

Veröffentlichungen zum aargauischen Recht
Herausgegeben vom Aargauischen Juristenverein

Band 47

Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband

Herausgeber
Aargauischer Anwaltsverband

Schulthess S 2005

Inhaltsverzeichnis

Autorenverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XII

Staatsrecht

REGINA KIENER

Anwalt oder Richter? — Eine verfassungsrechtliche Sicht auf die Richtertätigkeit von Anwältinnen und Anwälten.....	3
---	---

GEORG MÜLLER

Staatsleitung und Gewaltenteilung im Kanton Aargau.....	27
---	----

FRANZ NYFFELER

Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts.....	35
---	----

THOMAS PFISTERER

Von der gerichtlichen Beratung der Gesetzgebung.....	57
--	----

Verwaltungsrecht

MARCEL BOLZ

Die verwaltungsinterne Rechtspflege - Bedeutung und Funktion im heutigen Umfeld.....	83
---	----

ELISABETH LANG

Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht.....	105
--	-----

MICHAEL MERKER

Parteien im Verwaltungs(prozess)verfahren.....	137
--	-----

Privatrecht

RUTH ARNET GANTNER

Die kartellrechtliche Kontrahierungspflicht. Entwicklung und materielle Aspekte des zivilrechtlichen Anspruches auf Vertragsschluss gemäss Art. 13 lit. b KG.171

ANDREAS BINDER

Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung. Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes.197

LUKAS HANDSCHIN

Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft.237

ERICH RÜEGG

Die Leistungsbefreiungen im UN-Kaufrecht (CISG).253

BENNO STUDER

Superficies an Pflanzen.271

Steuerrecht

MARIANNE KLÖTI-WEBER

Steuerfolgen von Auflösung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung.293

ANDREAS SCHORNO

Wertänderungen auf Geschäftsliegenschaften im Aargauer Steuergesetz.317

Prozessrecht

ALFRED BÜHLER

Von den Risiken im Zivilprozess.343

ANDREAS EDELMANN

Neues aus Lugano. Ein Blick auf neuere Entwicklungen in Fragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in der Schweiz gemäss Lugano-Übereinkommen.377

ROLAND HÜRLIMANN

Schiedsgutachten und deren Anfechtung.401

RUDOLF URSPRUNG / PETRA FLEISCHANDERL

Die Kognition des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nach dem neuen Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG).415

Anwaltsrecht

ANDREAS BAUMANN

Interessenkonflikte des Rechtsanwaltes.433

URS PETER FREY

Das Standesgericht des Aargauischen Anwaltsverbandes.461

EVA SALUZ

Darf ein Anwalt lügen? Gedanken der Präsidentin des SAV.475

HANS ULRICH ZISWILER

Die Äusserungen des Anwalts zur Rechtspflege in den Medien.487

Regina Kiener

Anwalt oder Richter? – Eine verfassungsrechtliche Sicht auf die Richtertätigkeit von Anwältinnen und Anwälten

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	4
II.	Rechtliche Normierung	4
	A. Regelung im Bund	5
	B. ... und in den Kantonen	6
III.	Strukturelle und institutionelle Bedingungen, Historie	7
IV.	Richterliche Unabhängigkeit	9
	A. Verfassungsrechtliche Mindeststandards	9
	1. Organbezogen: Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ...	10
	2. Personenbezogen: Anspruch auf Beurteilung durch unabhängige Richterinnen und Richter	11
	B. Konkretisierung mit Blick auf die Richtertätigkeit von Anwälten	12
	1. Ausgangslage: Betroffene Verfassungsgehalte	12
	2. Objektiv berechtigter Anschein der Befangenheit	13
	a. Kriterien	13
	b. Hängige Mandatsverhältnisse zu einer Verfahrenspartei	14
	c. Hängige Mandatsverhältnisse zu Dritten	14
	d. Abgeschlossene Mandatsverhältnisse zu einer Partei	15
	e. Abgeschlossene Mandatsverhältnisse als Gegenanwalt	16
	f. Unabhängigkeit gegenüber den Parteianwälten	17
V.	Chancengleichheit im Prozess	18
	A. Ausgangslage	18
	B. Verfassungsrechtliche Mindeststandards	18
	C. Konkretisierung mit Blick auf die Richtertätigkeit von Anwälten	19
VI.	Verfahrensökonomie als Rechtfertigung?	20
VII.	Kritik aus funktionaler Sicht	22
	A. Ausgangslage: Unabhängigkeit in der anwaltlichen Berufsausübung	22
	B. Unabhängigkeit gegenüber dem Staat	23
	C. Folgerung	24
VIII.	Schluss	25

I. Einleitung*

Der Anwaltsberuf beschränkt sich nicht auf die Prozessführung und Rechtsberatung; über den Kernbereich ihrer Tätigkeit hinaus erfüllen Anwältinnen und Anwälte eine Vielzahl von weiteren Aufgaben, sei es als Gutachter oder Mediatoren, sei es als Vermögensverwalter oder Hochschullehrer. Während diese Tätigkeiten in der anwaltsrechtlichen Literatur vertiefende Darstellung erfahren¹, findet die *richterliche Tätigkeit* von Anwälten kaum Beachtung. Über die Gründe für diese Zurückhaltung kann man nur spekulieren. Dass die Frage bloss von theoretischem Interesse ist, darf aus diesem Befund jedenfalls nicht geschlossen werden, ist die Kombination von Anwalts- und Richtertätigkeit doch im Bund und in zahlreichen Kantonen verbreitet.

Ein nebenberuflich als Richter wirkender Anwalt ist gleichzeitig ein nebenamtlich als Anwalt arbeitender Richter. Bei einer verfassungsrechtlichen Würdigung entsprechender Doppelmandate steht die als staatliche Kernaufgabe verfasste und in ihrer Unabhängigkeit auch durch das internationale Recht geschützte *Richtertätigkeit* im Vordergrund. Nebenbeschäftigungen sind dem Richteramt wesensfremd und deshalb im Grundsatz untersagt, bewirken sie doch Bindungen, die zu Interessenkollisionen führen und dadurch in Widerspruch zur *richterlichen Unabhängigkeit* geraten können. Tritt eine Anwältin als Parteivertreterin vor jenem Gericht auf, an dem sie punktuell auch als nebenamtliche Richterin amtiert, sind zudem Beeinträchtigungen der *prozeduralen Chancengleichheit* der Parteien zu befürchten. Nicht zuletzt ist auch die Frage zu thematisieren, ob die nebenamtlich in der Justiz tätigen Anwältinnen und Anwälte mit Übernahme des Richteramts eine Bindung zum Staat eingehen, welche in Konflikt zu den gesetzlichen Anforderungen an die *Unabhängigkeit der anwaltlichen Berufsausübung* geraten.

