

# Die Gesichter der Justiz – Das schweizerische Bundesgericht als Gegenstand interdisziplinärer Forschung

Michele Luminati\*

## I. Schein und Sein: das Richterbild

Seit dem späten 18. Jahrhundert wird der Richter nach dem geflügelten, aber missverstandenen Wort Montesquieus als «*bouche de la loi*» bezeichnet.<sup>1</sup> Das Modell des Richters «als abhängiger Vollstrecker oberster Privatwillkür»<sup>2</sup> wurde durch die abstrakte Bindung an das Gesetz ersetzt. Das Gesetz in Form der umfassenden Kodifikation galt als neues Heiligtum, als Ausdruck des Volkswillens und wurde zum Bollwerk gegen Tyrannei, Korruption und Willkür.<sup>3</sup>

Das daraus abgeleitete richterliche Subsumtionsmodell machte im 19. Jahrhundert eine «erstaunliche Karriere», die von REGINA OGOREK ausführlich untersucht worden ist<sup>4</sup>: Der liberale Justizstaat leitete aus diesem Modell die Forderung nach dem unabhängigen, sprich unpolitischen Richter und ergänzte dieses Konzept noch durch ein entsprechendes Methodenprogramm. Aus den Priestern der Justiz wurden seitdem Diener (später auch Dienerinnen) des Gesetzes, die nach dem Buchstaben des Gesetzes und ohne Ansehen der Person zu urteilen hatten (und bis heute haben). Ihre persönlichen Präferenzen, ihre politischen Ansichten mussten hinter der steinernen Miene der – mal sehenden, mal blinden –<sup>5</sup> Gerechtigkeitsgöttin verschwinden.

---

\* Antrittsvorlesung von Prof. Dr. iur. Michele Luminati an der Universität Luzern, Ordinarius für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte und Rechtstheorie, geschäftsführender Direktor des Instituts für Juristische Grundlagen – *lucernaiuris*.

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler OGOREK 1986.

<sup>2</sup> OGOREK 1995, S. 106.

<sup>3</sup> Zur Kodifikationsgeschichte vgl. CARONI 2003, zum Gesetzesverständnis FÖGEN 2007.

<sup>4</sup> Vgl. OGOREK 1986; OGOREK 2002. Einiges auch in CARONI 1996.

<sup>5</sup> Zu den unterschiedlichen Darstellungen der Justitia vgl. etwa KISSEL. Für die Verbindung mit der Gesetzesthematik vgl. STOLLEIS 2004, bes. S. 26 ff. Über die furchterregende Justi-

Das «Heiligenbild»<sup>6</sup> des gesetzesgebundenen, unpolitischen und entpersönlichten Richters wurde zwar durch die zunehmende Anerkennung schöpferischer Elemente bei der Gesetzesauslegung, durch Richterrecht und durch hermeneutischen Erkenntnissen über das richterliche Vorverständnis immer mehr angezweifelt, ist aber dennoch bis heute massgeblich geblieben. Und das ist, aus rechtsstaatlicher Sicht, auch gut so: Das Abstellen auf die «*virtual reality*»<sup>7</sup> dient der Immunisierung der Justiz gegenüber Fragen nach justizinternen und – externen Abhängigkeiten.<sup>8</sup> «Gesetzesbindung entzieht den Entscheid der Hinterfragung (...). Sie lässt den Entscheid als notwendig erscheinen».<sup>9</sup> Richterliche Unabhängigkeit und Unbefangenheit garantieren ein faires Verfahren und stellen sicher, dass der Entscheidung eine vollständige sachliche und rechtliche Abklärung vorausgeht, d.h. sie gewährleisten die Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens.<sup>10</sup> Die Internalisierung des Heiligenbilds erscheint somit als unabdingbar für die richterliche Selbstidentifikation und Autonomie; der Schein erzeugt Sein, die Lebenslüge erfüllt eine (über)lebensnotwendige Funktion.<sup>11</sup>

## II. System und Feld: ein interdisziplinärer Forschungsansatz

Das hier vorzustellende Forschungsprojekt<sup>12</sup> beschäftigt sich allerdings just mit den Gesichtern hinter der Fassade der Justiz, mit den Lebensläu-

---

tia-Allegorie auf der Fassade des schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne vgl. BUDRY, bes. S. 14: «*Athena des montagnes, inhumaine et superbe.*»

<sup>6</sup> OGOREK 1997, S. 17. Darüber schon SIMON 1975, bes. S. 104 ff.

<sup>7</sup> So wiederum OGOREK 1997, S. 14. Dazu auch LUHMANN 1993, S. 304f und 545 ff.

<sup>8</sup> Für die Brisanz dieser Thematik in aktuellen Justizdebatten vgl. LUMINATI 2007a.

<sup>9</sup> DÉDEYAN, S. 211.

<sup>10</sup> Dazu immer noch grundlegend LUHMANN 1983.

<sup>11</sup> Vgl. BOURDIEU 1991, S. 96; BANCAUD 1989; DERS., 1993, bes. S. 159 ff.

<sup>12</sup> Das Projekt nahm im Juli 2002 seinen Anfang und wurde bis 2006 durch den Fonds zur Förderung des akademischen Nachwuchses des Zürcher Universitätsvereins, durch die Ecoscientia Stiftung und die Universität Luzern grosszügig unterstützt. In der jetzigen Phase besteht eine Finanzierung durch den Schweizerischen Nationalfonds (SNF-Projekt Nr. 100011–112203). Am Projekt haben Dr. iur. Nikolaus Linder, lic. phil.I. Stephan Aer-

fen, den Karrieren, der familiären Herkunft, den politischen und wissenschaftlichen Aktivitäten und den Netzwerken des Justizpersonals. Wenn aber die Biographien der Gesetzesdiener für die Erfüllung der Rechtspflichtfunktion nicht relevant sein sollen und dürfen und wenn die Beschäftigung mit diesen Lebensläufen sogar für die Legitimation der Dritten Gewalt gefährlich sein könnte, warum um Himmels willen sollen Bundesrichterinnen und Bundesrichter zum Gegenstand juristischer Grundlagenforschung gemacht werden?

Vorweg eine Klarstellung, die falsche Erwartungen bzw. Befürchtungen zerstreuen soll: Es geht hier nicht um Kabale und Liebe am Bundesgericht oder um das Hervorholen von Leichen aus bundesgerichtlichen Kellern. Es geht auch nicht darum, aus biographischen Daten Rückschlüsse auf die Entscheidungstätigkeit der einzelnen Bundesrichterinnen und -richter zu ziehen. Ein solches Vorhaben würde schon daran scheitern, dass die kollegialen Bundesgerichtsentscheide durch anonymisierende Drittedaktion gekennzeichnet sind und es deshalb nicht möglich ist, den Anteil der einzelnen Kammermitglieder an Rechtsfindung und Argumentation auszumachen. Darüber hinaus haben rechtssoziologische Studien eindeutig nachgewiesen, dass solche eindimensionalen Korrelationen kaum aussagekräftig sind.<sup>13</sup>

Der Fokus dieses Projekts liegt vielmehr auf der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses von Justiz und Politik in der nunmehr 150jährigen Geschichte des Bundesgerichts, bei der Frage also nach der spezifischen Form «abhängiger Unabhängigkeit» unserer obersten Justiz. Über eine rein deskriptiv verfahrenende Institutionengeschichte hinaus, soll ein rechtstheoretisch und sozialwissenschaftlich angeleiteter Beitrag zur Klärung der Funktionsweisen der Gewaltenteilung geleistet werden.

Die Komplexität des Forschungsgegenstandes legt dabei einen interdisziplinären Zugang nahe.<sup>14</sup> Interdisziplinarität verstehe ich einmal mit der Historikerin SUSANNA BURGHARTZ als «rezeptionelle Interdisziplinarität (...),

---

schmann, lic. iur. Vanessa Duss, MLaw Mauriz Müller und MLaw Silja Bürgi mitgewirkt. Ihnen sei für ihren grossen Einsatz gedankt.

<sup>13</sup> Vgl. insbes. ROTTLEUTHNER.

<sup>14</sup> Zur justiztheoretischen Diskussion vgl. insbes. SIMON 1988; MOHNHAUPT/SIMON sowie die weiterführenden Hinweise bei LUMINATI 2001.

die Untersuchungen und Theorien aus anderen Disziplinen zur Kenntnis nimmt und für die eigene Forschungsarbeit nutzt».<sup>15</sup> Interdisziplinarität hat in diesem Sinne zunächst im eigenen Kopf stattzufinden, sie bedeutet bewusste Entdisziplinierung bei gleichzeitigem Einsatz der spezifischen Leistungen der eigenen Disziplin.<sup>16</sup> Erst in einem zweiten Schritt kann es zum interdisziplinären Dialog kommen und daraus lassen sich, im Sinne operativer Interdisziplinarität, gemeinsame Vorhaben entwickeln.

