

Die richterliche Unabhängigkeit aus Sicht des Beobachters

Markus Felber

Referat für die Leuenbergtagung der Basellandschaftlichen Richtervereinigung am
17. Juni 2005

Meine Damen und Herren

Es freut mich, hier zu Ihnen sprechen zu dürfen. Ganz herzlichen Dank für die Einladung.

Nachdem mich Herr Bundesstrafrichter Daniel Kipfer heute morgen im Zusammenhang mit meiner Kritik am Bundesstrafgericht in der NZZ vom vergangenen Montag direkt und persönlich angesprochen hat, will ich ein Wort dazu sagen, bevor ich mit meinem Referat beginne:

Ich halte an allem fest, was ich geschrieben habe. Wir Journalisten haben ein Problem mit dem Bundesstrafgericht, ja wir haben das grösste Problem, das ein Journalist haben kann. Wir möchten unsere Arbeit professionell erledigen und werden daran immer wieder gehindert. Ich will hier nicht zu einer Suada ansetzen, zumal Herr Kipfer der falsche Adressat wäre. Mir ist klar, dass das Problem nicht bestünde, wenn er in Bellinzona für die Belange der Medien verantwortlich wäre.

Doch nun zu meinem Referat, das ich mit zwei Vorbemerkungen beginne:

Erstens: Seit knapp einem Vierteljahrhundert bin ich nun als Berichterstatter am Bundesgericht, am Eidgenössischen Versicherung und seit kurzem am Bundesstrafgericht tätig. Andere Gerichte kenne ich nur sehr flüchtig. Es ist daher möglich, dass meine Beobachtungen nicht in allen Punkten auch für Ihre eigene Gerichtswirklichkeit Gültigkeit haben.

Zweite Vorbemerkung: Sollte in meinen Ausführungen wider Erwarten der Begriff Hebamme vorkommen, dann wären damit nur Frauen gemeint. Alle anderen von mir verwendeten Funktionsbezeichnungen wie Richter, Schreiber et cetera stehen selbstverständlich nicht nur für Frauen, sondern auch für Männer ...

Doch wenden wir uns nun der richterlichen Unabhängigkeit aus Sicht des Beobachters zu. Ich will keine Eulen nach Athen tragen und sehe daher davon ab, Ihnen die grosse Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit ausführlich zu schildern. Was dazu alles an Gescheitem gesagt wurde, hat unlängst Bundesrichter Hans Wiprächtiger in der Festschrift für Peter Gauch konzis zusammengetragen.¹ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik findet sich in der ebenso ausführlichen wie kompetenten Habilitationsschrift von Regina Kiener². Ich verweise darauf und konzentriere mich auf den Blickwinkel des unwissenschaftlichen Beobachters.

Diesem fallen zunächst einmal zwei Dinge auf. Einerseits, dass der Gehalt des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit alles andere als klar ist. Und andererseits,

¹ Hans Wiprächtiger, Recht und Richter, in Gauchs Welt: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, Seiten 328 ff.

² Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001

dass das Prinzip von den Richtern vor allem defensiv eingesetzt wird. Wann haben Sie sich zuletzt darauf berufen? In meinem Umfeld geschieht es meist, wenn einem Richter zu nahe oder gar auf die Füße getreten wird. Und zu leicht übersieht der Betroffene oder vergisst, dass die Unabhängigkeit nicht um des Richters willen geschützt werden muss, sondern im Interesse des Verfahrens und der Rechtsuchenden. Ebenso bleibt in diesem alltäglichen Zusammenhang meist ziemlich unklar, worin der Richter eigentlich unabhängig bleiben möchte. In seiner richterlichen Tätigkeit natürlich, doch was heisst das? Darf der Richter lediglich nicht dabei gestört werden, wenn er gesetzliche Regeln auf einen vorgegebenen Sachverhalt anwendet? Oder schützt der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit auch den freien Ermessensentscheid? Allenfalls auch den Entscheid nach Belieben oder gar den Willkürentscheid? Oder soll dem Richter gar ein abgeschotetes Arbeiten im Elfenbeinturm gesichert werden?

