

gen im Bereich der Verfassungsgebung, aber auch die äusserst reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe aufarbeitet, hat bisher gefehlt. Jetzt liegt sie in Form des Werkes von *Regina Kiener* vor. Die Arbeit unterscheidet sich von derjenigen von *Eichenberger* aber nicht nur durch ihre Aktualität, vielmehr ist der ihr zu Grunde liegende Ansatz ein wesentlich anderer. Während *Eichenberger* das Schwergewicht auf die staatsrechtlichen Grundlagen legte, interessiert *Kiener* die Frage, «welche konkreten Rechte und durchsetzbaren Ansprüche sich hinter dem Postulat der richterlichen Unabhängigkeit verbergen» (S. 14, Hervorhebungen im Original).

Wie im Untertitel des Werkes bereits zum Ausdruck kommt, ist der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit «dualistischer Natur» (S. 13), er richtet sich einerseits an die einzelnen Richterinnen und Richter (personenbezogener Gehalt), andererseits aber auch an die Gerichte (institutionenbezogener Gehalt). Die Gliederung folgt dieser Zweiteilung. In einem *ersten Teil* (S. 17–53) wird ein Überblick über die Verankerung der richterlichen Unabhängigkeit in Bundesverfassung und Menschenrechtskatalogen gegeben. Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Diese Bestimmung garantiert, im Sinne der Nachführung der Rechtsprechung zu Art. 58 aBV, dort ein personell und institutionell unabhängiges Gericht, wo das einfache Gesetzesrecht ein solches vorsieht. Mit Inkrafttreten von Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) erhält diese Bestimmung eine zusätzliche Dimension. So wird bei allen Rechtsstreitigkeiten die Möglichkeit der Anrufung eines unabhängigen Gerichts bestehen, es sei denn, der Gesetzgeber schliesse dies ausdrücklich aus. Eine doppelte Absicherung der institutionellen Unabhängigkeit besteht zudem in der organisationsrechtlichen Bestimmung von Art. 191c BV. Danach sind die richterlichen Behörden in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet. Einen Mindeststandard der richterlichen Unabhängigkeit garantieren ferner die EMRK (Art. 6 und Art. 5) sowie der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 14 und Art. 9 Pakt II).

In einem *zweiten Teil* (S. 55–224) wird die richterliche Unabhängigkeit aus dem personenbezogenen Blickwinkel beleuchtet. Das Bundesgericht wie auch die Strassburger Organe haben zwei Begründungselemente für die Ablehnung von Justizpersonen entwickelt. Einerseits müssen bestimmte, konkrete Umstände vorliegen, welche entweder in der Richterperson oder in äusseren Gegebenheiten begründet liegen. Andererseits müssen diese Umstände geeignet sein, den berechtigten Anschein einer Befangenheit zu erwecken. Das subjektive Empfinden der Parteien genügt jedoch nicht; das Misstrauen muss auch in «objektiver Weise» gerechtfertigt erscheinen. Wie *Kiener* überzeugend darlegt, muss hierbei von einem «realitätsnahen Richterbild» (S. 65) ausgegangen werden. Justizpersonen sind keine völlig neutralen Rechtstechniker, welche in einem gefühlsfreien Vakuum operieren. Es ist im Gegenteil die Offenheit gegenüber gesellschaftlichen Entwicklungen, durch welche Richterinnen und Richter erst die innere Unabhängigkeit erlangen. Die Unabhängigkeit muss somit immer eine «sachbezogene» (S. 67) sein. Was dies im Einzelfall bedeutet, erläutert *Kiener* anhand verschiedener Fallgruppen. Die richterliche Befangenheit kann ihren Grund in der Beziehung zu den Verfahrensbeteiligten haben, sie kann Folge von Vorbefassung oder von richterlichem Engagement in der Sache sein. Es können aber auch äussere Einflüsse, z. B. die Medienberichterstattung, auf die unabhängige richterliche Entscheidungsfindung einwirken. Nicht zuletzt kann die richterliche Selbständigkeit im Richterkollegium, gegenüber Sachverständigen oder Gerichtsschreibern in Frage stehen.

