

Justiz als Gegenstand der wissenschaftlichen Forschung

Festrede zur Eröffnungsfeier Obwaldner Institut für Justizforschung

Bundesrichterin Prof. Dr. iur. Julia Hänni¹

Sarnen, 25. Mai 2023

1. Einleitung

Das Gebäude des Bundesgerichts ist vielen von Ihnen von aussen bekannt: Der Bau im Stil des frühen 20. Jahrhunderts, mit den markanten breiten Eingangstrepfen. Zuoberst thront die römischen Göttin Justitia. Die Pfeiler des grossen Beratungssaals sind zu Karyatiden geformt – Frauenfiguren –, die den Marmorstatuen der Akropolis in Athen aus dem 5. Jh. vor Chr. nachgebildet sind. Dieses Äussere der Justiz ist in den Medien sehr präsent.

Demgegenüber ist das, was im Innern geschieht – nämlich Recht zu sprechen – eine wenig bekannte, und vor allem: unerforschte Zone. Die wenigsten ausserhalb der Gerichte wissen, wie sich Rechtsprechung genau vollzieht. Rechtsprechung ist für viele – ja, sogar auch für Juristen – unvertrautes Terrain, deren Inneres sich bloss indirekt, aus den Reaktionen auf eingegebene Rechtsschriften in ergangenen Urteilen rekonstruieren lässt². Auch in den Gerichten selbst wird wenig über Eigenheiten und Methodik der Anwendung des Rechts gesprochen – im Vordergrund steht ja schliesslich, einer steten Flut an Fällen in angemessener Zeit gerecht zu werden.

So wird es Aufgabe der Universität, wissenschaftliche Forschung ins Auge zu fassen, die die Eigenheiten der Rechtsprechung, das Funktionieren der Gerichte und das Operieren von deren Entscheidungsträgern einer differenzierten öffentlichen Diskussion zugänglich machen kann.

Denn wir müssen uns bewusst sein: Die Tragweite einer Norm hängt letztlich davon ab, wie sie im Rechtsschutz verwirklicht wird. Eine Norm geht für den Betroffenen und auch für die Gesellschaft de facto (nur) genau so weit, wie sie durch die Rechtsprechung gewährleistet wird. Entsprechend wichtig wird es, den Fokus darauf zu legen, wie sich die gerichtliche Rechtsverwirklichung vollzieht oder richtigerweise vollziehen soll und welche institutionellen Vorkehrungen hierfür unabdingbar sind.

¹ Der Text basiert auf: Julia Hänni, Unabhängigkeit der Gerichte – worum geht es? (ZSR 2022 I, 51 ff., dies., Einblick in die Tätigkeit einer Bundesrichterin, Luzerner Universitätsreden Nr. 37, 2022, und dies., Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Habil. (Universität Luzern), Dike/Nomos/Manz, 2022.

² Vgl. Langenscheidt, Definition „Blackbox“, online.

Bei der Justizforschung soll es dabei immer darum gehen, besser, und auch: in Anbetracht der aktuellen Gegebenheiten: genauer zu verstehen, wie die Anwendung des Rechts funktioniert. Justizforschung hat danach zu fragen, unter welchen persönlichen, sachlichen und institutionellen normativen Gesichtspunkten Rechtsprechung gut - gerecht - realisiert werden kann. Dabei eröffnet sich ein Fächer von Analysemöglichkeiten sowohl des Rechts selbst als auch der Nachbardisziplinen.

Ich werde mich im Folgenden mittels 4 Charakteristika (= Ziff. 2-5) den Eigenheiten der Anwendung des Rechts nähern, die dann in fortlaufender auch interdisziplinärer Forschung weiter zu vertiefen sein werden.

Steigen wir also ein – was ist Rechtsanwendung genau? Welche Eigen- und Besonderheiten zeichnen sie aus?

2. Rechtssetzung und Rechtsanwendung

Als erste Umschreibung der Rechtsanwendung wird oft auf den Unterschied zur Gesetzgebung (Rechtsetzung) verwiesen: Die Gesetzgebung erlässt das Recht, das Gericht wendet es an.

Die Rechtsanwendung als Charakteristikum für den Tätigkeitsbereich der Gerichte erscheint auf den ersten Blick klar und einsichtig: Ein Gericht darf nie über das von der Gesetzgebung Vorentschiedene hinausgehen; es hat den Einzelfall im Rahmen des Rechts zu lösen.

Die Anwendung wird so als Syllogismus im Sinne der aristotelischen Logik verstanden: Wer sich eine fremde bewegliche Sache unrechtmässig aneignet, wird mit Geldstrafe bestraft, X hat sich eine fremde bewegliche Sache unrechtmässig angeeignet, also wird X mit Geldstrafe bestraft.