Ich habe lange nach einer systematischen Gliederung meiner Darlegungen zur richterlichen Unabhängigkeit gesucht und mich schliesslich für das Kriterium der möglichen Bedrohungen entschieden. Nach meinen Beobachtungen sind drei Gruppen von Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit denkbar: Am meisten gesprochen wird von den *äusseren* Gefahren. Die folgenschwersten sind aus meiner Sicht die *internen* Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit. Und beginnen will ich meine Überlegungen mit den *inneren* Gefahren, denn die führen uns zurück auf die eben gestellten Fragen nach dem Gehalt des Prinzips.

Sie alle wissen besser als ich, dass Rechtsanwendung nicht Feinmechanik ist und Juristerei keine exakte Wissenschaft. Gäbe es für jeden Fall eine klare Regel und damit eine - und nur eine! - präzise Lösung, wäre der Richter längst durch den Computer ersetzt. Sie alle müssen täglich Wertungen vornehmen, Ermessen spielen lassen und sich bisweilen gar in eigentlichen Zweifelsfällen zu einem Entscheid zwischen zwei annähernd gleichwertigen Lösungen durchringen. Dabei werden Sie zum Teil unbewusst durch zahlreiche innere Faktoren beeinflusst, und hier stellt sich eine ganz knifflige Frage: Besteht der wahrhaft unabhängige Entscheid darin, dass der Richter diesen inneren Faktoren gemäss entscheidet, oder besteht die Unabhängigkeit gerade darin, dass der Entscheid auch von diesen Faktoren unbeeinflusst bleibt?

Soweit es um die politische, kulturelle, religiöse und berufliche Herkunft geht, wird man wohl von zulässigen Beeinflussungen des richterlichen Entscheids sprechen. Immerhin wird der Richter ja als sozialistischer, französischsprachiger, katholischer Anwalt gewählt oder als freisinniger, Tessiner Professor jüdischen Glaubens. Solche Faktoren dürften den Bereich des richterlichen Innersten beschlagen, den es vor Beeinflussung zu schützen gilt. Doch das sind natürlich keineswegs die einzigen inneren Faktoren, die einen richterlichen Entscheid beeinflussen können. Da gibt es kleine Vorlieben und kleine Vorurteile, deren Wurzeln oft nicht einmal erkennbar sind. Nehmen wir das Beispiel eines Richters, der eine innere Abneigung gegen Velofahrer hat. Gehört zu seiner Unabhängigkeit, dass er beim ermessenden Abwägen von Verschulden und Selbstverschulden im Zweifel zugunsten des Fussgängers entscheidet? Oder müsste der wirklich unabhängige Entscheid gerade

zugunsten des Velofahrers lauten, weil die kleine Aversion gegen Velofahrer zu den Faktoren gehört, vor denen die richterliche Unabhängigkeit geschützt werden muss? Ich kenne die Antwort auf diese Fragen nicht.

Etwas leichter fällt die Beurteilung, wenn es um eigentliche Vorurteile geht. Ihr Verhaltenskodex, über den später hier auch noch gesprochen werden wird, verlangt sogar, dass Richter in Ausstand treten, «wenn sie gegenüber einer Partei Vorurteile hegen»³. Die aus meiner Sicht strenge Regel macht klar, dass Vorurteile sicher nicht im Schutzbereich des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit liegen. Das muss um so mehr gelten für innere Beeinflussungen, die auf traumatische Erlebnisse zurückgehen. Ein Richter etwa, der sein Kind auf Grund eines ärztlichen Kunstfehlers verloren hat, darf sich wohl nicht auf die richterliche Unabhängigkeit berufen, um seine Abneigung gegen Mediziner ungestört in seine Entscheidungsfindung einfließen lassen zu können.

Allerdings befinden wir uns hier in einem sehr intransparenten Bereich, wo es letztlich der Verantwortung des Richters überlassen bleibt, wie er mit solchen inneren Bedrohungen seiner Unabhängigkeit umgeht. Doch aufgepasst: Beim Versuch, über den eigenen Schatten zu springen, kann man auch auf die Nase fallen. Schön zeigt das der Entscheid des Bundesgerichts über die Rodungen für die Ski-Weltmeisterschaft 1987 in Crans Montana⁴. Damals stimmte zumindest einer der älteren Herren seiner Abneigung gegen modernen Massensport zum Trotz der Rodung zu, obwohl er in seinem Innersten die Bäume viel lieber hätte stehen lassen. Er wollte offenbar seine Voreingenommenheit hintan stellen. Am anderen Tag wahr er hell erstaunt und leicht indigniert, als das Bundesgericht in den Medien als Waldfrevler gebrandmarkt wurde ...

