, Verfassungsrechtliche Auslegung und Gedanken zur Ausgestaltung, in: Thomas Stadelmann, Stephan Gass und Richard McCombe (Hrsg.), Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung, Die Beurteilung richterlicher Tätigkeit im Spannungsfeld zur richterlichen Unabhängigkeit im europäischen Vergleich, Zürich/St. Gallen 2015, S. 16 ff.; FELIX UHLMANN (Hrsg.), Evaluation der Bundesrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2014; TANJA PETRIK-HALTNER, Qualitätssicherung in der Rechtsprechung, Justice – Justiz – Giustizia 2017/2; KATHRIN KLETT, Zur Leistungsbeurteilung von Richtern, Justice – Justiz – Giustizia 2015/1; ANDREAS LIENHARD, Oberaufsicht über die Gerichte, Justice – Justiz – Giustizia 2018/1.

des Justizwesens und der Notwendigkeit die Qualitätsforderungen mit der richterlichen Unabhängigkeit in Einklang zu bringen, gegensätzliche Positionen zum Vorschein.

So haben sowohl der Journalist Markus Felber (ehem. Gerichtskorrespondent der NZZ am Bundesgericht) als auch der Zürcher Obergerichtspräsident RAINER KLOPFER das Beharrungsvermögen eines alten Richterbildes beklagt:

«Es ist dasjenige eines Urteilsredaktors, der in seiner Kammer Akten studiert und Referate schreibt, die er dann seinen Kolleginnen und Kollegen abgibt und in der öffentlichen Verhandlung (sofern eine stattfindet) verliert.»³²⁵

Der von ihnen geforderte neue Richtertypus soll sich hingegen durch Führungsqualitäten auszeichnen.

«Eine solide juristische Ausbildung dürfte weiterhin wichtig, und einschlägige richterliche Erfahrung von grossem Vorteil sein. Absolute fachliche Überlegenheit dagegen ist nicht unabdingbar, da insbesondere Spezialkompetenz bei Mitarbeitern genutzt werden kann. [...] Zusätzlich zu einem soliden juristischen Fundament erfordert das neue Richterbild von künftigen Kandidaten für das höchste Amt in der Justiz die Fähigkeit, einen grösseren Mitarbeiterstab zu leiten. [...] Damit ist gesagt, dass für die Umsetzung des neuen Richterbilds soziale und menschliche Kompetenzen gefragt und letztlich wichtiger sind als juristisches Spitzenwissen.»³²⁶

Gefordert wird also eine Richterpersönlichkeit, bei der aber die Managementfähigkeiten höher gewichtet werden als die juristischen Fachkompetenzen. Darauf hat der Luzerner Kantonsrichter MARTIN WIRTHLIN (seit 2016 Bundesrichter) reagiert und sich gegen die Übernahme ökonomischer Massstäbe ausgesprochen:

«Von vornherein kann sicher nicht ein einziges Richterbild Massgeblichkeit beanspruchen! [...] Führungsmodelle, wie sie sich in Wirtschaft und Verwaltung etabliert haben, taugen darum kaum für die Justiz. Oder anders gewendet: Die Führungsaufgaben, die unbestreitbar auch den Richterinnen und Richtern obliegen, sollen kein Ausmass

325 RAINER KLOPFER, Management in der Justiz – Richterbild im Wandel, Justice – Justiz – Giustizia 2007/2, Rz. 16; MARKUS FELBER, Magistrales Übergewicht, Jusletter 12. Juni 2006; MARKUS FELBER, Traditionelles Richterbild und Wirklichkeit am Bundesgericht, SJZ 103/2007, S. 435: «In den Köpfen – und zwar keineswegs nur in richterlichen – spukt noch weitgehend das Bild eines Richters, der einsam in seiner Klausur sitzt und die ihm vorgetragene Dossiers von Grund auf studiert, um gestützt darauf ein sogenanntes Referat auszubrüten und zu Papier zu bringen, das der zuständigen Gerichtskammer als Grundlage für ihren Entscheid in der Sache dient. Anschliessend tritt diesem Bild vom Richter gemäss ein Gerichtsschreiber in Aktion, um aufgrund von Referat und Urteilsberatung den Entwurf für eine Urteilsbegründung zu verfassen.»

326 FELBER, Traditionelles Richterbild (Fn. 325), S. 440. So auch RAINER KLOPFER, Management (Fn. 325). In Bezug auf die Richterausbildung vgl. auch: RAINER KLOPFER und DANIEL PRECKEL, Das «Richterportfolio» – ein neuer Weg in der schweizerischen Richterausbildung? in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 23 ff.

annehmen, das ihre autonome Einflussnahme auf das Tagesgeschäft und die Abfassung eigener Referate hindert.»³²⁷

Dieser episodenhafte Schlagabtausch, der übrigens auch in Zusammenhang mit den, vom damaligen Justizminister Christoph Blocher geforderten, Sparmassnahmen beim Bundesgericht gesehen werden muss,³²⁸ ist auch kennzeichnend für weitere, bis heute andauernde Debatten über Effizienz und Qualitätskontrolle in der Justiz. Schon HANS PETER WALTER äusserte im ersten Heft der Richterzeitschrift «leise Skepsis» gegenüber solche Massnahmen, denn «mit Hilfe betriebswirtschaftlicher Kriterien lassen sich Wirkung und inhaltliche Qualität der Rechtsprechung jedenfalls nur sehr beschränkt erfassen.»³²⁹ Qualitätssicherung müsse der «richterlichen Eigenverantwortlichkeit»³³⁰ überlassen werden. Den Zwischenstand im Jahr 2011 resümierend, legte auch HANS-JAKOB MOSIMANN besonderes Gewicht auf gerichtsinterne Mechanismen und listete dabei noch die Eigenschaften auf, über die eine Richterin, neben Fach- und Sozialkompetenz, verfügen sollte:

«Schlüsselqualifikationen (Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre, Kommunikationsfähigkeit) Speditivität (quantitativ genügende/effiziente Arbeitsweise; keine übermässig lange Pendenzenlisten; Fähigkeit, Verfahren angemessen zu fördern und planvoll in angemessener Zeit abzuschliessen; keine bewusste Verschleppung von Verfahren).»³³¹

Und THOMAS PFISTERER legte fünf Jahre später, auf der Grundlage seiner Eindrücke als Richter und Politiker, in einem Referat zum Abschluss des breit angelegten SNF-Forschungsprojekts «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz»³³² dar, dass schon in den späten 1980er Jahren am Bundesgericht zu den Forderungen moderner Verwaltungsführung «sich hausintern Meinungen von «Traditionalisten» und «Reformern» gegenüberstanden».³³³ Die notwendigen Reformen können nur gelingen, «wenn die Justiz und die einzelnen Akteure [...] von einer wirtschaftlich- unternehmerischen Kultur getragen sind.»³³⁴

327 MARTIN WIRTHLIN, Vom massgeblichen (Bundes-)Richterbild, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/3, Rz. 1 und Rz. 4.

328 Darauf nimmt FELBER, Übergewicht (Fn. 325), direkt Bezug.

329 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 27.

330 WALTER, Interne richterliche Unabhängigkeit (Fn. 237), Rz. 28. Vgl. auch HANS PETER WALTER, Richtiges Recht richtig sprechen, *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/4. Noch kritischer als Walter äussert sich LUZIUS WILDHABER, *Justizmanagement und Unabhängigkeit der Justiz, Justice – Justiz – Giustizia* 2009/3.

331 HANS-JAKOB MOSIMANN, Leistungsbeurteilung von Richterinnen und Richtern, Qualitätsmerkmal oder Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2011/1, Rz. 45.

332 Zusammenfassend ANDREAS LIENHARD und DANIEL KETTIGER (Hrsg.), *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat, Ergebnisse aus dem Forschungsprojekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz»*, Bern 2016.

333 THOMAS PFISTERER, *Erlebnisse aus der Entwicklung der «Justiz zwischen Management und Rechtsstaat»*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2016/4, Rz. 7.

334 PFISTERER (Fn. 333), Rz. 17.

3. *Der Richter als Kommunikator: der erhabene Löwe?*

Eine weitere neue Eigenschaft, die in den Diskussionen gefordert wird ist die *Kommunikationsfähigkeit*. Gemeint ist hier aber weder die Frage des Urteilsstils und der Kommunikation richterlicher Entscheidungen noch die mit der Gerichtsöffentlichkeit zusammenhängende Frage des Umgangs der Richterin mit den Prozessparteien, die schon immer erörtert wurde und die als Teilelement der Sozialkompetenz bereits zum Tugendkanon gehört.³³⁵ Es geht vielmehr um die «*aktive Justizkommunikation*», wie sie etwa HANS WIPRÄCHTIGER versteht und seit Jahren fordert:

«Es fällt auf, dass die Justiz sowohl auf kantonaler Stufe wie auf Bundesebene von der Öffentlichkeit zu wenig zur Kenntnis genommen wird, und dass sie insgesamt ein Schattendasein fristet. Das mag so gewollt sein – unsere Vorfahren sprachen noch davon, dass eine Justiz dann gut sei, wenn man von ihr nicht spreche –, ist aber in unserer medialen Gegenwart nicht mehr opportun und jedenfalls nicht hilfreich. Von daher dürfte ein öffentliches Interesse an einer aktiven Kommunikationspolitik von Gerichten, aber auch von Richterinnen und Richtern aller Stufen, von vornherein gegeben sein.»³³⁶

335 So versteht z.B. noch ALBRECHT, gute Richterinnen (Fn. 291), S. 7, den Begriff der Kommunikationsfähigkeit. Zur Gerichtskommunikation, statt vieler, URS SAXER (Hrsg.), *Kommunikation der Gerichte*, Zürich 2015; SANTSCHI KALLAY (Fn. 221), und das Schwerpunktheft «Gerichtskommunikation», *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/2. Die Forderung nach einer aktiven Gerichtskommunikation hängt selbstverständlich auch mit medialen Veränderungen und mit der Zunahme von sog. *Justizkritik* zusammen. Dazu z.B. schon früher WALTER, Gedanken zum Richteramt (Fn. 227), bes. S. 628; KARL SPÜHLER, Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien, *SJZ* 1990, S. 349 ff.; DERS., Gericht und Medien – Erfahrungen, *ZBJV* 130/1994, S. 550 ff.; ZELLER (Fn. 231); GEORG MÜLLER und MARC THOMMEN, Unabhängigkeit versus Öffentlichkeit der Justiz, in: Marianne Heer und Adrian Urwyler (Hrsg.), *Justiz und Öffentlichkeit*, Bern 2007, S. 23 ff., PETER KARLEN, Überholte Tabuzonen der Gerichtsberichterstattung und Urteilskritik, *ZBl* 117/2016, S. 281, und neuerdings BENJAMIN SCHINDLER, Persönliche Angriffe auf Richterinnen und Richter durch die Presse, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/3.

336 HANS WIPRÄCHTIGER, Der Richter in der Öffentlichkeit, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern 2008, S. 177 ff., Zitat S. 185. Vgl. auch DERS., Kritikfähigkeit der Justiz – oder: Ein verbessertes Verhältnis zwischen Medien und Justiz, in: René Schuhmacher (Hrsg.), *Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik*, Zürich 1993, S. 81 ff.; DERS., Der Strafrichter und die Massenmedien, *plädoyer* 2000/3, S. 28 ff.; DERS., Bundesgericht und Öffentlichkeit. Zum Verhältnis von Medien und Justiz, in: Dietmar Mieth und René Pahud de Mortanges (Hrsg.), *Recht – Ethik – Religion. Festgabe für Bundesrichter Dr. Giuseppe Nay*, Luzern 2002, S. 11 ff.; DERS., Kontrolle der Strafjustiz durch Medien und Öffentlichkeit – eine Illusion?, *medialex* 2004, S. 38 ff.; DERS., Justiz und Medien: Erwartungen der Richter (Das Verhältnis zwischen Justiz und Medien), in: Marianne Heer und Adrian Urwyler (Hrsg.), *Justiz und Öffentlichkeit*, Bern 2007, S. 39 ff. Von Seiten der Medienvertreter zustimmend z.B. PETER STUDER, Medien, Gerichte und Kritik an Gerichten, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 339 ff.; THOMAS HASLER, Das Bild des Richters in der Öffentlichkeit: Ein Spiegelbild der Erwartungen dieser Öffentlichkeit, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern 2008, S. 67 ff., insbes. S. 81: «Sie können mehr tun, als die Öffentlichkeit nur an Ihre richterliche Unabhängigkeit zu erinnern.»

Auch wenn WIPRÄCHTIGER in erster Linie die Gerichte selber und ihre Medienbeauftragten als Träger der aktiven Kommunikation bezeichnet, fordert er auch die einzelne Richterin auf, medial aufzutreten, «um für die dritte Gewalt einzustehen und für sie zu werben. Erforderlich sind dabei selbstsichere und souveräne Richterinnen und Richter.»³³⁷ Es geht ihm dabei nicht nur um die Kommunikation im konkreten Fall, sondern auch um die unmittelbare, nicht von den Medien gefilterte Vermittlung des Richterbildes: «Schliesslich hat die *Justiz der Öffentlichkeit ihr Richterbild* darzulegen und ihre Hauptaufgabe (die Rechtsanwendung) zu erklären.»³³⁸ Von der Richterpersönlichkeit wird somit erwartet, dass sie zusätzlich auch über die (nicht näher definierten) Qualitäten eines Kommunikators verfügt. So hat kürzlich KATHRIN JACOBEB, Bezirksgerichtspräsidentin in Zofingen, betont:

«In diesem Rahmen wird der einzelne Richter, die einzelne Richterin seine resp. ihre Rolle als Kommunikator, als Kommunikatorin definieren müssen. Es kann und darf mehr als nur über die Kernaufgabe <Rechtsprechung> gesagt werden, ohne dass die Justiz gleich als geschwätzig abgetan wird.»³³⁹

Etwas poetischer drückt es HANS PETER WALTER aus: «Der Richter muss nicht nur im Justizparkett, sondern auch in der Öffentlichkeit vom scheuen Springbock zum erhabenen, jedoch nicht überheblichen Löwen mutieren.»³⁴⁰ Die Justiz müsse aktiv die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit aufklären, denn dadurch werde das «Spiegelbild der Erwartungen dieser Öffentlichkeit an die Justiz»³⁴¹ geprägt.

Dieses Bild stösst im richterlichen Diskurs allerdings nicht nur auf Zustimmung. Das zeigen gerade die aktuellsten Äusserungen von Bundesgerichtspräsident ULRICH MEYER, der, gerade wegen der Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit, dazu aufruft, dass «Zurückhaltung zu üben [ist] mit öffentlichen Auftritten».³⁴² Wiederum dieser Auffassung entgegengesetzt erscheinen beispielsweise die Aussagen des ersten Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts CHRISTOPH BANDLI, der sich als medial offener Richter bezeichnet und möchte «dass unsere Rechtssprechung in den Medien behandelt wird.»³⁴³ So auch, etwas zurückhaltender, die Bundesverwaltungsrichterin MARIANNE RYTER: «rich-

337 WIPRÄCHTIGER, *Öffentlichkeit* (Fn. 336), S. 191.

338 WIPRÄCHTIGER, *Öffentlichkeit* (Fn. 336), S. 188. EICHENBERGER, *Justiz im modernen Staat* (Fn. 71), hat übrigens bereits die Forderung nach einer angemessenen Information der Öffentlichkeit über die Justiz aufgestellt, vgl. S. 556: «Es wird Zeit das Ganze der Justiz zu präsentieren!»

339 KATHRIN JACOBEB, *Gerichtskommunikation, Justice – Justiz – Giustizia* 2018/2, Rz. 38.

340 WALTER, *Selbstbewusste Justiz* (Fn. 243), S. 569.

341 WALTER, *Selbstbewusste Justiz* (Fn. 243), S. 570.

342 MEYER, *Grundvoraussetzungen* (Fn. 1), S. 220. Ablehnend zu den Vorschlägen, die öffentlichen Verhandlungen am Bundesgericht per Live-Stream zu übertragen, äussert sich der Präsident der SVR PETER HODEL, *Direktübertragung der Urteilsberatungen am Bundesgericht und richterliche Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia* 2013/4.

343 ZOÉ BACHES, Christoph Bandli: «Rechtsprechung soll in den Medien behandelt werden», *Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4.

terliche Unabhängigkeit ist nicht in jedem Fall durch vornehme Zurückhaltung zu schützen. Je nachdem um welche Öffentlichkeit es geht, darf und muss die Öffnung der Justiz vielmehr aktiv vorangetrieben werden. Die Zeiten ändern sich. Und die heutige erfordert (u.a.) eine kommunikative Justiz.»³⁴⁴

4. Richter und/oder Mediatorin?

MARK SCHWEIZER hat, auf der Grundlage einer, vorwiegend auf die Deutschschweiz begrenzten, Umfrage festgestellt, «dass drei Viertel der Richterinnen und Richter den primären Zweck des Zivilprozesses in der Wiederherstellung des Rechtsfriedens sehen.»³⁴⁵ Dies sei ein Grund für den hohen Anteil von Vergleichen in der Schweiz. Die eidgenössische ZPO hat die Möglichkeiten der vor- und aussergerichtlichen Streitbeilegung vor allem durch das Vorschreiben des zwingenden Schlichtungsverfahrens und durch die Aufnahme der Mediation verstärkt.³⁴⁶ Damit sei, so die weitverbreitete Ansicht,³⁴⁷ einer alten

344 MARIANNE RYTER, Justiz und Öffentlichkeit – ein paar Gedanken, Justice – Justiz – Giustizia 2008/4, Rz. 24. Noch vorsichtiger äussert sich MARIE-CHANTAL MAY CANELLAS, Justice et médias: un nœud gordien?, Justice – Justiz – Giustizia 2016/4, indem sie eher für eine Austauschplattform zwischen Justiz und Medien plädiert. Vgl. auch PATRICK GUIDON, St. Galler Gerichte auf Tuchfühlung mit Medien und Bevölkerung, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2 Rz. 5: «Bei der Bewerbung der vorerwähnten Veranstaltungen setzen die St. Galler Gerichte auf einen unkonventionellen Auftritt mit einem bewusst pointierten Slogan in Kombination mit einer modernen und positiven Bildsprache. Das entsprechende Konzept wurde in Zusammenarbeit mit einer Agentur entworfen und auf sämtlichen traditionellen sowie elektronischen Kommunikationskanälen (Medienmitteilung, Intranet, Internet, Facebook, Twitter, Flyer, Plakate etc.) eingesetzt.» Einen anderen Weg geht Bundesrichter Thomas Stadelmann, der seit 2016 einen eigenen Blog führt, der sich nicht mit seiner Richterarbeit oder mit der Schweizer Justiz beschäftigt, sondern die Verfolgung der türkischen Richter thematisiert (<https://twitter.com/ts_justice?lang=de>). Vgl. auch THOMAS STADELMANN, Justizkommunikation – alte und neue Medien, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2. Den Vorschlag, einen Richterblog zu schaffen, findet sich schon bei DENIS MASMEJAN, La compréhension des jugements par le grand public, Justice – Justiz – Giustizia 2008/4; BERTIL COTTIER, Les nouveaux défis de la communication judiciaire, Justice – Justiz – Giustizia 2009/3, Rz. 34: «Et ensuite – pourquoi pas? – de créer son propre blog. De même qu'ils ont du prendre le train de la communication active classique, les juges devront, tôt ou tard, prendre celui de la communication participative.»

345 MARK SCHWEIZER, Praxis der Vergleichsverhandlung, Justice – Justiz – Giustizia 2018/4, Rz. 19. GRÜNSTÄUDL (Fn. 7), S. 304 ff., kommt in seinen breitangelegten Umfragen zu anderen Ergebnissen: Die Herstellung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit wird lediglich von 14% der Befragten als Aufgabe der Richterschaft betrachtet. Streitschlichtung wird von 24% als Aufgabe angegeben, bei Absolventinnen der Richterakademie sinkt diese Quote allerdings auf 16%. Diese Differenzen zeigen wiederum die methodischen Schwächen dieser empirischen Ansätze. Einen hohen Anteil von Vergleichen stellt bei den Friedensrichtern auch KARL SPÜHLER, Schlichten vor Richten. Rechtsfragen des Vergleichs, in: Roland Fankhauser et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 615 ff., fest.

346 Vgl. dazu statt vieler URS EGLI, in: Alexander Brunner, Dominik Gasser und Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 197 Grundsatz N 4.

347 JÜRIG G. SCHÜTZ, in: Alexander Brunner, Dominik Gasser und Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Vor

schweizerischen Tradition («zuerst schlichten, dann richten») entsprochen und die zunehmende Bedeutung der sog. *Alternative Dispute Resolution* (ADR)³⁴⁸ anerkannt worden.

Den Implikationen der Mediation, insbesondere im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdefahren, hat die Richterzeitschrift im Jahr 2010 ein Schwerpunktthema gewidmet. In den dort abgedruckten Aufsätzen von Richterinnen und Richtern und in ihren Voten bei der Podiumsdiskussion fällt auf, dass sie grundsätzlich und *in abstracto* eine positive Einstellung gegenüber der Mediation bekunden. Zugleich müssen sie zugeben, dass, gerade vor Bundesverwaltungsgericht, die Mediation noch nicht Einzug gehalten habe, und wenn sie von eigenen Erfahrungen berichten, dann handelt es sich um innergerichtliche Vergleiche.³⁴⁹ So berichtet Bundesrichter HEINZ AEMISEGGER über seine Tätigkeit als Instruktionsrichter «im Rahmen mediationsähnlicher Bemühungen»³⁵⁰ und betont die Relevanz des Vergleichs für den Rechtsfrieden. Damit dies gelinge, müsse der Richter

«versuchen, sich in die Situation der Parteien hinein zu fühlen. Oft muss er ihnen das verengte Blickfeld etwas öffnen. Er muss Fingerspitzengefühl und taktisches Geschick einsetzen. [...] Er sollte sorgfältig darauf achten, unparteiisch zu bleiben, um für das weitere Verfahren unbefangene zu sein. Er sollte neutral, objektiv und transparent sein.»³⁵¹

Diese Eigenschaften gehören, wie mehrmals erwähnt, zum Tugendkatalog der Richterin im Bereich der Sozialkompetenz. Das würde also bedeuten, dass dem Richter zumindest mediationsähnliche Qualitäten zukommen und es keinen fundamentalen Unterschied zwischen Mediatorin und Richter gäbe.

Art. 213–218 N 8 ff.: «In der schweizerischen Streitbeilegungskultur ist der Grundgedanke «zuerst schlichten, dann richten» tief verwurzelt. Die Mehrheit der kantonalen Zivilprozessordnungen hatte bereits ein dem Entscheidverfahren vorangestelltes Schlichtungsverfahren vorgesehen. Die Idee des vorprozessualen Einigungsverfahrens wurde aus Frankreich nach der Französischen Revolution in der Schweiz rezipiert; die Idee der Streitschlichtung ist indessen Jahrtausende alt. Die Mediation schliesst an den Gedanken der Streitschlichtung an; in der Methode unterscheidet sie sich jedoch wesentlich vom Schlichtungsverfahren.»

348 Dazu jetzt ausführlich DANIEL GIRSBERGER und JAMES T. PETER, *Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation – Konfliktmanagement – Verhandlung – Mediation – Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich 2019 (wir danken den Autoren für die Überlassung des Manuskripts).

349 Vgl. insbes. MURIEL BECK KADIMA, *Möglichkeiten der Mediation am Bundesverwaltungsgericht*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4; HEINZ AEMISEGGER, *Einigung und Mediation in verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4, sowie die Voten in JURIA, Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung; Wortprotokoll der zweiten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4.

350 AEMISEGGER (Fn. 349), Rz. 2.

351 AEMISEGGER (Fn. 349), Rz. 9. Positiv dazu äussert sich auch der Vizepräsident des Schaffhauser Obergerichts ARNOLD MARTI, *Votum*, in: JURIA, Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2010/4.

In der Podiumsdiskussion kommt dieses Problem zur Sprache und die daran teilnehmenden Mediationsexpertinnen bemühen sich klare Trennungslinien zu ziehen:

«Je répondrai de façon très claire et peut-être provoquante: à chacun son métier. On ne peut pas être un juge et un médiateur.»³⁵²

Diese Grenzziehung wird auch in der Literatur betont, wobei, wenn es darum geht, die besonderen Anforderungen an eine Mediatorin zu formulieren, der Tugendkatalog demjenigen der Richterin (die juristische Fachkompetenz selbstverständlich ausgenommen) auffällig nahe kommt:

«ist doch die Verhandlungsführung oder die Mediation keine blosse Technik, sondern eine Kunst: Diese erfordert soziale Kompetenzen, Fähigkeit zu überzeugen und sich überzeugen zu lassen sowie optimale Wahl situationsangemessener Taktiken und Strategien. Die Mediatorin muss somit über ein gewisses Charisma, eine natürliche Glaubwürdigkeit und Ausstrahlung der Persönlichkeit verfügen.»³⁵³

Für RUMO-JUNGO sind dies allerdings Eigenschaften, die durch die Juristenausbildung nicht vermittelt würden und deshalb zeigt sie sich erstaunt, «wie leicht hin manche Richterinnen und Anwälte von sich behaupten, sie würden seit langem Mediation (sic) betreiben.»³⁵⁴

Während also auf der einen Seite die Differenzen hervorgehoben werden, scheint auf richterlicher Seite eher die Nähe betont zu werden. In der erwähnten Podiumsdiskussion gibt THOMAS PFISTERER (der im Parlament wesentlichen Anteil an der Einführung der Mediation in der ZPO hatte) zu, dass die beiden Bereiche häufig nicht klar getrennt würden und befürwortet eine Klarstellung, spricht dann aber von «mediationsgeleiteter Schlichtung».³⁵⁵ Der richterliche

352 CHRISTINE GUY-ECABERT, Votum, in: JURIA, Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, Justice – Justiz – Giustizia 2010/4; so auch OTMAR SCHNEIDER, ebd.: «Die Mediation ist ein eigenständiges Verfahren zur Entscheidungsfindung. Daneben gibt es das mediative Handeln im Sinne von Einfließenlassen von mediativen Elementen, Techniken usw. in die Gesprächsführung oder auch in richterliche, behördliche Schlichtungsverhandlungen. Man muss beides auseinanderhalten, das ist sehr wichtig.»; JEAN A. MIRIMANOFF, ebd.: «Ce qui est totalement désastreux, c'est malheureusement ce qu'on a fait en Suisse, c'est le mélange des rôles.»

353 ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Alternative Streiterledigungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren, in: Luc Vollery et al. (Hrsg.), Revue Fribourgeoise de Jurisprudence, Numéro spécial «RFJ 10 ans», Le droit en mouvement, Fribourg 2002, 135 ff., Zitat S. 149. Vgl. auch ISAAK MEIER und CHRISTIAN DUVE, Vom Friedensrichter zum Mediator – Einführung von Mediation in bestehende Institutionen der Streitschlichtung, SJZ 95/1999, S. 157 ff., die ebenfalls den Richtern die Schlichtungskompetenz absprechen. Hinweise auch in GIRSBERGER/PETER (Fn. 348), S. 116 ff., die darauf hinweisen, dass die Mediatorin über keine Entscheidungsgewalt verfügt.

354 RUMO-JUNGO (Fn. 353), S. 149.

355 THOMAS PFISTERER, Votum, in: JURIA, Wortprotokoll der ersten Podiumsdiskussion an der Mediationstagung, Justice – Justiz – Giustizia 2010/4. Vgl. auch THOMAS PFISTERER, Einigung, Mediation sowie Schlichtung – ein Überblick zu Art. 33 b VwVG, Justice – Justiz – Giustizia

Diskurs hat erst begonnen, sich mit diesen Fragen zu beschäftigen und es ist zu erwarten, dass sich die Abgrenzungsproblematik in Zukunft verschärfen wird. So diagnostiziert diesbezüglich HEIKE JUNG eine zunehmende Konkurrenz zwischen richterlicher Schlichtung und Mediation (wie auch Schiedsgerichtsbarkeit):

«Selbst bei der Mediation, die vom gedanklichen Grundansatz durchaus von Laien getragen werden könnte, hat sich das Konzept der Professionalisierung weitgehend durchgesetzt, so dass wir es heute durchaus mit professioneller Rivalität zu tun haben.»³⁵⁶

Auf ein anderes Problem, das ebenfalls eine Konkurrenzsituation andeutet, macht Bundesverwaltungsrichterin *und* Mediatorin MURIEL BECK KADIMA aufmerksam. Sie sieht in einer allzu starken Verbreitung von Einigung und Mediation eine Gefahr für die Rechtsfortbildungsfunktion der Gerichte:

«Würden nun Parteien in Mediationsverfahren bzw. aussergerichtlichen Einigungen gesetzliche Vorschriften interpretieren, ohne einer gerichtlichen Kontrolle zu unterstehen, würde die Rechtsfortbildung von der streitentscheidenden Rechtsprechung auf Private übertragen, was u.a. gegen die Rechtssicherheit verstossen könnte.»³⁵⁷

Sie signalisiert hier eine Entwicklung, die Joachim Goebel bereits 2007 identifiziert und rechtstheoretisch reflektiert hat: Dem Rechtssystem werden durch Steigerung vor- und aussergerichtlicher Streitbeilegung Konflikte entzogen und damit wird eine zentrale Funktion der Rechtsprechung unterwandert.

2010/4; DERS., Unterwegs zur Einigung mit Mediation in der schweizerischen ZPO?, SJZ 103/2007 S. 541 ff.

- 356 JUNG (Fn. 34), S. 19. Auf Widerstände seitens der Anwaltschaft und der Richter verweist z.B. JEAN MIRIMANOFF, *La Médiation n'est pas dans notre culture?*, Justice – Justiz – Giustizia 2010/2; DERS., *Le juge civil comme prescripteur de la médiation*, Justice – Justiz – Giustizia 2017/2. In diesem Zusammenhang ist auch interessant zu beobachten, wie von Seiten der Mediationsvertreter eine mythische Legitimation ihrer Berufsgattung aufgebaut wird, vor allem indem die alteidgenössische Geschichte vom Rütlichschwur über Nikolaus von der Flüe bis hin zu Napoleons Mediation (die von einer eigentlichen Mediation nun wirklich nichts hatte) herangezogen wird: vgl. etwa MARTINE CHENOU und JEAN A. MIRIMANOFF, *La médiation civile ou métajudiciaire: pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, SJ 2003 II S. 273; OTMAR SCHNEIDER, *Grundlegendes zu Einigung und Mediation*, Justice – Justiz – Giustizia» 2010/4.
- 357 BECK KADIMA (Fn. 349), Rz. 11. Auf Gefahren der Privatisierung der Justiz, zwar mehr aus ökonomischen Gründen, verweist auch ALEXANDER BRUNNER, *Spezialisierung der Gerichte*, Justice – Justiz – Giustizia 2013/2. Im strafprozessualen Bereich wird übrigens auf eine andere, von richterlicher Seite als für den Rechtsstaat und die Gerichtsbarkeit als existentielle Bedrohung eingestufte Konkurrenz mit der Staatsanwaltschaft zunehmend hingewiesen: PETER ALBRECHT, *Brauchen wir «Schnellrichter» in der Strafjustiz?* AJP 2004 S. 899 ff.; DERS., *Richter als (politische) Parteivertreter?*, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3; DERS., *Strafrecht ohne Recht?*, ZStrR 2013, S. 385 ff.; MARTIN SCHUBARTH, *Zurück zum Grossinquisitor?* Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, S. 527 ff.; NIKLAUS OBERHOLZER, *Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfungen des Strafrechts*, in: Franz Riklin (Hrsg.), *Strafen ohne Augenmass*, Bern 2016, S. 25 ff.

«Konflikte müssen ausgenutzt werden, um Erwartungen zu generalisieren. In den Foren der vor- und aussergerichtlichen Streitbeilegung werden Konflikte indes nur noch ad hoc und ad hominem als Einzelereignisse ohne jeden Bezug zur Generalisierung von Erwartungen vereinzelt; sie werden möglichst gelöscht, ohne je eine immunisierende Wirkung entfalten zu können.»³⁵⁸

5. *E-Justice – Kommt endlich der Subsumtionsautomat?*

Taucht das Thema der Mediation im richterlichen Diskurs erst neuerdings auf, so gilt das umso mehr für Fragen, die um den Begriff *E-Justice* kreisen. Die Diskussionen konzentrieren sich zur Zeit auf das, vom Bundesgericht stark unterstützte Projekt *Justitia 4.0*, das gesamtschweizerisch die elektronische Dossierverwaltung einführen möchte. Zu den Hauptzielen gehören insbesondere die Implementation der elektronischen Kommunikation zwischen Verfahrensbeteiligten, die elektronische Führung der Fälle und die gesetzliche Verankerung eines Digitalisierungsobligatoriums für die professionellen Parteivertreter.³⁵⁹ Grosse Teile der Advokatur unterstützen diese Entwicklungen.³⁶⁰

Obwohl die Richterzeitung dem Thema ein Teil ihres ersten Heftes im Jahr 2019 gewidmet hat³⁶¹ und erste Stimmen in der kurz davor publizierten Schwerpunktausgabe zur Gerichtskommunikation schon aufgetaucht waren,³⁶² bleibt die Stimme der Richterinnen über die Digitalisierung der Justiz spärlich. Einige wenige vertiefende Beiträge über *E-Justice* sind im Rahmen der Ausbildung an der Richterakademie verfasst worden.³⁶³ Ansonsten sind richterliche Stellungnahmen zu verzeichnen, die zur Drosselung des Tempos ermahnen.³⁶⁴

358 JOACHIM GOEBEL, Die prozessualen Grundlagen der vor- und aussergerichtlichen Streitbeilegung nach der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 12/2007, S. 255 ff., Zitat S. 280.

359 ULRICH MEYER und JACQUES BÜHLER, Das Projekt Justitia 4.0, Justice – Justiz – Giustizia 2019/1.

360 JENS PIESBERGEN, Justitia 4.0 – Digitalisierung und Transformation der Justiz, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2; nach dem Mitbegründer des Vereins *Swiss Legaltech Association* ist klar, dass man einfache Scheidungs-, Ehe, Darlehens-, Arbeits- und Kaufverträge oder Firmengründungen in Zukunft über Online-Marktplätze abwickelt: «In den Kanzleien wird es eine Verschiebung geben hin zur Beratung in Spezialfällen und strittigen Gerichtsverfahren» (Interview mit Christoph Küng, in: REBEKKA HAEFELI, Der Anwalt wird digital, 17. August 2017, <https://www.beobachter.ch/konsum/dienstleistungen/rechtsberatung-der-anwalt-wird-digital->).

361 MICHAELA MACHLEIDT LEHMANN, Die E-Justizakte – Anforderungen/Anwendungen/Ausblick, in: Justice – Justiz – Giustizia 2019/1; MEYER/BÜHLER (wie Fn. 359); STEPHAN BREITENMOSER und ROLAND HOFMANN, Akten-Digitalisierung und elektronischer Rechtsverkehr, Justice – Justiz – Giustizia 2019/1 (Interview).

362 PIESBERGEN (Fn. 360); JACQUES BÜHLER, Justice numérique et quotidien du magistrat, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2; ISABELLE HÄNER, Justitia 4.0 – Folgen für den Verwaltungsprozess, in: Justice – Justiz – Giustizia 2018/2.

363 Z.B. CHRISTOPH SPINDLER, E-Justice im Verhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2013/3; MACHLEIDT LEHMANN (Fn. 361).

364 Z.B. DIETER FREIBURGHANUS, E-Justice – etwas weniger Hektik bitte ..., Justice – Justiz – Giustizia 2018/3, Rz. 4.

Die wesentlichen Justizreformen in diesem Bereich sind zur Zeit in den Händen von ITs, die von den Gerichtsverwaltungen beaufsichtigt werden.

Am traditionellen Bild der Richterin als «Herr des Verfahrens»³⁶⁵ soll durch diese Digitalisierung kaum etwas geändert werden. Es handele sich eigentlich um eine Fallverwaltung, die die Arbeitseinschränkungen bezüglich Ort und Zeit abschaffe.³⁶⁶ Damit sollen auch bürokratische Engpässe aufgehoben werden bei gleichzeitiger Gewährleistung des Datenschutzes.³⁶⁷ Die Bestrebungen nach einer Digitalisierung der Justiz sind schon früher aus föderalistischer Sicht kritisiert worden.³⁶⁸

Es handelt sich hier um komplexe Entwicklungen, die zentral die Entscheidungsfunktion der Richterin und damit ihre Rolle berühren und einen neuartigen, durch künstliche Intelligenz (KI) gesteuerten *Subsumtionsautomaten* ankünden. Obwohl *Justitia 4.0* eigentlich nicht die Einführung von KI anstrebt, wird durch die elektronische Aktenführung das *Judicial Decision Support Systems* (JDSS)³⁶⁹ vermutlich doch implementiert.³⁷⁰ Wie DYMITRUK kürzlich gezeigt hat, werden dann Entscheidungen eigentlich durch KI und nicht von der Richterin getroffen:

«Despite appearances, it turns out that using AI only as JDSS may have the same results as full automation of judicial proceedings. It is connected with some psychological results of human's work and the «persuasiveness» of judge's supporting systems».³⁷¹

365 WALTER, *Psychologie und Recht* (Fn. 174), S. 41, betont, dass die Parteien nicht Sklaven des Herrn sein dürfen. Man kann sich aber fragen, ob der Herr nicht seinerseits Sklave der Digitalisierung werden wird. Gerade HANS PETER WALTER, *Denker und Richter*, Jusletter 11. November 2002, Rz. 14, hat sich schon früh kritisch geäußert zum Thema Computereinsatz und sprach von «epidemisches Netzwerkfieber». Er fragte sich ausserdem, «ob das Bedürfnis nach mehr selbstbestimmter Kreativität nicht auch ein Anliegen der Justiz sei» (Rz. 9) und bejahte diese Frage.

366 MACHLEIDT LEHMANN (Fn. 361).

367 Vgl. BÜHLER (Fn. 362); ALFRED FRÜH, *Roboter und Privacy. Informationsrechtliche Herausforderungen datenbasierter Systeme*, AJP 2017, S. 141 ff.

368 SPINDLER (Fn. 363), Rz. 2 f., erinnert, dass das Bundesgericht noch 2007 trotz lokaler Ablehnung versuchte, seine Opens-Source «IT-Strategie zuletzt gar mit einer aufsichtsrechtlichen Weisung durchzusetzen». Die «zunehmende IT-Unterstützung» ermögliche neue Kontrollmechanismen seitens der hierarchisch oberen Instanzen (Rz. 98). Für die nun zusammen mit den Obergerichten gefundenen Lösungen vgl. PAUL TSCHÜMPERLIN, *Die Justiz auf dem Weg zum elektronischen Dossier*, SJZ 114/2018, S. 313 ff. Zur Entwicklung der diesbezüglichen Gesetzgebung und zum neuen Bundesgesetz über die elektronische Kommunikation mit Gerichten und Behörden (BEKG) vgl. HÄNER (Fn. 362); MACHLEIDT LEHMANN (Fn. 361); MARTIN DUMERMUTH und SANDRA EBERLE, *E-Justice-Gesetz – Durchbruch für den elektronischen Rechtsverkehr?*, Jusletter IT 18. Mai 2017.

369 MARIA DYMITRUK, *Ethical Artificial Intelligence in Judiciary*, Jusletter IT 21. Februar 2019, Rz. 3 f.; INGO GLASER, JÖRG LANDTHALER und FLORIAN MATTHES, *Supporting the Legal Reasoning Process by Classification of Judgments Applying Active Machine Learning*, Jusletter IT 21. Februar 2019.

370 Vgl. BETTINA MIELKE und CHRISTIAN WOLFF, *E-Justice, Justiz 3.0 und Legal Tech – eine Analyse*, Jusletter IT 18. Mai 2017, Rz. 20 ff.; VIOLA SCHMID und MARC BERNINGER, *Forschungsmatrix und Checklist für die Transformation der Justiz zur «E-Justiz»*, Jusletter IT 21. Februar 2019.

371 DYMITRUK (Fn. 369), Rz. 5; ANTOINE GARAPON und JEAN LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris 2018, S. 169: «Le numérique n'affecte pas

Die europäische *Kommission* für die Effizienz der Justiz (CEPEJ) ist sich der Risiken³⁷² bewusst und erliess am 4. Dezember 2018 eine «*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*». Es wird insbesondere auf die möglichen Verletzungen der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK hingewiesen, da die KI als *Blackbox* betrachtet wird.³⁷³

Noch anders sind die neuen Phänomene *online-dispute-resolution (ODR)*, *digital justice*, *square trade*, *crowdjustice*, *european small claims procedure*, *cyber court* usw. zu beurteilen, welche die Gesellschaft in eine neue Dimension der *smart law* (wie sie der Genfer Richter PAYCHÈRE nennt) zwingen.³⁷⁴ Die ODR insbesondere bietet die Möglichkeit, Konflikte online zu lösen, die von digitalen Programmen in ihrer Ausdrucksform vorgeprägt werden. Die KI entscheidet dann nach einem *patterns matching*. Eine solche Technologie bietet z.B. das Programm *CaseCruncher*, das Daten zusammenstellt, analysiert und in einem sog. *Lawyer Challenge* gegenüber *menschlichen* Anwälten eine wesentlich höhere Genauigkeit bei der Falllösung aufweisen konnte.³⁷⁵ Die Technik wird somit zu einer «*quatrième partie*» im Verfahren.³⁷⁶ In dieser *justice by design* kann die «*volonté commune*» höchstens als Supplement des Code, aber nicht mehr als deren Quelle verstanden werden.³⁷⁷

In den sog. *justice protocols* der Technologie von *Blockchain* wird hingegen ein temporalisiertes Verfahren angeboten, dessen Entscheidungen einer Menge individualisierter Dritten anvertraut wird. GARAPON/LASSÈGUE weisen darauf hin, dass die zufälligen *Geschworenen* Mitglieder des Netzes sind, aber nicht als Volksgericht angesehen werden können, weil hier jegliche Gruppenlogik fehle.³⁷⁸ Sie können mit einem Wahrspruch zwischen zwei (manchmal drei) Ur-

seulement cette partie visible du procès mais aussi – voire surtout – sa mise en forme, au sens fort du terme (*enframing*)»; vgl. auch CORNELIA VISSMANN und MARKUS KRAJEWSKI, *Computer Juridisms*, Grey Room 29/2008, S. 90 ff., insb. S. 98 ff.

372 SPINDLER (Fn. 363), Rz. 99, forderte schon 2013 «Aufmerksamkeit auf die Risiken der IT», aber «verfehlt wäre es jedoch auch, die Diskussion darüber zu vernachlässigen, wie in allen Details der bestehende, wohldurchdachte Informationsfluss in und mit der Justiz durch Informationstechnologie abzubilden ist».

373 DYMITRUK (Fn. 369), Rz. 22. In der Schweiz wird dieser Diskurs insbesondere vom Verein eJustice.CH geführt, vgl. DUMERMUTH/EBERLE (Fn. 368). Für die Anwaltschaft z.B. PATRIZIA PESENTI, *Gli avvocati robot e lo Stato di diritto*, *Corriere del Ticino* vom 28.3.2019, S. 2.

374 FRANÇOIS PAYCHÈRE, *Da mihi factum, dabo tibi jus*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/4, Rz. 33.

375 DANIEL PFÄFFLI, *Tagungsbericht Weblaw Forum LegalTech 2018*, *Jusletter* 4. Juni 2018, Rz. 11.

376 GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 195 f. und die dort angeführte Literatur; auch Anwaltskanzleien benutzen solche Software, die die Erfolgswahrscheinlichkeit berechnen, vgl. ZOÉ BACHES, *Der Anwalt wird digital*, *NZZ* vom 26. März 2019, S. 25.

377 Vgl. GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 199.

378 GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 204 ff. Über den neuen Rechtsindividualismus in der Netzwerkkultur vgl. THOMAS VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, *Weilerwist* 2015, S. 151 ff.

teils Optionen entscheiden. Entscheiden sie nicht wie die Mehrheit, so verlieren sie Reputationstoken.³⁷⁹

6. Richter und Politik

Die bisher verfolgten Diskursstränge können, mit Blick auf die Gesamtkonomie der richterlichen Selbstreflexion, im Vergleich zum Thema des politischen Richters bzw. der Richter(aus)wahl als eher marginal bezeichnet werden. Die letzten Jahrzehnte sind nämlich geprägt von der zunehmend kontrovers geführten Debatte über die Angemessenheit des bisherigen politisch bestimmten Wahl- und insbes. Wiederwahlmodus. Bedenken und Kritik daran wurden zwar schon seit langem geäussert,³⁸⁰ aber mittlerweile ist dieses Thema sowohl intern als auch politisch und medial dominant geworden. Der Diskurs ist gekennzeichnet durch einige wenige Argumente, die ständig wiederholt werden, als ob stetige Wiederholung die Glaubwürdigkeit der Behauptung erhöhen würde. Diese Situation erlaubt eine geraffte Beschreibung dieses Diskursstranges, die aber, wie erwähnt, nicht von der Zentralität desselben ablenken soll.

Die Diskussion kreist vorwiegend um die parteipolitische Anbindung der Richterin, die faktisch als ausschlaggebende Wählbarkeitvoraussetzung gilt, dann um die mit der Wiederwahl verbundene Gefahr einer Misstrauenskundgebung (sog. *Denkzettel*) wenn nicht einer Abwahl und schliesslich um die sog. Mandatssteuer.³⁸¹ PIERRE ZAPPELLI hat 2008 eine erste Zwischenbilanz der Diskussion gezogen und die Diskursteilnehmer in Befürworter und Kritiker des aktuellen Systems eingeteilt.³⁸² Die Situation erscheint aber komplexer und widersprüchlicher. Wenn ULRICH MEYER als «Axiom des schweizerischen Jus-

379 GARAPON/LASSÈGUE (Fn. 371), S. 211 f.: «La nouvelle approche du jugement impartial renverse cette proposition: elle construit un tiers dont la garantie viendra de son intérêt financier positif (le gain espéré) et négatif (la crainte de perdre un token de réputation)».

380 Vgl. vorne B.II.2. wie auch z.B. KARL SPÜHLER, Der Richter und die Politik, ZBJV 130 (1994), S. 28 ff.; ROTTENBERG-LIATOWITSCH, Zum Richterbild (Fn. 305), S. 47 ff.; DANIELLE ANEX-CABANIS, La magistrature en Suisse: évolution et perspectives contemporaines, in: Jacques Krynen (Hrsg.), L'élection des juges, Paris 1999, S. 237 ff.; PIERRE-HENRI BOLLE, Les juges suisses et le Statut du juge en Europe, AJP 2/2000, S. 146 ff.; GERHARD SCHMID, Richterauswahl und Richterwahl im Kanton Basel-Landschaft: Auslegeordnung des Status quo und der Reformvorschläge, in: Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit und Richter(aus)wahl, Liestal 2000, S. 99 ff.

381 Zur Mandatssteuer vgl. z. B. THOMAS STADELMANN, Die steuerliche Behandlung der «Mandatsbeiträge» in der Schweiz, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3; THOMAS HILTBRUNNER, BGE 124 II 29 über die steuerliche Behandlung von Mandatsbeiträgen: Anmerkungen aus logischer Sicht, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3; BRIGITTE HÜRLIMANN, Der Richter und die Parteisteuer, Justice – Justiz – Giustizia 2012/2; EMANUEL THALER, Mandatssteuer: So viel zweigen die Parteien ab, Justice – Justiz – Giustizia 2011/2; GIULIANO RACIOPPI, Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, Justice – Justiz – Giustizia 2017/3; GIULIANO RACIOPPI und CLAUDE JANIAK, «Die Parteien wollen ihre Macht erhalten», Debatte über die Mandatssteuer, plädoyer 2018/1, S. 8 ff.