II. Rechtliche Normierung

Das Doppelmandat von Richter und Anwalt ist im Bund und in zahlreichen Kantonen Realität. Die normativen Grundlagen finden sich im einschlägigen *Justiz-*

* Für die Mithilfe bei der Recherche und anregende Diskussionen danke ich meinem Assistenten, Fürsprecher Mathias Kuhn.

¹ Vgl. insbesondere die Beiträge in WALTER FELLMANN/CLAIRE HUGUENIN JACOBS/TOMAS POLEDNA/JÖRG SCHWARZ (Hrsg.), Schweizerisches Anwaltsrecht: Droit suisse des avocats: Diritto svizzero degli avvocati, Bern 1998, namentlich ROLAND HÜRLIMANN, Der Anwalt als Gutachter, 389 ff.; PETER LIATOWITSCH, Anwaltsberuf und Mediation, 443 ff.; ALAIN B. LÉVY, L'avocat en tant que gestionnaire de fortune, 515 ff. oder JENS DROLHAMMER, Der Anwalt als Hochschullehrer?, 531 ff.

organisationsrecht, welches – seinem Gegenstand entsprechend – die Zulässigkeit der Nebenbeschäftigungen von Gerichtsmitgliedern regelt und dabei auch die Anwalts-tätigkeit von Richterinnen und Richtern normiert. Eine spiegelbildliche Regelung der nebenberuflichen Richtertätigkeit von Anwältinnen und Anwälten wäre im Anwaltsrecht zu treffen, man sucht sie jedoch vergebens; weder das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte noch – soweit ersichtlich – die kantonalen Anwaltsgesetze haben die Problematik rechtlich gefasst².

A. Regelung im Bund...

Sowohl am Bundesgericht als auch am Eidgenössischen Versicherungsgericht wirken neben den vollamtlichen Mitgliedern auch nebenamtliche Richterinnen und Richter³. Den *vollamtlichen Mitgliedern* dieser Gerichte bleibt die Ausübung eines «anderen Berufs oder Gewerbes» im Sinn einer Unvereinbarkeitsregel untersagt. Nebenbeschäftigungen unterstehen einer Bewilligungspflicht und werden nur gestattet, wenn sie die uneingeschränkte Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit und das Ansehen des Gerichts nicht beeinträchtigen⁴. Rechtsberatungs- oder Gutachtensaufträge werden nur in Fällen bewilligt, die nicht zugleich Gegenstand eines Prozesses in der Schweiz sind und voraussichtlich auch nicht vor einem schweizerischen Gericht oder einer schweizerischen Administrativbehörde anhängig gemacht werden⁵. Anders gestaltet sich die Rechtslage bei den *nebenamtlichen Richterinnen und Richtern*. Sie üben in der Regel einen Hauptberuf aus, der trotz Aufnahme der nebenrichterlichen Tätigkeit prinzipiell weitergeführt werden darf. Die Tätigkeit als Anwalt oder Anwältin ist zumindest implizit erlaubt, stellt das Gesetz doch einen Ausschlussgrund für den Fall auf, dass eine Gerichtsperson in einer Streitsache vorgängig als Anwalt oder Anwältin gehandelt hat⁶.

Die zur Zeit noch nicht abgeschlossene *Totalrevision der Bundesrechtspflege* bringt zur Frage der Anwalts-tätigkeit von Richterinnen und Richtern des Bundes einige interessante Neuerungen. Bundesgericht und Eidgenössisches Versicherungsgericht

² Vgl. insbesondere Art. 12 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA, vom 23. Juni 2000, SR 935.61), zu den anwaltlichen Berufsregeln; für den Kanton Aargau § 14 ff. Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes (Anwaltsgesetz, AnwG-AG, vom 18. Dezember 1984, SAR 291.100).

³ Das Bundesgericht besteht aus 30 Mitgliedern und 15 nebenamtlichen Richtern (Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bundesrechtspflegegesetz, OG, vom 16. Dezember 1943, SR 173.110), das Eidgenössische Versicherungsgericht besteht aus je neun bis elf vollamtlichen und nebenamtlichen Mitgliedern (Art. 123 Abs. 1 OG).

⁴ Art. 3 Abs. 1 OG, Art. 3a Abs. 1 OG.

⁵ Art. 2 Abs. 2 Reglement vom 22. Februar 1993 über die Nebenbeschäftigungen der Mitglieder des Bundesgerichts, SR 173.113.1.

⁶ Art. 22 Abs. 1 Bst. b OG.

sind weiterhin mit ordentlichen Richtern und mit Suppleanten besetzt⁷. Demgegenüber sind an den erstinstanzlichen Bundesgerichten (Bundesstrafgericht und Bundesverwaltungsgericht) einzig hauptamtliche Richterinnen und Richter tätig; das Amt kann indessen – anders als an den Höchstgerichten – auch im Teilpensum ausgeübt werden⁸. Die Einführung von Teilpensum machte eine Regelung der Nebentätigkeiten und damit auch der Anwaltstätigkeit von Gerichtsmitgliedern erforderlich. Die vom Bundesrat für die erstinstanzlichen Bundesgerichte vorgeschlagene Regelung, wonach den Richterinnen und Richtern die Anwaltstätigkeit im Sinn einer *Unvereinbarkeitsregel* verboten ist⁹, wurde in den parlamentarischen Beratungen auch ins Bundesgerichtsgesetz aufgenommen¹⁰. Ob damit den Mitgliedern von Gerichten des Bundes allein die forensische oder aber jede anwaltliche Tätigkeit untersagt ist, steht vorderhand nicht mit Sicherheit fest. Der Wortlaut der – nun in allen drei Erlassen (bzw. Entwürfen) der revidierten Bundesrechtspflege gleich lautenden – Bestimmungen spricht die berufsmässige Vertretung Dritter «vor Gericht» an und lässt damit auf die erste Option schliessen. Die bundesrätliche Botschaft äussert sich zu dieser Frage nicht explizit¹¹; im Parlament wurde sie einzig in der nationalrätlichen Debatte zum Strafgerichtsgesetz thematisiert¹². Auch hier lässt sich aus der Diskussion aber folgern, dass der Ausschluss einzig forensisch tätige Anwälte und Anwältinnen treffen soll¹³.