Soviel zur inneren Unabhängigkeit des Richters, die wohl die delikatesten Fragen aufwirft, in der Praxis aber kaum je zu Problemen führt. Es sei denn, ein Richter begeben sich trotz offensichtlicher Voreingenommenheit nicht in Ausstand.

Wenn wir uns nun den äusseren Bedrohungen der richterlichen Unabhängigkeit zuwenden, beobachte ich als Erstes, dass die Richter selbst, gleich zu Beginn ihrer Karriere freiwillig ein Stück Unabhängigkeit abgeben. Jedenfalls Bundesrichter wird keiner, der sich nicht zuvor einer politischen Partei ein- und zugeordnet und damit zumindest konkludent eine gewisse Abhängigkeit eingegangen ist.⁵ Auch wenn heute angeblich auch fachliche Anforderungen gestellt werden an die Anwärter auf einen Sitz im höchsten Gericht, bleibt das Parteibuch unbedingte Voraussetzung für eine Wahl, und das schafft Abhängigkeit, ob man das sehen will oder nicht. Es liegt auf der Hand, dass die Parteien ihre Pfründe nicht ganz uneigennützig verteilen und gewisse Erwartungen hegen, die mit dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit kollidieren können. Wie einmalig, aber auch exotisch und

³ Verhaltenskodex der Richterinnen und Richter des Kantonsgerichts, Ziffer 2.1.

⁴ BGE 112 Ib 195

⁵ Soweit ersichtlich war Paul Logoz (1945 bis 1953) der einzige parteilose Bundesrichter,

problematisch das Schweizer Richterwahlsystem ist, zeigte unlängst die Bank Julius Bär in einem ihrer Wochenberichte auf.⁶

Ob die Unabhängigkeit des Richters in diesem Spannungsfeld stets Vorrang und damit gewissermassen absolute Geltung hat, ist eine heikle Frage. Nehmen wir das rein hypothetische Beispiel eines sozialistischen Richters, der nach seiner Wahl immer häufiger und schliesslich konsequent rechtsnationales Gedankengut in seine Tätigkeit einfließen lässt. Darf seine Partei ihn nach Ablauf der Amtsdauer fallen lassen, oder verlangt der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, dass die Partei ihn zur Wiederwahl vorschlägt und unterstützt? Sollte die Frage sich tatsächlich je real und nicht nur hypothetisch stellen, wäre die Antwort darauf wohl keine staatsrechtliche, sondern eine machtpolitische. Nicht auszuschliessen ist auch, dass der politisch gewandelte Richter von den eigenen Genossen fallen gelassen, aber dank Stimmen aus dem rechten Lager dennoch wieder gewählt wird.

Die periodische Wiederwahl der Richter ist indes nicht nur mit Blick auf parteipolitische Konstellationen problematisch. Das System einer Wahl auf eine bestimmte Amtszeit mit periodischer Wiederwahl steht losgelöst von Parteipolitik in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit. Es ist denn auch durchaus zu beobachten, dass einzelne Richter bei heiklen Entscheiden nach Bern schießen. Nicht ganz ohne Grund, erliegt doch das Parlament hier und da der Versuchung, einzelne Richter zumindest durch schlechte Stimmenzahlen für unliebsame Entscheide abzustrafen. So wurden Giuseppe Nay bei der an sich unbestrittenen Wahl zum Bundesgerichtspräsidenten im vergangenen Dezember vermutlich wegen seiner Mitwirkung an den bekannten Einbürgerungsentscheiden 39 Stimmen vorenthalten.⁷ Das Ganze ist weitgehend harmlos, weil in der Regel darauf geachtet wird, dass aus dem Kinderspiel kein Ernst wird. Allerdings sind bedenkliche Nebenwirkungen nicht zu übersehen: Ängstliche Richter können davon abgehalten werden, sich bei heiklen Fragen durch möglicherweise unpopuläre Entscheide zu exponieren. Und das ist nicht gut für die richterliche Unabhängigkeit, wobei das Parlament gleich doppelte Verantwortung trägt. Zum einen, weil es ängstliche Richter wählt, und zum zweiten, weil es mit dieser Charakterschwäche auch noch spielt.