382 PIERRE ZAPPELLI, Le juge et le politique, en particulier la question de l'élection, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 83 ff.

tizsystems» den Satz aufstellt: «Ich bin zwar politisch gewählt, urteile aber nicht politisch»,³⁸³ so scheint dies auf den ersten Blick einleuchtend. Nimmt man aber die Aussagen anderer Richter hinzu, so entsteht bald der Eindruck, dass der Begriff *politisch* sehr unterschiedlich verstanden wird. KARL SPÜHLER etwa meint, Bundesrichter «sind keine Politiker, sie dürfen bzw. sie müssen an politischen, vor allem gesetzgeberischen Vorgängen interessiert, ihr Denken muss aber grundsätzlich apolitisch sein.»³⁸⁴ Für PETER ALBRECHT kann der Richter «nicht als ‹Vertreter› einer bestimmten Partei»³⁸⁵ betrachtet werden, zugleich ist die Rechtsprechung «eine eminent politische Tätigkeit, deren Ergebnisse trotz der engen Bindung an Gesetz und Recht jeweils auch stark von der weltanschaulichen Grundhaltung der urteilenden Personen abhängen.»³⁸⁶ FELIX SCHÖBI, hält knapp fest: «Ob man es wahrhaben will oder nicht: Die Aufgabe des Richters ist immer auch eine politische.»³⁸⁷ Das meint auch HANS WIPRÄCHTIGER: «Die Rechtsprechung und jeder Richter ist politisch – und das muss auch so sein. Ein Richter braucht eine Haltung, eine gesellschaftspolitische Überzeugung.»³⁸⁸ HANS PETER WALTER gelingt es, sein Plädoyer für eine selbstbewusste Justiz und für den Richterkönig fast ohne Verwendung des Begriffs *politisch* zu formulieren. Erst am Schluss fordert er von der Justiz «auch rechtspolitisches Denken [...]. Die Demokratie braucht keine vorgeblich unpolitischen Positivisten, sondern Demokraten auf dem Richterstuhl.»³⁸⁹ HANSJÖRG SEILER betont, dass die rechtsschöpferische richterliche Tätigkeit «auf subjektiven weltanschaulichen Einstellungen der beteiligten Richterinnen und Richter [beruht]. Insoweit übt die Justiz eine politische Funktion aus.»³⁹⁰ Gleichzeitig müsse das gerichtliche Urteil «unabhängig davon sein, ob die Person, die vor dem Richter steht, in dessen Partei ist oder nicht».³⁹¹

In diesem selbstreflexiven Diskurs wird *politisch* unterschiedlich und stets in *Abgrenzung* zu dekliniert: politisch-apolitisch, parteipolitisch-unpolitisch, unpolitisch positivistisch-demokratisch rechtspolitisch, parteiisch-unparteiisch. Dabei haben diese Abgrenzungsstrategien zunächst nicht die *Politik* im Auge, sondern die unvermeidliche *Subjektivität* der Richterpersonlichkeit. Es geht

383 MEYER, Grundvoraussetzungen (Fn. 1), S. 221.

384 KARL SPÜHLER, Gelebtes Recht. Reminiszenzen aus 50 Jahren Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2011, S. 87.

385 PETER ALBRECHT, Richter als (politische) Parteivertreter?, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3, Rz. 1. Ähnlich WIPRÄCHTIGER (Fn. 284): «Ein Richter darf kein Parteipolitiker sein»; NICCOLÒ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, Justice – Justiz – Giustizia 2011/3, Rz. 11: «Richter sind nicht der verlängerte Arm der politischen Parteien, der sie angehören.»

386 ALBRECHT, Parteivertreter? (Fn. 385), Rz. 11.

387 FELIX SCHÖBI, Keine valable Alternative zum Parteienproporz, Justice – Justiz – Giustizia 2012/4, Rz. 1.

388 Interview mit HANS WIPRÄCHTIGER (Fn. 284).

389 WALTER, Selbstbewusste Justiz (Fn. 243), S. 585.

390 HANSJÖRG SEILER, Richter als Parteivertreter, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 132.

391 SEILER, Parteivertreter (Fn. 390), S. 126.

also um den selbstbewusst-selbstkritischen (und damit verantwortungsvollen) Umgang damit, denn «das Fehlen eines entsprechenden Problembewusstseins ist gerade der Nährboden für zumindest unbewusste Parteilichkeit.»³⁹²

Aussern sich Richter zur Entscheidungstätigkeit an sich, dann wird die Bedeutung der (partei)politischen Gesinnung gleich wieder relativiert. SEILER bemerkt: «Gewiss entscheiden Richter auch bei Ermessensentscheiden bei weitem nicht immer nach Parteibuch.»³⁹³ Und auch NICCOLÒ RASELLI schätzt den Einfluss anderer individueller Faktoren, wie «familiäre, soziale, wie auch religiöse oder regionale Herkunft» viel höher ein.³⁹⁴ Für PETER ALBRECHT ist die parteipolitische Herkunft der einzelnen Richterin nur selten erkennbar und die persönlich geprägten Differenzen würden eigentlich nicht der politischen Parteizugehörigkeit entsprechen.³⁹⁵

Im Verhältnis zur Politik werden weiterhin mehrheitlich die parteipolitische Anbindung und der Parteienproporz als Garantie für Transparenz und Weltanschauungsppluralismus im Gericht angesehen.³⁹⁶ Probleme werden hingegen vermehrt bei der Wiederwahl und bei der parteipolitisch motivierten Urteilschelte verortet. NICCOLÒ RASELLI hat 2006 in einem vielzitierten Artikel auf die, seiner Meinung nach «besorgniserregende Entwicklung» aufmerksam gemacht:

«Heute jedoch erleben wir, dass Parlamentarier – selbst eine Regierungspartei – nicht davor zurückschrecken, das Bundesgericht unter Druck zu setzen, um es für ihre Anliegen willfährig zu machen. Als Vehikel dient das Wahlsystem der relativ kurzen Amtsdauer mit der Möglichkeit der Wiederwahl.»³⁹⁷

392 WIPRÄCHTIGER, *Recht und Richter* (Fn. 285), S. 329.

393 SEILER, *Parteivertreter* (Fn. 390), S. 134.

394 RASELLI, *Unabhängigkeit* (Fn. 385), Rz. 9; SERGIO BIANCHI, *Giudice servitore della legge e dei partiti?*, in: Sergio Bianchi et al., *L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione*. In particolare nel Cantone Ticino, Basel 2004, S. 37 ff. MIHAELA AMOS PIGUET, *L'élection partisane des juges – une entorse au principe de la séparation des pouvoirs?*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1.

395 ALBRECHT, *Parteivertreter?* (Fn. 385).

396 SEILER, *Parteivertreter* (Fn. 390), S. 123 ff. BIANCHI (Fn. 394), S. 37 ff.; BERNARD BERTOSSA, *Séparation des pouvoirs: l'indépendance des juges en danger?*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/1; ALBRECHT, *Parteivertreter?* (Fn. 385), Rz. 14: Die Parteien zeigen sich «als vermittelndes Bindeglied zwischen Bürgerschaft und Staat; ihre Tätigkeit bildet eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des demokratischen Gemeinwesens.»; WALTER, *Interne richterliche Unabhängigkeit* (Fn. 237), Rz. 17: «die Gerichte im Wesentlichen die politische, soziale und gesellschaftliche Zusammensetzung des Wahlorgans widerspiegeln»; Interview mit HANS WIPRÄCHTIGER (Fn. 284); SCHÖBI, *Alternative* (Fn. 387); MEYER, *Grundvoraussetzungen* (Fn. 1), S. 217 ff.

397 NICCOLÒ RASELLI, *Richterliche Unabhängigkeit unter Druck*, *NZZ* vom 23. März 2006, S. 15; wieder abgedruckt in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/2. Er stützt sich vor allem auf BGE 129 I 217 und 232 (Einbürgerungsentscheide) und BGE 130 IV 111 (Rassendiskriminierung). Dazu schon früher und mit interessanten Überlegungen zu den Wahlmodalitäten europäischer Richter, MARTIN SCHUBARTH, *Der europäische Richter – ein unabhängiger Richter?* – Mit Hinweisen zum schweizerischen Recht, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozess und Menschenrechte*. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 93 ff.

Dem könne nur durch die einmalige Ernennung der Gerichtsmitglieder auf eine maximale Amtsdauer entgegengewirkt werden. In der Folge sind Diskussionen über die Einführung eines Richterrates geführt worden.³⁹⁸

Offensichtlich bestehen Zweifel daran, ob das bestehende Wahlsystem die gewünschte Vielfalt an den Gerichten, und insbesondere am Bundesgericht noch gewährleiste. REGINA KIENER bemerkt dazu: «Meinungsppluralismus ergibt sich auch aus Faktoren wie dem Geschlecht (nur am Rande: Frauen sind in der Justiz klar untervertreten), dem Lebensalter, der bisherigen Berufstätigkeit oder der sprachlichen und regionalen Herkunft.»³⁹⁹ Der Zwang zur Partei-

Vgl. auch RASELLI, Unabhängigkeit (Fn. 385); MARIANNE HEER, Vorwort, in: Marianne Heer (Hrsg.), *Der Richter und sein Bild*, Bern 2008, S. 5; ULRICH ZIMMERLI, Wenn die Politik Druck macht – Richtertätigkeit unter Beeinflussungsversuchen, *Justice – Justiz – Giustizia*, 4/2009. Er verweist noch auf weitere Urteile die politische Reaktionen ausgelöst haben (BGE 119 Ia 178, 123 I 296 und 135 I 79, BGE 131 I 166, BGE 133 I 206). SPÜHLER, Zukunft (Fn. 317), S. 441 ff., fordert eine feste und einmalige Amtszeit von 15 Jahren ohne Wiederwahl. BERNARD CORBOZ, *L'indépendance des juges et le système de la réélection périodique*, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2011/4; KAUFMANN, *Gerichtsaltag* (Fn. 244); EMANUELA EPINEY-COLOMBO, STEPHAN GASS, REGINA KIENER, HANS-JAKOB MOSIMANN, THOMAS STADELMANN und PIERRE ZAPPELLI, *La réélection d'un juge n'est pas toujours assurée*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1; THOMAS STADELMANN, Überlegungen zur Wahl und Wiederwahl von Richterinnen und Richtern, *Justice – Justiz – Giustizia* 2014/3; STEPHAN GASS, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden? Wahl und Wiederwahl unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit, *AJP* 2007 S. 593 ff.

398 REGINA KIENER, Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig?, *plädoyer* 2001/5, S. 36 ff. Sie fordert eine gesetzliche Regelung des Wiederwahlverfahrens und eine sorgfältige Vorbereitung «im kleinen, demokratisch legitimierten und in der Sache kompetenten Gremium.»; WALTER, *Interne richterliche Unabhängigkeit* (Fn. 237); TIZIANO BALMELLI, *Quelques remarques sur l'exigence de réformer les procédures de désignation des juges*, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2006/3, bei ihm findet sich auch schon der Vorschlag der Auswahl im *Losverfahren*; DICK MARTY, *Tentatives de déstabilisation portées à l'image de la justice: que faire?*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/4; DERS., *Qui a peur du Conseil de la magistrature?*, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2009/2 (das Heft ist schwerpunktmässig dem Thema der Justizräte gewidmet); MARTIN KAYSER, *Richterwahlen: Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie*, in: Benjamin Schindler und Patrick Sutter (Hrsg.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 41 ff.; PASCAL MAHON und ROXANE SCHALLER, *Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1, verweisen vor allem auf internationale Standards; DIES., *L'élection des juges entre tradition démocratique et exigences de l'Etat de droit*, *Parlement, Parlamento* 2013/2, S. 3 ff.; ASTRID EPINEY, *Zur Bedeutung und Gewährleistung der Unabhängigkeit der Gerichte*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2014/4. Schärfste Kritik am bestehenden Wahlsystem hat MARCO BORGHI, *Incostituzionalità dell'ingerenza dei partiti*, in: Sergio Bianchi et al., *L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione*, in particolare nel Cantone Ticino, Basel 2004, S. 61 ff., geäußert. Vgl. auch MARCO BORGHI, *La mainmise des partis politiques suisses sur l'élection des juges*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2016/1.

399 REGINA KIENER, *Parteibindung unter Druck*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2012/4. Der GRECO-Bericht und die im letzten Jahr lancierte Justizinitiative haben zu einer weiteren Intensivierung der Diskussionen geführt: vgl. NICCOLÒ RASELLI, *Bemerkungen zum Evaluationsbericht GRECO 2016/17*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2017/2; THOMAS STADELMANN, *Vierter Evaluationsbericht Schweiz der GRECO – wie weiter?*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/1; JURIA, *SVR begrüsst GRECO-Bericht*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/1; MEYER, *Grundvoraussetzungen* (Fn. 1), S. 217 ff. Zur Justizinitiative vgl. <https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht->

zugehörigkeit verhindere überdies, dass fähige parteilose Richterinnen gewählt würden.

Diese Debatte vermittelt den Eindruck, dass die von richterlicher Seite artikulierte Kritik gegenüber der Politik zum Teil mit Veränderungen der politischen Situation (stärkere Polarisierung der Parteienlandschaft, Denkmittel wegen bestimmten Urteilen und zum Teil damit zusammenhängende Volksinitiativen), zu tun hat, mehrheitlich aber mit dem Wandel innerhalb der Justiz. Die sich zunehmend formierende und professionalisierende Richterschaft (oder besser: ein Teil davon), die sich zusätzlich an internationale Standards und Entwicklungen orientiert, möchte sich, auch angesichts ihrer *normsetzenden* Rolle, von der Politik emanzipieren und die Unberechenbarkeit der politischen Wahl durch verstärkte Formalisierung der Zugangs- und Aufstiegs-kriterien ersetzen. Dass die politische Wahl keine Gewähr für eine *optimale* Auswahl bietet, wusste man schon lange. Nun aber will man sich mit dem von EICHENBERGER erwähnten *Gottesvertrauen* nicht mehr zufrieden geben.

VI. Zwischenergebnis

Das Richterbild in der Schweiz ist geprägt von einer starken Anbindung an die Tradition, zugleich sind aber in den letzten Jahrzehnten Modifikationen zu verzeichnen. Dabei wird das Richterbild mit zusätzlichen Eigenschaften befrachtet. Gestärkt und aufgefächert wurde vor allem der Bereich der *Sozialkompetenz*, so dass die moderne *souveräne* Richterin nun auch als Managerin, Kommunikatorin und Mediatorin fungieren muss und sich des Laienelements in der Justiz entledigen kann bzw. diesen inkorporiert hat. Damit einher geht eine zunehmende Unduldsamkeit gegenüber der traditionellen politischen Einwirkung auf die Justiz, vor allem bei Wahlen und Wiederwahlen.

Die sich formierende schweizerische Richterschaft, die mittlerweile über Publikationsorgane, Aus- und Weiterbildungsstrukturen und einer international eingebetteten Dachvereinigung verfügt, reklamiert für sich (unterstützt durch Teile der Verfassungslehre) grössere Autonomie gegenüber der Politik. Dabei darf nicht vergessen werden, dass innerhalb der Richterschaft auch andere Positionen bestehen und dass deshalb der Diskurs auch einen, wenn auch meistens unterschweligen, konfrontativen Charakter angenommen hat. Die Trennungslinien lassen sich (*guteidgenössisch*) keinem eindeutigen Schema zuordnen: Auf beiden Seiten sind jüngere und ältere, parteipolitisch links und

soll-neu-durch-losentscheid-besetzt-werden-ld.1385876»; <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/por/e/vi/vis486t.html>>; ANDREAS GLASER, Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?, AJP 2018, S. 1251 ff.; NICCOLÒ RASELLI und MARK LIVSCHITZ, «Der Kreis der Richterandidaten ist zu klein», plädoyer 2018/6, S. 6 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Losverfahren – Möglichkeiten und Grenzen des ausgleichenden Zufalls, ZBI 12/2018, S. 617 ff.

rechts verortete, aus sprachlich unterschiedlichen Regionen stammende, oberen und unteren Instanzen zugehörige Richterinnen und Richter am Diskurs beteiligt.

Die richterliche Selbstreflexion wird durch verschiedene Umweltfaktoren irritiert. Neben den bereits erwähnten politischen Faktoren und den gesetzgeberrischen Innovationen, allen voran die Justizreformen und die neuen eidgenössischen Prozessordnungen, stellen insbesondere die Veränderungen der Medienwelt, die zunehmende Bedeutung der verschiedenen Formen der ADR und die Digitalisierung die Richterschaft vor neuen Herausforderungen. Diese Irritationen werden diskursiv eingesetzt, um bestimmte Positionen zu stärken und Feldbereinigungen vorzunehmen. Nur vereinzelt wird ihr explosiver Charakter wahrgenommen.

E. Stimmen und Geräusche aus der *Blackbox* – Richter(aus)wahl und Richterbild

Wir haben uns bisher auf der virtuellen, wenn auch wirkungsmächtigen Ebene der Idealvorstellungen bewegt. Nun stellt sich die Frage, was denn *tatsächlich* geschieht, wenn in der Schweiz Richterinnen politisch bestimmt werden. Kommt der Tugendkatalog zum Zug? Welches Richterbild wird umgesetzt? Wie wird durch das jeweilige *Kreationsorgan* die Distinktion zwischen den unterschiedlichen Vorstellungen von *politisch* gehandhabt? Und werden dabei die Prämissen für die richterliche Unabhängigkeit gewahrt?

I. Bisherige empirische Studien

Einen frühen empirischen Bericht lieferte 1919 HANS REICHEL, der, gestützt vor allem auf briefliche Zeugnisse schweizerischer Juristen und Politiker, die Wahlprozeduren untersuchte.⁴⁰⁰ Schon damals wurde die Wiederwahl kritisiert und als Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit betrachtet, was zur Forderung längerer Amtszeiten führte.⁴⁰¹ Reichel selber, der zur Freirechtsbewegung gezählt wird, sprach sich gegen eine Volkswahl aus, denn sie ermögliche keine kompetente Beurteilung der Richterqualitäten und sei den parteipolitischen Interessen ausgeliefert.⁴⁰²

400 HANS REICHEL, Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland, Tübingen 1919. Reichel war zu diesem Zeitpunkt Professor für römisches Recht an der Universität Zürich; vgl. WOLFGANG FORSTER, «Reichel, Hans» in: Neue Deutsche Biographie 21 (2003), S. 299 [Online-Version]; URL: <<https://www.deutsche-biographie.de/pnd11639806X.html#ndbcontent>>.

401 REICHEL (Fn. 400), S. 11, S. 39 ff.

402 REICHEL (Fn. 400), S. 20.

Als Pionier auf diesem Feld kann FRED L. MORRISON gelten, der 1967 eine Feldstudie zum Bundesgericht in Lausanne vorlegte.⁴⁰³ In dieser kaum beachteten Studie, die u.a. auf Interviews, Fragebogen und persönlichen Beobachtungen vor Ort beruhte, analysierte MORRISON auch die Mechanismen der Richterauswahl. Er bezeichnete die Mehrheit der damaligen Bundesrichter als «professional judges».⁴⁰⁴ Darunter verstand er Bundesrichter, die ihre Karriere ausschliesslich innerhalb der Justiz absolviert hatten. Nach seinen Kriterien waren nur noch fünf Bundesrichter «heavily involved in political activity.»⁴⁰⁵ Bei den Wahlen durch die Bundesversammlung stellte Morrison eine Abnahme von Kampfwahlen fest. Den Parteiproporz sah MORRISON als stillschweigende Anerkennung der unvermeidlichen subjektiven Aspekte der richterlichen Tätigkeit an.⁴⁰⁶

MORRISON beschrieb die damaligen Usancen bei der Vorbereitung der Richterwahlen auf der Grundlage der mündlichen Aussagen der Fraktionspräsidenten Gnägi, Furgler, Schaller und Eggenberger: Der von einer Fraktion vorgeschlagene Namen zirkuliere bei den anderen Fraktionen, wobei Einwände gegenüber der Kompetenz der vorgeschlagenen Person zum Rückzug des Vorschlags führen würden, während bei Diskussionen über den Sitzanspruch es zu Kampfwahlen kommen könne.⁴⁰⁷ MORRISON betont aber auch «the primacy of language over partisan interests».⁴⁰⁸

Zu den Richterwahlen sind danach weitere Arbeiten erschienen, die, im Sinne der Rechtstatsachenforschung, vor allem mittels Fragebogen und Interviews die Wahlpraxis, insbesondere im Kanton Zürich, untersucht haben.⁴⁰⁹ Die Autoren kritisierten mehrheitlich die parteipolitisch dominierten Richterwahlen, die unseriöse Selektion, die Mandatssteuer und schlugen die Schaffung von kompetenten Wahlorganen vor. 2002 ist dann die Dissertation von LIVSCHITZ erschienen, die sich wiederum mit der Zürcher Wahlpraxis beschäftigt hat.⁴¹⁰ Im Ergebnis

403 FRED LAMONT MORRISON, *Judicial Process in Switzerland: A Study of the Swiss Federal Court*, Diss. Princeton 1967; eine zusammenfassende Darstellung in: FRED L. MORRISON, *The Swiss Federal Court: Judicial Decision Making and Recruitment*, in: Jeol B. Grossman und Joseph Tanenhaus (Hrsg.), *Frontiers in Judicial Research*, New York et al. 1969, S. 133 ff.

404 MORRISON, *Process* (Fn. 403), S. 67.

405 MORRISON, *Process* (Fn. 403), S. 101.

406 MORRISON, *Process* (Fn. 403), S. 93: «A few would deny that a person retains some of his non-legal prejudices and predilections when he ascends the bench. [...] The Swiss tacitly recognize this fact in insuring representation of different political perspectives on the Court through the institution of proportional election of judges.»

407 MORRISON, *Process* (Fn. 403), S. 77.

408 MORRISON, *Process* (Fn. 403), S. 82.

409 BOSSHART (Fn. 164); PETER FREI, *Rechtsstellung und Sozialstruktur der schweizerischen Richterschaft*, Diss. Konstanz 1974; MATTER (Fn. 170). Zeitgleich erschien eine politikwissenschaftliche Studie zum Vergleich zwischen schweizerischen und österreichischen Richtern: MANFRED W. WENNER, LETTIE M. WENNER und V. EUGENE FLANGO, *Austrian and Swiss Judges: A Comparative Study*, in: *Comparative Politics*, vol. 10, No. 4 (Jul. 1978), S. 499 ff.

410 MARK V. LIVSCHITZ, *Die Richterwahl im Kanton Zürich. Ihre Faktizität am Obergericht und an den Bezirksgerichten als verfassungsrechtliches Problem*, Diss. Zürich 2002.

stellt er fest, dass de facto keine allgemeine Zugänglichkeit zum Richteramt bestehe, Parteizugehörigkeit zentrale Voraussetzung für das Richteramt sei und Wahlkonkurrenz durch kartellartige Absprachen zwischen den Zürcher Parteien verhindert werde.⁴¹¹ Bezogen auf die ausschlaggebenden Selektionskriterien kommt LIVSCHITZ zum Schluss, dass «die Richter Kandidaten auf tendentiell vager und nicht ausreichend aussagekräftiger fachlicher Grundlage beurteilt»⁴¹² würden. Aus diesem und weiteren Gründen diagnostiziert er die

«Verfassungswidrigkeit der Art und Weise, wie die politischen Parteien ihre Macht – man kann es nicht anders sagen – missbrauchen, um Andersdenkende vom Zugang zum Richteramt auszuschliessen, die ideologische Stossrichtung der Rechtsprechung auf den Grundkonsens des staatstragenden Parteienkartells zu fixieren und sich eine jederzeitige Einflussmöglichkeit auf die Justiz zu sichern.»⁴¹³

Weitere Untersuchungen haben sich aus psychologischer und entscheidungstheoretischer Sicht mit der Richterschaft beschäftigt⁴¹⁴ und zuletzt ist die empirische Studie von GEORG GRÜNSTÄUDEL erschienen, die auf der Grundlage von Fragebogen und Interviews eine in den 1990er Jahren einsetzende «Wendung zur Professionalisierung» diagnostiziert.⁴¹⁵ Diese zeige sich laut GRÜNSTÄUDEL u.a. im Aufkommen strukturierter, kantonsübergreifender Weiterbildungsangebote, in der Formalisierung der Richterauswahl durch eigens geschaffene (parlamentarische) Gremien und der Definition von Anforderungsprofilen.⁴¹⁶

Wenig ergiebig sind die spärlichen und erst in den letzten Jahren einsetzenden politikwissenschaftlichen Arbeiten zur Justiz, welche übrigens die erwähnten rechtssoziologischen Forschungen nicht zur Kenntnis nehmen.⁴¹⁷ Geradezu

411 LIVSCHITZ (Fn. 410), insbes. S. 122 f. und S. 134.

412 LIVSCHITZ (Fn. 410), S. 169.

413 LIVSCHITZ (Fn. 410), S. 288 (Hervorhebung im Original).

414 Insbes. REVITAL LUDEWIG, Moraldilemmata von Richtern – Berufsschwierigkeiten und Bewältigungsversuche aus psychologischer Sicht, in: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie, 1/2004, S. 9 ff.; DIES., Von der Normalität der richterlichen Arbeitsbelastung, Justice – Justiz – Giustizia 2006/2; DIES., Der Umgang mit dem richterlichen Ich-Ideal: Der Mensch hinter dem Richter, in: Marianne Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 25 ff.; MARK SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen vor Gericht. Eine empirische Studie, Diss. Zürich 2005; DERS., Intuition, Statistik und Beweiswürdigung, Justice – Justiz – Giustizia 2006/4; DERS., Bestätigungsfehler – oder wir hören nur, was wir hören wollen, Justice – Justiz – Giustizia 2007/3; DERS., Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste, Justice – Justiz – Giustizia 2008/1; DERS., Urteilen zwischen Intuition und Reflexion, Justice – Justiz – Giustizia 2009/4; DERS., Beweiswürdigung und Beweismass – Rationalität und Intuition, Habil. St. Gallen, Tübingen 2015; BRUNO STEINER/CORNELIA APOLLONI MEIER, Natürlich sind Richter überfordert, plädoyer 1/2007, S. 8 ff.; TOBIAS KALENSCHER, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, Justice – Justiz – Giustizia 2018/3; MÜLLER (Fn. 28), S. 537 ff., hat auf Grund neurowissenschaftlicher und psychologischer Erkenntnisse ein professionelles Assessment für die Richterauswahl vorgeschlagen.

415 GRÜNSTÄUDEL (Fn. 7), Zitat S. 246.

416 GRÜNSTÄUDEL (Fn. 7), S. 246 ff.

417 GERHARD SCHMID, Justiz, in: Ulrich Klöti et al. (Hrsg.), Handbuch Politisches System der Schweiz, Bd. 2, Bern/Stuttgart 1984, S. 117 ff.; WALTER KÄLIN und CHRISTINE ROTHMAYR, Jus-

irreführend ist der Aufsatz von ADRIAN VATTER und MAYA ACKERMANN zu den Bundesrichterwahlen.⁴¹⁸ Die Rekonstruktion der Sitzanteile der politischen Parteien am Bundesgericht für die Periode 1848–2013 stützt sich hauptsächlich auf Daten der Homepage des Bundesgerichts, ergänzt durch die Angaben auf der Homepage des ehemaligen NZZ-Bundesgerichtskorrespondenten Markus Felber.⁴¹⁹ Zunächst ist die Rückprojektion der heutigen Parteienlandschaft auf die 2. Hälfte des 19. Jh. problematisch, zumal es 1848 noch keine Bundesparteien im modernen Sinn gab. GRUNER und FREI nehmen deshalb eine Dreiteilung der politischen Kräfte in Linke (Freisinnige, Radikale), Mitte (Liberale) und Rechte (Konservative) vor.⁴²⁰ Sodann sprechen VATTER/ACKERMANN von einem «hohen Anteil parteiloser Richter»⁴²¹ bis in die Mitte des 20. Jh. Wenn man sich die Reihe hochkarätiger Politiker vor Augen führt, die in den ersten Jahrzehnten ins Bundesgericht abgeordnet wurden, wie etwa Johann Jakob Blumer, Johann Konrad Kern, Kasimir Pfyffer, Paul Migy oder die späteren Bundesräte Jakob Stämpfli und Jakob Dubs, kann man schwerlich von Parteilosen reden.⁴²² Am Bundesgericht wurden durchgehend nur von den politischen Kräften, später von den Fraktionen portierte Kandidaten gewählt. Paul Logoz, der als letzter Parteiloser erhalten muss, wurde von der Liberalen Fraktion vorgeschlagen und war 1926–1931 fraktionsloser Nationalrat, aber Mitglied der rechtsbürgerlichen *Union de défense économique*.⁴²³ Schliesslich behaupten VATTER/ACKERMANN, dass «die stärkste Nicht-Regierungspartei, der

tiz, in: Ulrich Klöti et al. (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, 4. Aufl., Zürich 2006, S. 177 ff.; CHRISTINE ROTHMAYR ALLISON und FRÉDÉRIC VARONE, *Justiz*, in: Peter Knoepfel et al. (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 219 ff.; ADRIAN VATTER, *Das politische System der Schweiz*, 3. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 495 ff.

418 ADRIAN VATTER/MAYA ACKERMANN, *Richterwahlen in der Schweiz. Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013*, ZSR 133/2014 I, S. 517 ff.; immer noch VATTER (Fn. 417), S. 506 ff.

419 VATTER/ACKERMANN (Fn. 418), Tabellen auf S. 526 und 529. Vatter (Fn. 417), S. 508 erwähnt noch zusätzlich nicht näher definierte «eigene Ergänzungen».

420 ERICH GRUNER/KARL FREI, *Die schweizerische Bundesversammlung 1848–1920*. Band II. *Soziologie und Statistik*, Bern 1966, S. 13 ff. Vgl. auch VATTER (Fn. 417), S. 104.

421 VATTER/ACKERMANN (Fn. 418), S. 526.

422 Vgl. allein schon die Personeneinträge im HISTORISCHEN LEXIKON DER SCHWEIZ. Auf der Homepage des Bundesgerichts fehlen tatsächlich bei mehreren Richtern aus der frühen Zeit die Parteiangaben (<<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-status/federal-richter-altebundesrichter/federal-richter-altebundesrichter-liste.htm>>). So wird z.B. Karl Zraggen als parteilos angeführt, obwohl er 1895–1896 Präsident der damaligen SP gewesen und von der sozialdemokratischen Fraktion bereits 1912 für das Bundesgericht portiert worden war (vgl. LUMINATI, ZGB [Fn. 6]). Er gehörte dem äussersten linken Flügel der SP an und war auch juristischer Berater von Lenin während dessen Exil in der Schweiz gewesen. Bei der von Markus Felber publizierten Liste der Amtsfolgen steht lediglich, dass die Parteizugehörigkeit seit ca. 1920 überliefert sei und deshalb hat Felber die älteren Bundesrichter nicht zugeteilt (<<http://fel.ch/hist-amtsfolgen.htm>>).

423 YOUSSEF CASSIS, *L'Union de défense économique. La bourgeoisie genevoise face à la crise. 1923–1932*, Genève 1976, S. 136 f. 1928 wurde Logoz sogar als Bundesratskandidat aufgestellt und unterlag gegen Marcel Pilet-Golaz (vgl. AB 1928 V 92).

LdU, keinen Richter stellen darf».⁴²⁴ Am 11. Juni 1980 wurde aber Hans Ulrich Willi, zum Richter am Eidg. Versicherungsgericht (EVG) als erster und einziger LdU-Bundesrichter ernannt, nachdem beschlossen worden war, die Zahl der Versicherungsrichter von 7 auf 9 zu erhöhen.⁴²⁵

II. Die Bundesrichterwahlen

1. Wahlvorbereitung: von den informellen Absprachen bis zur Gerichtskommission

Gegenüber den von MORRISON geschilderten gänzlich informellen Praktiken, wurde seit Mitte der 1970er Jahre immer wieder versucht, die Vorbereitung der Bundesrichterwahlen zu regeln. So verlangte die Motion von Nationalrat Felix Auer (FDP, und weitere 101 unterzeichnende Nationalräte) vom 19. Juni 1975 die Schaffung einer Kommission, an der möglichst alle Fraktionen hätten beteiligt sein sollen, um die Wahlen besser vorzubereiten.⁴²⁶ In der Begründung schilderte der Motionär den Ablauf der Bundesrichterwahlen folgendermassen:

«Jeweils an der Fraktionssitzung am Dienstag nachmittag – ausnahmsweise eine Woche früher – wurde zwischendurch und in der Eile der Sachgeschäfte mitgeteilt, die am anderen Morgen zusammentretende Vereinigte Bundesversammlung habe eine Richterwahl vorzunehmen, die Fraktion X unterbreite die Kandidatur Y, die auf einen gemeinsamen Vorschlag der «Bundesgerichts-Parteien» übernommen werden solle. Man erfährt einige wenige Daten über den Vorgeschlagenen. Wenn's gut geht, ist er wenigstens einem der Fraktionsangehörigen persönlich bekannt und wird von diesem empfohlen. Und nur summarisch und wenig aufschlussreich sind auch die vervielfältigten Curricula vitae, die anderentags auf die Pulte gelegt werden.»⁴²⁷

Die Motion blieb erfolglos und wurde in ein Postulat umgewandelt.

Seit Mitte der 1980er Jahren wird dann ein «Interfraktionelles Kontaktgremium für die Vorbereitung der Bundesrichterwahlen» erwähnt.⁴²⁸ 1987 sind «Richtlinien für die Wahl der Mitglieder der Eidgenössischen Gerichte» dokumen-

424 VATTER/ACKERMANN (Fn. 418), S. 531.

425 AB 1980 V 848. So auch korrekt aufgeführt bei <http://fel.ch/hist-amtsfolgen.htm> und auf der Homepage des Bundesgerichts. Vermutlich haben VATTER/ACKERMANN die früher separat geführten Listen der EVG-Richter übersehen. Zur Abwahl von Willi vgl. hinten E. II.2.

426 AB 1976 V 829. Vgl. dazu auch KATRIN MARTI, Kommentar zu Art. 40a ParlG, in: Martin Graf, Cornelia Theler und Moritz von Wyss (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar, Basel 2014, N 1. Die Hintergründe der Motion sind nicht bekannt. BIGLER-EGGENBERGER, Die erste Richterin (Fn. 304), S. 6f., schreibt, dass die Bestrebungen nach ihrer Wahl in Gang kamen.

427 AB 1976 V 829.

428 AB 1984 V 1979. Bei der Wahl von Bundesrichter Bourgknecht wird von einer «Interfraktionellen Kommission» gesprochen (AB 1985 V 1877). MARTI, Kommentar (Fn. 426), gibt an, dass die interfraktionelle Arbeitsgruppe seit 1983 tätig war.

tiert.⁴²⁹ Darin wird betont, dass die Arbeitsgruppe geschaffen wurde «in der Sorge darum, dass für die Wahl oder Wiederwahl [...] Kandidaten zur Verfügung stehen, die den hohen fachlichen und charakterlichen Anforderungen des Amtes gewachsen sind.»

1994–1995 reichte Markus Ruf (Mitglied der rechtspopulistischen Schweizer Demokraten) eine parlamentarische Initiative und eine Petition ein zur Schaffung einer ständigen Kommission, in der sämtliche Fraktionen vertreten sein sollten.⁴³⁰ Dies wurde abgelehnt und der Einzug der kleineren Fraktionen in die bestehende interfraktionelle Arbeitsgruppe scheiterte am Veto von SVP, CVP und SP.⁴³¹ Ruf zog die Initiative zurück.

Die Diskussion wurde dann in Zusammenhang mit der Justizreform 2000 und der Schaffung der neuen erstinstanzlichen Bundesgerichten wieder aufgenommen.⁴³² Kurz geschildert, schlug der Bundesrat zunächst vor, die Wahl der neuen erstinstanzlichen Bundesrichterinnen selber vorzunehmen.⁴³³ Die Rechtskommission des Ständerates sprach sich dagegen aus und schlug die Schaffung einer Justizkommission vor. Bundesrätin Ruth Metzler stimmte diesem Vorschlag zu und bemerkte: «Wichtig ist dem Bundesrat aber, dass ein Wahlverfahren festgelegt wird, welches Gewähr bietet, dass wirklich die fähigsten und tüchtigsten Leute in die eidgenössischen Gerichte gewählt werden.»⁴³⁴ In der Ständeratsdebatte wurde die neue Kommission als «ein Hilfsorgan der Bundesversammlung»⁴³⁵ deklariert.

Ständerat Carlo Schmid (CVP/AI) lehnte die Schaffung dieser Kommission ab und legte sein (Bundes)Richterbild dar:

«Dieses Fachgremium von ausgezeichneten Juristen ist als ein unpolitisches Organ konzipiert. Dieses Organ wird Richter in der gleichen Art und Weise vorschlagen, wie man Universitätsprofessoren vorschlägt, nach rein fachlichen Gesichtspunkten. Ich sage Ihnen mit Bezug auf die oberste Instanz unseres Landes, das Bundesgericht: Das wäre ein Fehler. Höchste Richter sind keine unpolitischen Subsumptionsautomaten, sondern politisch in höchstem Masse mitgestaltende Akteure. Wenn Sie eine bestimmte Zusammensetzung dieser Justizkommission haben, dann werden Sie immer

429 Wir danken Frau lic. phil. Katrin Marti, Parlamentsdienste, für die Überlassung dieses Dokuments. Vgl. auch: KATRIN MARTI, Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Justice – Justiz – Giustizia 2010/1; MARTI, Kommentar (Fn. 426).

430 AB 1995 BV 2332. Für die Petition vgl. AB 1995 NR 2251 (Interpellation 95.3335).

431 AB 1995 BV 2332 f.

432 KATRIN MARTI, Entstehung und Entwicklung des Verfahrens der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Parlament, Parlement, Parlamento, März 2005, S. 16 ff.; DIES., Gerichtskommission (Fn. 429); DIES., La commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, Justice – Justiz – Giustizia 2014/1. Sie weist auch darauf hin, dass eine Entpolitisierung nie das Ziel der Einführung der GK gewesen sei.

433 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, S. 4258. Dazu THOMAS STADELMANN, Richterwahlen – eine anspruchsvolle Aufgabe?, Jusletter 7. Januar 2002.

434 AB 2001 S 907.

435 AB 2001 S 907; Ständerat Hermann Bürgi (SVP/TG).

die gleichen Leute mit der gleichen Denkart, mit einer – ich sage es aus meiner Sicht – streng justiziellen Denkart erhalten, bei denen die Gerichtsbarkeit stets vor der Demokratie steht, die dem Verfassungsdenken mehr und entscheidenderes Gewicht beimessen werden als dem demokratischen Denken.»⁴³⁶

Ständerat Dick Marty (FDP/TI) verteidigte hingegen das neue Organ, weil dadurch eine bessere Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit erreicht würde.⁴³⁷ Der Ständerat folgte Carlo Schmid und wies die Frage der Richterwahl an die Kommission zurück. Die Idee einer Kommission von Experten wurde dann aufgegeben und die heutige Gerichtskommission (GK) geschaffen. Im Rahmen der Debatten sind noch die Äusserungen von Ständerat Rolf Schweizer (FDP/ZG) von Interesse:

«Justiz ist Bindung des Richters an das, was ihm vorgegeben ist. Bindung lässt nun nicht zu, dass ein subjektives politisches Empfinden Richtschnur für juristische Entscheidungen sein kann und sein darf, es sei denn, der vom Gesetzgeber dem Richter eingeräumte Ermessensspielraum lasse dies ausdrücklich zu. Deshalb setzt Bindung voraus, dass Ausmass, Inhalt und Bedeutung dessen, was die Bindung ausmacht, auch tatsächlich erkannt und ermessens werden können. Dies wiederum bedingt einerseits erhebliche fachliche Kenntnisse und andererseits die Gabe, eigenes, subjektives Wollen und Empfinden gegenüber dem gesetzlich Vorgegebenen zurückstellen zu können. So beurteilt ist die fachliche und persönliche Eignung eines Richters sehr viel bedeutsamer als dessen persönliche politische Positionierung.»⁴³⁸

Es handelt sich hier freilich um Aussagen einzelner, immerhin schwergewichtiger und juristisch geschulter politischer Akteure. Sie signalisieren auf jeden Fall nach aussen, und somit auch an die Richterinnen, eine bestimmtes Richterideal, das sich mit vielen der bisher im richterlichen Diskurs geäusserten Vorstellungen deckt. Damit ist aber noch nichts über die konkreten Richterwahlen ausgesagt.

2. *Wahldiskussionen*

Trotz Schaffung von Arbeitsgruppen und Kommissionen bleiben die einzelnen Wahlen weitgehend intransparent. Ausmarkungen und Gespräche finden in den *Vorzimmern* statt, durch Telefongespräche und informelle Treffen, die empirisch kaum greifbar sind.⁴³⁹ (Partei)Politische Hintergründe werden verschleiert, häufig findet gar keine Diskussion über den Wahlvorgang statt. Manchmal aber, insbes. bei sog. Kampfwahlen, dringen Geräusche nach aussen.

436 AB 2001 S 911. VATTER (Fn. 417), S. 495, zitiert diese Passage als Beleg für die besondere Rolle des Bundesgerichts im Gefüge der Staatsgewalten.

437 AB 2001 S 915.

438 AB 2002 S 198. Vgl. auch BRUNO FRICK, Erste und dritte Gewalt im Clinch, *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/3.

439 Vgl. MATTER 1978 (Fn. 170), S. 164 ff. und insbes. Fn. 65, wo Bundesrichter Otto Konstantin Kaufmann zitiert wird, der in einem Vortrag sagte: «Ein Telefongespräch mit einem amtierenden Bundesrichter ist ein von den Parlamentariern häufig verwendetes Informationsmittel.»

So zum Beispiel als 1942 Robert Fazy, angeblich wegen seines Alters, nicht wiedergewählt wurde. Es kam dabei in der Bundesversammlung zu heftigen Diskussionen über das Wahlprozedere, das vom liberalen Nationalrat Albert Oeri als «opportunistisch» kritisiert wurde.⁴⁴⁰ Man wolle, so Oeri, verhindern, dass der Genfer Sitz verloren gehe und zugleich Fazy nicht wiederwählen und würde deshalb einen separaten Wahlgang durchführen. Das wurde dann auch gemacht und der bereits erwähnte Genfer Strafrechtsprofessor Paul Logoz kam ins Bundesgericht. Nationalratspräsident Emil Keller (FDP) bemühte sich, die Nichtwiederwahl von Fazy als «einzig und allein auf den Gedanken der Verjüngung»⁴⁴¹ beruhend darzustellen.

Als es dann 1953 um die Nachfolge von Logoz ging, kam es zu einer Diskussion über die Sitzverteilung unter den Parteien. Logoz war von der kleinen liberalen Fraktion vorgeschlagen worden und die SP meldete Sitzansprüche an und schlug René Perrin, Gerichtsschreiber am Bundesgericht in Lausanne, vor.⁴⁴² Gegen diese Kandidatur meldeten Genfer Kreise auch Ansprüche auf den Sitz an.⁴⁴³ Durch den Zusammenschluss der SP mit der CVP wurde Perrin im 2. Wahlgang gewählt.⁴⁴⁴

1986 wurde Karl Spühler, als SVP-Gegenkandidat zum offiziell nominierten SP-Kandidaten Jürg Neumann, schon im ersten Wahlgang gewählt.⁴⁴⁵ Der SP-Kandidat unterlag dann definitiv im 2. Wahlgang gegen Heinz Aemisegger (CVP). Darauf reagierte im Namen der sozialdemokratischen Fraktion Nationalrat Rolf Weber ziemlich ungehalten:

«Ich gebe meiner Verwunderung, meinem Erstaunen, meiner Bestürzung Ausdruck, dass der Proporz, der als Spielregel für die Vorbereitung und Durchführung dieser Wahlen ins Bundesgericht und ins Eidgenössische Versicherungsgericht gilt, missachtet worden ist. [...] Das ist um so erstaunlicher, als wir Ihnen einen höchst ausgewiesenen, qualifizierten Kandidaten präsentiert haben.»⁴⁴⁶

Darauf antwortete Nationalrat Hans Georg Lüchinger (FDP) mit einer längeren Ausführung über die Wahlmodalitäten, die es verdient abgedruckt zu werden:

440 AB 1942 V 178 ff., Zitat 181.

441 Ebd. 184. Es wird klar, dass abgesehen von einer «Genfer» Strategie, vor allem die Inkraftsetzung des StGB für die Wahl von Logoz eine Rolle gespielt hat. Vgl. auch die Richterwahlen in Zusammenhang mit der Inkraftsetzung des ZGB, LUMINATI, ZGB (Fn. 6). MORRISON, PROCESS (Fn. 403), S. 91f. zitiert übrigens den damaligen (1965) Fraktionsvorsitzenden der FDP Alfred Schaller, wonach die Partei denjenigen Bundesrichtern, die nicht bereit seien, mit 70 zurückzutreten, gleich signalisiere, dass man sie nicht zur Wiederwahl vorschlagen werde und dass der Fraktionspräsident die Aufgabe habe «for pressing the judge into retirement.»

442 AB 1953 V 183 f. «Herr Perrin wird von den Bundesrichtern aller politischen Richtungen als ausgezeichnete Jurist und als sauberer, aufrechter Mensch sehr geschätzt. Herr Perrin ist als Gerichtsschreiber am Bundesgericht mit den Aufgaben des Bundesgerichtes und mit den Aufgaben des Bundesrichters bestens vertraut. Er steht mit seinen 43 Jahren im besten Mannesalter.»

443 AB 1953 V 184.

444 Zu diesen Hintergründen vgl. auch MORRISON, PROCESS (Fn. 403), S. 78 f.

445 Vgl. dazu auch SPÜHLER, Gelebtes (Fn. 384), S. 63, der aber nicht über die Kampfwahl spricht.

446 AB 1986 V 2114.

«Es ist einfach bei den Richterwahlen so, dass die Qualität und das Persönlichkeitsbild der Kandidaten eben eine grössere Rolle spielt und spielen muss. Ich möchte zuhänden der Öffentlichkeit erklären, wie wir das vorbereiten (teilweise Heiterkeit). Bevor die Kandidaten von den Fraktionen in das Auswahlverfahren kommen, befasst sich die interfraktionelle Gruppe «Richterwahlen» damit und gibt ihre Meinung dazu ab. In den grossen Fraktionen haben wir spezielle Ausschüsse, welche die Richterwahlen vorbereiten und mit den eigenen Kandidaten sprechen. Dann kommt das Auswahlverfahren im Plenum der Fraktion. Ich kann Ihnen sagen, Herr Widmer, dass Ihr Kandidat, der ja Ersatzrichter am Bundesgericht ist, dort eine gute Presse hat, wie auch Herr Aemisegger. Wenn Sie aber die Papiere mit dem Lebenslauf und den fachlichen Leistungen und Erfahrungen dieser beiden Kandidaten durchsehen – ich bin bereit, sie jedem Interessenten zu geben –, so wird jeder mit mir und mit der Mehrheit dieses Rats zum Schluss kommen, dass eben Herr Aemisegger besser ausgewiesen war. Es gibt unter den an und für sich qualifizierten Kandidaten immer noch einen besseren und einen weniger guten. Ich bin der Überzeugung, dass wir den besseren gewählt haben. Durch die Lebensläufe und die beruflichen Qualifikationen kommt dies eben zum Ausdruck (Unruhe).»⁴⁴⁷

Die protokollierte *Heiterkeit* ist nicht einfach zu deuten, scheint aber die Glaubwürdigkeit der Aussage von Lüchinger, er wolle erklären wie es *wirklich* funktioniere, in Frage zu stellen. Und die am Schluss des Votums erwähnte *Unruhe* verstärkt noch den Eindruck, Teile des Parlaments würden die Argumentation mit der besseren fachlichen Qualität nicht akzeptieren. Es ist zu vermuten, dass die vorhin erwähnte Neufassung der Richtlinien der interfraktionellen Gruppe auch durch diese Auseinandersetzung verursacht wurde.⁴⁴⁸

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass im Vordergrund der Auseinandersetzungen über Richterwahlen eher parteipolitische Überlegungen standen und stehen, sei es wegen Sitzansprüchen oder weil der Kandidat oder die Kandidatin politisch nicht genehm (in der Regel zu links) war.⁴⁴⁹ Auch bei Wiederwahlen gab es immer wieder sog. *Denkzettel*, z.B. 1948 bei Georg Leuch und 1960 bei Fernando Pedrini.⁴⁵⁰ Nicht wiedergewählt wurde 1995 der bereits erwähnte LdU-Bundesrichter Hans Ulrich Willi, angeblich wegen seines Alters, im Grunde aber weil der Anspruch des LdU auf einen Bundesrichtersitz (angesichts seiner schwindenden politischen Stärke) kaum noch berechtigt war.⁴⁵¹

447 AB 1986 V 2114.

448 Vgl. vorne E. II.1.

449 Vgl. den Fall von Susanne Leuzinger, AB 1987 V 572 f., aber auch die schon erwähnte Wahl von Margrit Bigler-Eggenberger.

450 MORRISON, *Process* (Fn. 403), S. 69. Bekannt ist auch der Fall der Bundesrichter Forni und Leu (vgl. AB 1984 V 1978 ff.) und natürlich die Abwahl von Martin Schubarth im Jahr 1990 (AB 1990 V 2520). Zur sog. Spuck-Affäre um Martin Schubarth vgl. AERSCHMANN 2014, S. 209 ff. und den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrats und des Ständerats vom 6. Oktober 2003, Untersuchung von besonderen Vorkommnissen am Bundesgericht, in: BBl 2004, Bd. 1, S. 5647 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Wer wacht über die Wächter des Rechtsstaates? Das Bundesgericht im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit, AJP 2003, S. 1017 ff. Zu einem weiteren Beispiel von sog. Denkzettel bei Wiederwahlen vgl. SPÜHLER, Gelebtes (Fn. 384), S. 70 f. (Kruzifix-Entscheid).

451 AB 1995 V 2767 ff., Sitzung vom 20. 12. 1995: Sowohl der Sprecher der FDP-Fraktion wie auch die Vertreterin des LdU, Verena Grendelmeier, betonten, dass es «nur» eine Frage des Alters sei.