B. ... und in den Kantonen

In den Kantonen ist der Einsatz von nebenamtlichen und zunehmend auch von hauptamtlichen Richtern mit Teilpensum weit verbreitet; entsprechend vielfältig sind

⁷ Art. 1 Abs. 3 und 4 Entwurf Bundesgesetz über das Bundesgericht (Entwurf Bundesgerichtsgesetz, E-BGG), BBl 2005 4045 ff.

⁸ Art. 12 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG, vom 4. Oktober 2002, SR 173.71); Art. 13 Abs. 1 Entwurf Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Entwurf Verwaltungsgesetz, E-VGG), BBl 2005 4093 ff.

⁹ Art. 6 Abs. 2 SGG, Art. 6 Abs. 2 E-VGG; dazu Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., 4379. In der nationalrätlichen Debatte zum SGG war diese Frage umstritten, vgl. Amtl. Bull. N 2002 1210 ff.

¹⁰ Art. 6 Abs. 2 E-BGG; vgl. Amtl. Bull. S 2003 891 f., Amtl. Bull. N 2004 1584. Der bundesrätliche Entwurf zum BGG kannte nur eine pauschale Unvereinbarkeitsregel, die ein Verbot für alle Tätigkeiten vorsah, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Gerichts beeinträchtigen (Art. 6 Abs. 2 E-BGG, BBl 2001 4481) sowie eine Ausstandsregel für den Fall, dass ein Richter in der gleichen Sache als Rechtsberater einer Partei tätig gewesen war (Art. 31 Abs. 1 Bst. b E-BGG, BBl 2001 4486).

¹¹ Botschaft Bundesrechtspflege (FN 9) 4379.

¹² Amtl. Bull. N 2002 1210 ff. Vgl. auch Amtl. Bull. S 2003 891, Amtl. Bull. N 2004 1584 (zu Art. 6 E-BGG) und 2001 918 (zu Art. 6 SGG).

¹³ Vgl. insbesondere die Voten Erwin Jutzet und Anita Thanei, Amtl. Bull. N 2002 1211 f.

die Regeln, die das kantonale Gerichtsorganisationsrecht für die Anwaltstätigkeit dieser Richterinnen und Richter aufstellt¹⁴. Im Kanton Aargau werden den vollamtlichen wie den teilamtlichen Richterinnen und Richtern alle Tätigkeiten untersagt, welche die Erfüllung ihrer amtlichen Pflichten beeinträchtigen oder das Vertrauen in ihre richterliche Unabhängigkeit gefährden könnten; ausdrücklich verboten ist die Tätigkeit als Anwalt, als Treuhänder oder als Notar¹⁵. Von dieser Unvereinbarkeitsregel nicht erfasst werden die Ersatzrichterinnen und Ersatzrichter, deren Einsatz auf allen Stufen der kantonalen Gerichtsbarkeit möglich ist¹⁶; ihnen bleibt die hauptberufliche Anwaltstätigkeit damit erlaubt.

III. Strukturelle und institutionelle Bedingungen, Historie

Die Zulassung des Doppelmandats als Anwalt und Richter beruht vermutlich auf historischen Gegebenheiten, setzt heute aber Bedingungen und Gegebenheiten voraus, die so nur in der Schweiz zu finden sind und letztlich wohl in einer anhaltenden Skepsis gegenüber einem professionalisierten Richterstand wurzeln. Dass die in demokratischen Überzeugungen ruhende Idee des Richters als Volksrichter bis heute nachwirkt, die Richterschaft deshalb institutionell eng an die Bürgerschaft angebunden wird, zeigt sich an den Wahlkompetenzen (sie liegen beim Volk oder bei den Parlamenten), an der beschränkten Amtsdauer bzw. dem Erfordernis der Wiederwahl der Richter und nicht zuletzt an den *Wählbarkeitsvoraussetzungen* für das Richteramt. Im Bund wie in den Kantonen ist der Zugang zum Richteramt nur wenig formalisiert, typisches Erfordernis – auch für die Tätigkeit an Gerichten des Bundes – ist das Aktivbürgerrecht¹⁷. Eine besondere Richterausbildung, deren

¹⁴ Die alle Kantone umfassende Darstellung kann im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden. Überblicksweise wird die Rechtslage in den Kantonen im Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Sachen *Wettstein c. Schweiz*, Application no. 33958/96, vom 21. März 2001, Rz. 26 bis 30 dargestellt.

¹⁵ § 9 Gesetz des Kantons Aargau über die Organisation der ordentlichen richterlichen Behörden (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG-AG, vom 11. Dezember 1984, SAR 155.100).

¹⁶ Vgl. § 31 GOG-AG betr. Bezirksgerichte, § 49 Abs. 1 GOG-AG betr. Obergericht, § 9 Gesetz des Kantons Aargau über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG-AG, vom 9. Juli 1968, SAR 271.100) betr. Verwaltungsgericht.

¹⁷ So für die Mitglieder des Bundesgerichts (Art. 143 BV, Art. 5 Abs. 2 E-BGG), des Bundesstrafgerichts (Art. 5 Abs. 2 SGG) und des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 5 Abs. 2 E-VGG). Zur Situation in den Staaten des Europarates vgl. GIACOMO OBERTO, Recrutement et formation des magistrats en Europe, Strassburg (Conseil de l'Europe) 2003; für die globale Perspektive die Publikation der UNION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS (Hrsg.), *Traité d'organisation judiciaire comparée*, Vol I Zürich 1999.

Absolvierung eine Wählbarkeitsvoraussetzung darstellen und den Zugang zum Richteramt auf Personen beschränken würde, die sich auf die Richterlaufbahn festgelegt haben, ist dem Gerichtsorganisationsrecht nicht bekannt¹⁸. Hinzu kommt eine *Justizorganisation*, die das Richteramt im Grundsatz zwar als Vollamt versteht, daneben aber auch Ersatzrichter einsetzt und – auf veränderte Arbeitsmodelle reagierend – zunehmend auch Teilzeitstellen einrichtet. Diese Gegebenheiten sind es, die den freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten den Zugang zum Richteramt ermöglichen.

