

JAAC 69.3

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6.
November 2003

Fonction de la commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). Préparation de l'élection de juges.

Art. 40a LParl respectivement Art. 54^{bis} et art. 54^{ter} LREC.

1. La commission judiciaire doit sa création à l'instauration de deux nouveaux tribunaux fédéraux de première instance, entraînant la nécessité d'élire de nombreux nouveaux juges; les conseils ont voulu confier à une commission parlementaire la préparation de leur élection (ch. I 2).

2. La commission judiciaire ne doit pas seulement examiner les candidatures sous l'aspect de l'aptitude du candidat et signaler les éventuels motifs d'inéligibilité («nihil obstat»); elle est également tenue par la loi de présenter à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) des propositions d'élection concrètes, et par conséquent de procéder à sa propre pondération; cette pondération doit tenir compte non seulement de l'aptitude professionnelle, mais aussi de considérations d'ordre social et politique (ch. II 1).

3. Pour des raisons de transparence et d'égalité de traitement entre les candidat(e)s, les postes vacants doivent être mis au concours public et toutes les candidatures doivent passer par la commission judiciaire; son secrétariat peut toutefois opérer un premier tri écartant les candidatures manifestement insuffisantes; l'examen de la candidature par la commission judiciaire n'est pas une condition d'éligibilité, si bien que des propositions de candidats présentées immédiatement avant, voire pendant l'élection, sont admissibles (ch. II 2).

**Funktion der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung.
Vor-be-ritung von Richterwahlen.**

Art. 40a ParlG bzw. Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG.

1. Entstehungsgeschichtlich ist die Einführung der Gerichtskommission eine Konsequenz der wegen der Schaffung zweier neuer, erstinstanzlicher Bundesgerichte zusätzlich erforderlichen Richterwahlen; die Räte wollten die Wahlvorbereitung einer Parlamentskommission überlassen (Ziff. I 2).

2. Die Gerichtskommission hat eingegangene Bewerbungen nicht nur auf ihre grundsätzliche Eignung zu prüfen und allfällige Wählbarkeitshindernisse aufzuzeigen («nihil obstat»), sondern ist von Gesetzes wegen verpflichtet, der Vereinigten Bundesversammlung als Wahlorgan konkrete Wahlvorschläge zu unterbreiten und somit eine eigene Gewichtung vorzunehmen; in diese Gewichtung sollen neben der beruflichen Eignung auch gesellschaftliche und politische Erwägungen einfließen (Ziff. II 1).

3. Die Transparenz und verfahrensmässige Gleichbehandlung der Bewerberinnen und Bewerber erfordert, dass offene Stellen ausgeschrieben werden und grundsätzlich alle Bewerbungen über die Gerichtskommission laufen müssen; deren Sekretariat kann jedoch eine erste Triage vornehmen und offensichtlich ungenügende Bewerbungen von den anderen trennen; die Vorprüfung der Bewerbungen durch die Gerichtskommission ist zudem keine Wählbarkeitsvoraussetzung, weshalb Wahlvorschläge, die unmittelbar vor oder während der Wahl eingebracht werden, zulässig bleiben (Ziff. II 2).

Funzione della Commissione giudiziaria dell'Assemblea federale riunita. Preparazione dell'elezione di giudici.

Art. 40a LParl rispettivamente art. 54^{bis} e art. 54^{ter} LRC.

1. La Commissione giudiziaria deve la sua creazione all'instaurazione di due nuovi Tribunali federali di prima istanza, che hanno reso necessaria l'elezione di nuovi giudici; le Camere volevano lasciare la preparazione dell'elezione ad una commissione parlamentare (n. I 2).

2. La Commissione giudiziaria deve esaminare le candidature non solo dal punto di vista dell'idoneità del candidato e segnalare eventuali motivi che ne impediscono l'eleggibilità («nihil obstat»), ma è obbligata dalla legge a presentare al-l'Assemblea federale riunita, quale organo d'elezione, proposte di elezione concrete e quindi a procedere ad una propria valutazione; in questa valutazione vi sono considerazioni professionali ma anche sociali e politiche (n. II 1).

3. La trasparenza e la parità di trattamento procedurale delle candidate e dei candidati esige che i posti vacanti siano messi a concorso e di principio tutte le candidature devono essere presentate alla Commissione giudiziaria; la Segreteria della Commissione può però effettuare una prima selezione e scartare le candidature

manifestamente insufficienti; l'esame preliminare delle candidature da parte della Commissione giudiziaria non è inoltre una condizione d'eleggibilità, per cui sono ammissibili proposte di elezione presentate immediatamente prima o durante l'elezione (n. II 2).

Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung hat das Bundesamt für Justiz (BJ) um ein Rechtsgutachten zur Rolle der Gerichtskommission bei der Vorbereitung von Richterwahlen (insbesondere zu Art. 54^{bis} Abs. 3 des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23. März 1962 [GVG], SR 171.11)[50] ersucht.