3. Politische Anforderungsprofile und Richterbiographien

In einem letzten Schritt soll noch versucht werden, über das Gesprochene und Geschriebene hinaus, durch die Analyse der Biographien und der Kapitalkombinationen (das *Gepäck*) mit denen die Kandidatinnen vor das Kurationsorgan treten, dem EICHENBERGERSCHEN «Wunder befriedigender Selektion»⁴⁵² näher zu kommen. Es geht dabei nicht um Individualitäten sondern um Profile, nicht um Bio- sondern um Prosopographie. Man kann dabei annehmen, dass unter den verschiedenen Kapitalsorten vor allem soziales (Beziehungsnetze) und kulturelles Kapital (Wissen, Bildungstitel usw.) bedeutsam sein werden.⁴⁵³

In den hier vorgeführten Richterbilddiskursen lassen sich diese Eigentümlichkeiten ja nachweisen. Allerdings werden in den Selbstdarstellungen stets alle Elemente zusammengeführt: soziale und kulturelle Eigenschaften, Theorie und Praxis. An zwei zufällig ausgesuchten Texten sei dies nochmals exemplifiziert:

«Im Rahmen dieser öffentlichen Veranstaltungen führte Franz Nyffeler dem Beobachter immer wieder vor Augen, dass für das Amt des Richters nicht nur intellektuelle Fähigkeiten von Nutzen, sondern menschliche und soziale Kompetenzen ebenso wichtig sind.»⁴⁵⁴

«Alles was von ihm ausging, in Wort oder Schrift, war einfach, sauber und klar, wie es die Verbindung eines überlegenen Verstandes mit einem reinen und warmen Herzen mit sich bringt.»⁴⁵⁵

Der Moment der politischen Richterwahl ist aber nicht harmonisch, sondern von Gewichtungen geprägt, aber auch von Kontingenzen und Unwägbarkeiten. Will bedeuten, dass durch eine Prosopographie die *Blackbox* nicht vollständig ausgeleuchtet, aber immerhin punktuell erhellt werden kann. Untersucht man nun die Profile der Bundesrichterinnen und Bundesrichter seit 1848, so zeigt sich, dass bis in die Anfänge des 20. Jh. das Bundesgericht von Persönlichkeiten dominiert war, die man als *Politiker-Richter* bezeichnen könnte.⁴⁵⁶ Es handelt sich dabei um Bundesrichter, die selbstverständlich über eine juristische Ausbildung verfügten und auch juristisch tätig gewesen waren (z.T. auch in der Justiz), aber vor ihrer Wahl vorwiegend wichtige politische Ämter in Exe-

Zur Parteigeschichte vgl. OLIVIER MEUWLY, Landesring der Unabhängigen, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 14.06.2002. Online: <https://beta.hls-dhs-dss.ch/Articles/017394/?language=de>. Dort auch die Tabelle mit der Parteistärke, die den Höhepunkt 1967 mit 9,1% erreichte und 1995 nur noch 1,8% betrug.

452 EICHENBERGER, Sonderheiten (Fn. 49), S. 82.

453 Zur Unterscheidung von Theoretikern und Praktikern vgl. vorne Fn. 17 und Kap. D. II, wo u.a. gezeigt wurde, wie die Harmonisierung von Theorie und Praxis durch entsprechende Richterbilder erreicht wurde.

454 MARKUS FELBER, Zum Rücktritt von Bundesrichter Nyffeler, Justice – Justiz – Giustizia 2006/3.

455 V.M., Virgile Rossel, Der Bund vom 2. Juni 1933, Nr. 253.

456 Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 18 sowie die Untersuchungen in LUMINATI, ZGB (Fn. 6); LUMINATI, Giudici legislatori (Fn. 161); AERSCHMANN (Fn. 8), S. 41 ff.

kutive und/oder Legislative auf kantonaler und/oder auf Bundesebene bekleidet hatten. Im Laufe des 20. Jh. wurden sie allmählich vom Typus des *Juristen-Richters* abgelöst. Dazu gehören diejenigen Bundesrichterinnen, die vor ihrer Wahl ins Bundesgericht, wenn auch in einer politischen Partei eingeschrieben oder mit einer solchen sympathisierend, hauptsächlich eine juristische Karriere, sei es in der Advokatur, in der Wissenschaft oder im Gerichtswesen aufzuweisen haben. MORRISON stellte schon Mitte der 1960er Jahre fest, dass diese «professional judges»⁴⁵⁷ dominant waren und deutete dies als Zeichen zunehmender Professionalisierung. Wie wir zeigen konnten, ist diese Entwicklung noch im Gange. Man könnte nun sagen, dass, während auf der kantonalen Ebene die gelehrten Richter ihre Hegemonialansprüche gegenüber den Laien durchzusetzen versuchten, auf der Ebene des Bundesgerichts die *Juristen-Richter* die *Politiker-Richter* verdrängt haben.

Anschaulich kann man das zum Beispiel an den ausnahmsweise deutlichen (und nicht sehr freundlichen) Nekrologen beim Tod von Agostino Soldati, der 1892, mitten in seiner politischen Laufbahn (Tessiner Regierungsrat, Ständerat, wohlbemerkt aber auch juristisch ausgewiesen als Dr. iur. und Rechtsanwalt) ins Bundesgericht gewählt worden war und rekordverdächtig bis 1936 dort blieb. Als Vollblutpolitiker bekundete Soldati immer wieder grosse Mühe, die gebotene richterliche Zurückhaltung zu zeigen:

«Man hatte oft das Gefühl, dass ihm der Richterberuf zu wenig Bewegungsfreiheit lasse [...]. aber auch in der richterlichen Tätigkeit war ihm der Kampf der Meinungen, der dialektische Klingenwechsel ein Bedürfnis, selbst wenn die gerade aufgeworfene Streitfrage zur Entscheidung des ihm unterbreiteten Einzelfalles nichts beitragen konnte. Nicht selten ging dabei die Kampflust mit ihm durch.»⁴⁵⁸

Die immer wieder auftauchende Kritik an seinem Wirken und damit am Habitus des *Politiker-Richters* belegt das sich wandelnde richterliche Selbstverständnis und die zunehmende Verlagerung des helvetischen Richterprofils von den politischen zu den bürokratisch-wissenschaftlichen Attributen. «Dass er nach der Natur seines allzustark egozentrisch veranlagten Charakters auch zum Richter berufen gewesen wäre, darf man bezweifeln».⁴⁵⁹ In seiner richterlichen Tätigkeit suche man

«vergebens nach einer grossen Linie, die unserer Rechtsgestaltung durch ihn ein besonderes Gepräge verliehen hätte, wie es etwa bei Männern wie Rott, Hafner, Jäger, Merz, um nur einige wenige zu nennen, der Fall war. Seine brillanten Geistesgaben führten ihn nur allzu leicht in die Versuchung, für den Aufbau eines juristischen Gebäudes mit prächtiger äusserer Fassade sich auf die Eingebung der Stunde zu verlassen.»⁴⁶⁰

457 MORRISON, *Process* (Fn. 403), S. 67.

458 Nekrolog, Vaterland vom 13. Oktober 1938.

459 E. G., *Alt-Bundesrichter Dr. Agostino Soldati*, Basler Nachrichten vom 10. Oktober 1938.

460 E. G., Soldati (Fn. 459).

Diese Art von Richterpersönlichkeit war am Bundesgericht offensichtlich nicht mehr gefragt. An seiner Stelle trat allmählich eine neue Richterpersönlichkeit; der «Renaissancefürst» wurde durch den *Richterkönig* Walter'scher Art, ein «Gigant mit Skalpell»,⁴⁶¹ ersetzt.

III. Zwischenergebnis

Erste, partielle Einsichten in die Funktionsweise der *Blackbox* der Richterwahlen, hauptsächlich auf Bundesebene, konnten über unterschiedliche methodische Zugänge gewonnen werden. Dokumentiert sind gewisse Bemühungen zur Formalisierung des Verfahrens, die häufig von den aus der Richterauswahl ausgeschlossenen politischen Kräften verlangt wurden und insgesamt weder eine Entpolitisierung anstreben noch erreicht haben. Bei der Schaffung der GK spielten auch Rationalisierungsbestrebungen in Zusammenhang mit den neuen erstinstanzlichen Bundesgerichten eine wichtige Rolle. Im Vorfeld der Richterwahl bleiben dennoch weiterhin informelle Aspekte massgeblich.

Kommt es bei konkreten Wahl- und Wiederwahlvorgängen zur parlamentarischen Debatte, so sind es faktisch (partei)politische Überlegungen, die zur Auseinandersetzung führen. Im Grunde lässt sich hier keine Zunahme solcher Konfrontationen nachweisen. Kampfwahlen waren in der Frühphase des Bundesgerichts an der Tagesordnung und sind dann zurückgegangen. Sie hingen auch zusammen mit dem vorhin erwähnten Typus des *Politiker-Richters*. Gerade der prosopographisch belegte Übergang von diesem Richtertypus zum *Juristen-Richter* zeigt, dass zwischen Politik und Richter keine fundamentalen Differenzen in Bezug auf das Richterbild bestanden, denn ohne Mitwirkung des Kurationsorgans wäre diese Veränderung nicht möglich gewesen. Ausdifferenzierung der Justiz und Professionalisierung wurden von juristischer Seite gefordert und von politischer Seite gefördert.

Soweit ersichtlich berücksichtigt die Wahlprozedur (zumindest für das Bundesgericht) sowohl die (partei)politische als auch die fachliche Codierung. Bisher hat die Politik im Konfliktfall der eigenen Codierung den Vorrang gegeben, d.h. fachliche Kriterien wurden verbal hervorgehoben und faktisch übergangen. Bei Wiederwahlen hielt man sich hingegen, mit wenigen Ausnahmen, an die (guteidgenössische) ungeschriebene Regel der Bestätigung. Die in den letzten Jahrzehnten aus Richterkreisen und aus Teilen der Verfassungslehre stammende Kritik an den Richterwahlen und -wiederwahlen fordert im Grunde die höhere (wenn nicht ausschliessliche) Gewichtung der fachlichen Kriterien.

461 MARKUS FELBER, Der Gigant mit Skalpell (zum Rücktritt von Hans Peter Walter), NZZ vom 28. Februar 2004. Als «Renaissancefürst» wurde Soldati charakterisiert von P. P., In memoriam Carl Jaeger, NZZ vom 18. Juni 1947.

F. Schlussfolgerungen

Am Anfang dieser Abhandlung stand die Frage nach der Funktion von Diskursen über Richterbilder für die richterliche Unabhängigkeit und nach dem Verhältnis dieser Diskurse zur Richter(aus)wahl. Dabei haben wir die Hypothese aufgestellt, dass Selbst- und Fremdbeschreibungen des Richterideals eine normierende Funktion haben und somit konstitutiv für die inhaltliche Bestimmung der richterlichen Unabhängigkeit sind. Im Laufe der Untersuchung musste zunächst festgestellt werden, dass wir diesbezüglich nur über beschränkte empirische Grundlagen verfügen und dass auch eine eingehende Beschäftigung mit den verstreuten Aussagen zum Richterbild in der Schweiz fehlt. Wir haben versucht, diese Lücken im beschränkten Rahmen dieser Abhandlung zu füllen und können somit als erstes Ergebnis festhalten, dass zu diesen Themen dringender *Forschungsbedarf* (im Sinne juristischer Grundlagenforschung) besteht. Damit könnte auch der Tendenz zur Legendenbildung und zum argumentativen Rückgriff auf Alltagsweisheiten und auf die sog. Lebenspraxis entgegengewirkt werden.

Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass zwischen Selbst- und Fremdbeschreibungen des Richterideals eine deutliche *Konvergenz* besteht und gerade dem richterlichen Diskurs eine wichtige Funktion bei der Normierung des Richterbildes zukommt. Die Entwicklungen der letzten Jahrzehnte hin zur (zumindest gewünschten) erhöhten *Autonomisierung* und *Professionalisierung* der Richterschaft haben den normierenden Charakter noch verstärkt. Zu diesen Entwicklungen gehören auch die hegemonialen Ansprüche der gelehrten Richter gegenüber der Laienpräsenz in der Justiz.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen diskursiv erarbeitetem Richterbild und der Richter(aus)wahl. Soweit Einblicke in die *Blackbox* der Richterwahlen möglich sind, scheint es hier *keinen grundsätzlichen Konflikt* über das Richterbild zu geben, sondern vielmehr über das Verhältnis zwischen fachlichen und politischen Kriterien. Diese Konfliktlinie berührt die Beziehung zwischen Justiz und Politik, findet aber ihre Entsprechung innerhalb der Richterschaft.

In den letzten Jahren nehmen, parallel zu den Autonomisierungsbestrebungen, die *Kontroversen* innerhalb der Richterschaft zu. Die in der Einleitung abgedruckte Ansprache von Bundesgerichtspräsident ULRICH MEYER kann als pointierte Stellungnahme in diesem Konflikt gelesen werden: MEYER verteidigt ein, eher am traditionellen Tugendkanon orientiertes berufliches Selbstverständnis, stellt klar, dass bei den Richterwahlen grundsätzlich keine Probleme bestehen, äussert sich ablehnend gegenüber der Idee der individuellen aktiven Justizkommunikation und ruft die Richterin zur ständigen Selbstreflexion auf. Diese *Richtungskämpfe* sind nicht untypisch für eine sich formierende Berufsgruppe. Allerdings findet dieser Prozess zu einem Zeitpunkt statt, an dem Zeichen einer grundsätzlichen *Infragestellung der Richterfigur* (und der tradi-

tionellen staatlichen Justiz) am Horizont stehen. Es wird sich zeigen, ob gegenüber den Herausforderungen des 21. Jh. diese standfeste Behauptung genügen wird: «Le juge est un juge, est un juge, est un juge.»⁴⁶²

462 MEYER, Grundvoraussetzungen (Fn. 1), S. 220.

Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale: à la recherche d'un nouvel équilibre

DENIS TAPPY*

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne.

Table des matières

A.	Evolution constitutionnelle	294
I.	Introduction	294
II.	De la République helvétique à la guerre du Sonderbund	295
1.	La République helvétique	295
2.	De l'Acte de Médiation à 1847	298
III.	Evolution de la répartition des compétences en matière civile dès 1848	300
1.	Le passage à un Etat fédéral	300
2.	La naissance du Tribunal fédéral et la loi fédérale de procédure civile de 1850	301
3.	Le refus de l'unification complète du droit privé et de la procédure civile en 1872	302
4.	Le premier compromis de 1874	303
5.	Le deuxième compromis de 1898 et sa longue survie	305
6.	L'unification partielle de la procédure civile «à froid» à la fin du XX ^e siècle	308
7.	La Constitution fédérale de 1999 et le troisième compromis de 2000	309
8.	La rédaction du CPC unifié de 2008 et son entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2011	311
B.	Evolution et état actuel des organisations judiciaires cantonales	312
I.	Un point de départ assez homogène hérité de la République helvétique	312
II.	L'augmentation des divergences depuis la fin du XIX ^e siècle	316
1.	Les tribunaux de commerce	316
2.	Les prud'hommes	318
3.	Les tribunaux des baux	321
III.	Quelques évolutions récentes	323
1.	Apparition et disparition de nouveaux tribunaux	323
2.	La question des juges non juristes et des assesseurs	325
3.	Des choix très différents en matière d'autorité de conciliation	326
4.	La situation actuelle dans quelques cantons	328
C.	La nouvelle répartition depuis le 1 ^{er} janvier 2011	331
I.	Juridiction d'une autorité fédérale de première instance en matière civile	331
1.	Le Tribunal fédéral des brevets	332
2.	La juridiction résiduelle du TF en instance civile unique	332
II.	Contraintes maintenues ou nouvelles sur l'organisation judiciaire cantonale	333
1.	Les cas où le droit fédéral impose une juridiction cantonale unique	333
2.	Les voies de droit du CPC et le nombre des instances	336
3.	Autres impératifs	337
III.	Latitudes laissées aux cantons sur des questions de pure procédure	339
IV.	Questions mal délimitées ou non réglées	343
D.	Evolutions possibles	344
I.	Réserve de l'art. 122 al. 2 Cst et développement éventuel de la juridiction fédérale	344
II.	Problèmes liés à l'informatique et à la bureautique	346
III.	De «fausses bonnes idées»: uniformiser la structure des juridictions cantonales ou la formation des juges	348
IV.	L'échec des juridictions intercantionales	349
V.	Des adaptations de détail souhaitables	350

A. Evolution constitutionnelle

I. Introduction

Dans un Etat fédéraliste, la répartition des compétences s'agissant de la législation civile, la procédure applicable aux procès la concernant et la structure des juridictions chargées de son organisation peut conduire à des équilibres très différents. Une des variantes possibles consiste à laisser l'essentiel de ces trois domaines aux Etats fédérés, l'Etat central n'intervenant alors qu'à travers certaines exigences imposées à ces derniers, par exemple constitutionnelles, éventuellement par des lois spéciales concernant uniquement des domaines particuliers, et généralement par une juridiction suprême à laquelle les justiciables n'auront accès qu'en dernière instance, après épuisement des degrés de juridiction prévus par l'organisation judiciaire des premiers. C'est le système qui prévalait en Suisse pendant une partie du XIX^e siècle et cela reste le système en principe applicable aux Etats-Unis d'Amérique¹.

A l'extrême inverse, il arrive, notamment dans des Etats passés au fédéralisme après une période plus centralisée, que les dévolutions de compétence intervenues n'aient porté sur aucun de ces domaines: c'est la solution suivie en Belgique, où tant le droit privé que la procédure civile ou l'organisation judiciaire échappent en réalité entièrement aux entités fédérées². On en est proche en Autriche, alors qu'en Allemagne actuelle, où des unifications de la procédure civile et partiellement de l'organisation judiciaire avaient précédé au XIX^e siècle celle du droit privé matériel, même la structure des tribunaux est fortement unifiée bien qu'il existe en principe une compétence concurrente du *Bund* et des *Länder* en la matière.

Ces équilibres n'ont évidemment rien d'immuable. L'exemple de pays revenus à de fortes régionalisations après des épisodes plus centralisés (on peut penser à la Belgique évoquée ci-dessus, mais aussi p.ex. à l'Espagne) montre d'ailleurs qu'ils peuvent être modifiés aussi bien dans le sens d'une décentralisation que d'une centralisation toujours croissante. Dans la présente étude, nous retracerons d'abord les différentes répartitions entre droit privé matériel, procédure civile et organisation judiciaire qui ont successivement prévalu dans notre pays, avant de nous pencher sur celle qui existe aujourd'hui et son évolution possible.

1 Aux Etats-Unis, chaque Etat reste en principe compétent pour légiférer tant sur le droit matériel que sur la procédure et sur l'organisation judiciaire, sans d'ailleurs que cela se limite aux affaires civiles, des lois et des juridictions inférieures fédérales dans ces domaines pouvant certes exister, mais gardant un caractère exceptionnel. Le système de *common law* réduit cependant en pratique la variété des solutions suivies.

2 Dans la Belgique actuelle, l'organisation judiciaire et la désignation des juges tient compte du clivage linguistique avec, notamment pour proposer des magistrats, un conseil supérieur de la magistrature composé de collègues différents selon les langues, mais sans que les entités fédérées n'aient formellement de compétence ni en matière de droit privé matériel, ni en matière de procédure civile, ni en matière de structure des tribunaux.

Nous nous en tiendrons à la justice civile dans un sens étroit, en laissant de côté des institutions particulières se rattachant partiellement à la procédure administrative ou s'en rapprochant, comme les litiges qui concernent l'adoption, la tenue des grands registres, la responsabilité d'un canton pour une faute médicale reprochée à un employé d'un hôpital public, ou encore les questions relevant de l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant, qui ne relèvent pas ou pas toujours de juridictions civiles en instances inférieures.

II. De la République helvétique à la guerre du Sonderbund

1. La République helvétique

Les premières tentatives en vue d'une unification du droit en Suisse, notamment dans les domaines qui nous intéressent, remontent à 1798. Cette année-là en effet la République française exporte sa Révolution dans notre pays, en y renversant l'Ancien Régime et en imposant une République helvétique unitaire, censée mettre en place un droit unitaire aussi, cela d'ailleurs dans tous les domaines, soit, pour ce qui nous intéresse, aussi bien en droit matériel privé qu'en matière de procédure civile ou d'organisation judiciaire.

En réalité, on sait que ce régime centralisé, le seul que la Suisse ait jamais connu, fut un échec. La République helvétique ne se maintiendra qu'en s'appuyant sur des troupes françaises d'occupation, connaîtra plusieurs changements de régime à la suite de coups d'État et finira par être remplacée moins de cinq ans plus tard par un régime fédéraliste organisé par l'Acte de Médiation de 1803, toujours dans le cadre d'une sorte de protectorat exercé par la France bonapartiste. Dans ce bref laps de temps et dans ces circonstances troublées, elle ne parvint évidemment pas à réaliser l'unité juridiquement prévue³.

En pratique, les juridictions très nombreuses et variables selon les matières, les lieux, les confessions, les survivances de règles féodales, etc. qui existaient à la fin de l'Ancien Régime⁴ furent rapidement remplacées par une nouvelle organisation judiciaire mise en place dès l'été 1798. Elle comportait dans chaque district une juridiction inférieure (tribunal de district, *Bezirksgericht*), dans chaque canton une juridiction intermédiaire (tribunal de canton, *Kantonsgericht*) et au sommet de la pyramide une juridiction supérieure unique (Tribunal

3 Sur l'histoire institutionnelle et politique de la République helvétique, cf. notamment ALFRED KÖLZ, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, 2 vol. I: ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848 et II: l'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848, trad. A. Perrinjaquet et S. Colbois, puis Béatrice et Jean-François Aubert, Berne 2006 et 2013, I p. 65 s.

4 La diversité des juridictions existant dans notre pays dès la fin du Moyen Age et sous l'Ancien Régime rend très difficile une présentation d'ensemble. Voir cependant la tentative de synthèse d'ANNE-MARIE DUBLER, *Tribunaux*, in: *Dictionnaire historique de la Suisse XII*, Bâle 2012, p. 635 ss.

suprême, *Oberste Gerichtshof*)⁵. Le système aurait encore dû comporter une justice inférieure de proximité, avec un juge de paix (*Friedensrichter*) par cercle, mais le projet d'instaurer cette juridiction, plusieurs fois réaffirmé et qui fit même l'objet d'une loi du 13 juin 1800, ne put finalement être mis en vigueur avant 1803⁶.

Les juridictions des trois niveaux précités, qui fonctionnèrent effectivement dès le milieu de 1798 déjà en remplacement des juridictions très multiples et variées, parfois encore partiellement féodales ou ecclésiastiques, qui subsistaient à la fin de l'Ancien Régime⁷, exerçaient toutes des compétences à la fois civiles et pénales. Elles pouvaient être saisies successivement par voie d'appel ou de recours, mais avaient toutes aussi des compétences spéciales, évidemment elles aussi définies par la législation nouvelle⁸. En revanche, le droit privé

-
- 5 Cf. PHILIPPE CONOD, L'unification de la procédure civile ou un bicentenaire inachevé, in: Eva Maier, Antoine Rochat et Denis Tappy (éd.), *A cheval entre histoire et droit: hommage à Jean-François Poudret*, BHV 115, Lausanne 1999, p. 431 s., sp. 433 s.; KÖLZ I (note 3), p. 131 s.; LUKAS GSCHWEND et NATHANIEL HUWILER, Justizorganisation, Gerichtsbarkeiten und Instanzen in der Schweiz 1798–1848. Unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung von Gerichtsorganisation, Instanzenzug, Aussstandsregelungen und Wählbarkeitsvoraussetzungen in den Kantonen Zürich, Luzern, Graubünden, St. Gallen und Appenzel Ausserrhoden, in: José A. Perez Juan (éd.), *Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert*, Ratisbonne 2018, p. 181 ss. Pour des études sur les juridictions dans des cantons particuliers à cette époque, cf. notamment PAUL LEONHARD USTERI, *Gerichtsorganisation und Zivilprozess im Kanton Zürich während der Helvetik*, thèse Zurich 1935; ALFRED BÄRLOCHER, *Gerichtsorganisation und Zivilprozess im Kanton Säntis, 1798–1803*, thèse Zurich 1940; MATTHIAS KRADOLFER, *Justitias «Emancipation» – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848 unter besonderer Berücksichtigung der Justizgeschichte des Kantons St. Gallen*, thèse Zurich 2011, p. 94 s. La présentation la plus détaillée de l'organisation judiciaire de la République helvétique reste celle d'EMIL SCHURTER et HEINZ FRITZSCHE, *Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich 1924–1933*, 2 tomes en 3 volumes, I (*Das Zivilprozessrecht der Bund*) p. 139 s. Sur la juridiction suprême de la République helvétique, cf. ROBERT LEVI, *Der oberste Gerichtshof der Helvetik*, Zurich 1945.
- 6 Cf. SCHURTER/FRITZSCHE I (note 5), p. 141 s.; PETER SCHNYDER, *Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht*, thèse Zurich 1985, p. 5; GUY VAN RUYMBEKE, *Echec de l'introduction des juridictions de paix sous l'Helvétique*, in: Pio Caroni (éd.), *L'unification du droit privé suisse au XIX^e siècle, Méthodes et problèmes*, Fribourg 1986, p. 143 s.; *IDEM*, *Les juridictions de paix vaudoises, des origines à 1889*, BHV 85, Lausanne 1987, p. 23 s.; KARIN FISCHER, *Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde: eine Institution im Spannungsfeld zwischen Tradition und Moderne, am Beispiel des Kantons Zürich*, thèse Zurich 2008, p. 4 ss.
- 7 Savoir si et comment ces juridictions nouvelles devaient remplacer les juridictions compétentes sous l'Ancien Régime en matière matrimoniale, soit dans les cantons réformés des tribunaux consistoriaux et dans les cantons catholiques la justice ecclésiastique appliquant le droit canon, posa des problèmes délicats, qui n'étaient pas totalement résolus à la chute de la République helvétique, cf. USTERI, (note 5), p. 116 s.; GSCHWEND/HUWILER (note 5), p. 184 s.; ANDRÉ CABANIS, *La disparition des consistoires dans le pays de Vaud en 1798*, *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands (ci-après MSHDB)* 35, 1978, p. 111 ss.
- 8 Selon un système alors courant, il y avait d'ailleurs en matière pénale et civile certaines décisions importantes qui étaient prises par un tribunal inférieur, mais ne devenaient exécutoires que moyennant une confirmation par la juridiction supérieure, même en l'absence de tout recours ou appel des parties.

matériel de chaque ancienne partie de la Suisse d'Ancien Régime ainsi que les multiples règles procédurales régissant le déroulement même du procès devant une instance donnée restaient pour le surplus provisoirement en vigueur. Cette solution résultait expressément de l'art. 48 de la Constitution du 12 avril 1798⁹, qui avait la valeur d'une règle de droit transitoire. Des commissions s'attelèrent certes à la rédaction de codes unifiés aussi bien en droit privé¹⁰ qu'en procédure civile¹¹, mais leurs travaux n'allèrent pas au-delà de premières esquisses, qui finirent par être simplement archivées en 1801¹².

On ne peut dès lors guère dire quelles caractéristiques aurait eu un système tant de droit privé que de procédure civile et d'organisation judiciaire unifiés, tel que l'envisageaient les révolutionnaires de 1798. Il aurait cependant certainement été d'inspiration française, comme la quasi-totalité de la législation adoptée ou envisagée par la République helvétique¹³. Relevons que l'idée d'une unification aussi poussée n'avait pas même duré aussi longtemps que cette dernière, pourtant éphémère: la dernière constitution, du 25 mai 1802, promulguée par ce régime bref et politiquement instable¹⁴, prévoyait certes encore des

-
- 9 «Les lois civiles de chaque canton et les usages qui y ont rapport continueront à servir de règle aux tribunaux jusqu'à ce que les Conseils législatifs aient introduit, par degrés, l'uniformité des lois civiles», disposition qui était d'ailleurs conçue comme d'application très large, y compris en matière de procédure et de droit pénal. La Constitution helvétique de 1798 a été de nombreuses fois publiée. Nous utilisons l'édition d'ALFRED KÖLZ, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte I: vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne 1992, p. 126 ss, qui en donne les textes français et allemand.
- 10 Une commission chargée de l'élaboration d'un Code civil helvétique travailla épisodiquement entre 1798 et 1801, cf. HANS STAEHELIN, *Die Zivilgesetzgebung der Helvetik*, Berne 1931, qui publie en annexe et analyse les fragments conservés de ces travaux, dus au Vaudois Benjamin Carrard et au Thurgovien Joseph Anderwert et concernant essentiellement le droit du mariage et celui de la tutelle.
- 11 Une commission désignée aussi en 1798 et dans laquelle le Bernois Bernard Friedrich Kuhn et le Vaudois Louis Secrétan semblent avoir joué des rôles prépondérants mena à chef certains travaux, aboutissant à quatre premières sections d'un projet de loi, qui furent déjà présentées aux Conseils législatifs, mais dont l'examen s'enlisa ensuite, cf. CONOD (note 5), p. 439 s. Ces premiers articles, reprenant sur certains points des règles d'origines bernoise et vaudoise, sont publiés par SCHURTER/FRITZSCHE I (note 5), p. 169 s.
- 12 Cf. STAEHELIN (note 10), pp. 70 s.
- 13 Le Code pénal helvétique de 1799, la seule codification importante que la République helvétique parvint à mettre rapidement sous toit, était calqué sur le Code pénal français de 1791 et s'agissant de l'organisation judiciaire l'idée de créer des justices de paix, plusieurs fois réaffirmée nous l'avons vu (cf. note 6 ci-dessus), trahissait de même l'envie de se calquer sur les institutions de la Grande Nation (en France des justices de paix avaient été instituées par une loi d'août 1790). Sur l'influence du droit révolutionnaire sur celui de la République helvétique, cf. notamment ANDRÉ CABANIS, *L'influence du droit révolutionnaire en République helvétique*, in: Michel Vovelle (dir.), *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale?* Actes du colloque d'Orléans, 11–13 septembre 1986, p. 557 ss.
- 14 Sur cette constitution, cf. notamment KÖLZ I (note 3), p. 154 s. Son texte a aussi été plusieurs fois publié (dernière édition complète, avec seulement le texte allemand, par SIMON KAISER et JOHANNES STRICKLER, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 1901, p. 48 ss; pour le texte français, cf. notamment Bulletin des arrêtés et décrets généraux de la République helvétique VI, 1801–1802, p. 133 s.).

projets de code civil et de procédure civile uniformes, mais en précisant qu'ils ne pourraient être introduits dans un canton que de son consentement¹⁵. Selon cette variante esquissant déjà une évolution vers davantage de fédéralisme, dans les domaines qui nous intéressent seuls auraient été semble-t-il imposés à l'ensemble du pays un code forestier, un code de commerce et une organisation spéciale de tribunaux de commerce¹⁶. Retenons peut-être la solution inversée par rapport à celle qui prévaut aujourd'hui qu'a ainsi connue la République helvétique, certes en raison de ses difficultés à mettre en œuvre son vaste programme d'unification législative: entre 1798 et 1803 en Suisse, l'organisation judiciaire était unifiée, mais ni le droit privé, ni la procédure civile!

2. *De l'Acte de Médiation à 1847*

Les cantons de la République helvétique, qui n'étaient guère plus dans le régime unitaire initialement prévu que des circonscriptions administratives, subsistèrent généralement sous l'Acte de Médiation, en devenant ou redevenant des Etats dotés en principe d'une pleine souveraineté en matière juridique et de législation. Là encore, le droit existant, y compris parfois certaines règles résultant de la législation de la République helvétique, restait en vigueur jusqu'à une éventuelle codification cantonale.

Plusieurs cantons entreprirent alors sans tarder des codifications en particulier du droit privé et de la procédure civile¹⁷. Aucune n'aboutira cependant dans les dix ans séparant l'Acte de Médiation de l'effondrement de l'empire napoléonien ni d'ailleurs dans les quelques dix-huit mois que mettra notre pays à se réorganiser dans le contexte de la Restauration qui y demeurera seulement partielle, nous y reviendrons. Dans la plus grande partie de la Suisse actuelle, le droit privé et la procédure civile restèrent donc régis entre 1803 et 1815 par les règles du droit local d'Ancien Régime.

15 En disposant qu'«il sera rédigé un projet de procédure civile uniforme; elle ne pourra être introduite dans aucun canton que de son consentement», l'art. 70 de la Constitution du 25 mai 1802 prévoyait en somme un code unifié «modèle», dont un canton aurait eu le droit de refuser la mise en vigueur sur son territoire, soit une sorte de fédéralisme différencié déjà en retrait par rapport au centralisme prévu en 1798. L'art. 71 envisageait la même solution pour un projet de Code civil, alors que selon l'art. 68 le droit pénal et la procédure pénale auraient impérativement dû être unifiés.

16 Art. 69: «il y aura un code forestier, un code commercial et une organisation spéciale de tribunaux de commerce».

17 Après diverses lois ou propositions de lois portant sur des questions procédurales de détail, comme les fêtes judiciaires, une codification de la procédure civile fut par exemple en principe décidée dans le canton de Vaud en 1811, une commission à cet effet étant effectivement mise en place en été 1813, cf. CONOD (note 5), p. 49 s. Pour un aperçu d'ensemble récent sur les premières codifications cantonales de procédure civile dans notre pays, cf. LUKAS GSCHWEND, CHRISTOPH GOOD et MARK WINIGER, *Prozessrechts-geschichte der Schweiz im 19. Jahrhundert – Ein Ueberblick von der Helvetik bis zur Gründung des Bundesstaates (1798–1848)*, in: Ignacio Czeguhn et José A. Perez Juan (éd.), *Reflexiones sobre la Justicia en Europa durante la primera mitad del siglo XIX*, Alicante 2010, p. 49 ss.

Il faut excepter toutefois Genève ou l'Ancien Evêché de Bâle annexés à la France à fin de la première République et sous le premier Empire: ces régions étant alors intégrées au territoire français, elles furent naturellement soumises dès leur entrée en vigueur aux codifications napoléoniennes en la matière, soit au Code civil de 1804 et au Code de commerce de 1807 pour le droit privé matériel, au Code de procédure civile (ci-après CPC) de 1806 pour cette dernière¹⁸. Malgré des velléités de leur substituer rapidement d'autres règles, les deux premières de ces codifications restèrent finalement en grande partie en vigueur tant à Genève que dans l'Ancien Evêché de Bâle jusqu'à leur remplacement respectivement par le Code des obligations (ci-après CO) fédéral de 1881 ou par le Code civil suisse (ci-après CCS) de 1907¹⁹. La longévité du CPC de 1806 sur le territoire suisse fut en revanche bien moindre²⁰. Quoiqu'il en soit, ces codifications napoléoniennes ne furent dès 1815 plus applicables dans notre pays qu'à titre de législation en vigueur dans un canton ou une partie de canton.

Imposé par Napoléon, l'Acte de Médiation fut déclaré caduc par la Diète à la fin de 1813, après que la défaite de Leipzig eut annoncé la fin prochaine du

-
- 18 Il en fut théoriquement de même durant quelques années en Valais: d'abord détaché de la République helvétique en 1802 pour être érigé en petite République indépendante sous protectorat français, celui-ci se vit en effet rattaché d'un trait de plume à son empire par Napoléon le 15 novembre 1810. Quelques semaines plus tard, un décret d'organisation du 26 décembre 1810 prescrivait la mise en place de nouvelles juridictions qui devaient fonctionner dès le 1^{er} juillet 1811 et appliquer les différentes codifications napoléoniennes, cf. YOLANDE PITTIER, Les réactions des Valaisans à l'annexion de leur pays à la France et leur attitude face au nouveau gouvernement (1810–1813), *Annales valaisannes* 1981, p. 3 s. Cependant, dès le retrait des troupes françaises en décembre 1813, les nouvelles autorités valaisannes affectèrent de considérer le régime qui avait prévalu les trois dernières années comme illégitime. Elles considérèrent en conséquence la législation locale antérieure comme immédiatement rétablie, sous la seule réserve de règles destinées à maintenir la validité des actes passés ou des jugements rendus entre 1810 et 1813. Sur la question de l'application du droit français au Valais annexé, en principe prescrite par l'acte de réunion à la France du 15 novembre 1810, et son abrogation confirmée par une note adressée aux nouveaux dirigeants valaisans le 21 janvier 1814 par le colonel autrichien Joseph Karl von Simbschen, qui commandait le contingent allié ayant remplacé les troupes françaises, cf. LUCAS PELLET, La résistance au droit français en Valais après l'annexion de 1810, *MSHDB* 69, 2012, p. 212 s.
- 19 Sur le maintien du Code Napoléon à Genève jusqu'à l'entrée en vigueur du CCS, après une tentative non aboutie de codification propre au début du XIX^e siècle, cf. notamment ALAIN ZOGMAL, Pierre-François Bellot (1776–1836) et le code civil: conservatisme et innovation dans la législation genevoise de la Restauration, Genève 1998, p. 125 ss; ALFRED DUFOUR, Code Napoléon et Histoire du droit genevois, *Commentationes Historiae iuris Helveticae* I, 2006, p. 18 s.; VICTOR MONNIER, Des Edits civils de 1568 aux législations françaises du début du XIX^e siècle. Les Codes français à Genève, un droit étranger imposé?, *Commentationes Historiae iuris Helveticae* I, 2006, p. 48 s.; sur l'évolution dans l'actuel canton du Jura et le Jura bernois cf. en dernier lieu MICHELE LUMINATI et NIKOLAUS LINDER, Der Code civil als Provokation: Der richterliche Umgang mit dem Code civil im Berner Jura (1815–1912), in: Barbara Dölemeyer et al. (éd.), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs*, Francfort-sur-le-Main 2006, p. 273 s.
- 20 Le CPC napoléonien resta cependant en vigueur à Genève jusqu'en 1819 et son remplacement par la loi de procédure civile (ci-après LPC) due à Pierre François Bellot, alors que dans l'ancien Evêché de Bâle, il sera en principe remplacé par le CPC bernois de 1821.

Premier Empire. La Restauration qui suivit fut toutefois loin d'être totale en Suisse. Le Pacte de 1815 qui réorganisa finalement alors la Confédération²¹, en y incluant Neuchâtel et divers territoires auparavant annexés à la France (soit Genève, et le Valais, qui devenaient à leur tour des cantons, ainsi que l'Ancien Evêché de Bâle, pour l'essentiel attribué à Berne) ne toucha en effet pas à l'existence des nouveaux cantons de 1798 ou 1803. La souveraineté législative cantonale resta quasi-totale²². Malgré des velléités inabouties de révision à la suite du mouvement de régénération des années 1830 dans une partie du pays²³, le Pacte de 1815 précité demeura finalement inchangé jusqu'en 1848. La législation dans tous les domaines resta donc jusqu'à cette date du seul ressort des cantons. C'est d'ailleurs dans ces années situées entre 1815 et 1848 que virent le jour les premières codifications cantonales spécifiques de la procédure civile²⁴.

III. Evolution de la répartition des compétences en matière civile dès 1848

1. *Le passage à un Etat fédéral*

On sait qu'en 1847–1848 un bref conflit armé entre les cantons gagnés au radicalisme et les conservateurs catholiques, regroupés dans une «alliance spéciale» (*Sonderbund*), aboutit à une victoire des premiers et à une réorganisation progressiste de la Confédération²⁵. La Constitution de 1848²⁶ imposée aux vaincus marque le passage à un Etat fédéral avec un pouvoir législatif fédéral et un système de répartition des compétences entre Confédération et cantons qui prévaut aujourd'hui encore, même si les attributions accordées à la première se sont évidemment beaucoup accrues depuis. En 1848, les matières devant faire l'objet

21 Sur la difficile genèse du Pacte fédéral de 1815, cf. notamment KÖLZ I (note 3), p. 195 ss; ALESSANDRO CAMPANELLI, Le pouvoir central dans l'élaboration du Pacte fédéral de 1815, in: *Commentationes Historiae iuris Helveticae XVI*, 2018, p. 77 ss.

22 Cf. notamment KÖLZ I (note 3), p. 200 ss. Le Pacte de 1815 ne prévoyait pas de législation centrale à proprement parler, mais admettait un pouvoir réglementaire de la Diète sur certaines questions militaires qui permit notamment l'adoption en 1838 d'une loi sur la justice pénale applicable aux troupes fédérales.

23 Cf. notamment KÖLZ I (note 3), p. 411 ss.

24 La plus ancienne est la loi de procédure civile rédigée par le Genevois Bellot et adoptée par le canton de Genève en 1819 pour remplacer le CPC napoléonien, cf. ZOGMAL (note 19), p. 157 ss; suivirent le CPC bernois de 1821, cf. KNUT WOLFGANG NÖRR, *Das bernische Zivilprozessgesetzbuch 1821 unter dem Einfluss des «Entwurfs eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren»* von Gönner, in: Louis Carlen et Friedrich Ebel (éd.), *Festschrift für Ferdinand Elsener zum 65. Geburtstag*, Sigmaringen 1977, p. 207 ss, reprint in: *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, Goldbach 1993, p. 249 ss, puis le CPC vaudois de 1824, cf. PHILIPPE CONOD, *Le Code de procédure civile vaudoise de 1824 ou la fidélité à la pratique judiciaire*, BHV 88, Lausanne 1987.

25 Cf. notamment KÖLZ I (note 3), p. 597 s.

26 La Constitution de 1848 (ci-après Cst 1848) est publiée dans le Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse, ci-après RO I, 1848–1850, p. 3 ss, et plus récemment dans ses versions allemande et française par KÖLZ (note 9), p. 447 ss.

de lois fédérales concernaient cependant essentiellement des domaines du droit public comme la monnaie, les douanes, certaines questions militaires, etc. Ni le droit privé ni la procédure civile ni l'organisation des tribunaux chargés de les appliquer n'en faisaient en principe partie.

2. *La naissance du Tribunal fédéral et la loi fédérale de procédure civile de 1850*

C'est toutefois à 1848 que remonte l'instauration du Tribunal fédéral (ci-après TF), renouant en quelque sorte avec l'idée d'une juridiction suprême pour tout le pays, qu'avait constitué entre 1798 et 1803 le Tribunal suprême de la République helvétique. Sans avoir encore la forme d'une institution permanente, le TF était selon l'art. 105 Cst 1848 chargé de statuer sur des plaintes transmises par les Chambres fédérales et pouvait exceptionnellement avoir à juger des affaires en instance unique, y compris en droit privé²⁷. Cette juridiction fut organisée par une loi fédérale de 1849²⁸, et la procédure applicable devant elle fut précisée l'année suivante par une loi initialement provisoire²⁹. Inspirée par le droit commun allemand en matière de procédure civile et par le récent CPC bernois de 1847, cette loi restera finalement en vigueur pendant près d'un siècle.

L'activité du TF durant les années 1850 demeura très réduite et ne concerna guère des affaires civiles. Une compétence spéciale en la matière lui fut cependant confiée dès 1862 par une loi fédérale³⁰ complétant la loi de 1850 sur les mariages mixtes³¹. De constitutionnalité douteuse³², cette loi permettait à des membres de couples formés d'un époux catholique et d'un époux protestant, voire de deux protestants, s'ils étaient domiciliés dans un canton dont la législation ne permettait pas le divorce, de demander celui-ci directement devant le TF qui statuerait en instance unique. Sur cette base, les juges fédéraux

27 Cf. SCHURTER/FRITZSCHE (note 5), I p. 218 ss; ERNST BRAND, *Eidgenössische Gerichtsbarkeit*, 3 vol., Berne 1952–1962, III, p. 60 ss; GORAN SEFEROVIC, *Das schweizerische Bundesgericht 1848–1874: die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, Zurich 2010, p. 20 s.

28 Loi du 5 juin 1849 sur l'organisation judiciaire fédérale (RO I, 1848–1850, p. 65 ss).

29 Loi provisoire du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile (RO II, 1850, 77 ss), prorogée en 1852 (RO III, 1851–1853, p. 180 s.) et finalement transformée en loi définitive en 1855 (RO V, 1854–1857, p. 120 s.).

30 Loi fédérale du 3 février 1862 complémentaire [à la loi fédérale du 3 décembre 1850 sur les mariages mixtes, cf. RO 1850–1851 II p. 127 s.] sur les mariages mixtes (RO VII, 1860–1863, p. 129 ss.).

31 Sur ces lois de 1850 et 1862 et l'histoire compliquée de leur genèse, cf. PIUS HAFNER, *Die Mischehe und deren Scheidung kraft Bundesrecht im ersten Bundesstaat (1848–1874)*, in: *Revue d'histoire ecclésiastique suisse* 73, 1979, p. 1 ss; CORNELIA SEEGER, *Etapas de l'unification du droit matrimonial suisse: de la République helvétique à la loi de 1874*, in: Pio Caroni (éd.), *L'unification du droit privé suisse au XIX^e siècle* (note 6), p. 57 ss; BERNADETTE SCHÖNENBERGER, *Les mariages mixtes en Suisse au XIX^e siècle*, *Commentationes Historiae iuris Helveticae* XIII, 2014, p. 63 ss.

32 Cf. CHARLES KNAPP, *Cent ans de mariage dans la Constitution fédérale*, *Revue de droit suisse* (ci-après RDS) 1952, p. 275 ss.

prononcèrent entre 1862 et 1875 plusieurs dizaines de divorces, instruits et jugés selon la loi de procédure précitée de 1850³³.

3. *Le refus de l'unification complète du droit privé et de la procédure civile en 1872*

Durant les trois dernières décennies du XIX^e siècle, d'importants débats eurent lieu en Suisse sur l'opportunité de transférer à la Confédération tout ou partie des questions qui nous intéressent³⁴. A la suite de démarches initiées notamment par la Société suisse des juristes (ci-après SSJ) et une fameuse résolution votée sous l'influence du Soleurois Simon Kaiser en 1868³⁵, les milieux centralisateurs, représentés principalement par les radicaux provenant des cantons alémaniques protestants et industrialisés, parvinrent à imposer aux Chambres fédérales l'idée d'une révision totale de la Constitution accroissant très fortement les compétences accordées à l'Etat fédéral. Dans les domaines qui nous intéressent, un article 55 al. 1^{er} aurait stipulé que «la législation sur le droit civil, y compris la procédure, est du ressort de la Confédération». Il n'était pas précisé ce qu'il en était de l'organisation judiciaire. Ce projet, qui comportait de nombreuses autres dispositions accroissant la centralisation dans d'autres domaines, dont le droit pénal et la procédure pénale, fut soumis au vote du peuple et des cantons le 12 mai 1872. Une coalition des radicaux romands avec les milieux fédéralistes et conservateurs, notamment catholiques, de l'ensemble du pays parvint à le faire échouer, assez largement quant au décompte des cantons, de manière plus serrée s'agissant de celui du peuple.

Même si ce résultat n'était évidemment pas dû qu'à un rejet de l'idée de centraliser le droit privé et la procédure civile dans son entier, ce point avait fortement compté et la coupure était particulièrement nette entre la Suisse romande et la Suisse alémanique, indépendamment des différences religieuses: le canton de Vaud protestant et à majorité radicale avait voté non à 93,9%, presque aussi

33 Cf. SEFEROVIC, (note 27), p. 313 ss.

34 Sur les hésitations et l'évolution constitutionnelle progressive de 1872 à 1898, cf. notamment PIO CARONI, *Rechtseinheit in der Schweiz: zur Geschichte einer späten Verfassungsreform*, in: H. Hofmeister (éd.), *Kodifikation als Mittel der Politik: Vorträge und Diskussionsbeiträge über die deutsche, schweizerische und österreichische Kodifikationsbewegung um 1900*, Vienne 1986, p. 29 s.; DIDIER BARBEZAT et DIDIER PERDRIZAT, *L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé*, in: Pio Caroni (éd.), *L'unification du droit privé suisse* (note 6), p. 13 s.; THOMAS SUTTER[-SOMM], *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zurich 1998, p. 4 ss.; DENIS TAPPY, *Un feuilleton de plus de deux siècles, l'unification de la procédure civile en Suisse*, RDS 2001, p. 127 ss.; RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte, ein Grundriss*, 2^e éd., Zurich 2017, p. 260 ss.

35 Sur cette résolution votée à l'issue de débats houleux et qui créera une crise au sein de la SSJ, plusieurs membres conservateurs ayant en conséquence donné leur démission, y compris l'un des principaux fondateurs Andreas Heusler, cf. notamment HANS FRITZSCHE, *La Société suisse des juristes, 1861–1960*, Bâle 1961, p. 43 ss.

fortement que les Uranais catholiques et anciens membres du Sonderbund (96,4 % de non), alors que le oui dépassait les 80 %, voire les 90 % dans des cantons protestants alémaniques comme Zurich ou Schaffhouse³⁶. Ce clivage linguistique assez inhabituel dans les votations fédérales du XIX^e siècle, où les oppositions étaient plus souvent religieuses, s'explique sans doute en partie par l'engouement perceptible alors chez certains Alémaniques pour l'unification allemande toute récente, qui suscitait en réaction chez beaucoup de Romands la crainte d'une germanisation des institutions laissées à la Confédération ... Il marquera longtemps les esprits et n'a pas été pour rien dans le très long temps (plus de 125 ans) qui séparera ce projet d'une nouvelle votation sur l'unification de la procédure civile dans notre pays.

