

JAAC 68.49

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 14. August 2003

Indépendance des juges. Responsabilité disciplinaire des juges fédéraux. Destitution. Nouvelles mesures légales. Procédure de conciliation. Mécanismes d'autorégulation et de résolution des conflits au Tribunal fédéral.

- Le droit de haute surveillance de l'Assemblée fédérale ne comprend aucune compétence disciplinaire envers les juges fédéraux. Le principe d'auto-administration du tribunal fédéral ou la compétence de répartition des affaires ne constituent pas non plus une base pour un pouvoir disciplinaire du Tribunal fédéral envers ses membres. De même, le président du Tribunal fédéral n'a ni une compétence de surveillance ni un pouvoir disciplinaire envers ses collègues (ch. 1.3.1).

- L'absence d'une responsabilité disciplinaire des juges fédéraux ne constitue pas une lacune qui pourrait être comblée de lege lata (ch. 1.3.2)

- En cas d'institution d'une responsabilité disciplinaire des juges fédéraux par le législateur, les conditions de la précision des normes et de l'exigence d'une loi formelle devraient être respectées de manière spécialement stricte au vu de l'indépendance des juges fédéraux et de leur statut de magistrats (ch. 1.4).

- Les motifs permettant la destitution d'un juge fédéral doivent être énumérées dans la loi de manière exhaustive (ch. 2.2). Selon le droit en vigueur, une destitution n'est possible qu'en cas de condamnation en raison d'un crime ou d'un délit (ch. 2.5)

- Il existe différents modèles pour l'introduction éventuelle d'une destitution de juges fédéraux (ch. 2.6).

- De nouvelles mesures édictées par le législateur ne peuvent être appliquées à un cas concret que si un état de fait (passé) doit être sanctionné qui perdure au-delà d'un événement unique (rétroactivité impropre; ch. 3.2).

- En l'espèce, il serait également problématique d'édicter une loi portant sur un cas unique, parce qu'une telle loi porterait atteinte à l'indépendance des juges et à l'interdiction de la rétroactivité et que la personne concernée ne pourrait ni participer à la procédure ni attaquer l'«arrêté fédéral portant sur un cas unique» (ch. 3.3).

- L'ouverture d'une procédure de conciliation pour résoudre une situation problématique de manière informelle est possible sans base légale pour autant que l'organe de conciliation ne bénéficie pas de compétences de sanction (ch. 3.4).

- La large autonomie en matière d'organisation et d'administration prévue dans le projet de loi sur le Tribunal fédéral offre à celui-ci plusieurs possibilités pour résoudre des conflits entre un juge et d'autres collègues ou un organe du Tribunal fédéral (ch. 4.4).

Richterliche Unabhängigkeit. Disziplinarische Verantwortlichkeit von Bundesrichtern. Amtsenthebung. Neue gesetzliche Massnahmen. Schlichtungsverfahren. Selbstregulierung und Konfliktlösungsmöglichkeiten des Bundesgerichts.

- Das Oberaufsichtsrecht der Bundesversammlung umfasst keinerlei Disziplinarbefugnisse gegenüber Bundesrichtern. Ebenso wenig liefern die Selbstverwaltungsbefugnis des Bundesgerichts oder die Geschäftsverteilungskompetenz eine Grundlage für eine Disziplinargewalt des Bundesgerichts gegenüber seinen Mitgliedern. Auch der Bundesgerichtspräsident besitzt gegenüber seinen Richterkollegen keine Aufsichtsbezugnis oder Disziplinargewalt (Ziff. 1.3.1).

- Die fehlende disziplinarische Verantwortlichkeit von Bundesrichtern stellt keine Lücke dar, die der Rechtsanwender de lege lata beheben könnte (Ziff. 1.3.2).

- Sollte der Gesetzgeber künftig eine disziplinarische Verantwortlichkeit der Bundesrichter einführen, so gilt es zu beachten, dass mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit und die Stellung der Bundesrichter als Magistratspersonen an die Bestimmtheit der Normen und an das Erfordernis der Gesetzesform erhöhte Anforderungen zu stellen sind (Ziff. 1.4)

- Die Gründe für die Abberufung eines Bundesrichters müssen abschliessend im Gesetz festgelegt sein (Ziff. 2.2). Nach geltendem Recht ist eine Amtsenthebung einzig aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens möglich (Ziff. 2.5).

- Für die Einführung der Amtsenthebung auf Gesetzesstufe bestehen verschiedene Modelle (Ziff. 2.6).

- Vom Gesetzgeber neu geschaffene Massnahmemöglichkeiten könnten auf den konkreten Fall nur angewendet werden, wenn ein Zustand sanktioniert werden soll, der über einen einmaligen Vorfall hinaus andauert (unechte Rückwirkung; Ziff. 3.3).

- Auch der Erlass eines Einzelfall-Gesetzes wäre vorliegend problematisch, weil dadurch die richterliche Unabhängigkeit und das Rückwirkungsverbot tangiert würden und der Betroffene weder am Verfahren mitwirken noch den «Einzelfall-Bundesbeschluss» anfechten könnte (Ziff. 3.3).

- Die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zur informellen Lösung der Problemsituation wäre ohne gesetzliche Grundlage möglich, solange dem Schlichtungsorgan keine Sanktionsbefugnisse zustehen (Ziff. 3.4).

- Die breite Autonomie für die eigene Organisation und Verwaltung, die im geplanten Bundesgerichtsgesetz vorgesehen ist, bietet dem Bundesgericht verschiedene Möglichkeiten, Konflikte zwischen einem Richter und anderen Kollegen oder einem Organ des Bundesgerichts zu lösen (Ziff. 4.4).

Indipendenza dei giudici. Responsabilità disciplinare dei giudici federali. Destituzione. Nuove misure legali. Procedura di conciliazione. Meccanismi di auto-regolamentazione e di risoluzione dei conflitti in seno al Tribunale federale.

- Il diritto di alta vigilanza dell'Assemblea federale non comprende competenze disciplinari nei confronti dei giudici federali. Nemmeno il principio di auto-amministrazione del Tribunale federale o la competenza di ripartizione degli incarti costituiscono una base sufficiente per fondare un potere disciplinare del Tribunale federale nei confronti dei suoi membri. Anche il presidente del Tribunale federale è privo della competenza di sorveglianza o di un potere disciplinare verso i suoi colleghi (n. 1.3.1).

- L'assenza di una responsabilità disciplinare dei giudici federali non rappresenta una lacuna che potrebbe essere colmata de lege lata (n. 1.3.2)

- Se il legislatore introducesse una responsabilità disciplinare dei giudici federali, dovrebbero essere rispettati in modo particolarmente rigoroso i principi della precisione delle norme e dell'esigenza di una legge formale, tenuto conto dell'indipendenza dei giudici federali e del loro statuto di magistrati (n. 1.4).

- I motivi che permettono la destituzione di un giudice federale devono essere elencati in modo esaustivo nella legge (n. 2.2). Secondo il diritto in vigore, una destituzione è possibile solo in caso di condanna per un crimine o un delitto (n. 2.5)

- Vi sono differenti modelli per un'eventuale introduzione di una destituzione di giudici federali (n. 2.6).

- Nuove misure emanate dal legislatore possono essere applicate in un caso concreto solo se deve essere sanzionata una situazione (passata) che continua oltre il momento in cui si è verificato l'evento unico (retroattività impropria; n. 3.2).

- Nella fattispecie, sarebbe pure problematico creare una legge riguardante un caso unico, perché una simile legge violerebbe l'indipendenza dei giudici e il divieto della retroattività e la persona interessata non potrebbe né partecipare alla procedura né contestare il «decreto federale inerente un caso unico» (ch. 3.3).

- L'apertura di una procedura di conciliazione per risolvere una situazione problematica in maniera informale è possibile senza base legale, a condizione che l'organo di conciliazione non disponga di competenze per ordinare sanzioni (n. 3.4).

- L'ampia autonomia in materia d'organizzazione e d'amministrazione prevista nel progetto di legge sul Tribunale federale offre a quest'ultimo numerose possibilità per risolvere i conflitti fra un giudice e altri colleghi o un organo del Tribunale federale (n. 4.4).

I. Auftrag

Mit Schreiben vom 19. Juni 2003 ersucht die Arbeitsgruppe «Bundesgericht» der Geschäftsprüfungskommissionen das Bundesamt für Justiz, ihr «eine rechtliche Auslegeordnung zu folgenden Themen auszuarbeiten:

1. Möglichkeiten zu disziplinarischen Massnahmen gegen Bundesrichter (gerichtsintern, gerichtsextern)
2. Abwahlverfahren, Amtsenthebungsverfahren
3. Lösungsmöglichkeiten im konkreten Fall von Bundesrichter Schubarth («Lex Schubarth», Disziplinar-massnahmen)
4. Mechanismen zur Selbstregulierung und Konfliktlösung am Bundesgericht.

Erwünscht ist die Darstellung von Möglichkeiten, Vor- und Nachteilen und allenfalls von Hinweisen auf Lösungen dieser Fragen im Ausland.»

II. Rechtliche Ausführungen

Vorbemerkungen

Das Bundesgericht umfasst (hauptamtliche) Mitglieder und nebenamtliche Richterinnen und Richter (juges suppléants; Art. 1 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 [OG], SR 173.110). Die folgenden Ausführungen beziehen sich einzig auf die Mitglieder. Die nebenamtlichen Richterinnen und Richter werden ebenfalls von der Bundesversammlung auf sechs Jahre gewählt. Ihre Funktion beschränkt sich aber auf die Bearbeitung einzelner ihnen vom Gericht zugewiesener Fälle. Sie werden nach Aufwand entschädigt. Mit Blick auf ihre unterschiedliche Stellung (Nebenamt) und Aufgabe (Ersatzrichterfunktion) stellt sich die hier zu behandelnde Thematik nicht gleichermassen^[1].

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird nachstehend auf die geschlechts-neutrale Formulierung «Richterinnen und Richter» verzichtet und nur die maskuline Form verwendet.

1. Disziplinarmaßnahmen gegen Bundesrichter

1.1 Disziplinarmaßnahmen im Allgemeinen

Disziplinarische Massnahmen sind Sanktionen gegenüber Personen, die in einem *Sonderstatusverhältnis* (z. B. Beamte, Schüler, Strafgefangene) oder unter einer *besonderen Aufsicht* des Staates (z. B. Rechtsanwälte, Medizinalpersonen) stehen. Endet dieses besonders nahe Verhältnis zum Staat, so ist eine disziplinarische Massnahme nicht mehr möglich[2].

Der *Zweck* der Disziplinarmaßnahmen besteht darin, die gute Ordnung innerhalb der Verwaltung oder eines Berufsstandes zu gewährleisten. Eingeschlossen ist die Sorge um das Ansehen und die Vertrauenswürdigkeit der entsprechenden Einheit[3].