I. Inhalt und Entstehungsgeschichte der Bestimmungen zur Gerichtskommission

1. Inhalt von Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG

Die Grundzüge der Organisation und der Aufgaben der Gerichtskommission werden in Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG geregelt. Die Räte haben die beiden Bestimmungen am 13. Dezember 2002 verabschiedet. Sie sind am 1. August 2003 in Kraft getreten.

Mit der Ablösung des Geschäftsverkehrsgesetzes durch das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz [ParlG], SR 171.10), werden diese Regelungen in Art. 40a ParlG überführt.

Art. 54^{bis} Abs. 1 GVG legt die Zuständigkeit der Gerichtskommission «für die Vorbereitung der Wahl und Amtsenthebung von Richtern der eidgenössischen Gerichte» fest. Die Gerichtskommission «schreibt offene Richterstellen öffentlich aus» (Art. 54^{bis} Abs. 2, erster Satz). Sie «unterbreitet ihre Wahlvorschläge und Anträge auf Amtsenthebung der Vereinigten Bundesversammlung» (Art. 54^{bis} Abs. 3).

Die Gerichtskommission ist ein Organ der Vereinigten Bundesversammlung (Art. 54^{bis} Abs. 1 GVG). Sie setzt sich aus zwölf Mitgliedern des Nationalrats und fünf Mitgliedern des Ständerats zusammen (Art. 54^{bis} Abs. 5 GVG). Dieses Verhältnis zwischen beiden Kammern entspricht Art. 39 Abs. 4 ParlG. Über die für Kommissionen allgemein geltende Regelung in Art. 8^{quinquies} Abs. 3

GVG (bzw. Art. 43 Abs. 3 ParlG) hinaus garantiert Art. 54^{bis} Abs. 3 GVG den einzelnen Fraktionen nicht nur eine Gewichtung nach ihrer Stärke, sondern mindestens einen Sitz in der Gerichtskommission.

2. Entstehungsgeschichte von Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG

a. Ursprünglicher Vorschlag des Bundesrates zur Wahl der erstinstanzlichen Bundesrichterinnen und -richter

Die Verankerung einer Gerichtskommission in Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG ist das Ergebnis eines parlamentarischen Meinungsbildungsprozesses im Verlaufe der Beratung der Totalrevision der Bundesrechtspflege. Eigentlicher Anstoss war die Schaffung zweier neuer, erstinstanzlicher Bundesgerichte (Bundesstrafgericht, Bundesverwaltungsgericht), welche die Einsetzung von rund 100 zusätzlichen Richterinnen und Richtern nach sich zieht. In seiner Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (BBl 2001 4202 ff.) hatte der Bundesrat noch vorgeschlagen, die Wahl dieser zusätzlichen Richterinnen und Richter selber vorzunehmen (BBl 2003 4257 f.). Ausschlaggebend waren einerseits Effizienzerwägungen (die Bundesverwaltung wäre kapazitätsmässig in der Lage, das Auswahlverfahren durchzuführen), andererseits auch staatspolitische Gründe (die Richterinnen und Richter erstinstanzlicher Bundesgerichte sollten - wie heute die Mitglieder der eidgenössischen Rekurskommissionen - nicht die gleich hohe politische Legitimation haben wie die von der Bundesversammlung gewählten Bundesrichterinnen und -richter).

b. Vorschlag der RK-S: Ausserparlamentarische Justizkommission

Aus Sorge um die Gewaltenteilung (der Bundesrat würde Richterinnen und Richter einsetzen, die auch Entscheide der Departemente zu überprüfen hätten) lehnte die vorberatende Kommission des Ständerats, die Kommission für Rechtsfragen (RK-S), eine solche Lösung einhellig ab.

Die RK-S schlug stattdessen die Schaffung einer *Justizkommission* vor, welche als *Hilfsorgan der Vereinigten Bundesversammlung* wirken und dieser Vorschläge für die Wahl und Wiederwahl von Richterinnen und Richtern der beiden erstinstanzlichen Bundesgerichte sowie des Bundesgerichts unterbreiten sollte.

Die Justizkommission war als *ausserparlamentarische Kommission* konzipiert: Nur zwei ihrer sieben Mitglieder sollten dem Parlament angehören (je eines aus dem National- und dem Ständerat). Unter den übrigen Mitgliedern sollten Richterinnen und Richter des Bundes, die Rechtswissenschaft (Universitäten) und die in den Kantonen registrierten Anwältinnen und Anwälte vertreten sein (vgl. Art. 2 des Entwurfs zum Bundesgesetz über die Justizkommission, BBl 2002 1199). Die Kommission sollte bei ihren Wahlvorschlägen «eine angemessene Vertretung der Amtssprachen, beider Geschlechter sowie der

Regionen des Landes in den Gerichten» anstreben und ausserdem «dem politischen Pluralismus» Rechnung tragen (Art. 13 Abs. 2 des Entwurfs, BBl 2002 1202).