Bei genauer Betrachtung wird dann allerdings ersichtlich: Bereits das In-Beziehung-Setzen des Gesetzestextes auf einen Einzelfall erfordert sogleich auch Entscheidungen, nämlich ein Sich-Festlegen zwischen Wertungsalternativen – im eigentlichen Sinn. Das lässt sich am besten an Beispielen veranschaulichen, etwa an Art. 66a Strafgesetzbuch (StGB), einer (relativ) neuen Bestimmung, die im Zusammenhang mit der Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 2 und 3 BV) erlassen wurde.

Art. 66a Abs. 1 StGB lautet: «Das Gericht verweist [eine ausländische Person, die] wegen einer der folgenden strafbaren Handlungen verurteilt wird (...) aus der Schweiz: a. vorsätzliche Tötung (...), Mord, (...) etc.; c. (...) qualifizierter Diebstahl (...)».

Art. 66a Abs. 2 StGB lautet: «Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde (...)».

Wir machen ein (fiktives) Beispiel: X ist seit 15 Jahren in der Schweiz. Er ist seit einem Jahr akut unheilbar erkrankt, aber derzeit ausser Lebensgefahr. Er wurde vor drei Jahren wegen qualifizierten Diebstahls verurteilt.

Liegt ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne der Ausnahmebestimmung vor?

Es ist unumgänglich zu sehen: Verschiedene Richterinnen und Richter haben – in Würdigung der Straftat und der persönlichen Verhältnisse beim Beschwerdeführer selbst – oft genug unterschiedliche Auffassungen über einen Härtefall, die dann am konkreten Fall im Spruchkörper ausdiskutiert werden. Der konkrete Fall verlangt vom Gericht, zuerst einmal näher zu bestimmen, was «Härtefall» bedeutet.

Das Vorgehen lässt sich an weiteren Beispielen veranschaulichen.

Etwa im Zusammenhang mit Einschränkungen von Grundfreiheiten während der Corona-Pandemie. Gemäss Art. 22 Abs. 1 der BV ist die Versammlungsfreiheit gewährleistet. In Art. 36 BV wird die Einschränkung von Grundrechten geregelt. Nach deren Abs. 1 bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer «gesetzlichen Grundlage (...)». Gemäss Art. 36 Abs. 2 BV müssen Einschränkungen von Grundrechten «durch ein öffentliches Interesse (...) gerechtfertigt» sein. Und nach Abs. 3 müssen Einschränkungen von Grundrechten «verhältnismässig» sein.

Der Gesetzes- bzw. hier: Verfassungstext scheint klar. Unser (wiederum fiktives, aber an BGE 148 I 33 angelehntes) Beispiel also: Darf eine Versammlung im Dezember 2021 von mehr als fünf Personen wegen der Corona Pandemie für zwei Monate verboten werden?

Für den einen Richter könnte die Versammlungsfreiheit aufgrund dringlicheren Gesundheitsschutzes während der Pandemie ohne Weiteres eingeschränkt werden. Aber andere Richter könnten argumentieren, gerade während der Pandemie, zu der sehr viel Notrecht durch die Exekutive erlassen wurde, d.h. zu einer Zeit, während der die Legislative, die demokratisch legitimierte Gesetzgebung, stark zurückgedrängt ist, muss man doch noch viel vorsichtiger damit sein, Versammlungen einzuschränken, die sich potenziell gegen solche von der Exekutive erlassenen Regelungen wehren.

Verschiedene Richterinnen und Richter werden im Rahmen ihrer Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu unterschiedlichen Schlüssen gelangen; und die «Verhältnismässigkeit» einer behördlichen Massnahme zwecks Pandemiebekämpfung ist ein viel weiterer Begriff, als man auf den ersten Blick meinen könnte. Ein deutlich zu weiter Begriff jedenfalls für die direkte Subsumtion.

Die Beispiele lassen sich fast beliebig erweitern: Ist eine behördlich angeordnete Quarantäne als „Freiheitsentzug“ zu qualifizieren? Sind Verträge von Sexarbeitenden „sittenwidrig“ im Sinne des Obligationenrechts, mit der Folge der Uneinfordlichkeit des Entgeltes? Die Beispiele beziehen sich ebenso auf technische Rechtsgebiete, z.B. auf das Mehrwertsteuerrecht mit der Frage, ob eine Lieferung oder eine Dienstleistung gegen Entgelt – ein sog. Leistungsaustausch – effektiv vorliegt³. Oder auf das Kartellrecht, z.B. bei der Frage, ob ein Unternehmen marktmissbräuchlich⁴ aufgetreten ist. Auch oder gerade in diesen Gebieten erfolgt eine intensive, praktisch immer kontroverse Debatte im Spruchkörper über die Norminterpretation.

Ein Konsens wird angestrebt – wenn kein solcher erreicht werden kann, entscheidet sich der Fall in öffentlicher Beratung in Besetzung mit 5 Richtern durch einen Mehrheitsentscheid (Art. 58 lit. b Bundesgerichtsgesetz).