4. *Le premier compromis de 1874*

On sait que les Chambres fédérales réagirent rapidement à l'échec précité en préparant un nouveau projet de Constitution, conçu de manière à ménager les inquiétudes de certains des opposants de 1872. Dans les domaines qui nous intéressent, la solution médiane proposée consistait à donner à la Confédération la compétence d'unifier sectoriellement certaines parties seulement du droit privé, essentiellement celles où des divergences cantonales étaient perçues comme des obstacles au développement de l'économie et des échanges par-dessus les frontières cantonales³⁷, tout en renonçant à l'unification de la procédure civile et à l'éventuel développement d'autres juridictions civiles fédérales que le TF, dont les fédéralistes admettaient en revanche qu'il devienne une institution permanente aux compétences fortement renforcées³⁸.

Ce compromis, complété par d'autres sur des points sans rapport avec notre sujet, suffit à rallier la majorité des votants dans les cantons mixtes et les cantons protestants romands. La nouvelle constitution fut ainsi facilement adoptée lors de la votation du 19 avril 1874, avec une majorité populaire nette et des cantons rejetant limités pour l'essentiel aux anciens membres du Sonderbund³⁹. Dans les matières qui nous occupent, elle attribuait à la Confédération, nous l'avons dit, diverses matières particulières, soit la législation sur la capacité civile, le droit des transactions mobilières et des obligations y compris le droit

36 Cf. notamment SUTTER[-SOMM] (note 34), p. 39.

37 Cf. KÖLZ II (note 3), p. 576 ss.

38 Ce nouveau TF, organisé dans le détail par la loi d'organisation judiciaire fédérale du 27 juin 1874 (RO 1874-1875 p. 117 ss), cf. SCHURTER/FRITZSCHE (note 5), I p. 257 ss; BRAND (note 27), III p. 152 ss, aura son siège à Lausanne, où il fonctionnera dès 1875, d'abord dans l'ancien casino sis à côté de l'église Saint-François qui sera démoli à la fin du XIX^e siècle, cf. RAINER J. SCHWEIZER, Die Errichtung des ständiges Bundesgerichts 1874 und die Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform, in: Clausdieter Schott et Eva Petrig (éd.), Festschrift für Claudio Soliva, Zurich 1994, p. 295 ss.

39 Cf. SUTTER[-SOMM] (note 34), p. 45.

commercial et le change, la propriété littéraire et artistique, la protection des inventions applicables à l'industrie et la poursuite pour dettes et la faillite.

Ce dernier transfert de compétence réduisait quelque peu le champ d'application du droit cantonal de procédure civile, auquel se rattachait généralement jusqu'alors l'exécution forcée, qu'elle porte ou non sur des dettes en argent. Les fédéralistes obtenaient en revanche la garantie expresse que «l'administration de la justice reste aux Cantons, sous réserve des attributions du Tribunal fédéral»⁴⁰.

Dans les années qui suivirent, la Confédération réalisa progressivement le programme législatif en droit privé qui lui était ainsi assigné, avec comme élément saillant l'élaboration du premier Code fédéral des Obligations⁴¹. Bien qu'en matière de mariage elle ait très fortement sollicité une autre base constitutionnelle l'autorisant uniquement à statuer sur les dispositions relatives à la mise en place d'un état civil tenu par des autorités laïques⁴², et que ça et là des règles des lois de droit matériel ainsi édictées aient empiété sur le domaine procédural, le compromis de 1874 fut dans l'ensemble respecté. Les lois ainsi adoptées permirent dans une certaine mesure de calmer les craintes des fédéralistes romands⁴³ et d'éloigner le spectre d'une germanisation excessive du droit en

40 Art. 64 al. 2 Cst 1874 dans sa version initiale.

41 Sur la genèse du CO de 1881, cf. notamment EUGEN BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, RDS 102 II, 1983, p. 252 s.; IDEM, Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 72, 2008, p. 660 s., spéc. 671 s.; PIO CARONI, Der «demokratische» Code unique von 1881, in: Pio Caroni (éd.), *Das Obligationenrecht 1883–1983*, Berne, Stuttgart 1984, p. 19 s.; IDEM, *Republikanisches Handelsrecht, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* (ci-après ZNR) 22, 2000, p. 391 s.

42 Une réglementation fédérale imposant une laïcisation de la tenue des registres d'état civil était clairement prévue par la Constitution de 1874 et on pouvait peut-être s'appuyer aussi sur les règles précitées pour imposer une forme civile du mariage. S'appuyant sur les violents sentiments anti-romains que le *Kulturkampf* et certaines maladroites de l'Eglise catholique avaient provoqués dans la population protestante majoritaire, les chambres fédérales adoptèrent toutefois très rapidement une loi du 24 décembre 1874 allant bien au-delà: hypocritement appelée loi sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage (ci-après LEC), elle unifiait en réalité pour toute la Suisse l'ensemble du droit du mariage, en introduisant un mariage civil obligatoire, mais en réglementant aussi exhaustivement les conditions matérielles du mariage et de sa dissolution, avec notamment l'introduction pour l'ensemble de la population de possibilités de divorce clairement inspirées des traditions réformées en la matière. Dans les urnes où la LEC fut la première loi fédérale à affronter un référendum, institution introduite par la Constitution de 1874, mais sans contrôle de constitutionnalité ni exigence de la majorité des cantons, les protestants alors majoritaires en nombre l'approuvèrent malgré l'opposition de plus de la moitié des cantons catholiques ou mixtes. Voir sur tous ces points en dernier lieu DENIS TAPPY, Le mariage civil dans la Suisse du XIX^e siècle entre mesure de protection des minorités religieuses et arme du *Kulturkampf*, *MSHDB* 74, 2017, p. 171 ss, sp. 199 s. et les réf. citées.

43 Le soutien de ceux-ci, et en particulier des Vaudois qui firent alors bloc derrière «leur» conseiller fédéral Ruchonnet, père du projet, fut d'ailleurs décisif lors de la malaisée approbation populaire sur référendum de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après LP) le 17 novembre 1889. Sur la genèse et les caractéristiques de cette loi et les adaptations nécessaires dans certains cantons, cf. YVES LE ROY, La difficile adoption de la loi fédérale sur la poursuite

Suisse. Dans ce climat détendu, d'ailleurs également face aux conservateurs catholiques⁴⁴, il fut possible de faire un pas de plus vers la centralisation du droit en permettant à la Confédération de légiférer désormais sur l'ensemble du droit privé⁴⁵.

5. *Le deuxième compromis de 1898 et sa longue survie*

Une modification partielle de la Constitution fédérale fut alors soumise au vote du peuple et des cantons le 13 novembre 1898 et facilement acceptée⁴⁶. Elle aboutissait à un nouveau partage de compétences dans les matières qui nous occupent: la Confédération était désormais autorisée à édifier une codification complète de tout le droit privé, mais avec une réserve garantissant expressément aux cantons que «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé» (*Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen*).

Nous aurons à revenir sur cette dernière formulation, assez ambiguë. Sur la base de ce deuxième compromis, la Confédération mit assez rapidement sous toit et sans difficultés politiques majeures le CCS actuel, adopté en votation parlementaire finale le 10 décembre 1907 et entré en vigueur, sans qu'il y ait eu de demande de référendum, le 1^{er} janvier 1912⁴⁷. Il entraînait l'abrogation de lois spéciales comme celles relatives au mariage et à l'état civil ou à la capacité civile, dont le contenu était en bonne partie repris dans ledit Code. La LP par ailleurs subsistait pratiquement inchangée (c'est la dernière des grandes lois fédérales du XIX^e siècle à être aujourd'hui encore en vigueur), tandis qu'après des

pour dettes et la faillite du 11 avril 1889: les facteurs de la résistance, MSHDB 69, 2012, p. 383 s.; CÉDRIC BALLENEGGER, *Le droit vaudois des poursuites, 1803–1891*, Lausanne 2013, BHV 138, p. 262 s.

- 44 Dès 1891 un membre du parti conservateur chrétien avait fait son entrée au Conseil fédéral avec le Lucernois Josef Zemp. Le nouveau compromis de 1898, qui impliquait aussi, en dehors du droit privé, l'introduction d'un art. 64bis Cst 1874 habilitant la Confédération à unifier le droit pénal matériel, avec la même réserve garantissant aux cantons qu'ils conservaient «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice dans la même mesure que par le passé», fut dès lors voté dans un climat beaucoup moins tendu, y compris dans les cantons catholiques, que lors des votations évoquées ci-dessus des années 1870 et avec une bien moindre participation, ce qui n'empêcha pas quelques petits cantons de Suisse centrale et orientale, le Valais et Fribourg, de dire non.
- 45 Là encore la SSJ avait joué un rôle important, en décidant en 1884 de provoquer une étude historique et comparative sur les divergences et les convergences des droits privés cantonaux dans notre pays, qui fut à l'origine du fameux ouvrage du futur rédacteur du CCS, EUGEN HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 4 vol. Bâle 1886–1893.
- 46 Sur cette révision partielle de la Constitution de 1874, cf. notamment SUTTER[-SOMM] (note 34), p. 48 ss.
- 47 Cf. en dernier lieu JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Les origines et le rayonnement du Code civil suisse*, in: *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris 2008, p. 9 s.; BUCHER 1983 (note 41), p. 274 s.

hésitations le législateur fédéral choisit finalement de conserver sous forme séparée le CO, qui fut désormais formellement considéré comme formant le cinquième livre du CCS après des retouches de détail en 1911⁴⁸.

Vers 1900, beaucoup croyaient que le deuxième compromis de 1898 ne durerait guère plus que le premier, soit en gros une génération, le temps de réaliser l'unification complète du droit privé suisse. De fait, en 1900 déjà la SSJ agissait à nouveau en faveur de l'unification à terme de la procédure civile⁴⁹ en décidant de faire «examiner, par une étude comparée, s'il serait possible d'unifier la procédure civile en Suisse». Cette démarche, ouvertement inspirée d'une semblable étude comparative confiée en droit civil au professeur Eugen Huber et qui avait été pour beaucoup dans l'aboutissement relativement facile de l'unification du droit privé matériel, est à l'origine de recherches commencées par Emil Schurter et achevées par Heinz Fritzsche et finalement publiées en trois volumes de 1924 à 1933, qui restent l'étude la plus détaillée sur l'histoire de la procédure civile en Suisse des origines à l'entre-deux-guerres⁵⁰.

Le climat politique avait cependant alors beaucoup changé⁵¹ et même les centralisateurs acharnés étaient sans doute conscients qu'une proposition de transférer à la Confédération la compétence d'unifier la procédure civile dans les années 1930 aurait été vouée à l'échec, d'autant que la réalisation du volet pénal du compromis de 1898 peinait encore à s'achever (commencés dans les années 1890, les travaux d'unification du droit pénal matériel, aussi prévue par le deuxième compromis précité, n'aboutirent finalement qu'avec le Code pénal suisse de 1937, qui faillit d'ailleurs échouer dans les urnes face à une coalition d'opposants réunissant fédéralistes et partisans de la peine de mort). Aucune démarche officielle ne fut donc entreprise après l'achèvement des travaux de Schurter et Fritzsche en vue d'un tel transfert. Entre-temps, la plupart des cantons avaient d'ailleurs retravaillé et modernisé leurs lois de procédure civile et d'organisation judiciaire, profitant souvent des adaptations rendues nécessaires

48 Cf. en dernier lieu PASCAL PICHONNAZ, Le centenaire du Code des obligations, RDS2011 II, p. 117 s.

49 Sur l'activité de la SSJ en vue de l'unification de la procédure civile en Suisse, d'abord dans les années 1860, puis au début du XX^e siècle et finalement dans les années 1960, cf. désormais, outre l'ouvrage de SUTTER[-SOMM] (note 34) et notre article de 2001 (note 34) déjà cités, LUKAS GSCHWEND, KARIN INGBER et STEFAN WEHRLE, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011), in: Jubiläumsschrift, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, 1861–2011, Bâle 2011, p. 9 s., sp. p. 65 s et JEAN-PHILIPPE DUNAND, D'une codification à l'autre: le rôle de la Société suisse des juristes dans l'unification du droit suisse, *ibidem*, p. 213 s., sp. p. 230 s.

50 SCHURTER/FRITZSCHE I (note 5). Le tome I, de 1924, est consacré à *Das Zivilprozessrecht der Bund*, alors que le tome II se subdivise en 2 volumes de 1931 et 1933 traitant respectivement de *Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte* (codes cantonaux du début du XIX^e siècle à 1863) et de *Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte* (codes cantonaux de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle).

51 Cf. KÖLZ II (note 3), p. 635 ss.

par les nouvelles règles du droit matériel unifié pour se livrer à des refontes intégrales de leurs codifications en la matière⁵².

Il en alla à peine différemment dans les premières décennies d'après-guerre. Certes, une initiative fut à nouveau prise par la SSJ en faveur d'une unification partielle ou totale de la procédure civile. Dans des rapports de 1961 sur le thème «droit privé fédéral et procédure cantonale», les rapporteurs de l'époque, le professeur Max Guldener et le futur directeur de l'Office fédéral de la Justice, Joseph Voyame, aboutirent à des conclusions nuancées: en bref, ils préconisaient une unification limitée à certains chapitres, comme l'arbitrage ou les preuves, voire la compétence *ratione loci*⁵³. La SSJ n'en vota pas moins une résolution chargeant son comité «de reprendre et d'encourager la question de l'unification de la procédure civile». Ces démarches, combattues par de nombreux membres fédéralistes de la SSJ provenant en particulier de Suisse romande, débouchèrent en 1969 sur des esquisses de ce qu'aurait pu être alors, soit une loi fédérale de procédure civile moyennant transfert à la Confédération de la compétence de légiférer en la matière (projet Schaad), soit une loi fédérale-cadre, qui aurait chapeauté les procédures cantonales sans les supprimer (projet Schwartz)⁵⁴. Certains estimaient en effet alors qu'une telle loi-cadre aurait été possible sans modification constitutionnelle. En raison du manque d'unanimité et de soutien résolu à l'un de ces projets au sein de la SSJ, mais aussi des débats qui débutaient alors sur une procédure de refonte complète de la Constitution fédérale, ces projets n'eurent pas de suite concrète.

52 L'évolution des procédures civiles cantonales et leur adaptation, parfois déjà au CO et à la LP à la fin du XIX^e siècle, puis au CCS durant l'entre-deux guerres a été retracée très en détail dans le 3^e volume de l'étude de SCHURTER/FRITZSCHE (note 5 et 50). L'évolution qui s'est poursuivie par la suite est notamment évoquée par HANS ULRICH WALDER[-BOHNER], Die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechtes von 1930 bis 1980, Revue suisse de jurisprudence 1982, n^o 78, p. 105 s. Nous avons tenté d'en faire la synthèse dans DENIS TAPPY, La procédure civile en Suisse, de la fin de l'Ancien Régime à nos jours: évolution historique et influences, à paraître in: Loïc Cadiet (dir.), Itinéraires d'histoire de la justice, Paris 2019.

53 L'idée d'une réglementation fédérale de cette matière avait déjà été émise à la fin du XIX^e siècle, dans le cadre de difficultés posées par l'application de l'ancien art. 59 Cst 1874 qui garantissait en matière personnelle le for de son domicile à un débiteur solvable, voir notamment les rapports présentés à la SSJ par ERNEST ROGUIN, Y a-t-il lieu d'édicter une loi sur le for en matière civile, et le cas échéant, de réviser l'art. 59 de la Constitution fédérale?, RDS NF 33, 1898, p. 697 ss, et par RUDOLF ANTON GANZONI, Soll ein Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen erlassen und allfällig Art. 59 der Bundesverfassung entsprechend revidiert werden?, *ibidem*, p. 735 ss. Elle sera tardivement réalisée par la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors (RO 2000 p. 2355 ss), élaborée avant le transfert à la Confédération de la compétence d'unifier la procédure civile par le vote du 12 mars 2000 dont il sera question plus loin, mais adoptée ultérieurement et qui resta en vigueur du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2010, ses dispositions étant ensuite pour l'essentiel transférées dans le CPC unifié. Bien que les autorités s'en soient défendues, cette loi a dans une certaine mesure servi de ballon d'essai en vue de l'élaboration de ce dernier, cf. notamment TAPPY, (note 34), 146 s. et les réf. citées.

54 Cf. notamment SUTTER[-SOMM] (note 34), p. 57 ss; GSCHWEND/INGBER/WEHRLE (note 49), p. 72 ss; DUNAND (note 49), p. 233 ss.

Signalons en revanche que l'immédiate après-guerre vit la Confédération re-fondre enfin «sa» loi de procédure civile, applicable aux procès en première instance devant le Tribunal fédéral, adoptée d'abord à titre provisoire en 1850 et qui était finalement restée en vigueur sans guère de changements pendant près d'un siècle: elle fut remplacée par la loi du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (ci-après PCF)⁵⁵, en principe destinée à s'appliquer aux très rares procès civils directs devant le TF. Cette loi reprenant divers acquis de l'ancienne législation fédérale en la matière et s'inspirant pour le surplus des plus récents CPC cantonaux de l'époque, reste en vigueur aujourd'hui encore. Toutefois elle ne s'applique en pratique plus guère que par renvoi à certains litiges de droit public. Elle ne nous paraît pas avoir joué de rôle significatif ni dans l'évolution de la doctrine suisse en procédure civile de la seconde moitié du XX^e siècle ni dans les travaux de rédaction du récent CPC unifié.

6. *L'unification partielle de la procédure civile «à froid» à la fin du XX^e siècle*

Malgré l'absence de succès des démarches des années 1960 précitées, l'unification de la procédure civile en Suisse n'a cessé de progresser à la fin du XX^e siècle. On peut parler d'une unification «à froid», sans modification spectaculaire ni remise en cause formelle de la répartition des compétences entre Confédération et cantons issue du deuxième compromis de 1898, qui à notre avis reposait sur au moins trois éléments distincts: en premier lieu, le XX^e siècle vit l'apparition d'une doctrine «suisse» et non plus seulement cantonale de procédure civile⁵⁶. Par ailleurs, il fallut compter au fil du temps avec des développements toujours plus unificateurs de la jurisprudence notamment du TF⁵⁷.

55 Cf. RO 64, 1948, 473 ss. Fondée sur un avant-projet établi par le juge fédéral Georg Leuch, la PCF de 1947 se caractérise par une brièveté que le Conseil fédéral (Feuille fédérale, ci-après FF, 1947 I 1001 ss, sp. 104) justifie par le fait que, s'agissant d'une procédure applicable exclusivement devant le TF, on peut laisser beaucoup de choses à l'appréciation du juge. Pour le surplus, cf. notamment JACQUES HALDY, La loi de procédure civile fédérale: un modèle ou un épouvantail?, in: Stephen V. Berti (éd.), *Helvetisches Zivilprozessrecht*, Bâle 1999, p. 25 ss.

56 Une des premières réalisations de ce type fut le livre paru à titre posthume d'ANDREAS HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim 1923. Après la seconde guerre mondiale, l'ouvrage de MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, paru pour la première fois à Zurich en 1947–1948 et qui connaîtra de multiples rééditions, fit longtemps figure de manuel de base dans tout le pays, avant d'être remplacé par d'autres, qu'il n'y a pas lieu d'énumérer ici, mais qui postulaient tous l'existence d'une discipline nationale, fondée sur le recours à une méthode comparative recherchant une unité d'ensemble derrière certaines différences de canton à canton.

57 Cf. notamment STEPHEN V. BERTI, *Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtssprechung des schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich 1989. Cette unification partielle par la jurisprudence a notamment résulté de l'interprétation de règles constitutionnelles comme la garantie du juge naturel ou d'autres garanties de procédure, mais aussi de la définition par certains arrêts de notions uniformes non écrites de procédure civile, par exemple en matière d'ouverture d'action, de litispendance ou de chose jugée, de recevabilité d'une action en constatation de droit, etc.

Enfin la liberté des cantons dans la réglementation de la procédure civile, et même parfois de l'organisation judiciaire, fut sur certains points bridée par des interventions du législateur fédéral toujours plus importantes⁵⁸.

Nous avons rappelé à cet égard que, lors du deuxième compromis de 1898, la compétence de légiférer en matière d'organisation judiciaire, de procédure et d'administration de la justice avait été expressément confirmée aux cantons et que le constituant avait alors tenu à préciser que cela vaudrait «dans la même mesure que par le passé». Comme le montrent les travaux préparatoires de la révision partielle, il s'agissait notamment de réserver les règles fédérales sur le TF, mais aussi de permettre à la Confédération de continuer à prévoir certaines règles de procédure intégrées à des lois de droit matériel. L'idée était que de tels empiètements du droit fédéral, qu'on rencontrait déjà avant 1898⁵⁹, étaient parfois indispensables pour assurer une bonne application dudit droit matériel⁶⁰.

Sur cette base, le législateur fédéral avait intégré après 1898 de nouvelles règles de procédure civile notamment dans le CCS de 1907. Leur nombre s'est cependant fortement accru particulièrement à l'occasion de révisions partielles du droit civil ou des obligations intervenues après la seconde guerre mondiale. Des règles de procédure parfois assez détaillées furent par exemple ainsi prévues en matière de protection de la personnalité, de placement à des fins d'assistance, de droit du bail immobilier, de droit du travail, de défense des consommateurs⁶¹, etc.

7. *La Constitution fédérale de 1999 et le troisième compromis de 2000*

Aussi un grand nombre des personnes concernées en sont-elles venues à considérer à la fin du XX^e siècle que les temps étaient mûrs pour une unification complète de la procédure civile. Des interventions en faveur de celle-ci se multiplièrent dans les années 1980 et 1990⁶². Après avoir été envisagée, la solution

58 Voir notamment notre article de 2001 (note 34), p. 146 et les réf. citées.

59 Des règles de for figuraient déjà par exemple dans la Convention franco-suisse de 1869 ou dans des lois fédérales comme la LEC de 1874, le CO de 1881 ou la LP de 1889, cf. HANS-ULRICH WALDER-BOHNER, *Zur Geschichte der Zuständigkeitsbestimmungen im OR*, in: Pierre Tercier (éd.), *Le Centenaire du CO*, Fribourg 1983, p. 179 ss.

60 Cf. JEAN-FRANÇOIS POUDET, *Droit privé fédéral et procédure cantonale: sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourment pour les juristes suisses*, *Revue internationale de droit comparé* 39, 1987, p. 433 s., sp. 434 s.; IDEM, *Compétence cantonale ou fédérale en matière de for? Réflexions et suggestions au sujet des articles 59 et 64 al. 3 de la Constitution*, in: Jean-Marc Rapp et al. (éd.), *Droit cantonal et droit fédéral*, Lausanne 1991, p. 233 ss.

61 Voir par exemple ADRIAN STAEHELIN, *Die Bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften über konsumentenrechtlichen Streitigkeiten – ein Ueberblick*, in: Isaak Meier et al. (éd.), *Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag*, Zurich 1994, p. 153 s.

62 Voir diverses interventions aux congrès de la SSJ en 1984 et 1988 ainsi que par exemple RICHARD FRANK, *Soll das Zivilprozessrecht in der Schweiz vereinheitlicht werden*, in: *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht: Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg 1991, p. 23 s.; FRANZ HASENBÖHLER, *Zivilprozessrecht im Trachtenlook: begründeter*

d'une unification seulement partielle par le biais d'une loi-cadre chapeautant les législations cantonales, qui existe dans certains domaines du droit public comme les impôts directs et avait été évoquée, nous l'avons vu, dans les années 1960, n'a pas été retenue⁶³. Elle aurait en effet compliqué encore la multiplicité des sources (*Zersplitterung*) dénoncée par les praticiens, sans forcément préserver pour les cantons une marge de manœuvre sur des questions leur tenant fortement à cœur. Nous verrons que le CPC unifié de 2008 a cependant sur quelques points laissé des options au droit cantonal.

L'unification de la procédure civile a été liée à l'adoption d'une nouvelle Constitution fédérale le 18 avril 1999, mais n'a pas fait partie du texte initial soumis au souverain. Les autorités craignaient en effet un rejet lié à un cumul d'oppositions et avaient pris l'option de proposer une nouvelle mouture de la Constitution consistant essentiellement dans une refonte formelle, sans changement matériel important. Une proposition de transfert de compétence à la Confédération était cependant d'ores et déjà prévue et a été soumise le 12 mars 2000 à un vote séparé du peuple et des cantons, qui l'ont approuvée à une majorité écrasante⁶⁴.

En matière de procédure civile (une modification similaire avait aussi été soumise au vote et approuvée le même jour pour l'unification de la procédure pénale), il s'agit d'un troisième compromis, qui ne supprime pas toute compétence cantonale: en effet, selon la version actuelle de l'art. 122 al. 2 Cst 1999, résultant du vote précité du 12 mars 2000, «l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière civile sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi» (*Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantonen zuständig, soweit das Gesetz nicht anderes vorsieht*). Dans un chapitre consacré en principe au TF (art. 188 à 191), la Constitution de 1999 permet cependant à la Confédération de confier la tâche de trancher certains litiges, quel que soit le domaine concerné, à «d'autres autorités fédérales» (art. 189 al. 2 Cst dans son texte de 1999, désormais remplacé par l'art. 191a, accepté dans le cadre de la votation populaire du 12 mars 2000 précitée, qui prévoit l'instauration d'un tribunal pénal fédéral et d'autorités judiciaires fédérales pour connaître des contestations de droit public relevant des domaines de compétence de l'administration fédérale et précisant à son alinéa 3 que «la loi peut instituer d'autres autorités judiciaires de la Confédération»).

Helvetismus oder Aergernis? (Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts – national), in: Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht: Entwicklungen im Kantonalen, nationalen und internationalen Recht: Kolloquium zu Ehren von Adrian Staehelin, Zurich 1997, p. 51 s., et les réf. citées.

63 Cf. TAPPY (note 34), p. 147 s.

64 Cf. TAPPY (note 34), p. 127 et 149 ss.

8. *La rédaction du CPC unifié de 2008 et son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011*

Anticipant sur l'acceptation du nouvel art. 122 Cst, le gouvernement avait désigné en 1999 déjà une commission de juristes provenant des milieux judiciaires ou académiques, des barreaux et de différentes administrations de toute la Suisse⁶⁵, qui a pu se mettre au travail sitôt ladite modification constitutionnelle approuvée. Elle a travaillé jusqu'en 2002 et préparé un texte tenant pour l'essentiel compte des acquis et des institutions cantonales existantes, sans donner à une législation d'un canton particulier un rôle de modèle prépondérant qui n'aurait pas été politiquement acceptable⁶⁶. Sur cette base, le Département fédéral de justice et police a soumis un avant-projet à une consultation publique en 2003, puis le Conseil fédéral a adopté un projet, avec exposé des motifs, débattu au parlement dès 2006. Le texte final, comportant plus de 400 articles, a été voté par les deux Chambres le 19 décembre 2008. Il n'y a pas eu de demande de référendum et le CPC unifié est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Ce n'est pas le lieu d'exprimer ici une appréciation d'ensemble de cette codification. Relevons simplement que ses rédacteurs ont recherché, et généralement obtenu, une certaine simplicité⁶⁷. La réglementation est souvent plus brève que ne l'étaient la plupart des anciennes procédures cantonales. Elle accorde aussi une certaine marge de manœuvre au juge, qui a souvent le choix entre plusieurs solutions qu'il est libre d'utiliser ou d'écarter (p.ex. en déléguant à un membre du tribunal ou en faisant administrer en plenum certaines preuves, en ordonnant ou non un deuxième échange d'écritures, en recourant à la notification d'un dispositif séparé ou en préférant notifier une décision d'emblée motivée, etc.). Les institutions reprises proviennent de diverses procédures cantonales antérieures, la crainte parfois exprimée notamment en Suisse romande d'une origine trop axée sur les anciens codes de quelques grands cantons alémaniques ne s'étant pas concrétisée. Relevons aussi que, là encore pour éviter des oppositions politiques, le législateur de 2008 n'a pas fait preuve d'audaces exagérées: il a le plus souvent privilégié des solutions qui existaient déjà dans

65 La liste des membres de cette commission est notamment rappelée dans le Message relatif au futur CPC (FF 2006 p. 6841, sp. 6854). La présidence de cette commission a été confiée à Thomas Sutter-Somm, aujourd'hui professeur ordinaire à l'Université de Bâle, qui a joué un rôle éminent tout au long du processus d'élaboration du CPC unifié.

66 Cf. notamment THOMAS SUTTER-SOMM, *Die schweizerische Zivilprozessordnung: Entstehung und Schwerpunkte*, in: Thomas Sutter-Somm et al. (éd.), *Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende. Reform und Kodifikation – Tradition und Erneuerung*, Zurich 2012, p. 61 s., sp. p. 65. Sur les réserves qu'une telle méthode pouvait susciter sur un plan strictement scientifique, cf. PAUL OBERHAMMER, *Das Schweizerische Zivilprozessrecht und seine Kodifikation*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2013, n° 21, p. 751 s., sp. 761 s.

67 Sur cet idéal de simplicité, qui se retrouve souvent dans les codifications suisses, cf. notamment FRANÇOIS BOHNET, *Procédure civile suisse: entre justice populaire et procès technique*, à paraître in: Loïc Cadet (dir.), *Itinéraires d'histoire de la justice*, Paris 2019.

une majorité de cantons et a remis à des débats séparés l'opportunité d'introduire ou non des institutions controversées, comme l'examen de formes nouvelles d'actions collectives ou de *class actions*. Les expériences vécues depuis l'entrée en vigueur de ce texte ont dans l'ensemble été plutôt satisfaisantes, même si quelques modifications ont déjà été apportées et que d'autres sont actuellement à l'étude⁶⁸.

La pratique des premières années du nouveau régime permet aussi d'apprécier avec un certain recul si la répartition des compétences résultant du troisième compromis évoqué ci-dessus donne des résultats satisfaisants. La réponse nous paraît positive, même si, nous le verrons, il a fallu certains aménagements dans le cadre notamment de la rédaction du CPC et que d'autres pourraient encore être nécessaires, ou en tout cas bienvenus. La chose n'allait pas de soi: certains des opposants à l'unification large proposée en 1872 n'avaient-ils pas notamment invoqué comme argument pour s'y opposer qu'une unification à la fois du droit privé et de la procédure civile ne pourrait qu'entraîner rapidement une unification de l'organisation cantonale et donc la perte pour les cantons d'un des principaux pouvoirs étatiques?

B. Evolution et état actuel des organisations judiciaires cantonales

I. Un point de départ assez homogène hérité de la République helvétique

Nous avons vu que depuis 1803 et en principe jusqu'à nos jours encore l'organisation judiciaire en matière civile a toujours été laissée aux cantons. Dans ce domaine particulier cependant, des solutions unitaires avaient non seulement été prévues, mais effectivement réalisées sous la République helvétique. Alors même qu'ils auraient été en principe libres de s'en écarter aussitôt, la plupart des cantons conservèrent sous l'Acte de Médiation et au-delà au moins une partie des juridictions héritées de cette dernière⁶⁹. Dans plusieurs cas, le modèle

68 Le Parlement avait demandé que le CPC unifié fasse l'objet d'une appréciation et d'une mise à jour après quelques années, ce qui a amené le Conseil fédéral à soumettre à consultation publique en mars 2018 un avant-projet de révision qui ne saurait être présenté ici. Les modifications envisagées y portent pour la plupart sur des retouches de détail ou des adaptations rendues souhaitables par certaines décisions jurisprudentielles, mais le gouvernement a aussi profité de cet avant-projet pour proposer l'introduction d'une variante helvétique d'action collective ou de groupe. On peut douter qu'il soit bien opportun de vouloir ainsi réunir dans un même «paquet» d'une part une innovation considérable et politiquement controversée et d'autre part de simples adaptations relevant d'une toilette formelle.

69 Naturellement, 1803 impliquait la perte d'un niveau de juridiction puisque ni l'Acte de Médiation ni le Pacte de 1815 ne prévoyaient plus de juridiction suprême pour toute la Suisse, en tout cas en droit civil (sur les juridictions extraordinaires ou procédures d'arbitrage susceptibles selon l'Acte de Médiation ou le Pacte de 1815 de statuer sur une action pénale pour rébellion

envisagé en 1798 pour les juridictions à l'intérieur de chaque entité cantonale fut même achevé à cette époque avec la création, dès 1803 dans des cantons comme Vaud ou Zurich, de juges de paix (*Friedensrichter*) ou d'institutions comparables sous un autre nom (*Gemeinderichter*, *Vermittlungsämter*, etc.). Certaines de ces juridictions étaient d'ailleurs parfois expressément mentionnées par les constitutions cantonales de l'Acte de Médiation⁷⁰.

De nombreux cantons avaient toutefois profité de leur liberté retrouvée en la matière pour réintroduire après 1803 des juridictions particulières supprimées en 1798, comme les consistoires réformés⁷¹ ou d'autres juridictions inférieures (p.ex. les *Zunftgerichte* à Zurich), voire des tribunaux spécialisés parfois étranges, comme en matière pénale le *Vagabundengericht* aux Grisons⁷². La séparation des pouvoirs n'étant pas garantie ni dans le régime de l'Acte de Médiation ni dans celui du Pacte de 1815⁷³, on vit aussi réapparaître notamment dans certains petits cantons de Suisse centrale ou orientale des fonctions judiciaires accordées à l'assemblée délibérante ou à des commissions en émanant. Ces particularités ou archaïsmes ne durèrent cependant guère au-delà de la Restauration. Ils sont progressivement supprimés à l'époque de la

contre une autorité cantonale ou de trancher un différend entre cantons, cf. KÖLZ I (note 3), p. 164 s. et 200; BRAND (note 27), II p. 128 ss.

- 70 Sur les organisations judiciaires cantonales sous le régime de l'Acte de Médiation, cf. notamment KÖLZ I, (note 3), p. 161 s. Il n'y a pas de séparation des pouvoirs et les tribunaux issus de la République helvétique ne sont plus prévus dans les constitutions cantonales de 1803 pour les cantons à *Landsgemeinde*, où il est même parfois expressément fait référence à l'ancienne organisation de la justice civile et criminelle et à la compétence dans certains domaines de juridictions consistoriales réformées ou de tribunaux ecclésiastiques catholiques (constitutions d'Appenzell, de Glaris, de Schwyz, Unterwald, Uri et Zoug). Dans les anciens cantons-villes en revanche, des dispositions sur l'organisation judiciaire prévoient en général un tribunal supérieur d'appel (constitutions de Bâle, Berne, Fribourg, Lucerne, Schaffhouse, Soleure et Zurich) et parfois comme juridictions de première instance des tribunaux inférieurs correspondant aux tribunaux de district de 1798, mais dont les ressorts sont laissés à la législation, alors que les constitutions des nouveaux cantons y ajoutent généralement encore des juridictions de paix, (constitutions d'Argovie, Saint-Gall, Tessin, Thurgovie et Vaud). La constitution de 1803 pour les Grisons se singularise par une structure fédéraliste à l'intérieur du canton lui-même, impliquant en matière judiciaire un tribunal d'appel pour chacune des trois ligues. Des juges de paix furent effectivement prévus par des lois cantonales et mis en place dès 1803 dans les nouveaux cantons, mais aussi dans certains des anciens cantons que leur constitution ne les y obligeait pas, comme Zurich, Fribourg ou Schaffhouse, cf. SCHNYDER (note 6), p. 9, qui donne une liste de tous les cantons qui ont introduit cette institution sous le régime de la Médiation.
- 71 «Le consistoire», respectivement «les quatre tribunaux de la religion évangélique», dont «le *Chor-gericht*», sont par exemple mentionnés dans les Constitutions de 1803 pour Appenzell et Glaris, cf. note 70 ci-dessus. Même non mentionnées constitutionnellement, ces juridictions, étatiques mais à base religieuse, seront par ailleurs rétablies dès 1803 aussi dans de nombreux cantons alémaniques et y restèrent en activité jusqu'aux réformes de 1831 liées à la Régénération à Zurich et Berne ou même seulement à la suite de la Constitution fédérale de 1874 à Saint-Gall, Bâle-Ville, Appenzell Rhodes Extérieures et Glaris, cf. PETER JÄGGI, *Das verweltlichte Eherecht*, Fribourg 1955, reprint in: B. Schnyder (éd.), *Reden und Schriften*, Fribourg 1980, p. 42 ss., sp. p. 48; HAFNER (note 31), p. 33.
- 72 Cf. GSCHWEND/HUWILER (note 5), p. 190 s., 200 et 224.
- 73 Cf. GSCHWEND/HUWILER (note 5), p. 194 s.

Régénération ou après les changements politiques de 1847–1848⁷⁴. Parallèlement, des justices de paix ou des institutions analogues continuèrent à être introduites pour finir par se retrouver dans presque tous les cantons (à l'exception persistante de Bâle-Ville), tandis qu'une meilleure séparation entre pouvoirs politiques et pouvoir judiciaire se généralisait⁷⁵.

On constate dès lors une tendance générale à un rapprochement des organisations judiciaires cantonales: en matière civile, où les vellétés d'introduire pour certaines affaires un système de jury civil firent long feu⁷⁶, vers le milieu du XIX^e siècle la plupart des cantons avaient des tribunaux civils structurés d'une manière rappelant la structure voulue par la République helvétique, même si les noms peuvent varier: presque partout, on trouve au niveau inférieur des juges de paix ou juges de commune (*Friedensrichter*, *Gemeinderichter*), qui en matière civile tranchent parfois de très petits litiges, mais ont surtout pour fonction de tenter une conciliation préalable avant des procès plus importants, ainsi que des juridictions inférieures ordinaires organisées, dans les cantons géographiquement étendus en tout cas, selon une subdivision du territoire en

74 C'est notamment le cas à Neuchâtel, qui n'avait été ni annexé à la France, ni intégré à la République helvétique en 1798 et avait conservé jusqu'en 1848 une organisation judiciaire d'Ancien Régime, avec des restes de justices féodales, une juridiction consistoriale, etc., qui furent supprimés dès la Révolution radicale au profit d'un système semblable à celui existant dans la plupart des cantons (avec des juges de paix, que le canton de Neuchâtel supprimera toutefois en 1925, ainsi que des tribunaux de district au niveau inférieur, et un tribunal cantonal en deuxième instance), cf. FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile suisse: plaidoyer pour un retour vers le futur, in: Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), *Le temps et le droit*, Neuchâtel 2008, p. 1 ss).

75 Cf. LUKAS GSCHWEND et MATTHIAS KRADOLFER, *Die Entwicklung der Unabhängigkeit des Richters in der Schweiz, 1798–1848*, in: Ignazio Czeguhn et al. (éd.), *Vom Diener der Fürsten zum Diener des Rechts: zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert*, 2011, p. 25 ss; LUKAS GSCHWEND, *Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Régime bis in die Gegenwart*, in: *Justice – Justiz – Giustizia*, revue électronique, 2013/3; pour un approfondissement dans un canton, cf. FRANZ NIDERBERGER, *Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Obwalden*, thèse Zurich 1900; GOTTHARD EGLI, *Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Luzern*, thèse Lucerne 1912; MAX DIETRICH, *Die Gerichtsorganisation des Kantons Bern im 19. Jahrhundert*, thèse Berne 1934; ROBERT MEYER, *Die Gerichtsorganisation im Kanton Appenzell-Ausserrhododen seit 1815*, thèse Zurich 1945; JOHANN ROBERT SCHWARZ, *Die Gerichtsorganisation des Kantons Graubünden von 1803 bis zur Gegenwart*, thèse Zurich 1947; KARL HEUSI, *Die Gerichtsorganisation im Kantons Schaffhausen*, thèse Zurich 1954; ALFRED ANDERMATT, *Der Gerichtsorganisation im Kanton Zug*, thèse Zurich 1967; PAUL ODERMATT, *Grundzüge der Gerichtsorganisation und der Zivilrechtspflege im Kanton Nidwalden*, thèse Zurich 1971; KRADOLFER (note 5); ROBERT HAUSER, *Die zürcherische Rechtspflege im Wandel, 1831–1981*, *Blätter für zürcherische Rechtssprechung* 80, 1981, p. 257 ss.; ALAIN MARTI, *Histoire de l'organisation judiciaire, 1814–2010*, Genève 2012.

76 Cf. EMIL MEIER, *Die Geschichte der Civil-Jury in der Schweiz*, thèse Zurich 1935; PHILIPPE CONOD, *Le jury civil ou l'impossible justice populaire*, in: O. Meuwly (dir.), *Les Constitutions vaudoises 1803–2003. Miroir des idées politiques*, BHV 123, Lausanne 2003, p. 153 ss. Des expériences effectives de jurys civils furent cependant parfois tentées, par exemple à Zurich entre 1875 et 1911, cf. MAX FEHR, *Das zürcherische Geschworenengericht*, thèse Zurich 1975, p. 40 ss; LUKAS GSCHWEND, *Die Einführung der Geschworenengerichtbarkeit in der Schweiz bis 1850*, in: José Antonio Perez Juan (éd.), *Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert*, Ratisbonne 2018, pp. 139 ss, sp. p. 150.

tribunaux de district ou d'arrondissement (*Bezirksgerichte, Amtsgerichte*). Comme instance de recours fonctionne un tribunal supérieur souvent appelé Tribunal cantonal⁷⁷ ou Cour suprême (*Appellationsgericht, Obergericht, etc.*), mais nommé à Genève depuis 1832 la Cour de justice, dont la fonction principale est de statuer en deuxième instance⁷⁸. Quelques cantons alémaniques y ajoutèrent un troisième niveau de juridiction cantonale, avec un Tribunal de cassation (*Kassationsgericht*), instauré par exemple à Zurich par une loi de 1874 et qui ne pouvait être saisi que de certains griefs particuliers⁷⁹.

Relevons ici l'ambiguïté en allemand du terme *Kantonsgericht*: à l'époque comme aujourd'hui, il est parfois, comme en français, le nom de l'autorité juridictionnelle cantonale supérieure statuant essentiellement en deuxième instance⁸⁰. Cependant, il arrive qu'il désigne au contraire une juridiction inférieure de première instance dans des cantons dont la taille ne justifie pas une répartition géographique entre de multiples tribunaux de district ou d'arrondissement⁸¹.

Ce tableau général, qui valait aussi en matière pénale si l'on fait abstraction de la création dans une moitié environ des cantons de jurys populaires pour juger les infractions les plus graves⁸², devrait certes être corrigé sur certains points de détail: pendant une partie du XIX^e siècle on trouvait parfois encore, notamment en Suisse romande, un tribunal de commerce chargé en particulier d'appliquer le code du même nom⁸³. Bien qu'elles aient généralement disparu à la suite des réformes consécutives à la Régénération⁸⁴ ou aux transformations de 1847–1848 déjà, il a pu subsister au-delà des compétences en matière matrimoniale de la juridiction ecclésiastique dans certains cantons catholiques ou de juridictions consistoriales dans quelques cantons alémaniques réformés⁸⁵. Et

77 En français, le terme de Tribunal cantonal remplace généralement vers le milieu du XIX^e siècle celui de Tribunal d'Appel issu de la période de la Médiation. L'ancien terme subsiste cependant aujourd'hui encore à Bâle-Ville (*Appellationsgericht*) et au Tessin (*Tribunal di Appello*), alors qu'en allemand le terme le plus fréquent est aujourd'hui celui d'*Obergericht*. On trouve encore en français les appellations plus exotiques de Cour civile à Genève et de Cour suprême à Berne (comme équivalent de l'allemand *Obergericht*).

78 Cf. GSCHWEND/HUWILER (note 5), p. 212. Sur la réforme judiciaire de 1832 qui a consacré le nom de Cour de justice à Genève, cf. MARTI (note 75), p. 62 ss.

79 Cf. p. 324 s. ci-après.

80 C'est notamment le cas dans les cantons bilingues de Fribourg et du Valais, où *Kantonsgericht* est l'équivalent allemand du français Tribunal cantonal, mais aussi par exemple à Bâle-Campagne, dans les Grisons ou à Lucerne.

81 C'est le cas notamment à Nidwald, Obwald, Schaffhouse et Zoug.

82 Cf. en dernier lieu GSCHWEND (n. 76) et les réf. citées.

83 Cf. p. 316 s. ci-après.

84 Cf. GSCHWEND/HUWILER (note 5), p. 210. Dans les cantons romands réformés de Genève et Vaud, les consistoires protestants n'avaient jamais été rétablis après leur suppression en 1798, alors qu'à Neuchâtel la justice consistoriale fut abrogée dans les mois suivant la Révolution neuchâteloise de 1848, cf. LAURENT LACROIX, «Que donc ce que Dieu a joint, l'homme ne le sépare point». Justice matrimoniale dans le comté de Neuchâtel de 1800 à 1848, Neuchâtel 2010, p. 27 ss.

85 Là où elles existaient encore, des juridictions confessionnelles devront disparaître après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1874 en raison de leur incompatibilité avec les exigences de

l'on constate aussi par-ci par-là le maintien, dans certains cas jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, de juridictions spéciales parfois étranges⁸⁶.

Des différences importantes existaient par ailleurs quant au statut (par exemple professionnels ou non, devant tout leur temps à leurs fonctions ou ne fonctionnant qu'occasionnellement) des juges, leur mode de nomination, la durée de leurs fonctions, l'exigence ou non d'une formation juridique ou encore le caractère collégial ou non des juridictions. Néanmoins, on peut parler alors d'un schéma général assez semblable dans une grande partie du pays.

II. L'augmentation des divergences depuis la fin du XIX^e siècle

Cette unité relative va en réalité plutôt se réduire à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle. Si l'on laisse de côté les différences tenant au statut, à la nomination, à la formation et au taux d'occupation des juges ou au caractère collégial ou non des juridictions pour se focaliser sur le nombre et les fonctions de ces dernières, des divergences croissantes entre cantons vont résulter soit de l'abandon par quelques cantons des juges de paix, qui avaient fini au XIX^e siècle par être une institution répandue dans presque tout le pays, Bâle-Ville excepté, (ils sont notamment supprimés dans la première moitié du XX^e siècle déjà à Berne et Neuchâtel, et n'existent pas non plus aujourd'hui dans le Jura), soit et surtout du développement dans certains d'entre eux de tribunaux spécialisés, qui, en matière civile, vont essentiellement concerner trois domaines.

1. Les tribunaux de commerce⁸⁷

Même s'ils ont pu hériter dans certains cantons de traditions remontant à l'Ancien Régime voire à la fin du Moyen Age, les tribunaux de commerce dans la Suisse moderne sont directement ou indirectement fondés sur le modèle français. Nous avons vu qu'une telle institution était en principe prévue par la Constitution helvétique de 1802, bien qu'elle n'ait pas alors été effectivement mise en place. Quelques années plus tard, on la trouvera essentiellement à Ge-

laïcité résultant de celle-ci, comme le jugera le TF dès 1875 (ATF 1 132, admettant le recours d'un habitant, qui avait refusé de procéder en divorce devant une juridiction réformée de type consistorial, l'*Ehegaume* de Wald, dans le canton d'Appenzel Rhodes Extérieures; quatre ans plus tard, les juges fédéraux estimeront que cela excluait même une simple obligation de se soumettre à une procédure de conciliation préalable devant le *Sittengericht* de Berne, d'origine confessionnelle, cf. ATF 5 438).

86 Cf. GSCHWEND/HUWILER (note 5), p. 210 à propos des *Waisengerichte* à Bâle ou Schaffhouse. Pour d'autres juridictions étranges ayant survécu jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, cf. JEAN GAUTHIER, Rapport sur l'enquête relative à l'organisation et la compétence des tribunaux qui statuent en matière civile contentieuse, RDS 1969 II p. 513 ss, sp. 521 et 534.

87 Pour une brève synthèse sur l'histoire des tribunaux de commerce dans notre pays, cf. CHRISTINA SCHMID-SCHIRREN, Les différentes formes de la juridiction commerciale en Suisse au XIX^e siècle, in: Pio Caroni (dir.), Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle, Fribourg 1997, p. 187 ss.

nève et dans le Jura bernois, où elle avait simplement été conservée de l'époque où ces territoires étaient annexés à la France. Une sorte de tribunal de commerce avait par ailleurs été institué aux Grisons en 1803. Il s'agissait alors de remplacer notamment les *Portengerichte* d'Ancien Régime, chargés de trancher des litiges en relation avec le voiturage des marchandises à travers les cols et les vallées grisonnes⁸⁸. Bien que plusieurs cantons notamment romands aient envisagé de créer des juridictions commerciales et en aient même parfois prévu le principe dans leur constitution⁸⁹, ces projets ne se concrétisèrent qu'à Fribourg en 1850, avec l'entrée en vigueur du Code de commerce fribourgeois du 30 octobre 1849⁹⁰, le seul code de commerce propre à avoir été adopté par un canton suisse.

Paradoxalement, ces tribunaux de commerce précurseurs et, pour ceux de Suisse romande en tout cas, directement d'inspiration française, disparurent tous dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Celui des Grisons, temporairement remplacé entre 1816 et 1835 par une *Transitkommission* dotée notamment de fonctions juridictionnelles, fut définitivement supprimé comme devenu inutile en 1851⁹¹. Les tribunaux de commerce fribourgeois, genevois et du Jura bernois le furent à la fin du XIX^e siècle (en 1882 à Fribourg et en 1891 à Genève et dans le Jura bernois) dans l'idée qu'il s'agissait de juridictions adaptées à un droit particulier pour les commerçants, rendues caduques par le système du «code unique» choisi par le législateur fédéral lors de l'élaboration du Code des Obligations de 1881⁹².