Das vorliegende Projekt befindet sich freilich noch auf der ersten Stufe interdisziplinärer Forschung und versucht zwei sozialwissenschaftliche Grösstheorien – Luhmanns Systemtheorie und Bourdieus praxeologischen Ansatz – für die Justizgeschichte fruchtbar zu machen. Theoretische Puristen mögen die Nase rümpfen, und in der Tat bestehen zwischen den beiden Theorien deutliche Divergenzen.<sup>17</sup> Allerdings wird in letzter Zeit zunehmend die Frage nach den Ähnlichkeiten in den Theorieanlagen von Luhmann und Bourdieu gestellt und teilweise auch positiv beantwortet.<sup>18</sup> So spricht die Soziologin CORNELIA BOHN von der Bourdieuschen Feldtheorie als ein «Parallelunternehmen zu Luhmanns Untersuchungen gesellschaftlicher Subsysteme.»<sup>19</sup>

## 1. Politik und Recht: Ausdifferenzierung des Justizsystems

Auf unseren Gegenstand angewendet führt die Kombination dieser Theorien zur folgenden Untersuchungsanordnung: Ausgangspunkt bildet die Annahme, dass es in der Schweiz im Laufe des 19. Jahrhunderts zu einer funktionalen Ausdifferenzierung des Rechtssystems und zugleich zu einer Binnendifferenzierung dieses Rechtssystems, die u.a. zur Herausbildung der Rechtsprechung als zentrales Entscheidungssystem führte,

<sup>15</sup> BURGHARTZ, S. 165.

<sup>16</sup> Aus rechtshistorischer Sicht vgl. etwa COSTA und HESPANHA. Für die ähnlich gelagerten Probleme der Rechtssoziologie vgl. ZIEGERT.

<sup>17</sup> Auf Inkompatibilitäten verweisen etwa BOURDIEU, 1986a, S. 4; DERS./WACQUANT, 1992, S. 78 ff; SCHOLZ 1997.

<sup>18</sup> Vgl. insbes. NASSEHI/NOLLMANN und NASSEHI, bes. S. 246 ff. Für einen frühen Versuch der Verknüpfung vgl. die Studie von KLIMÓ. In LUMINATI 2007a habe ich bereits versucht, die beiden Ansätze zu verknüpfen.

<sup>19</sup> BOHN 2005, S. 62.

gekommen sei. Mit Hilfe der System-Umwelt-Unterscheidung und des Modells operativ geschlossener Systeme<sup>20</sup> lässt sich dieser doppelte Autonomisierungsprozess am Verhältnis von Selbstreferenz und Fremdbestimmung der Justiz untersuchen. Die Grundannahme der Systemtheorie besagt nämlich, dass funktional ausdifferenzierte Subsysteme operativ geschlossen, d.h. autopoietisch sind, also aus eigenständigen Kommunikationseinheiten bestehen, die selbstreproduktiv sind und die eigenen Systemstrukturen durch eigene Operationen aufbauen. Gesteuert werden solche Systeme durch ihren spezifischen binären Code (für das Rechtssystem: recht/unrecht). Der Code ist das Organisationsprinzip des Systems und ermöglicht die Grenzziehung des Systems gegenüber seiner Umwelt. Diese Selbstreferenzialität darf aber nicht, so LUHMANN, «als Abgeschlossenheit verstanden werden. Sie bestreitet nicht, ja betont auf ihre Weise, dass intensive Kausalbeziehungen zwischen Systemen und ihren Umwelten bestehen und dass Interdependenzen kausaler Art für das System strukturell notwendig sind.»<sup>21</sup>

Zentral für den Autonomisierungsprozess von Rechtssystem und Justiz ist nun die Beziehung zur Politik, als ein weiteres selbstreferentielles Subsystem mit eigenem Code (Regierung/Opposition)<sup>22</sup>, das aber zum Rechtssystem in einer engen Beziehung steht. So kann etwa Gesetzgebung «als Ort der Transformation von Politik in Recht und als Ort der rechtlichen Beschränkung von Politik»<sup>23</sup> definiert werden. Eine direkte Steuerung des Rechtssystems durch die Politik ist nicht möglich, wohl aber besteht zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung ein Verhältnis «wechselseitiger Einschränkung der Entscheidungsspielräume».<sup>24</sup> Richterliche Unabhängigkeit liesse sich demnach am konkreten Umgang der Rechtsprechung mit dem Rechtscode ablesen, also etwa an der Reichweite richterlicher Akzeptanz gegenüber dem Willen des Gesetzgebers und dem Gesetzeswortlaut, am Umgang mit Generalklauseln und Rechtsprinzipien, an der

---

<sup>20</sup> Grundlegend dazu LUHMANN 1993, bes. S. 297 ff. Für die Bedeutung dieser Theorie für die Rechtswissenschaft vgl. statt vieler VESTING.

<sup>21</sup> LUHMANN 1993, S. 43.

<sup>22</sup> Dazu LUHMANN 2000, bes. S. 88 ff.

<sup>23</sup> LUHMANN 1993, S. 429. Für eine kritische und zugleich anregende Weiterentwicklung dieser Gedanken vgl. insbes. ASCHKE.

<sup>24</sup> LUHMANN 1993, S. 305.

Vermengung bzw. Trennung von rechtlicher und politischer Rationalität. Diesen Themen ist ein Teil des vorliegenden Forschungsprojektes gewidmet, das sich vor allem mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den grossen privat- und strafrechtlichen Kodifikationen beschäftigt.<sup>25</sup>

Ein weiterer, hier im Vordergrund stehender Aspekt der Interdependenz von Politik und Justiz betrifft Organisation und Professionalisierung der Gerichtsbarkeit.<sup>26</sup> Von zentralem Interesse ist hier besonders die eigentümliche helvetische Art der Richter(aus)wahl durch das Parlament und die damit verbundene Handhabung der Distinktion zwischen unpolitisch, politisch und politisiert. Was heisst und woran misst man in diesem Kontext richterliche Unabhängigkeit? Wie funktioniert dieses, auf «Gottesvertrauen»<sup>27</sup> beruhende, delikate Zusammenspiel von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Wie kann man den «unpolitisch-gesetzesgebundenen» Richter politisch bestimmen?

Betrachten wir den seit 1874, also seit Schaffung des ständigen Bundesgerichts, unveränderten Modus der Bundesrichterwahl durch die Vereinigte Bundesversammlung,<sup>28</sup> so wird in einem ersten Schritt die Zuweisung des Vorschlagsrechts für die Kandidatur nach politischen Kriterien vorgenommen: Berücksichtigt werden dabei nicht nur die bis vor kurzem noch verfassungsmässig vorgeschriebene Beachtung der sprachlichen Vertretung,<sup>29</sup> sondern de facto auch die Stärke der einzelnen Parteien im Parlament und die regionale Verteilung. In einem zweiten Schritt erfolgt dann die Auswahl der Kandidatin/des Kandidaten nach unpolitischen, sprich fachlichen Kriterien, wobei Parteimitgliedschaft nach wie vor verlangt wird. An diesem Findungsprozess sind massgeblich kantonale Par-

---

<sup>25</sup> Erste Fallstudien, die von Projektmitarbeiterinnen und –mitarbeitern, aber auch von weiteren Rechtswissenschaftlerinnen und –wissenschaftlern verfasst wurden, finden sich nun in LUMINATI/LINDER 2007. Verschiedene Promotionsarbeiten zu diesem Thema sind in Bearbeitung. Für vergleichbare Ansätze vgl. FALK/MOHNHAUPT und DÖLEMAYER/MOHNHAUPT/SOMMA. Einen vielschichtigen Einblick in die Rechtsprechung des frühen, nichtständigen Bundesgerichts liefert nun FÖGEN 2005.

<sup>26</sup> Dazu LUHMANN 1993, S. 329 ff.

<sup>27</sup> So EICHENBERGER, S. 66.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 108 aBV und Art. 143 nBV. Zur Genese dieser Regelung vgl. BRAND, S. 152 ff. Zu den aktuellen Entwicklungen vgl. SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, bes. S. 24 ff.

<sup>29</sup> Vgl. den nunmehr aufgehobenen Art. 188 Abs. 4 nBV und die frühere Fassung von Art. 107 aBV.

teigremien, dann die Bundeshausfraktionen und seit März 2003 nun auch die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung beteiligt.<sup>30</sup> Und schliesslich müssen sich die Bundesrichterinnen und -richter nach sechs Jahren der Wiederwahl stellen.

«Politisch» sind also Bundesrichterwahlen insofern, als der erste Schritt dem Code der Politik verpflichtet ist; «unpolitisch» sind sie es, wenn und so lange als Professionalität das massgebliche Kriterium für die Bestimmung der Kandidatin/des Kandidaten bleibt und die Vereinigte Bundesversammlung ebenfalls diesem Massstab folgt. Die Gefahr der «Politisierung» lauert dabei überall, wird aber nur selten manifest.

Nun müsste man anhand der über die einzelnen Wahlen geführten Diskurse die konkrete Handhabung der erwähnten Kriterien beobachten können. Allerdings sind diese Wahlgeschäfte intransparent und nur sehr beschränkt formalisiert. Im Gegensatz zu den anderen kontinentalen Justizsystemen, die eine bürokratische Struktur aufweisen und wo man anhand der ausführlichen Personaldossiers Rekrutierung und Karriere der Richterinnen und Richter rekonstruieren kann,<sup>31</sup> erfahren wir über die Auswahl der Mitglieder des schweizerischen Bundesgerichts kaum etwas. Sogar die Protokolle der Bundesversammlung sind in der Regel unergiebig, abgesehen von den (bisher) seltenen Fällen der versuchten oder gelungenen Nicht(wieder)wahl.

Schaut man sich diese Fälle an, so stösst man aber auf eher stereotype Äusserungen der Parlamentsmitglieder, die mehrheitlich die politischen Hintergründe verschleiern. So 1995 als der LdU-Bundesrichter Hans Ulrich Willi angeblich wegen seines Alters nicht wiedergewählt wurde, im Grunde aber der Anspruch des LdU auf einen Bundesrichtersitz strittig war.<sup>32</sup> Heftiger waren die Auseinandersetzungen 1984 beim erfolglosen Versuch von NA-Nationalrat Valentin Oehen, die Bundesrichter Rolando Forni und Jean-Jacques Leu wegen ihrer Tätigkeit als Schiedsrichter im

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu die Beiträge in: *Parlament, Parlement, Parlamento* 8/2005, H. 1.