c. Vorschlag des Ständerats: Richterwahlkommission mit Beirat

Der Entwurf der RK-S fand im Ständerat keine Zustimmung. Ein Antrag von Ständerat Carlo Schmid auf Rückweisung der Vorlage an die Kommission zur Überarbeitung wurde am 6. Dezember 2001 angenommen. Schmid befürchtete insbesondere, dass die Justizkommission als hochkarätiges Fachgremium nicht nur bei der Wahlvorbereitung mitwirken würde, sondern *de facto* einen entscheidenden Einfluss auf die Wahlen selbst ausüben würde. Es würde der Bundesversammlung kaum mehr möglich sein, den Anträgen einer solchen Kommission nicht zu folgen. Schmid erblickte darin einen Verlust an Demokratie: Richterinnen und Richter seien «politisch in hohem Masse mitgestaltende Akteure». Sie dürften deshalb nicht ausschliesslich nach fachlichen Gesichtspunkten bestimmt werden. Das Parlament dürfe sich in seiner Wahlfreiheit nicht durch ein Fachgremium einschränken lassen (AB 2001 S 911, ebenso Ständerat Schiesser, *ibidem*, 914).

Ständerat Schmid schlug stattdessen vor, die Räte sollten eine *Parlamentskommission* schaffen, welche die Vorbereitung der Richterwahlen (insbesondere auch die Ausschreibungen) zuhanden der Bundesversammlung vornimmt, wobei sie von einem Sekretariat unterstützt wird und sich bei Bedarf auch durch Experten fachlich beraten lassen kann (AB 2001 S 911 f.).

Auf Antrag seiner Rechtskommission griff der Ständerat in der Frühjahrssession 2002 den Vorschlag Schmid auf (AB 2002 S 196 ff.). Er stimmte der Einsetzung einer aus Mitgliedern beider Räte zusammengesetzten «*Gerichtskommission*» zu, welche der Vereinigten Bundesversammlung Vorschläge für die Wahl der Richterinnen und Richter der eidgenössischen Gerichte unterbreiten sollte. Damit stand die heute geltende Regelung schon weitgehend.

Nur in einem Punkt wich der Ständerat vom Vorschlag Schmid ab: Der Rat sprach sich zusätzlich für die Schaffung eines «Beirats» aus, der die Gerichtskommission fachlich beraten sollte.

d. Differenzbereinigung in den Räten: Wegfall des Beirats

In der Herbstsession 2002 schloss sich der Nationalrat dem Ständerat weitgehend an (AB 2002 N 1216 ff.). Eine Differenz schuf er allerdings beim «Beirat», den er ablehnte. Massgebend waren ähnliche Bedenken, wie sie Ständerat Schmid gegen die ursprüngliche ausserparlamentarische Justizkommission ins Feld geführt hatte, nämlich die Angst vor einem zu grossen Einfluss dieses beratenden Fachgremiums, welches die Gerichtskommission in ihren Vorschlägen faktisch binden könnte (vgl. z. B. die Ausführungen von Nationalrätin Thanei sowie von Nationalrat Glasson, beide jeweils in AB 2002 N 1220 und 2002 N 2014). An seiner Ablehnung hielt der Nationalrat auch im Differenzbereinigungsverfahren fest (AB 2002 N 2014 f.).

Er konnte sich auch nicht mit einer vom Ständerat ins Spiel gebrachten schwächeren «Kann-Bestimmung» (AB 2002 S 1068 f.) anfreunden. Schliesslich schwenkte der Ständerat auf die Linie des Nationalrats ein (AB 2002 S 1249 f.), womit der «Beirat» definitiv entfiel.

3. Neuerungen von Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG gegenüber der früher geltenden Praxis

Im Vergleich mit der früher geltenden Praxis brachten Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG folgende wesentlichen Neuerungen:

- *Gesetzliche Verankerung des Wahlvorbereitungsverfahrens*: Das Verfahren bei der Vorbereitung der Wahlen der eidgenössischen Richterinnen und Richter wurde neu *gesetzlich verankert*. Zuvor stützte man sich bei der Wahl der Bundesrichterninnen und Bundesrichter auf eine *informelle, langjährige Praxis*.
- *Institutionalisierung einer vorbereitenden Parlamentskommission*: Mit der Wahlvorbereitung wurde neu ein besonderes Organ der Vereinigten Bundesversammlung, die Gerichtskommission, betraut.

Zuvor befasste sich eine so genannte «*interfraktionelle Arbeitsgruppe für die Vorbereitung der Richterwahlen*» mit den Wahlen ins Bundesgericht. In diese «*nichtoffizielle Kommission*» (so Ständerat Frick in AB 2001 S 908), deren Organisation und Zuständigkeiten in keinem Erlass festgelegt waren, entsandte jede Parlamentsfraktion eine Vertreterin oder einen Vertreter. Diese «*interfraktionelle Arbeitsgruppe*» beschränkte sich auf eine Bewertung der von den Fraktionen eingereichten Wahlvorschläge. Im Vordergrund stand wohl in der Regel eine kurze Überprüfung^[51] der Eignung der Kandidatinnen und Kandidaten im Sinne eines *nihil obstat*. Die Tätigkeit dieser Arbeitsgruppe hatte aber weder verbindlichen noch abschliessenden Charakter^[52]. Die wichtigen politischen Absprachen zwischen den Fraktionen, welche einen bestimmten Parteienproporz gewährleisten und «Überraschungen» bei der Wahl verhindern sollten, fanden wohl nicht primär in dieser Arbeitsgruppe statt.