Von ihrer *Rechtsnatur* her sind disziplinarische Massnahmen administrative Sanktionen und damit grundsätzlich keine Strafen im Rechtssinne[4]. Je nach Art und Schwere der angedrohten Sanktion kann aber doch eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) vorliegen, womit die dort garantierten Verfahrensrechte einzuhalten sind[5]. In den zivilrechtlichen Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK fällt etwa ein disziplinarrechtlich motivierter Entzug der Bewilligung zur Berufsausübung[6].

Disziplinarmaßnahmen können tiefgreifend in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreifen. Sie sind nur unter folgenden *Voraussetzungen* zulässig[7]:

- Sie müssen auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruhen, wobei in einem Sonderstatusverhältnis an die Bestimmtheit des Rechtssatzes und an das Erfordernis der Gesetzesform keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.
- Es muss ein *Disziplinarfehler* vorliegen, d. h. eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Dienst-, Verhaltens- oder Berufspflichten. Darin liegt der Grundtatbestand des Disziplinarrechts. Generalklauseln diesen Inhalts genügen dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage^[8].
- Die Disziplinarmaßnahme muss das *Verhältnismässigkeitsprinzip* wahren, d. h. sie muss geeignet sein, die Erfüllung der Dienstpflicht sowie das gute Funktionieren und die Vertrauenswürdigkeit der Organisation wiederherzustellen. Zu verhängen ist die mildeste der geeigneten Sanktionen. Aufgrund des im Disziplinarrecht geltenden Opportunitätsprinzips kann auch ganz auf eine Disziplinarmaßnahme verzichtet werden, wenn der angestrebte Zweck auch ohne diese erreicht werden kann.

- Aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV], SR 101) muss der Betroffene vor der Anordnung der Disziplinar massnahme *angehört* werden. Nicht erforderlich ist die vorherige Androhung.

Als *Disziplinarsanktionen* können in der Reihenfolge der Vorwerfbarkeit und des Gewichtes der Verfehlung vorgesehen sein: Verwarnung, Verweis, Busse, vorübergehende Einstellung im Dienst, Versetzung im Amt, befristete Herabsetzung des Gehalts und als schärfste Massnahme die disziplinarische Entlassung (bzw. bei freien Berufen der Entzug der Berufsausübungsbewilligung).

1.2 Disziplinarische Verantwortlichkeit von Richtern: Problemstellung

«Der richterlichen Unabhängigkeit liegt die positive Erwartung zugrunde, dass der Richter das Vertrauen rechtfertigt und ohne Dritteinwirkungen das Richtige tut und trifft»[9].

Aber auch Richter sind nicht unfehlbar. Fehlleistungen von Richtern können zudem die Autorität des Gerichts und die Akzeptanz seiner Rechtsprechung untergraben[10]. Ohne Aufsicht über die Justiz ist daher nicht auszukommen. Sie stellt *per se* die Unabhängigkeit der Gerichte noch nicht in Frage. Im Gegenteil: Sie will gerade sicherstellen, dass die Rechtsprechung verfassungskonform funktioniert. Sie stützt die richterliche Unabhängigkeit, wenn sie eingesetzt wird, um Abhängigkeiten und sachfremde Einwirkungen aufzudecken. Gleichzeitig darf die Aufsicht aber nicht beeinträchtigen, was sie schützen will. Darin manifestiert sich das *Spannungsfeld von Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit* sowohl in der gesetzgeberischen Ausgestaltung als auch in der konkreten Handhabung der Justizaufsicht. Durch ihre besondere Zielsetzung gewinnt die Justizaufsicht eine spezifische Ausprägung und Begrenzung; sie kann nicht mit der allgemeinen Verwaltungsaufsicht gleichgesetzt werden[11].

Als schweizerische Eigenheit, die im Demokratieprinzip ihre Begründung findet, unterstehen die oberen kantonalen Gerichte und das Bundesgericht der parlamentarischen Oberaufsicht. Diese Interorgankontrolle hat den ordnungsgemässen Gang der Rechtspflege, das Gericht als Ganzes im Auge. Demgegenüber befasst sich die Dienstaufsicht mit der Amtsführung des einzelnen Richters. Verfügt die Dienstaufsicht über Möglichkeiten zur Sanktionierung von Pflichtverstössen, intensiviert sie sich zur Disziplinar aufsicht. In der Regel ist die Dienstaufsicht über Richter, wenn sie vorgesehen ist, als Intraorgankontrolle ausgestaltet (obere Gerichte über die unteren Gerichte). Teilweise verfügen die kantonalen Parlamente über Disziplinargewalt gegenüber den Mitgliedern der oberen kantonalen

Gerichte. In den Kantonen Tessin und Genf amtet ein besonderes Organ (Consiglio della magistratura[12], Conseil supérieur de la magistrature[13]) als Justizaufsichtsbehörde.

1.3 Disziplinarmaßnahmen gegen Bundesrichter de lege lata

1.3.1 Keine disziplinarische Verantwortlichkeit von Bundesrichtern

Nach geltendem Recht *unterstehen die Bundesrichter keiner disziplinarischen Verantwortlichkeit*[14]. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für Disziplinarmaßnahmen gegen Bundesrichter besteht nicht (weder für gerichtsexterne noch gerichtsinterne Massnahmen) und kann auch nicht aus dem Oberaufsichtsrecht der Bundesversammlung oder der Selbstverwaltungsbefugnis des Bundesgerichts noch aus der Führungsfunktion des Bundesgerichtspräsidenten «abgeleitet» werden.

Das *Oberaufsichtsrecht der Bundesversammlung* soll das ordnungsgemässe Funktionieren der Geschäftsführung des Gerichts sicherstellen. Adressat der Oberaufsicht ist primär das Gericht und nicht der einzelne Richter. Das Parlament kann sich aber mit der Amtsunfähigkeit oder Amtspflichtverletzung eines Bundesrichters befassen und dieses Vorkommnis allenfalls beim Wiederwahlentscheid berücksichtigen. *Das Oberaufsichtsrecht umfasst aber keinerlei Disziplinarbefugnisse gegenüber den Bundesrichtern*[15].

Ebenso wenig liefern die Selbstverwaltungsbefugnis des Bundesgerichts (Art. 188 Abs. 3 BV) und die Geschäftsverteilungskompetenz (Art. 14 OG) eine Grundlage für eine Disziplinalgewalt des Bundesgerichts gegenüber seinen Mitgliedern:

Die *Selbstverwaltungsbefugnis* bedeutet, dass das Bundesgericht innerhalb des gesetzlichen Rahmens und der ihm vom Parlament bewilligten Finanzmittel seine Verwaltung *selber* besorgen kann. Zur Justizverwaltung gehört die Administration der sachlichen und personellen Ressourcen. Das Gericht stellt sein juristisches und administratives Personal selber an, beaufsichtigt dieses, legt die Pflichtenhefte fest usw. Es ordnet innerhalb des Gesetzes die Organisation und Verwaltung des Gerichts durch Reglement. Für das dem Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) unterstehende Gerichtspersonal (Gerichtsschreiber usw., Kanzleipersonal) kann das Gericht gestützt auf Art. 37 Abs. 1 BPG eigene Ausführungsbestimmungen erlassen. Als Magistratspersonen sind die Richter davon nicht berührt. Im Interesse eines geordneten Gerichtsbetriebs wird man dem Gesamtgericht aber die Befugnis zugestehen dürfen, *gewisse Aspekte der rechtlichen Stellung der Richter zu regeln, wie etwa der Bezug von Urlaub* (vgl. Art. 20 Abs. 2 OG; vgl. auch hinten Ziff. 4.2) *Eine Disziplinalgewalt gegenüber den Bundesrichtern ist in der Selbstverwaltungsbefugnis des Bundesgerichts aber nicht enthalten*[16]. Dazu bräuchte es eine gesetzliche Grundlage.

Nach Art. 14 OG setzt das Bundesgericht die *Verteilung der Geschäfte* durch ein Reglement fest. Diese Bestimmung besagt somit zum einen, dass das Bundesgericht *selber* die Geschäftsverteilung vornehmen darf, zum andern, dass es dies zur Wahrung des Anspruchs auf den gesetzmässigen Richter

(Art. 30 Abs. 1 BV) grundsätzlich durch *Reglement* (generell-abstrakt) tun muss^[17]. *Die Geschäftsverteilung bietet aber keine Handhabe für Disziplinierungen von Richtern, etwa durch Vorenthalten jeglicher Fälle*^[18]. Eine solche «Kaltstellung» eines Richters bedeutete faktisch ein Unterlaufen des Wahlentscheids der Bundesversammlung.

Art. 6 Abs. 2 OG überträgt dem *Bundesgerichtspräsidenten* die allgemeine Geschäftsleitung und die Überwachung der Beamten und Angestellten. Die Bundesrichter sind keine Beamten oder Angestellte im Sinne dieser Bestimmung. Als Magistratspersonen sind sie dem Bundesgerichtspräsidenten für ihre Amtsführung nicht verantwortlich. Dem Bundesgerichtspräsidenten wird man im Rahmen der ihm zustehenden allgemeinen Geschäftsleitung die Befugnis zuerkennen dürfen, dass er Aufschluss über die Erledigung der Arbeiten verlangen kann, auch von den Richtern. *Er besitzt aber gegenüber seinen Richterkollegen keine Aufsichts- oder Disziplinargewalt*. Ähnlich wie der Bundespräsident ist er *primus inter pares*.

1.3.2 Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers

Nach Art. 17 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) richtet sich die disziplinarische Verantwortlichkeit der diesem Gesetz unterstellten Personen nach den für sie geltenden besonderen Bestimmungen. Für Bundesrichter bestehen keine Vorschriften über eine disziplinarische Verantwortlichkeit. Vielmehr nimmt der Gesetzgeber die von der Bundesversammlung nach Art. 168 BV gewählten Personen (Mitglieder des Bundesrates, Bundeskanzlerin oder Bundeskanzler, Bundesrichter) ausdrücklich vom Geltungsbereich des Bundespersonalgesetzes mit seinen Disziplinarvorschriften (Art. 25 BPG) aus (Art. 2 Abs. 2 Bst. a BPG).

Darin kann ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers erblickt werden, eine *bewusst negative Stellungnahme gegen eine disziplinarische Verantwortlichkeit der Bundesrichter*. Der Gesetzgeber hat die Frage nicht übersehen, sondern negativ entschieden. Ein qualifiziertes Schweigen schliesst die Annahme einer Lücke (planwidrige Unvollständigkeit) aus. Für richterliche^[19] Lückenfüllung ist kein Platz^[20].

Für den Verzicht auf eine disziplinarische Verantwortlichkeit der obersten Richter sprechen durchaus gute *Gründe*:

- In der Schweiz hat im Gegensatz zu unseren Nachbarländern keine «Verbeamtung» der Richterschaft stattgefunden. Die Bundesrichter sind *Magistratspersonen*. Es ist daher folgerichtig, wenn auf sie das Disziplinarrecht, das letztlich seinen Ursprung im Beamtenstaat hat^[21], keine Anwendung findet.
- Der Verzicht auf die disziplinarische Verantwortlichkeit dient der *Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit*. Die Mitglieder des obersten Gerichts, die mitunter auch Entscheide von politischer Tragweite fällen müssen (vgl. z. B. die jüngsten Einbürgerungsentscheide), sind besonders exponiert. Eine Disziplinaufsicht durch politische Behörden könnte ein Klima schaffen, das der inneren Unabhängigkeit der Bundesrichter abträglich ist^[22].