Quelques décennies plus tôt cependant, des tribunaux de commerce avait été créés dans plusieurs cantons alémaniques industrialisés⁹³. L'impulsion était

88 Cf. SCHWARZ (note 75), p. 224 ss; GSCHWEND/HÜWILER (note 5), p. 195.

89 Tel était notamment le cas selon la Constitution vaudoise du 25 mai 1831: «Il y aura des tribunaux de commerce. La loi déterminera leur organisation et leur compétence» (art. 58 al. 2). La même année, la Constitution fribourgeoise du 24 janvier 1831 portait: «il pourra être établi un ou plusieurs tribunaux de commerce» (art. 89) et la Constitution genevoise du 24 mai 1847, en prévoyant que «le Grand Conseil choisit les membres du Tribunal de Commerce parmi les commerçants et les anciens commerçants», suscita des scrupules chez certains députés sur l'admissibilité de la suppression de cette juridiction en 1891, cf. note 92 ci-après. Aujourd'hui encore l'art. 64 de la Constitution valaisanne du 9 mars 1907 prévoit qu'«il peut être institué par voie législative un tribunal de commerce et un ou plusieurs tribunaux de prud'hommes».

90 Cf. MARIE-BERNADETTE SCHOENENBERGER, Le Code de commerce du canton de Fribourg, in: P. Caroni (dir.), Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle (note 87), p. 107 ss, sp. p. 129 ss pour la juridiction commerciale, prévue par le livre III dudit Code.

91 Cf. SCHWARZ (note 75), p. 226 s.; GSCHWEND/HÜWILER (note 5), p. 204 et 217.

92 Cf. MARTI (note 75), p. 240 ss. 1891 correspond pour Genève à une refonte complète de l'organisation judiciaire liée aussi à l'introduction de la LP prévue pour le 1^{er} janvier 1892 et qui confiait désormais à l'Office des faillites divers actes jusqu'alors du ressort du Tribunal de commerce, augmentant le sentiment que celui-ci avait fait son temps et expliquant aussi sa disparition la même année dans le Jura bernois. A Fribourg, le Tribunal de commerce avait été supprimé en vue de l'entrée en vigueur du Code des Obligations par une loi du 14 décembre 1882, mais ses fonctions en matière de faillite avaient été alors confiées à un tribunal des faillites, à son tour dissous au moment de l'entrée en vigueur de la LP.

93 Pour une vue d'ensemble sur l'apparition des *Handelsgerichte* de Suisse alémanique et leurs caractéristiques jusqu'à l'époque actuelle, cf. notamment ISAAK MEIER et MICHAEL RÜEGG, *Handelsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, in: Alexander Brunner (éd.), *Europäische Handelsgerichts-*

venue de Zurich (loi d'organisation judiciaire du 30 octobre 1866, instituant un *Handelsgericht* qui fonctionna effectivement dès l'année suivante), et sera suivie ensuite par Argovie (1887), Berne (1911) et Saint-Gall (1918)⁹⁴. La source d'inspiration venait aussi indirectement de France, mais à travers des institutions analogues qui venaient d'être instituées ou étaient en discussion en Allemagne en partie sur la base des expériences fondées sur les institutions françaises demeurrées applicables notamment en Rhénanie. Ces quatre juridictions spécialisées, impliquant la participation aux jugements de juges laïcs provenant des domaines industriels et commerciaux concernés, ont subsisté après l'unification du droit privé en Suisse, mais sans faire école⁹⁵. Nous verrons que des règles procédurales particulières ont été prévues dans le CPC unifié pour leur permettre de subsister en gardant leurs principales caractéristiques.

2. *Les prud'hommes*⁹⁶

Bien que des institutions pouvant être considérées comme de lointains ancêtres des juridictions du travail actuelles aient existé en certains endroits dès la fin du Moyen Age notamment sous la forme de jurandes ou d'autres organes juridictionnels liés à des corporations de métiers, leur essor est pour l'essentiel consécutif à la révolution industrielle. Les modèles qui ont inspiré les solutions mises en place en Suisse dans la seconde moitié du XIX^e siècle remontent d'une part à un modèle français issu à l'origine des tribunaux de prud'hommes instaurés par Napoléon dès 1806, d'autre part aux *Arbeitsgerichte* développés en Allemagne, indirectement aussi d'après ce modèle, mais avec des différences significatives

barkeit, Berne 2009, p. 33 ss. L'histoire des débuts du Tribunal de commerce de Zurich a plus particulièrement été retracée par WERNER UTZINGER, *Das Handelsgericht des Kantons Zürich, 1867–1900. Ein Beitrag zur Kenntnis von Geschichte, Wesen und Wirken der Handelsgerichte*, Berne 1903.

94 Cf. MEIER/RÜEGG (note 93), p. 41, 45, 48 et 53; DANIEL SCHWANDER, *Das Zürcher Handelsgericht und die branchenspezifische Zusammensetzung seines Spruchkörpers. Herkunft-Praxis-Kritik*, Berlin 2009, p. 37 s.

95 Bien que çà et là des discussions sur l'opportunité de créer ou recréer une juridiction commerciale aient eu lieu dans d'autres cantons (par ex. on l'a vu dans le cadre de l'élaboration de la Constitution valaisanne de 1907, qui a encore occasionné une motion en faveur de la création d'un tel tribunal dans les années 1960, cf. GAUTHIER (note 86), p. 531 s., ou encore à Genève dans les années 1920), cela n'a débouché sur aucune réalisation concrète ni même sur aucun projet développé à notre connaissance. Après la séparation du Jura de Berne, le nouveau canton a aussi renoncé à une juridiction commerciale particulière sur son territoire.

96 Un historique détaillé de la genèse des différentes juridictions du travail dans les cantons connaissant cette institution figure dans la thèse de MARIE-JOSÉE ALEX GALLEY, *Les juridictions du travail en Suisse*, Genève 2003, qui donne aussi des références complètes aux études consacrées à ces institutions au niveau cantonal jusqu'au début du XXI^e siècle. En allemand, un tel historique se trouve aussi dans la thèse de NIKLAUS OBERHOLZER, *Das Arbeitsgericht: Entwicklung, Organisation und Verfahren unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im Kanton St. Gallen*, Berne 1984, p. 8 ss. Sauf indication contraire, les indications qui suivent sont tirées de l'ouvrage de Galley.

(par exemple une présidence tierce au lieu d'une présidence alternée entre juges travailleurs et juges employeurs).

Dans notre pays, les premières tentatives d'instaurer de telles juridictions se rencontrent en 1874 sous la forme de «tribunaux d'arbitrage industriel» prévus par des dispositions législatives cantonales neuchâteloises (loi du 13 juillet 1874) et genevoises (modification du 21 octobre 1874 de la loi sur les justices de paix). L'expérience n'ayant pas été très concluante, ils seront remplacés une dizaine d'années plus tard dans ces deux cantons par des tribunaux dénommés, sur le modèle français, des Conseils de Prudhommes, à Genève en vertu d'une loi du 3 octobre 1883 et à Neuchâtel en vertu d'une loi du 20 novembre 1885. Alors que la nouvelle institution genevoise valait pour tout le territoire cantonal, la solution neuchâteloise laissait aux communes qui le voulaient le soin de se doter d'une juridiction prud'homale fondée sur cette nouvelle législation. Ce fut le cas seulement dans les principales communes industrielles et horlogères du canton, avec des prud'hommes créés successivement à La Chaux de Fonds (1886), Neuchâtel (1890), Le Locle (1891) et Fleurier (1908).

D'autres législations analogues permirent la création de prud'hommes dans certaines communes du canton de Vaud (sur la base d'une loi du 26 novembre 1888), puis de Fribourg (sur la base d'une loi du 25 novembre 1899). En Suisse alémanique, un *Gewerbliches Schiedgericht* fondé sur le modèle français vit le jour d'abord à Granges, sur la base d'une loi cantonale soleuroise du 1^{er} décembre 1891⁹⁷. Des juridictions du travail inspirées du droit allemand apparurent par ailleurs à Bâle-Ville (sur la base d'une loi cantonale du 29 avril 1889), à Lucerne (sur la base d'une loi cantonale du 16 février 1892), à Berne (sur la base d'un décret cantonal du 1^{er} février 1894), à Zurich (sur la base d'une loi cantonale du 22 décembre 1895), à Saint-Gall (sur la base de lois cantonales du 16 mai 1899 et du 27 juin 1904) et en Argovie (sur la base d'une loi cantonale du 4 décembre 1908). Une loi cantonale du 22 mai 1918 avait aussi donné aux communes tessinoises la faculté de se doter de *probiviri*, mais aucune n'en a jamais fait usage. De même, le canton d'Obwald a toujours laissé les litiges de droit du travail dans la compétence des juridictions civiles ordinaires, bien que le terme d'*Arbeitsgericht* ait figuré pendant une partie du XX^e siècle dans ses lois cantonales d'organisation judiciaire et de procédure civile, à propos des cas où ces juridictions ordinaires appliquaient une procédure spécifique aux litiges en question⁹⁸.

Le mouvement se ralentit après la fin de la première guerre mondiale, mais des formes de juridiction du travail seront encore introduites en Valais sous la

97 Ce tribunal cessa cependant son activité en 1897, et une juridiction du travail ne fut à nouveau instaurée dans le canton de Soleure que sur la base d'une nouvelle loi cantonale du 7 décembre 1919.

98 Cf. GALLEY (note 96), p. 77,

forme d'une «Commission d'arbitres» présidée par le chef du Département cantonal de l'industrie (sur la base de la loi cantonale du 20 mai 1921 d'exécution de la loi fédérale sur le Travail)⁹⁹, plus tard devenu un véritable tribunal de droit du travail. Le dernier canton à se doter d'une telle institution sera le Jura, d'abord par une reprise provisoire de la réglementation bernoise (décret du 6 décembre 1978), puis par une loi du 30 juin 1983. Relevons que partout, sauf à Genève et à Bâle-Ville, les lois cantonales de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle n'organisaient pas des prud'hommes sur l'entier du territoire cantonal, mais habilitaient simplement les communes qui le souhaitaient à en créer sur leur territoire, parfois en se regroupant à cet effet¹⁰⁰.

Ce caractère partiellement communal des juridictions du travail en Suisse a généralement disparu à la fin du XX^e siècle ou au début du XXI^e siècle. Des juridictions spécialisées en la matière ont en revanche le plus souvent subsisté malgré l'unification de la procédure civile dans les cantons énumérés ci-dessus¹⁰¹. Dans le reste de la Suisse en revanche les conflits de travail relèvent simplement des tribunaux ordinaires et ne se distinguent pas des autres procès sous réserve des règles particulières prévues sur quelques points par le législateur fédéral¹⁰².

99 Cf. GALLEY (note 96), p. 65 s. La possibilité d'instituer par voie législative un ou plusieurs tribunaux de prud'hommes est expressément mentionnée dans la Constitution valaisanne depuis 1907, cf. note 89 ci-dessus.

100 Ce fut aussi le cas dans le Jura au moment de sa création vu la reprise provisoire du droit bernois en la matière, avec des tribunaux du travail d'abord seulement à Porrentruy et Delémont. A la suite de la loi de 1983 cependant, des prud'hommes furent institués sur tout le territoire jurassien, avec initialement une juridiction prud'homale dans chacun des trois districts, puis à la suite de la refonte générale de l'organisation judiciaire cantonale de 2000, une seule ayant son siège à Porrentruy.

101 Les cantons de Soleure et de Saint-Gall y ont renoncé, dans le cas de ce dernier canton à la suite d'une votation populaire du 1^{er} juin 2008, cf. PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse Neuchâtel 2011, p. 28 s. Dans le cadre des simplifications de l'organisation judiciaire votée à Neuchâtel, les juridictions prud'homales y ont été en fait supprimées, mais nous verrons que l'autorité de conciliation siège pour les litiges de droit du travail dans une composition paritaire même lorsque l'art. 200 al. 2 CPC ne l'impose pas et qu'une disposition de la loi d'organisation judiciaire cantonale prévoit qu'alors le tribunal civil ordinaire «est juridiction spéciale en matière de contrat de bail et de contrat de travail», notamment dans le but de permettre au droit neuchâtelois de faire usage de la latitude laissée aux cantons d'autoriser des mandataires professionnellement qualifiés à représenter à titre professionnel des parties dans de telles affaires (art. 68 al. 2 let. d CPC). A Lucerne également il existe toujours formellement un *Arbeitsgericht*, mais qui n'est plus composé paritairement.

102 Cf. art. 200 CPC en matière de composition paritaire de l'autorité de conciliation dans les litiges relevant de la loi sur l'Egalité (ci-après LEG), art. 113 et 114 CPC en matière de frais, art. 243 et 247 CPC en matière d'application de la procédure simplifiée et de la maxime inquisitoire, etc. Les particularités de la procédure applicable depuis 2011 en matière de conflits de travail ont fait l'objet de plusieurs études récentes détaillées, qui ne comprennent cependant pas de partie historique importante, cf. DIETSCHY, (note 101); STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Berne 2014; JACQUELINE DAMBECK, Rechtsdurchsetzung in privat- und öffentlich-rechtlichen Arbeitsstreitigkeiten, thèse Berne 2017.

Sauf à Lucerne et à Neuchâtel¹⁰³, lesdites juridictions spécialisées sont partout des juridictions paritaires. Il subsiste cependant entre elles des différences importantes, qu'il ne saurait être question de présenter ici¹⁰⁴, en ce qui concerne notamment leurs compétences¹⁰⁵, l'autorité chargée de la conciliation selon les art. 197 ss CPC, les mandataires professionnels éventuellement habilités à intervenir devant elles, la gratuité de la procédure et ses éventuelles limites, l'existence ou non d'une autorité de recours ou d'appel également spécialisée, etc.

3. *Les tribunaux des baux*¹⁰⁶

Si la création de prud'hommes est liée à l'industrialisation, celle des tribunaux des baux l'est à la crise du logement survenue à la suite de l'essor économique des «trente glorieuses». Aussi les juridictions en la matière ne sont-elles apparues qu'à partir des années 1970¹⁰⁷. Le souci de protéger les locataires de logements contre des loyers excessifs est certes bien plus ancien, puisque des mesures en la matière ont déjà été prises, notamment au titre du droit d'urgence durant la première, puis la seconde guerre mondiale et les années qui suivirent. Les vifs débats politiques qu'occasionnèrent ces questions au niveau fédéral, avec quatre initiatives populaires soumises au vote dès 1967 et l'acceptation en 1972 d'un contreprojet chargeant la Confédération de prendre des mesures contre les abus dans le secteur locatif (art. 34 septies Cst 1874), portaient toutefois surtout sur le droit matériel¹⁰⁸.

Des démarches ont cependant été menées parallèlement dans certains cantons en vue de faciliter aussi l'accès à la justice civile pour les locataires. Les premières mesures en la matière ont sans doute débuté dans la Genève rouge

103 Cf. note 101 ci-dessus.

104 Pour un aperçu postérieur aux adaptations intervenues en lien avec l'entrée en vigueur du CPC unifié, cf. MICHEL HEINZMANN et CORINNE COPT, *Tribunaux de prud'hommes: les particularités cantonales*, Plaidoyer 31, 2013, p. 30 ss.; MICHEL HEINZMANN, *La situation actuelle de la juridiction prud'homale en Suisse*, *Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée* (ci-après PCEF) 9, 2013, p. 21 ss.

105 Elle est souvent limitée aux litiges ne dépassant pas un certain montant, généralement 30 000 frs. pour n'inclure que les litiges relevant de la procédure simplifiée selon l'art. 243 al. 1^{er} CPC, mais à Genève notamment les prud'hommes jugent tout le contentieux du travail quelle que soit la valeur litigieuse. Des règles particulières peuvent par ailleurs inclure ou non dans les compétences prud'homales certains litiges non patrimoniaux ou ne relevant pas du droit privé, notamment en matière de fonction publique, exclure des types particuliers d'actions p.ex. en responsabilité, etc.

106 Il n'existe pas à notre connaissance d'étude d'ensemble retraçant la genèse des tribunaux des baux dans les différents cantons qui connaissent ou ont connu cette institution.

107 Il n'en est pas fait mention dans l'étude détaillée de GAUTHIER, (note 86).

108 Sur l'évolution de celui-ci dès le premier Code des Obligations, cf. FRANK THOMAS PETERMANN, *Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1881 bis 1989*, Zurich 1997; STÉPHANE CUERNET, PHILIPPE FAVERGER et PHILIPPE THALMANN, *La politique du logement*, Lausanne 2002.

de Léon Nicole, avec l'instauration dès 1936 d'une autorité spéciale paritaire de conciliation¹⁰⁹. A défaut d'accord cependant, le procès ultérieur devait se poursuivre devant la juridiction ordinaire. Relevons que cette solution sera plus tard adoptée par le droit fédéral: dès 1972 en effet celui-ci imposera aux cantons, non d'avoir une juridiction particulière pour les litiges de droit du bail, mais de soumettre ceux-ci à certains allègements procéduraux et de faire précéder le procès proprement dit d'une conciliation devant une autorité paritaire¹¹⁰.

Des juridictions spécialisées pour connaître de tels conflits, pour lesquelles les tribunaux de prud'hommes ont généralement servi de modèles, ne verront le jour qu'à partir des années 1970 et dans quelques cantons seulement. La première réalisation en ce sens intervint à Zurich, où fonctionnèrent dès 1970 dans chaque district un *Mietgericht* à composition paritaire¹¹¹. La même année, Genève réorganisa de même les règles sur son autorité de conciliation en matière de baux, remontant nous l'avons vu à 1936, et créa à cette occasion deux chambres du Tribunal de première instance spécialisées dans les contestations entre locataires et bailleurs qui entrèrent en fonction en 1972¹¹². Puis c'est un vote populaire du 13 décembre 1981 approuvant une initiative législative entièrement rédigée qui entraîna la création d'une juridiction similaire dans le canton de Vaud, unique mais tenant en principe ses séances dans le district du lieu de situation de l'immeuble loué, qui a pris ses fonctions le 1^{er} janvier 1983¹¹³. Dans les années qui suivent, des juridictions des baux furent encore créées à Fribourg et dans le Jura.

Ces juridictions spécialisées en matière de bail ont généralement été conservées dans le cadre de la procédure civile unifiée, qui y fait allusion à l'art. 68 al. 2 let. d CPC, sans toutefois connaître au XXI^e siècle un nouvel essor. Il s'agit d'une institution essentiellement, mais non exclusivement, romande puisqu'elle existe aujourd'hui à Fribourg, à Genève, dans le Jura, dans le canton de Vaud et à Zurich. On ne peut guère considérer qu'il en va de même à Neuchâtel, même si, comme en matière de droit du travail, la loi neuchâteloise d'organisation judiciaire déclare que le tribunal régional «est juridiction spéciale en matière de contrat de bail»¹¹⁴. Le Tribunal des Baux vaudois est une juridiction unique pour tout le canton. Il en va de même à Genève et dans le Jura. Au contraire il existe 3 tribunaux des baux à Fribourg et 12 à Zurich, selon une répartition géographique par arrondissement ou par district (tenant partiellement compte aussi

109 Cf. GÉRARD BAGNOUD, *Historique des premières commissions genevoises de conciliation en matière de baux à loyer (1936–1977)*, février 2003 (document consulté sur le site internet de la République et canton de Genève <ge.ch/justice/un-peu-d-histoire>, la dernière fois le 9 avril 2019).

110 Cf. MICHEL HEINZMANN, *La procédure simplifiée, une émanation du procès civil social, Genève/Zurich/Bâle* 2018, p. 31 ss.

111 Cf. URS BOSSHARD, *Die Sondergerichte des Kantons Zurich*, thèse Zurich 1981, p. 56 ss.

112 Cf. MARTI (note 75), p. 346.

113 Cf. STÉPHANE DUCRET *et al.*, *Procédures spéciales vaudoises*, Lausanne 2008, p. 56.

114 Cf. note 101 ci-dessus.

des aires linguistiques à Fribourg). Leur compétence *ratione materiae* peut varier (généralement les litiges de droit du bail à loyer et du bail à ferme non agricole, mais parfois avec des exceptions, comme celle qui, dans le canton de Vaud, confie les procédures d'expulsion en procédure sommaire au juge de paix). Des dispenses de frais dépassant ce que prévoit le droit fédéral, fondées sur l'art. 116 CPC et pouvant ou non englober l'exclusion des dépens en cas de perte du procès sont généralement prévues, mais avec une étendue et des exceptions variables¹¹⁵. Relevons qu'à notre connaissance, contrairement aux tribunaux de prud'hommes de certains cantons, les affaires placées dans la compétence des dites juridictions le sont quelle que soit la valeur litigieuse. Toutefois celle-ci, jusqu'à des seuils variables, peut parfois entraîner une compétence présidentielle sans composition paritaire.

III. Quelques évolutions récentes

1. Apparition et disparition de nouveaux tribunaux

La dernière décennie écoulée a évidemment été marquée par la création d'une première juridiction civile fédérale inférieure, avec le Tribunal fédéral des brevets. Au niveau cantonal en revanche, et si l'on se limite aux traits principaux, il n'y a plus eu de vague importante de constitution de nouvelles juridictions civiles après celle relative aux tribunaux des baux évoquée ci-dessus à la fin du XX^e siècle. Dans le détail, on trouve cependant quelques exceptions.

L'une des plus originales est la création dans le canton de Vaud à partir du 1^{er} janvier 2011 d'une Chambre patrimoniale vaudoise, compétente pour juger en première instance et comme juridiction inférieure, donc avec des possibilités d'appel et de recours au Tribunal cantonal selon les art. 308 ss CPC, les litiges patrimoniaux dépassant 100 000 frs. et ne relevant pas d'une juridiction cantonale unique selon les art. 5 ou 8 CPC. Auparavant, de tels litiges étaient jugés sans possibilité de recours cantonal ordinaire par une section du Tribunal cantonal (Cour civile). Cette solution étant devenue incompatible avec le droit fédéral dès le 1^{er} janvier 2011¹¹⁶, il fallait soit admettre la possibilité d'un recours ou d'un appel s'adressant à une cour du Tribunal cantonal contre une décision d'une autre cour de la même juridiction, solution juridiquement concevable mais exposant à des récusations et qui n'a pas été jugée satisfaisante dans le long terme, soit transférer le jugement en première instance de ces affaires à une juridiction inférieure. La logique aurait été alors de les confier aux

115 Pour un tableau concernant les cantons romands, cf. SUZANNE PASQUIER, Tribunaux des baux: particularités cantonales, *Plaidoyer* 2013/6 p. 13.

116 En raison de l'entrée en vigueur des art. 308 ss CPC précités et de l'art. 75 al. 2 LTF exigeant que les décisions susceptibles de recours en matière civile au TF émanent d'un tribunal supérieur statuant sur recours, dont l'entrée en vigueur avait été différée par une règle de droit transitoire (art. 130 al. 2 LTF).

tribunaux d'arrondissement. Ceux-ci statuent cependant dans une composition ne comportant qu'un seul magistrat juriste flanqué de deux assesseurs laïcs et les milieux de praticiens vaudois, en particulier les avocats, ont fait valoir que pour des procès portant sur de très gros enjeux financiers, un jugement par un collège de professionnels serait préférable. D'où la constitution de ce nouveau tribunal, dont le greffe est en pratique réuni à celui du tribunal d'arrondissement de Lausanne et dont les décisions de fond sont rendues par trois juges ayant par ailleurs tous la fonction de président dudit tribunal ou d'un autre tribunal d'arrondissement.

Lors de l'élaboration du nouveau droit du mariage et du divorce entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000, la proposition avait été faite d'insérer dans le Code civil une règle imposant aux cantons de créer des tribunaux de famille à composition pluridisciplinaire. Elle n'avait pas été retenue alors, une telle obligation n'ayant plus tard été prévue par le législateur fédéral que pour les autorités de protection de l'adulte et de l'enfant (art. 440 al.2 CC, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013), qui sortent du périmètre de la présente étude. Rien n'empêche cependant évidemment un législateur cantonal d'instaurer de son propre chef un tel type de juridiction. C'est ce qui a été fait en Argovie, où un tribunal de famille fonctionne depuis le 1^{er} janvier 2013, en pratique sous forme d'une section particulière de chaque *Bezirksgericht*. Bien que la doctrine se soit montrée dans l'ensemble très élogieuse envers cette innovation¹¹⁷, elle n'a pas fait école dans d'autres cantons jusqu'à présent. Au contraire, des réformes tendant à supprimer les juges laïcs et à confier la justice civile uniquement à des juges professionnels et juristes, siégeant souvent seuls en première instance, comme cela a été nous le verrons le choix récemment fait à Neuchâtel, vont plutôt en sens contraire.

Les dernières décennies ou années ont aussi vu disparaître certaines juridictions cantonales. Il s'agissait parfois d'institutions un peu étranges et désuètes, qui n'avaient plus guère d'actualité ni d'utilité, comme le Tribunal de la Broderie à Saint-Gall, créé au XIX^e siècle et qui existait encore en 1969¹¹⁸. On peut aussi mentionner le choix qu'ont fait au cours du XX^e siècle quelques cantons de se passer de juges de paix, soit en supprimant une institution existante (Berne, Neuchâtel), soit en ne l'ayant jamais consacrée (Bâle-Ville, Jura).

Une disparition liée à l'entrée en vigueur du nouveau CPC a toutefois constitué un changement important en particulier à Zurich et une réduction sensible des garanties accordées aux justiciables, en particulier dans le cadre de procès devant le Tribunal de Commerce. Il s'agit de l'abrogation des tribunaux de cas-

117 Cf. en dernier lieu CHRISTOPH HÄFELI, Familiengerichte im Kanton Aargau als optimale Organisationsform der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde: der Kanton Aargau als Schrittmacher für eine Innovation im Gerichtswesen? in: Brennpunkt Familienrecht: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zurich 2017, p. 289 ss.

118 Cf. SAMUEL TEITLER, Das Fachgericht für die Stickerei-Industrie in St. Gallen, thèse Zurich 1922; Gauthier (note 86), p. 534.

sation qui, dans quelques cantons alémaniques, constituaient une juridiction supérieure distincte de l'*Obergericht*, pouvant être saisie de griefs particuliers à l'encontre de décisions d'autres autorités judiciaires cantonales. Le plus important était le *Kassationsgericht* de Zurich, créé par une loi approuvée par le peuple zurichois le 15 juin 1874¹¹⁹. Il pouvait être saisi de recours particuliers contre des décisions tant du *Handelsgericht* que de l'*Obergericht*, soit parfois en troisième instance cantonale. Il a joué dès la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e siècle un rôle important dans le développement de la jurisprudence zurichoise. Il était incompatible avec le système des voies de droit du CPC unifié, qui ne permettent en effet pas de troisième instance cantonale, ni de recours cantonal contre une décision d'une autorité statuant en instance cantonale unique selon les art. 5 ss CPC. Il n'aurait pas valu la peine de le maintenir pour les quelques cas où il aurait théoriquement pu continuer à statuer dans des affaires de nature publique non soumises au nouveau CPC. Il a donc été abrogé dans le cadre des adaptations du droit zurichois aux nouvelles procédures unifiées et a cessé ses fonctions en 2012, à l'issue d'une période transitoire destinée à lui permettre de trancher les recours encore soumis à l'ancien droit.

Des tribunaux de cassation du même genre, parfois même plus anciens¹²⁰, existaient aussi à Schaffhouse, Appenzell Rhodes Extérieures et Saint-Gall, sans y jouer un rôle aussi important, d'autant que dans ces deux derniers cantons ils ne pouvaient être saisis que dans des cas où aucun recours ordinaire à l'*Obergericht* n'était ouvert. Ils ont eux aussi été supprimés à la suite de l'entrée en vigueur du CPC unifié.

2. *La question des juges non juristes et des assesseurs*

Une très longue tradition voulait en Suisse que les juges ne soient pas forcément juristes, même comme magistrats uniques. Le TF a toujours admis jusqu'à présent que cela ne violait en principe aucune garantie de procédure résultant de la Constitution ou de la CEDH¹²¹, d'autant que des aménagements permettant à un juge laïc de bénéficier au moment de statuer des renseignements nécessaires sur l'analyse juridique du cas peuvent être trouvés, notamment en lui adjoignant un greffier ayant une formation en droit comme le prévoit p.ex. la législation valaisanne sur les juges de commune.

Il n'empêche que ce système tend plutôt à disparaître. Sous réserve de situations transitoires protégeant des situations acquises, on constate une tendance très nette à la professionnalisation des fonctions judiciaires. De nombreuses

119 Voir les contributions parues in: ANDREAS DONATSCH *et al.* (éd.), *Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich*, Zurich 2000. En particulier sur l'histoire de ce tribunal, cf. BRUNO SCHMID, *Zur Geschichte der zürcherischen Kassationsgerichtetes*, *ibidem* p. 15 ss.

120 Cf. HANS BRUNNER, *168 Jahre Kassationsgericht des Kantons St. Gallen*, in: Andreas Donatsch *et al.* (éd.), *Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich*, (note 119), p. 47 ss.

121 Cf. ATF 134 I 16, JdT 2008 I 96 et les réf. citées.

lois d'organisation judiciaire cantonales exigent désormais une formation juridique pour ses principaux magistrats¹²². Une votation récente à Zurich est allée en ce sens. On voit cependant aussi des signes d'attachement à la possibilité que des non-juristes continuent à pouvoir accéder à certaines magistratures. Le 15 novembre 2018 par exemple, le Grand Conseil valaisan a rejeté un postulat Carole Basili et Philomène Zuffery demandant que soit désormais exigée une formation juridique pour les juges de commune.

De la question de magistrats uniques non juristes, il faut évidemment distinguer celle de la présence d'assesseurs laïcs dans des juridictions collectives. Il s'agit là aussi d'une tradition ancienne dans notre pays, mais elle ne nous semble alors nullement en perte de vitesse: elle caractérise en particulier la plupart des tribunaux spécialisés, qu'il s'agisse de prud'hommes, de tribunaux des baux ou de tribunaux de commerce. Le législateur fédéral vient de la reprendre lors de la constitution du Tribunal fédéral des brevets. L'art. 200 CPC impose même dans certains cas des assesseurs non professionnels, en particulier dans les autorités de conciliation en matière de baux ou de LEg¹²³. Et si à terme il devait être demandé aux cantons, comme ils doivent déjà le faire pour leurs autorités de protection de l'adulte et de l'enfant, de donner une composition multidisciplinaire aux tribunaux chargés de trancher d'autres litiges de la famille, cela se ferait presque nécessairement en recourant à des assesseurs non juristes et non permanents.

3. *Des choix très différents en matière d'autorité de conciliation*

La conciliation préalable devant une autorité distincte du juge du fond est une vieille tradition en Suisse, introduite sous l'influence française parfois au début du XIX^e siècle déjà et qui, à l'origine, constituait l'une des fonctions principales des juges de paix qui apparaissent à cette époque aussi dans la plupart des cantons (et la justification de leur dénomination). Alors qu'après avoir été abandonné en France avant même la suppression des juges de paix dans ce pays en 1958, ce préalable avait cessé d'être nécessaire dans plusieurs procédures cantonales de la fin du XX^e siècle, notamment en Suisse romande¹²⁴, le CPC unifié

122 Relevons que ce n'est formellement pas le cas pour le TF, la Constitution précisant que tout citoyen ou citoyenne ayant le droit de vote y est éligible (art. 143 Cst), même si en pratique il y a de nombreuses décennies que n'ont été élus à Mon-Repos que des personnes au bénéfice d'une formation juridique complète.

123 Dans ces cas, il n'est pas exclu que les représentants paritaires des milieux concernés soient juristes, et cela arrive même en pratique parfois. Ce n'est cependant pas principalement pour leurs éventuelles connaissances juridiques qu'il est fait appel à eux. L'exigence d'une composition multidisciplinaire, telle qu'elle ne figure pour l'instant qu'à l'art. 440 al. 1^{er} CC, mais serait sans doute souhaitée par les partisans de tribunaux de famille, nous semble en revanche impliquer que certains au moins des membres du collège ne soient pas juristes.

124 Sur l'histoire de la conciliation préalable en France, son abandon au milieu du XX^e siècle et sa réception en Suisse, à l'origine parallèle à celle de la justice de paix, cf. notamment FRANÇOIS BOHNET et SAMUEL MONBARON, Les modes amiables de résolution des conflits en procédure

l'a réaffirmé comme un élément indispensable avant la saisine du juge du fond, sauf quelques exceptions. Il a en revanche généralement laissé les cantons libres de choisir l'autorité qui en serait chargée, sans imposer ni qu'il s'agisse d'une autorité judiciaire plutôt qu'administrative ni qu'elle soit distincte du juge du fond ni qu'elle soit unique pour tout le territoire cantonal ou au contraire dépendante de ressorts multiples, ni même (sous réserve selon l'art. 200 CPC d'une exigence de composition paritaire déjà évoquée pour les seules autorités de conciliation en matière de bail et de LEg) qu'elle soit menée par un magistrat ou un fonctionnaire unique ou au contraire par un collège.

Les solutions choisies par les cantons à cet égard, souvent repensées en vue de l'entrée en vigueur du nouveau CPC, varient en pratique considérablement. En faisant abstraction des règles particulières concernant les autorités de conciliation paritaires en matière de bail et de LEg, on constate l'existence de trois groupes principaux. Dans certains cantons (Argovie, Valais, Zurich, etc.), on a conservé la tradition confiant toutes les conciliations, même pour les affaires où le jugement au fond relèvera d'une autre juridiction, à un juge de paix ou à un juge de commune. Ailleurs (Berne, Obwald, Uri, etc.), le choix a été fait de confier ces conciliations à un ou plusieurs organismes spécialisés, qui peuvent ne pas être des autorités judiciaires. Dans un troisième groupe de cantons enfin (Vaud, Neuchâtel, Tessin, etc.), c'est le juge qui pourra être saisi du fond lui-même, avec souvent une délégation possible au sein de ce tribunal, notamment si ledit fond relève d'une autorité collective. Bien que l'art. 47 al. 2 CPC envisage le cas en précisant qu'une activité conciliatrice ne saurait constituer en soi un motif de récusation, certains législateurs cantonaux ont prévu qu'en cas d'échec de la conciliation, le fond serait instruit et jugé par un collègue du magistrat ayant tenté de concilier les parties et non par la même personne¹²⁵.

Chacune de ces solutions a naturellement ses avantages et ses inconvénients, notamment en matière d'efficacité et de coûts¹²⁶. Le législateur fédéral n'en a en principe privilégié aucune. Des passages du Message et la justification donnée à certaines des exceptions à l'obligation d'une procédure préalable de conciliation, notamment lorsque le litige est de la compétence d'une instance

civile suisse – présentation au regard du droit français, berceau de la conciliation, RSPC 2010 p. 87 ss. Sur la désaffection avant 2011 pour le préalable de conciliation notamment dans certains cantons romands, cf. aussi JEAN A. MIRIMANOFF, *Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse?* RDS 123, 2004, p. 529 ss.

125 Cf. art. 41 al. 1^{er}, 2^e phrase, du Code de droit privé judiciaire vaudois.

126 Pour une tentative d'évaluation de ces différents modèles, par des auteurs qui ne cachent pas leur manque de sympathie, à notre avis injustifié, pour le système où la procédure de conciliation relève de la juridiction qui sera le cas échéant appelée à statuer au fond, cf. ISAAK MEIER et SARAH SCHEIWILLER, *Erfolg der Schlichtungs- und Urteilsvorschlagverfahren nach neuer ZPO*, RDS 133, 2014 I p. 155 ss. Voir aussi les analyses plus centrées sur le modèle bernois mais avec des perspectives comparatives de DANIEL KETTIGER, *Die Schlichtungsbehörde im Kanton Bern als Erfolgsmodell?* Justice – Justiz – Giustizia (revue électronique) 2014/3; SYBILLE FRECH, *Die Schlichtungsbehörde, eine Erfolgsgeschichte?*, Revue de l'avocat 2015/1, p. 23 ss.

cantonale unique (art. 198 let. f CPC) montrent qu'il partait plutôt de l'idée que la conciliation serait tentée par un tiers plutôt que par un des membres du tribunal compétent pour trancher le fond. Il est en effet absurde de justifier qu'il n'y ait pas de préalable de ce type dans les procès de propriété intellectuelle et autres matières relevant d'un tribunal de commerce ou d'un autre tribunal fonctionnant comme instance cantonale unique par le probable manque de connaissances spécialisées du conciliateur dans un canton où cette tentative aurait dû être le fait d'un membre dudit tribunal!

4. *La situation actuelle dans quelques cantons*

Il ne saurait être question de décrire ici en détail, même en se limitant aux juridictions civiles, les organisations judiciaires de la totalité des 26 cantons et demi-cantons. Un passage en revue rapide de cinq d'entre eux, choisis dans les trois régions linguistiques de notre pays, suffira à illustrer la variété des solutions qui existent à cet égard aujourd'hui:

Dans le canton de Zurich, la justice civile de première instance est répartie entre deux juridictions ordinaires réparties géographiquement, soit 6 offices de paix (*Friedensrichterämter*) et 12 tribunaux de district (*Bezirksgerichte*), plus trois juridictions spécialisées dont il a été question plus haut, soit 12 tribunaux de prud'hommes (*Arbeitsgerichte*), 12 tribunaux des baux (*Mietgerichte*), ainsi qu'un Tribunal de Commerce (*Handelsgericht*) pour tout le canton dans les affaires pouvant lui être confiées selon l'art. 6 CPC. Sauf les juges de paix, il s'agit en général de juridictions collégiales. Il y a toutefois aussi des cas où par exemple le *Bezirksgericht* statue sous la forme d'un juge unique. Les juges de paix ont pour fonction essentielle de mener la procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC dans les affaires relevant des autres tribunaux (sauf en matière de LEg ou de bail, où la conciliation relève d'autorités paritaires particulières, la *paritätische Schlichtungsbehörde für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz*, ou la *paritätische Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen*) et ne statuent sur le fond que dans les cas où les art. 210 et 212 CPC permettent à l'autorité de conciliation de le faire. Le tribunal de district juge au fond les affaires civiles qui ne relèvent pas des juridictions spécialisées, avec une composition (juge unique ou collège) variant selon les affaires dont il s'agit. Les recours ou appels pouvant être exercés au niveau cantonal selon les art. 308 ss CPC relèvent de différentes cours du Tribunal supérieur (*Obergericht*), ce qui ne concerne évidemment pas les affaires jugées par le Tribunal de Commerce, puisque celui-ci statue en instance cantonale unique, ses décisions ne pouvant être attaquées que devant le TF.

Dans le demi-canton de Bâle-Ville on trouve comme juridiction civile inférieure un tribunal civil (*Zivilgericht*) unique, qui statue au fond sur la plupart des litiges civils. L'*Arbeitsgericht* en relève comme une section particulière, et il n'y a pas d'autres juridictions ordinaires inférieures, spécialisées ou non. Il

s'agit en général de juridictions collégiales, mais il y a aussi des cas où le *Zivilgericht* se compose d'un juge unique pour statuer. Il n'y a pas de juges de paix, institution qui n'a jamais été connue à Bâle-Ville. La procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC s'y déroule dès lors devant une *Schlichtungsbehörde* rattachée au tribunal civil, sauf en matière de bail et de LEG, où conformément à l'art. 200 CPC il existe des autorités de conciliation paritaires particulières. Les recours et appels relèvent du Tribunal cantonal, qui a gardé, on l'a vu, le nom d'*Appellationsgericht*. Une section particulière de ce dernier instruit et juge les affaires pour lesquelles le droit fédéral prévoit une instance cantonale unique. Une *Schlichtungsbehörde* particulière lui est rattachée, dont l'activité devrait toutefois se restreindre aux cas, en pratique quasi inexistantes, où des parties auraient prorogé la compétence de la section en question dans un litige de 100 000 frs. au moins selon l'art. 8 CPC sans simultanément renoncer au préalable de conciliation selon l'art. 199 al. 1^{er} CPC¹²⁷.

Au Tessin, les juridictions inférieures comptent des juges de paix (*giudici di pace*) établis dans chacun des 38 cercles et des préteurs (*pretori*) dans chacun des 10 districts que compte le canton. Il s'agit toujours de magistrats siégeant comme juges uniques. Les juges de paix tranchent au fond les petits litiges jusqu'à 5000 frs., et leur rôle conciliateur se limite aux affaires en question. Le reste de la juridiction civile de première instance relève pour l'essentiel du préteur. La procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC relève alors aussi de l'office du préteur compétent au fond, mais elle est parfois dirigée par un fonctionnaire judiciaire, le secrétaire assesseur (*segretario assessore*). Il n'y a pas de tribunaux spécialisés. En deuxième instance, les causes relèvent du Tribunal cantonal, qui a gardé, on l'a vu, le nom de *Tribunale di Appello* et dont une section particulière instruit et juge les affaires pour lesquelles le droit fédéral prévoit une instance cantonale unique.

Dans le canton de Vaud, l'organisation de la justice civile inférieure est particulièrement complexe, avec pas moins de quatre juridictions distinctes, auxquelles s'ajoutent des compositions particulières du tribunal d'arrondissement selon les affaires. On compte une dizaine d'offices de juge de paix (soit en principe un pour chacun des 10 districts du canton, la loi permettant cependant des regroupements) et 4 tribunaux d'arrondissement dans chacun des quatre arrondissements judiciaires entre lesquels est réparti le territoire vaudois. En revanche, le ressort du Tribunal des Baux, on l'a dit, s'étend à l'ensemble de ce dernier. Cela vaut aussi pour la dernière-née des autorités judiciaires civiles du canton, la Chambre patrimoniale vaudoise, dont il sera encore question plus loin et qui est chargée de juger au fond les litiges patrimoniaux dépassant 100 000 frs. La plupart des autres causes civiles sont confiées au fond selon des règles d'attribution complexes tenant compte soit de la valeur litigieuse,

127 FABIAN GROLIMUND et LUCAS KRUEITLI, *Ausgewählte Verfahren im Kanton Basel-Stadt*, Berne 2015, p. 19 n. 3.

soit de la matière *stricto sensu*, entre le juge de paix, le président du tribunal d'arrondissement siégeant seul, le tribunal d'arrondissement dans sa composition ordinaire (un président juriste et deux assesseurs laïcs) et les tribunaux des prud'hommes, qui sont formellement des cours particulières à composition paritaire du tribunal d'arrondissement. En deuxième instance, les appels et recours selon le CPC relèvent du Tribunal cantonal, dont une cour particulière (Cour civile) instruit et juge par ailleurs les affaires pour lesquelles le droit fédéral prescrit une instance cantonale unique. Relevons que le juge de paix n'est plus dans le canton de Vaud, contrairement à sa fonction historique, essentiellement une autorité de conciliation. Il n'y a pas non plus de telles autorités spécialisées, sauf en matière de baux à loyer et à ferme non agricoles immobiliers (cas où la conciliation est tentée par une commission paritaire existant dans chaque district et présidée par le préfet, soit une autorité administrative). Les procédures de conciliation selon les art. 197 ss CPC sont en effet en principe confiées dans le canton de Vaud à la juridiction compétente pour trancher le fond (ou à un juge délégué si cette juridiction est une autorité collégiale et que le droit fédéral n'impose pas une composition paritaire).

Neuchâtel peut d'une certaine manière apparaître comme l'antithèse de son voisin vaudois, avec une des organisations des juridictions civiles les plus simples du pays, adoptée dans le cadre d'une refonte cherchant aussi à réaliser des économies dans une période de difficultés financières pour le canton: il n'y a pas ou plus de juges de paix ni de tribunaux spécialisés¹²⁸. La juridiction civile de première instance appartient à une seule autorité, pour laquelle la décision de principe a d'ailleurs aussi été de renoncer à toute subdivision territoriale, avec un tribunal d'instance pour tout le canton. Pour l'instant cependant cette dernière transformation a été suspendue et il y a deux tribunaux régionaux¹²⁹. La procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC leur revient également dans le cadre d'une chambre de conciliation. En principe, les décisions sont toujours prises par un magistrat unique professionnel. Les juges assesseurs laïcs ont donc disparu de la justice civile neuchâteloise, sauf pour les conciliations où le droit fédéral impose une composition paritaire (art. 200 CPC)¹³⁰. En deuxième instance, le Tribunal cantonal est la juridiction d'appel et de recours, avec comme dans les autres cantons sans tribunal de commerce une cour instruisant

128 Nous avons vu que la loi neuchâteloise d'organisation judiciaire déclare que le tribunal civil est juridiction spéciale en matière de contrat de bail et de contrat de travail, mais qu'il s'agit largement d'une fiction, cf. notes 101 et 114 ci-dessus.

129 Tribunal des Montagnes et du Val de Ruz d'une part, Tribunal du Littoral et du Val de Travers d'autre part, le premier ayant son siège à La Chaux-de-Fonds, alors que le second est pour l'instant un tribunal multisite, avec des bureaux d'une part à Neuchâtel et d'autre part à Boudry.

130 Des assesseurs laïcs siègent aussi aux côtés d'un magistrat professionnel, pour respecter le caractère interdisciplinaire prescrit par l'art. 440 al. 1^{er} CC, lorsqu'un tribunal régional neuchâtelois fonctionne comme autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, ce qui sort toutefois du périmètre de la présente étude.

et jugeant par ailleurs les affaires pour lesquelles le droit fédéral prescrit une juridiction cantonale unique.

La question des juges et assesseurs laïcs doit sans doute être distinguée de celle des juges à plein temps ou à temps partiel, qui peuvent parfaitement être des juristes. Des magistrats n'ayant pas une charge à plein temps ont toujours existé, en particulier dans les régimes mis en place aux XIX^e siècle (mais qui ont souvent subsisté ensuite très longtemps) où des nécessités liées aux difficultés de déplacement et aux impératifs de la justice de proximité imposaient l'existence de juridictions dans des ressorts peu peuplés et où l'activité restait occasionnelle. Le système ancien lui aussi des juges suppléants, souvent recrutés parmi des avocats, des professeurs, etc. implique également des juges juristes et n'exerçant pas leurs fonctions à plein temps. Des problématiques plus récentes concernant la *job sharing*, notamment dans un but de faciliter l'accès aux magistratures à des personnes ayant des charges de famille, s'y sont parfois aussi ajoutées. Les choix à cet égard diffèrent de canton à canton et doivent aussi trouver des solutions au niveau fédéral, mais davantage s'agissant du statut des magistrats fédéraux que d'éventuelles interventions dans la liberté de manœuvre dont bénéficient à cet égard les législateurs cantonaux. Au point de vue de l'organisation judiciaire plutôt que de la politique du personnel, cette problématique peut surtout soulever des questions d'incompatibilités ou de récusations¹³¹.

C. La nouvelle répartition depuis le 1^{er} janvier 2011

I. Juridiction d'une autorité fédérale de première instance en matière civile

Un des empiètements les plus radicaux concevables sur les droits réservés aux cantons en matière d'organisation judiciaire et de procédure consiste à les déposséder entièrement de la tâche de rendre la justice au profit d'une juridiction fédérale compétente même en première instance. En matière civile, des cas ont existé, nous l'avons vu depuis le milieu du XIX^e siècle à propos de certains divorces¹³². Aujourd'hui, de telles compétences de base d'une juridiction fédérale sont constitutionnellement possibles tant selon la réserve figurant à la fin de l'art. 122 al. 2 Cst que selon l'art. 191a al. 3 Cst évoqué plus haut¹³³. En

131 Pour une évolution récente de la jurisprudence relative aux juges suppléants exerçant simultanément une activité d'avocat, ce qui n'est pour l'instant pas jugé inadmissible, même si des règles particulières peuvent le prohiber ou le restreindre, mais peut entraîner dans des cas particuliers un cas de récusation, cf. ATF 139 I 121, JdT 2014 I 31.

132 Cf. p. 301 s. ci-dessus.

133 Seule l'hypothèse d'une législation fédérale qui transférerait à des juridictions fédérales l'intégralité du contentieux de droit privé serait nous semble-t-il inconstitutionnelle, en vidant de sa substance la réserve expresse des droits des cantons à l'art. 122 al 2 Cst ainsi que l'injonction

pratique toutefois, la Confédération ne paraît pas encline à s'accaparer des pans importants de l'activité judiciaire de première instance en matière civile. Elle ne l'a fait que dans les deux domaines suivants.

1. *Le Tribunal fédéral des brevets*

Organisé par la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (ci-après LTFB), cette juridiction toute récente fonctionne effectivement depuis 2012, avec un siège aujourd'hui établi à Saint-Gall, où il est logé en pratique dans le même bâtiment que le Tribunal administratif fédéral, beaucoup plus important en termes de personnel, de besoin de locaux, etc. Il s'agit d'une vieille revendication des milieux spécialisés.