<sup>31</sup> Vgl. dazu die imposante Arbeit über die spanische Justiz von SCHOLZ 2003 und die Studien zur italienischen Magistratur von SARACENO 1979 und 1988.

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Amtl. Bulletin, Vereinigte Bundesversammlung* 1995, S. 2767f; VANONI, B., *Abwahl mit Hinterlist*, in: *Tages-Anzeiger* vom 21.12.1995; FELBER, M., *Altersguillotine mit krummem Messer?*, in: *NZZ* vom 23.12.1995.

Fall Rychetsky abzuwählen.<sup>33</sup> Politisch motiviert waren auch die 1986 erfolgte Wahl des SVP-Gegenkandidaten Karl Spühler gegen den offiziell nominierten SP-Kandidaten Jürg Neumann und die 1990 erfolgte Nichtwiederwahl des SPS-Bundesrichters Martin Schubarth, der allerdings eine Woche später in einem zweiten Wahlgang in seinem Amt bestätigt wurde.<sup>34</sup>

Aber auch in diesen Fällen erfährt man kaum etwas über die im Vorfeld stattgefundenen Ausmarkungen und Gespräche; sie finden in den Vorzimmern statt und lassen sich empirisch kaum fassen.<sup>35</sup> Mit dem systemtheoretischen Ansatz kommt man nicht weiter: Wir können zwar die institutionalisierte Logik beschreiben, aber nicht auf die Ebene der «gelebten Logik», der sozialen Praktiken vordringen.<sup>36</sup>

## 2. Feld und Kapital: der richterliche Mikrokosmos

Genau hier setzt PIERRE BOURDIEU mit seinem, den sozialen Akteuren und ihren Beziehungen zu den Strukturen zugewandten Konzept an.<sup>37</sup> Soziale Wirklichkeit erscheint nach dieser Theorie als durch strukturelle Gegebenheiten und durch Handeln der Akteure konstituiert. Das Handeln ist durch Habitusformen konditioniert, durch «Systeme dauerhafter und übertragbarer *Dispositionen*, als strukturierte Strukturen, die wie geschaffen sind, als strukturierende Strukturen zu fungieren.»<sup>38</sup> Gemeint sind damit

<sup>33</sup> Vgl. Amtl. Bulletin, Vereinigte Bundesversammlung 1984, S. 1978 ff; mm., Zwei Bundesrichter unter Beschuss, in: Der Bund vom 1.12.1984.

<sup>34</sup> Zur Wahl Spühlers vgl. Amtl. Bulletin, Vereinigte Bundesversammlung 1986, S. 2112 ff. Zur Wiederwahl von Schubarth vgl. Amtl. Bulletin, Vereinigte Bundesversammlung 1990, S. 2520 ff; WESPE, R., Richterwahlen endeten mit Eklat, in: Tages-Anzeiger vom 6.12.1990; GUBLER, T., Eine unwürdige Strafaktion, in: Basler Zeitung vom 6.12.1990. Zur sog. «Spuck-Affäre» um Bundesrichter Schubarth vgl. etwa Strebel, D., Wer kontrolliert das Bundesgericht? Der Fall Schubarth löst eine Debatte über Amtsenthebung und Kontrolle von Richtern aus, in: NZZ vom 16.2.2003.

<sup>35</sup> Auch Interviews bleiben hier unergiebig; vgl. dazu LIVSCHITZ.

<sup>36</sup> Dazu HESPANHA 1992.

<sup>37</sup> Vgl. insbes. BOURDIEU 1980; DERS. 1989; DERS. 1994; DERS. 2004; DERS./WACQUANT; DERS./RAPHAEL. Aus der mittlerweile unüberblickbaren Sekundärliteratur erwähne ich hier lediglich die für die Geschichtswissenschaft relevanten Überlegungen von GILCHER-HOLTEY 1996 und die für eine rechtshistorische Umsetzung grundlegenden Arbeiten von SCHOLZ.

<sup>38</sup> BOURDIEU 1980, S. 98.



«überindividuelle, kollektive Wahrnehmungs- und Verhaltensdispositionen, die, durch Sozialisationsprozesse erworben und durch Berufskarrieren gefestigt, von Individuen oder Gruppen situativ adaptiert werden können (und es in der Regel auch werden), nicht aber zwangsläufig übernommen werden müssen.»<sup>39</sup>

Die so ausgestatteten Akteure bewegen sich in einem aus verschiedenen, mehr oder weniger autonomen Feldern bestehenden sozialen Raum. Die einzelnen Felder sind soziale Mikrokosmen, die nach eigenen Regeln funktionieren und die Akteure dazu zwingen, die «Spielregeln» zu beachten und bestimmte Positionen auf diesem Feld einzunehmen: «*espaces des relations objectives qui sont le lieu d'une logique et d'une nécessité spécifiques et irréductibles à celles qui régissent les autres champs*».<sup>40</sup>

BOURDIEU trägt somit sowohl dem Gedanken der Ausdifferenzierung und Autonomisierung gesellschaftlicher Bereiche als auch den darin agierenden Individuen und Gruppen Rechnung. Auf diesen bipolar strukturierten Kräftefeldern kämpfen die Akteure mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln um die Vorherrschaft. «*The ideas of structural polarities, hierarchial positions, competition of scarce resources, struggle between heterodoxy and orthodoxy, and a shared doxa among competitors indicate mechanisms of internal structuring that generate fields and contribute to their autonomy and functioning.*»<sup>41</sup>

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 vier Formen: ökonomisches Kapital (materieller Besitz), soziales Kapital (Beziehungsnetze), kulturelles Kapital (Umgangsformen, Wissen, Bildungstitel usw.) und symbolisches Kapital (Prestige, Reputation).<sup>42</sup> Auf jedem Feld sind je spezifische Kapitalkombinationen gefragt und wird über die Bestimmung der massgeblichen Kapitalformen gekämpft.

---

<sup>39</sup> GILCHER-HOLTEY, S. 118.

<sup>40</sup> BOURDIEU/WACQUANT, S. 73.

<sup>41</sup> SWARTZ, S. 292.

<sup>42</sup> BOURDIEU 1983.

Auf das Recht übertragen spricht BOURDIEU vom juristischen Feld als dem Ort, auf dem um das Monopol «*de dire le droit*»<sup>43</sup> gekämpft wird. Auf diesem Feld stehen sich verschiedene Akteure gegenüber, die über die sozial anerkannte Kompetenz zur Interpretation bestimmter Texte, die die legitime Sichte der sozialen Welt bestimmen, verfügen. Es besteht also eine Arbeitsteilung unter verschiedenen, sich konkurrierenden Formen der Kompetenz. Daraus resultiert einerseits ein struktureller Antagonismus zwischen den juristischen Berufsgruppen und andererseits ein permanenter symbolischer Kampf zwischen Theoretikern und Praktikern.

Allerdings 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 durch eine Rhetorik des Unpersönlichen und der Neutralität geprägt, hat also einen Neutralisierungs- und Universalisierungseffekt. Diese «*pieuse hypocrisie*»<sup>44</sup> verschleiert die Tatsache, dass das mit starker symbolischer Macht ausgestattete juristische Feld gegenüber dem «*champ du pouvoir*»<sup>45</sup> nur eine partielle Autonomie besitzt.

Wie die konkrete Beziehung von helvetischer Justiz und Politik aussieht, lässt sich nun, zumindest partiell, durch die Rekonstruktion des richterlichen Mikrokosmos, das heisst durch eine genaue Analyse der einzelnen richterlichen Biographien eruieren. Denn die biographischen Daten geben uns Auskunft über die Kapitalstruktur der einzelnen Richter, über ihre Stellung auf dem juristischen Feld, über ihre Zugehörigkeit zum Lager der Theoretiker oder der Praktiker und über ihre Beziehungen zu benachbarten Feldern, insbes. zur Politik.

<sup>43</sup> BOURDIEU 1986a, S. 4. Vgl. dazu auch BOURDIEU 1991.

<sup>44</sup> BOURDIEU 1991, S. 96. Vgl. dazu auch BANCAUD 1993, bes. S. 159 ff.

<sup>45</sup> Dieses Feld wird von BOURDIEU/WACQUANT, S. 90 definiert als «*l'espace de jeu à l'intérieur duquel les détenteurs de capital (de différentes espèces) luttent notamment pour le pouvoir sur l'Etat, c'est-à-dire sur le capital étatique donnant pouvoir sur les différentes espèces de capital et sur leur reproduction*». Dazu SWARTZ 1997, S. 136 ff.

### III. Quellen und Datenbank

Angesichts des Fehlens aussagekräftiger Personaldossiers, mussten die biographischen Daten der 265 von 1848 bis 2006 gewählten Bundesrichterinnen und -richter aus heterogenen Quellen zusammengetragen werden. Neben den spärlichen biographischen Forschungen und den lexikalischen Einträgen im HBLS und neuerdings im HLS, wurden vor allem die Protokolle und Akten der Vereinigten Bundesversammlung sowie die in der Tagespresse und in den juristischen Zeitschriften publizierte Würdigungen ausgewertet. Bei einzelnen Richtern konnten die Nachlässe gesichtet werden<sup>46</sup> und von den amtierenden und den noch lebenden ehemaligen Bundesrichterinnen und -richtern erhielten wir ebenfalls wertvolle Informationen.