Immerhin darf festgehalten werden, dass soweit erinnerlich noch nie einem Richter wegen seiner Rechtsprechung die Wiederwahl definitiv verweigert worden ist. Martin Schubarth hatte 1990 zwar im ersten Wahlgang das absolute Mehr verfehlt, war dann aber im zweiten Wahlgang bestätigt worden.⁸ Und Hans Ulrich Willi war 1995 nicht wegen seiner richterlichen Tätigkeit, sondern eindeutig aus Gründen seines Alters von immerhin fast 69 Jahren abgewählt worden.⁹ Als ernsthafte Bedrohung für die richterliche Unabhängigkeit hat das System der periodischen Wiederwahl sich bisher nicht erwiesen. Im Zusammenhang mit der Spuckaffäre vom 11. Februar 2003 hat sich im Gegenteil gezeigt, wie stark die Stellung eines

⁶ BANK JULIUS BÄR, Wochenbericht Nr.21 2005

⁷ NZZ vom 16.12.04

⁸ NZZ vom 6.12.90

⁹ NZZ vom 21.12.95

Richters nach seiner Wahl oder Wiederwahl ist: Der fehlbare Magistrat konnte zwar vom Gericht intern kalt gestellt werden, doch hätte niemand ihn vor Ablauf der sechsjährigen Amtsdauer zum Rücktritt zwingen können, wenn er nicht selber schliesslich eingelenkt hätte.

Das zeigt deutlich, dass unser aktuelles Richterwahlsystem auf Bundesebene weder dem Bedürfnis der Justiz nach Unabhängigkeit noch dem Auftrag des Parlaments als Oberaufsichtsbehörde optimal Rechnung trägt. Es wäre gelegentlich über eine taugliche Alternative zur europaweit einzigartigen helvetischen Lösung nachzudenken. Vielleicht eine einmalige Wahl der Richter auf eine bestimmte Amtsdauer oder bis zu einem bestimmten Lebensalter. Und das kombiniert mit einem rechtstaatlich sauberen Amtsenthebungsprozedere bei Amtsunfähigkeit oder schweren Verfehlungen. Das könnte möglicherweise den berechtigten Ansprüchen beider Seiten besser genügen als das heutige Wahlsystem.

Als weitere äussere Bedrohung für die richterliche Unabhängigkeit sind nach der Wahlbehörde die Medien zu erwähnen. Und da bin ich nun nicht mehr der unbeteiligte neutrale Beobachter, sondern als Journalist direkt betroffen. In meiner täglichen Arbeit werde ich immer wieder mit ganz konkreten Erwartungen und Ansprüchen einer Justiz konfrontiert, die auch gegenüber den Medien eifersüchtig auf ihrer Unabhängigkeit besteht. Im Grundsatz sind sich wohl beide Seiten einig: Auch die Medien haben die richterliche Unabhängigkeit zu respektieren. Das Prinzip gilt indes nicht absolut, sondern steht anderen Grundsätzen gegenüber wie etwa der Pressefreiheit und dem Wächteramt der Medien. Richterliche Unabhängigkeit verschafft keinen Anspruch auf abgeschotetes Arbeiten im Elfenbeinturm.