Der *dritte Teil* (S. 225–322) ist dem institutionenbezogenen Ansatz, den Gerichten gewidmet, welche als staatliche Behörden über Unabhängigkeit und Selbständigkeit gegenüber den anderen Staatsorganen verfügen. Ein grundrechtlicher Anspruch auf Beurteilung gewisser Streitigkeiten ist (vor dem Inkrafttreten von Art. 29a BV) primär durch die EMRK geschützt. Nach der Strassburger Praxis, welcher auch das Bundesgericht gefolgt ist, kann dann von einem unabhängigen Gericht gesprochen werden, wenn das Organ Rechtsprechungsfunktionen wahrnimmt und zudem institutionell unabhängig ist. Oder vereinfacht gesagt: «Rechtsprechung und Unabhängigkeit gleich Gericht»

(S. 231). Die funktionelle Unabhängigkeit der Gerichte zeigt sich darin, dass es allen anderen staatlichen Behörden untersagt ist, sich in die Rechtsprechung der Gerichte einzumischen oder deren Urteile zu korrigieren. Dies mag auf den ersten Blick banal erscheinen. Dass sich Parlamente aber im Rahmen ihrer Oberaufsicht über die Justiz auf einer Gratwanderung befinden, wird deutlich aufgezeigt. Während parlamentarische Kritik (z. B. an den sogenannten «Kruzifix-Entscheiden» in der Schweiz und der Bundesrepublik) einen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit darstellen kann, ist in anderen Fällen solche Kritik zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit u. U. geradezu geboten (z. B. bei rassistischen oder sexistischen Äusserungen von Richtern).

Dass die personenbezogene und die institutionenbezogene Seite der richterlichen Unabhängigkeit ineinander fliessen und sich gegenseitig bedingen, zeigt sich daran, dass institutionelle Absicherungen gerade dazu dienen sollen, sachwidrige Einflüsse von den einzelnen rechtsprechenden Justizpersonen fernzuhalten. So die Vorschriften über Unvereinbarkeiten, die Bestellung von Richterinnen und Richtern sowie über deren dienstrechtlichen Status. Da in der Lehre immer wieder der Ruf nach besonderen Richterwahlausschüssen laut wird, scheinen mir die entsprechenden Ausführungen hierzu besonders erwähnenswert. Nach einer gründlichen Auslegeordnung der verschiedenen möglichen Wahlbehörden kommt *Kiener* zum Schluss, dass sich «jedes Wahlorgan nach der einen oder anderen Richtung hin als mehr oder weniger problematisch» erweisen muss (S. 262). Unter dem Blickwinkel der richterlichen Unabhängigkeit muss das Wahlverfahren den Gewählten grösstmögliche Legitimation vermitteln (was bei Richterwahlausschüssen bezweifelt werden muss), gleichzeitig müssen aber auch sachgerechte Auswahlkriterien beachtet werden und das Verfahren sollte transparent sein.

Die Unabhängigkeit der Gerichte als Institutionen muss nicht zuletzt auch organisationsrechtlich sichergestellt sein. Dies wird erläutert anhand von Ausführungen zur Gerichtsverwaltung und Justizaufsicht sowie zur sachlichen, finanziellen und personellen Ausstattung der Gerichte.

In einem *vierten Teil* (S. 323–383) geht die Autorin auf das Instrumentarium zur Sicher-

*Kiener Regina*, PD Dr. iur., Fürsprecherin: *Richterliche Unabhängigkeit*. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte. XLIII + 397 Seiten, Preis Fr. 120.–. Verlag Stämpfli, Bern 2001.

1960 erschien beim Verlag Stämpfli die Habilitationsschrift von *Kurt Eichenberger* zum Thema «Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem». Der Autor hält an Schluss seines Werkes fest: «Im schweizerischen Staatsrecht hat sich ein Bedürfnis, die richterliche Unabhängigkeit in einem umfassenden Sinne als «verfassungsmässiges Recht des Bürgers» anzuerkennen, bis jetzt noch nicht aktualisiert. Das kann sich bei wechselnder rechtlicher und soziologischer Lage ändern. Die anerkannten Grundrechte, die das Prinzip sichern helfen, können zu eng werden, zumal dann, wenn Art. 58 Abs. 1 BV seinen bisherigen Inhalt und Umfang beibehält. Um für Zeiten solcher Gefahr gewappnet zu sein (...), möchte es ratsam sein, das formelle Verfassungsrecht mit einem Satz zu ergänzen, der das Unabhängigkeitsprinzip garantiert. Damit könnte das Bundesgericht, auf positiviertes Rechtweisend, einen relativ umfassenden Schutz der richterlichen Unabhängigkeit aufziehen.» (S. 227).