3. Auslegung – Aufspüren der praktizierten Methodik

Mit Bezug auf die Eigenheiten der Rechtsprechung ergeben sich erste Erkenntnisse: Rechtsanwendung ist fast nie einfach Deduktion, Ableitung der Rechtsfolge, sondern: Erforderlich ist in der Regel, das Gesetz oder den anwendbaren Normkomplex *auszulegen* (Art. 1 ZGB). Wie Wittgenstein festhält, ist „die Bedeutung eines Wortes ([Härtefall, Verhältnismässigkeit, Sittenwidrigkeit etc.]) sein Gebrauch in der Sprache“. Erst die gerichtliche Konkretisierung und Definition des Gehalts der Norm für die zu beurteilende Fallkonstellation ermöglicht die Ableitung der Rechtsfolgen.

Die Subsumtion erfordert also regelmässig Erkenntnisschritte, die die Norm für den Anwendungsfall interpretativ konkretisieren. Im Spruchkörper werden entsprechend Prüfkriterien zur Norm entwickelt.

Aber welcher Methodik bedient sich das Gericht dabei?

³ Art. 18 Abs. 1 MWSTG; BGr. 2C_826/2016 vom 6. April 2018 E. 2.2 und 2.3.

⁴ Art. 7 Abs. 1 KG.

Denn das klingt nicht so, wie die juristische Methodenlehre klassisch dargestellt wird, nämlich als Auslegung über die klassischen sog. *canones*, d.h. über Wortlaut, Historie, Systematik und Zweck. Die *canones* sind zur Zeit der Kodifikationen entstanden. Sie bieten heute in zahlreichen Fallkonstellationen eher einen ersten Einstieg als eine Erklärung des Erkenntnisvorgangs. Umso mehr gilt es für die Justizforschung zu beobachten und zu eruieren, welche Erkenntnisschritte den *canones* folgen, bzw. was die Struktur der gerichtlichen Erkenntnis eigentlich ausmacht.

Beleuchten wir also die eingangs angesprochenen Prüfkriterien zur Konkretisierung der Norm etwas genauer. Das Bundesgericht schreibt bereits im 123. Band: «Die Rechtsfindung hat sich um juristische Erkenntnis zu bemühen, welche die Umsetzung der normativen Vorgaben *regelfähig* macht»⁵. Augenfällig ist denn auch, dass sich die Anwendungsprämissen zur Norm in Form von abstrakten Kriterien entwickeln. Man könnte sie als (ausformulierte) Fallentscheidungsregeln bezeichnen. Es handelt sich dabei wie gesehen nicht nur um Interpretationen von einzelnen Gesetzesbegriffen, sondern auch um Kriterien zur Eruierung der Verhältnismässigkeit, anhand derer der konkrete Sachverhalt beurteilt wird⁶.

Im Zentrum der Fallprüfung steht so die Entwicklung und Anwendung eines abstrakten Kriterienkatalogs. Wird also in unserem Beispiel die Verhältnismässigkeit der Wegweisung einer ausländischen Person geprüft, so entwickelt das Gericht induktiv, aus der Beurteilung von Erstfällen zur Norm Kriterien für die Prüfung, die dann auch in Folgefällen herangezogen werden.

Am Beispiel der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Wegweisung einer ausländischen Person wird so abgestellt auf folgende Kriterien: Den gesundheitlichen Zustand, die Dauer der bisherigen Anwesenheit, die seit der Tat vergangene Zeitspanne, die gesellschaftlich-familiären Gegebenheiten beim Beschwerdeführer, die Möglichkeit der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat etc. – ich zähle die sog. *Boultif-Kriterien* auf.

So zeigt sich: Die Verhältnismässigkeitsprüfung gestaltet sich eher wie eine Prüfung anhand des Kriterienkatalogs (hier: *Boultif*), d.h. am gerichtlich entwickelten (Judikativen) Recht, anstelle einer Deduktion oder freien Interessenabwägung. Die Präjudizienrezeption dient der

⁵ BGE 123 III 292 E. 2e. Hervorhebung durch die Autorin.

⁶ Julia Hänni, Zur Tragweite des Case Law in der schweizerischen Verfassungsrechtsprechung, ZSR 1, 2022, S. 51 ff., S. 61.

präziseren und auch rechtsgleichen Interpretation der Norm im Lichte der Rechtsprechungslinie.

Gesetzestexte sind und können nicht so vorbestimmt sein, dass sie alle Einzelfälle abschliessend zu regeln vermögen. Sie müssen durch die Gerichte mittels Konkretisierung in einem Prüfkatalog operabel gemacht werden. Erst dann kann eine Subsumtion erfolgen.