Für absolut unzulässig halte ich es, wenn Medien in einem hängigen Verfahren Partei ergreifen und medialen Druck auf das Gericht ausüben, damit in einem konkreten Streit in ganz bestimmtem Sinne entschieden wird. Das kommt in dem Bereich, den ich genau überblicken kann, praktisch nicht vor. Mehr aus dem Augenwinkel nehme ich indes gelegentlich gross aufgemachte Titel der Boulevardpresse wahr, die durchaus als Beeinflussung eines hängigen Verfahrens gesehen werden können. Dabei geht es meistens um die erstinstanzliche Beurteilung von Tätern, die sich an Kindern vergangen haben und daher aus Sicht dieser Presse nicht hart genug bestraft werden können. Die Unzulässigkeit solcher Rabulistik ergibt sich unter anderem aus der Unschuldsvermutung, doch dürfte meines Erachtens auch ein allfälliger Druck für einen Freispruch die richterliche Unabhängigkeit unzulässig beeinträchtigen. Anzumerken bleibt, dass das geschilderte Vorgehen der Presse nur unzulässig ist, so lange das Verfahren hängig ist. Nach der Urteilsverkündung mag es eine Frage von Stil und Anstand sein, wenn Richter als Weicheier beschimpft werden. Die richterliche Unabhängigkeit ist nicht mehr im Spiel. Diese vermag den Richter keines Falles vor Kritik am gefällten Urteil zu schützen.

Heikler ist es, wenn nicht ein ganz konkretes Urteil kritisiert wird, sondern eine bestimmte Rechtsprechung. Wird die Kritik systematisch wiederholt und mit

wachsender Schärfe vorgetragen, kann durchaus Druck auf das Gericht ausgeübt werden, die kritisierte Praxis zu ändern. Und das beeinträchtigt fraglos die richterliche Unabhängigkeit. Dennoch glaube ich, dass auch ein solches Vorgehen zumindest unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein muss. Ich versuche, das an einem Beispiel aus meiner eigenen Tätigkeit aufzuzeigen, an das Sie sich vielleicht noch erinnern können.

Nach der Revision des Bundesrechtspflegegesetzes im Jahre 1992 vertrat ich - ebenso wie der damalige NZZ-Bundesgerichtskorrespondent Roberto Bernhard - die Auffassung, dass zumindest die in der amtlichen Sammlung der BGE veröffentlichten Leitentscheide angesichts ihrer grundsätzlichen Bedeutung in Fünferbesetzung gefällt werden müssen. Angesichts der klaren Regelung im Gesetz¹⁰ wurde dies auch von der Mehrheit der Gerichtskammern anerkannt und abgesehen von wenigen Pannen in der Praxis umgesetzt. Die II. Zivilabteilung indes fällte lange Zeit einen Teil ihrer Grundsatzrechtsprechung zu dritt, weil man es organisatorisch nicht fertig brachte, die Besetzung rechtzeitig um zwei Richter zu erweitern. Und in der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung wurde sogar die aus heutiger Sicht ziemlich abartige Auffassung vertreten, auch für grundsätzliche Fragen sei Dreierbesetzung nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten. Kollege Bernhard und ich blieben hartnäckig, moralisch unterstützt und ermutigt von zahlreichen Juristen innerhalb und ausserhalb des Palais auf Mon Repos. Selber begann ich, meine ständig wieder kehrenden Anmerkungen mit Catos «ceterum censeo» zu versehen, und gab damit deutlich zu verstehen, dass der mediale Druck auf das Gericht bis zur Zerstörung des prozeduralen Carthagos andauern werde. Das Ganze dauerte mehr als zwei Jahre und gipfelte mit dem Titel «Wer Recht spricht, sollte nicht Recht brechen» in der Basler Zeitung. Irgendwann zu Beginn des Jahres 1995 war der Spuk vorbei, Carthago zerstört, wenn sie wollen. Die beiden Kammern gaben nach, und seither kommt die publizierte Grundsatzrechtsprechung des Bundesgerichts abgesehen von ganz, ganz seltenen Pannen in gesetzmässiger Besetzung zustande.

Es steht ausser Frage, dass mein Kollege und ich hier die richterliche Unabhängigkeit vorsätzlich und massiv missachtet hatten. Einer der betroffenen Abteilungspräsidenten gab mir denn auch klar zu verstehen, dass er die kritisierte Praxis nicht aus Einsicht aufgegeben habe, sondern einzig und allein, um nicht mehr öffentlich attackiert zu werden. Man kann sich streiten, ob das Vorgehen zulässig war oder nicht. Im Bundesgericht selbst wurde die Frage mehrheitlich bejaht. Für eine beliebige Änderung der materiellen Rechtsprechung liesse sich eine derartige Kampagne sicher nicht rechtfertigen. Es gilt indes die Besonderheit im Auge zu behalten, dass das Bundesgericht ein eigenes Verfahrensrecht anwendet und dabei von keiner anderen Instanz kontrolliert wird. Zudem waren damals die akkreditierten Journalisten die einzigen, die den verfahrensrechtlichen Irrlauf überhaupt erkennen konnten. In der amtlichen Sammlung ist nicht zu erkennen, in welcher Besetzung die Grundsatzentscheide gefällt worden waren. Und die Parteien erhielten wohl ein Urteil mit Rubrum, konnten darauf aber nicht erkennen,