Nicht zuletzt mögen bei der Zulassung von Anwältinnen und Anwälten zum Richteramt auch *historische Gegebenheiten* nachwirken¹⁹: Im Prozesswesen des Mittelalters und der frühen Neuzeit war auf dem Gebiet der heutigen Schweiz weniger der aus dem römischen Recht hervorgegangene, wissenschaftlich gebildete Advokat als vielmehr der im deutschen Recht verankerte *Vorsprecher* bekannt²⁰. Der Vorsprecher funktionierte während des Verfahrens als Mittler zwischen Gericht und Partei. Er war nicht als Prozessvertreter eingesetzt, sondern wurde vom Richter aus der Mitte der Urteiler bestellt; seine Tätigkeit lag darin, die Anliegen der Parteien in die erforderlichen prozessualen Formeln zu fassen²¹. Aufgabe war also die Mithilfe bei der Verwirklichung des objektiven Rechts, und nicht die Vertretung subjektiver Parteianliegen. Der Vorsprecher (erst später: Fürsprecher) bewahrte die mit dem regionalen Recht nicht vertrauten Personen vor Formfehlern und damit vor Rechtsverlust. Um die divergierenden Interessen separiert zu halten, musste die Funktion des Vorsprechers unentgeltlich bleiben²². Die Rezeption römisch-rechtlicher brachte eine Ausdifferenzierung und Professionalisierung des Verfahrensrechts und damit auch der anwaltlichen Tätigkeit, die sich in der Folge zu einer eigenständigen Form der Prozessvertretung von individuellen

¹⁸ Vgl. zu diesem Argument auch EGMR-E Wettstein c. Schweiz (FN 14) Rz. 23.

¹⁹ Zum Folgenden TRAUOGOTT LINDEGGER, Die Anwaltschaft im Gebiete des Kantons Aargau, Diss. Zürich 1911; RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE, Anwalts-geschichte der Schweiz, Zürich 1998; MARCEL SENN, Das Berufsbild des Rechtsanwalts im geschichtlichen Wandel seit der frühen Neuzeit, in: Fellmann et al. (FN 1), 1 ff.; HANNES SIEGRIST, Advokat, Bürger und Staat: Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und der Schweiz (18.–20. Jh), zwei Bände, Frankfurt am Main 1996; DERS., «Rechtsanwälte», in: Historisches Lexikon der Schweiz (elektronische Publikation HLS), Version vom 15. November 2001; HANS ULRICH WALDER, Der Anwaltsberuf im 19. Jahrhundert mit Ausblicken ins 20. Jahrhundert, in: Fellmann et al. (FN 1), 21 ff.

²⁰ SIEGRIST, Rechtsanwälte (FN 19).

²¹ Vgl. etwa LINDEGGER (FN 19) 28; PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE (FN 19) 12 ff.

²² SENN (FN 19) 6 ff., m.w.H.

Rechtsschutzinteressen entwickelte²³. In der Helvetik wurde die Kumulation von Anwaltstätigkeit und Richteramt untersagt²⁴.

Ab der Mediation kehrten einzelne Kantone zum Richter-Fürsprecher zurück²⁵, während es in den meisten Kantonen zu einer weiteren Professionalisierung und Institutionalisierung der freiberuflichen Prozessvertretung kam²⁶.

IV. Richterliche Unabhängigkeit

A. Verfassungsrechtliche Mindeststandards

Die Mindestanforderungen an die richterliche Unabhängigkeit sind in der Bundesverfassung und in internationalen Menschenrechtsverträgen festgeschrieben²⁷. Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein *durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht*. Die richterliche Unabhängigkeit wird in Art. 30 Abs. 1 BV als justiziables Grundrecht²⁸ und in Art. 191c BV als organisationsrechtlicher Grundsatz garantiert²⁹. Inhaltlich weitgehend deckungsgleich sind die – in der Schweiz unmittelbar anwendbaren – Garantien der Europäischen Menschenrechts-

²³ SENN (FN 19) 7 f., m.w.H.

²⁴ Gesetz vom 21. Dezember 1798, Hinweis bei LINDEGGER (FN 19) 61 f.

²⁵ So zum Beispiel der Kanton Schaffhausen, der ab 1803 vor Gericht keine berufsmässigen Advokaten mehr zuließ und bestimmte, dass die «ehemals üblich gewesenen Fürsprecher aus der Zahl der Richter selbst» wieder eingeführt werden sollten, Zitat bei PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE (FN 19) 68.

²⁶ Vgl. PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE (FN 19) 49.

²⁷ Art. 30 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, vom 18. April 1999, SR 101) sowie Art. 6 Ziff. 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, vom 4. November 1950, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974, SR 0.101); Art. 14 Ziff. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, vom 16. Dezember 1966, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992, SR 0.103.2).

²⁸ Vgl. dazu REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001; ALFRED KÖLZ, Art. 58 Rz. 17 in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. A. Bern 1999 569 ff. oder PASCAL MAHON, Art. 30 in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.) Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003.

²⁹ Art. 191c BV wurde als Teil der Justizreform in der Abstimmung vom 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommen (BBl. 2000 2990), bislang aber noch nicht in Kraft gesetzt.

konvention und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte³⁰. Diese Grundsätze richterlicher Unabhängigkeit werden ergänzt durch zahlreiche, in ihrer Geltungskraft nicht verbindliche Deklarationen³¹. Lehre und Praxis schreiben dem grundrechtlich geschützten Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht eine organbezogene und eine personenbezogene Komponente zu. Im Anwendungsbereich der jeweils einschlägigen Garantie gesichert ist zum einen die institutionelle Unabhängigkeit des Gerichts im Rahmen der gewaltenteiligen Behördenordnung und zum anderen die persönliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der urteilenden Richterinnen und Richter³².

1. Organbezogen: Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht

Den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht im Sinn von Art. 30 Abs. 1 BV genügt der Rechtsprechung zufolge jede Behörde, die Rechtsprechungsfunktionen ausübt und im Gefüge staatlicher Organe funktionell und organisatorisch unabhängig ist. Ein dergestalt unabhängiges Gericht braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art der Ernennung der Richter, deren Amtsdauer, deren Schutz vor äusserer Beeinflussung

³⁰ Eine umfassende Darstellung der internationalen Garantien richterlicher Unabhängigkeit findet sich bei LOUISE DOSWALD-BECK/ROBERT KOLB, *Judicial Process and Human Rights: United Nations, European, American and African Systems: Text and summaries of international case-law*, Kehl/Strassburg/Arlington 2004, S. 119 ff. Zu Art. 14 UNO-Pakt II vgl. den General Comment no. 13/21 vom 12. April 1984, bei WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOVAK (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, Bern 2. A. Basel und Frankfurt a.M. 1997 372 ff.; einen aktuellen Überblick bieten SARAH JOSEPH/JENNY SCHULTZ/MELISSA CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2. A. Oxford 2004 388 ff. Zu Art. 6 EMRK statt vieler WOLFGANG PEUKERT, Artikel 6 in: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, 2. A. Kehl/Strassburg/Arlington 1996, aus der Optik der Schweiz MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2. A. Zürich 1999 260 ff.; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2. A. Bern 1999 166 ff.