- Das schweizerische System der Wahl auf eine verhältnismässig kurze Amtsdauer mit Wiederwählerfordernis bietet die Möglichkeit, einem Bundesrichter die Wiederwahl zu versagen, wenn seine Amtsunfähigkeit oder grobe Amtspflichtverletzungen erwiesen sind^[23]. Das Institut der kurzen Amtsperiode erfüllt zum Teil disziplinarische Funktionen und macht damit eine eigentliche disziplinarische Verantwortlichkeit entbehrlich. Das «*Notventil*» der *Nichtwiederwahl* steht zwar nur alle sechs Jahre zur Verfügung, erlaubt aber doch, sich von einem amtsunfähigen oder amtsunwürdigen Richter zu trennen^[24]. Es mag unbefriedigend erscheinen, dass dies während der Amtsperiode nicht möglich ist, wenn der betreffende Richter nicht freiwillig zurücktritt. Dazu Eichenberger^[25]: «Für die richterliche Unabhängigkeit ist der faktische Zustand im schweizerischen Recht nicht einfach unerwünscht. Er steht einer Entfaltung der Disziplinargewalt hindernd im Wege und belässt der richterlichen Unabhängigkeit insoweit Freiheit.»

Die fehlende disziplinarische Verantwortlichkeit von Bundesrichtern lässt sich somit sachlich rechtfertigen. Sie hat sich über 129 Jahre bewährt und bisher nicht zu unlösbaren Problemen geführt. Es liegt *keine Lücke vor, die der Rechtsanwender de lege lata beheben könnte*^[26].

Sofern man in diesem Punkt (aufgrund gewandelter Einschätzung) ein *rechtspolitisches Defizit* orten wollte, also gewissermassen eine «*Lücke de lege ferenda*», wäre ihre Schliessung dem Gesetzgeber vorenthalten^[27].

1.4 Disziplinar massnahmen gegen Bundesrichter de lege ferenda

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege^[28] wird an der fehlenden disziplinarischen Verantwortlichkeit der Bundesrichter festgehalten. Diese bleiben damit den anderen Magistratspersonen (Mitglieder des Bundesrates, Bundeskanzler/in), die ebenfalls keiner Disziplinargewalt unterstehen, gleichgestellt.

Sofern der Gesetzgeber es für notwendig erachten sollte, künftig eine disziplinarische Verantwortlichkeit der Bundesrichter einzuführen, so gilt es zu beachten: Mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit und die Stellung der Bundesrichter als Magistratspersonen sind an die Bestimmtheit der Normen und an das Erfordernis der Gesetzesform erhöhte Anforderungen zu stellen^[29] als wie sie sonst im Disziplinarrecht gelten (vgl. Ziff. 1.1). So muss die gesetzliche Umschreibung der Disziplinartatbestände hinreichend bestimmt sein, um missbräuchliche Disziplinierungen zu vermeiden. Die schärferen Sanktionen müssen jedenfalls im Gesetz vorgesehen sein.

Erforderlich wäre demnach eine detaillierte Regelung:

- des zuständigen Organs (etwa Bundesversammlung, Bundesgericht, ein Conseil de la magistrature)^[30],
- der Disziplinartatbestände,
- der Disziplinarsanktionen,
- des Verfahrens (namentlich rechtliches Gehör, vorsorgliche Massnahmen, Verjährungsfristen usw.),

- allfälliger Rechtsmittel gegen Disziplarentscheidung.

In Konsequenz einer solchen Neuerung wäre zudem zu prüfen, ob eine analoge Regelung auch für die Richter der *unteren* Gerichte des Bundes vorgesehen werden soll, allenfalls mit anderen Zuständigkeiten. Es müsste demnach ein umfangreicher Normenkomplex geschaffen werden, der möglicherweise höchst selten zur Anwendung gelangen würde.

Denkbar wäre allenfalls auch eine Regelung, die nicht die ganze Palette disziplinarischer Massnahmen vorsieht, sondern lediglich zwei Intensitätsstufen unterscheidet^[31]:

- Eine erste Stufe hat die blosser Vernachlässigung oder die einfache Verletzung von Amtspflichten im Auge. Bei solchen weniger schwerwiegenden Verstössen soll die Möglichkeit bestehen, die Sache informell gerichtsintern in Ordnung zu bringen. Deshalb wird lediglich vorgesehen, dass die Aufsichtsbehörde den betreffenden Richter und die Gerichtsleitung auf das Fehlverhalten aufmerksam macht in der Erwartung, dass gerichtsintern für Abhilfe gesorgt wird.

- Eine zweite Stufe betrifft die schwere Verletzung von Amtspflichten in vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Weise oder die dauernde Amtsunfähigkeit. In diesen Fällen kommt eine Amtsenthebung in Betracht.

2. Amtsenthebung von Bundesrichtern

2.1 Begriff

«Amtsenthebung» meint die Entfernung des Amtsinhabers aus dem Amt vor Ablauf der Amtsdauer^[32]. Die Begriffe «Abwahl» oder «Abberufung» widerspiegeln den *contrarius actus* zur Wahl oder Berufung. Im Ergebnis geht es stets um die vorzeitige Beendigung eines Amtsverhältnisses. Die Amtsenthebung im hier verwendeten Sinne erfasst zwei Tatbestände: Einerseits stellt die Amtsenthebung die schärfste Disziplinar massnahme dar, wenn sie aufgrund eines schuldhaften Fehlverhaltens erfolgt. Reagiert sie hingegen auf eine unverschuldete Amtsunfähigkeit (z. B. infolge Krankheit), fällt sie in die Kategorie der administrativen Entlassung.

2.2 Amtsenthebung von Richtern: Problemstellung

Gleich wie die Disziplinierung (vgl. Ziff. 1.2) steht auch *die Amtsenthebung von Richtern in einem Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit*. Betroffen ist die persönliche Unabhängigkeit. Der Richter soll nicht wegen seiner Rechtsprechung oder seiner Person die Entfernung vom Amt befürchten müssen (Unabsetzbarkeit oder Inamovibilität des Richters). Gefordert ist deshalb ein dienstrechtlicher Status, der eine Rechtsprechung in Unabhängigkeit, allein in Bindung an Gesetz und Recht, und ohne Gefährdung der amtlichen Stellung erlaubt^[33].

Optimal sichergestellt ist die persönliche Unabhängigkeit bei Wahl auf Lebenszeit oder auf eine einmalige, relativ lange Amtsdauer. Denn bei diesem System unterbleiben nach der Wahl weitere institutionelle Berührungen

mit der Wahlbehörde[34]. Das schweizerische System der Wahl auf eine verhältnismässig kurze Amtsdauer mit Wiederwählerfordernis hält aber vor der menschenrechtlichen Unabhängigkeitsgarantie (Art. 6 Abs. 1 EMRK) stand[35]. Es findet in der schweizerischen Doktrin mehrheitlich Akzeptanz[36], zumal die Richter faktisch in aller Regel mit ihrer Wiederwahl rechnen können[37]. Dieses System hat auch Vorteile: Demokratiebezug, Effekt der Machtbremsung, Möglichkeit, amtsunfähig gewordene Richter ohne förmliches Verfahren aus dem Amt zu entfernen.

Wie die meisten institutionellen Sicherungen ist auch die Wahl auf Lebenszeit ambivalent: Die Unabhängigkeit kann dem Richter aus anderen Gründen abhanden kommen oder er kann sich als derart ungenügend erweisen, dass der Zweck der richterlichen Unabhängigkeit (sachrichtige, der Gerechtigkeit angenäherte Rechtsprechung) verfehlt wird[38]. Die Länder, welche ihre Richter auf Lebenszeit oder lange einmalige Amtsdauer wählen, kommen denn auch nicht ohne die Möglichkeit einer Amtsenthebung aus (vgl. Ziff. 2.3).

Die Amtsenthebung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Stellung des Betroffenen dar und tangiert die richterliche Unabhängigkeit. Sie ist daher an strenge *Voraussetzungen* gebunden: Die Abberufungsgründe müssen abschliessend im Gesetz festgelegt sein. Als zusätzliche Sicherung postuliert Kiener[39], dass die Abberufung nur durch eine *gerichtliche* Instanz angeordnet werden dürfe. Parlamente seien als Abberufungsbehörden nur bedingt geeignet; als politische Organe könnten sie den Anschein nicht vermeiden, dass eine Abberufung letztlich aus politischen Gründen erfolge oder unterbleibe.

2.3 Rechtsvergleich^[40]

In allen Nachbarländern besteht die Möglichkeit einer Amtsenthebung der Mitglieder der obersten Gerichte.

Zuständig ist entweder das oberste Gericht selber, wobei es mit einer qualifizierten Mehrheit von zwei Dritteln zu entscheiden hat (italienischer und österreichischer Verfassungsgerichtshof) oder ein besonderes Aufsichtsorgan, der Conseil Supérieur de la Magistrature (französisches und italienisches Kassationsgericht). Die Mitglieder des deutschen Bundesverfassungsgerichts können vom Bundespräsidenten mit Ermächtigung des Bundesverfassungsgerichts (Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder) ihres Amtes enthoben werden. Der französische Conseil constitutionnel stellt im Falle von Unvereinbarkeiten, Verlust der Aktivbürgerschaft oder dauernder krankheitsbedingter Amtsunfähigkeit von Amtes wegen die Demission seiner Mitglieder fest.

Grund für eine Amtsenthebung bilden grobe Verletzung von Amtspflichten oder von Sitte und Anstand, (krankheitsbedingte) Amtsunfähigkeit, Verlust der Wählbarkeitsvoraussetzungen oder das Vorliegen einer Unvereinbarkeit.

Rechtsmittel gegen eine Amtsenthebung der Mitglieder der genannten Gerichte sind keine vorgesehen.

Im anglo-amerikanischen Rechtsraum sind die Richter meist auf Lebenszeit unter dem Vorbehalt «during good behavior» ernannt. Die Mitglieder des US-Supreme Court können nur in einem aufwändigen «Impeachment-Verfahren» durch Entscheid des Senats aus dem Amt entfernt werden. Sanktioniert wird die Verletzung des «good behavior».

