

Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013

ADRIAN VATTER* / MAYA ACKERMANN**

Schlagwörter: Schweiz, Bundesrichterwahlen, Justizialisierung, Konkordanztheorie, Proportionalitätsprinzip, Parteienproportionalität, Richterliche Unabhängigkeit

A. Einleitung

Obwohl die Judikative als dritte Gewalt in der Schweiz lange Zeit im Schatten der anderen beiden Staatsgewalten sowie vor allem auch der direkten Demokratie gestanden ist, übt das Bundesgericht als oberste Justizbehörde einen beträchtlichen Einfluss auf die konkrete Anwendung von Gesetzen und damit auf die Politik aus.¹ In neuerer Zeit spielt das Bundesgericht etwa bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative oder beim Vollzug der Zweitwohnungsinitiative eine entscheidende Rolle.² Nicht zuletzt fällt das oberste Gericht mit dem Entscheid zur Zulässigkeit der Herausgabe von Bankkundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) einen wegweisenden Entscheid für zukünftige politische Lösungen.³

Der zunehmende Einfluss der Gerichte ist Ausdruck einer verstärkten Justizialisierung der Politik in der Schweiz, wie sie auch in anderen Ländern stattfindet.⁴ Gerade die konkordanzdemokratischen Strukturen haben dazu beigetra-

* Prof. Dr. Adrian Vatter, Institut für Politikwissenschaft, Universität Bern, Schweiz. Email: adrian.vatter@ipw.unibe.ch.

** Maya Ackermann, Institut für Politikwissenschaft, Universität Bern, Schweiz. Email: maya.ackermann@ipw.unibe.ch.

1 CHRISTINE ROTHMAYR ALLISON/FRÉDÉRIC VARONE, Justiz, in: Peter Knoepfel/Yannis Papadopoulos/Pascal Sciarini/Adrian Vatter/Silja Häusermann (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 219–241; ADRIAN VATTER, Das politische System der Schweiz, Baden-Baden 2014.

2 Urteil des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012; Urteil des Bundesgerichts 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013.

3 Urteil des Bundesgerichts 2C_127/2010 vom 15. Juli 2011.

4 CHRISTINE ROTHMAYR, Towards the Judicialisation of Swiss Politics?, West European Politics 2001 Vol. 24(2), S. 77–94.

gen, dass sich in zahlreichen Bundeserlassen als Folge der Notwendigkeit breit abgestützter Kompromisse offene rechtliche Formulierungen, unklare Regelungen oder offensichtliche Lücken finden und damit den Richtern einen beträchtlichen Handlungsspielraum eröffnen.⁵ Schon vor einigen Jahren ist deshalb der damalige Ständeratspräsident Carlo Schmid (CVP) zum Schluss gekommen, dass es sich bei Bundesrichtern um «keine unpolitischen Subsumtionsautomaten, sondern politisch in höchstem Masse mitgestaltende Akteure»⁶ handelt. Obwohl im Verlaufe der Zeit ein immer grösserer Teil der Politikgestaltung an die Gerichte delegiert wurde, wissen wir bis heute relativ wenig über die Richterwahlen und die parteipolitische Zusammensetzung des obersten Gerichts in der Schweiz. Dies im Gegensatz zum Ausland, wo die in den letzten Jahren verstärkt wahrgenommenen Auswirkungen der Rechtsprechung auf die Politikgestaltung sowie die in diesem Zusammenhang diagnostizierte Justizialisierung der Politik vermehrt das wissenschaftliche Interesse auf sich gezogen und zur Veröffentlichung viel beachteter Studien geführt haben.⁷ Die Diskussion um die Besetzung der auf Lebenszeiten ernannten Bundesrichter in den USA durch den amtierenden Präsidenten und deren nachträglichen Bestätigung durch den Senat zeugen zudem von der gesellschaftlichen Relevanz der Thematik der Richterwahlen.⁸ Auch in der Schweiz sorgt die Bestellung der Richter regelmässig für kontroverse Debatten, obwohl das Bundesgericht über deutlich weniger Kompetenzen verfügt als beispielsweise der amerikanische Supreme Court oder das Deutsche Bundesverfassungsgericht. Die Diskussion geht vor allem auf die seit Jahrzehnten geltende Tatsache zurück, dass die Zugehörigkeit zu einer Partei faktisch ein zwingendes Kriterium für eine Wahl an das Bundesgericht geworden ist, wodurch die Frage nach der Unabhängigkeit der dritten Gewalt in der Schweiz an Bedeutung gewonnen hat.⁹

Der vorliegende Beitrag wendet sich aus einer sozialwissenschaftlichen Perspektive dem Thema zu und richtet den Fokus auf die Bundesrichterwahlen in der Schweiz. Er geht dabei insbesondere der Frage nach, wie sich die politischen Mehrheitsverhältnisse am obersten Schweizer Gericht im Verlaufe der Zeit verändert haben. Im Zentrum stehen zum einen die Beschreibung der par-

5 ROTHMAYR ALLISON/VARONE (Fn. 1).

6 Votum von Ständerat Carlo Schmid, AB 2001, S. 911.

7 RAN HIRSCHL, *The Judicialisation of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, Annual Review of Political Science 2008 Vol. 11, S. 93–118; KENNETH M. HOLLAND, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Houndsmill 1991; ALEC STONE SWEET, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000.

8 ALFRED BÜHLER, *Von der Wahl und Auswahl der Richter*, in: Henrich Honsell/Roger Zäch/Wolfgang Portmann/Dieter Zohl (Hrsg.), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts – Festschrift für Heinz Rey*, Zürich 2003, S. 521–542, S. 529.

9 REGINA KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit – Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern 2001; REGINA KIENER, *Parteibindung unter Druck*, Justice – Justiz – Giustizia 2012/4.

teipolitischen Konstellationen des Bundesgerichts im Wandel der Zeit und zum anderen ein Vergleich der parteipolitischen Zusammensetzung der Vereinigten Bundesversammlung mit derjenigen des Bundesgerichts. Die Analyse soll Aufschluss darüber geben, ob sich die historischen Entwicklungsphasen in der schweizerischen Parteienlandschaft auch in der politischen Zusammensetzung der obersten Judikative abbilden und sich konkordanzdemokratische Spuren bei der Wahl der Bundesrichter erkennen lassen. Damit soll ein wichtiger Teilaspekt des Einflusses der Politik auf die Justiz genauer untersucht werden.

Der Artikel ist wie folgt gegliedert: Zunächst werden im nächsten Abschnitt die theoretischen Grundlagen erarbeitet, um erste Annahmen über die parteipolitische Entwicklung und Zusammensetzung des Bundesgerichts formulieren zu können. Der dritte Abschnitt widmet sich daraufhin der empirischen Analyse. Im Zentrum stehen ein Überblick über die historische Entwicklung der Richterwahlen, ein Vergleich der parteipolitischen Zusammensetzung des Bundesgerichts mit derjenigen der Bundesversammlung und eine Überprüfung der aus der Theorie abgeleiteten Grundannahme. Eine kurze Diskussion und abschliessende Folgerungen betten die Befunde in die aktuelle rechts- und politikwissenschaftliche Debatte zur richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz ein.

B. Theoretische Grundlagen

Zunächst soll die Frage nach der parteipolitischen Zusammensetzung des Bundesgerichts im Kontext der für das politische System der Schweiz äusserst bedeutsamen Konkordanztheorie behandelt werden. Die beiden Gründungsväter der Konkordanztheorie, Arend Lijphart und Gerhard Lehbruch, legten mit dem Prototyp der *Konkordanzdemokratie* eine theoretisch stringente und empirisch ertragreiche Beschreibung einer Vielzahl kleinerer und heterogener kontinentaleuropäischer Demokratien vor.¹⁰ Ausgangspunkt der Konkordanztheorie bildet das Phänomen, dass sich in kleinen europäischen Ländern wie Belgien, Holland, Österreich und der Schweiz trotz ausgeprägten gesellschaftlichen und kulturellen Spaltungslinien dennoch stabile politische Systeme entwickeln konnten.¹¹ Durch die breite Mitwirkung der verschiedenen Minderhei-

10 AREND LIJPHART, *The Politics of Accommodation – Pluralism and Democracy in the Netherlands*, 2. Aufl., Berkeley 1968; AREND LIJPHART, *Consociational Democracy*, *World Politics* 1969 Vol. 21(2), S. 207–225; GERHARD LEHMBRUCH, *Proporzdemokratie – Politisches System und politische Kultur in der Schweiz und in Österreich*, Tübingen 1967; GERHARD LEHMBRUCH, *Konkordanzdemokratie im Politischen System der Schweiz*, *Politische Vierteljahresschrift* 1968 Vol. 9(3), S. 443–459; MANFRED G. SCHMIDT, *Demokratiethorien – Eine Einführung*, 3. Aufl., Opladen 2000.