Die gesammelten Daten wurden dann in eine komplexe Datenbank eingetragen (vgl. *Abb. 1*). Sie besteht aus verschiedenen, miteinander verknüpften Datenbanken:

- Eine zentrale Personendatenbank, die sowohl die Bundesrichterinnen und -richter wie auch alle mit ihnen aus unterschiedlichen Gründen verbundenen Personen umfasst und mittlerweile über 2600 Einträge enthält.
- Eine Richterdatenbank mit den wichtigsten persönlichen Daten der einzelnen Mitglieder des Bundesgerichts.
- Eine Ereignisdatenbank, in der die bundesrichterlichen Biographien in einzelne Ereignisse aufgelöst werden (z.B. Geburt, Heirat, akademische Promotionen, politische Ämter, Karriereschritte, militärische Grade usw.). Die rund 10 000 Einträge sind mit Hilfe von speziellen

---

<sup>46</sup> Es handelt sich dabei insbes. um folgende Nachlässe: Staatsarchiv Basel-Stadt: Nachlass J.C.-Brenner; Staatsarchiv Bern: Nachlass J. Stämpfli; Stadtarchiv Biel: Nachlass P. Lemp; Universitäts- und Stadtbibliothek Genf: Nachlass G. Pictet; Landesarchiv Glarus: Nachlass J.J. Blumer; Kantonsarchiv Jura: Nachlass V. Rossel; Staatsarchiv Luzern: Nachlass E. Arnold; Zentral- und Hochschulbibliothek Luzern: Nachlass K. Pfyffer; Stadtarchiv Olten: Nachlass A.v. Arx; Zentralbibliothek Solothurn: Nachlass L. Weber; Kantonsbibliothek St. Gallen: Nachlass A.O. Aepli; Staatsarchiv Thurgau: Nachlass J.H. Bachmann; Nachlass J.K. Kern; Staatsarchiv Uri: Nachlass F. Schmid; Nachlass G. Muheim; Kantons- und Universitätsbibliothek Waadt, Lausanne: Nachlass V. Ruffy; ETH-Archiv, Zürich: Nachlass J.K. Kappeler; Schweiz. Sozialarchiv, Zürich: Nachlass A. Gysin; Nachlass F. Studer; Zentralbibliothek Zürich: Nachlass J. Dubs.

Schlagwortdatenbanken funktionalen Feldern (z.B. Politik, Recht, Militär usw.) zugewiesen worden.

- Eine Datenbank «Richterwerke», die alle Publikationen der Bundesrichterinnen und -richter verzeichnet und mittlerweile über 4500 Einträge enthält.
- Eine Datenbank mit der Sekundärliteratur, in der sowohl biographische Werke als auch Arbeiten zum Bundesgericht als solches aufgenommen worden sind (über 2000 Einträge).

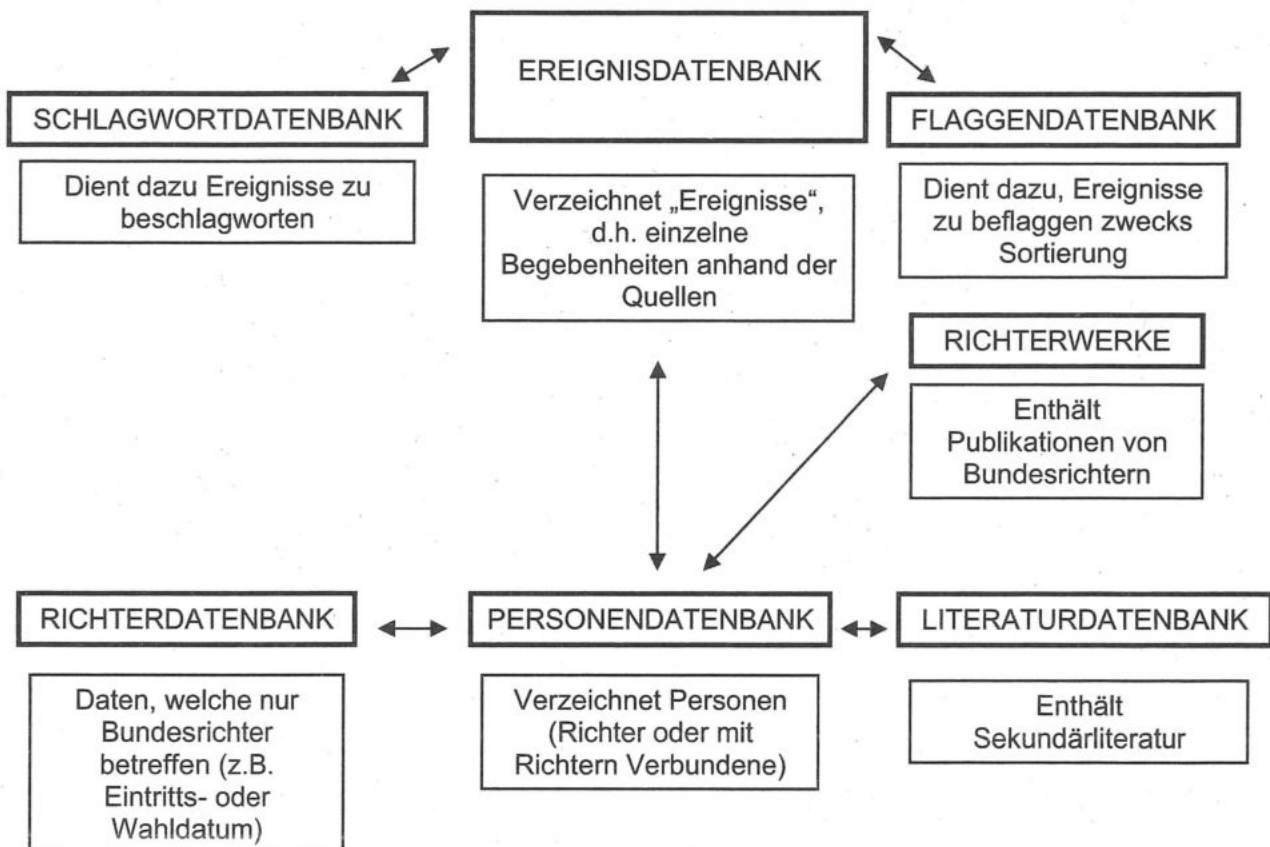


Abb. 1: Datenbankstruktur

#### IV. Bundesrichterlexikon

Aus den umfangreichen biographischen Daten wird in einem ersten Schritt das demnächst erscheinende Bundesrichterlexikon erstellt. Dieses prosopographische Werk enthält die Kurzbiographien aller Bundesrichterinnen und -richter, aufgeschlüsselt nach sozialer Herkunft, Heirat, Ausbildung, beruflicher Karriere, bundesgerichtsinterner Karriere, politischen und sonstigen öffentlichen Tätigkeiten. Ergänzt werden die Biographien durch Portraits, Werklisten und Angaben zur Sekundärliteratur.

Mit dieser Publikation soll die nationale Justizelite eine ihrer Bedeutung entsprechende historische Gesamtdarstellung erfahren. Bis heute fehlt es nämlich an einer eingehenden (rechts)historischen wie auch an einer sozialwissenschaftlichen Beschäftigung mit der Dritten Gewalt in der Schweiz.<sup>47</sup> Während für die politische Elite und die Bundesversammlung auf die bedeutenden politologisch-historischen Arbeiten von ERICH GRUNER und für den Bundesrat auf das von URS ALTERMATT herausgegebene biographische Lexikon zurückgegriffen werden kann,<sup>48</sup> findet man zur Geschichte des Bundesgerichts und der schweizerischen Justiz insgesamt nur wenige Publikationen.<sup>49</sup> Das Bundesrichterlexikon soll diese Lücke schliessen und weiteren Forschungen als Grundlage und Anregung dienen.

---

<sup>47</sup> Weitere Hinweise zu dieser Forschungsabstinenz in LUMINATI 2001. Zu ideologischen Aspekten vgl. SCHOTT 1992.

<sup>48</sup> GRUNER 1966–1970; ALTERMATT.

<sup>49</sup> Für das Bundesgericht und seine Mitglieder vgl. BRAND; SCHNEIDER; SCHINDLER und die biographischen Einträge im HLS. Kaum beachtet wurden bisher die Arbeiten von LAMONT MORRISON und SCHUBERT. Dieser Zustand steht in krassem Gegensatz zur «globalen» Zunahme justizgeschichtlicher Forschungen, die u.a. durch die bereits auf über 25 Bände herangewachsene Reihe «Rechtsprechung» des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte dokumentiert wird. Exemplarisch verweise ich auch noch auf SARACENO 1988; BANCAUD 1993; ROYER, J.-P., *Histoire de la justice en France*, Paris 1995; MÜLLER, K., *Der Hüter des Rechts. Die Stellung des Reichsgerichts im Dt. Kaiserreich 1879–1918*, Baden-Baden 1997; ROMANELLI, R. (Hg.), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna 1997; SEMONCHE, J. E., *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, New York - Oxford 1998. STEVENS, R., *The English Judges*, Oxford 2002.

## V. Geschichte des Justizfeldes: erste Resultate

Die vertiefte Auswertung der gesammelten Daten wird nun multifaktorielle Analysen zur Funktionsweise und Dynamik des Justizfeldes ermöglichen. So lassen sich die biographischen Einzelereignisse den unterschiedlichen Kapitalsorten zuweisen und erlauben dadurch die Rekonstruktion der Richtertypen und die Bestimmung der für die Richterwahl massgeblichen «informellen» Kriterien. Durch die detaillierte Untersuchung der einzelnen Wahlen und die Erfassung der jeweiligen Gegenkandidaten werden die von der Politik geforderten Eigenschaften des «guten» Richters noch deutlicher hervortreten. Und schliesslich wird die «Kapitalisierung» es erlauben, die einzelnen Richterinnen und Richter auf dem bipolaren, vom Antagonismus zwischen Theoretikern und Praktikern geprägten juristischen Feld zu verorten und damit auch das (sich wohl stets verändernde) Gewicht dieser beiden Gruppierungen am Bundesgericht selber auszumachen.