Der Rechtsvergleich zeigt aber auch, dass im Ausland die obersten Richter entweder auf *Lebenszeit* (bzw. bis zur Altersgrenze) oder auf eine *einmalige, relativ lange Amtsdauer* gewählt sind. Im Gegensatz zur Schweiz besteht also nicht die Möglichkeit, durch Nichtwiederwahl auf eine Amtsunfähigkeit oder Amtsunwürdigkeit zu reagieren. Die Amtsenthebung eines Richters steht in den ausländischen Modellen somit in einem anderen Kontext und kann nicht ohne weiteres auf die Schweiz übertragen werden. Das Schweizerische System der bloss sechsjährigen Amtsdauer mit Wiederwählerfordernis am obersten Gericht ist im Rechtsvergleich singulär. Es wurzelt in der vorrangigen Stellung des Demokratieprinzips^[41].

Eine sechsjährige Amtsdauer kennt aber beispielsweise auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg (EGMR) und der Europäische Gerichtshof in Luxemburg (EuGH). Wiederwahl ist möglich^[42]. Die Mitglieder des EGMR können während der Amtsdauer entlassen werden, wenn die anderen Richter mit Zweidrittelsmehrheit entscheiden, dass sie die erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllen (Art. 24 EMRK). Zu den Voraussetzungen für das Amt gehört ein hohes sittliches Ansehen und die entsprechende fachliche Qualifikation (Art. 21 EMRK). Am EuGH ist Einstimmigkeit aller Richter (ohne das betroffene Mitglied) und der Generalanwälte erforderlich.

2.4 Amtsenthebung von Richtern der unteren Gerichte des Bundes

Für die Richter der *unteren* Gerichte des Bundes existieren Regelungen über die Amtsenthebung:

Die hauptamtlichen Mitglieder der eidgenössischen Rekurskommissionen unterstehen der Personalgesetzgebung des Bundes (Art. 71c Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG], SR 172.021). Art. 9 Abs. 6 BPG erlaubt die Auflösung des Dienstverhältnisses vor Ablauf der Amtsdauer aus wichtigen Gründen. Zuständig ist der Bundesrat (Wahlbehörde). Gegen solche Entscheide des Bundesrates ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig (Art. 98 Bst. a, Art. 100 Abs. 1 Bst. e OG). Praktische Fälle sind - soweit ersichtlich - keine bekannt.

Der Bundesrat wollte die Richter des neuen Bundesstrafgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (welches die eidgenössischen Rekurskommissionen ablösen wird) ebenfalls der Personalgesetzgebung des Bundes unterstellen^[43]. Damit hätte die Möglichkeit der Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund (Art. 9 Abs. 6 BPG) auch für sie gegolten. Die eidgenössischen Räte beschlossen jedoch, dass die Richter des Bundesstrafgerichts durch die Bundesversammlung gewählt werden und einem eigenen Richterstatut unterstehen. Als Folge dieses Entscheids nahmen

sie eine spezielle Bestimmung über die Amtsenthebung in das Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über das Bundesstrafgericht (SGG, SR 173.71) auf. Art. 10 SGG lautet^[44]:

«Art. 10 Amtsenthebung

Die Bundesversammlung kann einen Richter oder eine Richterin vor Ablauf der Amtsdauer des Amtes entheben, wenn er oder sie:

a. vorsätzlich oder grob fahrlässig Amtspflichten schwer verletzt hat; oder

b. die Fähigkeit, das Amt auszuüben, auf Dauer verloren hat.»

Eine analoge Bestimmung soll in das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) aufgenommen werden.

Zuständig für eine Amtsenthebung ist somit das Wahlorgan (Bundesversammlung). Die Gerichtskommission nimmt die nötigen Abklärungen vor und stellt Antrag^[45]. Ein Rechtsmittel gegen Entscheide der Bundesversammlung betreffend Amtsenthebung ist nicht vorgesehen^[46]. Mit Art. 10 SGG wird vor allem eine präventive Wirkung bezweckt. Der «Drohfinger» einer möglichen Amtsenthebung soll einen fehlbaren Richter veranlassen, freiwillig zurückzutreten.

2.5 Amtsenthebung von Bundesrichtern de lege lata

Nach geltendem Recht ist eine Amtsenthebung von Bundesrichtern einzig aufgrund einer *strafrechtlichen Verurteilung* wegen eines *Verbrechens oder Vergehens* möglich^[47]. Es handelt sich dabei um eine Nebenstrafe. Als solche wird die Amtsenthebung mithin vom Strafrichter ausgesprochen.

Zudem sind die eidgenössischen Räte befugt, über die *vorläufige Einstellung im Amt* zu beschliessen, wenn sie die Ermächtigung zur Strafverfolgung eines Bundesrichters wegen strafbarer Handlungen betreffend die amtliche Tätigkeit oder Stellung erteilen (Art. 14 Abs. 4 VG).

Darüber hinaus ist eine Amtsenthebung eines Bundesrichters während der Amtsperiode nicht möglich^[48]. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine Lücke (die von der Bundesversammlung oder dem Bundesgericht in einem konkreten Fall gefüllt werden könnte), sondern um einen bewussten Verzicht des Gesetzgebers (vgl. Ziff. 1.3).

2.6 Amtsenthebung von Bundesrichtern de lege vel constitutione ferenda

Im Entwurf für ein Bundesgerichtsgesetz wird in Bezug auf die Amtsenthebung von Bundesrichtern an der geltenden Rechtslage nichts geändert. Auch im Rahmen der Justizreform (Verfassungsstufe) war die Frage einer Amtsenthebung von Bundesrichtern kein Thema.

Wenn daran etwas geändert werden soll, wäre zu beachten, dass die früher nur im Gesetz (Art. 5 OG) statuierte sechsjährige Amtsdauer der Bundesrichter nunmehr in der Verfassung garantiert ist (Art. 145 Satz 2

BV). Es stellt sich daher die Frage, ob die Möglichkeit einer Amtsenthebung, welche die Amtsdauer vorzeitig beendet, auf der gleichen Regelungsstufe, also in der Bundesverfassung, vorgesehen werden muss[49], sofern man weiter gehen will, als nur den Verlust der Wählbarkeitsvoraussetzung (Art. 143 BV) zu sanktionieren. Die Festlegung der Amtsdauer in der Verfassung bedeutet allerdings nicht, dass es dem Gesetzgeber verwehrt wäre, Abberufungsmechanismen vorzusehen. Dementsprechend wird akzeptiert, dass der Gesetzgeber in Art. 51 StGB eine Amtsunfähigkeitsklärung (auch) von Bundesrichtern für zwei bis zehn Jahren ermöglicht[50].

Die *Regelungsmodelle* variieren nach folgenden Fragestellungen:

1. Soll die Möglichkeit der Amtsenthebung (über den Fall der strafrechtlichen Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens hinaus) vorgesehen werden?

2. Soll - in Kompensation dazu - das System der sechsjährigen Amtsdauer mit Wiederwählerfordernis aufgegeben werden und stattdessen:

- die Wahl auf Lebenszeit (respektive bis zur Altersgrenze) oder
- auf eine einmalige längere (z. B. 12 Jahre) Amtsdauer eingeführt werden?

3. Wenn die Möglichkeit der Amtsenthebung vorgesehen wird (ob mit oder ohne Systemwechsel bei der Amtsdauer), stellen sich Folgefragen zur Ausgestaltung der Amtsenthebung:

- in Bezug auf die *Amtsenthebungsgründe*:

- nur Amtsunfähigkeit
- auch Amtspflichtverletzung (vorsätzlich oder grob fahrlässig)
- auch Verletzung von Verhaltenspflichten (Sitte und Anstand)

- in Bezug auf das zuständige *Amtsenthebungsorgan*

- Bundesversammlung (Wahlorgan)
- Gesamtgericht
- Besonderes Aufsichtsorgan (Conseil supérieur de la magistrature)

- in Bezug auf das *Verfahren*

- Tätigwerden von Amtes wegen oder auf Anzeige hin

- Klageverfahren

- in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Amtsenthebungsentscheiden und von vorsorglichen Massnahmen (namentlich die vorläufige Einstellung im Amt während des Verfahrens; *Rechtsmittel*)

Zur Frage eines *Systemwechsels*: Die Kombination von kurzer Amtsdauer mit Wiederwählerfordernis *und* Möglichkeit der Amtsenthebung beeinträchtigt die persönliche Unabhängigkeit der Bundesrichter. Deshalb wird die Meinung vertreten, im Gegenzug zur Einführung einer Amtsenthebungsmöglichkeit schein eine Stärkung der richterlichen Gewalt unabdingbar, etwa durch Wahl auf eine einmalige und längere Amtszeit. Gleichzeitig wird eingeräumt, dass dies als Bruch mit der demokratischen Tradition empfunden werden könnte und politisch kaum durchsetzbar wäre[51].

Der Systemwechsel wird aber beispielsweise propagiert von Spühler^[52]:

«Unsere Justiz aller Stufen und aller Rechtsgebiete hat nur dann eine Zukunft, wenn ihre Unabhängigkeit strikte gewahrt ist. Dazu bedarf es institutioneller Verbesserungen. Die Mitglieder des schweizerischen Bundesgerichts sollten keiner Wiederwahl mehr unterliegen. Sie sollten von Anfang an für eine feste und einmalige Amtsdauer von fünfzehn Jahren gewählt werden und dann ausscheiden. Einhergehen müsste ein Abberufungsverfahren für den Fall von erheblichen Pflichtverletzungen und richterlicher Unfähigkeit. Abberufungsorgan könnte ein Gremium sein, zusammengesetzt aus Parlamentariern, ehemaligen Mitgliedern des Bundesgerichtes und Rechtsprofessoren.»

Zu den *Amtsenthebungsgründen*: Um die willkürliche Entfernung von Richtern aus dem Amt zu vermeiden, müssen die Amtsenthebungsgründe eindeutig und abschliessend im (formellen) Gesetz umschrieben und sachlicher Natur sein^[53]. Der Amtsenthebungsgrund der Verletzung der Amtspflichten ist insofern unproblematisch, weil die Amtspflichten objektiv feststehen (z. B. Amtsgeheimnis, Vorschriften über die Nebenbeschäftigungen). Die Verletzung von Verhaltenspflichten (Wahrung der Unabhängigkeit, des Ansehens und der Glaubwürdigkeit des Gerichts, von Sitte und Anstand) weist Unschärfen auf. Hier fliessen unweigerlich Wertungen ein. Der Grund für eine dauernde Amtsunfähigkeit kann vor allem krankheitsbedingt sein.

Zum *Amtsenthebungsorgan*: Als Wahlorgan und Oberaufsichtsbehörde ist die *Bundesversammlung* prädestiniert, auch für allfällige Amtsenthebungen zuständig zu sein. Diese Auffassung haben die eidgenössischen Räte erst jüngst bei der Schaffung von Art. 10 SGG (Amtsenthebung von Richtern des Bundesstrafgerichts durch die Bundesversammlung) zum Ausdruck gebracht. Auf der anderen Seite ist die Bundesversammlung primär ein politisches Organ, weshalb die Gefahr politisch motivierter Abberufungen nicht ausgeschlossen erscheint^[54]. Dieser Nachteil entfällt, wenn die Zuständigkeit für Amtsenthebungen beim *Bundesgericht* selbst angesiedelt wird. Die Befugnis des Gesamtgerichts, eines seiner Mitglieder abzurufen, ist im europäischen Umfeld nicht unbekannt (vgl. Ziff. 2.3). Andererseits kann darin eine Schwächung des Kollegialsystems liegen. Tangiert ist die richterliche Eigenständigkeit (Unabhängigkeit gegenüber richterlichen Organen). Die Einsetzung eines *besonderen Aufsichtsorgans*, das sich z. B. aus Parlamentariern und externen Fachpersonen (Rechtsprofessoren, Richter, Anwälte) zusammensetzt^[55], gewährleistet die Unabhängigkeit am besten. Als Nachteil resultiert hier aber, dass eine neue Behörde geschaffen werden muss. Zudem ist die politische Realisierbarkeit fraglich^[56].