So können wir festhalten: Bei der Rückbindung der Richterinnen und Richter an das Recht verhält es sich nicht anders als bei der Wahrnehmung selbst: Mit jedem Erkenntnisschritt wird dem bereits Existierenden, wie dies die neurobiologische Forschung aufzeigt, etwas hinzugefügt. Und analog: Durch das Beziehen auf den konkreten Streitfall mittels abstrakt-regelartiger Auslegung der anwendbaren Normen – in genau diesem Rahmen – fügt demnach jedes Judikat dem existierenden Rechtsbestand etwas hinzu, was es vorher nicht gab.

Für die Erschliessung von interpretativen Wertungen ist im Rahmen der Rechtsanwendung indessen ein Spezifikum zu beachten, das im Verfassungsrecht verankert ist: Gerichte legen das sie bindende Recht selbst aus. Ein zuständiges Gericht entscheidet eigenständig die Tragweite der anwendbaren Norm für den konkreten Streitfall. Richterinnen und Richter haben „Gesetze sprechen zu lassen“; Niccolò Raselli spricht auch von einem Monopolbereich, dessen Ausübung einzig durch seine Träger überwacht wird⁷.

Gesprochen wird in diesem Zusammenhang auch vom „Paradox der Rechtsbindung“: Die Richter sind an das Recht gebunden, müssen aufgrund der Unabhängigkeit jedoch eigenständig entscheiden, was für den konkreten Fall unter dem sie bindenden Recht zu verstehen ist⁸.

Richter sind – als Garantie für die Rechtssuchenden – auf sich selbst zurückgeworfen: Sie entscheiden in Auslegung der anwendbaren Normen und in Anhörung der Prozessparteien. Eine Einflussnahme von aussen ist verboten, per se. Der Normsinn ist dabei zugleich die Grenze der zulässigen Auslegung.

⁷ Niccolò Raselli, Richterliche Unabhängigkeit, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2011/3, Rz. 1.

⁸ Vgl. etwa Christoph Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen: Referat und Leitsätze, in: Wolfram Höfling (Hrsg.), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung: Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, Berlin 2012, S. 296 ff., 325.

4. Demokratische Legitimation

Die im Rahmen der Rechtsanwendung in den definierten Maren bestehende Entscheidungsgewalt muss indessen demokratisch legitimiert sein. Die Anwendung des Rechts erfolgt nicht im leeren Raum, sondern in einem institutionellen Gefüge.

In der Schweiz trägt die Ausgestaltung des Richterwahlsystems dem in besonderer Form Rechnung: Richterinnen und Richter jeder Instanz werden nicht ernannt, sondern gewählt. Die Wahl erfolgt durch kollegiale externe Wahlgane – Parlament, Volk – und auf eine bestimmte Amtsdauer. Es gibt keine Ernennung von Richterinnen und Richtern durch Gerichte selbst. Das schweizerische System kombiniert so die Wahl mit der Möglichkeit der Wiederwahl. Beim Bundesgericht erfolgt die Erstwahl durch die Eidgenössische Bundesversammlung, ebenso alle 6 Jahre die Wiederwahl.

Für die (Erst-)Wahl misst die vorbereitende Gerichtskommission der fachlichen und persönlichen Eignung der Kandidaten besondere Bedeutung bei. Und auch einer ausgewogenen Vertretung politischer Kräfte an den eidgenössischen Gerichten. Vom Parlament verfolgt wird ein freiwilliger (nicht rechtlich normierter) Parteienproporz. Aus der faktischen Berücksichtigung der politischen Kräfte folgt damit, dass eine Parteimitgliedschaft in der Regel notwendig ist, um für das Richteramt vorgeschlagen zu werden. Den politischen Parteien kommt deshalb im Wahlverfahren eine starke Stellung zu⁹.

Aber: Kann so eine unabhängige Rechtsanwendung überhaupt gewährleistet werden? Das Verhältnis von demokratischer Legitimation einerseits und richterlicher Eigenständigkeit andererseits ist zu vertiefen.

Fachkompetenz und persönliche Eignung sind die wichtigsten Kriterien für die Richterwahl. Gleichwohl ist es sehr wertvoll, eine pluralistische Entscheidungsinstanz bei potenziell tief in das Leben der Menschen eingreifenden Entscheidungen zu gewährleisten. Als Rechtfertigung des Parteienproporz steht der Wunsch nach einer möglichst vielfältig zusammengesetzten Richterschaft – die es auch tatsächlich gibt.

Die Parteizugehörigkeit ist aber keine normative Grösse im Rechtsanwendungsprozess. In der Rechtswirklichkeit am Bundesgericht zeigt sich denn auch – zum Glück –, dass Mehrheitsentscheidungen nicht entlang der Parteilinien gefällt werden. Politische Positionierungen im Sinne der Zugehörigkeit zu einer Partei werden *de facto* durch die

⁹ Vgl. Niccolò Raselli, Justiz-Initiative, ZSR I 2019, 269 ff., 271.