11 Die zentrale Erklärung für politische Stabilität liegt gemäss der Konkordanztheorie darin, dass die gesellschaftliche Heterogenität nicht auf Bürgerebene, sondern auf der Ebene der politischen Eliten ausgeglichen und neutralisiert wird, indem diese gemäss Kooperations- anstatt Wettbewerbsprinzipien miteinander verhandeln. RUDY B. ANDEWEG, *Consociational Democracy*, An-

ten am politischen Entscheidungsprozess und dank des freiwilligen und seit langem praktizierten politischen Proporz und der damit verbundenen Einbindung kleinerer Parteien in die wichtigen politischen Institutionen und Gremien sowie der grossen Bedeutung, die der Konfliktregulierung durch Kompromiss und gütlichem Einvernehmen zukommt, hat die Schweiz vor allem für die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts als Musterfall einer Konkordanzdemokratie gegolten.¹²

Folgt man dem Begriffsverständnis der Konkordanzdemokratie gemäss ihren Gründervätern, so zeichnet sich die Demokratieform der Konkordanz im Wesentlichen durch folgende Charakteristika aus: (1) die Einbindung der wichtigsten politischen und gesellschaftlichen Kräfte in eine grosse Regierungskoalition; (2) eine ausgebaute kulturelle (segmentierte) Autonomie, die den wichtigsten soziokulturellen Gruppen einen beträchtlichen Grad an Selbstregierung durch kulturelle Minderheitenrechte oder föderale Garantien sichert; (3) ein gesichertes Minderheiten veto, das Minoritäten das Recht gibt, von der Regierungsmehrheit ausgearbeitete Vorschläge zurückzuweisen und schliesslich (4) das Prinzip der Proportionalität, worunter nicht nur die Proporzwahl des Parlaments, sondern vor allem auch die paritätische Vertretung der wichtigsten politisch-gesellschaftlichen Kräfte in öffentlichen Ämtern, Gremien und staatlich kontrollierten Bereichen verstanden wird.¹³ Das letzte und für den vorliegenden Beitrag zentrale Merkmal einer Konkordanzdemokratie ist damit das *Proportionalitätsprinzip* bei der Verteilung öffentlicher Ämter.¹⁴ Nach Lehbruch bildet die Proportionalität gar das namensgebende Element für die von ihm gewählte Bezeichnung einer Konkordanzdemokratie, der «Proporzdemokratie».¹⁵ Eine Begriffswahl, die er insbesondere für die Schweiz als treffend betrachtete. Die Proportionalität bewirkt, dass öffentliche Dienste und finanzielle Ressourcen in Form von staatlichen Subventionen unter allen gesellschaftlichen Gruppen aufgeteilt werden.¹⁶ In der Schweiz spielt dieses Prinzip nicht nur seit der 1919 erfolgten Einführung des Proporzwahlverfahrens bei den Nationalratswahlen eine

nual Review of Political Science 2000 Vol. 3(1), S. 509–536, S. 509 f.; SCHMIDT (Fn. 10), S. 327.

12 WOLF LINDER, Schweizerische Demokratie – Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 3. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2012; JÜRIG STEINER, Amicable Agreement versus Majority Rule: Conflict Resolution in Switzerland, Chapel Hill 1974.

13 Als weitere (nicht-institutionelle) Charakteristika von Konkordanzdemokratien gelten zudem (5) eine starke soziokulturelle Segmentierung der politischen Lager mit jeweils eigenen Parteien, Medien, Bildungs-, Berufs- und Freizeiteinrichtungen sowie (6) ein ausgeprägt kooperatives Eliterverhalten über die politischen Lager hinweg zur Überbrückung vorhandener Konflikte ihrer Mitglieder, was sich in der Suche nach einem möglichst breit abgestützten Kompromiss und durch die Maxime des gütlichen Einvernehmens ausdrückt. LEHBRUCH (Fn. 10); LIJPHART (Fn. 10); AREND LIJPHART, Democracy in Plural Societies – A Comparative Explanation, New Haven 1977; VATTER (Fn. 1).

14 ANDEWEG (Fn. 11), S. 512.

15 LEHBRUCH (Fn. 10).

16 LIJPHART (Fn. 13), S. 38.

zentrale Rolle, sondern hat sich im Verlaufe des 20. Jahrhunderts auch bei der Zusammensetzung der Exekutive auf den verschiedenen Staatsebenen durchgesetzt. Dies gilt insbesondere für die Hochphase der «Zauberformel» zwischen Ende der 1950er und Anfang der 1990er Jahre, als sich der Bundesrat arithmetisch proportional aus den vier grössten Landesparteien zusammensetzte. Das Proporzargument von Lijphart umfasst jedoch nicht nur die anteilmässige Vertretung der politischen Kräfte in der Exekutive und Legislative, sondern spielt auch für die weitere Besetzung öffentlicher Ämter eine wichtige Rolle.¹⁷ In der Tat lässt sich für die Schweiz zeigen, dass sich seit der Einführung der «Zauberformel» der freiwillige Parteienproporz auch mit einer gewissen Verzögerung in der Bundesverwaltung und bei der Besetzung öffentlicher Ämter staatsnaher Betriebe (SBB, Post, SRG, Nationalbank) durchgesetzt hat.¹⁸

Entsprechend der Konkordanztheorie, insbesondere gemäss der ihr zugrunde liegenden Proportionalitätslogik, müsste deshalb für die folgende Analyse erwartet werden, dass auch die Wahlen an das oberste Gericht in der Schweiz einem der Konkordanzdemokratie entsprechenden Muster folgen. Theoretisch ist deshalb anzunehmen, dass in der Blütezeit der schweizerischen Konkordanz von 1959 bis Anfang der 1990er Jahre die parteipolitisch proportionale Zusammensetzung am Bundesgericht im Vergleich zu derjenigen der Bundesversammlung besonders hoch ist, während sie sowohl zu Beginn des Bundesstaates mit ihren ursprünglichen Merkmalen einer föderalen Mehrheitsdemokratie bis 1919 als auch in den letzten beiden Jahrzehnten im Zuge der gestiegenen Polarisierung zwischen den parteipolitischen Lagern eher gering ist.

C. Empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht (1848–2013)

Die empirische Analyse stützt sich auf einen umfangreichen selbst erstellten Datensatz, der sowohl Mikrodaten zu den einzelnen Mitgliedern am Bundesgericht, als auch aggregierte Makrodaten zur parteipolitischen Zusammensetzung der Bundesversammlung ab 1848 umfasst. Als Informationsquelle für die Daten zu den parteipolitischen Kräfteverhältnissen der obersten Judikative diente die Homepage des Bundesgerichts, die eine Liste der ehemaligen Bundesrichter und die aktuellste Zusammensetzung des Bundesgerichts enthält.¹⁹ Für die Daten zu den parteipolitischen Stärken der beiden Parlamentskammern wurde zunächst das Standardwerk von Erich Gruner herangezogen, in welchem insbe-

17 SCHMIDT (Fn. 10), S. 327 f.

18 CHRISTOPHE KOLLER, Profil des Personals der öffentlichen Hand, in: Andreas Ladner/Jean-Loup Chappelet/Yves Emery/Peter Knoepfel/Luzius Mader/Nils Sogul/Frédéric Varone (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013, S. 499–519.

19 <<http://www.bger.ch>>. Zur weiteren Übersicht wurde zudem auf die Homepage des ehemaligen Bundesgerichtskorrespondenten der NZZ, Markus Felber, zurückgegriffen <<http://www.fel.ch>>.

sondere die Periode von 1848 bis 1919 erfasst ist.²⁰ Für neuere Daten zur Stärke der Parteien in der Bundesversammlung (National- und Ständerat) wurde im Weiteren die Homepage des Bundesamtes für Statistik ausgewertet.²¹ Bevor auf die parteipolitische Zusammensetzung des Bundesgerichts und dessen Proportionalitätsgrad eingegangen wird, wird zunächst ein kurzer historischer Überblick über die Entwicklung des Bundesgerichts vorgenommen. Zudem werden einige interessante Eigenschaften der bundesrichterlichen Wahl hervorgehoben.

I. Historischer Überblick unter Berücksichtigung der Zahl der Bundesrichter

Das Bundesgericht wurde im Zuge der Bundesverfassung 1848 gegründet und verfügte anfänglich über sehr geringe Kompetenzen. Im obersten Gericht nahmen zunächst nur elf nicht-ständige Richter Einsitz, die von der Bundesversammlung auf drei Jahre gewählt wurden. Die Bundesrichter konnten gleichzeitig auch amtierende Mitglieder der Vereinigten Bundesversammlung sein, was die damals noch unvollständige Gewaltentrennung deutlich macht. Einen ständigen Sitz hatte das Gericht nicht, vielmehr traten die Richter mehrmals jährlich an jenem Ort zusammen, den der Präsident festlegte. Mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 wurde das Bundesgericht zu einem ständigen Gericht mit Sitz in Lausanne und neun vollamtlichen Bundesrichtern, die von der Bundesversammlung auf sechs Jahre gewählt wurden. Durch die Unvereinbarkeit mit anderen öffentlichen Ämtern wurde nun auch die Gewaltentrennung verstärkt umgesetzt. Die neu übertragenen Aufgaben umfassten im Wesentlichen den Schutz der Freiheits- und Grundrechte der Bürger sowie die einheitliche Anwendung des Bundesrechts.