Zum *Verfahren*: Üblicherweise leitet die zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Anzeige hin ein Verfahren ein, wenn sie von einem Amtsenthebungsgrund Kenntnis erhält. Ein solches Vorgehen ist für die Amtsenthebung von Richtern des Bundesstrafgerichts vorgesehen (vgl. Ziff. 2.4 am Ende). Denkbar ist aber auch ein Verfahren, bei dem auf Amtsenthebung geklagt werden muss. Ein solches Klageverfahren kennt z. B. der Kanton Bern^[57]. Auf jeden Fall sind die Verfahrensrechte der Parteien zu garantieren (Anspruch auf rechtliches Gehör).

Zur Frage der *Rechtsmittel*: Die Anfechtbarkeit von Amtsenthebungsentscheiden ist rechtlich nicht zwingend[58]. Jedoch kann sie unter Rechtsschutzaspekten wünschbar erscheinen, da eine Amtsenthebung in schwerwiegender Weise in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift und an sich justiziabel ist.

Die folgende Übersicht[59] zeigt einige *Modelle* auf mit Vor- und Nachteilen:

Modell	Merkmale	Vorteile	Nachteile
Modell 1: Status quo plus	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Amtsenthebung (ausser bei strafrechtlicher Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens). - Festhalten an der Amtsdauer von 6 Jahren mit Wiederwählerfordernis. - Die gerichtsinternen Aufsichtsmechanismen werden gestärkt, z. B. durch ein Reglement über die interne Konfliktlösung. 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit durch willkürliche Amtsenthebungen. - Die persönliche Unabhängigkeit ist immerhin während der Amtsperiode gewährleistet. - «Notventil» der Nichtwiederwahl bei Ablauf der Amtsdauer bleibt erhalten. - Durch einen institutionalisierten Mechanismus zur Selbstregulierung können Konflikte frühzeitig erkannt und einer Lösung zugeführt werden. 	<ul style="list-style-type: none"> - Wenn ein Richter amtsunfähig oder amtsunwürdig wird und nicht freiwillig ausscheidet, muss er bis zum Ablauf der Amtsperiode ertragen werden. Die Glaubwürdigkeit des Gerichts kann in Frage gestellt sein: Eine Richterstelle ist blockiert (z. B. bei Krankheit). - Die interne Konfliktregelung kann scheitern.
Modell 2: Feststellung der Demission von Amtes wegen	Das Gesamtgericht (einstimmig) stellt von Amtes wegen die Demission eines Bundesrichters fest bei: <ul style="list-style-type: none"> - Verlust der Wählbarkeitsvoraussetzung (Stimmberechtigung, Art. 5 Abs. 2 E-BGG), - dauernder Amtsunfähigkeit. (Vorbild dieses Modells: Conseil constitutionnel) 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit (Gericht kann Demission von Amtes wegen nur bei objektiven, eindeutig eingetretenen Umständen feststellen). - Bei Amtsunfähigkeit wird die Stelle vor Ablauf der Amtsperiode frei und kann mit einer voll einsatzfähigen neuen Person besetzt werden. - Kein eigentliches Amtsenthebungsverfahren: Feststellungsbeschluss. 	<ul style="list-style-type: none"> - Eine dauernde Amtsunfähigkeit steht nicht immer klar fest. Mitunter sind aufwändige Beweiserhebungen zu treffen (z. B. ärztliche Gutachten). - Dieses Instrument dürfte sehr selten zur Anwendung gelangen. Eine Regelung «lohnt» sich eventuell gar nicht. - Für die anderen Magistratspersonen ist keine entsprechende Regelung vorgesehen.

Modell	Merkmale	Vorteile	Nachteile
Modell 3: Amtsenthebung durch die Bundesversammlung	<p>Variante: Mit Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht (Gesamtgericht)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aufnahme einer zu Art. 10 SGG (und Art. 10 E-VGG) analogen Bestimmung ins E-BGG. - Festhalten an der Amtsdauer von 6 Jahren mit Wiederwählerfordernis. <p>Variante: Der betroffene Richter kann gegen einen Amtsenthebungsbeschluss der Bundesversammlung Beschwerde an das Gesamtgericht erheben (gesetzliche Ausnahme von der Unanfechtbarkeit von Akten der Bundesversammlung, Art. 189 Abs. 4 BV-Justizreform). Als Spruchkörper wäre das Gesamtgericht vorzusehen, da eine Dreier- oder Fünferbesetzung der Bedeutung der Sache nicht gerecht würde.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Ein fehlbarer oder dauernd amtsunfähiger Richter bleibt nicht bis zum Ablauf der Amtsperiode im Amt. - Gleichstellung mit den Richtern der unteren Gerichte des Bundes (aber Ungleichbehandlung mit den anderen Magistratspersonen). <p>Variante: - Der Rechtsschutz ist gewährleistet.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Die richterliche Überprüfung bannt die Gefahr willkürlicher Amtsenthebungen. 	<ul style="list-style-type: none"> - Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch - Kombination von kurzer Amtsdauer mit Wiederwählerfordernis <i>und</i> Amtsenthebungsmöglichkeit; - Gefahr politisch motivierter Absetzung (Parlament als Amtsenthebungsorgan). - Die Bundesrichter sind stärker exponiert als die Richter der unteren Gerichte des Bundes. Sie treffen zum Teil Entscheide mit erheblicher politischer Tragweite (z. B. betreffend Einbürgerung). Die Gefahr willkürlicher Amtsenthebungen ist daher für sie grösser als für die Richter der unteren Gerichte. - Mitunter «lohnt» sich ein aufwändiges (und dem Ansehen des Gerichts ev. abträgliches) Amtsenthebungsverfahren gar nicht, wenn die Möglichkeit der Nichtwiederwahl in nicht allzu ferner Zeit besteht. Variante: - Die Bundesrichter müssen über ihre eigene Kollegen urteilen. - Es müsste ein spezielles Verfahren vorgesehen werden, da das Gesamtgericht sonst keine Rechtsprechungsfunktionen hat. - Das Verfahren zieht sich durch die Anfechtungsmöglichkeit in die Länge.

Modell	Merkmale	Vorteile	Nachteile
Modell 4: Vorschlag Spühler	<ul style="list-style-type: none"> - Wahl der Bundesrichter auf eine feste einmalige Amtszeit von 15 Jahren. - Möglichkeit der Amtsenthebung durch ein besonderes Organ (Conseil de la Magistrature) bei schwerer Pflichtverletzung und dauernder Amtsunfähigkeit. 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit (Kombination von kurzer Amtsdauer mit Wiederwählerfordernis und Amtsenthebungsmöglichkeit entfällt). - Der besonderen Stellung und Exponiertheit der obersten Richter wird durch den Wegfall des Wiederwählerfordernisses Rechnung getragen. - Ein fehlbarer oder dauernd amtsunfähiger Richter kann aus dem Amt entfernt werden. - Ein unabhängiges Organ ist für Amtsenthebungen zuständig. 	<ul style="list-style-type: none"> - Systembruch. - Sonderlösung für die Bundesrichter (allenfalls durch Stellung des Bundesgerichts als oberstes Gericht gerechtfertigt). - Es muss eine neue Behörde geschaffen werden.

3. Lösungsmöglichkeiten im konkreten Fall

3.1 Disziplinarmaßnahmen

Nach geltendem Recht unterstehen die Bundesrichter keiner disziplinarischen Verantwortlichkeit. Eine gesetzliche Grundlage für eine disziplinarische Sanktionierung existierte im Zeitpunkt des Vorfalls vom 11. Februar 2003 nicht und konnte auch nicht vom Rechtsanwender (Bundesgericht oder Bundesversammlung als Oberaufsichtsbehörde) durch Lückenfüllung geschaffen werden (vgl. dazu Ziff. 1.3).

3.2 Gesetzgeberische Lösungsmöglichkeiten («Lex Schubarth»)

Bei der Frage, ob der *Gesetzgeber* den konkreten Fall lösen kann, ist die Theorie des *Rückwirkungsverbots* von ausschlaggebender Bedeutung[60].

Eine *echte* Rückwirkung liegt vor, wenn an einen vor Inkrafttreten des neuen Rechts liegenden, abgeschlossenen Sachverhalt angeknüpft wird. Es wird also für eine bereits abgelaufene Periode Recht gesetzt (und das damals effektiv geltende Recht nachträglich beseitigt).

Die *unechte* Rückwirkung bezieht sich auf Verhältnisse, die zwar unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts aber noch fort dauern.

Die *begünstigende* Rückwirkung (*lex mitior*) geht grundsätzlich an[61]. Das Erfordernis der gesetzlichen Anordnung der Rückwirkung muss aber erfüllt sein. Selbstverständlich darf auch die begünstigende Rückwirkung nicht zu Rechtsungleichheiten führen oder Rechte Dritter beeinträchtigen.

Die *belastende* echte Rückwirkung ist in aller Regel verpönt. Dem Grundsatz des Rückwirkungsverbots wird Verfassungsrang zugesprochen[62]. Die Voraussetzungen, unter denen sie ausnahmsweise zugelassen wird, sind sehr streng[63]:

- Sie muss ausdrücklich angeordnet oder zumindest klar gewollt sein;
- sie muss in zeitlicher Hinsicht mässig sein;
- sie muss durch triftige Gründe gerechtfertigt sein;
- sie darf keine stossende Rechtsungleichheit bewirken;
- sie darf nicht in wohlerworbene Rechte eingreifen.

Das Erfordernis der hinreichenden Rechtfertigung der Rückwirkung wird eng verstanden. Gygi[64]: «Es müsste schon sein, dass der Zweck des Erlasses verfehlt oder erheblich beeinträchtigt würde, wenn er nicht zurückwirken könnte.»