¹⁰ Art. 15 Abs. 2 OG

ob eine Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen war. Heute wären diese Zusammenhänge dank Internet zu erkennen, wenn auch nicht ganz einfach.

Als weitere äussere Bedrohung der Unabhängigkeit des Richters soll kurz die Gruppe «Appel au Peuple» erwähnt werden, die vor allem in der Westschweiz aktiv ist. Es handelt sich um Menschen, die mit der Justiz Probleme haben, und sich auf ganz bestimmte Entscheide fokussieren, die sie für Fehlurteile halten. Dabei werden die verantwortlich gemachten Richter persönlich attackiert und am Wohnort auf eine Weise bedrängt, die für die Betroffenen und deren Familien zumindest sehr unangenehm ist. Das hat bereits in zwei Fällen dazu geführt, dass die Richterbank nicht ordnungsgemäss besetzt war, ohne das formell ein Ausstand beschlossen worden wäre. Einmal verabschiedete sich klammheimlich ein Präsident aus der Verantwortung und ein andermal war gar die ganze Richterbank unrichtig besetzt.¹¹ Hier liegt aus meiner Sicht ganz klar ein Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit vor, der durchaus auch den Ausgang des Verfahrens unzulässig beeinflussen kann. Allerdings wäre dem mit etwas mehr Gelassenheit und Standhaftigkeit seitens der betroffenen Richter durchaus zu begegnen gewesen.

Als letzte äussere Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit möchte ich auf das private Umfeld verweisen. Ein frisch verliebter Richter, der anstehende Fälle mit seiner ebenfalls in der Justiz tätigen jungen Freundin bespricht, wird möglicherweise nicht mehr genau gleich Recht sprechen wie vor dem Beginn der Liaison. Ebenso wenig unproblematisch sind amuröse Beziehungen zwischen Richtern, seien sie nun auf gleicher oder unterschiedlicher Instanz tätig. Und schliesslich könnte auch an der Unabhängigkeit eines Richters gezweifelt werden, der von einer gewalttätigen Frau abhängig ist. Das ist keineswegs reine Theorie. Vielleicht erinnern Sie sich an den Fall jenes Mannes im Kanton Waadt, der sich während vieler Jahre von seiner Gattin brutalst misshandeln und zu falschen Geständnissen zwingen liess¹². Er war zwar nicht Richter, aber Anwalt und hatte damit immerhin die fachlichen Voraussetzungen für das Richteramt.

Soviel zu den äusseren und zuvor schon zu den inneren Bedrohungen der richterlichen Unabhängigkeit. Ich wende mich nun den internen Bedrohungen zu, die ich wie schon angemerkt für die gefährlichsten halte. Es handelt sich um gruppensdynamische Vorgänge, die je nach personeller Zusammensetzung der Abteilungen ganz unterschiedlich ablaufen können.

Am meisten Zweifel an der Unabhängigkeit der Richter weckt beim Beobachter der Umstand, dass rund 98 Prozent aller Entscheide des Bundesgerichts einstimmig ergehen. Das Gesetz lässt die Urteilsfällung auf dem Zirkulationsweg zu, wenn sich Einstimmigkeit ergibt und kein Richter eine mündliche Verhandlung verlangt, die in der Regel öffentlich ist.¹³ Solche Ausmarchungen vor Publikum sind bei den meisten Richtern nicht beliebt, weshalb der gruppensdynamische Druck auf die Minderheit gross ist, sich der Mehrheit anzuschliessen, um so dank Einstimmigkeit

¹¹ NZZ vom 16.9.04 und vom 27.9.04

¹² Urteile 6S.796/1997 und 6P.185/1997

¹³ Art. 36b und 17 OG

eine öffentliche Beratung zu vermeiden. Je nach personeller Konstellation kann es sogar vorkommen, dass aus dem gleichen Grund die Mehrheit sich der Minderheit beugt. In beiden Fällen bleibt von der richterlichen Unabhängigkeit nicht mehr viel übrig. Und das wohl gemerkt, ohne jede Beeinflussung von aussen.