Wie aus der Abbildung 1 hervorgeht, wurde in den darauffolgenden Jahrzehnten die Anzahl der Richter kontinuierlich erhöht, was Ausdruck der steigenden Aufgaben und Kompetenzen sowie der damit verbundenen erhöhten Arbeitsbelastung des Bundesgerichts war.²² Gleichzeitig wurde aufgrund der gestiegenen Anzahl zu beurteilender Fälle eine organisatorische Differenzierung nötig, weshalb spezialisierte Abteilungen gebildet wurden. In der Bundesverfassung von 1999 wurde die Rolle des Bundesgerichts schliesslich als höchste richterliche Instanz für Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Verfassungssachen bestätigt und bekräftigt. Durch die im Jahr 2000 angenommene und in den folgenden Jahren umgesetzte Justizreform wurde die Gerichtsorganisation auf Bundesebene zudem neu strukturiert, was entscheidend zur Verselbstständigung, Vereinheitli-

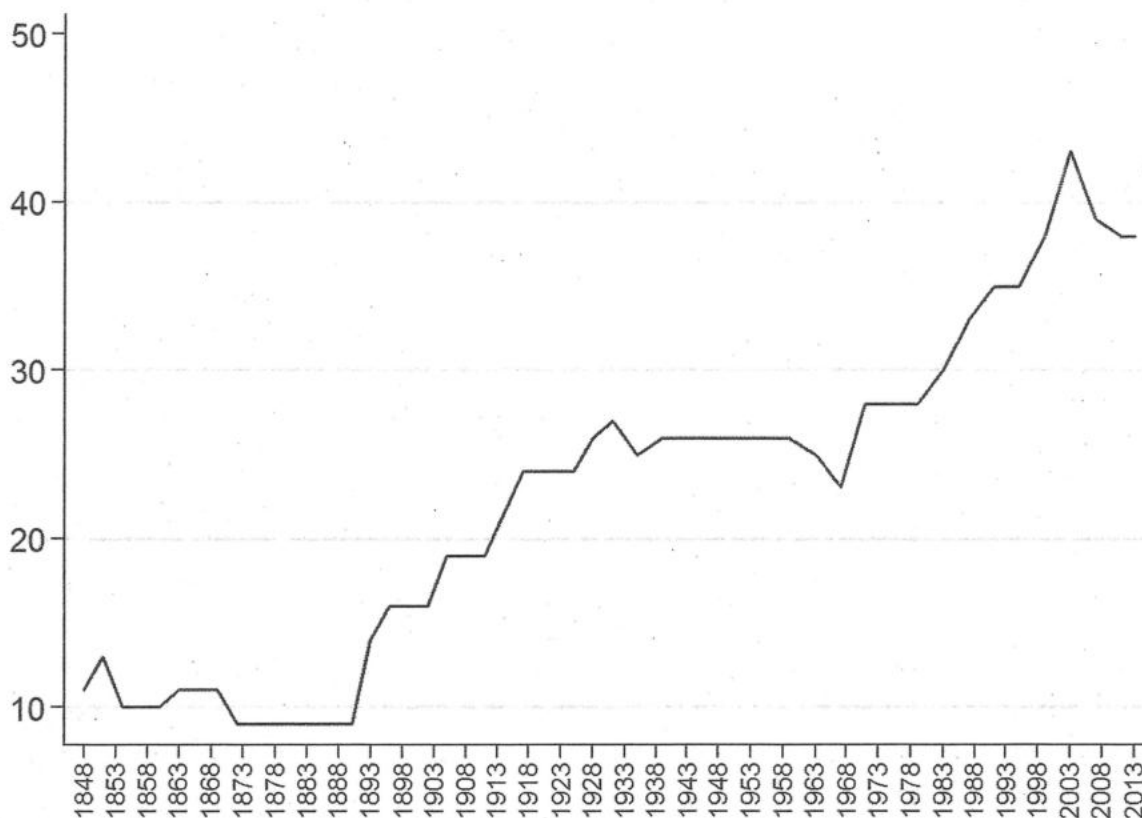
20 ERICH GRUNER, *Die Parteien in der Schweiz*, 2. Aufl., Bern 1977.

21 <http://www.bfs.ch>.

22 BÜHLER (Fn. 8), S. 537; ALAIN FISCHBACHER, *Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland – Aufgaben, Einfluss und Auswahl*, Zürich 2006, S. 235.

chung und Ausdifferenzierung der Gerichtsorganisation beitrug.²³ Im Jahr 2007 wurde ferner das ehemalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) in das Bundesgericht integriert, was an einem erneuten Anstieg der Anzahl Bundesrichter erkennbar ist.

Abb. 1: Anzahl Bundesrichter von 1848–2013²⁴



II. Die Wahl der Bundesrichter: Das Wahlverfahren und ausgewählte Merkmale

Die Bundesrichter werden von der Bundesversammlung in einer geheimen Wahl gewählt, in der das absolute Mehr der Stimmen erreicht werden muss.²⁵ Die Richter werden wie erwähnt für eine Dauer von sechs Jahren bestellt (Art. 145 BV), wobei Wiederwahlen üblich sind. Entsprechend finden alle sechs Jahre Gesamterneuerungswahlen statt, in denen die ordentlichen und nebenamtlichen Richter getrennt gewählt werden. Diejenigen amtierenden Richter, die sich einer Wiederwahl stellen, werden auf einer Wahlliste mit den Namen aller wiederkandidierenden Richter aufgeführt. Die Parlamentarier dürfen dabei einzelne Kandidierende streichen, aber nicht neue Namen auf den Wahlzettel schreiben. Bei

23 ROTHMAYR ALLISON/VARONE (Fn. 1).

24 Die Abbildungen sind eigene Darstellungen, basierend auf dem erstellten Datensatz.

25 ALAIN FISCHBACHER, Richterwahlen durch das Parlament: Chance oder Risiko?, *Parlament – Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen* 2005 Nr. 1–8. Jahrgang, S. 4–12, S. 5.

dieser Listenwahl findet nur ein Wahlgang statt. Gleichzeitig zur Gesamterneuerung werden auch Ergänzungswahlen durchgeführt, wenn amtierende Richter nicht mehr antreten oder die Wiederwahl verfehlt haben. Ergänzungswahlen finden zudem auch dann statt, wenn während der Amtsdauer Vakanzen auftreten. In diesen Fällen gilt dasselbe Wahlverfahren wie bei den Bundesratswahlen, wobei im Gegensatz dazu die freien Sitze alle in einem Wahlgang gleichzeitig besetzt werden und nicht einzeln nacheinander. Bei einer gleichen Anzahl Kandidierenden wie zu vergebenden Sitzen erhalten die National- und Ständerate eine entsprechende Namensliste, ansonsten eine freie Liste. Bei den Ergänzungswahlen können im Gegensatz zu den Gesamterneuerungswahlen die Listen frei verändert und neue Namen hinzugefügt werden. Damit müssen die Kandidierenden einzeln gegeneinander antreten.²⁶

Eine seit 2003 eingesetzte Gerichtskommission der Bundesversammlung, bestehend aus zwölf Mitgliedern des Nationalrats- und fünf Mitgliedern des Ständerats, ist für die öffentliche Ausschreibung aller vakanten Stellen und die Vorbereitung der Wahlen verantwortlich.²⁷ Nach einer Prüfung der Personen empfiehlt die Kommission die Kandidierenden den politischen Fraktionen der Vereinigten Bundesversammlung. In einem weiteren Schritt unterbreitet sie die Wahlvorschläge, nachdem ihr die Fraktionen mitgeteilt haben, welche Kandidaten sie unterstützen werden. «In der Regel wird sie [die Gerichtskommission] nur Personen formell zur Wahl vorschlagen, welche (...) die volle Unterstützung einer Fraktion geniessen»²⁸. Die Bundesrichter werden damit also in erster Linie durch die politischen Fraktionen der Bundesversammlung gewählt, womit der parteipolitische Rückhalt für die Kandidierenden praktisch unerlässlich ist.²⁹ Spätestens mit dem Erreichen des 68. Lebensjahres scheiden die Richter aus dem Amt aus. Die durchschnittliche Amtsdauer seit 1848 beträgt rund 20 Jahre (vgl. Abb. 2).

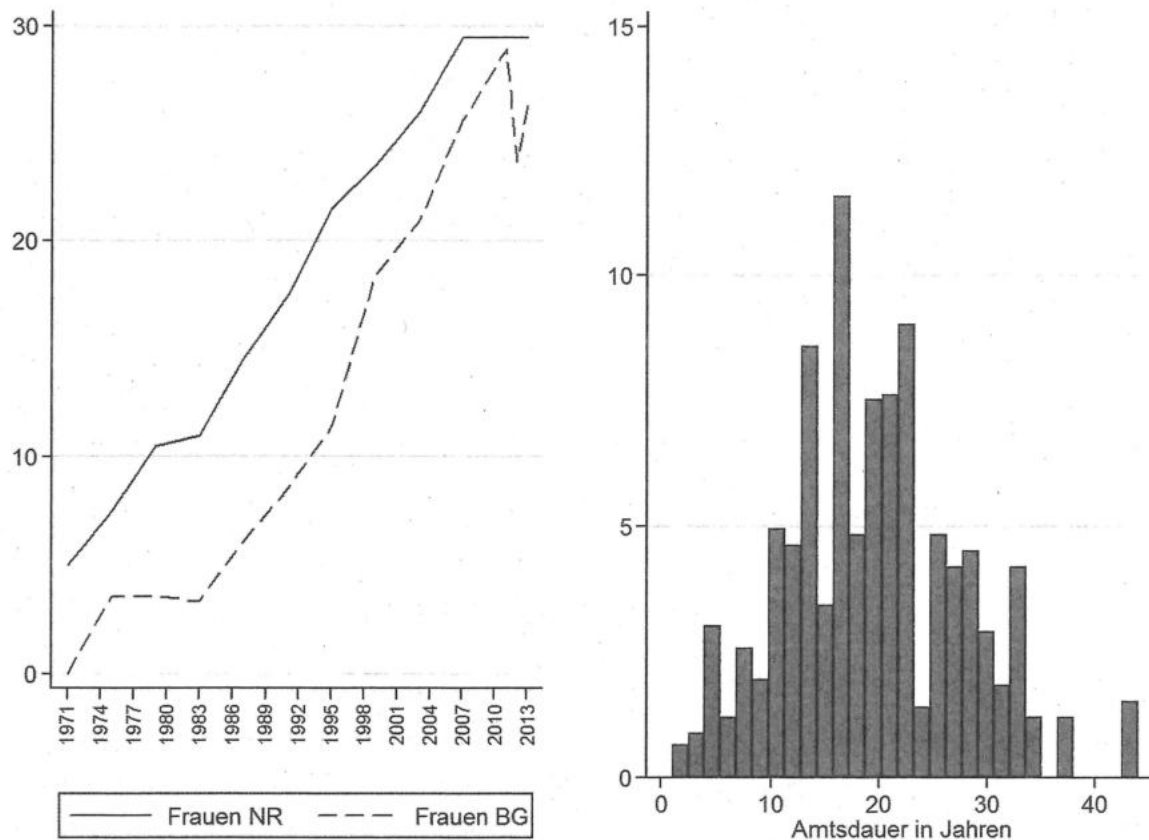
26 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich 2012, S. 550; REGINA KIENER, *Judicial Independence in Switzerland*, in: Anja Seibert-Fohr (Hrsg.), *Independence in Transition*, Berlin/Heidelberg 2012, S. 403–436; PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern 2011, S. 524.