Die rückwirkende Einführung einer disziplinarischen Verantwortlichkeit von Bundesrichtern wäre eine belastende echte Rückwirkung, soweit sie einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorfall im Auge hat. Als solche kollidiert sie mit dem Rückwirkungsverbot. Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Rückwirkung sind nicht erfüllt. Die

Rechtssicherheit wäre verletzt, wenn nachträglich Sanktionsmöglichkeiten eingeführt würden. So wenig, wie neue (nicht mildere) Strafnormen zurückwirken dürfen (Art. 2 StGB), so wenig kann nachträglich Disziplinarrecht geschaffen werden. Zwar sind die strafrechtlichen Grundsätze nicht ohne weiteres auf das Disziplinarrecht anwendbar. So gilt das Legalitätsprinzip (*nulla poena sine lege*) im Disziplinarrecht nicht, soweit es um die präzise Umschreibung des verpönten Verhaltens geht[65]. Hingegen ist anerkannt, dass nur gesetzlich vorgesehene Disziplinarmaßnahmen verhängt werden dürfen[66]. Würden solche neu geschaffen und auf einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt angewendet, läge eine unzulässige echte Rückwirkung vor.

Vom Gesetzgeber *neu geschaffene Massnahmemöglichkeiten* könnten auf den konkreten Fall nur angewendet werden, wenn ein Zustand sanktioniert werden soll, der - über den einmaligen Vorfall vom 11. Februar 2003 hinaus - *andauert* (unechte Rückwirkung).

3.3 Erlass eines referendumpflichtigen Bundesbeschlusses?

Mit Blick auf die *Singularität* des Vorfalls vom 11. Februar 2003 (etwas Ähnliches ist während 129 Jahren zuvor nie passiert und dürfte sich höchstwahrscheinlich auch in Zukunft nicht wiederholen), wurde die Frage aufgeworfen, ob der Gesetzgeber allenfalls einen Einzelakt zur Amtsenthebung von Herrn Bundesrichter Schubarth in Form eines referendumpflichtigen Bundesbeschlusses erlassen könnte.

Die Bundesverfassung verlangt für *rechtsetzende* Bestimmungen die Form des Bundesgesetzes oder der Verordnung (Art. 163 Abs. 1 BV). Nicht ausgeschlossen ist damit, individuell-konkrete Anordnungen (obwohl nicht rechtsetzend) in die Form eines Bundesgesetzes zu kleiden[67].

Für alle *nicht* rechtsetzenden Akte steht die Form des Bundesbeschlusses zur Verfügung (Art. 163 Abs. 2 BV). Erfasst sind alle Akte, die nicht generell-abstrakter Natur sind, wie beispielsweise Verwaltungsakte oder Finanzbeschlüsse[68].

Bundesbeschlüsse unterstehen dem *Referendum*, soweit Verfassung oder Gesetz dies vorsehen (Art. 141 Abs. 1 Bst. c BV). Dabei müssen Verfassung oder Gesetz nicht ausdrücklich sagen, dieser oder jener Beschluss unterstehe dem fakultativen Referendum. Es genügt, wenn für bestimmte Entscheidungen die Form des «Bundesbeschlusses» vorgesehen ist[69]. In der Verfassung trifft dies für die Genehmigung von Gebietsveränderungen zwischen den Kantonen zu (Art. 53 Abs. 3 BV)[70].

Die Bundesversammlung entscheidet über Einzelakte, soweit ein Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 173 Abs. 1 Bst. h BV). Bei Art. 173 Abs. 1 Bst. h BV geht es darum, der Bundesversammlung die *Zuständigkeit* für den Entscheid (wichtiger) Einzelakte zu übertragen. So ist die Bundesversammlung beispielsweise zuständig zur Genehmigung der Rahmenbewilligung für Atomanlagen[71]. Soweit nicht bereits die Verfassung solche Kompetenzen der Bundesversammlung begründet[72], kann das Gesetz weitere vorsehen.

Eine andere Konstellation liegt dem in der Literatur so genannten «Einzelfall-Gesetz» zugrunde. Damit reagiert der Gesetzgeber auf einen einmaligen konkreten Sachverhalt. *Er erlässt einen Einzelakt, der nach dem Legalitätsprinzip eigentlich auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen müsste, für den der Gesetzgeber aber keine generell-abstrakte (und damit für weitere Fälle anwendbare) Regelung schaffen will*[73]. Eine solche Konstellation würde in *casu* vorliegen.

Bei entsprechendem politischen Willen wurde die Zulässigkeit derartiger Einzelfall-Gesetze angenommen. Jedenfalls kommen in der Praxis einige Einzelfall-Gesetze vor. Sie wurden unter der alten Bundesverfassung in der Form des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses[74], unter der neuen in Form des Bundesgesetzes[75] erlassen. Diese Praxis wird nun im Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002 (ParlG; BBl 2002 8160, inzwischen SR 171.10)[76] kodifiziert. Art. 29 Abs. 2 ParlG lautet wie folgt:

«Einzelakte der Bundesversammlung, für welche die notwendige gesetzliche Grundlage weder in der Bundesverfassung noch in einem Bundesgesetz besteht, werden in der Form des Bundesbeschlusses dem Referendum unterstellt.»

Mit Blick auf die geübte Praxis, die im Parlamentsgesetz ihren Niederschlag findet, wird man die Zulässigkeit eines Einzelfall-Gesetzes (bzw. referendumpflichtigen «Einzelfall-Bundesbeschlusses») nicht grundsätzlich bestreiten können. Der konkrete Fall einer Amtsenthebung eines Bundesrichters reicht aber - vom *Inhalt* her - über die allgemeine Problematik der Zulässigkeit von Einzelfall-Gesetzen hinaus. Anders als beispielsweise bei der Sanierung der Compagnie des Chemins de fer fribourgeois (vgl. Fn. 75) geht es nicht nur um einen in sich abgeschlossenen Sachverhalt. Die Amtsenthebung eines Bundesrichters via Bundesbeschluss weist über den Einzelfall hinaus eine rechtsstaatliche Dimension auf: Die richterliche Unabhängigkeit und das Rückwirkungsverbot sind tangiert, wenn der Gesetzgeber auf ein bestimmtes Verhalten eines Richters nachträglich auf *die Weise* reagieren kann, dass er ihn gewissermassen «per Dekret» seines Amtes enthebt. Damit könnte ein Präjudiz geschaffen werden für weitere Fälle mit anders gelagerter (politischer) Motivation.

Problematisch ist dieses Vorgehen auch im Hinblick auf die mangelnden Mitwirkungsrechte des Betroffenen[77] und den fehlenden Rechtsschutz. Ein «Einzelfall-Bundesbeschluss» würde im Verfahren der Rechtsetzung erlassen, bei dem der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht gilt. Trotzdem sollte der Betroffene in geeigneter Form zur Sache angehört werden (z. B. vor der zuständigen Kommission), nachdem der fragliche Bundesbeschluss unmittelbar in seine Rechtsstellung eingreift. Eine Rechtsmittelmöglichkeit gegen einen «Einzelfall-Bundesbeschluss» besteht auf nationaler Ebene nicht. Ebenso wenig könnte der EGMR angerufen werden[78].

3.4 Informelle Lösungsmöglichkeiten

Die Einleitung eines «Schlichtungsverfahrens» zur *informellen Lösung der Problemsituation* (runder Tisch) durch ein hochkarätiges Schlichtungsorgan (z. B. gebildet aus den Präsidenten des National- und des Ständerates)

wäre *ohne gesetzliche Grundlage möglich, solange dem Schlichtungsorgan keine Sanktionsbefugnisse zustehen*. Ein solches Vorgehen wäre nicht als Einmischung in die vom Unabhängigkeitsprinzip gedeckten Gerichtsbelange zu werten. Darin läge vielmehr ein Hilfsangebot zur Wiederherstellung der vollen Vertrauenswürdigkeit des Bundesgerichts.

In Betracht kommen auch *gerichtsinterne* Mechanismen zur Konfliktregelung, allenfalls unter Beizug einer externen Vermittlungsperson, z. B. eines ehemaligen Bundesrichters (vgl. dazu Ziff. 4.3).

4. Mécanismes d'autorégulation et de résolution des conflits au Tribunal fédéral

4.1 Cadre

Les mécanismes d'autorégulation et de résolution des conflits visés ici ne concernent ni les procédures disciplinaires (thème 1) ni les procédures de révocation (thème 2). L'analyse qui suit repose par ailleurs exclusivement sur une optique *de lege ferenda*, en fonction du projet de loi sur le Tribunal fédéral (P-LTF)[79] qui est actuellement en discussion devant les Chambres fédérales. Elle ne porte donc pas sur le cas particulier du juge fédéral Schubarth. Elle laisse également de côté tous les conflits relatifs au personnel soumis à la loi sur le personnel de la Confédération[80]. De même, les conflits relatifs aux juges suppléants ne sont pas traités spécifiquement, car la situation des juges suppléants (auxquels le Tribunal fédéral est libre de faire appel) est trop différente de celle des juges ordinaires pour permettre une analyse conjointe.

4.2 Mécanismes d'autorégulation

Partant du principe constitutionnel de l'auto-administration du Tribunal fédéral (art. 188 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.], RS 101, selon la réforme de la justice), *le projet de loi sur le Tribunal fédéral laisse une large place à l'autorégulation du Tribunal fédéral en matière d'organisation et d'administration*. Le P-LTF fixe un certain cadre et laisse pour le reste le Tribunal fédéral régler lui-même son organisation et son administration[81]. Le pouvoir d'autorégulation en matière d'administration inclut aussi la compétence de *réglementer certains aspects du statut des juges* dans les limites du principe de la légalité. On peut ainsi admettre que le Tribunal fédéral réglemente les vacances et les congés des juges[82] afin d'assurer son propre bon fonctionnement. L'art. 7 al. 3 P-LTF charge expressément le Tribunal fédéral de réglementer les détails des conditions d'autorisation pour les activités accessoires des juges. Il faut cependant bien relever qu'à part ce dernier point où la P-LTF contient un mandat législatif, le Tribunal fédéral sera aussi libre de s'abstenir de réglementer le statut de ses membres.

Tous les règlements du Tribunal fédéral seront adoptés par la cour plénière qui rassemble l'ensemble des juges ordinaires[83]. Il en découle qu'un conflit lié au contenu ou à l'application d'une disposition d'un règlement du Tribunal

fédéral relatif au statut des juges pourra toujours être thématiqué (avec effet *pro futuro*) devant la cour plénière au travers d'une proposition de modification de cette disposition[84]. De même, lorsqu'une décision sera prise par un organe du Tribunal fédéral à l'égard d'un juge en application directe de la loi, ce juge pourrait éventuellement proposer à la cour plénière que le règlement d'organisation soit complété avec une disposition qui concrétise la loi dans un autre sens. On le voit, *le pouvoir d'autorégulation du Tribunal fédéral permettra dans une large mesure aux juges impliqués dans un conflit de déplacer le problème au niveau normatif et de faire statuer la cour plénière sur la réglementation future*. Sans résoudre le conflit initial, le pouvoir d'autorégulation du Tribunal fédéral contribuera à désamorcer les conflits futurs.