Angesichts des geringen Umfangs der helvetischen Elite und der Multifunktionalität der Amtsträger – zumindest für die meisten Mitglieder des Bundesgerichts bis vor einigen Jahrzehnten ist eine Parallelität von beruflicher, politischer und militärischer Karriere und dazu noch eine rege Vereinstätigkeit feststellbar –, wird man den Beziehungsnetzen eine wichtige Rolle für den Eintritt in den richterlichen Olymp zuweisen. Die Datenbank verzeichnet mittlerweile mehr als 2300 Personen, die mit den einzelnen Richterinnen und Richtern auf vielfältige Art und Weise verbunden sind. Daraus ergibt sich ein feingewobenes Spinnennetz, bestehend aus familiären, teilweise dynastische Züge annehmenden Beziehungen, dann aber auch aus politischen Seilschaften, studentischen Verbindungen und akademischen Freundschaften, militärischen Kameradschaften, beruflicher Zusammenarbeit (man denke beispielsweise an die bereits von GRUNER hervorgehobene Bedeutung bestimmter Anwaltskanzleien für die politische Karriere<sup>50</sup>) usw.

Dem aus diesen Analysen hervorgehenden «objektivierten» Richterprofil stehen die richterlichen Selbst- und Fremdbeschreibungen gegenüber, die idealisierte Standardbiographien entwerfen und Sein und Schein wieder

<sup>50</sup> GRUNER 1966, S. 161f.

zusammenführen.<sup>51</sup> Besonders in den Nekrologen wird der Habitus des «guten» Richters expliziert, wird die «*logique intériorisée et consciente*»<sup>52</sup> der Berufsgruppe festgeschrieben. Dies ist auch der Ort, wo die Harmonie von Theorie und Praxis heraufbeschworen wird.

## 1. Das nichtständige Bundesgericht (1848–1874): eine politisierte Institution?

Exemplarisch möchte ich einige (provisorische) Ergebnisse unserer Analysen liefern und wende mich zunächst dem ersten, nichtständigen Bundesgericht zu. Der konservative Politiker und Jurist PHILIPP ANTON VON SEGESSER bezeichnete dieses Gericht als «ein undefinierbares Ding»<sup>53</sup> und in der Tat entsprach es nur partiell den geläufigen Vorstellungen eines höchsten Gerichts. Es besass nur äusserst beschränkte zivil- und strafrechtliche Kompetenzen; staatsrechtliche Streitfälle blieben sogar dem Bundesrat und der Bundesversammlung vorbehalten. Die elf von der Bundesversammlung auf drei Jahre gewählten nebenamtlichen Richter stammten mehrheitlich selber aus dem Parlament, wo sie auch während ihrer richterlichen Amtszeit weiterhin sassen.

Kaum verwunderlich, dass dieses Gericht als schwache und politisch besetzte Institution betrachtet wird.<sup>54</sup> Selbstverständlich gehörten die 38 zwischen 1848 und 1874 gewählten Bundesrichter ausnahmslos der nationalen politischen Elite an und sassen bis auf fünf im eidgenössischen Parlament. Ihre Profile waren eindeutig politisch geprägt, wenn auch alle eine juristische Ausbildung oder zumindest juristische Berufserfahrungen mitbrachten.<sup>55</sup> Für die meisten bedeutete das Richteramt keineswegs der

<sup>51</sup> Vgl. dazu allg. etwa die Arbeit von KLIMÒ und die Studien in GOURON.

<sup>52</sup> HESPANHA 1992, S. 100. Vgl. dazu auch GRUNER 1966, S. 157: «*On ne ment jamais autant qu'avant les élections, après la mort ou la chasse*».

<sup>53</sup> SEGESSER, S. 241; weitere Hinweise bei BRAND, S. 60 ff.

<sup>54</sup> Vgl. etwa KÖLZ, insbes. S. 360 ff und 573 f.

<sup>55</sup> So z.B. Johann Jakob Trog (Bundesrichter 1851–1856), der zwar keine universitären Studien absolvierte, aber das solothurnische Fürsprecher- und Notariatspatent erwarb und als Amtsgerichtspräsident amtierte (zu seiner politischen Karriere vgl. GRUNER 1966–1970, Bd. 1, S. 433); Heinrich Stamm (Bundesrichter 1872–1874 und 1875–1905) war ursprünglich Lehrer, später Gerichtsschreiber und Anwalt und dann Schaffhauser Staatsanwalt (zu seiner politischen Karriere vgl. GRUNER 1966–1970, Bd. 1, S. 504 f.).

Höhepunkt ihrer Karriere: sechs davon wurden danach sogar Bundesräte (Jakob Stämpfli, Jakob Dubs, Victor Ruffy, Paul Cérésole, Eugène Borel und Fridolin Anderwert). Und schliesslich waren ihre Wahlen in der Regel politisch konnotierte Kampfwahlen mit unzähligen Kandidaten und mehreren Wahlgängen.<sup>56</sup>



*Abb. 2 (v.o.l. nach u.r.): Jakob Stämpfli, Victor Ruffy, Jakob Dubs, Paul Cérésole, Eugène Borel und Fridolin Anderwert*

<sup>56</sup> So waren z.B. bei der Wahl der ersten Bundesrichter im November 1848 mehr als zehn Wahlgänge nötig (vgl. Protokolle der Bundesversammlung, Bundesarchiv, Bestand E 1201 1995/539, Bd. 1, S. 9 ff.) oder im Dezember 1869 allein für die Bestimmung des Vizepräsidenten des Bundesgerichts musste man fünf Wahlgänge durchführen (vgl. Protokolle der Bundesversammlung, Bundesarchiv, Bestand E 1201 1995/539, Bd. 2, Nr. 277 ff.).



Allerdings stärkte gerade die Provenienz der Richter aus der politischen Elite die Autonomie des Bundesgerichts. Die ständige personelle Osmose zwischen dem Parlament und der Dritten Gewalt verhinderte institutionelle Konflikte und gewährleistete die personelle Unabhängigkeit der Gerichtsmitglieder. Sie waren, im Gegensatz zu einer verbeamteten und streng hierarchisch gegliederten Richterschaft, keinem Karrieredruck ausgesetzt und keiner ministeriellen Aufsicht unterstellt und somit für Pressionen von innen und von aussen weniger empfänglich.<sup>57</sup> Wie sich dieses starke Selbstbewusstsein, gepaart mit der helvetischen Abneigung gegenüber (pandektistischen) Theorien, auf die Urteilstätigkeit auswirkte, zeigt eindrucksvoll die Fallstudie von MARIE THERES FÖGEN.<sup>58</sup>

## 2. Vom politischen zum bürokratischen Richter

Mit der Verfassungsrevision von 1874 wurde das Bundesgericht in eine ständige, in Lausanne beheimatete, oberste Instanz mit neun, von der Bundesversammlung auf eine Amtsdauer von sechs Jahren gewählten, hauptamtlichen Richtern umgewandelt.<sup>59</sup> Seitdem sind dem Bundesgericht, parallel zur Entstehung nationaler Kodifikationen, immer weitgehendere Kompetenzen übertragen und mehr Richterstellen zugewiesen worden; 1917 wurde noch das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) mit Sitz in Luzern geschaffen.<sup>60</sup>

Parallel dazu hat sich auch das Richterprofil gewandelt: Die Präsenz «politischer» Richter verflüchtigt sich nach 1900.<sup>61</sup> Als letzte Vertreter dieser Gattung am Bundesgericht in Lausanne können der Schaffhauser Ständerat Kurt Schoch (Bundesrichter 1961–1969) und der Sanktgaller Nationalrat Harald Huber (Bundesrichter 1963–1981) gelten. Am EVG

---

<sup>57</sup> Zu Parallelen in der Geschichte der italienischen Justiz vgl. SARACENO 1979.

<sup>58</sup> FÖGEN 2005.

<sup>59</sup> Zu diesem Kapitel der Bundesgerichtsgeschichte vgl. BRAND, KÖLZ und SCHWEIZER, RAINER J., Die Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 und die Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform, in: Festschrift für Claudio Soliva, Zürich 1994, S. 295–310.

<sup>60</sup> Zu diesen Entwicklungen vgl. den knappen Überblick von BRÜHSCHWEILER und für die seit 2007 geltenden Neuerungen SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH.

<sup>61</sup> Zum Zusammenhang mit der Entstehung der Kodifikationen vgl. LUMINATI 2007b.

hat sich dieser Typus länger gehalten. So wurden noch in den 1960er- und 1970er-Jahren die Nationalräte Hans Korner (Bundesrichter 1969–1979) und Anton Heil (Bundesrichter 1970–1976) und der Ständerat Eduard Amstad (Bundesrichter 1976–1987) nach Luzern berufen.