Juridiction purement civile¹³⁴, le Tribunal fédéral des brevets a des compétences exclusives sur certains litiges ou avis préjudiciels concernant la validité même d'un brevet, et des compétences concurrentes avec celles des juridictions civiles cantonales par exemple s'il s'agit de l'exécution d'un contrat relatif à un brevet dont la validité n'est pas en cause, du recouvrement de royalties, etc. La procédure applicable aux procès devant lui suit en principe le CPC. La LTFB y apporte cependant quelques dérogations ou compléments et les dispositions des art. 308 ss CPC sur les recours ou appels ne s'appliquent pas, les décisions du Tribunal fédéral des brevets étant en principe directement attaquables devant le TF par recours en matière civile (art. 75 al. 1^{er} LTF)¹³⁵.

2. *La juridiction résiduelle du TF en instance civile unique*

La vocation du TF est d'être essentiellement une juridiction de recours statuant en dernière instance. On a vu qu'il avait cependant pu être chargé de trancher certains litiges civils en instance unique. Des réformes de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 apportées à la fin du XX^e siècle, puis la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (ci-après LTF), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, ont réduit en pratique à presque rien ces hypothèses, qui ne pouvaient cependant pas être totalement supprimées, car certaines restent expressément réservées par l'art. 189 al. 2 Cst.

En pratique, l'art. 120 LTF charge cependant surtout le TF de trancher par voie d'action en instance unique certains conflits ou différends qui ne relèvent généralement pas du droit privé. Dans le cadre de celui-ci, il pourrait cependant

que leur fait l'art. 191b Cst d'instaurer des autorités judiciaires pour juger notamment des contestations de droit civil.

134 Si un litige touchant un brevet concerne les aspects de droit public relatifs au dépôt auprès du bureau de la propriété intellectuelle, aux taxes à payer, etc., il sera en cas de contestation tranché en première instance judiciaire par le Tribunal administratif fédéral.

135 Sur la genèse du Tribunal fédéral des brevets, on peut renvoyer surtout à MARTIN LUTZ, Einleitung, in: Patentgerichtsgesetz (PatGG) Kommentar, Th. Calame et al. (éd.), Bâle 2013, p. 1 ss, et THIERRY CALAME, Entstehungsgeschichte des PatGG, *ibidem*, p. 11 ss.

être amené à instruire et juger, en appliquant alors la vieille loi fédérale de 1947 sur la procédure civile (art. 120 al. 3 LTF), une éventuelle contestation de droit civil entre la Confédération et un canton ou entre deux cantons (art. 120 al. 1^{er} let. b LTF), hypothèse qui ne s'est pas présentée depuis plusieurs dizaines d'années. C'est aussi cette procédure d'action qui conduit le TF à trancher, un peu moins rarement, des conflits de compétences entre autorités fédérales et autorités cantonales (art. 120 al. 1^{er} let. a LTF), ce qui dans un domaine relevant du droit civil au sens large se produit surtout en cas de désaccord sur la compétence entre des autorités de protection de l'adulte et de l'enfant, soit des affaires qui n'entrent pas dans le périmètre donné à la présente étude.

II. Contraintes maintenues ou nouvelles sur l'organisation judiciaire cantonale

Si le droit fédéral n'a ainsi que peu dépossédé les cantons de pans complets de la juridiction civile, plus importantes sont les contraintes qu'il leur impose en limitant à certains égards leur liberté de réglementer à leur guise l'organisation judiciaire et l'administration de la justice. Certaines existent depuis très longtemps, alors que d'autres sont des innovations résultant de l'entrée en vigueur de la LTF en 2007 ou de celle du CPC en 2011. Précisons que nous n'évoquons ici que des contraintes résultant de lois fédérales au sens étroit. Il est évident en effet que la liberté des cantons en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice est aussi sur bien des points limitée par des garanties de procédure ou d'autres droits constitutionnels, mais dans ce cas il s'agit de contraintes générales, qui pèsent aussi bien sur le législateur fédéral que sur les législateurs cantonaux¹³⁶.

1. Les cas où le droit fédéral impose une juridiction cantonale unique

Depuis plus d'un siècle, des dispositions de lois fédérales de droit privé, en particulier de propriété intellectuelle, exigent que les cantons confient à une instance cantonale unique certains litiges¹³⁷. Cette exigence excluait d'une part

136 L'absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales et l'art. 191 Cst n'y changent rien: il ne s'agit en effet pas d'un blanc-seing permettant librement au législateur fédéral de violer la Constitution, mais d'une règle de répartition des rôles, laissant au Parlement fédéral la responsabilité de vérifier lui-même cette constitutionnalité. On peut renvoyer à ce sujet à la présentation de Philippe Nantermod dans le présent volume.

137 Cela commence avec les art. 30 de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 29 juin 1888 et 25 de la loi fédérale du 21 décembre 1888 sur les dessins et modèles industriels (RO 1887–1888 p. 684 ss et RO 1889–1890, p. 25 ss), qui précisent de la même manière que «les procès en contrefaçon seront jugés au civil en une seule instance par le tribunal auquel chaque canton attribuera cette compétence» et qu'en conséquence «la cause pourra être déferée en appel au tribunal fédéral quelle que soit l'importance du procès». La formulation se modernisera, mais sur le fond ces deux règles (instance cantonale unique et en conséquence recours au TF indépendant-

que ces derniers soient répartis entre plusieurs juridictions dans un même canton (par ex. plusieurs juridictions inférieures ayant des ressorts divisant géographiquement le territoire cantonal), d'autre part que le droit cantonal prévoit des recours ordinaires dans ce domaine. L'idée était apparemment de concentrer sur une seule juridiction cantonale des questions juridiques délicates et se posant assez peu fréquemment, en tout cas dans certains cantons, afin d'obtenir une certaine spécialisation et d'abrégé la succession des instances en permettant de saisir directement le TF contre la décision de première instance, à des conditions en conséquence facilitées¹³⁸. En revanche l'interprétation jurisprudentielle de ladite exigence n'a jamais considéré qu'elle excluait des recours cantonaux extraordinaires, par exemple des moyens de cassation¹³⁹. La liste des cas où une telle instance cantonale unique était imposée s'est progressivement allongée au fil du XX^e siècle. Elle a été pour l'essentiel reprise à l'art. 5 CPC. Il faut toutefois y ajouter encore les affaires concernant les effets civils de l'enlèvement international d'enfant¹⁴⁰.

L'exigence d'une juridiction cantonale unique pour certaines matières n'a donc rien d'une nouveauté. Elle a cependant pris un autre relief en raison de règles nouvelles figurant dans la LTF d'une part, dans le CPC d'autre part. Des dispositions de la première qui, nous l'avons vu, n'ont en pratique pleinement déployé leurs effets qu'à partir de 2011 à l'issue d'une période transitoire, ont eu pour effet d'imposer que la ou les juridictions cantonales uniques en question soient des juridictions supérieures. C'était en fait généralement déjà le cas auparavant, mais n'était jusque-là pas formellement imposé¹⁴¹.

Par ailleurs, l'art. 75 al. 2 LTF combiné avec les règles du CPC exclut désormais que le droit cantonal, sauf précisément lorsqu'une juridiction cantonale unique est exigée, prévoit des cas où des décisions civiles de première instance, même prises par une juridiction supérieure, puissent être susceptibles de recours direct au TF. Or, c'est ce que faisaient jusqu'alors de nombreux cantons en confiant par exemple certaines contestations dépassant une certaine valeur litigieuse à une section de leur tribunal cantonal.

ment de la valeur litigieuse) seront reprises notamment dans la loi de 1907 sur les brevets, puis dans de nombreuses autres législations similaires.

138 Les règles sur le recours au TF des lois fédérales en la matière renoncent dès lors toutes à l'exigence d'une valeur litigieuse dans un tel cas, comme le fait encore aujourd'hui l'art. 74 al. 2 let. b LTF. Sur l'histoire et les motifs de la règle exigeant une instance cantonale unique notamment en propriété intellectuelle, cf. notamment VINCENT SALVADÉ, La juridiction cantonale unique prescrite par la loi sur le droit d'auteur, in: Jacques Haldy et *al.* (éd.), *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 181 ss., sp. p. 185 s.

139 Cf. SALVADÉ (note 138), p. 189 s. et les réf. citées.

140 Cf. Commentaire romand, Code de procédure civile (ci-après CR CPC), 2^e éd., Bâle 2019, JACQUES HALDY, N3 *ad* art. 5.

141 Cf. SALVADÉ (note 138), p. 187.

Nous avons vu que ce changement a notamment conduit à l'instauration de la Chambre patrimoniale vaudoise dont il a été question plus haut. Cela ne s'est cependant pas fait sans aménagements. En même temps qu'il limitait en principe les recours directs au TF contre des décisions de première instance à celles rendues par une instance cantonale unique prévue par le droit fédéral, dans quelques hypothèses le droit fédéral a permis d'en créer de nouveaux cas, soit aux parties par convention, soit au droit cantonal. C'est l'origine de la règle de l'art. 8 CPC autorisant le demandeur à porter directement la cause devant le tribunal supérieur moyennant l'accord du défendeur. De même, les cantons se sont vu reconnaître la faculté de créer certains cas supplémentaires de décisions de première instance susceptibles d'un recours direct au TF, soit pour certaines affaires attribuées *ratione materiae et valoris* à un Tribunal de commerce dans les limites de l'art. 6 CPC, soit pour des litiges concernant les assurances complémentaires à l'assurance maladie sociale (art. 7 CPC).

Relevons qu'il n'est guère facile de discerner une cohérence dans ces diverses règles, adoptées à des époques et sur la base de préoccupations politiques diverses, puis simplement reprises dans la procédure civile unifiée et complétée alors par de nouvelles dispositions. Dans l'ensemble, les hypothèses énumérées par l'art. 5 CPC portent plutôt sur des litiges importants ne présentant pas une urgence particulière et posant des questions juridiques délicates, même si l'art. 74 al. 2 LTF envisage qu'il puisse s'agir parfois d'affaires à faible valeur litigieuse. L'absence d'appel possible sur les faits nécessite alors un établissement de ceux-ci en première instance particulièrement soigneux. Cela nous paraît avoir été à l'origine de la règle de l'art. 243 al. 3 CPC excluant toujours dans ces cas l'application de la procédure simplifiée, même si le Tribunal fédéral lui a donné une interprétation *contra legem* s'agissant d'affaires confiées par le législateur cantonal à un tribunal de commerce¹⁴². Mais la procédure simplifiée est au contraire toujours prescrite en matière d'assurance complémentaire à l'assurance maladie sociale (art. 243 al. 2 let. f CPC), même lorsqu'un canton a fait usage de la possibilité réservée par l'art. 7 CPC¹⁴³, qui concerne des cas souvent de faible valeur litigieuse et sans complexité juridique particulière. L'idée à la base des art. 7, 243 al. 2 let. f et 243 al. 3 *a contrario* CPC est alors autre et devait sans doute, dans l'esprit du législateur fédéral, essentiellement permettre de soumettre à la même juridiction prétentions résultant de l'assurance maladie sociale et prétentions résultant d'une assurance complémentaire, bien que les cantons puissent aussi confier ces deux sortes de litiges à des instances cantonales uniques différentes¹⁴⁴.

142 Cf. ATF 139 III 457 et 143 III 137 et CR CPC – DENIS TAPPY, N 25a *ad* art. 243.

143 Cf. CR CPC-DENIS TAPPY, N 25 *ad* art. 243.

144 Cf. RAQUEL POCHON et DENIS TAPPY, Compétence en matière d'assurances complémentaires et procédure de conciliation, *Journal des tribunaux* (ci-après JdT) 2016 II, p. 287 ss. La LPGA imposant une instance cantonale unique pour trancher les litiges concernant les assurances sociales, il n'aurait guère été possible de permettre de réunir devant un même juge des contesta-

En matière d'effets civils des enlèvements d'enfants, on a peut-être aussi recherché une certaine spécialisation du juge, mais le souci de diminuer les instances possibles pour accélérer la procédure a probablement été la *ratio legis* prépondérante. Enfin, nous ne savons pas très bien pourquoi la possibilité que l'art. 8 CPC donne aux parties de raccourcir d'un commun accord la succession des instances n'est accordée que pour de grosses contestations patrimoniales: ne pourrait-elle pas présenter un intérêt même dans des affaires d'une valeur patrimoniale inférieure à 100 000 frs., voire dans certaines affaires non patrimoniales? Peut-être l'intérêt protégé est-il dans ce cas plutôt celui de l'Etat à ne pas voir sa juridiction supérieure encombrée de cas bagatelle en première instance ...

2. *Les voies de droit du CPC et le nombre des instances*

Il résulte de ce qui précède que l'unification de la procédure civile, complétée par la fin de la période transitoire réservée par l'art. 130 al. 2 LTF, a sensiblement limité la liberté des cantons quant à la hiérarchie de leurs instances judiciaires civiles. Ils doivent prévoir deux degrés de juridiction, et ne peuvent en principe plus en instaurer un troisième dans les affaires soumises au CPC, ce qui, on l'a vu, a entraîné la disparition des tribunaux de cassation distincts, comme le *Kassationsgericht* de Zurich. Ils ne peuvent plus non plus, en raison des exigences de l'art. 75 al. 2 LTF, confier dans certaines affaires les recours ou appels selon les art. 308 ss CPC à une autorité judiciaire inférieure, comme certains cantons le faisaient jusqu'au 31 décembre 2010 notamment en matière de mesures provisionnelles. Ils ont perdu aussi la possibilité de soustraire à tout recours cantonal des affaires ne rentrant pas dans les cas limitativement énumérés où le droit fédéral prescrit une instance cantonale unique ou ceux pour lesquels une faculté cantonale en ce sens a été expressément instaurée par les art. 6 et 7 CPC.

En revanche, même en dehors de ces dernières hypothèses, il ne leur est en principe pas interdit de charger un tribunal supérieur de statuer en première instance. Cela implique cependant alors que ces décisions devraient être soumises à des possibilités de recours ou d'appel selon les art. 308 ss CPC s'adressant également à un tribunal supérieur du canton, solution peu satisfaisante en dehors de cas exceptionnels. Nous avons vu que c'était la raison de la création dans le canton de Vaud de la Chambre patrimoniale vaudoise¹⁴⁵.

tions relevant à la fois de l'assurance maladie sociale de droit public et d'une assurance complémentaire à celle-ci de droit privé sans qu'en procédure civile aussi il puisse s'agir d'une instance cantonale unique.

145 Cf. p. 323 s. ci-dessus. Un tel système de recours ou appel «latéral», confiant en première instance à une cour du tribunal supérieur des décisions qui pourront être attaquées selon les art. 308 ss CPC devant une autre cour de ce dernier (solution qui n'est pas sans évoquer celle qu'en matière pénale le législateur fédéral vient de choisir pour les appels désormais ouverts

3. *Autres impératifs*

L'introduction de la procédure civile unifiée n'a en principe rien changé au principe, découlant des art. 29a Cst et 6 CEDH, selon lequel les litiges civils doivent pouvoir être soumis à un juge. Le fait que le législateur fédéral n'ait pas imposé, on l'a vu, que l'autorité de conciliation soit une autorité judiciaire ne pose en principe pas de problème à cet égard. A défaut de transaction en effet la cause sera effectivement tranchée au fond par un juge ayant un plein pouvoir de cognition. De même, les propositions de jugement selon l'art. 210 CPC, même émanant d'une autorité de conciliation à caractère administratif, ne nous paraissent pas problématiques à cet égard, puisque chaque partie conserve la possibilité d'y échapper en faisant opposition (art. 211 al. 1^{er} CPC).

Plus délicates en revanche sont à cet égard les décisions rendues selon l'art. 212 CPC, puisqu'alors elles ne pourront être contestées que par un recours *stricto sensu* au sens des art. 319 ss CPC, l'appel étant exclu faute de valeur litigieuse suffisante (art. 308 al. 2 CPC). L'affaire pourra donc bien être finalement soumise à un juge, mais sans que celui-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait (art. 320 let. b *a contrario* CPC), ce qui n'est peut-être pas suffisant au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles précitées. Théoriquement, cela pourrait conduire non à obliger les cantons à donner un caractère judiciaire à leurs autorités de conciliation, mais à empêcher celles qui ont un caractère administratif de faire usage de la faculté offerte par l'art. 212 CPC. Ce ne serait pas une trop grande restriction, puisque l'art. 212 CPC est une simple *Kann-Vorschrift* et que de telles autorités pourraient simplement faire dans de telles situations le choix de rendre plutôt une proposition de jugement, dont les conditions seraient aussi réalisées selon l'art. 210 al. 1 let. c CPC. Une autre solution de *lege ferenda* pourrait consister à étendre dans ce cas le pouvoir de cognition de l'autorité de recours à un libre contrôle des faits. Rappelons pour terminer que le caractère judiciaire ou non d'une autorité ne dépend pas de son nom ni de son rattachement formel à l'ordre administratif ou judiciaire, mais s'apprécie selon un ensemble de critères tenant compte de sa désignation, de son indépendance, etc. Il n'est donc nullement exclu que certaines autorités de conciliation puissent être assimilées à des autorités judiciaires même si elles sont formellement rattachées à une préfecture¹⁴⁶ ou à un autre organe traditionnellement tenu pour administratif.

La liberté de déterminer l'organisation judiciaire comporte notamment celle de choisir entre autorité collégiale et juge unique. Si l'on excepte les exigences déjà mentionnées de composition paritaire de l'art. 210 CPC ou multidisciplinaire de l'art. 440 al. 1 CC, qui ne concernent que l'autorité de conciliation ou sortent du périmètre assigné à la présente étude, le législateur n'a pas introduit à

contre les décisions du Tribunal pénal fédéral), peut en revanche fournir une solution exceptionnelle, par exemple dans des cas résultant des règles de droit transitoire de l'art. 405 CPC.

146 ATF 139 III 98, trad. JdT 2014 I 35.

notre connaissance d'exigences à cet égard dans les affaires civiles, contrairement à ce qui résulte au pénal de l'art. 19 al. 2 CPP. Même en deuxième instance, rien n'empêche un canton de confier des recours ou des appels selon les art. 308 ss CPC à un juge unique du tribunal supérieur, ce que certains législateurs cantonaux ont effectivement fait en particulier s'agissant d'appels sur des mesures provisionnelles.

Déterminer la compétence à raison de la matière des autorités judiciaires cantonales relève clairement de l'organisation judiciaire. L'art. 4 al. 1^{er} CPC ne fait que le confirmer. A cet égard, les cantons ne sont en principe pas liés par les notions du droit fédéral, qu'il s'agisse de notions de droit matériel ou de procédure. Rien ne les empêche par exemple de retenir, pour déterminer les compétences d'un tribunal de prud'hommes ou d'un tribunal des baux, une définition de notions comme celle de droit du travail ou de droit du bail plus large ou plus restrictive que celles résultant du Code des Obligations ou des art. 210 ou 243 CPC. Cela a notamment pour conséquence que ces notions, dans le cadre d'un recours au TF fondé sur l'art. 92 LTF, ne seront jamais réexaminées par les juges de Mon-Repos avec un plein pouvoir d'examen¹⁴⁷.

Une exception, opportune nous semble-t-il mais constituant bien une dérogation légale au principe découlant de l'art. 122 al. 2 Cst, a toutefois été apportée à l'art. 4 al. 2 CPC en ce qui concerne les règles sur le calcul de la valeur litigieuse. Si les cantons s'y réfèrent pour déterminer la compétence à raison de la matière au sens large d'une de leurs juridictions civiles, ce qu'ils ne sont jamais tenus de faire, le calcul aura lieu conformément aux art. 91 ss CPC. Il s'agira à notre avis d'une application directe de ces règles à titre de droit fédéral, non de droit cantonal supplétif, ce qui impliquera notamment que cette application pourra en principe être librement contrôlée par le TF. Cela pourrait aussi avoir pour conséquence de rendre invalide, comme contraire au droit supérieur, des règles cantonales en la matière s'écartant des solutions des art. 91 ss CPC (p.ex. en matière d'impact sur la valeur litigieuse des conclusions reconventionnelles, de prise en compte de prétentions opposées en compensation, etc.) qui ont pu subsister dans certaines lois cantonales d'organisation judiciaire ou d'introduction au CPC¹⁴⁸.

Relèvent évidemment de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice, non de la procédure civile, les règles, d'ailleurs parfois de niveau simplement réglementaire, concernant par exemple la tenue vestimentaire des magistrats, leurs horaires de travail, d'éventuelles limites d'âge, etc. Le législateur fédéral n'a pas édicté ni songé à édicter à notre connaissance de règles en la matière qui se fonderaient sur l'art. 122 al. 2 *in fine* Cst. D'autres règles que cette dernière pourraient évidemment limiter à cet égard la liberté du législateur can-

147 Cf. par exemple ATF 125 III 461.

148 Cf. BASTIEN BRIDEL, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse. Exemples choisis en droit du bail à loyer, thèse Lausanne 2019, à paraître.

tonal (cf. par exemple TF 2C_546/2018 du 11 mars 2019 sur l'admissibilité face à la liberté religieuse et l'exigence de base légale de règles prohibant le port en audience par un fonctionnaire judiciaire de vêtements religieux visibles), mais sans qu'il n'y ait là rien de spécifique à la justice civile.

Il en va à notre avis pareillement pour les règles qui concernent les heures et jours d'ouverture des offices judiciaires (même si dans ce cas un effet peut se produire sur les règles concernant les délais, sur lesquelles nous reviendrons), le comportement des magistrats et leur éventuelle responsabilité disciplinaire, la surveillance et la haute surveillance sur les tribunaux (qui peut évidemment aussi être limitée par des exigences découlant de la Constitution ou de la CEDH concernant l'indépendance des tribunaux, mais non à notre avis par des interventions fédérales fondées sur l'art. 122 al. 2 *in fine* Cst), l'interdiction de certaines activités accessoires pour des magistrats, même employés à temps partiel (nous verrons toutefois qu'un problème d'articulation avec les règles du CPC sur la récusation peut se poser), ou les rapports de ceux-ci avec la presse (bien que là aussi l'articulation avec le principe de publicité résultant notamment de l'art. 54 CPC puisse être délicat).

III. Latitudes laissées aux cantons sur des questions de pure procédure

Si la nouvelle répartition des compétences entre Confédération et cantons implique en principe que la première réglemeinte intégralement la procédure civile, des exceptions laissant sur certains points les seconds décider sont naturellement possibles. Elles peuvent être expresses et nous avons déjà évoqué les délégations en ce sens qui concernent la représentation par d'autres conseils professionnels de des avocats¹⁴⁹.

Sont aussi des délégations expresses dans des questions relevant de la pure procédure civile le renvoi au droit cantonal concernant la publicité ou non des délibérations (art. 54 al. 2 CPC), la langue à utiliser en procédure dans les cantons qui reconnaissent plusieurs langues officielles (art. 129, 2^e phrase, CPC) ou la détermination de certains jours fériés pertinents en matière de calcul des délais (art. 142 al. 3 CPC). Il en va de même selon l'interprétation communément admise s'agissant de la «signature du préposé au procès-verbal», respectivement de la «signature du tribunal» prévue sur les procès-verbaux ou les décisions par l'art. 238 let. h CPC¹⁵⁰.

Les plus importantes en pratique de ces compétences déléguées au droit cantonal concernent les questions de frais et figurent aux art. 96 CPC (tarifs

149 Cf. p. 321 ci-dessus à propos des représentants professionnellement qualifiés devant les tribunaux spécialisés en droit du bail ou en droit du travail. Les cantons peuvent de même autoriser des agents d'affaires à représenter professionnellement les parties dans certains procès, cf. art. 68 al. 2 let. b CPC.

150 Cf. CR CPC – TAPPY, N 6 *ad* art. 238 et N 15 *s ad* art. 238 CPC.

cantonaux en matière de frais) et 116 al. 1^{er} CPC (possibilité de prévoir des dispenses de frais plus larges que celles imposées par le droit fédéral). Il s'agit bien de règles de procédure et la Confédération aurait en pratique pu arrêter elle-même exhaustivement les tarifs et les dispenses éventuelles, comme elle l'a d'ailleurs fait pour certaines procédures judiciaires fondées sur la LP¹⁵¹. Comme les frais doivent notamment respecter des principes constitutionnels impliquant de tenir compte dans une certaine mesure du coût de la justice pour l'Etat, qui peut lui-même dépendre de l'organisation judiciaire, le choix d'une délégation en la matière nous paraît toutefois pleinement justifié. Relevons que si les questions des frais de justice et avances exigées du demandeur, pour lesquels certains estiment que de nombreux cantons ont des exigences prohibitives, est l'un des points sur lesquels l'avant-projet de révision du CPC mis en consultation en mars 2018 propose d'importants changements, il s'agirait de limiter en la matière la latitude des cantons, non de la supprimer.

L'art. 94 al. 2 CPC, qui précise que «lorsque les demandes reconventionnelle et principale ne s'excluent pas, leurs valeurs litigieuses respectives sont additionnées pour déterminer les frais» a pu donner lieu à certaines difficultés d'interprétation. A notre avis, il ne faut pas analyser cette règle comme un empiètement du droit fédéral sur une question relevant en principe de l'organisation judiciaire et donc du droit cantonal, ainsi que c'est le cas à l'art. 4 al. 2 CPC évoqué plus haut. Avec l'art. 94 al. 2 CPC, on a bien affaire à une règle de procédure civile, qui vient cependant limiter sur un problème particulier la délégation en faveur du droit cantonal pour la réglementation des frais prévue en principe par l'art. 96 CPC. Dans les deux cas cependant, il s'agit d'une exception à une règle plus générale. Tout au plus le sens à donner à celle figurant à l'art. 4 al. 2 CPC peut-il être influencé par le fait qu'il s'agit d'une dérogation légale à une attribution compétant en principe constitutionnellement aux cantons: une interprétation conforme à la Constitution pourrait dès lors inciter plutôt à donner une portée restrictive à la règle de l'art. 4 al. 2 CPC. Il n'en va pas forcément de même pour la règle de l'art. 94 al. 2 CPC, dont la portée doit simplement dépendre du but recherché par le législateur en édictant cette disposition et celle de l'art. 96 CPC, de natures équivalentes.

Si les cas ci-dessus concernent des questions délibérément déléguées aux cantons, peut-il y avoir des cas où la compétence de ceux-ci sur des points relevant par leur nature de la procédure civile leur est laissée tacitement? En pratique, on doit forcément l'admettre parfois. Nous n'en donnerons que deux exemples: le premier concerne l'éventuelle voix consultative des greffiers ou d'autres collaborateurs du tribunal. En soi, le recours à ceux-ci et leur rôle éventuel dans le fonctionnement du tribunal, la rédaction des procès-verbaux ou des décisions, etc. relève de l'organisation judiciaire, voire de l'administration de la justice au sens étroit. Il est donc normal qu'il n'en soit pas fait mention dans le

151 Cf. art. 48 ss OELP et CR CPC – TAPPY, N 4 *ad* art. 96 CPC.

CPC, alors que ces fonctions apparaissent dans des lois réglementant notamment la structure de juridictions fédérales comme le TF (art. 24 al. 1^{er} *in fine* LTF) ou le Tribunal fédéral des brevets (art. 24 al. 1^{er} *in fine* LTFB).

Toutefois, le mode de délibération et de prise de décision d'un tribunal est bien une question de procédure, d'ailleurs réglée dans le CPC (art. 236). N'aurait-il pas fallu dès lors mentionner si d'autres que les membres du tribunal pouvaient aussi participer à la discussion avec une voix seulement consultative, comme les dispositions précitées le prévoient devant le TF ou le Tribunal fédéral des brevets (et comme l'art. 348 al. 2 CPP en matière de procédure pénale le prévoit pour les juridictions cantonales comme fédérales), ou au moins préciser que la question relevait du droit cantonal si une unification à cet égard n'était pas nécessaire? Une solution consistant à considérer que, dans le silence de la loi, aucune influence d'un tiers sur la formation de la volonté du tribunal lors des délibérations n'est admissible, fût-ce à titre simplement consultatif, pourrait être une manière d'interpréter *a contrario* l'art. 236 CPC. Aucune trace d'une volonté en ce sens du législateur fédéral ne peut toutefois être déduite des travaux préparatoires. Le fait que, au moment même où il s'occupait du CPC unifié, ledit législateur a prévu une voix consultative du greffier dans les procès devant le Tribunal fédéral des brevets soumis en général au même CPC nous paraît plutôt un indice qu'il a considéré que la question devait être réglée en lien avec l'organisation de chaque tribunal. Aussi, pensons-nous qu'il reste du ressort du droit cantonal de prévoir ou non une voix consultative accordée au greffier, voire à d'autres collaborateurs de la justice¹⁵².

Un même raisonnement nous paraît pouvoir être fait à propos de la question du droit pour un juge minorisé de faire connaître son opinion dissidente (*dissent-ing opinions*), qui ne semble pas avoir été réellement discutée dans les travaux préparatoires du CPC¹⁵³. En soi, il s'agit à notre avis d'une question touchant à la motivation des décisions, qu'on pourrait donc considérer comme relevant davantage d'un problème de procédure que d'organisation judiciaire. Une règle permettant expressément une telle opinion dissidente et réglant la forme qu'elle devrait recevoir, ou laissant les cantons régler la question, aurait pu figurer soit à l'art. 54 CPC en lien avec la publicité des délibérations, soit à l'art. 238 CPC à propos du contenu des décisions. Dans la mesure cependant où le législateur fédéral n'en a rien fait, sans par ailleurs que les règles traditionnelles

152 On peut se demander toutefois si la loi vaudoise sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010, qui traite les experts désignés par le tribunal des baux comme des sortes de membres *sui generis* de celui-ci et leur accorde une voix délibérative (art. 6 al. 4: «en tout temps, le tribunal peut s'adjoindre le concours d'un ou plusieurs experts, qui participent à l'instruction, aux débats et aux délibérations du tribunal, avec voix consultative») est réellement compatible avec le système du CPC, voire avec les exigences constitutionnelles sur la composition des tribunaux.

153 On sait en revanche, s'agissant du TF, que la question est actuellement débattue dans le cadre des délibérations des Chambres fédérales sur le projet en cours de révision de la LTF, même si les commissions parlementaires semblent ne pas vouloir d'une telle institution.

d'interprétation conduisent à admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié par lequel il aurait voulu exclure une telle institution, on peut vraisemblablement admettre que la question reste abandonnée au droit cantonal.

On sait que le CPC unifié se caractérise par une grande souplesse, laissant souvent au juge une importante marge de manœuvre, avec parfois la possibilité de choisir entre plusieurs solutions procédurales bien distinctes: mentionnons par exemple sa liberté de déléguer ou non à un membre d'une autorité collégiale certaines opérations (art. 125 al. 2 et 155 al. 1^{er} CPC), d'ordonner ou non un second échange d'écritures en procédure ordinaire (art. 225 CPC), d'ordonner ou non des débats d'instruction avant les débats principaux, ce qui peut avoir des conséquences sur le dernier moment pour compléter les allégations et offres de preuves (art. 226 al. 1^{er} et 229 al. 2 CPC), de communiquer ou non le dispositif de la décision séparément de sa motivation (art. 239 CPC), de renoncer ou non à tenir audience en procédure sommaire (art. 256 al. 1^{er} CPC), de prévoir ou non des écritures supplémentaires, des débats ou des administrations de preuves en appel (art. 316 CPC), etc. En pratique, de nombreuses juridictions ont fait depuis 2011 usage de ces facultés pour s'écarter le moins possible des pratiques cantonales, voire propres à certains tribunaux, qui avaient cours sous l'ancien droit. Cela a certainement facilité la réception du nouveau code, tout en réduisant dans une certaine mesure l'effet d'uniformisation que certains attendaient de lui.

Les dispositions qui précèdent laissent cependant le choix au juge, non au législateur cantonal. Aussi ne nous paraît-il pas admissible sur le plan des principes que certains de ces choix soient imposés, ni par des dispositions législatives cantonales, qui seraient à notre avis clairement contraires au droit supérieur, ni même par de simples recommandations, directives ou mementos relevant de la *soft law*. Il est évident cependant que, dans ce dernier cas, il n'est guère possible de l'empêcher (comment s'opposer à des pratiques recommandées p.ex. par une réunion de juges de première instance qui se mettraient d'accord pour renoncer en règle générale à convoquer une audience dans une affaire de mainlevée, qui n'aura aucun caractère contraignant et ne serait sans doute même pas publiée?) et qu'à tout prendre des lignes directrices régionales ou par type de juridiction ne sont pas pires, notamment sous l'angle de l'égalité de traitement, qu'une absence complète d'uniformité.

La limite entre règle d'organisation judiciaire licite et empiètement cantonal illicite sur la procédure civile fédérale peut d'ailleurs être difficile à tracer: nous l'avons dit, le CPC place en principe dans la compétence du juge le choix de déléguer ou non à un seul membre d'une juridiction collective certaines opérations. En revanche, un canton doit pouvoir, en réglant l'organisation judiciaire et la compétence matérielle et fonctionnelle de ses autorités, distinguer des cas où cette compétence est confiée à une juridiction collégiale, et d'autres où elle l'est au seul président de cette dernière. Rien n'empêche même selon nous que cette compétence puisse dépendre d'éventuelles phases du procès ou de modification

de son objet en cours d'instance. Ainsi à notre avis le droit cantonal ne viole nullement le droit fédéral de procédure civile en prévoyant par exemple, comme le fait le Code de droit privé judiciaire vaudois, que lorsque la loi désigne une autorité collégiale pour statuer sur le fond, le président dirige l'échange des écritures et la procédure préparatoire (art. 42 al. 1^{er} CDPJ), ou qu'il statue seul pour trancher une décision incidente selon l'art. 237 CPC (art. 42 al. 2 let. e CDPJ), prendre acte d'une transaction (art. 43 al. 1 let. a CDPJ) ou déclarer irrecevable une action ou un recours faute d'avance des frais (art. 43 al. 1^{er} let. b CDPJ). Il faut bien avouer cependant qu'il n'y a pas une grande différence pratique avec une délégation à un juge délégué qui serait prévue par le droit cantonal.

IV. Questions mal délimitées ou non réglées

Avec la question d'une voix consultative du greffier ou celle de l'admissibilité et la forme éventuelle d'opinions dissidentes exprimées par un juge minorisé, nous avons déjà évoqué deux institutions qui auraient pu être réglées par le législateur fédéral dans le CPC, mais que nous considérons comme abandonnées tacitement au droit cantonal. Nous y avons vu des questions de nature procédurale, mais restées de la compétence des cantons faute que la Confédération ait fait à leur sujet usage de son pouvoir de légiférer, même si on est dans les deux cas proche de la limite entre procédure civile et organisation judiciaire.

D'autres institutions peuvent davantage encore susciter l'hésitation quant à leur nature exacte. On pourrait songer à la question du rattachement des règles cantonales sur la modération des honoraires d'avocat¹⁵⁴, ou encore des pouvoirs de police d'audience¹⁵⁵. Nous n'évoquerons ici que la difficile articulation entre règles de récusation et règles d'incompatibilités.

En soi, on pouvait hésiter à voir dans la récusation une institution de procédure ou d'organisation judiciaire. Avant 2011 les législations cantonales hésitaient. On y trouvait en effet des règles sur la récusation tantôt dans les codes de procédure civile cantonaux tantôt dans des lois d'organisation judiciaire applicables à l'ensemble des juridictions d'un canton. En édictant les art. 47 ss CPC, le législateur a fait le choix, justifié à notre avis, d'un rattachement à la

154 Cf. YERO DIAGNE, la procédure de modération des honoraires de l'avocat, thèse Lausanne 2012; CR CPC-Tappy N 15 *ad* art. 105 CPC. La question se complique encore ici du fait qu'il subsiste en l'état actuel de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 une place pour des règles cantonales de droit public réglementant cette profession dans des domaines où la réglementation fédérale n'est pas exhaustive. C'est peut-être aussi à ce titre, plutôt que dans le cadre du comblement d'une lacune des art. 117 ss CPC, que les cantons restent à notre avis compétents pour réglementer (par exemple en organisant un tournus) le cas échéant le choix d'un avocat d'office lorsque celui-ci doit être désigné par le juge.

155 Le législateur fédéral en a traité à l'art. 128 CPC, mais cette disposition ne nous paraît pas épuiser le sujet, et ne détermine en particulier pas dans quelle mesure le juge peut recourir, le cas échéant préventivement, aux forces de police locales pour assurer l'ordre d'une audience qui pourrait être houleuse.

procédure. Le but est toutefois d'assurer à l'égard des parties une composition du tribunal respectant l'exigence constitutionnelle et conventionnelle d'un juge impartial. Or, ce but relève d'une certaine manière de l'organisation judiciaire.

Surtout, ce but est aussi favorisé par des incompatibilités qui, elles, sont clairement des règles d'organisation judiciaire. On trouve fréquemment des règles interdisant la présence dans un même tribunal de parents trop proches, des règles tendant à assurer l'absence de lien suspect avec les pouvoirs exécutif et législatif, etc. Plus récemment, de telles incompatibilités ont limité la possibilité d'être juge suppléant pour des avocats susceptibles de représenter aussi des parties devant leur tribunal de rattachement (cf. p.ex. art. 19 al. 2 *in fine* OJV VD). Elles peuvent être conçues comme des règles préventives, destinées à réduire le risque d'une apparence de prévention susceptible d'entraîner une récusation.

Le lien existe donc bien entre les deux institutions. Dans certains cas, il devient très fort: ainsi, dans le canton de Vaud où fonctionne comme autorité de conciliation le juge du fond ou un membre délégué si ce juge a une composition collective, une règle d'organisation judiciaire prescrit que «sauf exception, il ne s'agira cependant pas du magistrat amené personnellement à instruire et à juger de l'affaire au fond» (art. 41 al. 1^{er} *in fine* CDPJ). De même, le droit vaudois précise en cas de demande d'assistance judiciaire que, «lorsque le juge refuse l'octroi de l'assistance judiciaire en raison de l'absence de chances de succès, il ne peut statuer sur le fond» (art. 39 al. 3 CDPJ). Or, dans ces deux cas l'art. 47 al. 2 let. a et b CPC pose expressément comme règle qu'il n'y a pas de récusation. On n'est donc pas très loin de règles cantonales destinées à contourner la norme fédérale. Les mécanismes de mise en œuvre restent cependant distincts¹⁵⁶, de telle sorte qu'à notre avis il n'y a pas dans les règles cantonales précitées de contrariété avec le droit supérieur.

D. Evolutions possibles

I. Réserve de l'art. 122 al. 2 Cst et développement éventuel de la juridiction fédérale

Dans sa formulation actuelle, l'art. 122 al. 2 Cst précise, on l'a dit, que l'organisation judiciaire et l'administration de la justice sont du ressort des cantons. Il réserve toutefois de possibles règles légales contraires, sans poser de conditions pour qu'elles soient admissibles. L'attribution expresse de l'organisation judi-

156 Règles préventives, les art. 39 al. 3 et 41 al. 1^{er} *in fine* CDPJ entraînent en principe un changement de personne automatique au sein de la juridiction de fond, sans atteinte à la garantie du tribunal prévue par la loi, pas plus par exemple que si un juge est remplacé parce qu'il prend sa retraite, sans qu'il y ait besoin d'une requête ni du juge concerné ni d'une partie, alors que la récusation apparaît d'une certaine manière comme une dérogation à la garantie précitée imposée par le droit à un juge impartial.

ciaire et de l'administration de la justice aux cantons n'aurait pas été absolument nécessaire (mais c'était au fond déjà vrai dans les formulations de 1874, puis 1898 de l'art. 64 Cst 1874), puisque cette solution aurait pu résulter simplement du système de répartition des tâches donnant la compétence primaire aux cantons (art. 3 Cst). Elle a cependant pour mérite d'éviter tout risque que ces deux domaines soient considérés comme englobés dans la procédure civile, en particulier s'agissant de l'administration de la justice, qui n'est pas une notion très claire¹⁵⁷. De la même manière, préciser en 1874/1898 que la procédure civile, l'organisation judiciaire et l'administration de la justice demeuraient aux cantons avait l'avantage d'exclure clairement tout risque que ces domaines puissent être considérés comme faisant partie, à titre de droit civil formel, des matières que la Confédération était alors appelée à codifier.

La fin de l'art. 122 al. 2 Cst a en revanche une portée très concrète, puisque cette disposition habilite la Confédération à intervenir en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice civile. Cette habilitation va plus loin que l'ancienne réserve introduites à l'art. 64 al. 3 *in fine* en 1898, qui devait être interprétée comme ne permettant que des interventions nécessaires pour la mise en œuvre du droit privé matériel¹⁵⁸. Selon le texte actuel, la Confédération est en réalité très libre: elle pourrait pratiquement introduire toutes les interventions lui paraissant opportunes. Elle est d'ailleurs aussi, on l'a vu, constitutionnellement en droit de créer de nouvelles juridictions inférieures fédérales, y compris en matière civile.

Néanmoins, la mention expresse que l'organisation judiciaire et l'administration de la justice appartiennent en principe aux cantons signifie à nos yeux que la Confédération doit se limiter à des interventions ponctuelles. Elle ne pourrait pas par exemple imposer un modèle complet d'organisation judiciaire aux cantons, en ne leur laissant que le choix des ressorts et la nomination des magistrats. Cette réserve expresse de l'organisation judiciaire aux cantons pourrait aussi impliquer une limite au droit pour la Confédération d'attribuer la compétence de trancher les litiges civils à des autorités fédérales: l'art. 191 a al. 3 Cst l'habilite certes à créer d'autres tribunaux civils fédéraux de première

157 L'organisation judiciaire, soit les règles concernant la structure des tribunaux, leurs compétences matérielles, leur rang, la nomination de leurs magistrats, n'est pas une notion difficile à cerner. Il en va différemment de l'administration de la justice. Tels que ces termes sont utilisés à l'art. 122 al. 2 Cst, où ils correspondent à l'allemand *Rechtssprechung* (c'était déjà le cas dans la version de 1898 de l'art. 64 al. 3 Cst 1874), ils n'ont pour certains auteurs pas vraiment de signification propre et qualifient seulement l'action de l'Etat en vue de rendre la justice, cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT et PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Zurich 2003, p. 983. Dans un sens plus étroit, le terme peut se référer à la gestion des ressources, notamment en locaux, bureautique et personnel, qui doit permettre aux tribunaux de s'acquitter de manière satisfaisante de leurs tâches juridictionnelles, cf. ETIENNE POLTIER, Le pouvoir judiciaire «s'administre lui-même», *Justice-Justiz-Giustizia* (rev. él.) 2012/3, reprint in: Stephan Gass et al. (éd.), *Justice en Lumière. Contributions choisies de la Revue suisse des juges*, 2008–2012, Berne 2013, p. 171 ss, sp. p. 173 s.

158 Cf. POUURET (note 60), p. 239 ss.

instance que le Tribunal fédéral des brevets ou à étendre les attributions de ce dernier¹⁵⁹. Néanmoins, cela ne pourrait aller, sans modification constitutionnelle préalable, jusqu'à dépouiller les cantons de la totalité ou de la plus grande partie de la juridiction civile.

De toute façon cependant telle ne paraît pas à vues humaines une évolution sérieusement envisageable. Sans révolution politique préalable, on imagine mal la Confédération vouloir s'accaparer la justice civile courante de première instance (litiges de droit de la famille, petits procès pécuniaires, etc.), ce qui l'obligerait d'ailleurs en pratique, pour répondre aux exigences d'une justice de proximité, à créer de multiples juridictions réparties sur le territoire.

Etendre la juridiction du Tribunal des brevets, par exemple à d'autres domaines de la propriété intellectuelle, serait probablement davantage concevable. Nous pensons néanmoins qu'il ne faudrait le faire qu'avec une extrême prudence, même s'agissant de certains des litiges pour lesquels l'actuel art. 5 CPC prescrit aux cantons de prévoir une instance cantonale unique, qui seraient parmi les affaires les plus susceptibles de se prêter à un tel transfert. Il faudrait dans une telle hypothèse être particulièrement attentif aux problèmes de cumul et de concours d'actions, en pratique assez rares dans les affaires de brevet, mais très fréquents notamment dans celles concernant les raisons de commerce et certains domaines de la propriété intellectuelle comme les marques, voire les droits d'auteurs. Ces problèmes sont déjà épineux aujourd'hui lorsqu'une partie entend invoquer tant des règles juridiques relevant d'une juridiction cantonale unique que des règles relevant des juridictions ordinaires (notamment en fondant son action sur le droit des raisons de commerce ou le droit des marques et sur le droit au nom selon l'art. 28 CC). Attribuer certaines de ces affaires par exemple à un Tribunal des brevets élargi ne pourrait qu'accroître ces difficultés.

II. Problèmes liés à l'informatique et à la bureautique

Dans un monde où les questions numériques évoluent à une vitesse qui donne le vertige, des transformations profondes, non des questions fondamentales relatives au droit et à la justice, mais de la gestion quotidienne des tribunaux sont inévitables. Les premiers pas effectués dans le cadre de l'art. 139 CPC pour permettre la communication électronique entre parties et autorités judiciaires (communication qui ne semble à vrai dire pas avoir soulevé jusqu'à présent un grand enthousiasme auprès des praticiens), devraient à moyen terme être complètement dépassés. Depuis 2016 en effet un projet *Justitia 4.0*, aujourd'hui bien avancé, qui associe l'Office fédéral de la Justice, la conférence des directeurs des départements cantonaux de justice et police, le TF, les tribunaux cantonaux, les procureurs de la Confédération et des cantons et la Fédération suisse

159 Cf. p. 332 ss ci-dessus.

des avocats, étudie l'introduction de règles susceptibles de généraliser la tenue purement électronique des dossiers. Il devrait à terme (on parle de 2026) imposer sous réserve de quelques exceptions la communication électronique et la tenue électronique des dossiers, dans des formats à la fois sécurisés et permettant la transmission d'une instance à une autre, devant l'ensemble des juridictions fédérales et cantonales, civiles, pénales ou administratives.

Ce vaste chantier, qui fera certainement l'objet de présentations propres devant la SSJ¹⁶⁰, nécessitera au moins des modifications des différentes lois de procédure civile, pénale et administrative. Par rapport à la juridiction civile, les innovations qui devraient être introduites ne nous semblent pas poser de problèmes de constitutionnalité: si la communication électronique entre parties et tribunaux entre sans doute dans la notion de procédure civile, des règles sur la tenue interne des dossiers judiciaires excèdent à notre avis cette dernière pour relever de l'organisation judiciaire, voire de l'administration de la justice au sens étroit. L'art. 122 al. 2 *in fine* Cst permet cependant évidemment des exigences fédérales dans un tel domaine, où par ailleurs le besoin d'uniformité est évident. Il en va probablement de même pour des exigences similaires en matière de gestion des dossiers pénaux en vertu de l'art. 123 al. 2 *in fine* Cst, même si la nécessité alors d'imposer de telles règles aussi pour la tenue de certains dossiers de police, voire d'exécution des peines, pourrait compliquer un peu les choses.

La question de constitutionnalité en matière de juridiction administrative pourrait être plus délicate¹⁶¹. Il est évident cependant que toute unification dans ce domaine devrait toucher au moins à terme aussi les juridictions administratives, ne serait-ce que parce que de nombreuses juridictions, en particulier la majorité des tribunaux cantonaux et le TF lui-même, ont un caractère mixte. On concevrait mal dans le long terme que ces juridictions doivent gérer parallèlement plusieurs systèmes d'informatisation des dossiers! Mais en dehors de simples scrupules constitutionnels, il se pourrait que la justice administrative soit aussi le secteur où cette uniformisation soit la plus difficile à réaliser en raison des liens qu'elle peut légitimement vouloir entretenir avec les administrations cantonales ou fédérales dont proviennent les dossiers sur lesquels elle

160 Pour des présentations récentes, cf. notamment STEPHAN JAU, E-Justice: Quo vadis?, HAVE/REAS 2019/1, p. 79 ss; STEPHAN BREITENMOSER et ROLAND HOFMANN, Akten-Digitalisierung und elektronischer Rechtsverkehr, Justice-Justiz-Giustizia 2019/1 (rev. él.); MICHAELA MACHLEIDT LEHMANN, Die E-Justizakte – Anforderungen/Anwendung/Ausblick, Justice-Justiz-Giustizia 2019/1 (rev. él.).

161 La Confédération peut évidemment légiférer sur une tenue électronique des dossiers de justice administrative dans le cadre d'une révision de la loi fédérale de procédure administrative, voire en matière de contentieux des assurances sociales de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales. C'est plus douteux en revanche qu'elle puisse en l'état imposer des règles s'appliquant dans le cadre des lois de procédure administrative cantonale. La question ne se posera cependant que si certains cantons se montrent récalcitrants à réaliser eux-mêmes les alignements nécessaires, ce qui en pratique n'arrivera peut-être pas. Examiner si dans le cas contraire la création d'une nouvelle base constitutionnelle serait indispensable dépasse évidemment le cadre de la présente étude.

doit statuer et qui dans certains cas ont développé ou développent leurs propres modèles de dossiers informatiques. Des questions analogues pourraient compliquer aussi l'intégration au projet précité des dossiers des autorités de protection de l'adulte et de l'enfant, à la lisière des procédures civiles et administratives. On partira de l'idée qu'aucun de ces problèmes n'est insoluble et que le groupe qui y travaille saura proposer des réponses idoines.