27 FISCHBACHER (Fn. 25), S. 9.

28 KATRIN MARTI, *Entstehung und Entwicklung des Verfahrens der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung*, *Parlament – Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen* 2005 Nr. 1–8. Jahrgang, S. 16–19, S. 19.

29 «Auf die Frage, ob die GK (Gerichtskommission) zu einer Entpolitisierung der Richterwahlen beigetragen hat, lässt sich dieselbe Antwort geben wie vor 5 Jahren: bisher nicht». KATRIN MARTI, *Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung*, *Justice – Justiz – Giustizia* 2010/1.

Abb. 2: Frauenanteil (in %) im NR und am BG (links); Verteilung der Amtsdauer (in %) am BG (rechts)



Formelle Voraussetzung für die Wählbarkeit ist einzig die Stimmberechtigung in der Schweiz.³⁰ In der Praxis werden jedoch nur Personen mit einer juristischen Ausbildung³¹ und Erfahrung gewählt. Zusätzlich werden sprachliche und regionale Kriterien beachtet.³² 2013 sind 23 deutschsprachige, zwölf französisch- und drei italienischsprachige Richter im Bundesgericht vertreten. Davon sind elf Frauen und 27 Männer, was prozentual etwa dem Frauenanteil im Nationalrat entspricht. Über die Zeit betrachtet, weist der Nationalrat tendenziell einen leicht höheren Frauenanteil auf als das Bundesgericht (Abb. 2).

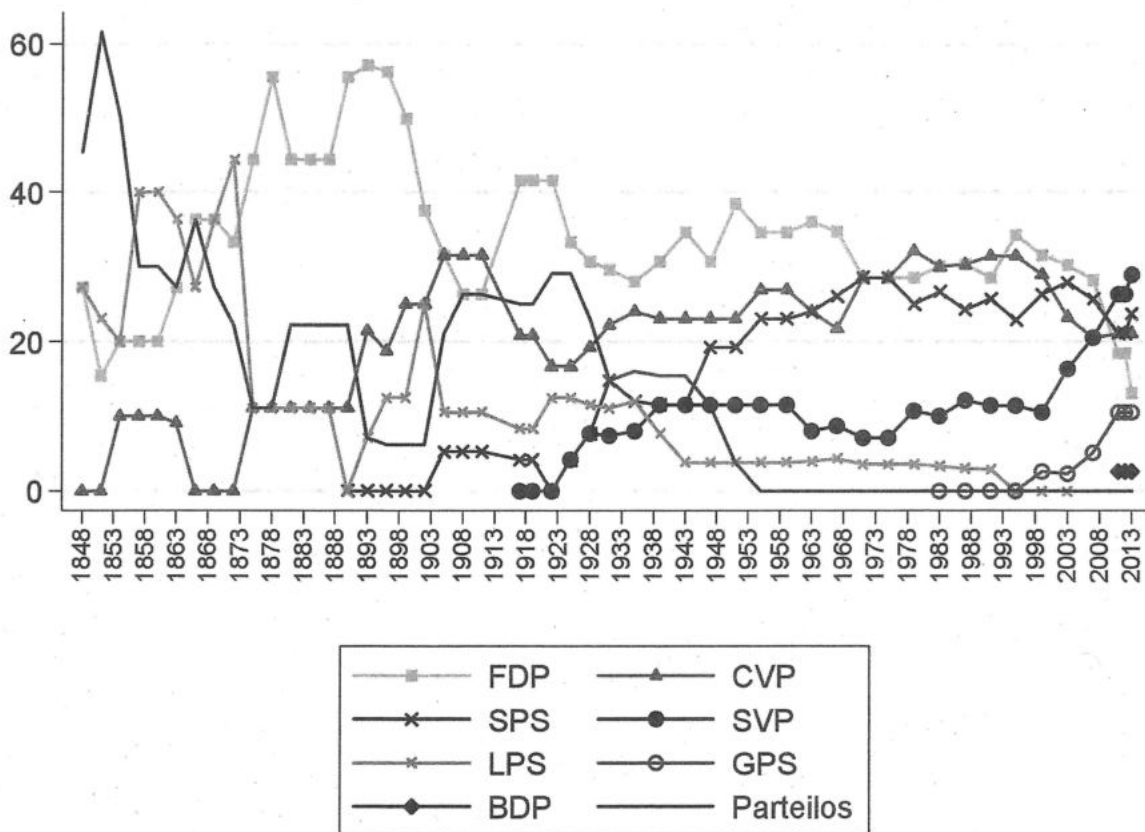
III. Die parteipolitische Zusammensetzung des Bundesgerichts im Verlaufe der Zeit

Der vorliegende Abschnitt widmet sich zunächst der Frage, inwiefern sich die parteipolitische Zusammensetzung des Bundesgerichts im Verlaufe der letzten 160 Jahre verändert hat. Abbildung 3 gibt zunächst die relativen Sitzanteile der jeweiligen Parteien am Bundesgericht seit 1848 wieder.

30 FISCHBACHER (Fn. 22), S. 419.

31 Anzumerken ist, dass es in der Schweiz keinen Richterberuf als Laufbahn mit spezifischer Ausbildung gibt. ROTHMAYR ALLISON/VARONE (Fn. 1).

32 ROTHMAYR ALLISON/VARONE (Fn. 1); VATTER (Fn. 1).

Abb. 3: Sitzanteile der Parteien am Bundesgericht von 1848–2013 (in %) ³³

Dabei fallen gleich mehrere Besonderheiten auf. Zunächst sticht der hohe Anteil parteiloser Richter ins Auge, der besonders zu Beginn des neu gegründeten Bundesstaates mit teilweise über 60% sehr hoch ist und die Anzahl parteigebundener Richter deutlich übersteigt. Die Anzahl parteiloser Bundesrichter nimmt jedoch kontinuierlich ab. Seit 1953 wurde kein Richter mehr ohne Parteibindung gewählt. Weiter ist die lang andauernde Dominanz der freisinnigen Partiefamilie bemerkenswert. Nach einem allmählichen Aufstieg ab 1848 erreichten die Freisinnigen 1893 mit über 57% den höchsten Anteil in ihrer Parteilsgeschichte am Bundesgericht, was gleichzeitig einer zentralen Charakteristik in der Entwicklung des schweizerischen Parteiensystems entspricht.³⁴ Die Freisinnigen schaffen es als bestimmende politische Kraft besonders in den Anfängen des Bundesstaates, sich trotz heterogener Zusammensetzung auf nationaler Ebene zu vereinen, wie dies beispielsweise 1874 im Kampf um die neue Bundesverfassung zum Ausdruck gekommen ist. Dadurch können sie die Vorzüge des Mehrheitswahlsystems zu ihren Gunsten nutzen, was sich für sie positiv auf die Richterwahlen auswirkt. Ebenso verfügt die vergleichsweise kleine und nur in einzelnen Kantonen antretende Liberale Partei der Schweiz (LPS) anfänglich

33 Aufgrund der besseren Übersichtlichkeit wurde darauf verzichtet, den Anteil der Demokratischen Partei (DEM) und des nebst der SVP weiterhin bestehenden Vertreters der Bauern-, Gewerbe- und Bürgerpartei (BGB) (Paul Lemp, im Amt von 1963–1978) abzubilden.