*Abb. 3 (von .o.l. nach u.r.): Kurt Schoch, Harald Huber, Hans Korner, Anton Heil, Eduard Amstad*

Als hauptsächliche Voraussetzung für die Wahl zur Bundesrichterin und zum Bundesrichter hat sich demgegenüber mittlerweile die Provenienz aus der kantonalen Gerichtsbarkeit etabliert. Man kann in diesem Zusammenhang von einer faktischen Bürokratisierung und von einer Angleichung an

die anderen kontinentalen Justizsysteme sprechen. Unter Beibehaltung des politischen Wahlmodus und der einzigen formellen Wahlbedingung von Art. 143 nBV, nach der jede und jeder in den Nationalrat wählbare Bürgerin und Bürger ins Bundesgericht gewählt werden kann, ist es zu einer weitgehenden Standardisierung und Professionalisierung der bundesrichterlichen Laufbahn gekommen. Die «Normalkarriere» (für ca. 2/3 der Bundesgerichtsmitglieder 1874–2006) führt also über untere und obere kantonale Gerichte zum Aufstieg in die nationale Justizelite; als Variante davon auch über die Stelle eines Bundesgerichtsschreibers, angefangen mit Heinrich Hafner (Bundesrichter 1879–1902) und Emil Rott (Bundesrichter 1893–1905).

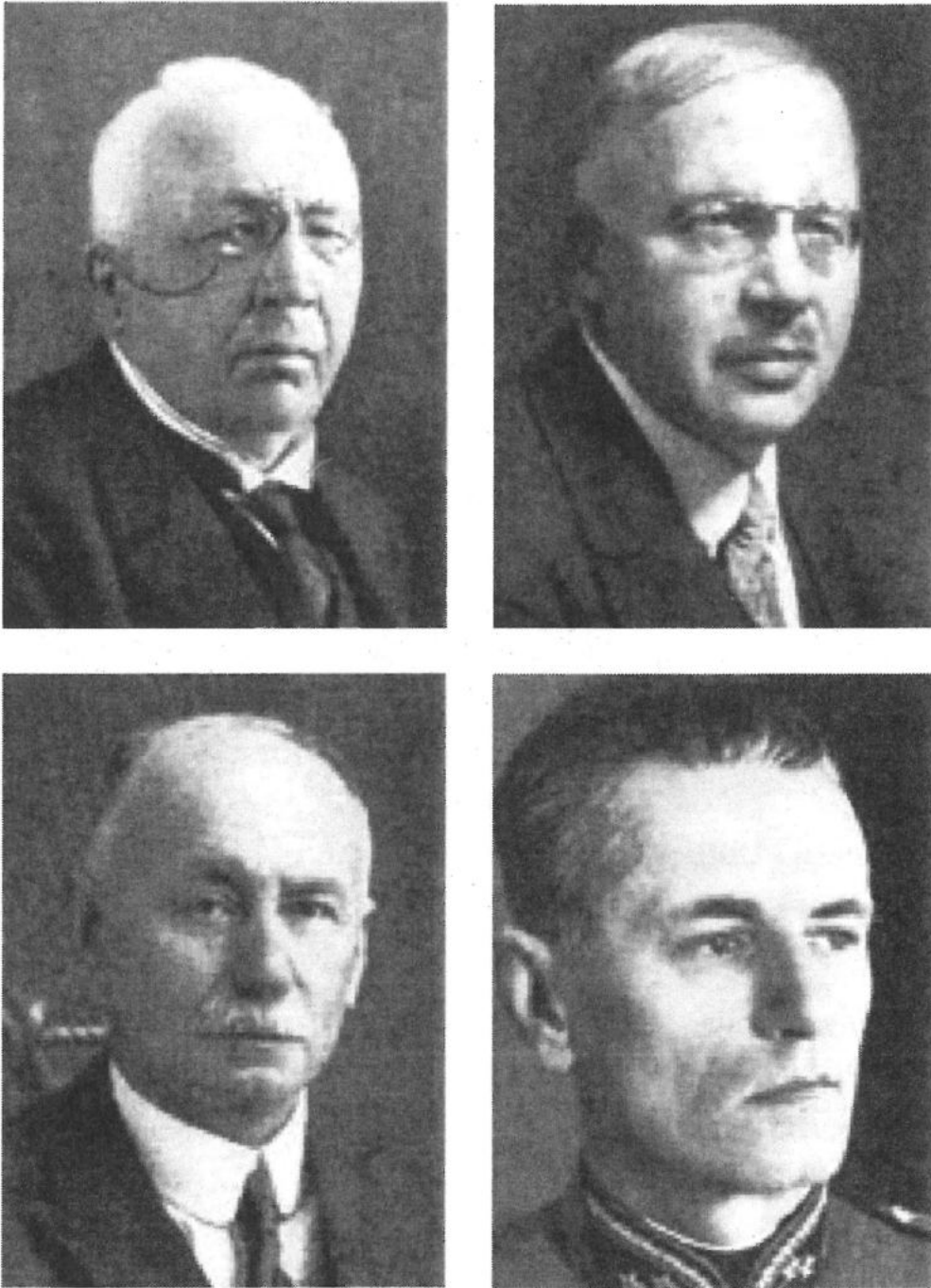
Neben diesem Königsweg gibt es freilich Bundesrichterinnen und -richter, die über die Advokatur (ca. 20%), über eine universitäre Karriere (ca. 10%) oder, seltener, über die Verwaltung ans Ziel gelangen. Die Rolle der Advokatur bei der Rekrutierung ist traditionellerweise bedeutsamer in den welschen Kantonen und im Tessin; so sind etwa die Hälfte der bisherigen Tessiner und Walliser Bundesrichter vor ihrer Wahl als Anwalt tätig gewesen.

In diesem Kontext mag es überraschen, dass auch dynastische Tendenzen feststellbar sind. Bereits ERICH GRUNER hat nachgewiesen, dass etwa 25% der Parlamentarier der Periode 1848–1960 ihren Sitz «geerbt» hatten.<sup>62</sup> Beim Bundesgericht finden sich, wenn auch seltener, ähnliche Fälle. So folgte 1933 Jean Rossel unmittelbar auf seinen Vater Virgile Rossel und 1937 Louis Couchepin auf seinen Vater Arthur.<sup>63</sup> Aber auch der Zürcher Heinrich Honegger jun. (Bundesrichter 1901–1936) war der Sohn eines ehemaligen Bundesrichters, Heinrich Honegger sen., der 1872–1874 in Lausanne amtierte.

---

<sup>62</sup> GRUNER 1966, S. 160f.

<sup>63</sup> Zur bedeutenden Figur von Virgile Rossel vgl. FELL-DORIOT JEANNE, *Cet étonnant Virgile Rossel*, Délémont 1988. Bei der Familie Couchepin handelt es sich um eine Walliser Juristen- und Politikerdynastie, die bis heute einflussreich geblieben ist: Der Vater von Arthur Couchepin war Walliser Oberrichter und sein Bruder Stadtpräsident von Martigny und Nationalrat. Aus dieser Linie stammt Bundesrat Pascal Couchepin, während der Sohn von Bundesrichter Louis, François Couchepin, 1991–1999 Bundeskanzler war.



*Abb. 4 (oben): Virgile und Jean Rossel,  
(unten) Arthur und Louis Couchepin*

Etwas komplizierter gestaltet sich zum Beispiel das familiär-politische Netzwerk von Jakob Stämpfli (Bundesrichter 1851–1854), der eine Tochter des radikalen Anführers und Rechtsprofessors Wilhelm Snell heiratete. Aus diesen Verbindungen entstammen zwei weitere Bundesrichter: Stämpflis Enkel Theodor Weiss (Bundesrichter 1909–1936) und Stämpflis Neffe Rudolf Niggeler (Bundesrichter 1875–1879), Sohn einer anderen Tochter von Wilhelm Snell und des Berner Juristen und radikalen Bun-

desparlamentariers Niklaus Niggeler.<sup>64</sup> Dies ist allerdings nur ein kleiner Teil des Netzwerkes von Jakob Stämpfli, denn allein über seine Beziehung zu Wilhelm Snell lassen sich weitere akademisch-politische Verbindungen etwa zu Jakob Dubs (Bundesrichter 1857–1861 und 1875–1879) feststellen.



*Abb. 5 (oben): Jakob Stämpfli,  
(unten) Theodor Weiss und Rudolf Niggeler*

<sup>64</sup> Weitere Hinweise in ALTERMATT, S. 143 ff.; JUNKER, BEAT, Geschichte des Kantons Bern seit 1798, Bd. 2, Bern 1990, bes. S. 44 ff.

### 3. Theorie vs. Praxis

Die helvetische Rechtstradition ist bis heute vom Primat der Praxis bei gleichzeitiger Beschwörung einer harmonischen Verbindung mit der Theorie geprägt.<sup>65</sup> Betrachtet man unter diesem Blickwinkel die Geschichte des Bundesgerichts so kann man einerseits versuchen, die einzelnen Mitglieder dem einen oder anderen Lager zuzuordnen und die entsprechenden Auseinandersetzungen bei den Wahlen wie auch innerhalb des Gerichts zu verfolgen,<sup>66</sup> andererseits dieser empirischen Dimension die richterlichen Selbst- und Fremdbeschreibungen, aus denen das idealisierte Richterbild hervorgeht, gegenüberzustellen.