Methodik der Rechtsanwendung überlagert - wo selbstverständlich Werthaltungen bestehen: Dazu gehören Weichenstellungen in der Erkenntnis, wie beispielsweise, ob materiell eher positivistische oder eher teleologische Methodikansätze angewandt oder ob prozessuale Normen mehr als Hilfsfunktionen für die Durchsetzung des materiellen Rechts oder als eigenständige Begrenzungen des Rechtsschutzes verstanden werden etc.

Es ist klar: Soweit von der Auslegung her Raum besteht, wird auch die Prägung der Persönlichkeit als Vorwissen in die Rechtserkenntnis einfließen – wir haben es an den eingangs erwähnten Beispielen gesehen. Sie speist sich aus Weltanschauung und Gesellschaftsverständnis, aber auch aus dem Menschenbild und natürlich aus der Erfahrung, die das eigenständige Denken prägt. Es sind Aspekte, die sich mit der Parteizugehörigkeit überschneiden können – aber nicht müssen. Richter sollen Entscheidungen insofern sachgemäß in Interpretation der Norm, nach bestem Wissen und wo im Rahmen der Dogmatik geboten: nach bestem Gewissen fällen.

Sollen an genau diesem Punkt, wo Wertungen in der Anwendung des Rechts eingehen, die Interpretationen denn nicht einfach gerade «auf der Parteilinie» erfolgen? Würden dann die Volksrechte und Legitimation der Richterschaft nicht besser gewahrt? – Was scheinbar ähnlich klingt oder als subtile dogmatische Differenz erscheint, unterscheidet sich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit fundamental. Der Unterschied liegt wiederum in der normativen Dimension – und er zeigt sich am klarsten aus der Sicht des Betroffenen: Es ist das wohl fundamentalste Recht des Betroffenen, dass sein Fall unter dem Gesichtspunkt des geltenden normativen Gefüges betrachtet und erschlossen wird.

Parteizugehörigkeit ist nur ein erster Ansatz, um eine Pluralität im Spruchkörper sicherzustellen. Die parlamentarische Wahl darf demgegenüber keinerlei politische Kontrolle des Urteils als Auslegungsergebnis des Gerichts umfassen. «Spielräume im Sinne der Partei nutzen» geht entsprechend nicht. In der Anwendung müssen Richterinnen und Richter ohne Weiteres auch ein ihm oder ihr politisch missliebiges Resultat entscheiden und mittragen, wenn Recht, Auslegung und – soweit die Dogmatik es zulässt: Gewissen - es gebieten.

5. Unabhängigkeit

5.1 Objektivität

Ich kann vor diesem Hintergrund noch etwas nuancierter auf die Unabhängigkeit zurückkommen.

Rechtsbindung beinhaltet die Forderung nach Ermittlung des objektiven Normsinns. Richterinnen und Richter sind zum Vornherein in die Dimension der Objektivität hineingehalten: Sowohl die Instruktionsrichter als auch der übrige Spruchkörper versuchen jeweils mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln, eine Evidenz herzustellen, dass der eingeschlagene Lösungsweg derjenige ist, der den Regelungssinn für die zu beurteilende Einzelfallkonstellation am besten zum Ausdruck bringt. Jeder Beweis, jede Zeugeneinvernahme zielt auf die materielle Wahrheit. In Zeiten von Fake News sind Rechtsanwender gehalten, so profund wie möglich herauszufinden, wie es wirklich war. Auch auf den Konsens der Richterinnen und Richter, X sei der Täter kommt es in der Rechtsfindung nicht an. Rechtsanwendung ist also auch in erkenntnistheoretischer Dimension eigenständig und unabhängig von vorherrschenden Theorien zur Wahrheit zu erschliessen.

Angestrebt wird im oben umschriebenen Sinne die bestmögliche Entscheidung, auch wenn nie Sicherheit besteht, dass diese tatsächlich erreicht werden kann. Wenn keine Einigkeit gefunden werden kann, entscheidet wie gesehen das einfache Mehr.

Der Bindung ans Recht eigentümlich ist daher ein Prozess des Erforschens und Ermittlens, der von sachfremden Einflüssen abgetrennt werden muss. Unzulässig ist daher zum Vornherein, einen Richter nicht zur Wiederwahl vorzuschlagen, weil er im Rahmen der Auslegung die Parteilinie zu wenig beachtet habe¹⁰. Und ebenso klar abzulehnen ist, vor der Wahl eine politische Werthaltung für die Auslegung unterschreiben zu müssen.