Noch mehr unter die Räder geraten kann die Unabhängigkeit des Richters bisweilen, wenn ausnahmsweise keine Einstimmigkeit erzielt werden kann und eine öffentliche Sitzung unumgänglich wird. In einzelnen Kammern kommt es da zu recht unschönen Szenen, wenn wortgewandte Mehrheitsführer ihre Gegner abqualifizieren. Am besten vermag sich seine Unabhängigkeit zu bewahren, wer gut verlieren kann, sich in der Minderheit nicht unwohl fühlt und ein verbales Donnerwetter über sich ergehen lassen kann. Andere werden früher oder später, häufiger oder seltener, ihre Unabhängigkeit hintanstellen und sich in die wohlige Mehrheit, aber gleichzeitig auch in die Abhängigkeit stärkerer Kollegen flüchten.

Besonders verhängnisvoll ist es, wenn solche Verhaltensweisen sich zu Stereotypen verfestigen und ineinander verzahnt zu wirken beginnen. Da können sich Mechanismen einspielen, die eigendynamisch ablaufen und die Rechtsprechung berechenbar, ja sogar manipulierbar machen. Eine solche Situation gab es am Bundesgericht während vieler Jahre in der I. Zivilabteilung, die dafür am 24. Februar 2004 ein besonders drastisches Beispiel lieferte¹⁴. Es ging um die Frage, ob einem als Kind sexuell missbrauchten Opfer der Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung wegen Selbstverschuldens gekürzt werden darf. Ausgangslage war der Vorschlag der Referentin, die Kürzung nicht zuzulassen, und ein Gegenantrag des Abteilungspräsidenten, der für eine Reduktion um 25 Prozent eintrat. Das Ergebnis der Beratung war für langjährige Beobachter der Szene auf Grund von zwei sehr zuverlässigen Erfahrungstatsachen klar vorauszusehen: 1. Die zweite Frau in der Kammer stimmt regelmässig nicht mit der Referentin, wenn deren Antrag umstritten ist. 2. Die zweite Frau und der damalige Doyen der Abteilung votieren regelmässig gleich. Auf Grund dieser beiden praktisch unumstösslichen Regeln war eine Mehrheit für den Gegenantrag so sicher wie das Amen in der Kirche. Und das unabhängig davon, wie immer der Fünfte in der Runde stimmte. Der Ausgang des Verfahrens war aber natürlich nicht nur für routinierte Beobachter *voraussehbar*, sondern für den Präsidenten, der einen Gegenantrag stellte in seinem Sinn *vorausbestimmbar*, sofern er bei der Besetzung der Richterbank darauf achtete, die zweite Frau und den Doyen hinzuzuziehen. Ich weiss nicht, ob er das bewusst tat oder nicht, aber der unschöne Anschein einer möglichen Manipulation besteht. Anzumerken bleibt, dass es Abhängigkeiten derart extremer Natur nicht mehr gibt am Bundesgericht, seit der erwähnte Doyen ausgeschieden ist. Die beiden sozialdemokratischen Frauen in der I. Zivilabteilung neutralisieren sich allerdings nach wie vor regelmässig bei kontroversen Abstimmungen.

Soweit die wichtigsten meiner Beobachtungen zur richterlichen Unabhängigkeit. Neues konnte ich Ihnen mit Sicherheit nicht berichten, das war auch nicht die Absicht. Wenn es mir gelungen ist, Ihnen die Problematik aus ungewohnter Perspektive auszuleuchten, bin ich bereits zufrieden. Und wenn sich gar weiter

¹⁴ Urteil 4C.225/2003

führende Fragen ergeben haben sollten, dürfte genug Zeit verblieben sein, um darauf jetzt noch einzugehen.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.