So wird etwa Bundesrichter Fritz Studer (Mitglied des EVG 1920–1932 und Bundesrichter 1932–1943), den man eindeutig als Politiker (SPS) und Praktiker betrachten kann, in den Würdigungen seines Wirkens nicht nur als hervorragender Parteiführer bezeichnet, sondern auch als berufener Richter, dessen «strenge Sachlichkeit» mit grossem Gerechtigkeitssinn gepaart war.<sup>67</sup>

Ähnlich tönt es in den Nachrufen auf den Zürcher Viktor Hauser (Bundesrichter 1912–1924), ebenfalls ein Praktiker und Politiker («Hauser besass diese herrliche Gabe wahrer Führernaturen.»<sup>68</sup>), von dem es heisst: «Jede übergelehrte Scholastik war Hauser zeitlebens fremd. Die Grundlage seines scharfen juristischen Rüstzeuges war eine klare, unverbildete praktische Vernunft, gepaart mit einer untrügerischen Menschenkenntnis.»<sup>69</sup>

---

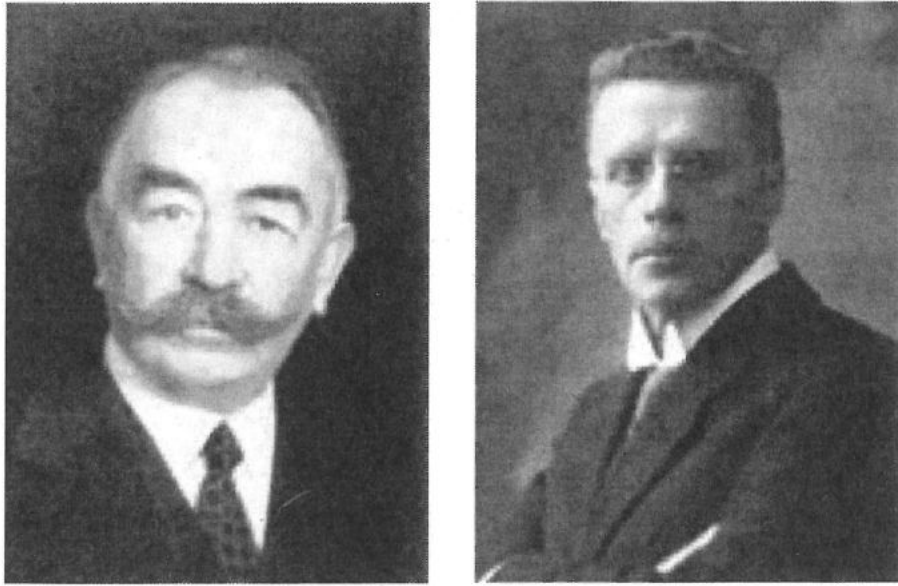
<sup>65</sup> Dazu allg. SCHOTT 1983 und SCHOTT 1991. Für die strafrechtliche Dimension dieser Beziehung vgl. LUMINATI 1999.

<sup>66</sup> Dazu nun LUMINATI 2007b, wo die entsprechenden Auseinandersetzungen bei der Schaffung der II. Zivilabteilung in Zusammenhang mit der Inkraftsetzung des ZGB rekonstruiert werden.

<sup>67</sup> Vgl. z.B. NZZ vom 2.12.1942; National-Zeitung vom 15.8.1945; Volksrecht vom 15.8.1945.

<sup>68</sup> A. GUHL, Bundesrichter V. Hauser, in: NZZ vom 1. Juni 1924.

<sup>69</sup> Ebda.



*Abb. 6: Fritz Studer und Viktor Hauser*

Auf der anderen Seite wird namhaften Theoretikern stets eine glückliche Verbindung von Rechtsgelehrsamkeit mit praktischem Sinn attestiert: Der Romanist und Freiburger Professor Vincent Gottofrey (Bundesrichter 1906–1919) «*se gardait également de tout système absolu (...). Ses jugements était toujours marqués au coin d'une saine et équitable appréciation des circonstances*». <sup>70</sup> Ähnliches liest man über den Staatsrechtler Hans Huber (Bundesrichter 1934–1946), dessen Arbeit «durch seine bedeutsame Mittelstellung zwischen Theorie und Praxis» <sup>71</sup> gekennzeichnet gewesen sei.

<sup>70</sup> P. AEBY, M. Vincent Gottofrey, juge fédéral, in: *Monat-Rosen* 63/1918–1919.

<sup>71</sup> W. KÄGLI, Hans Huber. Zum 60. Geburtstag, in: *NZZ* vom 24.5.1961. So auch der Nachruf in *NZZ* vom 14.11.1987.



*Abb. 7: Vincent Gottofrey, Hans Huber*

## VI. Schwierige Interdisziplinarität?

Ich hoffe, mit diesen knappen Ausführungen gezeigt zu haben, dass die Verknüpfung sozialwissenschaftlicher Theorieangebote mit dem (rechts) historischen Gegenstand «Justiz» die Überwindung der bei vielen Rechtshistorikern nach wie vor beliebten faktenorientierten, die eigenen theoretischen Prämissen verschleiernenden Vorgehensweise erlaubt und die Rechtsgeschichte aus einer, grösstenteils selbstverschuldeten Isolation befreien kann. Dabei geht es aus meiner Sicht nicht um Glaubensbekenntnisse zur einen oder anderen Grosstheorie, sondern um die Heranziehung von Erklärungsansätzen, die dem eigenen rechtshistorischen Gegenstand adäquat erscheinen. Die Aneignung «fremder» Theorien ist freilich oft mit viel Mühe und Aufwand verbunden, stellt aber zugleich einen klaren Erkenntnisgewinn dar.<sup>72</sup>

So verstandene Undiszipliniertheit trägt dazu bei, künstliche Grenzziehungen wie auch anachronistische Verzerrungen zu vermeiden und fördert die selbstkritische Relativierung der eigenen Position.<sup>73</sup> Bezogen auf die Justizgeschichte der Schweiz ermöglicht sie, fern von nationalisti-

<sup>72</sup> Vgl. dazu etwa COSTA; HESPANHA oder VESTING.

<sup>73</sup> Vgl. dazu insbes. BOURDIEU 2004.



schem Pathos, das «Unbehagen an den eigenen Richtern»<sup>74</sup> zu überwinden, den tatsächlichen Aspekten des «Sonderfalls Schweiz» nachzugehen und diesen in den internationalen Kontext einzuordnen.

---

<sup>74</sup> SCHOTT 1992.

## Literatur

Weitere Literaturhinweise in den Fussnoten.

ALTERMATT, URS, Die Schweizer Bundesräte. Ein biographisches Lexikon, Zürich-München 1991.

ASCHKE, MANFRED, Kommunikation, Koordination und soziales System, Stuttgart 2002.

BANCAUD, ALAIN, Une «constance mobile»: la haute magistrature, in: Actes de la Recherche en Sciences Sociales 76/77/1989, S. 30–48 (zit. BANCAUD 1989).

BANCAUD, ALAIN, La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes, Paris 1993 (zit. BANCAUD 1993).

BOHN, CORNELIA, Habitus und Kontext. Ein kritischer Beitrag zur Sozialtheorie Bourdieus, Opladen 1991 (zit. BOHN 1991).

BOHN, CORNELIA, Eine Welt-Gesellschaft. Operative Gesellschaftskonzepte in den Sozialtheorien Luhmanns und Bourdieus, in: Colliot-Thélène, Cathérine/François, Etienne/Gebauer, Günther (Hg.), Pierre Bourdieu: Deutsch-französische Perspektiven, Frankfurt M. 2005, S. 43–78 (zit. BOHN 2005).

BOURDIEU, PIERRE, Le sens pratique, Paris 1980; dt. Übers.: Sozialer Sinn. Kritik der theoretischen Vernunft, Frankfurt M. 1987 (zit. BOURDIEU 1980).

BOURDIEU, PIERRE, Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: Reinhard Kreckel (Hg.), Soziale Ungleichheiten, Bd. 2, Göttingen 1983, S. 183 ff. (zit. BOURDIEU 1983).

BOURDIEU, PIERRE, La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique, in: Actes de la recherche en sciences sociales 64/1986, S. 3–19 (zit. BOURDIEU 1986a).

BOURDIEU, PIERRE, Habitus, code et codification, in: Actes de la recherche en sciences sociales 1986, N. 64, S. 40–44 (zit. BOURDIEU 1986b).

BOURDIEU, PIERRE, La noblesse d'Etat, Paris 1989; dt. Übers.: Der Staatsadel, Konstanz 2004 (zit. BOURDIEU 1989).

BOURDIEU PIERRE, Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective, in: François Chazel/Jacques Commaille (Hg.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris 1991, S. 95–99 (zit. BOURDIEU 1991).

BOURDIEU, PIERRE, Schwierige Interdisziplinarität. Zum Verhältnis von Soziologie und Geschichtswissenschaft, hg. von Elke Ohnacker und Franz Schultheis, Münster 2004 (zit. BOURDIEU 2004).

- BOURDIEU, PIERRE, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Paris 1994; dt. Übers.: *Praktische Vernunft. Zur Theorie des Handelns*, Frankfurt M. 1998 (zit. BOURDIEU 1994).
- BOURDIEU, PIERRE/RAPHAEL, LUTZ, *Über die Beziehungen zwischen Geschichte und Soziologie in Frankreich und Deutschland*, in: *Geschichte und Gesellschaft* 22 (1996), 62–89.
- BOURDIEU, PIERRE/WACQUANT, LOIC J., *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris 1992; dt. Übers.: *Reflexive Anthropologie*, Frankfurt M 1996.
- BRAND, ERNST, *Eidgenössische Gerichtsbarkeit, Bd. 3, Von der Gründung des Bundesstaates bis zur Gegenwart*, Bern 1962.
- BRÜHSCHWEILER WERNER, *Bundesgericht*, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, Bd. 3, Basel 2004, S. 7–9.
- BUDRY, P., *Le nouveau palais du tribunal Fédéral à Lausanne*, Lausanne 1927.
- BURGHARTZ, SUSANNA, *Umordnung statt Unordnung? Ehe, Geschlecht und Reformationgeschichte*, in: Helmut Puff/Christopher Wild (Hg.), *Zwischen den Disziplinen? Perspektiven der Frühneuzeitforschung*, Göttingen 2003, S. 165–185.
- CARONI, PIO, *Einleitungsartikel des Zivilgesetzbuches*, Basel – Frankfurt M. 1996 (zit. CARONI 1996).
- CARONI PIO, *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel 2003 (zit. CARONI 2003).
- COSTA, PIETRO, *Saperi, discipline, disciplinamento: verso una «nuova» storia della cultura giuridica?* in: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Macerata*, N.S. 1989/II, *Storia del diritto e teoria politica*, S. 993–1027.
- DÉDEYAN, DANIEL, *Die richterliche Entscheidung. Eine Informationstheorie des Prozessrechts*, in: *Rechtstheorie* 36/2005, S. 209–242.
- DÖLEMAYER BARBARA/MOHNHAUPT HEINZ/SOMMA ALESSANDRO (Hg), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs*, Frankfurt a. M. 2006.
- EICHENBERGER, KURT, *Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz*, in: Frank, Richard (Hg.), *Unabhängigkeit und Bindung des Richters in der BRD, in Österreich und in der Schweiz*, Basel 1990, 2. Aufl. 1997, S. 66ff.
- FALK ULRICH/MOHNHAUPT HEINZ (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a. M. 2000.