Das potenzielle Problem der Parteizugehörigkeit und die Unabhängigkeit gegenüber anderen Staatsgewalten ist aber nicht die einzige Herausforderung für den juristischen Erkenntnisprozess. Ich gehe auf einige weitere aktuelle Herausforderungen kurz ein:

5.2 Sachliche Unabhängigkeit

Art. 1 Abs. 3 ZGB hält das Gericht in methodologischer Hinsicht an, bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen, sich also mit der Gerichtspraxis und der (Kritik der) Lehre auseinanderzusetzen. Freiheit der Forschung ist ein konstitutives Element wissenschaftlicher Erkenntnis. Nicht nur staatliche, sondern auch private Einflüsse können diese Freiheit und damit die Wissenschaftlichkeit tangieren¹¹.

¹⁰ Dazu im Detail Niccolò Raselli, Justiz-Initiative, ZSR 2019 I, 269 ff., 273; ders., Justiz-Initiative abgeschmettert – Ende gut, alles gut?, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2022/2, Rz. 6.

¹¹ Jörg Schmid, Was ist bewährte Lehre?, in: Ders. (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zürich 2016, S. 191 ff., 193 f., 201.

Peter Gauch und *Jörg Schmid* äussern sich hierzu deutlich: Den Autorinnen und Autoren, die «auf die Interessen [von] Sponsoren, Wirtschaftskreisen und sonst wie Mächtiger» Rücksicht zu nehmen haben», fehlen diese entscheidende Wissenschaftsattribute¹²; daher «gehören ihre publizierten Meinungsäusserungen nicht zur (als *Rechtswissenschaft* verstandenen) Lehre, ebenso wenig wie publizierte Parteigutachten und dergleichen»¹³.

Das gilt umso mehr für die Justiz:

Das Gericht darf und muss gemäss Art. 1 Abs. 3 ZGB nur der bewährten Lehre (und Rechtsprechung) folgen; es obliegt ihm – trotz Erledigungsdrucks – eine kritische Bewertung der zu einer bestimmten Rechtsfrage publizierten Meinungsäusserungen. Besonders kritische Distanz ist geboten, wenn Publikationen im Dienst einer privaten Interessenvertretung stehen. Dies trifft etwa zu, wenn Parteianwälte – oder ihnen nahestehende Personen – zu ihren Fällen publizieren. Gerichte haben Indizien des Publikationsmotivs zu gewichten, etwa die Frage, ob der Autor im Zusammenhang mit seiner beruflichen Stellung typischerweise Privatinteressen vertritt. Aus wissenschaftlicher Sicht ist zu wünschen, dass die Autorinnen und Autoren ihre Interessenbindungen, thematisch verbundene Mandate etc. offenlegen¹⁴.

Dem Problem kann von gerichtlicher Seite dadurch begegnet werden, dass die Grundsätze der anzuwendenden Materie trotz Publikationsflut nach denselben Grundsätzen behandelt werden wie vergleichbare Gebiete. So sind in Gebieten wie z.B. dem Steuerrecht allgemeine Prinzipien wie der Vertrauensschutz, die Gleichbehandlung oder Querschnittnormen wie das Freizügigkeitsrecht gleich zu handhaben wie im übrigen Verwaltungsrecht, ebenso die Auslegung der Gesetze. Recht ist mit demselben Wertungsmassstab anzuwenden, unabhängig davon, ob viele Beratungsmandate bestehen oder nicht. Es gibt daher keine «Spezialbehandlung» einiger Fachgebiete, sondern eine einheitliche Anwendung des Rechts.

5.3 Unabhängigkeit im Kollegium

Sodann: Recht anzuwenden trägt immer unterschiedliche Interpretationen der anwendbaren Normen gegenüber anderen Juristen mit sich, auch gegenüber den Richterkollegen im Spruchkörper. Als ich neu gewählt wurde, sagte mir meine künftige Kollegin: «Während Sie beim Heiraten wieder fliehen können, können Sie aus dem Spruchkörper nicht mehr weg». Ich

¹² Peter Gauch, Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss, in: Festschrift (Mélanges) für Paul Henri Steinauer, Bern 2013, S. 3 ff. S. 13.

¹³ Schmid, Bewährte Lehre? (Fn. 11), S. 191 ff., 193 f.

¹⁴ Schmid, Bewährte Lehre (Fn. 11), S. 198, 201 f.; Dürr, ZK-ZGB N 562 ad Art. 1.

erhielt eine Flasche Wein und mir wurde geraten, diese aufzubewahren, bis ich in einem ersten Fall 1:4 überstimmt sein werde.

In der Tat enthüllen Fälle sehr dezidiert die eigene Position. Während in Alltagsgesprächen problemlos fast jedes Gespräch auf Gemeinsamkeiten gelenkt werden kann, wo man sich meistens angenehm findet, werden im Spruchkörper laufend genau jene Aspekte diskutiert, bei denen man gerade nicht einer Meinung ist. So sind sich die meisten Rechtsanwender darin einig, dass im Rahmen von Steueramtshilfe Daten geliefert werden dürfen. Bei der Frage allerdings, wann dies auf Verdacht hin erfolgt (erst dann ist die Lieferung rechtlich zulässig), scheiden sich die Geister dann sogleich.