34 GRUNER (Fn. 20).

über überdurchschnittlich viele Vertreter am Bundesgericht. Mit dem fortwährenden Aufstieg der FDP bricht ihr Anteil aber nach rund zwanzigjährigem Bestehen des Bundesgerichts wieder ein. Die Katholisch-Konservativen (später CVP) sind am Bundesgericht lange Zeit vergleichsweise schwach vertreten, was gemäss Gruner auf ihre anfängliche Unfähigkeit zurückzuführen ist, sich gesamtschweizerisch zu organisieren.³⁵

Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts gelingt es den Katholisch-Konservativen auch auf nationaler Ebene als einheitliche Partei aufzutreten, was sich in einer allmählich steigenden Anzahl Richter am Bundesgericht widerspiegelt. Die Einführung des Gesetzesreferendums sowie der gemeinsame Kampf der bürgerlichen Parteien gegen die Sozialdemokraten begünstigte ihre rasche Integration in die bundespolitischen Institutionen und Ämter zusätzlich. Einschneidend wirkt sich im Jahr 1919 die Einführung des Proporzwahlrechts im Nationalrat aus, besonders deutlich sichtbar am sinkenden Anteil der FDP. Der von Gruner beobachtete freisinnige Dominanzverlust aufgrund des geänderten Wahlrechts kommt damit auch in der bundesrichterlichen Zusammensetzung zum Ausdruck.³⁶ Relativierend gilt allerdings festzuhalten, dass die Freisinnigen noch Ende der 1960er Jahre rund 35 Prozent der Bundesrichter stellen. Gleichzeitig wirkt sich die Proporzwahl positiv auf die Vertretung der anderen grossen Landesparteien aus. Entsprechend nimmt der Anteil der SP und SVP ab den 1920er Jahren am Bundesgericht stetig zu. Während die Sozialdemokraten schon zu Beginn der 1930er Jahren bei den Nationalratswahlen zur stärksten politischen Kraft aufsteigen, bleiben sie jedoch am Bundesgericht lange Zeit untervertreten. Erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erhält die SP nach ihrem grundsätzlichen Bekenntnis zur militärischen Landesverteidigung und zum bürgerlichen Staat eine ihrer Wählerstärke angemessene Vertretung am obersten Gericht und verfügt dann ab Ende der 1940er Jahre über einen Anteil von über 20% der obersten Richter. Etwas zeitversetzt folgt dann auch der Aufstieg der Bauern-, Gewerbe- und Bürgerpartei BGB (später SVP) entsprechend ihrer parteipolitischen Stärke bei den Wahlen. Ab 1959 beginnt wie in der Bundesversammlung auch am Bundesgericht eine stabile Phase mit wenig einschneidenden Verschiebungen der Fraktionsstärken bis Anfang der 1990er Jahre, die vom kontinuierlichen Aufstieg der übrigen grossen Landesparteien und einer anhaltenden Stabilität geprägt ist.

Ab den späten 1990er Jahren nimmt der Anteil der SVP am Bundesgericht stark zu und verdreifacht sich innerhalb von zehn Jahren von 10% auf rund 30%. Die nationalkonservative SVP verfügt Ende 2013 mit elf Bundesrichtern über die grösste Fraktion am Bundesgericht. Der rasante Aufstieg der SVP am Bundesgericht findet dabei vor allem auf Kosten der bürgerlichen Mitteparteien FDP und CVP – teilweise aber auch der SP – statt, was ein relativ genaues Ab-

35 ebd.

36 GRUNER (Fn. 20).

bild der neuesten Entwicklungen in der schweizerischen Parteienlandschaft bei den eidgenössischen Wahlen darstellt.³⁷ Auch die zunehmende Relevanz der umweltpolitischen Thematik hat schliesslich Eingang ins Bundesgericht gefunden: 1998 wird der erste grüne Bundesrichter gewählt und Ende 2013 gehören vier der insgesamt 38 Bundesrichter der Grünen Partei Schweiz (GPS) an. Schliesslich sind mit Felix Schöbi seit 2014 ein Angehöriger der BDP und mit Stephan Haag ein Vertreter der GLP am Bundesgericht vertreten.

Ein Vergleich der parteipolitischen Zusammensetzung des Bundesgerichts mit derjenigen der Vereinigten Bundesversammlung macht deutlich, dass eine relativ hohe Übereinstimmung in den Parteienstärken besteht, welche vor allem überraschend deutlich den einzelnen Etappen in der schweizerischen Parteiengeschichte folgt (Abb. 4).³⁸ Auch im Parlament sind die ersten Jahrzehnte nach der Gründung des Bundesstaates von einer liberal-freisinnigen Dominanz geprägt, wobei im Unterschied zum Bundesgericht von Anfang an insbesondere die Freisinnigen und nicht die Liberalen den grössten Anteil der Sitze belegen. In der zweiten Etappe nach der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 nimmt im Parlament der Anteil der Katholisch-Konservativen (später CVP) stetig zu, während die freisinnig-liberalen Kräfte aufgrund des Mehrheitswahlrechts ihre dominante Stellung zunächst noch wahren können. Die Einführung des Proporzwahlrechts beim Nationalrat im Jahr 1919 läutet die dritte Phase ein und ist erwartungsgemäss von einer starken Proportionalität und zunehmend ausgeglichenen Sitzanteilen zwischen den vier grossen Landesparteien geprägt. Allerdings ist die FDP am Bundesgericht im Verhältnis zu ihrem Sitzanteil im Parlament nach wie vor leicht übervertreten, während insbesondere in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts alle übrigen Parteien, insbesondere die SP und die SVP, vergleichsweise untervertreten bleiben. Während sich diese Situation für die SP und SVP ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ändert, halten kleinere Parteien, wie beispielsweise LdU, EVP, PdA oder SD keinen Einzug ins Bundesgericht. Immerhin besteht spätestens seit Beginn der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts kaum mehr eine einseitige Bevorzugung der grösseren *Regierungsparteien* am obersten Gericht. Ab den 1990^{er} Jahren finden schliesslich die Hauptmerkmale der letzten Phase der schweizerischen Parteienentwicklung mit dem rasanten Aufstieg der SVP und den fortlaufenden Verlusten der FDP und CVP ihren Niederschlag in der Zusammensetzung der Vereinigten Bundesversammlung.

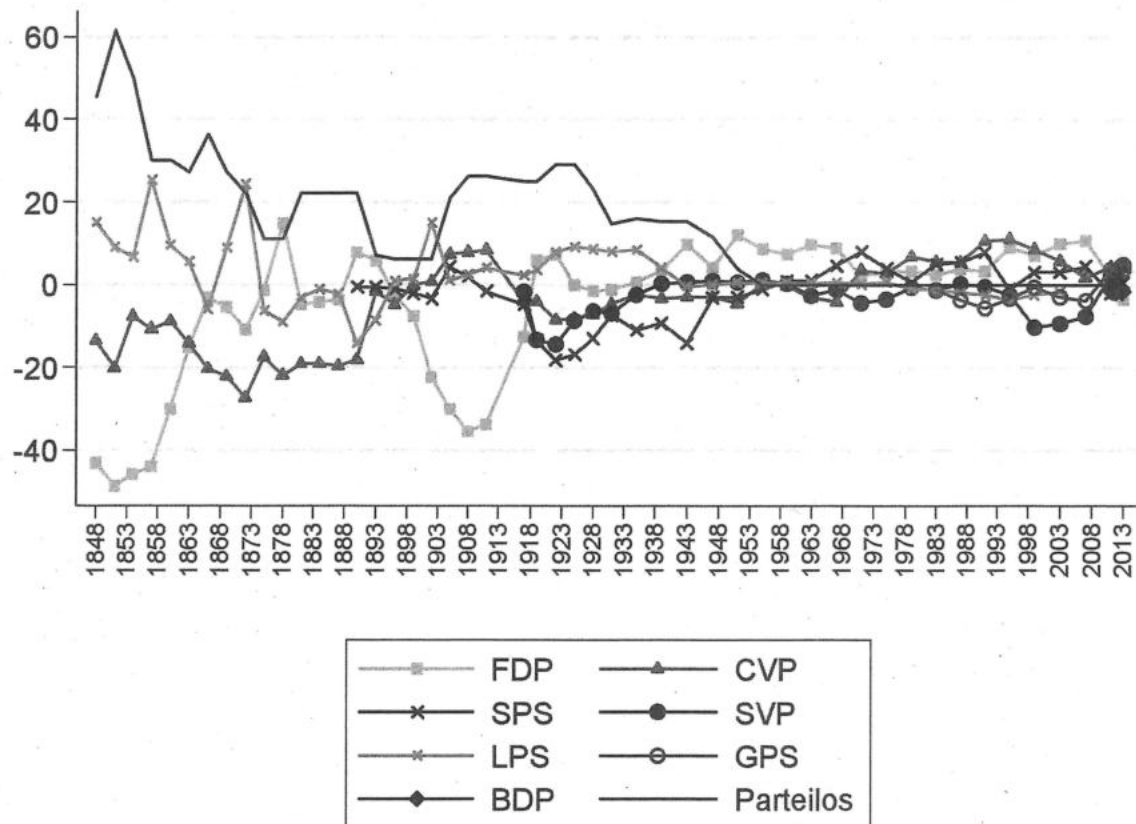
Zusammenfassend zeigt sich damit ein sehr deutlicher Einfluss der parteipolitischen Entwicklung bei Wahlen auf die Zusammensetzung der Bundesrichter im Zeitverlauf. Die in der Bundesversammlung beobachteten Etappen der par-

37 ANDREAS LADNER, Politische Parteien, in: Peter Knoepfel/Yannis Papadopoulos/Pascal Sciarini/Adrian Vatter/Silja Häusermann (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse, 5. Aufl., Zürich 2014, S. 361–389; VATTER (Fn. 1).

38 GRUNER (Fn. 20); LADNER (Fn. 37), VATTER (Fn. 1).

teipolitischen Verschiebungen lassen sich mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung auch am Bundesgericht wiederfinden.