Dans des domaines voisins, l'avant-projet mis en consultation en mars 2018 propose d'introduire dans le CPC des bases légales permettant au Conseil fédéral de prévoir par voie d'ordonnance des formats obligatoires pour la publication en ligne des arrêts cantonaux d'une part, pour la transmission d'indications destinées à établir des statistiques performantes en matière de justice civile d'autre part. Une recherche d'uniformité et des collectes de données dans ces domaines peuvent naturellement être légitimes, mais impliquent aussi certains risques (protection insuffisante des données sensibles ainsi divulguées ou collectées, multiplication de tâches s'écartant de la fonction première de la justice ...) dont on veut croire qu'ils ne se concrétiseront pas.

III. De «fausses bonnes idées»: uniformiser la structure des juridictions cantonales ou la formation des juges

Nous l'avons dit, des règles imposant complètement aux cantons la structure de toutes leurs autorités judiciaires, qu'il ne leur resterait plus qu'à nommer et à gérer, réduiraient quasi à néant l'attribution expresse aux cantons de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice et excéderaient donc à nos yeux ce que permet la réserve des dispositions légales contraires à la fin de l'art. 122 al. 2 Cst. Mais quoi qu'il en soit cela ne serait ni politiquement réaliste, ni théoriquement souhaitable. Il existe en effet un attachement parfois considérable de la population et des praticiens du droit à certaines juridictions cantonales traditionnelles ainsi que des intérêts hautement dignes de protection à ce que puissent subsister en la matière des solutions distinctes.

Nous pensons avoir montré par nos trop longs développements historiques que la variété en la matière tendait plutôt à augmenter. Cela s'explique par des sensibilités politiques, des structures socio-économiques, voire des caractéristiques culturelles distinctes d'un canton à un autre: on comprend facilement pourquoi un tribunal des baux existe à Genève, mais non en Valais, canton politiquement moins à gauche, mais aussi peuplé d'un pourcentage de propriétaires sensiblement plus élevé qu'au bout du lac et où les loyers ont de toute façon moins tendance à flamber! Ce n'est au reste pas un discours par essence conservateur: la liberté des cantons de créer leurs propres juridictions a souvent servi à des avancées sociales (p.ex. précisément en matière de tribunaux des baux ou de prud'hommes), qui n'auraient pas ou pas tout de suite réuni un soutien suffisant pour être imposées dans l'ensemble du pays. Et l'expérience récente du tribunal de la famille en Argovie montre que ce rôle de pionnier de

certains cantons en la matière n'est nullement condamné à appartenir à un passé révolu.

Peut-être doit-on souligner aujourd'hui que toute uniformisation forcée a ses perdants. Les nombreux cantons qui auraient préféré conserver leurs juges d'instruction lors de l'unification de la procédure pénale, où les contraintes exercées par le droit fédéral sur l'organisation judiciaire cantonale ont été sensiblement plus fortes qu'en matière civile, en ont fait la pénible expérience. Peut-être certains chantres d'une uniformisation plus grande de l'organisation judiciaire en Suisse seraient-ils moins enthousiastes en prenant conscience qu'une telle uniformisation pourrait se traduire par la suppression des tribunaux de commerce, dont la majorité des citoyens suisses ne semble pas percevoir les avantages, ou par un choix d'autorité de conciliation contraire à une solution cantonale qu'ils estiment heureuse.

A défaut d'une uniformisation de la structure des tribunaux eux-mêmes, certains pourraient préconiser des interventions fédérales pour poser par exemple des exigences de formation juridique des juges. Si l'on pense aux magistrats tranchant des litiges comme juges uniques, on peut effectivement se demander si la longue tradition suisse des juges laïcs ne marche pas vers sa fin. Les exemples du vote zurichois récent en ce sens, mais du rejet du postulat Basili et Zufferey par le Grand Conseil valaisan, montrent toutefois que la situation évolue à cet égard à des rythmes différents selon les cantons, sans qu'à notre avis il n'y ait de raisons suffisantes pour forcer les choses par une mesure imposée d'en haut. La Confédération serait d'ailleurs assez mal placée pour exiger des cantons pour leurs magistrats inférieurs des formations qu'elle ne pourrait pas elle-même exiger formellement des juges du TF sans une révision de la Constitution!

Ajoutons que si les juges uniques non juristes sont peut-être bien voués à disparaître progressivement, l'institution de juges assesseurs donnant des éclairages différents dans des collèges présidés par un juriste ne nous paraît nullement une institution dépassée. Même si nous ne souhaitons pas non plus de contrainte fédérale en la matière, on a d'ailleurs vu que des voix réclamant des règles en ce sens à propos de tribunaux de la famille se manifestaient et que la question pourrait revenir sur le tapis à moyen terme.

IV. L'échec des juridictions intercantionales

L'art. 191b al. 2 Cst, accepté avec notamment la révision de l'art. 122 Cst lors de la votation du 12 mars 2000 déjà évoquée, autorise expressément les cantons à constituer des autorités judiciaires communes. Le constituant imaginait que des cantons puissent se grouper afin de se doter par exemple de juridictions spécialisées dans des domaines où elles n'auraient pas eu sans cela un nombre suffisant d'affaires à traiter. Les travaux préparatoires évoquaient l'hypothèse de juridictions des mineurs intercantionales ou, en matière civile, de tribunaux de commerce intercantonaux.

En réalité, aucune institution importante de ce type n'a vu le jour¹⁶². Il ne faut pas s'en étonner à notre avis. Le pouvoir judiciaire est un élément essentiel de la structure étatique. Si un canton n'avait plus la masse critique pour l'exercer lui-même, quitte à trouver des solutions adaptées à sa taille, ce qui est précisément l'une des raisons d'être de la répartition des compétences de l'actuel art. 122 al. 2 Cst, ne faudrait-il pas sérieusement se demander si son existence même en tant qu'Etat ne devrait pas être remise en question? Il nous paraît dès lors peu vraisemblable que l'art. 191b al. 2 Cst apporte dans un avenir prévisible des solutions pour l'organisation d'autorités communes à plusieurs cantons dans les grands domaines traditionnels de la juridiction civile.

Peut-être en revanche serait-il utile d'envisager des institutions communes pour des autorités de surveillance ou de préavis sur les nominations judiciaires, entrant dans le cadre de la vague récente de constitution de conseils de la magistrature. Il se pourrait en effet que, dans ce domaine particulier, une structure tenant étroitement à un seul canton, surtout s'il est de très petite taille, soit un handicap sous l'angle notamment de l'indépendance, voire de la distance par rapport au monde judiciaire local qu'on peut attendre d'une telle institution. Relevons cependant que cela ne devrait selon nous pouvoir s'envisager que de la libre volonté des cantons concernés, sans d'ailleurs peut-être que l'art. 191b al. 2 Cst soit directement applicable, car les fonctions d'une telle autorité ne sont pas ou pas toutes judiciaires. Des exigences de la Confédération en la matière ne nous paraissent ni souhaitables ni même possibles en l'état: certes peut-être pourraient-elles s'appuyer en matière civile et pénale sur les art. 122 al. 2 *in fine* ou 123 al. 2 *in fine* Cst, mais un conseil de la magistrature ou une institution analogue ne peut guère avoir de sens s'il ne chapeaute pas aussi les juridictions administratives du ou des cantons concernés, pour lesquelles toute base constitutionnelle pour une intervention fédérale ferait défaut.

V. Des adaptations de détail souhaitables

Les lignes qui précèdent montrent que le soussigné n'estime pas les organisations judiciaires cantonales dépassées et ne souhaite pas de grands bouleversements face aux nouveaux équilibres récemment mis en place. Cela ne signifie pas qu'aucun changement ne lui paraisse souhaitable, mais ils ne doivent pas forcément aller dans le sens d'une unification croissante: si en effet la nouvelle répartition entre procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale pose naturellement certains problèmes pouvant nécessiter des aménagements,

162 Il existe certes d'assez nombreuses juridictions intercantionales, mais il s'agit généralement de commissions de recours non permanentes chargées de trancher de rares litiges liés par ex. à la délivrance de certains diplômes, cf. ATF 136 II 470; TF 2C_1216/2013 du 21 avril 2014. Bien que la chose soit concevable par exemple s'agissant de contentieux liés à l'emploi de personnel d'une institution supra-cantonale, nous ne connaissons pas de cas pratiques concernant des affaires civiles.

la solution ne réside pas nécessairement dans des règles fédérales limitant la liberté des cantons de structurer leurs autorités judiciaires de la manière leur paraissant la plus judicieuse: comme cela a été fait pour permettre le maintien des tribunaux de commerce avec leurs principales caractéristiques dans les quatre cantons attachés à ce type de juridiction, on peut aussi imaginer des latitudes supplémentaires. Quoi qu'il en soit, sous réserve des adaptations aux défis électroniques pour lesquelles des travaux sont déjà en cours, les problèmes en question portent plutôt sur des détails qu'il n'est souvent ni impératif ni urgent de régler. Citons pêle-mêle en guise de conclusion les quelques points suivants.

La liberté des parties de renoncer d'un commun accord à une procédure de conciliation est pour l'instant limitée aux litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse de 100 000 frs. au moins (art. 199 al. 1^{er} CPC). Cette règle a probablement été pensée en lien avec la possibilité d'une entente pour faire juger une affaire en première instance directement par la juridiction supérieure (art. 8 CPC), où l'on comprend qu'il puisse y avoir un intérêt à éviter que des causes de peu d'importance occupent de cette façon les tribunaux cantonaux. Ces deux conventions sont effectivement parfois réunies, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Et le soussigné a eu connaissance de cas où, après avoir appris qu'un défendeur n'entendait pas se présenter devant elle, une autorité de conciliation avait dispensé le demandeur de comparaître et délivré immédiatement l'autorisation de procéder sans tenir audience. Une telle pratique se concilie formellement mal avec les règles légales actuelles, mais ne nous paraît léser aucun intérêt légitime. Pourquoi ne pas aller dans son sens en assouplissant les conditions de l'art. 199 al. 1^{er} CPC?

Les cas où le droit fédéral impose une instance cantonale unique reposent pour certains sur une tradition historique vénérable, mais sans qu'il soit toujours possible de discerner pourquoi il est important, en plus de réunir les causes en question auprès de magistrats pouvant ainsi bénéficier d'une certaine expérience dans ce type d'affaires, d'imposer qu'il s'agisse de juges supérieurs et d'exclure toute possibilité d'appel, ce qui empêche un libre contrôle des faits retenus en première instance. Pour les affaires ordinaires, c'est pourtant seulement en cas de valeur litigieuse inférieure à 10 000 frs que le législateur estime possible de se passer d'un tel contrôle. Ne se justifierait-il pas de réexaminer l'opportunité d'ouvrir la voie d'un appel (ou d'accroître dans de telles affaires le pouvoir de cognition du TF sur les faits) contre certaines au moins des décisions concernées?

L'absence de mention dans le CPC d'une éventuelle voix consultative du greffier rend discutables les règles du droit cantonal qui prévoient une telle institution, que le législateur fédéral a pourtant consacrée en faveur des greffiers tant du Tribunal fédéral des brevets que du TF. Un complément à l'art. 236 CPC nous paraîtrait sur ce point bienvenu, que ce soit pour généraliser une telle voix consultative ou pour habiliter expressément les cantons à en décider.

De même, l'absence de mention dans le CPC de l'éventuelle possibilité pour un juge minorisé de communiquer, dans une forme à déterminer, une opinion dissidente peut créer un doute sur l'admissibilité de cette institution. Il serait

bienvenu de le lever, à notre avis par une habilitation en faveur des cantons, qui pourrait aussi figurer à l'art. 236 ou peut-être à l'art. 54 CPC.

La limitation à l'art. 68 al. 2 let. d CPC de la possibilité pour les cantons de permettre la représentation par un mandataire professionnellement qualifié aux affaires devant des juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail oblige un canton comme Neuchâtel à intégrer à son organisation judiciaire des tribunaux du travail et du bail en réalité fictifs. Y a-t-il un intérêt digne de protection empêchant que cette disposition soit élargie à la possibilité pour les cantons de permettre la représentation par des mandataires professionnellement qualifiés en matière de contrat de travail et de bail sans plus exiger que ce soit devant une juridiction spécialisée?

Dans les cantons ayant choisi de créer de véritables juridictions spécialisées dans les deux domaines précités, la majorité des causes instruites devant elles se déroulent en procédure simplifiée soit en raison d'une valeur litigieuse ne dépassant pas 30 000 frs, soit parce qu'on se trouve dans un des cas prévus par l'art. 243 al. 2 CPC. Il y a cependant des affaires devant lesdites juridictions qui se déroulent en procédure ordinaire, qui n'est guère adaptée à leur nature. Ne pourrait-on pas réfléchir à une règle qui habiliterait les cantons créant des tribunaux spécialisés en droit du travail ou en droit du bail à prévoir aussi que toutes les causes devant ces tribunaux non soumises à la procédure sommaire le soient à la procédure simplifiée?

Sur cette dernière question, il a été proposé plutôt que la Confédération intervienne, non pour imposer ou interdire les juridictions prud'homales, mais au moins pour cadrer les compétences que les cantons seraient autorisés à leur accorder, sur le modèle de ce que l'art. 6 CPC fait pour les tribunaux de commerce¹⁶³. Les choses y gagneraient selon l'auteur de cette proposition en clarté et en simplicité. Nous ne partageons pas son avis. D'une part, la vaste jurisprudence que ne cesse de susciter l'art. 6 CPC actuel montre que celui-ci est bien loin d'avoir apporté clarté et simplicité dans la question des compétences des tribunaux de commerce! D'autre part, pour ceux-ci, qui bénéficient d'une importante dérogation au système ordinaire, relevant de la procédure et non de l'organisation judiciaire, des appels et recours selon les art. 308 ss CPC, un encadrement fédéral était indispensable. Il n'en va nullement de même pour des juridictions inférieures comme les prud'hommes. Il n'y aurait rien à gagner sur le plan d'une mise en œuvre sans faille des lois matérielles et de la procédure civile fédérales à empêcher par exemple certains cantons d'avoir des juridictions spécialisées en droit du travail statuant au-delà de 30 000 frs, ou au contraire à obliger ceux qui se dotent de telles juridictions à leur attribuer une compétence sans limite de valeur litigieuse.

163 Cf. HEINZMANN (note 104), p. 31.

Le parlementaire, ce juge qui s'ignore

PHILIPPE NANTERMOD*

* Avocat, docteur en droit et conseiller national.

A. Introduction

A l'occasion de ses journées suisses de 2019, la Société suisse des juristes a invité quelques élus fédéraux pour une table ronde. Que les invités, dont le soussigné, soient eux-mêmes juristes ne relève pas que du hasard, naturellement. C'est toutefois en qualité de parlementaires que nous participons à la conférence dont le thème retenu est «Quelle justice pour la Suisse au XXI^e siècle?».

Le parlementaire et le droit. Une relation naturelle dès lors que le premier «produit» le second. Une relation souvent conflictuelle aussi. Selon l'art. 163 Cst., la première compétence de l'Assemblée fédérale est d'édicter des règles de droit. Le principe de séparation des pouvoirs voudrait que l'étendue du pouvoir politique se limite au pouvoir législatif et tout au plus partiellement au pouvoir exécutif. A l'inverse, la fonction de juge est déléguée au pouvoir judiciaire.

Or, en Suisse, le champ des compétences des parlementaires fédéraux s'étend bien au-delà du strict pouvoir législatif. Les Chambres ont une fonction élective essentielle: elles désignent le Conseil fédéral, mais aussi le pouvoir judiciaire en élisant les juges fédéraux, de tous les tribunaux fédéraux, ce qui comprend le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal fédéral des brevets, ainsi que les procureurs généraux et les membres de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération.

Dans leurs tâches quotidiennes, les parlementaires fédéraux sont aussi parfois eux-mêmes des juges. Cet aspect, connu mais moins flagrant, mérite que l'on s'y attarde quelques instants. Il sera l'objet de la présente réflexion.

En principe, les parlementaires prennent leurs décisions en s'appuyant sur des considérations politiques, en pure opportunité doit-on dire. Ils forment des groupes qui ont pour ambition la réalisation d'un programme politique. Or, dans les domaines que nous analyserons ici, les élus fédéraux doivent renoncer au moins partiellement à leur habit politique pour emprunter celui du juge, et trancher non plus selon des principes d'opportunité politique, mais en appliquant le droit. Dans ces domaines, l' élu n'agit pas – ou n'est pas censé agir – comme politicien, mais comme juge, en vérifiant la conformité strictement légale des objets qui lui sont soumis.

Comme nous le verrons ci-après, il est en pratique très difficile pour le législateur d'endosser une fonction judiciaire à laquelle il n'est que peu préparé. L'exposé se compose des éléments suivants:

Table des matières

A.	Introduction	355
B.	Les initiatives populaires	356
	1. Les limites du droit d'initiative	356
	2. Les compétences du Parlement	357
	3. Quelques cas pratiques récents	358

C.	La justice constitutionnelle	361
1.	Le principe	361
2.	Cas d'application	362
D.	La garantie des constitutions cantonales	364
E.	L'immunité parlementaire	365
F.	Les autres compétences	366
G.	Conclusions	367

B. Les initiatives populaires

1. Les limites du droit d'initiative

La validité matérielle des initiatives populaires fait l'objet de nombreux débats politiques. Dès lors que l'initiative populaire a pour objet la révision de la Constitution fédérale, le citoyen dispose naturellement d'un pouvoir important, peu limité par le cadre légal. Les restrictions au contenu des initiatives populaires sont énumérées à l'art. 139 al. 3 Cst., à savoir le respect du principe de l'unité de la matière et de la forme, et le respect des règles impératives du droit international.

Ces limites ne sont apparues qu'avec la Constitution de 1999. Auparavant, les restrictions au droit d'initiative populaire étaient non écrites et furent codifiées par la «jurisprudence» des chambres fédérales, au fur et à mesure que des cas d'invalidité se présentaient. Outre des limites formelles (unité de forme, adéquation du titre, identité des différentes versions linguistiques), les initiatives doivent être réalisables, ne porter que sur une seule matière et respecter le droit international impératif.

C'est en 1956 que les Chambres fédérales invalidèrent pour la première fois une initiative populaire. A l'époque, l'initiative dite «Chevallier», du nom de son auteur qui réclamait la division par deux du budget militaire pour l'année suivant le dépôt du texte, a été considérée comme nulle en raison de l'impossibilité matérielle de la mettre en œuvre¹. Cette condition «d'exécutabilité» ne figure aujourd'hui pas dans la Constitution et n'a pas été reprise dans la Constitution de 1999. La doctrine quasiment unanime estime toutefois qu'il ne serait toujours pas envisageable de soumettre au vote du peuple un texte qui ne pourrait être concrétisé dans les faits².

Le 16 décembre 1977, le Parlement a encore déclaré nulle l'initiative «Contre la vie chère et l'inflation» en raison de la violation de l'unité de la matière. La Constitution fédérale en vigueur prévoyait expressément que les dispositions différentes devaient faire l'objet de demandes distinctes, pour garantir une libre formation de l'opinion démocratique. Dans son message, le Conseil fédéral relevait que ce principe laissait néanmoins toujours une marge d'appré-

1 FF 1955 333 ss, relatif à l'initiative dite «Chevallier».

2 FF 1997 442, à propos de la révision totale de la Constitution fédérale; FF 2015 6485, 6492.

ciation et que l'exercice du droit d'initiative ne devait pas être entravé outre mesure³. Le texte en question demandait de mettre en œuvre une batterie de mesures propres notamment à développer l'économie nationale, combattre le renchérissement et le chômage, garantir le droit au logement et à la sécurité sociale ou encore d'assurer l'existence des petits commerces⁴. Le caractère hétéroclite des demandes a poussé les Chambres à invalider le texte⁵.

En 1994, avec l'initiative dite «Pour une politique d'asile raisonnable», le Parlement a décidé pour la première fois d'invalider une initiative populaire pour le motif qu'elle ne respectait pas le droit international impératif, le *jus cogens*⁶. Le contenu des règles impératives du droit international fait l'objet de discussions et d'un consensus assez largement admis. Il est convenu aussi que les règles auxquelles fait référence la Constitution vont au-delà du *jus cogens* au sens strict, sans pour autant que l'ensemble des traités qui ne sont pas résiliables en droit ou en pratique en fasse partie⁷.

2. Les compétences du Parlement

L'art. 173 al. 1 let. f Cst. fait écho à l'art. 139 al. 2 Cst.: l'Assemblée fédérale statue sur la validité des initiatives populaires qui ont abouti. Cette analyse concerne particulièrement le respect par l'initiative des aspects matériels mentionnés *supra*. Une grande partie des aspects formels sont traités par la Chancellerie fédérale avant la récolte de signatures. Lorsque le Conseil fédéral transmet au Parlement l'initiative populaire en vue de son traitement, il l'accompagne d'un message. Dans celui-ci figure systématiquement un chapitre relatif à la validité du texte. C'est sur cette base-là que le Parlement tranche de la validité ou non de l'initiative.

L'Assemblée fédérale défend une pratique large des conditions de recevabilité des initiatives populaires, notamment s'agissant de l'unité de la matière⁸. En pratique toutefois, et comme on le verra plus loin, le Parlement fait un usage relativement timide de son pouvoir de contrôle des initiatives populaires. Les initiatives bénéficient d'une part d'une présomption de validité qui s'applique en cas de doute. Par ailleurs, les impératifs politiques imposent une certaine retenue qui empêche le législateur de prononcer l'invalidité trop à la légère. Cette question est même si politiquement sensible qu'il n'est pas rare que les élus soient tentés d'évacuer purement et simplement la thématique de la validité des initiatives lors de leur examen, concrétisant le principe «*in dubio pro populo*».

3 FF 1977 II 477, 480 ss.

4 FF 1977 II 477, 486.

5 FF 1977 III 947.

6 FF 1994 1471, message relatif à l'initiative populaire Pour une politique d'asile raisonnable».

7 FF 2015, 6485, 6491; FF 2013 8493, 8501.

8 FF 2007 5027, 5035.

Parmi les dizaines d'initiatives populaires qui ont été soumises à votation, nous en analyserons deux, récentes, qui illustrent la retenue du Parlement dans son examen.

3. Quelques cas pratiques récents

Il existe quelques cas, assez rares mais intéressants, de traitement récent d'initiatives populaires dont la question de la validité justifie que l'on s'y arrête; on en retiendra deux.

Lors du traitement de l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels», ou initiative dite de mise en œuvre, le Parlement s'est penché, sur recommandation du Conseil fédéral, sur la validité du texte au regard des règles impératives du droit international. Le projet prévoyait dans ses dispositions transitoires une méthode de coordination entre les règles de l'initiative qui exigeait l'expulsion des criminels étrangers et les règles du *jus cogens* qui l'empêche dans certaines circonstances. Et, pour y parvenir, le texte tentait d'apporter une définition restrictive de ce principe.

Dans le cas d'espèce, les Chambres ont constaté que la disposition transitoire en question était manifestement trop restrictive, limitant les règles impératives du droit international à «*l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée*». Or, comme le relève le Conseil fédéral, les règles impératives s'étendent à d'autres domaines, ce qui est par exemple le cas des garanties de la CEDH et du Pacte ONU II qui ne souffrent d'aucune dérogation, même en cas d'extrême nécessité, ou de certaines dispositions du droit des réfugiés⁹.

Le Parlement a constaté cette irrégularité et a invalidé partiellement l'initiative, en biffant uniquement la disposition controversée. Lors des débats, certains élus ont constaté que ce travail parlementaire relevait d'une mission juridique et non politique. Citons l'exemple du conseiller aux Etats Raphaël Comte qui a très justement constaté que:

«Nous sommes une assemblée politique et nous faisons de la politique, mais dans le cadre de l'examen de la validité des initiatives populaires, nous devons en premier lieu faire un travail juridique. Nous devons appliquer la Constitution et la loi et nous ne pouvons pas invalider une initiative populaire si elle remplit les conditions de recevabilité, ou alors il faut introduire une juridiction constitutionnelle. Nous ne pouvons toutefois pas changer la pratique à la légère, et ce d'autant plus que les décisions que nous prenons en matière de recevabilité ne peuvent faire l'objet d'aucun recours auprès du Tribunal fédéral.¹⁰»

9 FF 2013, 8493, 8504 s.

10 BO 2014 E 1263.

Pourtant, lors du traitement des initiatives populaires, le Parlement fédéral est souvent tenté d'agir en politicien plutôt qu'en juge, alors que le constat de la validité ou de l'invalidité d'une initiative ne repose que sur des motifs juridiques. Cette tentation, selon les affinités politiques des élus, peut se concrétiser de manière positive, mais plus souvent négative. Certains n'hésitent pas à fermer les yeux sur des causes d'invalidité parfois manifestes par attachement partisan ou idéologique au texte¹¹. A l'inverse, pour de mêmes motifs, d'autres proposent l'invalidation d'initiatives pour des motifs qui dépassent ceux prévus à l'art. 139 Cst. A titre d'exemple, et ils sont nombreux, citons le cas d'un conseiller aux Etats qui proposait à l'époque de déclarer invalide une initiative au motif qu'elle enfreindrait des traités internationaux dont le caractère impératif faisait manifestement défaut, par exemple celui relatif à la libre circulation des personnes¹². Un tel élargissement des règles de validité des initiatives nous semble à tout le moins contraire à l'art. 139 Cst.

En fin de compte, en invalidant partiellement l'initiative de mise en œuvre, il apparaît que les Chambres fédérales ont correctement appliqué leur mandat constitutionnel, faisant fi des considérations partisans pour jouer leur rôle de juge au regard du droit des initiatives populaires.

A l'inverse, l'initiative «Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage» est l'exemple d'un manquement manifeste du législateur face à ses tâches constitutionnelles.

L'initiative en question visait à introduire à l'art. 14 al. 2 Cst. la nouvelle disposition suivante:

«Le mariage est l'union durable et réglementée par la loi d'un homme et d'une femme. Au point de vue fiscal, le mariage constitue une communauté économique. Il ne peut pas être pénalisé par rapport à d'autres modes de vie, notamment en matière d'impôts et d'assurances sociales¹³».

Cette initiative posait un problème évident d'unité de la matière. La première phrase donnait au mariage une définition constitutionnelle restrictive, à une époque où le débat sur le mariage homosexuel s'imposait largement¹⁴. En acceptant le texte, le peuple interdisait expressément l'adoption par les Chambres du mariage gay sans une modification constitutionnelle. La deuxième partie du texte visait des mesures de politiques fiscales et sociales, à savoir la fin de la discrimination des couples mariés devant l'impôt et l'AVS.

Il est évident que les deux questions ne traitent pas du même sujet. La première relève d'un débat de société qui oppose les valeurs libérales aux valeurs conservatrices. La seconde ne traite que d'aspects financiers et oppose les te-

11 Par exemple, BO 2014 N 252, RUTZ GREGOR.

12 BO 2014 E 1260 s, CRAMER ROBERT.

13 FF 2013 7651.

14 A l'époque du traitement par les Chambres, dix pays européens accordaient déjà aux homosexuels le droit de se marier, BO 2015 E 60, Cramer.

nants d'une fiscalité forte et les partisans de réductions des impôts. Les deux objets ne sont liés que par le vocable «mariage» et l'on peine à voir en quoi le soutien à une mesure fiscale exigeait l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe. C'est d'ailleurs sans surprise que, lors de la votation populaire, une petite majorité s'est opposée au texte en raison de ce débat sociétal, tandis que ses partisans invoquaient l'argument fiscal¹⁵.

A notre avis, le respect du mandat confié au Parlement fédéral par l'art. 139 al. 3 Cst. exigeait au moins que celui-ci analyse cette question d'unité de la matière et déclare l'initiative partiellement ou complètement invalide.

Or, le message du Conseil fédéral fait preuve d'un silence étonnant à ce propos. L'analyse de la validité de l'initiative tient en une dizaine de lignes, et la question de l'unité de la matière est traitée comme suit, sans autre forme de procès: l'initiative «*obéit au principe de l'unité de la matière, puisqu'il existe un rapport intrinsèque entre ses différentes parties*»¹⁶. Si l'on peut débattre de la validité de l'initiative, il est pourtant évident que la question de l'unité de la forme imposait une analyse plus profonde. A l'inverse, le message du Conseil fédéral traite exclusivement de l'aspect fiscal, ignorant totalement l'existence de la première phrase.

Au Parlement, la question s'est toutefois posée, malgré l'avis du Conseil fédéral. C'est le conseiller aux Etats Robert Cramer qui a relevé la potentielle violation du principe d'unité de la matière. Plutôt que d'analyser la problématique soulevée, ses opposants ont invoqué la suprématie du peuple à trancher de ces questions, le fait qu'elle n'introduisait pas de *nouvelle* définition du mariage au regard du Code civil ou encore l'argument – purement politique – que le peuple s'était prononcé sur l'initiative Ecopop pour laquelle il avait été admis un lien intrinsèque entre écologie et immigration¹⁷.

A la Chambre basse, le débat eut le mérite de la franchise. Le conseiller national Yves Nidegger n'a par exemple pas cherché à camoufler la double signification de l'initiative populaire, considérant qu'il était en tout état de cause pertinent de poser une définition constitutionnelle du mariage, dans une diatribe contre son élargissement aux couples de même sexe¹⁸. A l'inverse, la conseillère nationale Anne Mahrer constatait que l'initiative introduisait une définition conservatrice, passéiste et rétrograde du mariage¹⁹.

Ce genre de débat sur l'homosexualité et le droit au mariage est pour le moins étranger aux considérations exclusivement fiscales que présentaient les initiants et le Conseil fédéral dans son message, et démontre ainsi la faiblesse du prétendu lien entre le volet fiscal et sociétal de l'initiative. La situation in-

15 SCARINI, FEDDERSEN, LANZ, Analyse de la votation fédérale du 28 février 2016, gfs.bern/UNIGE, Sondage VOX du 28 février 2016, p. iii.

16 FF 2013 7623, 7626.

17 BO 2015 E 60 ss.

18 FF 2014 N 2301.

19 BO 2015 N 2302.

verse, à savoir celle où l'initiative ouvrirait l'institution du mariage aux couples homosexuels tout en offrant une nouvelle déduction fiscale générale aurait probablement été appréhendée de manière différente.

Tous les arguments invoqués en plénum relèvent d'une approche politique de la question, selon que les élus étaient favorables ou défavorables au mariage pour tous ou seulement frileux face à un contrôle matériel des initiatives populaires.

On ne saurait donc écarter le fait manifeste que les Chambres ont failli à leur devoir en choisissant une approche politique plus que juridique lors de l'analyse de la question de l'unité de la forme.

C. La justice constitutionnelle

1. Le principe

La Suisse ne connaît pas de cour constitutionnelle. Les révisions constitutionnelles sont soumises à la double majorité populaire et cantonale (art. 140 Cst.) et les lois fédérales doivent être appliquées, sans contrôle juridictionnel constitutionnel (art. 190 Cst.).

Cet article 190 Cst. introduit en Suisse une règle assez particulière qui impose au Tribunal fédéral d'appliquer les lois fédérales, même si celles-ci ne respectent pas la Constitution fédérale. Ainsi, une disposition légale tout à fait hypothétique qui prévoirait un âge de la retraite différent pour les hommes et les femmes, sans s'appuyer sur une exception constitutionnelle ou une inégalité justifiée par les faits, devrait être appliquée sans contrôle de sa validité au regard de l'art. 8 Cst.

Cette particularité helvétique de l'immunité des lois fédérales est bien connue et a fait l'objet d'une littérature abondante et de multiples interventions parlementaires.

Dans le cadre de notre analyse, c'est le rôle du parlementaire qui nous intéresse. L'art. 5 al. 1 Cst. dispose que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Par ailleurs, la Confédération respecte le droit international (art. 5 al. 4 Cst.). Ce principe de légalité impose naturellement que le Parlement fédéral soit tenu, dans le cadre de ses activités de législateur, de se soumettre au droit supérieur, à savoir la Constitution et les traités internationaux. Parmi ses tâches constitutionnelles, il est d'ailleurs expressément prévu que l'Assemblée fédérale a pour mission d'assurer l'application du droit fédéral (art. 173 al. 1 let. g. Cst.).

Mis en lien avec l'art. 190 Cst., ce principe a pour conséquence directe qu'il appartient au seul Parlement, voire au peuple sous réserve du droit de référendum, de s'assurer de la conformité des lois fédérales avec le droit supérieur. Ainsi, lors de l'adoption d'une règle législative, les élus du Parlement fédéral

agissent non seulement comme politiciens, mais doivent aussi faire preuve d'une certaine objectivité juridique dès lors qu'ils mettent en œuvre la Constitution. Si la Suisse connaissait une cour constitutionnelle, cette tâche revêtirait une importance naturellement moins forte: le Parlement agirait selon des motivations essentiellement politiques, pouvant se permettre le risque de voir ses textes contredits par la juridiction constitutionnelle.

La formule prononcée par les élus lors de la prestation de serment est d'ailleurs explicite à ce propos. Le parlementaire jure – ou promet, c'est selon – «d'observer la Constitution et les lois»²⁰. La LParl prévoit par ailleurs que l'Assemblée fédérale ne peut édicter de loi que si la Constitution ou la loi lui fournit une base légale suffisante, à défaut les objets doivent être soumis au référendum (art. 29 LParl).

Contrairement aux arrêtés relatifs aux initiatives populaires, le Parlement ne procède pas à une analyse formelle d'une loi fédérale en la déclarant valide ou non valide, ce qui serait d'ailleurs assez étrange. Toutefois, le Conseil fédéral doit, dans son message, exposer les bases légales ou constitutionnelles des projets de loi, et notamment leur conformité au droit supérieur et aux droits fondamentaux (art. 141 al. 2 let. a LParl).

2. Cas d'application

En pratique, cette question ne provoque que peu de débats. Les projets de loi soumis par le Conseil fédéral sont en principe conformes au droit supérieur, ce que confirment systématiquement les messages les accompagnant.

Il arrive toutefois que le Parlement modifie en profondeur des projets, rendant leur compatibilité avec le droit supérieur parfois peu évidente.

Le cas récent le plus emblématique de cette situation est certainement celui de la mise en œuvre de l'initiative populaire contre l'immigration de masse. Le 21 septembre 2016, le Conseil national a entamé les débats relatifs à la loi d'application de l'art. 121a Cst. qui impose une ribambelle de mesures en matière d'immigration, dont certaines sont clairement inconciliables avec le respect de l'accord relatif à la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne.

La loi proposée par le Conseil fédéral mettait en œuvre strictement le nouvel article constitutionnel, mais en faisait fi des accords internationaux. Face à cette contradiction et à l'obligation de respecter tant la Constitution que le droit international, la Commission des institutions politiques du Conseil national a proposé une modification profonde du projet en faveur d'un modèle assez subtil respectant la libre circulation des personnes mais introduisant des règles desti-

20 Art. 3 al. 4 et 5 LParl.

nées à réduire la pression migratoire, dont la plus connue est l'obligation d'annoncer les postes vacants aux ORP dans les branches touchées par le chômage.

Cette nouvelle formule a été très critiquée. D'une part, les tenants d'une application stricte de l'initiative ont dénoncé une violation des droits populaires et de la Constitution. D'autre part, les partisans de la majorité ont relevé que, face à un choix cornélien et un droit supérieur contradictoire, il n'y avait pas d'autre option que la solution médiane du compromis.

Lors du débat d'entrée en matière, la rapporteuse de commission, la conseillère nationale Cesla Amarelle, relevait ceci:

«Il était inévitable d'entrer en contradiction soit avec un article de la Constitution, soit avec un accord international capital pour notre pays. Si la commission a opté pour l'accord international, c'est d'abord parce que les Bilatérales ont été confirmées à plusieurs reprises par le peuple – en 2000, 2005 et 2009 – et qu'elles font également pleinement partie de l'ordre juridique suisse. Ensuite, parce que le principe «pacta sunt servanda» est un principe capital pour un pays souverain. Enfin, parce qu'une violation d'accords internationaux en vigueur sans dénonciation n'est pas compatible avec notre Constitution. Le choix de la commission a donc clairement penché en faveur de la deuxième option, c'est-à-dire le maintien des Bilatérales et le respect du principe «pacta sunt servanda».

A ce stade, j'aimerais souligner que la commission n'a pas eu le temps, compte tenu des délais, de traiter en profondeur de la question de la constitutionnalité (...)»²¹.

Le rôle de juge constitutionnel qu'endosse le législateur suisse est ainsi battu en brèche par le caractère politique de son travail. Que l'on approuve ou non la finalité du projet retenu par les Chambres, il paraît incongru que la mise en œuvre d'une initiative constitutionnelle n'ait pas fait l'objet d'un traitement en profondeur ... de sa constitutionnalité.

La solution choisie n'a pas été adoptée sans heurts. Les partisans de l'initiative ont naturellement invoqué le strict respect du texte constitutionnel, tandis que ses opposants se sont opportunément ralliés à la formule trouvée par la commission. On peut donc difficilement rattacher la position des parlementaires à une volonté de s'ériger en véritable juge constitutionnel, mais davantage comme un opportunisme juridique bien choisi.

Cet exemple illustre assez bien la situation en vigueur. Théoriquement, juridiquement, en l'absence de cour constitutionnelle, le Parlement est le garant du respect du droit supérieur, constitutionnel ou international. En pratique, les aspects juridiques constituent des motivations bien utiles pour appuyer des projets politiques dès lors qu'un doute subsiste quant à leur conformité.

21 BO 2016 N 1497.

D. La garantie des constitutions cantonales

Selon l'art. 51 Cst., chaque canton est tenu de se doter d'une constitution démocratique qui doit être «garantie» par l'Assemblée fédérale. Une fois garanties, les constitutions cantonales ne peuvent faire l'objet d'un contrôle constitutionnel par le Tribunal fédéral, à moins d'une modification subséquente d'une disposition du droit supérieur²².

L'octroi de la garantie répond exclusivement à des critères strictement juridiques, avec une marge d'appréciation très restreinte²³. La formulation négative de l'art. 51 al. 2 Cst. est assez univoque: la garantie est donnée si la constitution «*n'est pas contraire au droit fédéral*». Ainsi, dans son analyse, le Parlement doit s'assurer qu'une interprétation conforme est possible: il suffit par exemple que la disposition permette des exceptions dans le but de respecter le droit supérieur pour que la garantie soit accordée²⁴.

La Confédération se montre très prudente s'agissant du refus de la garantie des constitutions cantonales. Conformément au principe démocratique, les textes en question ont fait l'objet d'une votation populaire, ont été acceptés par le peuple, et il est politiquement très difficile de décréter, pour des motifs d'ordre juridique, qu'une décision populaire souveraine est nulle sous prétexte d'une incompatibilité avec un droit supérieur aux relents technocratiques, fixé la plupart du temps par le même Parlement.

De telles situations peuvent toutefois se présenter. Par exemple, en 2006, la Confédération n'a octroyé qu'une garantie partielle à la révision constitutionnelle genevoise qui créait la Cour des comptes. La révision cantonale prévoyait que seuls les électeurs laïcs étaient éligibles en son sein, excluant les ecclésiastiques. Dans son message, le Conseil fédéral constatait qu'une telle disposition violait certains droits fondamentaux, dont la liberté religieuse et les droits politiques²⁵. L'Assemblée fédérale a suivi la position du gouvernement sur cette question²⁶.

A l'inverse, le Parlement a octroyé la garantie à une révision constitutionnelle tessinoise qui avait fait grand bruit lors de l'adoption de l'initiative populaire tessinoise «*Prima i nostri*» (les nôtres d'abord). L'initiative prévoyait un catalogue de dispositions sociales et migratoires. Parmi celles-ci, la révision interdisait le licenciement d'un travailleur indigène pour le remplacer par un étranger et d'autres mesures propres à favoriser les travailleurs indigènes.

22 ATF 131 I 126, c. 3.1.

23 MAHON PASCAL, Validité de l'initiative constitutionnelle «contre l'ouverture d'un centre d'Islam et société» à l'Université de Fribourg: non à une formation étatique d'imams», Neuchâtel, 19 octobre 2015.

24 Par exemple, CONSEIL FÉDÉRAL, Le Conseil fédéral propose d'octroyer la garantie fédérale aux modifications de dix constitutions cantonales, Communiqué de presse du 12 novembre 2014.

25 FF 2006 8337, 8343.

26 FF 2007 2407.

En soi, ces règles ont paru, de prime abord, contraires à l'accord de libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne, qui fixe un principe de non-discrimination à son deuxième article. Dans son analyse, le Conseil fédéral a relevé qu'après un examen attentif des nouvelles dispositions, «*celles-ci fix[aient] uniquement des buts, sans préciser des droits et des devoirs individuels ni formuler de mandat législatif concret*²⁷». Il relevait que la marge de manœuvre du canton pour réaliser ces dispositions était très faible et énumérait tout ce que le Tessin ne pouvait pas faire pour réaliser l'initiative. Mais, dès lors que l'on ne pouvait exclure d'emblée une interprétation conforme au droit fédéral, le Conseil fédéral a soutenu l'octroi de la garantie, et fut suivi par les Chambres, sans opposition²⁸.

S'agissant de la garantie des constitutions cantonales, le législateur fédéral apparaît avoir bien saisi l'étendue de son rôle. On constatera par exemple que le même Parlement, qui adoptait des dispositions à la constitutionnalité discutable s'agissant de l'initiative sur l'immigration de masse, accorde sans opposition sa garantie à une constitution tessinoise qui soutient une solution toute différente, voire clairement contraire à la nouvelle norme adoptée par Berne. C'est peut-être d'ailleurs des considérations aussi politiques que sensibles – la souveraineté des cantons – qui poussent le Parlement fédéral à faire un usage très modéré de la censure des constitutions cantonales.

E. L'immunité parlementaire

Les membres de l'Assemblée fédérale bénéficient d'une immunité garantie par la Constitution (art. 162 Cst.) et précisée par la LParl. Elle est absolue en ce qui concerne les propos tenus devant le Parlement ou ses organes, et relative pour ce qui concerne les autres infractions réalisées dans le cadre des fonctions parlementaires. Ainsi, un député soupçonné d'avoir commis une infraction en rapport direct avec ses fonctions ou ses activités parlementaires ne peut être poursuivi qu'avec l'autorisation des commissions compétentes des deux Conseils (art. 17 al. 1 LParl).

Ce sont les commissions de l'immunité de chaque Chambre qui doivent se prononcer sur la question. Dans un premier temps, celles-ci sont appelées à vérifier que l'acte incriminé est couvert par l'immunité, puis analyser s'il existe un rapport direct entre les fonctions ou l'activité parlementaire avec l'infraction et se pencher sur la durée de validité de la protection²⁹. Ces questions élucidées, la commission doit encore procéder à une pesée des intérêts institutionnels d'une part et pénaux de l'autre.

27 FF 2017 5481, 5487.

28 FF 2018 33.

29 COMMISSION DE L'IMMUNITÉ DU CONSEIL NATIONAL, 18.190 Immunité de l'ancien conseiller national Christian Miesch. Demande de levée. Rapport, 12 septembre 2018.

S'agissant de la première étape de l'analyse, il est certain que l'appréciation de la commission se fait en pure légalité. La décision repose sur une analyse juridique du cas dont dépendra ou non l'entrée en matière sur la demande.

A *contrario*, s'agissant de la pesée d'intérêts qui conduit à la levée ou non de l'immunité parlementaire, il est admissible que des considérations se situant en dehors du droit pénal soient prises en compte³⁰.

Récemment, les commissions de l'immunité se sont penchées sur le cas d'un ancien élu soupçonné de corruption pour avoir été rémunéré par un Etat étranger pour déposer une interpellation. Dans un premier temps, la commission du Conseil national a considéré que l'infraction n'était pas suffisamment grave au motif qu'une interpellation «*constitue uniquement une demande d'informations adressée au Conseil fédéral, ne saurait porter à conséquence*». Par ailleurs, il a été relevé que l'ancien élu avait restitué l'argent une fois l'infraction commise³¹. Cette approche étonnante a été contredite par la commission du Conseil des Etats et la première commission a revu son jugement pour une approche plus juridique, en faveur de la levée de l'immunité.

Ainsi, même si la marge de manœuvre du législateur est assez large s'agissant de la levée de l'immunité parlementaire, la commission s'impose une certaine rigueur juridique dans les décisions qui sont prises en la matière. L'équité et la sécurité du droit imposent que le Parlement ne traite pas différemment ses membres qui auraient commis des actes frauduleux, selon leur appartenance politique ou régionale. Cette tâche de levée de l'immunité peut être considérée comme l'une des missions judiciaires du Parlement.

F. Les autres compétences

Le Parlement remplit encore d'autres tâches dont certaines sont liées de près ou de loin à des activités d'ordre judiciaire. Si l'élu fédéral ne se trouve pas forcément dans la position du juge quant à son pouvoir d'appréciation, ces missions méritent néanmoins d'être citées.

- Conformément à l'art. 173 al. 1 let. k Cst., l'Assemblée fédérale est compétente pour statuer sur les recours en grâce et les cas d'amnistie. Une commission des recours en grâce a été instituée, elle traite aussi des conflits de compétences entre autorités. Pour mener son activité à chef, elle peut consulter les dossiers de l'instruction, du procès et le jugement (art. 40 al. 4 LParl).
- De même, l'art. 173 al. 1 let. i Cst., c'est le Parlement fédéral qui doit statuer sur les conflits de compétences qui pourraient se poser entre les autorités fédérales suprêmes.

30 ATF 137 IV 269, c. 2.4.

31 COMMISSION DE L'IMMUNITÉ DU CONSEIL NATIONAL, 18.190 Immunité de l'ancien conseiller national Christian Miesch. Demande de levée. Rapport du 19 juin 2018, p. 4.

- Enfin, l'Assemblée fédérale a encore pour mission l'élection des autorités judiciaires fédérales, notamment des juges fédéraux (art. 168 Cst.).

G. Conclusions

Choisi par le peuple comme son représentant, l'élu fédéral ne s'attend pas nécessairement à devoir prendre des décisions qui seraient parfois contraires à ses convictions politiques dans leur résultat. Ainsi, la Constitution impose aux élus de gauche de valider des initiatives populaires de droite, et inversement, sans préjuger du fonds. De même, on attend des parlementaires qu'ils mettent de côté leurs convictions partisans au moment de mettre en œuvre le droit fédéral, même si celui-ci leur interdit de proposer des mesures qui seraient contraires à l'ordre juridique supérieur mais qui figureraient dans leurs engagements politiques.

Ce mélange des genres ne va pas sans créer des problèmes, pour preuve les appels récurrents de nombreux juristes à l'adoption en Suisse d'une cour constitutionnelle qui aurait pour tâche de vérifier la validité des lois ou des initiatives populaires.

Néanmoins, une telle approche n'ayant jamais été couronnée de succès à ce jour, pour des motifs de souveraineté du corps législatif et de respect des droits populaires, la Confédération s'accommodant tant bien que mal des écarts dont fait parfois preuve le législateur à l'égard de ses missions constitutionnelles.

En principe, l'Assemblée fédérale remplit convenablement son rôle de juge là où il apparaît. Il peut toutefois arriver qu'au lieu de prendre des décisions purement motivées par le droit, le Parlement leur préfère des choix d'opportunité politique.

Résumé

La présente dissertation analyse les quelques tâches du législateur fédéral pour lesquelles une approche exclusivement juridique est requise de lui. Il n'est en effet pas rare que des élus politiques doivent endosser l'habit du juge pour trancher de certaines questions telles que la validité des initiatives populaires, la constitutionnalité des lois, le respect des constitutions cantonales du droit supérieur ou encore de l'immunité des parlementaires.

Zusammenfassung

Der vorliegende Aufsatz analysiert einige Aufgaben des Bundesgesetzgebers, bei denen er einen streng juristischen Ansatz verfolgen muss. Es kommt nämlich nicht selten vor, dass die gewählten Mandatsträger in die Richterrolle schlüpfen müssen, um über bestimmte Fragen zu entscheiden, beispielsweise die Gültigkeit von Volksinitiativen, die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, die Konformität von Kantonsverfassungen mit dem übergeordneten Recht oder auch die Immunität von Parlamentariern.

Zum Verhältnis von Politik und Justiz

MARGRET KIENER NELLEN*

* Margret Kiener Nellen, lic.oec. HSG, Rechtsanwältin. Nationalrätin, Präsidentin des ständigen Ausschusses der Parlamentarischen Versammlung der OSZE für Demokratie, Menschenrechte und humanitäre Fragen. Die Autorin dankt Herrn Martin Graf, ehemaligem Sekretär der Staatsappolitischen Kommissionen der Eidgenössischen Räte, für seine wertvollen Hinweise.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	371
II. Legitimation der Justiz durch demokratische Wahl der Richterinnen und Richter	372
III. Problematik der Wiederwahl: ein Lösungsvorschlag	375
IV. Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch die sog. «Mandatssteuer»?	378
V. Schranken der Oberaufsicht und Finanzhoheit des Parlaments gegenüber den Gerichten	380
VI. Form und Inhalt des Meinungsaustauschs zwischen Politik und Justiz	383

I. Einleitung

Ein zentraler Aspekt der Frage «Welche Justiz für die Schweiz im XXI. Jahrhundert?» (Thema des Schweizerischen Juristentags 2019) ist die seit einigen Jahren intensiv diskutierte¹ Entwicklung des Verhältnisses von Justiz und Politik. Der Eindruck ist offensichtlich: *Entscheide des Bundesgerichtes haben öfters eine grosse politische Wirkung*. Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit sind etwa die Urteile über die zu tiefe Einkommensgrenze für die Verbilligung der Krankenkassenprämien im Kanton Luzern (Urteil 8C_228/2018 vom 22. Januar 2019), über die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens mit der EU nach der Annahme der Ausschaffungsinitiative (2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012) oder über den Vollzug der Zweitwohnungsinitiative (Urteil 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013).