4.3 Mécanismes de résolution des conflits

Dans les cas où la P-LTF ou les règlements du Tribunal fédéral prévoient la possibilité de prendre des décisions à l'égard d'un juge particulier, le pouvoir de décision pourra relever de la compétence de différents organes du Tribunal fédéral: cour plénière (par ex. attribution à une cour spécifique[85]), président de la cour (par ex. attribution des dossiers), cour concernée (demande de récusation[86]), conseil de direction ou autre organe (par ex. congés ou autorisation d'exercer une activité accessoire). Chaque juge aura toutefois la *possibilité de déférer à la cour plénière* une question qui relève en principe de la compétence d'un autre organe, en faisant valoir qu'il s'agit d'une question qui a une importance ou une portée considérable[87]. Ce pouvoir d'évocation devant la cour plénière devra être exercé avant que l'organe en principe compétent ait statué, car il n'est pas un substitut à une voie de recours. Il constitue néanmoins un mécanisme de résolution des conflits: si un conflit dégénère entre un organe et un juge particulier, celui-ci a la possibilité de déférer la cause à un organe plus neutre. La cour plénière peut alors résoudre le conflit en tranchant elle-même le différend. Le simple fait de débattre de ce conflit devant la cour plénière pourrait même parfois suffire pour apaiser les esprits et aboutir à un compromis sans que la cour plénière ait à rendre une décision.

Contrairement à ce qui est prévu pour les décisions relatives au statut des juges des tribunaux fédéraux de première instance[88], *le P-LTF n'institue pas de voie de recours* contre les décisions des organes du Tribunal fédéral à l'égard d'un juge. Ce silence peut être expliqué par la *singularité du statut de magistrat* qui se caractérise dans une très large mesure par l'absence de règles matérielles applicables. Si l'on prend comme exemple les congés, on voit que le P-LTF ne traite pas de ce point en raison du principe d'auto-administration du Tribunal fédéral alors que le droit actuel énonce simplement la possibilité d'accorder un congé à un juge[89]; jusqu'à présent le Tribunal fédéral s'est contenté de déterminer l'organe compétent pour statuer sur une demande de congé[90] sans édicter une réglementation matérielle. Il faut toutefois relever qu'un grand pouvoir d'appréciation n'exclut pas *per definitionem* un contrôle par une instance de recours, car la jurisprudence du Tribunal fédéral déduit de l'art. 29 Cst. des exigences d'autant plus élevées en matière de motivation que le pouvoir d'appréciation de l'autorité est large[91].

Le fait que le P-LTF n'institue pas une voie de recours contre les décisions prises à l'égard d'un juge n'empêcherait pas le Tribunal fédéral de créer lui-même une *voie de droit interne* dans son règlement d'organisation. Déjà en droit actuel, les règlements du Tribunal fédéral ont créé, sans base légale dans la loi d'organisation judiciaire ou dans une autre loi[92], une commission de recours interne qui est compétente pour statuer sur des recours contre certaines décisions administratives rendues à l'égard de tiers[93]. Cette possibilité ne peut s'appliquer en pratique qu'aux décisions prises par un autre organe que la cour plénière, car tous les juges participent aux décisions prises par cette dernière. *Seule la loi pourrait ouvrir un recours auprès d'un organe externe au Tribunal fédéral*[94], qu'il s'agisse du Tribunal administratif fédéral ou d'une commission de recours particulière.

Le P-LTF n'institue pas une *procédure de médiation*, pas plus en cas de conflit relatif au statut d'un juge que dans les autres domaines où les organes du Tribunal fédéral doivent statuer en matière d'administration du tribunal. La mise en place d'une telle procédure dans un cas d'espèce ne nécessite toutefois pas une base légale formelle. La cour plénière, le conseil de direction ou tout autre organe habilité à statuer sera libre de charger l'un des juges ordinaires, voire un tiers tel qu'un ancien juge fédéral, de trouver une solution de compromis lorsqu'un conflit oppose un juge à d'autres collègues ou à un organe du Tribunal fédéral. L'avantage d'une procédure de médiation est d'éviter à la fois la cristallisation des positions des parties au conflit et la rigueur d'une décision formelle. La médiation ne peut toutefois avoir d'effet que si toutes les parties s'abstiennent de camper sur leurs positions et sont prêtes à discuter rationnellement.

4.4 Conclusion

La large autonomie que le P-LTF attribue en matière d'organisation et d'administration au Tribunal fédéral offrira à ce dernier une palette assez large de possibilités pour réduire ou résoudre les conflits qui opposeraient un juge à d'autres collègues ou à un organe du Tribunal fédéral: édicter une réglementation pour le futur, délibérer la cause dans la cour plénière, instituer un recours interne contre les décisions d'organes autres que la cour plénière, ouvrir une procédure de médiation. Comme les décisions prises en 129 ans à l'égard des juges par les organes du Tribunal fédéral n'ont apparemment pas suscité de problèmes (hormis dans l'affaire Schubarth), on peut soutenir que l'existence de cette palette de possibilités suffit: si les juges en ressentent le besoin, ils peuvent introduire eux-mêmes les instruments adéquats pour se protéger contre un risque d'arbitraire. De l'autre côté, on peut défendre la thèse que l'affaire Schubarth (en faisant abstraction ici de la question de savoir si la cour plénière était compétente pour prendre la décision controversée) met en évidence une lacune: au sein du corps des juges du Tribunal fédéral une minorité ne bénéficie d'aucune protection face à des actes pris à son encontre si la majorité ne veut pas lui accorder une telle protection. Jusqu'à présent, le législateur est parti de l'idée qu'il peut attendre des gardiens suprêmes du droit en Suisse qu'ils appliquent dans leurs rapports mutuels le même haut standard qu'ils mettent en œuvre lorsqu'ils statuent sur un

recours. L'Office fédéral de la justice (OFJ) laisse aux Commissions de gestion le soin d'estimer sur la base de leur expérience et de leur enquête actuelle si une réévaluation de cette position est nécessaire.

- [1] Die nebenamtlichen Bundesrichter haben keinen «Anspruch» auf Zuweisung von Fällen. Wenn keine Arbeit geleistet wird, fliesst auch keine Entschädigung. Bei Problemen ist also ein Zuwarten bis zum Ablauf der Amtsdauer ohne weiteres möglich.
- [2] Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1191; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, 333 f.
- [3] Häfelin/Müller (Fussnote 2), Rz. 1192.
- [4] Arthur Haefliger/Frank Schürmann, Die EMRK und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 154; [BGE 121 I 383](#).
- [5] Vgl. dazu [BGE 125 I 104](#) mit Hinweisen.
- [6] Andreas Kley, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 112; Haefliger/Schürmann, (Fussnote 4), S. 143.
- [7] Vgl. Häfelin /Müller (Fussnote 2), Rz. 1202 ff.
- [9] Kurt Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, S. 254.
- [10] Hans Peter Walter, Gedanken zum Richteramt, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins [ZBJV] 1991, S. 611 ff., S. 618.
- [11] Vgl. dazu eingehend Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 295 f. mit Hinweisen.
- [12] Art. 79 der Verfassung von Republik und Kanton Tessin, vom 14. Dezember 1997, SR 131.229; Art. 77-89 des Gesetzes über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege (Legge organica giudiziaria civile e penale, del 24 novembre 1910, raccolta delle leggi 3.1.1.1).
- [13] Art. 135 der Verfassung der Republik und des Kantons Genf, vom 24. Mai 1847; Gesetz über den Conseil supérieur de la magistrature (Loi instituant un Conseil supérieur de la magistrature, du 25. septembre 1997, Recueil systématique genevois E 2 20).
- [14] René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 474.
- [15] Hansjörg Seiler, Praktische Fragen der parlamentarischen Obergerichtsprüfung über die Justiz, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2000, S. 281 ff., S. 286; Kiener (Fussnote 11), S. 297; Eichenberger (Fussnote 9), S. 266; Rhinow/Koller/ Kiss (Fussnote 14), Rz. 474 und 478. Im Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle vom 11. März 2002 «Zur Tragweite der parlamentarischen Obergerichtsprüfung über die Gerichte» (BBl 2002 7690) wird die fehlende Disziplinarbefugnis der Obergerichtsbehörde als «unumstrittener Grundsatz» bezeichnet (BBl 2002 7700).
- [16] Zur Selbstverwaltung des Bundesgerichts eingehend Christina Kiss/Heinrich Koller, St. Galler Kommentar zu Art. 188 Abs. 3 BV (Justizreform), Rz. 29 ff.; zur Justizverwaltung allgemein Kurt Eichenberger, Justizverwaltung, in: Festschrift für den Aargauischen Juristenverein, Aarau 1986, S. 31 ff. und Christina Kiss, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 83 ff.
- [17] Vgl. dazu auch Art. 20 des Entwurfs für ein Bundesgerichtsgesetz (E-BGG) und die diesbezüglichen Erläuterungen, BBl 2001 4484 und 4286.

- [18] Vgl. Georg Müller, «Abberufung» durch Reorganisation, Im Widerstreit zu Volkswillen und Kollegialitätsprinzip, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 9. Mai 2003, S. 15, betreffend Departements- und Aufgabenzuteilung innerhalb eines Regierungskollegiums.
- [19] Ohnehin wäre im hier interessierenden Bereich einer disziplinarischen Verantwortlichkeit von Bundesrichtern fraglich, ob das Bundesgericht oder nicht vielmehr die *Bundesversammlung* (Oberaufsichtsbehörde) zur Lückenfüllung befugt wäre, sofern man - was hier verneint wird - eine Lücke annehmen würde.
- [20] René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 23, S. 73. Häfelin/Müller (Fussnote 2), Rz. 234.
- [26] So auch Schindler (Fussnote 21), S. 1021 f.
- [27] Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 139.
- [28] Botschaft vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff.
- [29] Kiener (Fussnote 11), S. 305 fordert: «Disziplinarverfahren müssen in Tatbestand und Rechtsfolge und in ihrem prozeduralen Ablauf durch das formelle Gesetz umschrieben sein.»
- [31] Eine solche Lösung hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates im Rahmen des - vom Ständerat zurückgewiesenen - Entwurfs für ein Bundesgesetz über die Justizkommission (E-JKG) für die Richter des Bundesstrafgerichts vorgeschlagen (vgl. den diesbezüglichen Zusatzbericht vom 16. November 2001, BBl 2002 1181 ff., insbesondere S. 1190 und Art. 17 E-JKG).
- [32] Vgl. zum Begriff auch Eichenberger (Fussnote 9), S. 227, Fn. 1.
- [33] Eichenberger (Fussnote 9), S. 227; Kiener (Fussnote 11), S. 279 mit Hinweisen.
- [34] Kiener (Fussnote 11), S. 280, vgl. dort auch die Literaturangaben in Fn. 218.
- [35] Haefliger/Schürmann (Fussnote 4), S. 168.
- [36] Philippe Abravanel, Indépendance de la justice et efficacité du système judiciaire, Schweizerische Juristen-Zeitung [SJZ] 1991, 274 ff., 275; Kurt Eichenberger, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, Beiheft 12 zur Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR), Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 57 ff., S. 67.
- [37] Jedenfalls bei Parlamentswahlen, anders unter Umständen bei Volkswahlen (wenn die Parteien einander den Sitz streitig machen und es zu Kampfwahlen kommt). Eichenberger (Fussnote 9), S. 229, weist aber schon im Jahre 1960 darauf hin, dass wenn sich diese Staatspraxis der faktischen Wiederwahl ändern sollte, sich neue Sicherungen als notwendig erweisen könnten, wie die wesentliche Verlängerung der Amtsperioden oder gar der Verzicht auf die Institution der Wiederwahlen.
- [38] Eichenberger (Fussnote 9), S. 227.
- [39] Kiener (Fussnote 11), S. 284 f. und NZZ vom 13. März 2003, S. 13.
- [41] Kiener (Fussnote 11), S. 281, vgl. zur Herleitung des schweizerischen Systems auch Schindler (Fussnote 21), S. 1018 f. mit weiteren Hinweisen.
- [42] Zur Problematik dieses Systems eingehend Martin Schubarth, Der europäische Richter - ein unabhängiger Richter?, Festschrift Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 93 ff.