Abb. 4: Differenzen der relativen Sitzanteile zwischen Bundesgericht und Bundesversammlung



Allerdings liegt ein offensichtlicher Unterschied in der Tatsache, dass in der Bundesversammlung naheliegenderweise keine parteilosen Parlamentarier gewählt werden, während am Bundesgericht die Anzahl parteiloser Richter in den 1920er Jahren noch fast 30 Prozent beträgt, dann aber im Verlaufe der 1940er und 1950er Jahre kontinuierlich auf null sinkt.

IV. Die Parteienproportionalität am Bundesgericht im Vergleich zur Bundesversammlung

Das Proportionalitätsprinzip bei der Besetzung öffentlicher Ämter gilt wie einleitend ausgeführt als eines der Kernelemente einer Konkordanzdemokratie. Im Folgenden wird nun geprüft, ob die parteipolitischen Konstellationen am Bundesgericht den erwarteten konkordanzdemokratischen Mustern entsprechen. Im Zentrum steht insbesondere die zu überprüfende Erwartung, dass sich die Hochblüte der Konkordanzdemokratie in der Zeit von 1959 bis Anfang der 1990er Jahre in einer besonders hohen Proportionalität am Bundesgericht niederschlägt.

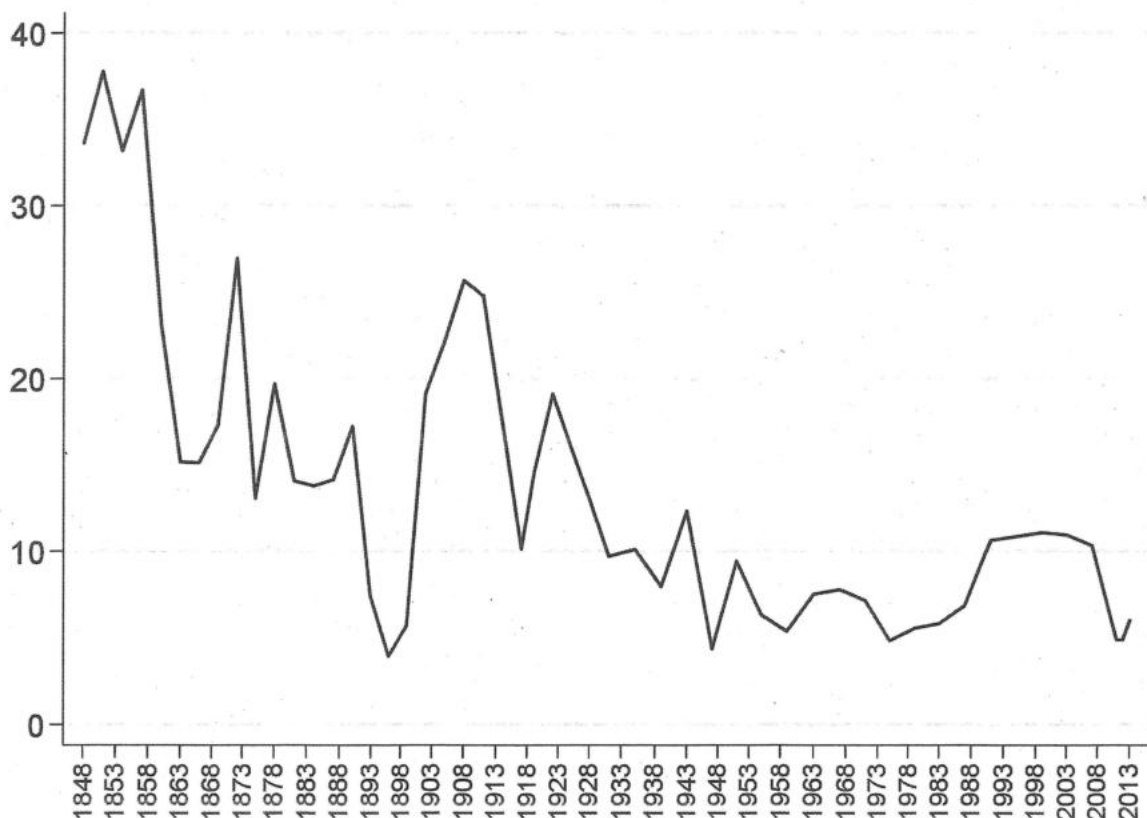
Um die Proportionalität des Wahlsystems zu messen, wird in der Politikwissenschaft üblicherweise der Disproportionalitätsindex von Gallagher verwen-

det.³⁹ Der Index ermittelt die Abweichung der realen Sitzverteilung zum proportionalen Stimmenanteil einer Partei. Die Formel lautet:

$$LSq = \sqrt{\frac{1}{2} \sum_{i=1}^n (V_i - S_i)^2}$$

wobei V_i der prozentuale Sitzanteil einer Partei i ist und S_i der proportionale Stimmenanteil der gleichen Partei. Da die Bundesrichter nicht durch die wahlberechtigte Bevölkerung gewählt werden, wird im Folgenden statt dem proportionalen Stimmenanteil die Parteistärke der Bundesversammlung als Bezugsgrösse verwendet.⁴⁰ In Abbildung 5 ist der Verlauf des (für den vorliegenden Zweck modifizierten) Gallagher-Index als Masszahl für die Disproportionalität der Bundesgerichtszusammensetzung ab 1848 wiedergegeben.

Abb. 5: Die Zusammensetzung des Bundesgerichts im Vergleich zur Bundesversammlung anhand des Disproportionalitätsmasses (Gallagher-Index)



Hohe Werte des Gallagher-Index deuten auf grosse Unterschiede zwischen den Parteistärken im Parlament und am Bundesgericht hin, während niedrige Werte

39 MICHAEL GALLAGHER, Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems, *Electoral Studies* 1991 Vol. 10(1), S. 33–51.

40 Die Differenzen werden somit aus dem prozentualen Sitzanteil einer Partei am Bundesgericht und dem prozentualen Sitzanteil derselben Partei in der Bundesversammlung gebildet und quadriert. Von der Hälfte der summierten Differenzen wird schliesslich die Wurzel gezogen.

eine hohe Übereinstimmung der parteipolitischen Zusammensetzung der Bundesversammlung und des Bundesgerichts ausdrücken. Wie bereits aus den vorangehenden Analysen ersichtlich wurde, herrscht zu Beginn des schweizerischen Bundesstaates mit rund 35% eine hohe Disproportionalität vor. Dies ist in erster Linie Ausdruck des majoritär-föderalen Charakters des politischen Systems im 19. Jahrhundert mit einer deutlichen Übervertretung der Liberalen am Bundesgericht. Die vorübergehend höchste Übereinstimmung wird überraschenderweise schon Ende des 19. Jahrhunderts erzielt, wobei diese hohe Proportionalität nicht von langer Dauer ist und zu Beginn des 20. Jahrhunderts wieder verschwindet. Die Phase der längsten parteipolitischen Übereinstimmung findet hingegen wie erwartet in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts statt. Wie prognostiziert fällt diese Periode mit der Phase der «Zauberformel» zusammen. Die Richtersitze werden dabei analog zur Zusammensetzung des Bundesrates proportional zwischen den vier grossen Regierungsparteien FDP, CVP, SP und SVP verteilt. Zusätzlich ist auch die Liberale Partei (LPS) mit einem Mitglied am Bundesgericht vertreten, während gleichzeitig die stärkste Nicht-Regierungspartei, der LdU, keinen Richter stellen darf.

Auch ein Blick auf die Ersatzwahlen ins Bundesgericht seit 1959 bestätigt die These einer lang anhaltenden Stabilität der Parteienrepräsentation am obersten Gericht: Nur bei fünf Wahlen wechselt der Richtersitz die Parteifarbe, wobei die Wechsel zugunsten der SP, Grünen und SVP und zulasten der FDP und CVP ausfallen. Ab 1991 steigt dann die Masszahl für Disproportionalität wieder auf 12% an, was auf die starken Wahlerfolge der SVP (und teilweise der Grünen) in der Bundesversammlung zurückzuführen ist. Die rasche Transformation des Parteiensystems auf nationaler Ebene macht sich aber zunächst nur in den direkt vom Volk gewählten Institutionen bemerkbar und schlägt sich nicht unmittelbar am Bundesgericht nieder, weshalb der Gallagher-Index Ende der 1990er Jahre weiter ansteigt. In der neuesten Zeit sinkt der Gallagher-Index allerdings tendenziell wieder, was auf einen zeitverzögerten Ausgleich der parteipolitisch proportionalen Zusammensetzung am Bundesgericht hindeutet. Offensichtlich wird die Über- bzw. Untervertretung am Bundesgericht erst dann ausgeglichen, wenn neue Sitze am Gericht frei werden, während bei Wiederwahlen die Vertreter von zwischenzeitlich untervertretenen Parteien wieder gewählt werden. Am Beispiel der SVP lässt sich dieser Effekt anschaulich illustrieren. Diese stellt im Jahr 2003 mit 26% die stärkste Fraktion in der Bundesversammlung, ist aber am Bundesgericht zu diesem Zeitpunkt nur mit rund 16% vertreten, womit sie den kleinsten Richteranteil der vier Regierungsparteien stellt. Es dauert weitere acht Jahre, bis die seit 1999 grösste politische Kraft mit rund 26% den höchsten prozentualen Anteil an Bundesrichtern erreicht. Gleichzeitig haben sich die Anteile der FDP und CVP am Bundesgericht im Verlaufe der letzten zwanzig Jahre von 30 Prozent auf heute teilweise weniger als 20 Prozent reduziert, wodurch die beiden Parteien kaum noch überrepräsentiert sind. Damit wird deutlich, dass der Anstieg der Disproportionalität in den vergangenen 20 Jahren nicht einer Abkehr