Die Kehrseite dieser offensichtlich zunehmenden politischen Bedeutung von Gerichtsentscheiden ist ein *grösseres Interesse der Politik an der Justiz*. Gerichtsurteile rufen politische Reaktionen hervor. Die Wahlen in die Gerichte durch politische Organe und die Parteizugehörigkeit der einzelnen Richterinnen und Richter geraten in den Fokus der politischen Aufmerksamkeit.

Wird damit der zentrale rechtsstaatliche Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit gefährdet? Verschiedenen Aspekten dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden: Wahlen (und Wiederwahlen) in die Gerichte, sog. «Mandatssteuern», Ausübung der Oberaufsicht und der Finanzhoheit gegenüber den Gerichten, Form und Inhalt des Meinungsaustauschs zwischen Politik und Justiz.

Für die Beantwortung dieser Frage muss massgeblich sein, was der *Zweck der richterlichen Unabhängigkeit* (Art. 191c BV) ist. Sie ist nicht Selbstzweck

1 Angesichts der zahlreichen neueren Beiträge aus der Rechtswissenschaft (grundlegend insb. REGINA KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit*, Bern 2001) und von Richterinnen und Richtern (in fast jeder Ausgabe der Richterzeitung «Justice – Justiz – Giudizia») zu verschiedenen Aspekten dieses Themas wird der vorliegende Beitrag kaum grundlegende neue Erkenntnisse aus juristischer Sicht bringen können; er soll aber die spezifische Perspektive der Politik einbringen.

und kein Standesprivileg, sondern bezweckt die *Realisierung des Grundrechts jeder Person auf Beurteilung einer Rechtsstreitigkeit durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht* (Art. 29a und Art. 30 Abs. 1 BV). Der Grundsatz schützt das «notwendige Vertrauen des Rechtsuchenden» auf einen unabhängigen Richter (BGE 124 I 255, 266), der unvoreingenommen und ohne Beeinflussung durch andere Staatsgewalten oder Prozessparteien urteilt. Dieses Vertrauen kann nicht bestehen, wenn in einem Staat die politischen Machthaber Gerichtsurteile unmittelbar beeinflussen, indem sie z.B. oppositionell eingestellte Personen benachteiligen oder gar ausschalten und auf ihrer Seite stehende Personen bevorteilen.

II. Legitimation der Justiz durch demokratische Wahl der Richterinnen und Richter

Gefährdet die in der Schweiz übliche demokratische Wahl der Richterinnen und Richter durch Parlamente die richterliche Unabhängigkeit? Das Editorial des Heftes der Richterzeitung «Justice – Justiz – Giudizia» zum Thema «Justiz und politische Parteien» beginnt mit dem Satz, dass dieses Thema «in der Schweiz – im internationalen Massstab betrachtet – eine recht eigentümliche Ausprägung erfährt»². Tatsächlich widerspricht die Wahl der Richterinnen und Richter durch das Parlament klarerweise der «Charte européenne sur le statut des juges» des Europarates vom 8.–10. Juli 1998: «Pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonctions d'un juge ou d'une juge, le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci». Es wird präzisiert, dass diese «intervention d'une instance indépendante» sowohl als eigentlicher Wahlentscheid als auch als Stellungnahme zuhanden der politischen Wahlbehörde ausgestaltet werden kann, wobei im letzteren Fall deren Wirkung auf die Wahlbehörde «très incitatif, sinon en pratique contraignant» sein müsse. Zumindest müsste die Wahlbehörde begründen, warum sie einer Empfehlung nicht folgt.³

Es stellt sich nun allerdings die Frage, woher dieses «unabhängige Richterwahlgremium» seine Legitimation beziehen könnte. Dessen Legitimation scheint, pointiert gesagt, transzendentaler Natur zu sein: «Hohepriesterinnen und Hohepriester des Rechts» berufen sich auf Dogmata des Rechts, die sie aus den Wolken des Ideenhimmels ziehen und völlig losgelöst von politischem

2 PIERRE ZAPPELLI/ANNE COLLIARD/HANS-JAKOB MOSIMANN/STEPHAN GASS/THOMAS STADELMANN/REGINA KIENER, Editorial: Justiz und politische Parteien, in: Justice – Justiz – Giudizia 2006/3, Rz. 1.

3 <http://www.coe.int>, eingesehen 27. Februar 2019.

Willen und abgehoben von der gesellschaftlichen Realität anwenden. Zu diesem Bild passt insb. auch die von der genannten Charta empfohlene Kooptation der Richterinnen und Richter, die dafür sorgt, dass diese tendenziell Gleichgesinnte wählen, damit die Kaste unter sich bleibt.⁴

Doch wie ist das Recht tatsächlich entstanden? Es ist weder von Gott noch von den Gerichten gegeben, sondern wurde im demokratischen Rechtsstaat durch den Gesetzgeber, d.h. durch eine in einem demokratischen und transparenten Verfahren zustande gekommene Parlamentsmehrheit – ggf. in der Schweiz durch eine Mehrheit des Volkes – gesetzt. Das Recht ist das Resultat eines politischen Prozesses; das Bundesgericht hat «Rechtsnormen auszulegen, die immer politisch zustandegekommen sind, und setzt insofern, auch wenn es nach rechtlichen Kriterien vorgeht, einen politischen Prozess fort»⁵. Das sog. «klassische» Verständnis der Gewaltenteilung sieht demgegenüber die Rechtsanwendung als unpolitischen Prozess, der nach «rein juristischen» Kriterien zu erfolgen habe. Diese Vorstellung der richterlichen Tätigkeit lässt nun aber ausser Acht, dass die generell-abstrakte Norm den Gerichten im konkreten Anwendungsfall in aller Regel einen mehr oder weniger grossen Entscheidungsspielraum lässt. Je grösser dieser Spielraum ist, desto mehr fliessen politische Wertungen und Weltanschauungen in die richterliche Entscheidungsfindung ein – am klarsten ist dies bei der Verfassungsgerichtsbarkeit (wie sie z.B. das Bundesgericht gegenüber den Kantonen ausübt), welche zugleich die grösste sachliche und politische Tragweite hat.

Rechtsprechung ist also auch eine politische Tätigkeit. Weil die richterliche Tätigkeit von grosser politischer Tragweite sein kann, bedarf sie der demokratischen Legitimation, die im demokratischen Rechtsstaat nach schweizerischem Verständnis allein durch das Volk bzw. durch das vom Volk gewählte Parlament vermittelt werden kann. Eine Wahl der Richterinnen und Richter durch das Parlament kann aufgrund der konstitutiven Bedeutung der Parteien für die Durchführung einer Proporzwahl des Parlaments notwendigerweise nur auf Vorschlag der Fraktionen erfolgen.⁶ Dieses Vorgehen hat insb. einen grossen Vorteil: Die

4 Siehe dazu das Votum von Ständerat Carlo Schmid anlässlich der Diskussionen um die Reform der Bundesrechtspflege im Jahre 2001: «Dieses Fachgremium von ausgezeichneten Juristen ist als ein unpolitisches Organ konzipiert. Dieses Organ wird Richter in der gleichen Art und Weise vorschlagen, wie man Universitätsprofessoren vorschlägt, nach rein fachlichen Gesichtspunkten. Ich sage Ihnen mit Bezug auf die oberste Instanz unseres Landes, das Bundesgericht: Das wäre ein Fehler. Höchste Richter sind keine unpolitischen Subsumtionsautomaten, sondern politisch in höchstem Masse mitgestaltende Akteure. Wenn Sie eine bestimmte Zusammensetzung dieser Justizkommission haben, dann werden Sie immer die gleichen Leute mit der gleichen Denkart, mit einer – ich sage es aus meiner Sicht – streng justiziellen Denkart erhalten, bei denen die Gerichtsbarkeit stets vor der Demokratie steht» (Amtliches Bulletin des Ständerates 2001, S. 911).

5 RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 2998.

6 Die Kritik von TIZIANO BALMELLI (Quelques remarques sur l'exigence de réformer les procédures de désignation des juges, in: Justice – Justiz – Giudizia 2006/3) am faktischen Monopol

politische Affinität der Richterinnen und Richter wird transparent gemacht. Diese Transparenz verschafft dem Gericht in Verbindung mit der durch die schweizerischen Wahlsysteme gewährleisteten politischen Repräsentativität eine hohe Legitimation. Erfolgen die Wahlen *de iure* oder *de facto* durch ein «unabhängiges» Richterwahlgremium, so haben die gewählten Richterinnen und Richter genauso ihre politischen Affinitäten; aber darüber herrscht keine Transparenz.

In einer parlamentarischen Demokratie, wie wir sie in den meisten europäischen Staaten, nicht aber in der Schweiz kennen, bildet sich aufgrund der Wahlen eine Parlamentsmehrheit, aus welcher eine Regierung hervorgeht. Aufgabe dieser Mehrheit ist es, «ihre» Regierung während der Amtsdauer zu stützen; bricht die Mehrheit auseinander, so kommt es zu Neuwahlen. In diesen bipolaren politischen Systemen ist naturgemäss nur der eine Pol, die Partei oder die Parteienkoalition der Mehrheit, in der Regierung vertreten; der andere Pol, die Opposition, ist davon ausgeschlossen. In diesen Systemen besteht nun allerdings die Gefahr, dass diese Mehrheit die Wahlen der Gerichte auf eine Weise regelt, die zu politisch einseitig und nicht repräsentativ zusammengesetzten Gerichten führt – siehe z.B. die Entwicklung in Polen seit der Bildung einer nationalkonservativen Regierung im Jahre 2015. Die richterliche Unabhängigkeit und der Anspruch des Rechtsuchenden auf ein unparteiliches Gericht werden dadurch ernsthaft gefährdet.

Es kann an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden, wie die demokratiepolitischen und rechtsstaatlichen Postulate der richterlichen Unabhängigkeit und der demokratischen Legitimation der Gerichte in einer parlamentarischen Demokratie erfüllt werden könnten.⁷ Aber der Exkurs über das System der parlamentarischen Demokratie zeigt, dass das schweizerische politische System der beste Garant gegen eine einseitige parteipolitische Beeinflussung von Richterwahlen ist. Im schweizerischen politischen System kennen wir nur Minderheiten, die sich von Fall zu Fall zu wechselnden Mehrheiten zusammenfinden. Es ist undenkbar, dass eine parteipolitische Mehrheit in der Vereinigten Bundesversammlung die nötige Macht erhält, um für eine einseitige parteiliche Zusammensetzung der Gerichte zu sorgen. Das schweizerische politische System führt notwendigerweise zu einem Parteienproporz. Alle politischen Kräfte ach-

der Parteien für die Bestellung der Gerichte lässt völlig ausser Acht, dass die Existenz von Parteien notwendige Voraussetzung für die Durchführung von Proporzahlen und damit Grundlage der repräsentativen Demokratie nach schweizerischem Verständnis ist. Eine ähnliche Verständnislosigkeit zeigt auch das Editorial dieses Heftes, wenn es die Frage nach der Bedeutung der Parteizugehörigkeit der Richterinnen und Richter einzig und allein damit zu beantworten weiss, «dass dadurch den politischen Parteien ein Machtinstrument in die Hand gegeben wird, auf das sie nicht verzichten wollen» (Rz. 2).

7 Eine ernsthafte Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit durch eine reine Parlamentswahl ist in einer parlamentarischen Demokratie wohl unausweichlich. Aufgrund einer Güterabwägung müssen dort also Abstriche bei der demokratischen Legitimation der Gerichte in Kauf genommen werden.

ten mit Argusaugen darauf, dass dieser Proporz nach Möglichkeit⁸ in allen wichtigen Staatsorganen – also auch in den Gerichten – berücksichtigt wird.

Die Richterinnen und Richter werden durch diesen Parteienproporz nicht zu «Parteivertretungen» im engen Sinne des Wortes: Parteiprogramme geben keine Antworten in konkreten Gerichtsfällen. Aber: «Parteienproporz gewährleistet Weltanschauungspluralismus der Justiz. Dies ist (nicht hinreichende, aber notwendige) Voraussetzung dafür, dass gerichtliche Entscheide legitim sind und in der ganzen Bevölkerung akzeptiert werden».⁹

III. Problematik der Wiederwahl: ein Lösungsvorschlag

Die Amtsdauer der von der Bundesversammlung gewählten Mitglieder von Gerichten beträgt sechs Jahre; wollen sie länger im Amt bleiben, so müssen sie wiedergewählt werden. Ist dieses Erfordernis einer Wiederwahl das «Vehikel politischer Einflussnahme auf die Rechtsprechung» und steht daher im Widerspruch zum verfassungsmässigen Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit?¹⁰

Das Erfordernis der Wiederwahl impliziert die Möglichkeit der Nichtwiederwahl. Die Stimmabgabe bei Wahlen in der Bundesversammlung ist geheim (Art. 130 Abs. 1 ParlG; SR 171.10).¹¹ Daraus folgt, dass die Wahl bzw. Nichtwahl nicht begründet wird. Begründungen werden gelegentlich vor oder nach der Wahl gegenüber den Medien abgegeben oder der Grund für eine Nichtwahl erschliesst sich indirekt aus bestimmten Indizien. So z.B. bei den Gesamterneuerungswahlen des Bundesgerichts vom 24. September 2014, als sechs Mitglieder des Bundesgerichts deutlich weniger Stimmen erhielten als die grosse Mehrheit der übrigen Mitglieder. Die Indizien waren offensichtlich: Betroffen waren Mitglieder der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung, welche ein Urteil gefällt hatte, das aus den Kreisen der Schweizerischen Volkspartei heftig kritisiert worden war. Durch die Nichtwiederwahl sollte also ein einzelnes Ge-

8 Siehe dazu ADRIAN VATTER/MAYA ACKERMANN, Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, in: ZSR 2014 I, S. 517–537. Der Aufsatz zeigt auch auf, wie die Realisierung des Parteienproporzes in den Gerichten mit zeitlicher Verzögerung erfolgt, da Änderungen der Parteistärken infolge der Parlamentswahlen in der Praxis bei den Richterwahlen erst dann berücksichtigt werden, wenn amtierende Richterinnen und Richter zurückgetreten sind (S. 531).

9 HANSJÖRG SEILER, Richter als Parteivertreter, in: Justice – Justiz – Giudizia 2006/3, Rz. 33. Der Titel des Aufsatzes erscheint unglücklich, indem er den irreführenden Eindruck einer instruktionsgebundenen Vertretung der Parteien in den Gerichten im engeren Sinne erweckt. Die Lektüre des Textes zeigt, dass der Autor gerade dies nicht meint.

10 Positive Beantwortung u.a. durch NICCOLÒ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, in: Justice – Justiz – Giudizia 2011/3, Rz. 14–16.

11 RUTH LÜTHI, Art. 130 ParlG, N 13, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014.

richtsurteil kritisiert werden, verbunden mit der augenfälligen Absicht, politischen Druck auf die künftige Rechtsprechung auszuüben.¹²

Die Lehre ist sich, soweit ersichtlich, einig, dass hier ein offensichtlicher Verstoß gegen die verfassungsmässige Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 191c BV) vorliegt – ein Befund, der nicht auf die leichte Schulter genommen werden sollte.

Wie kann das Problem gelöst werden? Abgesehen von einem grundsätzlichen Systemwechsel, der das Parlament als Wahlbehörde durch eine Richterwahlbehörde ersetzen würde, werden längere Amtsdauern von neun oder zehn Jahren gefordert, wie sie z.B. der EGMR in Strassburg oder der Kanton Tessin kennen, mit oder ohne Wiederwahlmöglichkeit; oder es wird eine Wahl bis zum Erreichen einer Altersgrenze gefordert.

Diese Lösungen setzen alle eine Verfassungsrevision voraus. Eine Bereitschaft dazu ist in der politischen Praxis nicht erkennbar. Eine separate Verfassungsrevision zu diesem Thema mit obligatorischem Referendum von Volk und Ständen erscheint so lange als unverhältnismässiger Aufwand, als solche «Denkzettel» bei Wiederwahlen als vereinzelt «Ausrutscher» qualifiziert werden können, welche auch umgehend von der grossen Mehrheit der politischen Kräfte verurteilt werden. Die richterliche Unabhängigkeit erscheint in der Praxis bisher nicht beeinträchtigt. Auch der Evaluationsbericht der GRECO sieht keinen dringenden Handlungsbedarf: «Allerdings sind bis heute die Stabilität des Systems, das Konkordanzprinzip und die Proporzwahl des Parlaments wichtige und wirksame Sicherungsmassnahmen».¹³ Die GRECO beschränkt sich auf die Empfehlung, «dafür zu sorgen, dass die Bundesversammlung die Nichtwiederwahl von Richtern der eidgenössischen Gerichte nicht mit den von diesen gefällten Entscheiden begründet». Die weitere Empfehlung, «die Änderung oder Aufhebung des Wiederwahlverfahrens für diese Richter durch die Bundesversammlung zu prüfen», ist vorsichtig als leicht zu erfüllende Prüfungsempfehlung formuliert.¹⁴

Die GRECO sieht allerdings Gefahren für die Zukunft: «Sollte sich die politische Debatte künftig stärker polarisieren, ist zu befürchten, dass solche Praktiken sich ausbreiten und ein Risiko für die Wiederwahl der Richter mit sich bringen». Im Hinblick darauf stellt sich die Frage, ob sich das Problem nicht auch durch eine einfache Gesetzesänderung lösen liesse? Die Vorbeugung vor dieser nicht leichthin von der Hand zu weisenden Gefahr könnte diesen weit geringeren Aufwand wert sein.

12 Siehe zu diesem Fall: GEROLD STEINMANN, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, in: ZBl 2015/1.

13 Conseil de l'Europe, Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), Vierte Evaluationsrunde. Prävention von Korruption bei Mitgliedern von Parlamenten, Gerichten und Staatsanwaltschaften. Evaluationsbericht Schweiz, veröffentlicht am 15. März 2017, S. 30.

14 GRECO (Fn. 13), S. 31.

An der verfassungsmässigen Beschränkung der Amtsdauer auf sechs Jahre (Art. 145 BV) lässt sich auf Gesetzesstufe nicht rütteln. Demgegenüber könnte die Zuständigkeit der Bundesversammlung zur Wahl (Art. 168 BV) Interpretationsspielräume für die Anwendung eines anderen Wahlverfahrens bieten, welches das Problem der politischen Einflussnahme auf die Gerichte anlässlich der Wiederwahlen weitgehend lösen könnte.

Bereits die Wiederwahlen der Richterinnen und Richter nach geltendem Recht sind keine «normalen» Wahlen mit freier Konkurrenz aller Teilnehmenden mit passivem Wahlrecht: Die Namen der sich zur Wiederwahl stellenden Personen werden privilegiert auf dem Wahlzettel vordruckt. Einzelne Namen können gestrichen werden; es können aber nicht andere Namen angebracht werden (Art. 136 ParlG). Eine «Ergänzungswahl» findet statt, «wenn eine Vakanz entstanden oder ein Mitglied nicht wieder gewählt worden ist» (Art. 137 ParlG); erst hier findet eine «normale» Wahl im Sinne einer freien Wahl statt. Dieses Verfahren ist mit guter Absicht so ausgestaltet, dass eine Nichtwiederwahl erheblich erschwert wird. Das Verfahren hat nun allerdings auch den aus der Sicht der Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit unerwünschten Nebeneffekt, dass es zu politischen Manövern in Form von «Denkzetteln» an bestimmte Richterinnen und Richter förmlich einlädt: Das Streichen von Namen auf der Wiederwahlliste wird höchstwahrscheinlich keine praktischen Konsequenzen haben, für die politische Verantwortung übernommen werden müsste.¹⁵ Das geltende Verfahren der Wiederwahl schränkt also die Wahlfreiheit der Bundesversammlung und ihrer Mitglieder bereits erheblich ein, ohne allerdings damit das Ziel zu erreichen, dass die richterliche Unabhängigkeit gewahrt bleibt.

Das letztere Ziel kann erreicht werden, wenn die Wiederwahl nach dem Modell der Wiederwahl der Bundesbeamten unter dem bis zum Jahr 2000 geltenden Beamtengesetz ausgestaltet wird: Die auslaufende Amtsdauer wird automatisch um eine weitere Amtsdauer verlängert, sofern die Wahlbehörde nicht innert einer bestimmten Frist vor Ablauf der Amtsdauer eine Abberufung vornimmt.¹⁶ Eine Wahlkompetenz kann, falls die Wahl nicht bestritten wird, auch in Form von «stillen» Wahlen wahrgenommen werden. Die Bundesversamm-

15 Und kommt es tatsächlich einmal zur Nichtwiederwahl, so lässt sich diese als Versehen bei der folgenden Ergänzungswahl korrigieren. So geschehen bei der einzigen Nichtwiederwahl, bei der politische Gründe eine Rolle gespielt haben, derjenigen von Bundesrichter Martin Schubarth im Jahre 1990 (siehe dazu KATRIN MARTI, Art. 136 ParlG, N 6, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss, Fn. 11).

16 Auch das geltende Bundespersonalgesetz kennt noch eine solche Regelung für auf Amtsdauer angestellte Bundesbedienstete (Art. 14 BPG; SR 172.220.1). Im Bereich der Bundesversammlung wird nach geltendem Recht die vierjährige Amtsdauer der Generalsekretärin oder des Generalsekretärs der Bundesversammlung nach diesem Verfahren entweder automatisch verlängert oder durch Verfügung der Wahlbehörde (der aus den beiden Ratsbüros zusammengesetzten Koordinationskonferenz) beendet (Art. 37 Abs. 2 lit. d ParlG und Art. 26 Parlamentsverwaltungsverordnung [SR 171.115]).

lung würde die Kompetenz zur Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer behalten.

Der Antrag für eine Nichtwiederwahl müsste der Gerichtskommission vorbehalten bleiben. Als Begründung für eine Nichtwiederwahl kämen nur schwere Amtspflichtverletzungen und Fälle der (objektiven) Amtsunfähigkeit in Frage. Die rechtsstaatlich notwendigen Verfahrensgarantien wären einzuhalten. Bereits heute bestehen «Handlungsgrundsätze der Gerichtskommission vom 3. März 2011 zum Verfahren der Kommission im Hinblick auf eine Amtsenthebung oder eine Nichtwiederwahl»¹⁷; diese könnten für die Kodifizierung wegleitend sein. Damit wäre eine Begründung der Nichtwiederwahl mit der Kritik an Gerichtsentscheiden ausgeschlossen; der entsprechenden Forderung der GRECO wäre Rechnung getragen.

Falls man zum Schluss kommen sollte, dass die vorgeschlagene Regelung im Widerspruch zu Art. 168 BV steht, so stehen wir vor der Situation, dass zwischen verschiedenen Verfassungsbestimmungen Widersprüche vorliegen. Der Grundsatz der Gleichrangigkeit aller Verfassungsnormen ändert nichts daran, dass im konkreten Einzelfall eines Konflikts zwischen verschiedenen Verfassungsnormen die divergierenden Interessen nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gegeneinander abgewogen werden müssen. Die geltende Regelung der Wiederwahl der Richterinnen und Richter gibt der organisatorischen Bestimmung über die Wahlkompetenz der Bundesversammlung (Art. 168 BV), die nicht spezifisch im Hinblick auf diesen Anwendungsfall konzipiert worden ist, den Vorrang gegenüber der Realisierung des Anspruchs auf ein Grundrecht (Art. 191c i.V.m. Art. 30 Abs. 1 BV). Dies erscheint angesichts der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter als unverhältnismässig. Die vorgeschlagene kleine Gesetzesrevision bietet die beste Lösung.

IV. Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch die sog. «Mandatssteuer»?

Neben den beiden Empfehlungen zum Verfahren der Wiederwahl enthält der im März 2017 veröffentlichte Bericht der GRECO die weitere Empfehlung, «die Praxis aufzugeben, wonach Richter der eidgenössischen Gerichte einen fixen oder prozentualen Anteil ihres Gehalts den politischen Parteien abgeben».¹⁸

17 BBl 2012 1271. Diese «Handlungsgrundsätze» sind von ihrem Inhalt her unzweifelhaft als wichtige rechtsetzende Bestimmungen zu qualifizieren und müssten daher in Gesetzesform gekleidet werden. Siehe dazu die «Mitteilung über den Rückzug eines Erlasses aus der Systematischen Sammlung des Bundesrechts» vom 21. Februar 2012: «Nach Artikel 153 Absatz 3 der Bundesverfassung können parlamentarische Kommissionen keine rechtsetzenden Texte erlassen. Folgender in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts irrtümlich veröffentlichter Text wird deshalb aus der Systematischen Sammlung des Bundesrechts zurückgezogen» (AS 2012 785).

18 GRECO (Fn. 13), S. 31.

Diese Forderung ist insofern seltsam, als ihre Adressaten nicht staatliche Behörden sind, welche die ordentlichen Gesprächspartner der GRECO sind. Es ist nicht ersichtlich, auf welche Weise staatliche Behörden der Schweiz dieser Forderung Rechnung tragen könnten.

Auch der GRECO-Bericht hält fest, dass «die Richter, mit denen das ETG (= Evaluationsteam der GRECO) gesprochen hat, die Freiwilligkeit dieser Praxis hervorgehoben haben»¹⁹. Die Antworten der Parteien in einer Umfrage²⁰ bestätigen diese Freiwilligkeit. CVP und FDP lehnen den Begriff «Mandatssteuer» ausdrücklich ab. Alle Parteien bestreiten, dass eine Richterin oder ein Richter, die oder der sich weigert, der Partei Beiträge zu entrichten, Konsequenzen zu befürchten hätte; die einzige denkbare, in der Umfrage aber nicht explizit erwähnte Sanktion könnte die Nichtnomination bei den nächsten Wiederverwahlen sein. Die SP meint dazu ergänzend: «Il s'agit d'une question de bonne foi et d'honneur». Es besteht keine rechtliche Verpflichtung, sondern eine bestimmte moralische Erwartung, die nach der hier vertretenen Auffassung aufgrund der notwendigen und zweckmässigen Wahl der Gerichte nach Parteiproporz (siehe oben Ziff. II) durchaus legitim ist und in diesem Sinne auch von den meisten Richterinnen und Richtern als gerechtfertigt anerkannt wird.

Das Bundesgericht hatte in einem Urteil vom 5. Dezember 1997 die Frage zu beantworten, ob Beiträge, die eine Partei von einem von ihr portierten Mandatsträger erwartet, steuerrechtlich als abzugsfähige Gewinnungskosten zu betrachten sind.²¹ Es hat die Frage verneinend beantwortet mit der Begründung, dass der Mandatsträger nicht durch seine Partei, sondern durch das Volk bzw. politische Behörden in sein Amt gewählt wurde. Die Zahlung von Parteibeiträgen sei keine rechtliche Voraussetzung, um gewählt zu werden. Es komme auch vor, dass Mandatsträger sich weigern, ihrer Partei eine Abgabe zu entrichten. Dadurch verletze die betreffende Person allenfalls eine Verpflichtung gegenüber der Partei, verliere aber nicht ihr Amt. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass manchmal auch bisherige Amtsinhaber vom Volk wiedergewählt werden, wenn ihnen ihre bisherige Partei die Unterstützung entzieht.²²

TIZIANO BALMELLI berichtet über zwei Fälle, in welchen eine Partei von ihren Kandidatinnen und Kandidaten für Richterstellen als Voraussetzung für die Nominierung eine Schuldanererkennung für nach der Wahl zu zahlende Beiträge

19 GRECO (Fn. 13), S. 30.

20 Mandatssteuer-Umfrage bei den Parteien, in: Justice – Justiz – Giustizia 2006/3, Ziff. 2.

21 BGE 124 II 29. Ausführlich dargestellt und erläutert von THOMAS STADELMANN, Die steuerliche Behandlung der «Mandatsbeiträge» in der Schweiz, in: Justice – Justiz – Giustizia 2006/3.

22 Diese letzte Überlegung ist auf die durch das Parlament vorzunehmenden Wiederverwahlen in die eidgenössischen Gerichte zwar nicht unmittelbar übertragbar. Sollte aber tatsächlich einmal eine Fraktion eine Richterin oder einen Richter mit dieser Begründung der Nichtbezahlung von Parteibeiträgen nicht zur Wiederwahl vorschlagen, so müsste diese Fraktion einen beträchtlichen Verlust an Renommee fürchten und es bestände wohl auch Anlass zur berechtigten Hoffnung, dass die anderen Fraktionen eine solche Begründung nicht akzeptieren und ihrerseits die Wiederwahl vornehmen.

verlangte.²³ Derartige Praktiken gehen nicht von einem freiwilligen und aufgrund der notwendigen Proporzwahl der Gerichte legitimen Einverständnis zwischen der Partei und den von ihr nominierten Richterinnen und Richtern aus, sondern schaffen eine erzwungene Abhängigkeit. Auch wenn die etwas unbestimmte Vermutung von BALMELLI nicht zutreffen sollte, dass den Verantwortlichen der Partei hier Straftatbestände zur Last gelegt werden können, so schaden derartige Praktiken der Glaubwürdigkeit von Justiz und Politik. Die beste Prävention gegen derartige Praktiken ist die zu erwartende Verurteilung in der Öffentlichkeit.

V. Schranken der Oberaufsicht und Finanzhoheit des Parlaments gegenüber den Gerichten

Die Bundesversammlung übt die Oberaufsicht über die eidgenössischen Gerichte aus und gibt ihnen die notwendigen Ressourcen durch die Festlegung des Budgets der Gerichte und der Anzahl der Richterinnen und Richter. Bei der Ausübung dieser Funktionen hat sie die richterliche Unabhängigkeit zu beachten. Art. 26 Abs. 4 ParlG verbietet ausdrücklich «die inhaltliche Kontrolle richterlicher Entscheide». Die Praxis der Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Aktivitäten parlamentarischer Organe gestaltet sich im Bereich der Oberaufsicht weitgehend problemlos, jedenfalls auf Bundesebene.²⁴

Bei der Festlegung des Budgets und der Zahl der Richterinnen und Richter stellt sich jedoch die Frage, ob die Bundesversammlung immer ein genügendes Verständnis für die Stellung und die Aufgaben der Gerichte zeigt. Die Bundesversammlung ist «dafür verantwortlich, den Gerichten auch in finanziell angespannten Zeiten jene Ressourcen zur Verfügung zu stellen, welche sie für eine hoch stehende, effiziente Rechtsetzungstätigkeit benötigen»²⁵, damit die richterliche Unabhängigkeit und der Anspruch der Rechtsuchenden auf ein unparteiliches und unabhängiges Gericht gewahrt bleiben. NICCOLÒ RASELLI ist voll und ganz beizupflichten, wenn er feststellt: «Sparprogramme finden allerdings ihre Grenzen an den Aufgaben der Rechtspflege und am verfassungsrechtlichen Grundsatz einer unabhängigen, eigenständigen Rechtspre-

23 TIZIANO BALMELLI, Fn. 6.

24 THOMAS SÄGESSER, Art. 26 ParlG, N 56–60, in: Martin Graf/Cornelia Theler/Moritz von Wyss, Fn. 11. – Auf kantonaler Ebene kommt es hingegen gelegentlich zu heftigen Konflikten. Siehe z.B. die Referate an der Jahresversammlung der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen vom 11. November 2017, abgedruckt in: Parlament/Parlement/Parlamento 2017/3. Siehe insb. RAPHAËL MAHAÏM, *Le système vaudois et les suites du drame de Payerne*, S. 15–21. Die «Commission parlementaire de haute surveillance» hatte nach einem Sexualmord den «Juge d'application des peines» für seine Entscheide, dem Straftäter Freigang zu gewähren, kritisiert und vom Kantonsgericht die Durchführung einer Administrativuntersuchung verlangt. Das Kantonsgericht wies den Bericht der Parlamentskommission als Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit zurück.

25 RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Fn. 5, Rz. 2888.

chung. [...] Die Justiz hat sich mit jeder Klage, mit jeder Beschwerde sorgfältig zu befassen und ist verfassungsrechtlich verpflichtet, dies innert angemessener Frist zu tun (Art. 29 Abs. 1 BV)».²⁶ «Der Richter hat sich bei seiner rechtsprechenden Tätigkeit an Recht und Gesetz und nicht am Budget zu orientieren».²⁷ Analog wie die Sicherstellung der Ressourcen der Justiz ist übrigens auch die Finanzierung des Parlamentes selbst zu beurteilen: Die Wahrnehmung seiner verfassungsmässigen Aufgabe der demokratischen Repräsentation der Gesellschaft lässt sich auch nicht nach betriebswirtschaftlichen Effizienzkriterien beurteilen; ein Parlamentsmitglied oder -organ verzichtet nicht deswegen auf einen Antrag oder Vorstoss, weil dessen Behandlung Kosten verursacht. Das gilt natürlich auch für die Wahrnehmung der Volksrechte: die Behandlung von Referenden und Volksinitiativen kann nicht vom Budget abhängig gemacht werden. Finanzpolitik muss ihre Grenze finden, wenn es um die Grundlagen von Demokratie und Rechtsstaat geht.

Im Hinblick auf die Inkraftsetzung des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 auf den 1. Januar 2007 hatte die Bundesversammlung durch Verordnung die Anzahl der Mitglieder des Bundesgerichts festzusetzen. Es ergab sich eine aufschlussreiche Grundsatzdiskussion; insb. auch weil der damalige Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Bundesrat Christoph Blocher, die Diskussion mit der Provokation aufgeheizt hatte, dass das Bundesgericht eine Variante vorlegen solle, wie es seinen Aufwand um 20% vermindern könne.²⁸ Die Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates schlug mit ihrem Bericht vom 21. Februar 2006²⁹ eine Reduktion der Anzahl der Gerichtsmitglieder von 41 auf 38 vor, eine Minderheit und das Bundesgericht selbst³⁰ wollte bei 41 Mitgliedern bleiben und der Bundesrat³¹ beantragte eine Reduktion auf 36 Mitglieder. Im Ständerat setzte sich die Kommissionsmehrheit durch; ganz knapp, mit 91 zu 87 Stimmen, folgte am 8. Juni 2006 auch der Nationalrat entgegen dem Antrag seiner Kommission diesem Beschluss des Ständerates. Auch wenn die Gegnerinnen und Gegner der Reduktion letztendlich unterlagen, so boten die Debatten in beiden Räten doch Gelegenheit zu einer bemerkenswerten Manifestation des Bewusstseins für die Bedeutung der Gewaltenteilung und vor allem auch für die Bedeutung einer qualitativ hochstehenden Rechtsprechung, die nicht zum Gegenstand finanzpolitischer Überlegungen gemacht werden sollte.³² Abgelehnt wurde der

26 NICCOLÒ RASELLI, Fn. 10, Rz. 19.

27 NICCOLÒ RASELLI, Fn. 10, Rz. 31.

28 Gemäss Votum von Bundesrat Blocher in der Sitzung des Ständerates vom 23. März 2006 (Amtliches Bulletin des Ständerates 2006, S. 280).

29 BBI 2006 3475.

30 Stellungnahme vom 9. März 2006, BBI 2006 3511.

31 Stellungnahme vom 17. März 2006, BBI 2006 3503.

32 Nationalrat und Kommissionsberichterstatter Kurt Fluri: «Unser Justizvorsteher, Herr Bundesrat Blocher, argumentiert vorwiegend finanzpolitisch. Wir sind aber ausgesprochen nicht der Auf-

Vorschlag der Ständeratskommission, dem Bundesgericht detaillierte Vorgaben für ein Controllingverfahren zu machen, in welchem z.B. auch die von den einzelnen Mitgliedern des Gerichts ausgeübte Funktion und die aufgewendete Zeit für die Bearbeitung der einzelnen Dossiers erhoben worden wäre. Für das Bundesgericht widersprach diese Regelung der in Art. 188 BV verankerten Verwaltungsautonomie des Gerichts: «Die detaillierte Regelung des Controllings und der Berichterstattung in Artikel 2 des Verordnungsentwurfs greift in den Kernbereich dieser Verwaltungsautonomie ein. Die für die höchstrichterliche Rechtsprechung erforderliche und zweckmässige Arbeitsorganisation muss das Bundesgericht selber bestimmen können, wie das die Bundesverfassung mit der verstärkten Verwaltungsautonomie festschreibt und zudem die Unabhängigkeit der Justiz erheischt.»³³ Konkret auf den Punkt bringt es NICCOLÒ RASELLI, wenn er zutreffend ausführt: «Zwingt man den Richter, sich vorab am Zeitfaktor zu orientieren, liegt die Gefahr nahe, dass er dem Einzelfall nicht jenes Mass an Zeit und Aufwand widmet, das angemessen und sachgerecht wäre, womit elementare Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zur Disposition stünden».³⁴

Grundsätzliche staatsrechtliche Überlegungen wären jeweils auch anzubringen, wenn bei der Behandlung des Voranschlages des Bundes Anträge für lineare Kürzungen über das ganze Bundesbudget hinweg behandelt werden, ohne dass dabei der besonderen Stellung der Gerichte (und auch des Parlamentes) Rechnung getragen wird. Hier wurde nun allerdings, soweit im «Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung» ersichtlich, in der jüngeren Vergangenheit nie in diesem Sinne argumentiert.³⁵ Eine Erklärung dafür mag sein, dass Kürzungen im Bereich der Gerichte und des Parlamentes im Rahmen des gesamten Budgets kaum ins Gewicht fallen. Allerdings wäre dies bei hinreichender staatsrechtlicher Sensibilität eben auch gerade ein Argument, diese Bereiche von linearen Querschnittkürzungen auszunehmen.

Damit soll nicht postuliert werden, dass die Budgets der Gerichte – wie auch das Budget des Parlaments selbst – nicht auch kritisch hinterfragt werden sollen, was in den beiden Finanzkommissionen von National- und Ständerat im Dialog mit den Verantwortlichen regelmässig erfolgt. Dabei sollte aber immer

fassung, dass eine finanzpolitische Vorgabe durch Qualitätseinbusse erreicht werden soll.» (Amtliches Bulletin des Nationalrates 2006, S. 784).

33 BBI 2006 3513. Nationalrat Hämmerle meinte dazu: «Das ist nicht die Art, wie Staatsgewalten miteinander umgehen. Das funktioniert vielleicht in einem privaten Konzern, aber sicher nicht hier. Stellen Sie sich nur mal kurz vor, wir Nationalrätinnen und Nationalräte würden von einer anderen Staatsgewalt zu einer derartigen Berichterstattung gezwungen; wir müssten rapportieren, mit welchem Aufwand jede und jeder von uns zu welchem Ergebnis gelangt. Wir würden uns vermutlich bedanken. Das sieht auch das Bundesgericht so; das ist auch für das Bundesgericht so nicht annehmbar.» (Amtliches Bulletin des Nationalrates 2006, S 778).

34 NICCOLÒ RASELLI, Fn. 10, Rz. 20.

35 Ausnahme: Bei der Behandlung des Voranschlages 2019 war bei entsprechenden (abgelehnten) Kürzungsanträgen vermerkt: «Ausgenommen: B+G, EFK» (= Behörden und Gerichte, Eidgenössische Finanzkontrolle).

im Auge behalten werden, dass die Qualität der Rechtsetzung (oder im Bereich des Parlaments die Qualität der demokratischen Repräsentation der gesellschaftlichen Interessen) höher zu gewichten ist als allfällige Einsparungen, die im Rahmen des gesamten Bundesbudgets ohnehin kaum ins Gewicht fallen.

VI. Form und Inhalt des Meinungsaustauschs zwischen Politik und Justiz

Gewaltentrennung – besser: Gewaltenteilung – schliesst einen Dialog zwischen den Gewalten nicht aus, sondern verlangt zweckmässigerweise einen «konstruktiven Diskurs unter den Staatsgewalten, die sich gegenseitig so respektieren, wie es die Verfassung von ihnen verlangt».³⁶ Der Anstoss zum Dialog kann und soll dabei von beiden Gewalten ausgehen.

Gerichte müssen sich notwendigerweise bei ihrer Rechtsprechung mit den Leistungen des Gesetzgebers beschäftigen; sie können dabei Mängel der Gesetzgebung feststellen und diese Mängel dem Parlament mitteilen. Die jährlichen Geschäftsberichte des Bundesgerichts enthalten denn auch regelmässig eine Rubrik «Hinweise an den Gesetzgeber».

Umgekehrt darf und soll sich auch die Politik mit den Leistungen der Justiz auseinandersetzen. Politikerinnen und Politiker begehen kein Sakrileg, wenn ihnen ein bestimmtes Resultat der Rechtsprechung missfällt und wenn sie in der Folge versuchen, eine demokratische Mehrheit für eine Verfassungs- oder Gesetzesänderung zu finden, um pro futuro eine Fortsetzung der von ihnen abgelehnten Rechtsprechung zu verhindern. So hat z.B. die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend das von den Kantonen anzuwendende Proporzwahlverfahren die Staatspolitische Kommission des Ständerates veranlasst, zwei Standesinitiativen Folge zu geben, um den Handlungsspielraum des Bundesgerichts einzuschränken.³⁷ Dieses Vorhaben mag man gerade auch aus rechtspolitischer Sicht bekämpfen.³⁸ Als unzulässiger Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit darf es nicht diskreditiert werden: Es liegt in der Zuständigkeit von Parlament und Volk, die verfassungsmässigen oder gesetzlichen Rahmenbedingungen jederzeit zu ändern.

In ein anderes Kapitel gehören nun aber «Gerichtsschelten», deren Absicht offensichtlich nicht die Inangangsetzung einer demokratischen Änderung bestehender Rechts ist, sondern die in Form und Inhalt in erster Linie darauf abzielen, Gerichte unter politischen Druck zu setzen und die Rechtsprechung un-

36 ULRICH ZIMMERLI, Wenn die Politik Druck macht – Richtertätigkeit unter Beeinflussungsversuchen, in: *Justice – Justiz – Giudizia* 2009/4, Rz. 26.

37 14.307/14.316 Standesinitiativen ZG. Wiederherstellung der Souveränität der Kantone bei Wahlfragen. Änderung der Bundesverfassung/UR. Souveränität bei Wahlfragen. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 16. November 2017 (BBl 2018 1). – Der Versuch scheiterte durch Ablehnung der vorgeschlagenen Verfassungsrevision in der Schlussabstimmung des Nationalrates am 14. Dezember 2018, nach Annahme durch den Ständerat.

38 Dies die Auffassung der Autorin dieses Beitrags.

mittelbar zu beeinflussen. Zum Instrumentarium solcher Gerichtsschelten gehört vor allem die polemische Verächtlichmachung der Gerichte, häufig mehr oder weniger unverhohlen verbunden mit der Drohung von Konsequenzen bei den nächsten Gesamterneuerungswahlen des Gerichts.

Wer so agiert, stellt nicht nur das hohe Rechtsgut der richterlichen Unabhängigkeit in Frage, sondern damit zugleich auch den grundrechtlichen Anspruch des Rechtsuchenden auf ein unparteiliches und unabhängiges Gericht. Er verlässt die Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates und begibt sich damit ins Abseits. Es ist tröstlich, dass die Reaktion der demokratischen Öffentlichkeit vehement ausfällt. Das zeigen z.B. die deutlichen Ablehnungen der Volksinitiative «Für demokratische Einbürgerungen» (abgelehnt am 1. Juni 2008 mit 63,8% Neinstimmen und 22 zu 1 Standesstimme), der «Durchsetzungsinitiative» (abgelehnt am 28. Februar 2016 mit 58,9% Neinstimmen und 18½ zu 3½ Standesstimmen) und der «Selbstbestimmungsinitiative» (abgelehnt am 25. November 2018 mit 66,2% Neinstimmen und allen Standesstimmen). Alle drei Volksinitiativen wollten im Kern die Zuständigkeiten der Gerichte und damit den Schutz der Grundrechte in Frage stellen.

Einen deutlichen Beleg dafür, dass sich fehlender Respekt vor der Funktion der Gerichte politisch nicht auszahlt, liefert die Nichtwiederwahl von Bundesrat Christoph Blocher, Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes 2003–2007. Dass Bundesrat Blocher am 12. Dezember 2007 im ersten Wahlgang 9 Stimmen zu der für seine Wiederwahl nötigen absoluten Mehrheit in der Vereinigten Bundesversammlung fehlten, dürfte massgeblich auch durch seine Missachtung der Gewaltenteilung ausgelöst worden sein.³⁹ Diese Missachtung hat die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates in ihrer «Untersuchung von öffentlichen Aussagen des Vorstehers des EJPD zu Gerichtsurteilen» treffend diagnostiziert und dabei zugleich die Unterscheidung zwischen legitimer und unzulässiger behördlicher Kritik an Gerichtsurteilen vorgenommen: «Nach Auffassung der GPK-S ist nicht jede kritische Äusserung von Behördenmitgliedern zur Rechtsprechung der Gerichte bereits als Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit zu werten. Insbesondere müssen sie Tendenzen der Rechtsprechung etwa im Hinblick auf Rechtsänderungen oder Fragen des Vollzugs diskutieren und kritisieren können. Der Justizminister muss mit Rücksicht auf seine besondere Stellung jedoch grosse Zurückhaltung bei der Kritik an Gerichtsurteilen üben. Wenn schon, muss er seine Kritik sachlich und ausgewogen vorbringen und die Begründung der Urteile miteinbeziehen. Dies hat der Vorsteher EJPD im vorliegenden Fall unterlassen. Er hat in keiner seiner Stellungnahmen darauf hingewiesen, dass und aus welchen Gründen die ARK die beiden Albaner für unschuldig ansah. Er hat konsequent in seinen Äusserungen durchblicken lassen, dass er selbst die Albaner für schuldig hält. Das kommt einer

39 Gl.M. ULRICH ZIMMERLI, Fr. 36, Rz. 5.

grundsätzlichen Kritik an den Urteilen beziehungsweise deren Missachtung gleich.»⁴⁰

Die bisher weitestgehend erfolgreiche Abwehr derartiger Angriffe auf die richterliche Unabhängigkeit erlaubt es, nach wie vor zu einer positiven Bilanz des Verhältnisses zwischen Politik und Justiz zu gelangen: «Das Problem-bewusstsein ist vorhanden und unser Rechtsstaat wird durch politische Beeinflussungsversuche der Politik auf die Justiz nicht ernsthaft bedroht. Aber Wach-samkeit ist am Platz».⁴¹

Es zeigt sich, dass die formal-rechtliche Regelung der Unabhängigkeit der Justiz gegenüber den anderen Gewalten von viel geringerer Bedeutung ist als die etablierte politische Kultur. Eine empirische Untersuchung über den Grad der richterlichen Unabhängigkeit der obersten Gerichte im internationalen Ver-gleich bringt die Schweiz in einer Rangliste von 70 Ländern bei der Messung der formal-rechtlichen Unabhängigkeit auf den wenig vorteilhaften 62. Rang. In Bezug auf die reale Unabhängigkeit setzt die Untersuchung die Schweiz aber auf den 3. Rang.⁴²

So erstaunt es denn auch nicht, dass auf politischer Ebene bisher kein Hand-lungsbedarf festgestellt wurde. Nach Kenntnisnahme des 4. Evaluationsberich-tes der GRECO teilte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates mit Medienmitteilung vom 6. November 2017 mit: «In ihren Augen trägt die Ge-richtsorganisation den institutionellen Besonderheiten der Schweiz bestens Rechnung. Es gebe keinen Grund, ein bewährtes System zu ändern».⁴³

In den grossen Zügen mag diese Analyse zutreffen; eine eigentliche System-änderung ist nicht nötig. Angesichts der nicht abzustreitenden Gefahr politisch motivierter Nichtwiederwahlen von Richterinnen und Richtern sollte man es sich aber doch auch nicht zu einfach machen. Wenn es durch eine verhältnis-mässig einfache kleinere Gesetzesrevision möglich ist, dieser Gefahr vorzu-beugen, so sollte diese Gelegenheit benutzt werden (siehe dazu oben Ziff. III).

40 Bericht vom 10. Juli 2006, in: BBl 2006 9085. Bundesrat Blocher hatte der Asylrekurskommission in seiner Albigüetli-Rede vom 20. Januar 2006 unterstellt, sie habe albanischen Kriminellen Asyl erteilt.

41 ULRICH ZIMMERLI, Fn. 36, Rz. 27.

42 LARS P. FELD/STEFAN VOIGT, Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using an New Set auf Indicators, in: European Journal of Political Economy 2003, S. 497–527 (zit. nach ADRIAN VATTER, MAYA ACKERMANN, Fn. 8, S. 534 f.).

43 <<https://www.parlament.ch/de/organe/kommissionen/sachbereichskommissionen/kommissionen-rk>>, gesehen am 26. Februar 2019. Analogen Inhalt hatte die Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 27. Oktober 2017.