- *Öffentliche Ausschreibung der offenen Richterstellen*:

Art. 54^{bis} Abs. 2 GVG schreibt vor, dass die Gerichtskommission offene Richterstellen öffentlich auszuschreiben hat. Vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung wurden offene Bundesrichterstellen nicht ausgeschrieben. Das frühere Verfahren war so stark auf die Wahlvorschläge der Fraktionen ausgerichtet, dass eine öffentliche Ausschreibung gar nicht in Betracht gezogen wurde.

II. Die Aufgaben der Gerichtskommission bei der Vorbereitung der Richterwahlen

Nachstehend sollen die Aufgaben der Gerichtskommission anhand einer Auslegung von Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG, die auch deren Entstehungsgeschichte einbezieht, untersucht werden. Dabei sind

insbesondere auch die Unterschiede im Vergleich mit der früheren Praxis (öffentliche Ausschreibung) zu beachten, nicht zuletzt auch mit Blick auf verfassungsrechtliche Anforderungen.

Konkret zu prüfen sind dabei zwei Punkte:

1. Ist die Gerichtskommission verpflichtet, *eigene Wahlvorschläge* zuhanden der Bundesversammlung abzugeben, oder kann - bzw. muss - sie sich darauf beschränken, eingereichte Bewerbungen im Sinne eines *nihil obstat* auf ihre grundsätzliche Eignung zu überprüfen?
2. Müssen alle Bewerbungen von der Gerichtskommission überprüft werden?

1. Pflicht zur Einreichung eigener Wahlvorschläge oder nihil obstat?

Der *Wortlaut einer Gesetzesbestimmung* ist Ausgangspunkt jeder Auslegung (so genannte grammatikalische Auslegung, Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 90-92). Vom klaren Wortlaut einer Bestimmung darf nur abgewichen werden, «wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt» (BGE 120 V 102, zit. in Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 92).

Der Wortlaut von Art. 54^{bis} Abs. 3 GVG hält fest, dass die Gerichtskommission «ihre Wahlvorschläge» der Vereinigten Bundesversammlung unterbreitet. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch geht ein Wahlvorschlag über eine bloße Feststellung der Wählbarkeit einer bestimmten Person (*nihil obstat*) hinaus. Es handelt sich um *eine eigentliche Empfehlung an das Wahlorgan, eine betreffende Person zu wählen*. Die Zahl der Wahlvorschläge muss dabei nicht mit den offenen Stellen übereinstimmen; es können bewusst auch mehrere Wahlvorschläge für eine Stelle gemacht werden, weil der ausschlaggebende Entscheid ohnehin beim Wahlorgan liegt. Der Begriff «Wahlvorschlag» enthält jedoch immer *ein Element der «Auslese»*, eine «positive Würdigung» gegenüber dem Wahlorgan. Ein Wahlvorschlag macht auf einzelne Bewerbungen besonders aufmerksam, hebt diese aufgrund bestimmter Vorzüge, die sich nach Prüfung verschiedener Gesichtspunkte manifestieren, gegenüber anderen Bewerbungen ab. Die bloße Feststellung der Wählbarkeit (*nihil obstat*) tut dies gerade nicht, sondern begnügt sich mit der Überprüfung des Vorhandenseins der Wählbarkeitsvoraussetzungen.

Diese grammatikalische Interpretation des Begriffs «Wahlvorschlag» wird gestützt durch eine systematische Auslegung sowie durch die Entstehungsgeschichte der neuen gesetzlichen Bestimmungen über die Gerichtskommission.

In *systematischer Hinsicht* fällt auf, dass Art. 54^{bis} Abs. 1 GVG die Gerichtskommission in sehr allgemeiner Weise als «zuständig für die Vorbereitung der Wahl [...]» erklärt. In Verbindung mit Abs. 2, der die öffentliche Ausschreibung der offenen Richterstellen durch die Gerichtskommission verankert, wird dann klar, dass damit *das gesamte Management des Bewerbungsverfahrens* gemeint ist. Die besondere Hervorhebung der Wahlvorschläge in Abs. 3 erhält nur dann eine eigenständige gesetzgeberische Bedeutung, wenn darin etwas geregelt

wird, das sich nicht ohne weiteres unter die Wahlvorbereitung des Abs. 1 subsumieren lässt. Ginge es nur um den Ausschluss ungeeigneter Bewerbungen im Sinne eines *nihil obstat*, wäre Abs. 3 überflüssig. Bezeichnend ist übrigens auch, dass die Wahlvorschläge in Abs. 3 zusammen mit den «Anträgen auf Amtsenthebung» genannt werden. Bei letzteren handelt es sich unbestrittenenmassen um konkrete, personenbezogene Handlungsempfehlungen und nicht etwa um blossse Feststellungen, dass einer ausserordentlichen Abberufung keine Hindernisse im Wege stehen.