des Proportionalitätsprinzips entspricht, sondern vielmehr Ausdruck einer zeitverzögerten Angleichung an die veränderten Fraktionsstärken im Parlament darstellt, welche wiederum die Folge bestimmter informeller Wahlpraktiken ist. Veränderungen in der prozentualen Vertretung der Parteien im Parlament werden damit «nicht umgehend, sondern erst nach einer gewissen Zeit, wenn diese [neuen Parteien im Parlament] ihren Erfolg wiederholen und ihre Werte stabilisieren konnten, ausgeglichen»⁴¹. Dies führt kurzfristig zu Über- und Untervertretungen der einzelnen politischen Fraktionen am Bundesgericht. Zugunsten der «richterlichen Unabhängigkeit und Kontinuität der Rechtsprechung» wird somit in der Regel auf Kampfwahlen und Abwahlen verzichtet und gewartet, bis ein Sitz vakant wird, um dann die Proporzansprüche der Parteien auszugleichen. Dies kann aufgrund der relativ langen Amtszeiten unter Umständen mehrere Legislaturperioden dauern.⁴²

D. Diskussion und Folgerungen

Der zentrale Befund des vorliegenden Beitrags ist der offensichtlich starke Einfluss der parteipolitischen Zusammensetzung von National- und Ständerat sowie der konkordanzdemokratischen Strukturen auf die Bestellung der obersten Richter in der Schweiz. Zusammenfassend zeigt ein Vergleich der Richterwahlen mit der schweizerischen Parteienentwicklung, dass sich die einzelnen Ablaufphasen mit dem Aufstieg und Niedergang einzelner Parteien jeweils auch in der parteipolitischen Zusammensetzung des Bundesgerichts widerspiegeln. Dabei wird deutlich, dass in der obersten Justizbehörde bis in die neueste Zeit eine erstaunlich hohe Parteienproportionalität als Ausdruck konkordanzdemokratischer Muster vorherrscht. Insbesondere in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in der Blütezeit der schweizerischen Konkordanzdemokratie, sind die Bundesrichterwahlen stark durch die anteilmässige Vertretung der Parteien in der Bundesversammlung geprägt. Dabei zeigt sich allerdings ein «Time lag»-Effekt, indem sich die veränderten Sitzanteile im Parlament nicht sofort, sondern erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung auf die Verteilung der Sitze am Bundesgericht niederschlagen. Die freiwilligen Proporzansprüche der Parteifraktionen am Bundesgericht werden in der Regel erst dann ausgeglichen, wenn Sitze frei werden.

Im Zusammenhang mit dem starken Einfluss der Parteipolitik auf die Wahlen der Bundesrichter stellt sich damit die grundsätzliche Frage nach der richterlichen Unabhängigkeit und damit der Gewaltentrennung im schweizerischen Staatswesen. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Wahl durch das Parlament eine hohe

41 FISCHBACHER (Fn. 25), S. 8.

42 BÜHLER (Fn. 8), S. 532; FISCHBACHER (Fn. 25), S. 8; ROTHMAYR ALLISON/VARONE (Fn. 1), S. 185.

demokratische Legitimation der obersten Richter sicherstellt. Diese ist notwendig, damit die Richter und Richterinnen ihre Aufgaben und Funktionen wahrnehmen können. Die Beteiligung des Ständerats an der Richterwahl sorgt zudem dafür, dass auch den föderalen Interessen genügend Rechnung getragen wird.⁴³ Die stark proportionale Zusammensetzung der Bundesrichter weist im Weiteren den Vorteil auf, dass die verschiedenen politischen Grundhaltungen, Meinungen und Interessen entsprechend ihrer gesellschaftlichen Bedeutung in die Rechtsprechung einfließen und sich dadurch eine politische Einseitigkeit vermeiden lässt.⁴⁴

Gleichzeitig geht aber mit den Wahlen der obersten Judikative durch das Parlament auch eine gewisse parteipolitische Abhängigkeit der Richter einher. Kennzeichnend dafür ist etwa die jährliche obligatorische Parteisteuer, deren Höhe je nach Amt und Partei variieren kann.⁴⁵ Zudem führt die heutige Wahlpraxis dazu, dass parteilose Kandidierende trotz hervorragender Qualifikation unberücksichtigt bleiben,⁴⁶ ebenso solche mit «falscher» Parteizugehörigkeit, wenn der frei werdende Sitz einer anderen Partei zufällt. In der einschlägigen Literatur wird deshalb oft kritisiert, dass die Schweiz keine «fachlichen Qualifikationserfordernisse als formelle Voraussetzung für eine Wahl ins Richteramt» kennt oder sachliche Verfahren institutionalisiert hat, welche die Eignung der Kandidierenden überprüft, wie beispielsweise einen Richterwahlausschuss.⁴⁷ Im Weiteren würden die Notwendigkeit der relativ kurzen Amtsdauer und der regelmässigen Wiederwahlen den Konformitätsdruck auf die Richter bei politisch und gesellschaftlich umstrittenen Fällen erhöhen, was die Entscheidungsfreiheit der Bundesrichter beeinträchtigen würde.⁴⁸ Gemeinhin wird deshalb auch von einer «Politisierung» der Richterwahlen gesprochen.⁴⁹ Angesichts der erhöhten

43 FISCHBACHER (Fn. 25), S. 6.

44 Bundesrichter Hansjörg Seiler (SVP) betont in seiner Argumentation, dass die Justiz gerade insofern nicht unabhängig von der Politik sein solle, als die Justiz den politischen Willen in Form des Rechts durchzusetzen habe. Als rechtssprechende Instanz, die oft unklare und lückenhafte Gesetze durchsetzen muss, sei es zentral, den Sinn und Geist aus dem Rechtssetzungsprozess aufzunehmen. Gerade deshalb sei eine demokratische Legitimation und damit politische Wahl der Richter wichtig. HANSJÖRG SEILER, Die Parlamente und die Wahl der Gerichte, Parlament – Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 2005 Nr. 1–8. Jahrgang, S. 13–15, S. 13.

45 BRIGITTE HÜRLIMANN, Richterstellen vom Parteibuch abkoppeln, Justice – Justiz – Giustizia 2010/1. MARKUS FELBER, Problematische Kür der Richter in der Schweiz, Justice – Justiz – Giustizia 2010/1.

46 In der Nachkriegszeit wurden von der Vereinigten Bundesversammlung keine Kandidierenden ohne ausdrückliche Nähe zu einer Partei für das Bundesgericht gewählt, wobei nicht in jedem Fall eine Parteimitgliedschaft vorausgesetzt wurde. Hingegen wählte die Vereinigte Bundesversammlung sechs Personen ohne Parteizugehörigkeit als erste Richterinnen und Richter an das Bundesstrafgericht. Ebenso sind parteipolitische Aspekte bei den ersten Wahlen an das Bundespatentgericht in den Hintergrund getreten, da hier fachtechnische Qualifikationen von zentraler Bedeutung sind, MARTI (Fn. 29).

47 BÜHLER (Fn. 8), S. 536.

48 KIENER (Fn. 9 und 26).

49 STEPHAN GASS, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden? Wahl und Wiederwahl unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit, AJP 2007 5, S. 593–610, S. 593.

Fluktuation am Bundesgericht, müssen sich die Richter immer wieder zur Wiederwahl stellen, wodurch die Unabhängigkeit zusätzlich auf die Probe gestellt wird.⁵⁰ «Es ist nicht zu übersehen, dass sich das Wiederwahlprozedere am Ende einer Amtsdauer als Mittel zur Disziplinierung einzelner Richter verwenden lässt und die Möglichkeit einer «Abberufung durch Nichtwiederwahl» oder schon nur die Aussicht auf ein schlechtes Wahlergebnis die Unabhängigkeit der Gerichte schmälern kann»⁵¹. Es erstaunt deshalb nicht, dass «parteilpolitische Manöver bei der Wahl und Wiederwahl von Bundesrichtern in der Vergangenheit immer wieder anzutreffen (waren)»⁵². So wurden 1990 nach dem Kruzifix-Entscheid des Bundesgerichts⁵³, in dem dieses das Anbringen von religiösen Symbolen in der Primarschule einer Tessiner Gemeinde als verfassungswidrig betrachtete, einzelne Richter mit einem deutlich schlechteren Wahlergebnis als andere wiedergewählt.⁵⁴ In jüngerer Zeit häufen sich zudem Fälle, in denen Bundesrichter für ihre Mitwirkung an brisanten Urteilen von einzelnen Parlamentariern oder ganzen Parteifraktionen bestraft werden. Dies bringt beispielsweise die nur sehr knappe Wahl des Bundesgerichtspräsidenten Giuseppe Nay im Jahr 2004 zum Ausdruck, der bei einer umstrittenen Entscheidung zur Nichteinbürgerung⁵⁵ mitgewirkt hat. Auch die aus parteipolitischen Gründen motivierte Abwahl und kurz darauf folgende Wiederwahl von Bundesrichter Martin Schubarth im Jahr 1990 zeugt von einem Wahlakt, der mehr von politischer Taktik als von rechtsstaatlichen Grundsätzen geleitet ist.⁵⁶