³¹ Vgl. insbesondere die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates aus dem Jahr 1994 (Recommendation No. R[94] 12 On the Independence, Efficiency and Role of Judges), die «Basic Principles on the Independence of the Judiciary» der UNO-Generalversammlung (1985), die European Charter on the Statute for Judges, ECSJ aus dem Jahr 1993 oder die im Rahmen der Internationalen Richtervereinigung erarbeitete Internationale Richtercharta aus dem Jahr 1999 (Universal Charter of the Judge, UCJ).

³² Vgl. etwa FROWEIN, Artikel 6 in: Frowein/Peukert (FN 30), Rz. 124 ff. oder KIENER (FN 28) 55 ff. und 225 ff., je m.w.H.

sung sowohl gegenüber den anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig sein; dabei ist immer auch auf das äussere Erscheinungsbild abzustellen³³.

2. Personenbezogen: Anspruch auf Beurteilung durch unabhängige Richterinnen und Richter

Den Anspruch auf Beurteilung durch unabhängige Richterinnen und Richter umschreibt das Bundesgericht aus der Optik einer möglichen Befangenheit und damit negativ. Befangenheit ist Ausdruck fehlender Unabhängigkeit und nach der ständigen Rechtsprechung anzunehmen, wenn «Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit [...] zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung eines Richters nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten, wozu auch verfahrensorganisatorische Aspekte gehören, begründet sein. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit [...] kann allerdings nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen in den Richter muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen»³⁴. Diese Absage an rein subjektive Einschätzungen gilt nicht nur für die Parteien, sondern auch für die vom Vorwurf mangelnder Unabhängigkeit betroffenen Justizpersonen; ihre eigene Einschätzung – ob sie sich selber für befangen halten oder im Gegenteil davon überzeugt sind, ein Verfahren mit der erforderlichen Unbefangenheit führen zu können – ist ohne Belang³⁵. In ähnlicher Weise prüft der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Abgestellt wird zum einen auf die innere Einstellung des Richters im konkreten Fall und damit auf ein «subjektives» Kriterium³⁶. Aufgrund der Bedeutung, die dem Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Unabhängigkeit der Justiz zukommt³⁷, wird in der Praxis zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK immer auch als «objektives» Kriterium der Umstand in Betracht gezogen, ob ein Spruchkörper dem äusseren Anschein nach den Eindruck

³³ BGE 126 I 228 E. 2a/bb 230 f., vgl. auch BGE 119 Ia 81 E. 3 83. Aus der Strassburger Praxis statt vieler EGMR–E *Belilos c. Schweiz*, Serie A/132 (1988) Rz. 64 ff. oder *Campbell und Fell c. Vereinigtes Königreich*, Serie A/80 (1984) Rz. 76 ff.

³⁴ BGE 114 Ia 50 E. 3b 54 f., seither ständige Praxis.

³⁵ BGE 121 II 53 E. 3c 58; 108 Ia 48 E. 2 53.

³⁶ Statt vieler EGMR–E *Piersack c. Belgien*, Serie A/53 (1982) Rz. 30 oder *Hauschildt c. Dänemark*, Serie A/154 (1989) Rz. 46 ff.; die Schweiz betreffend vgl. zum Beispiel EGMR–E *Belilos*, Serie A/132 (1988) Rz. 64 ff. oder *Thomann*, Rec. 1996-III 815 Rz. 30.

³⁷ Statt vieler EGMR–E *Schöpfer c. Schweiz*, Rec. 1998-III 1042 ff. Rz. 29 oder *Fey c. Österreich*, Serie A/255-A (1993) Rz. 30.

von Unabhängigkeit vermitteln kann, denn: «... it is not merely of some importance, but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done»³⁸.

B. Konkretisierung mit Blick auf die Richtertätigkeit von Anwälten

Vor dem Hintergrund der soeben skizzierten Grundsätze richterlicher Unabhängigkeit ist die hier interessierende Problematik der nebenberuflichen Richtertätigkeit von Anwältinnen und Anwälten zu diskutieren. Verschiedene Fragen drängen sich auf: Ist es verfassungsrechtlich haltbar, ein Gericht mit einem (nebenamtlichen) Richter zu besetzen, der hauptberuflich als Anwalt wirkt? Und bleibt die Unabhängigkeit der urteilenden Richter auch dann gewahrt, wenn eine Anwältin als Parteivertreterin vor jenem Spruchkörper auftritt, in dem sie zeitweise selber als Richterin wirkt?

1. Ausgangslage: Betroffene Verfassungsgehalte

Wird eine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit mit der Begründung gerügt, es habe ein hauptberuflich als Anwalt tätiger Richter am Verfahren teilgenommen, prüfen das Bundesgericht wie auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diese Rüge am Massstab der *personenbezogenen* und nicht der *organbezogenen* Unabhängigkeit. Die Mitwirkung von nebenamtlichen Richterinnen und Richtern stellt nach der Rechtsprechung die Eigenschaft des Spruchkörpers als unabhängiges Gericht für sich allein genommen nicht in Frage und bedeutet folglich auch keine prinzipielle Beeinträchtigung des grundrechtlichen Anspruchs der Parteien auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht³⁹; solange keine Weisungsgebundenheit besteht, dürfen auch Vertreter eines bestimmten Berufsstands als nebenamtliche Richter tätig sein⁴⁰. Die Besetzung nebenamtlicher Richterstellen mit Anwältinnen oder Anwälten ist demnach im Grundsatz zulässig, und die Qualität als unabhängiges Gericht geht einem Spruchkörper nicht schon deswegen verloren, weil er auch mit Personen besetzt ist, die hauptberuflich der Anwaltschaft nachgehen⁴¹.