Die *Materialien* zu Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG bestätigen dieses Ergebnis. Während des gesamten Entstehungsprozesses (vgl. Ziff. I 2 hievor) war weitgehend unbestritten, dass ein besonderes, für die Vorbereitung der Richterwahlen zuständiges Gremium nicht nur wegen der Vielzahl der zusätzlich zu besetzenden Stellen, sondern auch zur *Verbesserung der Transparenz und zur Objektivierung des Auswahlverfahrens* geschaffen werden muss[53]. Einzelne Vorschläge, das neue Verfahren nur auf die erstinstanzlichen Bundesgerichte anzuwenden, die Wahlen der Bundesrichterrinnen und Bundesrichter dagegen weitgehend nach dem alten Verfahren, d. h. ohne öffentliche Ausschreibung und nur auf besonderen Wunsch der Fraktionen mit Hilfe ergänzender Abklärungen eines speziellen Gremiums abzuwickeln[54], wurden nicht aufgenommen.

Es trifft zwar zu, dass die Mehrheit der Räte eine institutionalisierte Mitwirkung von *Fachgremien* bei der Wahlvorbereitung («Justizkommission», «Beirat» zur Gerichtskommission) ablehnte[55] (vgl. auch Ziff. I 2 hievor). Diese Opposition richtete sich aber nur gegen eine allfällige *Machtakkumulation externer (ausserparlamentarischer) Gremien*. Nach Ansicht einer Mehrheit in beiden Räten hätten solche Gremien dank ihrer Fachautorität den späteren Entscheid des Wahlorgans faktisch präjudizieren können, womit der Akzent zu stark auf die berufliche Eignung gelegt und der politische Faktor zu kurz gekommen wäre. Es ist bezeichnend, dass die Schaffung einer Gerichtskommission vollkommen unbestritten war, nachdem feststand, dass diese - im Gegensatz zur zunächst vorgeschlagenen Justizkommission - ausschliesslich aus Ratsmitgliedern bestehen würde und nachdem der Ständerat schliesslich auch noch auf die Linie des Nationalrats eingeschwenkt war, indem er der Kommission ein Sekretariat anstelle eines ausserparlamentarischen Beirats zur Seite stellte.

Art. 13 Abs. 2 des zunächst unterbreiteten, vom Ständerat nicht aufgenommenen Entwurfs zum Bundesgesetz über die Justizkommission hielt fest, dass das betreffende Gremium bei der Erstellung der Wahlvorschläge neben einer angemessenen Vertretung der Amtssprachen, Geschlechter und Regionen des Landes auch dem «*politischen Pluralismus*» Rechnung tragen solle.

Ein solcher Passus findet sich in Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG nicht. Daraus den Schluss zu ziehen, die Gerichtskommission dürfe selber keine politischen Erwägungen anstellen, wäre indes verfehlt. Bei der Justizkommission war eine ausdrückliche Ermächtigung erforderlich, weil man ihr beim Vorschlagsrecht ein Ermessen einräumen wollte, das über eine blossse Eignungsprüfung hinausging. Dieses «politische Ermessen» hätte jenes Gremium, weil *ausserparlamentarisch*, nicht schon *per se* gehabt. Bei der rein parlamentarisch zusammengesetzten Gerichtskommission von Art. 54^{bis}

und Art. 54^{ter} GVG dagegen ist ein politischer Ermessensspielraum - gleich wie bei allen anderen parlamentarischen Kommissionen - selbstverständlich. Wollte der Gesetzgeber politische Erwägungen einer parlamentarischen Kommission ausschliessen, so müsste er dies explizit tun. *Ohne eine solche Einschränkung ist davon auszugehen, dass das Parlament der Kommission bei der Formulierung von Wahlvorschlägen einen Ermessensspielraum einräumt, der über die fachliche Eignung hinaus den Einbezug gesellschaftlicher sowie politischer Gesichtspunkte zulässt.*

Das vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen ist nicht einfach eine faktische Handlungsmöglichkeit, deren Wahrnehmung im freien Belieben des kompetenten Organs steht. Es ist ein vom Recht umrissener Gestaltungsraum, der situationsgerechte Lösungen ermöglichen soll. Dieser Gestaltungsraum darf einerseits nicht überschritten werden, *ist andererseits aber auch zu nutzen*: Eine unzulässige *Ermessensunterschreitung* liegt vor, «wenn die entscheidende Behörde sich als gebunden betrachtet, obschon ihr vom Rechtssatz Ermessen eingeräumt wird, *oder wenn sie auf die Ermessensausübung ganz oder teilweise zum Vornherein verzichtet*» (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 470). Nutzt das zuständige Organ seinen Ermessensspielraum nicht, so verzichtet es «auf sachliche Unterscheidungen [...] wo der Gesetzgeber einen differenzierten Entscheid für notwendig hält» (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 471). Ein zur Verfügung stehender Ermessensspielraum ist eine vom Gesetzgeber gewollte «Unschärfe», welche auf präzise Entscheidvorgaben verzichtet, die kompetente Behörde jedoch dazu verpflichtet, sachlich fundierte Zweckmässigkeitserwägungen anzustellen.