Der Spruchkörper ist nach Parteienproporz in dem Sinne pluralistisch zusammengesetzt. Sie müssen mit Personen mit anderen Wertehaltungen eine Entscheidung treffen, die alle mittragen können – notfalls setzt sich die Mehrheit durch. Solche Prozesse, die sich mindestens wöchentlich wiederholen, dürfen im Spruchkörper keine schwelende Feindschaft auslösen. Vielmehr muss die Diskussion so verlaufen, dass sie – auch bei dezidiert divergierenden Rechtsauffassungen – mit den entsprechenden Personen über Jahre oder gar Jahrzehnte konstruktiv zusammenarbeiten können. Es ergeben sich Anknüpfungspunkte zur interdisziplinären Erforschung der Psychologie im Spruchkörper, die wir nicht nur für die Vernehmungslehre beiziehen sollten.

Die Entscheidung erfolgt also im Spruchkörper, aber unabhängig vom Kollegium. Entgegen allgemeiner Befürchtungen ist demgegenüber ähnliches Stimmverhalten unter Mitgliedern nicht *per se* problematisch. Entscheidungen dürfen zweifelsohne nicht aus Sympathie zu einer anderen Richterperson erfolgen. Das Stimmverhalten ist aber normalerweise Ausdruck einer Beständigkeit der eigenständigen Rechtsinterpretation. Z.B. werden Richterpersonen mit ausgeprägter Sensibilität auf Design in der Regel rascher für eine Urheberrechtsverletzung stimmen als solche, die nicht entsprechend sensibilisiert sind, usw.! Oder wichtiger: Die Sensibilisierung für Menschen in prekären Verhältnissen kann ausgeprägt sein – oder auch nicht. Und das bleibt gleichförmig so, über alle Fälle hinweg.

Und: Wenn eine Abteilung Entscheidungen getroffen hat, die etwa in den Medien womöglich kritisiert wurden, darf auch vom Gesamtgericht kein Druck ausgehen. Die Fachgebiete sind der jeweiligen Abteilung per Reglement zugeteilt; das Gesamtgericht kann und darf weder korrigierend eingreifen noch entsprechenden Druck auf einzelne Mitglieder ausüben.

5.4 Medien und Meinungsklima

Denn die kritische Kommentierung und Hinterfragung der Staatsleitung und der Justiz gehört zu den Funktionsbedingungen einer demokratischen Gesellschaft. Selbstverständlich sind die Medien berechtigt, über hängige Verfahren und auch über getroffene Urteile aus journalistischer Sicht zu berichten¹⁵. Die Berichterstattung erfolgt unter dem Schutz der Medienfreiheit¹⁶.

Potenziell problematisch sind Medienkampagnen v.a. bei einer typisierten Anzahl von Justizverfahren¹⁷. Typische Beispiele sind heute etwa Bereiche des Migrationsrechts oder der Steueramtshilfe. Im Fall einer Grossbank etwa, wurde im Vorfeld der öffentlichen Beratung darüber berichtet, welcher Richter das «Zünglein an der Waage» sein dürfte. Am Beratungstag wurde sodann die öffentliche Beratung im Liveticker zugänglich gemacht, ebenso wurde darauf aufmerksam gemacht, wie sich mit jedem Votum die Aktienkurse der betreffenden Unternehmung veränderten.

Insofern kann es problematisch sein, bei politisch umstrittenen Themen ein Meinungsklima in der Öffentlichkeit aufzubauen, das Erwartungshaltungen über den Ausgang des Verfahrens begründet¹⁸. Dies würde letztlich darauf hinauslaufen, die Arbeit der Justiz schwergewichtig mit politischen Argumenten zu beobachten, gleichzusetzen und zu kritisieren¹⁹. Obwohl es in solchen Fragen eigentlich rechtlich jeweils darum geht, ob ein Verdacht besteht (vgl. oben 5.3!). Das ist nicht deckungsgleich mit der politischen Frage. Solches erschwert die Arbeit am Gericht, ist aber nicht zu verhindern.

Ein Fall sollte weiter nicht aus der Sicht eines Richters in den Medien erscheinen. Es wäre unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit problematisch, wenn einzelne Richter Medienvertreter in die rechtlichen Fragestellungen und Antworten einweihen würden, wie sie sie sehen und andere Sichtweisen abwerten. Die Medienvertreter haben – wenn sie nicht regelmässig Bericht erstatten – keine Chance zu erkennen, dass es sich dabei um bloss eine Sichtweise handelt bzw. es dürfte für Aussenstehende ohne Dossier unmöglich sein zu sehen, dass eine andere juristische Position möglicherweise überzeugender sein könnte.

¹⁵ Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 207.