Lässt sich aus diesen Beispielen folgern, dass die Unabhängigkeit der obersten Justizbehörde in der Schweiz besonders gefährdet ist? Interessante Aufschlüsse über den Grad der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz liefert eine empirische Untersuchung von Feld und Voigt zur Unabhängigkeit der obersten Richter im internationalen Vergleich.⁵⁷ Die beiden Autoren kommen anhand zahlreicher Indikatoren zum Ergebnis, dass in der Schweiz insbesondere grosse Unterschiede zwischen der institutionellen (*de jure*) und der faktischen (*de facto*) Unabhängigkeit der obersten Richter bestehen. Die von Parteien dominierte Wahl der Bundesrichter durch die Vereinigte Bundesversammlung, die vergleichsweise kurze Amtsperiode von sechs Jahren und die Notwendigkeit der periodischen Wiederwahl durch die Legislative führen dazu, dass sich die Schweiz in Bezug auf die *formal-rechtliche Unabhängigkeit*

50 GASS (Fn. 49), S. 594–606.

51 TSCHANNEN (Fn. 26), S. 519.

52 FISCHBACHER (Fn. 25), S. 7.

53 BGE 116 Ia 252.

54 RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, S. 556.

55 BGE 129 I 217 ff.

56 FISCHBACHER (Fn. 22), S. 293.

57 LARS P. FELD/STEFAN VOIGT, Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators, European Journal of Political Economy 2003 Vol. 19, S.497–527; VATTER (Fn. 1).

der Justiz gegenüber den anderen Gewalten nahezu am Schluss (62. Position) in einer Rangliste von 70 Ländern befindet. Gleichzeitig nimmt sie in Bezug auf die *reale Unabhängigkeit* der Richter einen Spitzenplatz ein und rangiert hier unter den ersten drei Staaten. Die Gründe für letzteres liegen in den *faktisch* sehr langen Amtsdauern der Bundesrichter von durchschnittlich mehr als zwei Amtsperioden,⁵⁸ in der üblicherweise problemlosen Wiederwahl von Bundesrichtern, in der im Verlaufe der Zeit gestiegenen Zahl an Richterstellen am Bundesgericht und der im internationalen Vergleich überdurchschnittlichen Ausstattung an Ressourcen für die obersten Richter (Einkommen, Mitarbeiter, Budget, Bibliothek, Informatik etc.).⁵⁹ Es erstaunt deshalb nicht, dass in der Praxis der richterlichen Meinungsbildungen weniger die Parteizugehörigkeit als andere Faktoren, wie etwa der sprachkulturelle Hintergrund, von Bedeutung scheinen und dass am Bundesgericht die meisten Entscheide einstimmig gefällt werden.⁶⁰

Ist daraus zu folgern, dass kein Neuerungsbedarf beim Wahlverfahren der Bundesrichter in der Schweiz besteht? Im Gegensatz zur grundlegenden Justizreform auf organisatorischer und verfahrenstechnischer Ebene hat das Verfahren zur Bestellung der obersten Richter bekanntlich bis heute keine grundsätzliche Änderung erfahren. Obwohl die parteipolitische Wahl und insbesondere die periodische Wiederwahl der obersten Richter durch das Parlament sonst kaum noch in Westeuropa praktiziert werden und offensichtlich die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz als dritte Staatsgewalt schwächen, wird bis heute daran festgehalten. Dies ist insofern nachvollziehbar, da die normalerweise sicheren Bestätigungswahlen, die langen Amtsdauern der Richter und die im internationalen Vergleich überdurchschnittlichen Ressourcen eine in der Praxis starke Stellung der Bundesrichter garantieren. Zudem zeigt sich seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs, dass bei den Bundesrichterwahlen die Proporzansprüche der Parlamentsfraktionen in der Vereinigten Bundesversammlung stark befolgt werden. Dabei wird auch in neuester Zeit den in den letzten Jahren veränderten Wählerstärken der Parteien durchaus Rechnung getragen, wobei die Wählergewinne und -verluste der Parteien in der Regel nicht umgehend, sondern erst ausgeglichen werden, wenn frei werdende Sitze der übervertretenen Parteien am Bundesgericht neu zu besetzen sind. Allerdings haben die beträchtlichen Veränderungen in den parteipolitischen Stärkeverhältnissen im Parlament seit Ende der 1990er Jahre dazu geführt, dass die Konflikte um die Besetzung des Bundesgerichts zugenommen haben, was sich in der Häufung

58 Die durchschnittliche Amtsdauer seit 1848 beträgt rund 20 Jahre, wobei sie im Verlaufe der Zeit abgenommen hat und heute im Schnitt etwas mehr als zwei Amtsperioden beträgt.

59 Das Bundesgericht verfügt über das höchste Budget pro Einwohner im Vergleich zu allen übrigen obersten Justizbehörden in Europa, KIENER (Fn. 26).

60 HANSJÖRG SEILER, Richter als Parteivertreter, *Justice – Justiz – Giustizia* 2006/3; MIHAELA A. PIGUET, L'élection partisane des juges – une entorse au principe de la séparation des pouvoirs?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2013/1.

von umstrittenen Wahlen um die obersten Richterstellen zeigt. Insofern hat die Politisierung der Richterwahlen in den letzten zwei Jahrzehnten im Vergleich zu früher trotz der neu geschaffenen Gerichtskommission der Bundesversammlung an Bedeutung gewonnen und der Einfluss der politischen Parteien auf die obersten Richterwahlen ist nach wie vor ausgesprochen gross. Gefordert wird deshalb von einzelnen Experten ein System mit einer festen Amtsdauer bis zum altersbedingten Rücktritt oder eine Ernennung auf unbestimmte Zeit «mit in einem justizförmigen Verfahren festgestellten gesetzlich normierten Amtsenthebungsgründen»⁶¹. Für die Zukunft stellt sich deshalb die Frage, ob der Bund nicht aus den Erfahrungen der Kantone lernen könnte. So scheint etwa das Modell des Kantons Freiburg mit der einmaligen Richterernennung durch das Parlament auf unbestimmte Dauer bei einem gleichzeitig klar normierten Amtsenthebungsverfahren durchaus eine vielversprechende Alternative zu sein, die in Zukunft auf ihre Wirkungen zu prüfen ist.⁶²

Zusammenfassung

Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die erste umfassende Auswertung der obersten Richterwahlen und der parteipolitischen Zusammensetzung des Bundesgerichts in der Schweiz. Zentraler Befund des Artikels ist der starke Einfluss der parteipolitischen Zusammensetzung von National- und Ständerat sowie der konkordanzdemokratischen Strukturen auf die Bestellung der obersten Richter in der Schweiz. Der Vergleich der Richterwahlen mit der schweizerischen Parteienentwicklung zeigt, dass sich die einzelnen Ablaufphasen mit dem Aufstieg und Niedergang einzelner Parteien jeweils auch in der parteipolitischen Zusammensetzung des Bundesgerichts widerspiegeln. Dabei wird deutlich, dass bis in die neueste Zeit eine erstaunlich hohe Parteienproportionalität in der obersten Justizbehörde als Ausdruck konkordanzdemokratischer Muster vorherrscht. Insbesondere in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in der Blütezeit der schweizerischen Konkordanzdemokratie, sind die Bundesrichterwahlen stark durch die anteilmässige Vertretung der Parteien in der Bundesversammlung geprägt. Dabei zeigt sich allerdings ein «Time lag»-Effekt, indem sich die veränderten Sitzanteile im Parlament nicht sofort, sondern erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung auf die Verteilung der Sitze am Bundesgericht niederschlagen. Die freiwilligen Proporzansprüche der Parteifraktionen werden in der Regel erst dann ausgeglichen, wenn am Bundesgericht Sitze frei werden.

61 GASS (Fn. 49), S. 607.

62 GASS (Fn. 49); PASCAL MAHON/ROXANE SCHALLER, Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?, Justice – Justiz – Giustizia 2013/1.

Résumé

La présente contribution constitue une première analyse complète de l'élection des juges fédéraux et de la composition partisane du Tribunal fédéral Suisse. Il en ressort comme caractéristique essentielle une forte influence de la composition partisane du Conseil national et du Conseil des Etats ainsi que des structures de concordance démocratique sur la nomination des juges suprêmes en Suisse. Une comparaison entre les élections judiciaires et l'évolution du poids des différents partis dans le paysage politique suisse montre que les phases de montée et de déclin des partis politiques se reflètent dans la composition partisane du Tribunal fédéral; il est ainsi frappant de constater jusqu'à des époques récentes encore une surprenante corrélation entre les rapports de force entre les partis et la composition de l'autorité judiciaire suprême, en tant qu'expression de modèles de concordance démocratique. Pendant la deuxième moitié du XXe siècle notamment, période qui correspond à l'apogée du modèle suisse de démocratie concordataire, les élections des juges fédéraux sont fortement marquées par la représentation proportionnelle des partis politiques au sein de l'Assemblée fédérale. On note cependant un certain «décalage horaire» dans la mesure où des modifications de la répartition des sièges au parlement ne se répercutent pas tout de suite, mais un peu plus tardivement seulement sur la répartition des sièges au Tribunal fédéral. Les droits proportionnels que se reconnaissent mutuellement les différents groupes parlementaires dans le cadre des élections judiciaires ne sont en règle générale équilibrés qu'une fois que des sièges de juges suprêmes deviennent vacants.