Das Gesetz schreibt der Gerichtskommission nicht vor, in welcher Weise sie bei der Ausarbeitung von Wahlvorschlägen ihre Akzente setzen soll. Es verpflichtet sie aber sehr wohl dazu, überhaupt eigene Gewichtungen vorzunehmen. Welchen Stellenwert die Kommission *politischen und gesellschaftlichen Erwägungen* einräumt, liegt in ihrem Ermessen. *Dass sie bei der Erarbeitung ihrer Wahlvorschläge neben der beruflichen Eignung aber auch solche Gesichtspunkte einbeziehen muss, ist der Wille des Gesetzgebers.* Eine Praxis der «Selbstbeschränkung», wie sie von der Gerichtskommission offenbar in Erwägung gezogen wurde^[56], stünde dazu im Widerspruch, zumal sie auf der unzutreffenden Annahme beruht, das Gremium sei «keine politische Kommission»^[57].

2. Überprüfung aller Bewerbungen durch die Gerichtskommission?

Unter Ziff. 1 haben wir festgestellt, dass sich die Gerichtskommission nicht nur auf eine Überprüfung der Wählbarkeit der Kandidatinnen und Kandidaten für Richterstellen im Bund beschränken kann, sondern der Bundesversammlung eigene Wahlvorschläge unterbreiten muss. Nun bleibt noch zu prüfen, ob eine Bewerbung *in jedem Fall* von der Kommission geprüft werden muss.

Gemäss Art. 54^{bis} Abs. 2 GVG *schreibt die Gerichtskommission offene Richterstellen öffentlich aus.* Diese Neuerung, die - abgesehen von vereinzelten Vorschlägen zu Beginn der Beratungen im Ständerat, Bundesrichterstellen

auszunehmen (vgl. Ziff. II 1, Fussnote 5 hievor) - in den Räten unbestritten war, soll die *Qualität des Verfahrens, seine Objektivität und Transparenz, verbessern*. Hier gibt es Bezüge zum grundrechtlich gewährleisteten Anspruch auf *richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit* (Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV], SR 101). Wie das Bundesgericht feststellte, hängen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richterinnen und Richter vor allem auch vom *Eindruck ab, der gegen aussen vermittelt wird*[58].

Es ist naheliegend, dass die *Qualität des Auswahlverfahrens* zur Bestimmung der höchsten Richterinnen und Richter des Landes *diesen Eindruck mitprägt*. Allerdings ist es nicht so, dass die Bundesverfassung oder das internationale Recht (z. B. die Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK], SR 0.101) zur Gewährung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ein bestimmtes Richterwahlverfahren vorschreiben[59].

Aus rechtlicher Sicht war somit die «informelle interfraktionelle Ausmarchung», wie sie bis zum Inkrafttreten von Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG bei Bundesrichterwahlen Anwendung fand, nicht zu beanstanden. Mit Blick auf sich entwickelnde, neuere Rechtsüberzeugungen wäre allerdings die Fortführung des alten Systems, namentlich das Fehlen einer Pflicht zur öffentlichen Stellenausschreibung, immer heikler geworden: Es ist nicht zu übersehen, dass das frühere, wenig transparente Auswahlverfahren potentiellen Bewerberinnen und Bewerbern, die sich auf keine eigene Parlamentsfraktion stützen konnten, kaum eine Chance liess. Ohne öffentliche Ausschreibung wären zudem Vakanzen an den beiden erstinstanzlichen Bundesgerichten möglicherweise nicht genügend früh bekannt geworden, wodurch einzelne Bewerbungen überhaupt nicht oder doch zu spät eingereicht worden wären. All dies wäre unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV), der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) zunehmend problematisch[60].

Die *öffentliche Ausschreibung* gemäss Art. 54^{bis} Abs. 2 GVG schafft die *notwendige Transparenz und Gleichbehandlung im Bewerbungsverfahren*. Sie ermöglicht es allen interessierten Personen, sich rechtzeitig für eine offene Richterstelle zu bewerben und öffnet das Auswahlverfahren auch für «fraktionslose» Bewerberinnen und Bewerber. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass *eine dafür zuständige Stelle* das Verfahren koordiniert und die Bewerbungen prüft. Dies ist im vorliegenden Fall die Aufgabe der *Gerichtskommission*.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Gerichtskommission die zuständige Anlaufstelle *für grundsätzlich alle Bewerbungen* auf offene Richterstellen im Bund ist, auch für solche, die aus den Fraktionen hervorgehen. Die Bewerbungen müssen von der Gerichtskommission geprüft werden. Aus ihnen unterbreitet die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung eigene Wahlvorschläge. Nur wenn grundsätzlich alle Bewerbungen über die Gerichtskommission laufen, kann eine *verfahrensmässige Gleichbehandlung der Bewerberinnen und Bewerber*, namentlich auch solcher, die sich nicht auf bestimmte Fraktionen stützen, gewährleistet werden. Nur wenn sie eine möglichst vollständige Übersicht über die Bewerbungen hat, kann