³⁸ LORD CHIEF JUSTICE HEWART, zitiert bei LORD DENNING, *The Discipline of Law*, London 1979 86. Der EGMR hat diese Sentenz in verkürzter Form aufgenommen, zuerst EGMR-E *Delcourt c. Belgien*, Serie A/11 (1970) Rz. 30.

³⁹ Vgl. EGMR-E *Sramek c. Österreich*, Serie A/84 (1984) Rz. 39 f. oder *Langborger c. Schweden*, Serie A/155 (1989) Rz. 34.

⁴⁰ BGE 123 I 87 E. 4 90 ff. betr. Bündner Notariatskommission.

⁴¹ EGMR-E *Wettstein c. Schweiz* (FN 14) Rz. 41.

2. Objektiv berechtigter Anschein der Befangenheit

a. Kriterien

Allein in der Tatsache, dass ein Richter hauptberuflich als Anwalt tätig ist, liegt der Rechtsprechung zufolge kein Grund für die Annahme einer Befangenheit⁴². Vielmehr müssen konkrete Umstände vorliegen, die bei einer objektiven Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen⁴³. Über diese allgemeinen Kriterien hinaus lassen sich der stark einzelfallbezogenen Praxis kaum verallgemeinerungsfähige Grundsätze entnehmen. Das Bundesgericht geht in der Regel von der Frage aus, ob ein hauptberuflich als Anwalt tätiger Richter *im Einflussbereich einer Verfahrenspartei* steht und deshalb das Verfahren nicht mehr mit der erforderlichen Unabhängigkeit durchführen kann; dabei wird auf das Argument abgestützt, ob die *Interessen* einer Verfahrenspartei und jene des anwaltlich tätigen Richters als *gleichgerichtet* erscheinen⁴⁴; in solchen Fällen wird mitunter auch danach gefragt, ob eine unbefangene Beurteilung gerade auch in den Augen der *Gegenpartei* in Frage gestellt ist⁴⁵. In der Regel ist die Befürchtung fehlender Unabhängigkeit eines auch als Anwalt praktizierenden Richters auf die besondere Beziehungsnähe zur hängigen Streitigkeit oder zu den involvierten Parteien zurückzuführen. Diese Gegebenheiten erinnern an jene Konstellation, welche das Bundesgericht unter dem Stichwort der *Vorbefassung* in die Diskussion über die Tragweite der richterlichen Unabhängigkeit eingeführt hat. Vorbefassung ist der Praxis zufolge gegeben, «wenn einzelne Richter bereits zu einem früheren Zeitpunkt in amtlicher (richterlicher oder nicht-richterlicher) Funktion mit der konkreten Streitsache schon einmal zu tun hatten»⁴⁶. Nun liegt der so umschriebenen Vorbefassung gleichwohl definitionsgemäss eine frühere *amtliche* – und eben nicht: eine freiberufliche – Tätigkeit zugrunde. Für die Handhabung der Befangenheitsproblematik aufgrund vorgängiger Anwaltschaftigkeit lassen sich aber aus der Praxis zur Vorbefassung zusätzliche Gesichtspunkte gewinnen. Das für eine Vorbefassung ausschlaggebende Kriterium (ob nämlich die frühere Tätigkeit den berechtigten Eindruck entstehen lässt, der Richter oder die Richterin könnten sich von den vorgängig getroffenen Festlegungen oder den einmal geäußerten Wertungen nicht mehr lösen und würden die Sache deshalb nicht mehr mit der nötigen Offenheit,

⁴² Vgl. BGE-E vom 15. Mai 1992, ZBl 1993 84 ff. (ein in Baufragen spezialisierter Anwalt darf als nebenamtlicher Verwaltungsrichter bei der Beurteilung von Bausachen mitwirken) und Entscheid des Kassationsgerichts Zürich vom 16. März 1988, SJZ 85/1989 86 f. (als Strafverteidiger spezialisierter Anwalt darf als nebenamtlicher Richter in Strafverfahren eingesetzt werden).

⁴³ Vgl. dazu oben Ziff. IV/A/2.

⁴⁴ BGE 124 I 121 E. 3c 126.

⁴⁵ BGE 116 Ia 485 E. 3b 490.

⁴⁶ Ständige Rechtsprechung seit BGE 114 Ia 50 E. 3d 57.

Distanz und Objektivität beurteilen⁴⁷⁾ kann *mutatis mutandis* auch im vorliegenden Kontext fruchtbar gemacht werden. Im Folgenden wird die Praxis zur richterlichen Tätigkeit von Anwälten im Licht dieser Grundsätze dargestellt.

b. *Hängige Mandatsverhältnisse zu einer Verfahrenspartei*

Die von der Verfassung verlangte Offenheit, Distanz und Objektivität gehen einem Richter ab, wenn zu einer Verfahrenspartei ein offenes Mandatsverhältnis besteht. Die Befürchtung fehlender Unabhängigkeit ist offensichtlich, wenn eine Richterin im hängigen Verfahren gleichzeitig auch Anwältin einer Partei ist; wer am Ausgang eines Verfahrens ein direktes und unmittelbares Eigeninteresse hat, vermag die von der Verfassung verlangte Unabhängigkeit nicht darzustellen⁴⁸⁾. Der Anschein der Befangenheit erweist sich der bundesgerichtlichen Praxis zufolge aber auch dann als objektiv gerechtfertigt, wenn ein Richter eine Verfahrenspartei in einem anderswo hängigen Verfahren als Anwalt vertritt⁴⁹⁾.

c. *Hängige Mandatsverhältnisse zu Dritten*

Mandatsverhältnisse zu Dritten werden den berechtigten Anschein der Befangenheit dann begründen, wenn sich aus diesem Umstand *Rückwirkungen* auf die Beurteilung des hängigen Gerichtsverfahrens ergeben, so dass die Offenheit und Objektivität des Verfahrens berechtigten Zweifeln unterliegen. Solches trifft zu und die Unabhängigkeitsgarantie erweist sich als verletzt, wenn eine nebenamtliche Richterin in einem anderen, ebenfalls hängigen Verfahren als *Gegenanwältin* einer Verfahrenspartei auftritt. In einer solchen Konstellation wird sich zwangsläufig die Befürchtung einstellen, die Richterin werde weiterhin von einer Prozessgegnerschaft ausgehen und dieser Umstand auf das hängige Verfahren zurückwirken⁵⁰⁾. Das Bundesgericht hat auch die Unabhängigkeit eines nebenamtlichen Strafrichters verneint, der im Rahmen seiner hauptberuflichen Anwaltstätigkeit ein Mandatsverhältnis in einer Zivilsache offen hatte; seine Mandantin war *mittelbar* (als Gläubigerin) vom Ausgang eines mit dem Strafverfahren zusammenhängenden Zivilprozesses betroffen⁵¹⁾. Ebenfalls verneint wurde die Unabhängigkeit eines nebenamtlichen Richters, der zu keiner Verfahrenspartei eine anwaltliche Beziehung unterhielt, gleichzeitig aber vor einem anderen Gericht ein Verfahren führte, welches die *identische Grundsatzfrage*

⁴⁷⁾ BGE 114 Ia 50 E. 3d 57.