¹⁶ Art. 17 BV; Art. 11 EMRK; EGMR Nr. 6538/74 Sunday Times gegen Vereinigtes Königreich, 1979.

¹⁷ Vgl. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit (Fn. 14), S. 208 f. mit Verweis auf BGE 116 Ia 14 E. 7 S. 22 ff.

¹⁸ Vgl. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, (Fn. 14) S. 211.

¹⁹ Vgl. Hans Peter Walter, Interne richterliche Unabhängigkeit, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2005/1, Rz. 29.

Forschungsaufgaben ergeben sich so nicht nur bezüglich der Rechtserkenntnis selbst, sondern etwa auch in Bezug auf die adäquate Kommunikation der Justiz.

5.5 Persönliche Unabhängigkeit

Kernpunkt ist letztlich die persönliche Unabhängigkeit. Sie impliziert das Offensein für alle rechtlichen (Gegen-)Argumente, sowohl gegenüber den Rechtssuchenden als auch im Spruchkörper²⁰. Sie umfasst, sich mit Vorbringen zu einer Praxis auseinanderzusetzen, welche als scheinbar nicht hinterfragbar angesehen wird. Sie erfordert auch, anzuerkennen, wenn jemand ein besseres juristisches Argument vorbringt.

Unter dem Aspekt der persönlichen Unabhängigkeit wird aber auch ein Raum der Interpretation des Rechts geschützt, der namentlich unabhängig ist von einer vorherrschenden politisch-sozialen Einordnung der Streitfrage. Dies akzentuiert sich, wenn Justiziabilität Bereiche umfasst, die vermehrt von einer gesellschaftlichen Polarisierung betroffen sind²¹, wie etwa Fragen der Verfassungskonformität von Einschränkungsmassnahmen in der Pandemie, Fragen der Meinungsäusserungsfreiheit oder der Zulässigkeit der Einfrierung von Geldern im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten. Je mehr typisierbare Gruppen es (scheinbar) gibt, je mehr Identifikationen mit einer Gruppe bestehen, desto wichtiger ist die autonome Auslegung des Rechts.

Rechtsanwendung ist so nicht die Durchsetzung von einzelnen politischen Massnahmen oder allgemeinen gesellschaftlichen Haltungen, sondern die Gewährung der Rechte als Freiheiten, auch wenn sich diese gegen den Mainstream der Meinungen richtet. Es zählen einzig die – in diesen Bereichen in Interpretation der Norm vor politischen aber auch sozialen Zwängen geschützten – rechtlichen Argumente für oder gegen die Zulässigkeit einer behördlichen Massnahme. Im Bereich der Freiheitsrechte hat der Staat zu zeigen, dass die Einschränkung geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Eine Vermutung der Zulässigkeit der behördlichen Einschränkungen wäre mit der institutionellen Unabhängigkeit von Richterinnen und Richtern nicht vereinbar. Recht anzuwenden braucht demnach immer wieder Mut zu unpopulären Entscheidungen, wenn dies das Recht gebietet. Was sich scheinbar mit der politischen Frage überschneidet, ist technisch!

²⁰ Vgl. auch Marcel Ogg, Richterliche Fachkompetenz und Unabhängigkeit, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2017/2, Rz. 11.

²¹ Vgl. im Detail Lorenz Engi, Die Förderung des gesellschaftlichen Zusammenhalts als staatliche Aufgabe, ZBl 8/2022, S. 399 ff.

Die innere Unabhängigkeit hat sodann – soweit die dogmatische Erschliessung Alternativen zulässt – wie erwähnt auch in Form des Gewissens²² eine Funktion: Der Betroffene hat das Recht, dass sich ein Gericht dem normativen Gefüge verpflichtet, unabhängig – soweit dogmatisch möglich: mit einem gewissen Gespür – in seinen Fall versetzt. Es ist ein rechtsstaatlich-gesellschaftliches Gespür für Situationen, z.B. für übermässige Rigidität einer behördlichen Praxis oder gegen naives Goutieren von Machenschaften.

Letztlich bleibt so festzuhalten: Der Kernbereich der persönlichen Unabhängigkeit besteht aus dem, was die Richter aus ihr machen²³.

6. Schluss

Zeit also, die Kernbereiche der Rechtsanwendung, in die ich Ihnen etwas Einblick geben wollte, und das Wirken der Dritten Gewalt überhaupt, noch viel umfassender zu erforschen.

Ich gratuliere Ihnen dazu, dass Sie sich mit dem neuen Institut für Justizforschung an der Universität Luzern die Möglichkeit geschaffen haben, dies unabhängig in Angriff zu nehmen.

²² Kant, MS, A 37–39.

²³ Vgl. Walter, *Interne richterliche Unabhängigkeit* (Fn. 19), Rz. 11, bezugnehmend auf Winfried Hassemer, *DRiZ* 1998, S. 370 f.