die Gerichtskommission die ihr vom Gesetz zugewiesene Aufgabe, *der Bundesversammlung eigene Wahlvorschläge zu unterbreiten (vgl. Ziff. 1 hievor), richtig wahrnehmen.*

Das Gesagte bedarf in zweifacher Hinsicht einer geringfügigen Relativierung:

Zum einen darf das *Sekretariat* der Gerichtskommission selbstverständlich eine erste Sichtung der eingegangenen Bewerbungen vornehmen, um jene Kandidaturen, die den Anforderungen offensichtlich nicht genügen, von den anderen zu trennen. Die Kommission muss über die ihr nicht vorgelegten Bewerbungen informiert werden. Die Vornahme einer ersten «Triage» durch das Kommissionssekretariat ist von der Sache her sinnvoll und entspricht der üblichen Praxis der Verwaltungsbehörden und der Privatwirtschaft.

Zum anderen ist die Vorprüfung einer Bewerbung durch die Gerichtskommission *keine Wählbarkeitsvoraussetzung für Richterinnen und Richter im Bund*. Einzige Wählbarkeitsvoraussetzung sowohl für die Bundesrichterinnen und Bundesrichter als auch für die Richterinnen und Richter des Bundesstrafgerichts[61] ist die Stimmberechtigung in eidgenössischen Angelegenheiten (Art. 143 BV bzw. Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über das Bundesstrafgericht [SGG], SR 173.71). Die Wahl einer Richterin oder eines Richters durch die Vereinigte Bundesversammlung ist somit auch dann gültig, wenn das Bewerbungsverfahren nicht über die Gerichtskommission gelaufen ist. Dies ist dann von Bedeutung, wenn - etwa infolge politischer Absprachen zwischen den Fraktionen - ganz kurzfristig vor dem Wahltermin neue Vorschläge eingebracht werden. Art. 160 Abs. 2 BV räumt jedem Parlamentsmitglied das Recht ein, zu einem hängigen Geschäft eigene Anträge zu stellen. Art. 137 Abs. 3 ParlG präzisiert dieses Recht für Wahlen in eidgenössische Gerichte[62]. Eine Einschränkung durch Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG (bzw. ab 1. Dezember 2003 durch Art. 40a ParlG) ist offensichtlich nicht gewollt. Dafür sprechen zwei Gründe: Aufgrund seiner Detailliertheit ist Art. 137 ParlG hinsichtlich des Ablaufs der Wahl in der Vereinigten Bundesversammlung als *lex specialis* zu betrachten. Hätte man die ausnahmslose Vorprüfung jedes Wahlvorschlags durch die Gerichtskommission zwingend vorschreiben wollen, so müsste dies in Art. 137 ParlG zum Ausdruck kommen. Mit der Einsetzung der Gerichtskommission wollte man aber - wie die Ratsdebatten zeigen[63] - die Handlungsfreiheit der Bundesversammlung nicht beschneiden, sondern sicherstellen, dass diese ihre Aufgabe trotz quantitativer Zunahme der Stellenbesetzungen einwandfrei erfüllen kann. Das über die Gerichtskommission laufende Bewerbungsverfahren und die Pflicht dieses Gremiums, der Bundesversammlung Wahlvorschläge zu unterbreiten, soll die Qualität der Auswahl verbessern und die Gleichbehandlung aller Bewerberinnen und Bewerber gewährleisten. Als Wahlbehörde soll die Bundesversammlung aber über eine gewisse Flexibilität verfügen, namentlich auch aus Gründen der politischen Zweckmässigkeit kurzfristig neue Kandidaturen zu favorisieren.

Daraus folgt, *dass grundsätzlich alle Bewerbungen für Richterstellen im Bund über die Gerichtskommission laufen müssen, die daraus der Vereinigten Bundesversammlung eigene Wahlvorschläge unterbreitet.* Sicher gilt dies für sämtliche Eingaben innert der Bewerbungsfrist, welche grosszügig zu bemessen ist. Die anzustrebende Transparenz und Objektivität des

Auswahlverfahrens und die Sicherstellung der Chancengleichheit für «parteilose» Kandidatinnen und Kandidaten erfordern darüber hinaus, dass die Gerichtskommission auch nach Fristablauf eingegangene Bewerbungen prüft, solange dies zeitlich irgendwie möglich ist. Hierbei ist vor allem an Wahlvorschläge zu denken, die von einzelnen Fraktionen erst spät ins Spiel gebracht werden. Kandidaturen unmittelbar vor oder während der Wahl bleiben indes möglich, auch wenn sie die Gerichtskommission nicht mehr überprüfen und bewerten konnte.