Nach vierzig Jahren erscheint nun beim selben Verlag wiederum eine Habilitationsschrift zum Thema richterliche Unabhängigkeit. In diese Zeitspanne fallen nicht nur das Inkrafttreten der Europäischen Menschenrechtskonvention (1974) und der totalrevidierten Bundesverfassung (2000), sondern auch die sukzessive höchstrichterliche Ausdehnung des Schutzbereichs von Art. 58 aBV hin zu einem verfassungsmässigen Recht auf unabhängige und unparteiische Justizpersonen. Eine umfassende Monographie, welche die Änderun-

stellung und Durchsetzung der richterlichen Unabhängigkeit ein. Dieser Teil beleuchtet die Massnahmen, welche der Staat zum Schutze der richterlichen Unabhängigkeit ergreifen muss, wiederum aus personen- und institutionenbezogener Perspektive. Von besonderem Interesse sind hierbei die Ausführungen über Ablehnung und Ausstand. Zuerst wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Thematik sorgfältig herausgeschält, diese in den Zusammenhang mit der Lehre von den «unverjährbaren und unverzichtbaren» Grundrechten gestellt und vor diesem Hintergrund die Fragen von Verzicht, Rechtsmissbrauch und Verwirkung diskutiert.

Das Buch von *Kiener* ist für die Praxis von grosser Bedeutung. Die reichhaltige, teilweise aber unübersichtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe wird in Fallgruppen geordnet. Der «rote Faden», dem die Praxis folgt, zu folgen versucht oder folgen sollte, wird aufgezeigt. Zudem gelingt es der Autorin, die dargelegte Praxis aus kritischer Distanz zu hinterfragen, wobei sie auch vor politisch brisanten Stellungnahmen nicht zurückschreckt. Dazu gehört beispielsweise ihre Kritik an der vor allem in der Schweiz weit verbreiteten Einrichtung nebenamtlicher Richterstellen. Dadurch erhöhe sich die Zahl möglicher Interessenkollisionen bei nebenamtlichen Richtern, vor allem wenn sie nebenbei als Anwälte tätig seien. Meines Erachtens ver-

mögen diese Argumente aber nur teilweise zu überzeugen, zeichnen sich doch gerade anwaltschaftlich dominierte Gerichte wie etwa das Zürcher und das St. Galler Kassationsgericht durch eine besondere Unabhängigkeit gegenüber dem Parlament, den politischen Parteien und den Medien aus. Eine allfällige Nichtwiederwahl bedeutet dank dem Nebenamt nicht die Gefährdung der beruflichen Existenz; die Tatsache, dass die Mitglieder nicht die klassische Justizkarriere absolviert haben, verleiht ihnen einen anderen Blickwinkel und Distanz in der Betrachtungsweise. Recht zu geben ist *Kiener* hingegen, wenn sie kritisiert, dass oft Kostenargumente und Mangel an kompetentem Personal zur Rechtfertigung nebenamtlicher Richterstellen ins Feld geführt werden. Grundrechtsschutz darf nicht von den Finanzen der öffentlichen Hand abhängig gemacht werden, und gerade kleinere Kantone sollten sich m. E. überlegen, ob die Schaffung gemeinsamer Gerichte (Art. 191b Abs. 2 BV) unter dem Blickwinkel richterlicher Unabhängigkeit nicht dringend geboten ist.

Trotz der enormen Fülle an verarbeiteter Literatur und Judikatur besticht das Werk von *Kiener* durch eine präzise und gut lesbare Sprache sowie durch einen klaren Aufbau. Neben seinem Beitrag zur Forschung stellt es daher ein unentbehrliches Hilfsmittel für jeden Richter und Anwalt dar.

RA lic. iur. *Benjamin Schindler*, Zürich