FÖGEN, MARIE THERES, Lob der Pandektistik, in: Kiesow, Rainer Maria/Ogorek, Regina/Simitis, Spiros (Hg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt M. 2005, S. 179–205 (zit. FÖGEN 2005).

FÖGEN, MARIE THERES, Das Lied vom Gesetz, 2007 (zit. FÖGEN 2007).

GILCHER-HOLTEY, INGRID, Kulturelle und symbolische Praktiken: das Unternehmen Pierre Bourdieu, in: Hardtwig, Wolfgang/Wehler, Hans-Ulrich (Hg.), Kulturgeschichte Heute, Göttingen 1996.

GOURON, ANDRÉ ET AL. (Hg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, Frankfurt M. 1996.

GRUNER, ERICH, Quelques reflexions sur l'élite politique dans la Confédération helvétique depuis 1848, in: Revue d'histoire économique et sociale 44/1966, S. 145–168 (zit. GRUNER 1966).

GRUNER, ERICH, Die Schweizerische Bundesversammlung 1848–1920 und 1920–1968, 2 Bde, Bern 1966–1970 (zit. GRUNER 1966–1970).

HESPANHA, ANTONIO MANUEL, L'étude prosopographique des juristes: entre les «pratiques» et leurs «représentation», in: Scholz, Johannes-Michael (Hg.), El tercer poder, Frankfurt M. 1992, S. 93–101.

KISSEL, OTTO RUDOLF, Die Justitia. Reflektionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst, 2. Aufl., München 1997.

KLIMÓ, ARPAD VON, Staat und Klientel im 19. Jahrhundert. Administrative Eliten in Italien und Preussen im Vergleich 1860–1918, Köln 1997.

KÖLZ, ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992.

LA MONT MORRISON, FRED, Judicial Process in Switzerland. A Study of the Swiss Federal Court, Princeton 1966.

LIVSCHITZ, MARK, Die Richterwahl im Kanton Zürich, Zürich 2002.

LUHMANN, NIKLAS, Legitimation durch Verfahren. Nachdruck der 3. Aufl., Frankfurt M. 1983 (zit. LUHMANN 1983).

LUHMANN, NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt M. 1993 (zit. LUHMANN 1993).

LUHMANN, NIKLAS, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt M. 2000 (zit. LUHMANN 2000).

LUMINATI, MICHELE, «Dann wird's flott werden» – Zur Entstehung der schweizerischen Strafrechtswissenschaft im späten 19. Jahrhundert, in: Jürg-Beat Ackermann (Hg.),

Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, S. 45–60 (zit. LUMINATI 1999).

LUMINATI, MICHELE, Ges(ch)ichtslose Justiz? – Prolegomena zur Justizgeschichte des Schweizerischen Bundesstaates, in: Marcel Senn/Claudio Soliva (Hg.), *Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag*, Bern et al. 2001, S. 339–350 (zit. LUMINATI 2001).

LUMINATI, MICHELE, Justizgeschichte des Schweizer Bundesstaates – Ein Forschungsprojekt, in: *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* 5 (2003/2004), Berlin 2004, S. 285–293 (zit. LUMINATI 2004).

LUMINATI, MICHELE, *Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945*, Frankfurt M. 2007 (zit. LUMINATI 2007a).

LUMINATI, MICHELE, Das ZGB und seine Richter, in: Daniel Girsberger/Michele Luminati (Hg.), *ZGB gestern – heute – morgen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007*, Zürich 2007, S. 17–40 (zit. LUMINATI 2007b).

LUMINATI, MICHELE/LINDER, NIKOLAUS (HG.), *Gericht und Kodifikation. Einblicke in die Anfänge der Rechtsprechung zum Zivil- und Strafgesetzbuch*, Zürich 2007.

LUMINATI MICHELE/LINDER NIKOLAUS/AERSCHMANN STEPHAN, Justizgeschichte des schweizerischen Bundesstaates: Ein Forschungsprojekt, in: *traverse* 11/2004, H. 1., S. 115–118.

MOHNHAUPT, HEINZ/SIMON, DIETER (Hg.), *Vorträge zur Justizforschung, Geschichte und Theorie*, Bd. 1, Frankfurt M. 1992.

NASSEHI, ARMIN, *Der soziologische Diskurs der Moderne*, Frankfurt M. 2006.

NASSEHI, ARMIN/NOLLMANN, GERD (Hg.), *Bourdieu und Luhmann, Ein Theorienvergleich*, Frankfurt M. 2004.

OGOREK, REGINA, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt M. 1986 (zit. OGOREK 1986).

OGOREK, REGINA, Richter und Politik aus historischer Sicht, in: Werner Hoppe et al (Hg.), *Rechtsprechungslehre, Köln-Berlin-Bonn-München 1992*, S. 334 ff. (zit. OGOREK 1992).

OGOREK, REGINA, Gesellschaftliche Erwartungen gegenüber der Richterschaft, in: Wolfgang Greive (hg.), *Die Rolle der Richter und Richterinnen zwischen Rechtsprechung und Politik*, Loccum 1995, S. 93–109 (zit. OGOREK 1995).

OGOREK, REGINA, Virtual Reality und Rechtsanwendung, in: Assmann, Heinz-Dieter (Hg.), *Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie*. Freundesgabe

für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, S. 3–19 (zit. OGOREK 1997).

OGOREK, REGINA, Die erstaunliche Karriere des «Subsumtionsmodells» oder wozu braucht der Jurist Geschichte?, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden 2002, S. 127 ff. (zit. OGOREK 2002).

ROTTLEUTHNER, HUBERT, Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1984.

SARACENO, PIETRO, Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'Unità al fascismo, Roma 1979 (zit. SARACENO 1979).

SARACENO, PIETRO, (Hg.), I magistrati italiani dall'Unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici, Roma 1988 (zit. SARACENO 1988).

SCHINDLER BENJAMIN, Recht, Politik und Musik – Zum 150. Geburtstag von Alexander Reichel (1853–1921), in: ZSR 122/2003, S. 601–620.

SCHNEIDER, EDUARD, 150 und 125 Jahre Bundesgericht, Bern 1998.

SCHOLZ, JOHANNES-MICHAEL, Zum modus operandi des Rechtshistorikers, in: Ius Commune 21/1994, S. 281–305 (zit. SCHOLZ 1994).

SCHOLZ, JOHANNES-MICHAEL, Situativ beobachten und opak kommunizieren. Wahrnehmungen an einer hochvernetzten Gesellschaft, in: ders./Tamar Herzog (Hg.), Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World, Frankfurt M. 1997, S. 3–110 (zit. SCHOLZ 1997).

SCHOLZ, JOHANNES-MICHAEL, Gerechtigkeit verwalten. Die spanische Justiz im Übergang zur Moderne, Frankfurt M. 2003 (zit. SCHOLZ 2003).

SCHOTT, CLAUDIETER, Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele..., in: Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme. Sigmaringen 1983, S. 17–45 (zit. SCHOTT 1983).

SCHOTT, CLAUDIETER, Die Eidgenossen vor dem Reichskammergericht, in: Lingelbach, Gerhard/Lück, Heiner (Hg.). Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung. Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag, Frankfurt M. 1991, S. 79–93 (zit. SCHOTT 1991).

SCHOTT, CLAUDIETER, «Fremde Richter – fremde Gerichte». Tradition oder Missverständnis?, in: NZZ, Nr. 224, 26./27. September 1992, S. 25 (zit. SCHOTT 1992).

SCHUBERT GLENDON, Political Culture and Judicial Behaviour, New York – London 1985.

SEGESSER, PHILIPP ANTON VON, *Sammlung kleiner Schriften*, Bd. 3, Bern 1877.

SEILER, HANSJÖRG/VON WERDT, NICOLAS/GÜNGERICH, ANDREAS, *Bundesgerichtsgesetz (BGG). Bundesgesetz über das Bundesgericht*, Bern 2007.

SIMON, DIETER, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975 (zit. SIMON 1975).

SIMON, DIETER, *Normdurchsetzung*, in: *Ius Commune* 15/1988, S. 301–308 (zit. SIMON 1988).

STOLLEIS, MICHAEL, *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*, München 2004.

SWARTZ, DAVID, *Culture & Power. The Sociology of Pierre Bourdieu*, Chicago 1997.

VESTING, THOMAS, *Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik*, in: *JURA* 2001, H. 5, S. 299–305 (erweiterte Fassung abrufbar unter: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifoer1/vesting/Dokumente/pub-online.html>).

ZIEGERT, KLAUS A., *Aufgaben der Rechtssoziologie als Soziologie für Juristen in der Rechtsforschung und Jurausbildung*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 15/1994, S. 12–23.