- [43] Art. 11 Abs. 3 des Entwurfes für ein Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht (BBl 2001 4517, 4519), Art. 11 Abs. 3 Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (E-VGG; BBl 2001 4539, 4541).
- [44] AS 2003 2135. Diese Bestimmung wurde in den eidgenössischen Räten diskussionslos gutgeheissen. Vgl. dazu Christina Kiss, das neue Bundesstrafgericht, AJP 2003, S. 141 ff., S. 149.
- [45] Art. 54^{bis} Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (GVG, AS 2003 2119 f.; inzwischen Art. 40a Abs. 3 Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002 [ParlG], SR 171.10),
- [46] Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unanfechtbarkeit von Entscheiden der Bundesversammlung (Art. 189 Abs. 4 des Bundesbeschlusses vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz [BV-Justizreform]; BBl 1999 8633) kann unterbleiben, da die Abberufung eines Richters nicht als zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gilt (Urteil EGMR *Pitkevich c/ Russland* vom 8. Februar 2001, Nr. 47936/99).
- [47] Art. 51 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0). Künftig erfasst durch Art. 67 (Berufsverbot) der Änderung des StGB vom 13. Dezember 2002, BBl 2002 8266.
- [48] Jean-François Aubert, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich 2003, Art. 145, Rz. 10; Walter Haller, *Kommentar zur Bundesverfassung von 1874*, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 107/108, Rz. 47.
- [49] So Schindler (Fussnote 21), S. 1025, Fn. 71.
- [50] Aubert (Fussnote 48), Art. 145, Rz. 9.
- [51] Schindler (Fussnote 21), S. 1025.
- [52] Karl Spühler, *Die Zukunft unserer Justiz*, Abschiedsvorlesung vom 17. Januar 2003, in: AJP 2003, S. 441 ff., S. 443.
- [53] Kiener (Fussnote 11), 283.
- [54] So Kiener (Fussnote 11), 285.
- [55] So der Vorschlag der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates im (zurückgewiesenen) Entwurf für ein Bundesgesetz über die Justizkommission (Art. 2, vgl. BBl 2002 1199).
- [56] Der Ständerat hat einen entsprechenden Entwurf für ein Bundesgesetz über die Justizkommission an seine Rechtskommission zurückgewiesen (AB 2001 S 904).
- [57] Das Plenum des Verwaltungsgerichts urteilt über Klagen betreffend Beendigung des Dienstverhältnisses vor Ablauf der Amtsdauer (u. a.) von Mitgliedern des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts (Art. 124 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern [VRPG], BSG 155.21). Der Grosse Rat (Aufsichtsbehörde) hat über die Klageerhebung zu beschliessen. Die Justizkommission bereitet das Geschäft vor (Merkli/Aeschlimann/Herzog, *Kommentar zum VRPG*, Bern 1997, Art. 124, Rz. 5).
- [58] Die Abberufung eines Richters fällt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Urteil EGMR *Pitkevich c. Russland* vom 8. Februar 2001, Nr. 47936/99). Die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV-Justizreform lässt gesetzliche Ausnahmen zu.
- [59] Die folgende Übersicht erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. ^[59] Kiener (Fussnote 11), 283.

- [60] Dazu Gygi (Fussnote 2), S. 111 f.; Imboden/Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1986, Ergänzungsband 1990, Nr. 16.; Häfelin/Müller (Fussnote 2), Rz. 329 ff. und etwa [BGE 113 Ia 425](#).
- [61] So wurde etwa die Anwendung des Warnungsentzugs beim Führerausweisentzug als späteres milderes Recht gutgeheissen ([BGE 104 Ib 89 f.](#)).
- [62] Verstoss gegen das Rechtssicherheitsgebot, das sich aus dem in Art. 5 BV verankerten Rechtsstaatsprinzip ableitet, so Häfelin/Müller (Fussnote 2), Rz. 330.
- [63] [BGE 125 I 186](#) mit weiteren Hinweisen.
- [64] Gygi (Fussnote 2), S. 112.
- [65] Imboden/Rhinow/Krähenmann (Fussnote 60), Nr. 16 B IV b; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 1 Rz. 11.
- [66] Rhinow/Krähenmann (Fussnote 20), S. 168.
- [67] Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 1824 mit Hinweisen.
- [68] Thomas Sägesser, Die Bundesbehörden, Bern 2000, S. 280.
- [69] Luzian Odermatt, Erlassformen der Bundesversammlung für Rechtsetzungsakte und Einzelakte (erscheint demnächst in: Gesetzgebung & Evaluation (LeGes) 2003), Ziff. 3.
- [70] Beispiel, in dem das Gesetz aber ausdrücklich einen referendumspflichtigen Bundesbeschluss vorsieht: Art. 27 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80). Im Übrigen sind aktuell keine weiteren Beispiele ersichtlich, vgl. Aubert (Fussnote 48), Art. 163, Rz. 24.
- [71] Art. 1 Abs. 1 des Bundesbeschlusses vom 6. Oktober 1978 zum Atomgesetz (SR 732.01); weitere Beispiele bei Thomas Sägesser, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 104.
- [72] Vgl. z. B. Art. 167 BV: Ausgabenbeschlüsse, Art. 168 BV: Wahlakte.
- [73] Odermatt (Fussnote 69), Ziff. 2.
- [74] Beispiel: Bundesbeschluss vom 17. März 1989 über eine Vereinbarung betreffend Nichtrealisierung des Kernkraftwerkes Kaiseraugst (AS 1989 1413).
- [75] Beispiel: Bundesgesetz vom 23 Juni 2000 über die Sanierung der Compagnie des Chemins de fer fribourgeois (AS 2001 132).
- [76] Das Parlamentsgesetz soll am 1. Dezember 2003 in Kraft treten. Zu Art. 29 Abs. 2 ParlG vgl. Aubert (Fussnote 48), Art. 163, Rz. 25 und Fn. 36.
- [77] Zum Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) führt das Bundesgericht in BGE vom 9. Juli 2003, 1P.1/2003, E. 3.2. aus: «In [BGE 119 Ia 141](#) (E. 5c/dd S. 151) hat das Bundesgericht klargestellt, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich auch dann besteht, wenn ein individueller Hoheitsakt, der die Rechtsstellung eines Einzelnen unmittelbar betrifft, ausnahmsweise nicht von einer Verwaltungs- oder Justizbehörde, sondern vom Parlament ausgeht. Ausgeschlossen ist der Anspruch auf rechtliches Gehör dagegen in Rechtssetzungsverfahren ([BGE 121 I 230](#) E. 2c S. 232 mit Hinweisen).»
- [78] Jedenfalls nicht wegen Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. Urteil EGMR *Pitkevich c/ Russland* vom 8. Februar 2001, Nr. 47936/99: Abberufung eines Richters fällt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK).
- [79] FF 2001 4281.

- [80] Par exemple les greffiers ou le personnel administratif.
- [81] Cf. art. 12 et 14 al. 1 let. b P-LTF.
- [82] Cf. art. 20 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110) en droit actuel.
- [83] Art. 14 al. 1 let. b P-LTF.
- [84] Sur le pouvoir de proposition individuelle des juges, cf. en droit actuel l'art. 19 al. 2, du Règlement du Tribunal fédéral du 14 décembre 1978 (RS 173.111.1).
- [85] Art. 16 al. 1 P-LTF.
- [86] Art. 34 al. 1 P-LTF.
- [87] Art. 14 al. 1 let. b^{bis} P-LTF selon la formulation de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats : «La cour plénière est chargée: (b^{bis}) de prendre les décisions relatives à l'organisation et à l'administration du tribunal, pour autant qu'elles aient une importance ou une portée considérables et que l'art. 15 al. 2 let. a à d, ne les défère pas à la compétence du conseil de direction.» Les décisions sur les demandes de récusation en seront exclues, car l'art. 34 P-LTF les attribue à la seule cour compétente. La question de savoir si le conseil de direction recevra une compétence expresse pour prendre des décisions sur le statut de juges spécifiques est encore ouverte actuellement.
- [88] Cf. art. 28 al. 1 let. h de la loi du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (FF 2002 6034) et art. 29 let. b^{bis} du projet de loi sur le Tribunal administratif fédéral selon la formulation de la CAJ-E: «Le recours est recevable contre les décisions prises: (b^{bis}) par le Tribunal pénal fédéral en matière de rapports de travail de ses juges et de son personnel».
- [89] Art. 20 al. 2 OJ.
- [90] La conférence des présidents (art. 24 ch. 5, du règlement du Tribunal fédéral). Au Tribunal fédéral des assurances, cette compétence est attribuée à la cour plénière (art. 15 al. 1 let. g, du règlement du 16 novembre 1999 du Tribunal fédéral des assurances, RS 173.111.2).
- [91] ATF 112 Ia 107, ATF 110 consid. 2b, ATF 104 Ia 201, 213 consid. 5g; arrêt du 9 juillet 2003 (1P.1/2003), consid. 3.3.
- [92] Une telle base légale formelle figure à l'art. 35 al. 1 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1; art. 81 de l'ordonnance du 27 août 2001 sur le personnel du Tribunal fédéral [OPersTF], RS 172.220.114; art. 34 ss. du règlement du Tribunal fédéral).
- [93] Décisions fondées sur la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage (LAr, RS 152.1; art. 16 de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 27 septembre 1999 portant application de la loi fédérale sur l'archivage, RS 152.21) et celles relatives à la chronique de l'activité judiciaire du Tribunal fédéral (art. 19 des directives du 24 août 1994 y relatives, RS 173.111.18). Voir aussi les art. 34 ss. du règlement du Tribunal fédéral (RS 173.111.1).
- [94] Une telle voie de droit n'est pas requise par le droit international (cf. la décision de la Cour eur. D.H. du 8 février 2001 dans la cause *Pitkevich c/ Russie* [47936/99] déclarant l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 [CEDH], RS 0.101 inapplicable aux conflits entre un juge et l'État sur l'exercice de sa fonction judiciaire).

JAAC 68.49 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 14. August 2003

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 551

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.