III. Fazit

Somit kommen wir zu folgendem Ergebnis:

1. Die Gerichtskommission ist gesetzlich verpflichtet, der Vereinigten Bundesversammlung *eigene Wahlvorschläge* zu unterbreiten. Dabei steht ihr ein *pflichtgemäss auszuübendes Ermessen* zu, in dessen Rahmen die *persönliche und fachliche Eignung* der Bewerberinnen und Bewerber, aber *auch gesellschaftliche und politische Erwägungen* einfließen sollen. Die blosse Prüfung der Bewerbungen im Sinne eines *nihil obstat* genügt nicht.

2. Das Bewerbungsverfahren läuft über die Gerichtskommission. Sie hat *grundsätzlich alle Bewerbungen zu prüfen und zu bewerten*, solange dies zeitlich möglich ist. Die Überprüfung ist allerdings *keine Wählbarkeitsvoraussetzung*. Kurzfristige Kandidaturen unmittelbar vor oder während des Wahltags bleiben möglich, auch wenn sie von der Gerichtskommission nicht begutachtet werden konnten.

[50] Dieses Gutachten wurde vor der Inkraftsetzung des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz [ParlG], SR 171.10) verfasst. Deshalb wird noch auf die Regelung des Geschäftsverkehrsgesetzes zur Gerichtskommission abgestellt (Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG). Mit dem Inkrafttreten des Parlamentsgesetzes wurden diese Bestimmungen in Art. 40a ParlG überführt.

[53] So z. B. die Voten von Bundesrätin Metzler-Arnold, AB 2001 S 907 und AB 2002 N 1218; Ständerat Epiney, AB 2001 S 908; Ständerat Stadler, *ibidem*, 910; Ständerat Marty, *ibidem*, 915 (besonders prägnant); Ständerat Schweiger, AB 2002 S 198; Nationalrat Jost Gross, AB 2002 N 1218; Nationalrätin Ménétrey-Savary, *ibidem*, 1219.

[54] So Ständerat Frick, AB 2001 S 909 und Ständerat Schweiger, *ibidem*, 913.

[55] So die Voten von Ständerat Schmid, AB 2001 S 911; Ständerat Schiesser, *ibidem*, 914; Nationalrat Glasson, AB 2002 N 1220; Nationalrätin Thanei, AB 2002 N 2014.

[56] Vgl. das Schreiben des Sekretariats der Gerichtskommission vom 8. Oktober 2003 an den Direktor des Bundesamtes für Justiz.

[57] *Ibidem*.

[58] So z. B. BGE 114 Ia 50, vgl. dazu auch Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 575.

[59] Im Unterschied zu zahlreichen anderen Staaten hält man z. B. in der Schweiz die periodische demokratische Bestätigung durch die *Legislative* (Wiederwahlverfahren) für besonders geeignet, die richterliche Unabhängigkeit zu gewährleisten, weil «der Richter [...] ins Rampenlicht der messbaren Kontrolle» gesetzt wird, vgl. Eichenberger, Sonderheiten und

Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit der Schweiz, (Fussnote 3), S. 67. Auch eine Ernennung von Richterinnen bzw. Richtern durch die *Regierung* wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit der richterlichen Unabhängigkeit als vereinbar betrachtet, so explizit in Campbell und Fell gegen Grossbritannien, Urteil vom 28. Juni 1984, Amtliche Sammlung der Urteile des EGMR, Serie A, Bd. 80, § 79.

[60] So wird z. B. in der Literatur zum Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1) darauf hingewiesen, dass bei einer Stellenbesetzung ohne öffentliche Ausschreibung das Diskriminierungsverbot faktisch umgangen werden kann, weil potentiell interessierte Personen, die sich infolge Unkenntnis der Vakanz nicht beworben haben, mangels eigenem Bewerbungsverfahren gar keine Möglichkeit haben, den Beststellungsentscheid einer Behörde auf diskriminierende Motive hin zu überprüfen. Vgl. Kathrin Arioli/Felicitas Furrer Iseli, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, Basel 1999, S. 57, Rz. 128.

[61] Die Räte haben das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) bisher noch nicht verabschiedet.

[62] Nach dieser Bestimmung, welche den Inhalt von Art. 8 Abs. 5 des per 1. Oktober 2003 aufgehobenen Reglementes vom 8. Dezember 1976 der Vereinigten Bundesversammlung (AS 1977 231) übernimmt, können bei Ergänzungswahlen in die eidgenössischen Gerichte in den ersten beiden Wahlgängen alle wählbaren Personen gewählt werden; in den folgenden Wahlgängen dürfen dagegen keine neuen Kandidatinnen oder Kandidaten mehr vorgeschlagen werden.

[63] Vgl. Ziff. I 2 hievor.

JAAC 69.3 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. November 2003

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2005
Année	
Anno	
Band	69
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 950

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.