⁴⁸⁾ In BGE 33 I 143 E. 2 146 bezeichnet das Bundesgericht das Verbot des Richtens in eigener Sache als «Fundamentalsatz jeder geordneten Rechtspflege» (vgl. auch BGE 119 II 271 E. 3b 276 oder 114 Ia 153 E. 3a/aa 156).

⁴⁹⁾ BGE 116 Ia 485 E. 3b 489.

⁵⁰⁾ EGMR-E *Wettstein c. Schweiz* (FN 14) Rz. 47.

⁵¹⁾ BGE 116 Ia 135 E. 3c 141.

betraf und *präjudizielle Wirkung* gehabt hätte. Das Bundesgericht hält fest, in dieser Situation wäre es «realitätsfremd anzunehmen, es sei jemand in einer solchen Lage befähigt, als Richter von den gleichgerichteten Interessen der von ihm als Anwalt vertretenen Partei völlig zu abstrahieren»⁵²⁾.

d. *Abgeschlossene Mandatsverhältnisse zu einer Partei*

Besondere Umstände vorbehalten, wird eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit in der Rechtsprechung verneint, wenn die umstrittene Verbindung zwischen Richter und Partei in einem *einzelnen*, im Zeitpunkt des aktuellen Verfahrens *abgeschlossenen* Anwaltsmandat liegt⁵³⁾. Ausnahmsweise kann aber auch diese Konstellation die Befangenheit des Richters in einem nachfolgenden Verfahren begründen; wird eine entsprechende Rüge erhoben, untersucht das Bundesgericht, ob der Richter geneigt sein könnte, sein Verhalten auf eine *erneute Mandatierung* durch den ehemaligen Klienten auszurichten⁵⁴⁾. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass sich die Besorgnis der Befangenheit insbesondere dann einstellen wird, wenn der Richter für eine Partei mehrmals anwaltlich tätig geworden war, so dass zwischen ihnen eine *positive Dauerbeziehung* entstanden ist; keine Rolle spielt dabei, ob die früheren Mandate eine inhaltliche Beziehung zum aktuellen Prozess aufweisen oder seine Beurteilung präjudizieren⁵⁵⁾.

Die bundesgerichtliche Praxis zur positiven Dauerbeziehung steht einer Weiterentwicklung offen. Der Anschein der Befangenheit kann sich auch dann einstellen, wenn eine Streitigkeit *Brancheninteressen* betrifft und ein Richter aufgrund seiner Anwaltstätigkeit als Interessenvertreter dieser Branche anzusehen ist. Diese Annahme wird nicht leichthin zu treffen sein und bedingen, dass zwischen Richter und branchennaher Prozesspartei auch bei objektiver Betrachtungsweise eine Linearität der Interessen besteht; diese Besorgnis wird aber um so dringender sein, je gewichtiger das Mandatsvolumen ist und je länger die Bindungen bestehen. Die mit solchen Mandaten einhergehende faktische Dauerbeziehung legt eine

⁵²⁾ BGE 124 I 121 E. 3b 124. In rechtlicher Hinsicht war die Frage umstritten, welche Bedeutung historische Grenzschilderungen haben, bzw. ob von der Grenzschilderung mit Berggraten oder Bergspitzen auf Privateigentum an diesseits gelegenen, kulturunfähigem Land geschlossen werden darf.

⁵³⁾ BGE 116 Ia 485 E. 3b 489.

⁵⁴⁾ BGE 116 Ia 485 E. 3b 489, 116 Ia 135 E. 3c 141 f.

⁵⁵⁾ Dem Entscheid BGE 116 Ia 485 E. 3c 489 f. lag folgender Sachverhalt zugrunde: Zwei nebenamtliche Verwaltungsrichter waren als Anwälte verschiedentlich für Amtsstellen einer städtischen Bauverwaltung tätig gewesen, zum Teil noch während des hängigen Verfahrens um die Rechtmässigkeit einer städtischen Bauverordnung. Die Befangenheit wurde trotz fehlendem Sachzusammenhang mit dem aktuellen Verfahren bejaht: Bei der Beurteilung könne eine unzulässige Rücksichtnahme wegen einer künftigen Mandatierung mitspielen; dies gelte umso mehr, als es sich bei den städtischen Mandaten gemeinhin um «für den Anwalt interessante Mandate mit einem gewissen Prestigewert» handle.

Interessenzurechnung nahe und lässt die Befürchtung als gerechtfertigt erscheinen, dass bei der richterlichen Beurteilung eine Rücksichtnahme auf künftige – in der Regel lukrative und prestigeträchtige – Mandate oder die Weiterführung solcher Aufträge mitspielt⁵⁶. Dass solche Konstellationen nicht unproblematisch sind, zeigt auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung; so hat das Bundesgericht die Anordnung geschützt, die einem Bezirksanwalt für Wirtschaftsdelikte die Ausübung eines Verwaltungsratsmandates verbot: Auch ohne Gefahr konkreter Interessenkollisionen könne in der Öffentlichkeit die Unvoreingenommenheit eines Bezirksanwalts, der selber mit wirtschaftlichen Interessen an der Leitung eines Unternehmens beteiligt sei, in Frage gestellt sein⁵⁷. Auf der anderen Seite hat das Bundesgericht aber die Unabhängigkeit eines Richters bejaht, der regelmässig als Anwalt für eine Mieterschutzvereinigung gearbeitet hatte und später in einem Verfahren urteilte, in dem eine Partei durch eben diese Vereinigung vertreten war⁵⁸.

e. *Abgeschlossene Mandatsverhältnisse als Gegenanwalt*

Wenig Klarheit besteht in der Praxis zur Frage, ob auch abgeschlossene Mandate als Gegenanwalt die Befangenheit zu begründen vermögen. In analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis zur positiven Dauerbeziehung lassen sich solche Fälle *negativer Dauerbeziehungen* als *Gegenanwalt* durchaus denken: Wer (beispielsweise als ortsansässiger Bauanwalt) in Justizverfahren regelmässig mit der gleichen Gegenpartei (beispielsweise der Gemeinde) im Streit liegt, befindet sich in einer negativen Dauerbeziehung zu dieser Partei und müsste folgerichtig in den Ausstand treten, wenn diese Partei später an einem Verfahren beteiligt ist⁵⁹. Allerdings hat das Bundesgericht die verwaltungsrichterliche Tätigkeit eines auf Baufragen spezialisierten Anwalts, der wiederholt als Gegenanwalt einer Verfahrenspartei aufgetreten war, als verfassungskonform erachtet⁶⁰.

⁵⁶ Ähnlich JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992-1996, Bern 1998 135 ff.

⁵⁷ BGE 121 I 326 E. 2d/aa 331 f.; vgl. auch BGE 116 Ia 135 ff.

⁵⁸ BGE-E in SZIER 1998 495 E. 3. In diese Richtung auch der Entscheid des Kassationsgerichts Zürich; demnach ist das Handelsgericht ordnungsgemäss besetzt, auch wenn drei Handelsrichter hauptberuflich in leitender Stellung bei Bankinstituten tätig sind und eine der Verfahrensparteien eine Bank ist (vgl. den Hinweis in AJP 1997 607).

⁵⁹ Wie hier JÖRG PAUL MÜLLER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1992 und 1993, ZBJV 1995 705, 759 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1994 und 1995, ZBJV 1996 691, 758 f. sowie MÜLLER/SCHEFER, (FN 56) 136 f.

⁶⁰ BGE-E vom 15. Mai 1992, in ZBl 1993 84 ff.; vgl. auch den bei MÜLLER/SCHEFER (FN 57) 137 f. dargestellten BGE-E 1P.113/1996 vom 29. April 1996 sowie den Entscheid des Kassationsgerichts Zürich vom 16. März 1988, SJZ 85/1989 86 f. (als Strafverteidiger spezialisierter Anwalt als nebenamtlicher Richter in Strafverfahren).

f. *Unabhängigkeit gegenüber den Parteianwälten*

Mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit problematisch können auch die persönlichen Beziehungen sein, die einen Richter und einen Parteivertreter verbinden. Das Bundesgericht hält fest, ein Richter erscheine nicht allein schon deswegen als befangen, weil er mit einem Parteianwalt eine *nähere, persönliche oder vertragliche Beziehung* pflegt⁶¹. Solche Beziehungen sind in den kleinräumigen und sozial engmaschigen Verhältnissen der Schweiz nicht unüblich und werden für sich allein genommen den Anschein der Befangenheit – besondere Umstände vorbehalten – kaum je begründen⁶². Anders liegen die Verhältnisse, wenn Richter und Parteianwalt beruflich in einer Art und Weise gebunden sind, die eine Linearität ihrer Interessen vermuten lässt. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn Richter und Parteianwalt der *gleichen Anwaltskanzlei* angehören⁶³. Heikel sind auch Situationen, in denen eine Anwältin als *Parteivertreterin vor jener Behörde* auftritt, in der sie zeitweise auch als Richterin wirkt. Allerdings sieht das Bundesgericht in der allgemeinen, von einem konkreten Fall losgelösten Zusammenarbeit am Gericht keine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit; vertritt ein nebenamtlicher Richter im Rahmen seiner privatwirtschaftlichen Tätigkeit eine Partei vor seinen Richterkollegen, sind diese folglich nicht verpflichtet, in den Ausstand zu treten⁶⁴. Diese Praxis verdient keine Zustimmung; das zu beurteilende Näheverhältnis geht über die üblichen sozialen Beziehungen hinaus, welche Anwälte und Richter fast zwangsläufig verbinden; gerade bei der Gegenpartei werden sich Zweifel an der Offenheit eines solchen Verfahrens einstellen müssen⁶⁵. Nicht weniger problematisch ist schliesslich auch die Konstellation, in der ein Anwalt vor einem unterinstanzlichen Gericht als Parteivertreter auftritt, gleichzeitig aber auch bei der *Rechtsmittelinstanz* als nebenamtlicher Richter zum Einsatz kommt; man darf danach fragen, wie frei die erstinstanzlichen Richterinnen und Richter sind, wenn sie die Vorbringen eines Mitglieds der Rechtsmittelinstanz zu beurteilen haben⁶⁶.

⁶¹ BGE-E vom 20. März 2000, in Pra 2000 Nr. 142 E. 3b; gegen den Richter war gleichzeitig ein Strafverfahren wegen Verkehrsdelikten hängig, in dem er sich durch einen in das hängige Verfahren involvierten Anwalt vertreten liess; das Bundesgericht spart nicht mit Kritik am Verhalten des Richters, verneint im Ergebnis aber eine Verfassungsverletzung.

⁶² Das Bundesgericht erwartet von den Justizbehörden denn auch Realitätsbezug und gesellschaftliche Offenheit, vgl. BGE 105 Ia 157 E. 6a 162 f.

⁶³ Das Bundesgericht hat eine Befangenheit eines Schiedsrichters bejaht, dessen Ehefrau als Anwältin beim Rechtsvertreter jener Partei arbeitete, die ihn zum Schiedsrichter ernannt hatte (BGE 92 I 271 ff.). In die gleiche Richtung weist auch EGMR-E *Wettstein c. Schweiz* (FN 14) Rz. 48; hier wurde der Umstand, dass ein Büropartner eines nebenamtlichen Verwaltungsrichters mehrfach als Gegenanwalt einer Partei aufgetreten war, zumindest als Indiz für eine Befangenheit gewertet.

⁶⁴ BGE-E vom 17. März 1998, ZBl 1999 136 E. 2 137 f.; BGE-E vom 23. Dezember 1992, in SZIER 1993 605.

⁶⁵ Kritisch auch KÖLZ (FN 28) Rz. 20.

⁶⁶ Ebenso CHRISTINA KISS-PETER, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Basel 1993 57 f.

V. Chancengleichheit im Prozess

A. Ausgangslage

Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, der am urteilenden Gericht zeitweise auch als Richter tätig ist, werden sich – zumindest in den Augen der Gegenpartei – nicht nur Zweifel an der Unabhängigkeit der zeitweiligen Richterkollegen einstellen, sondern auch Fragen zur Chancengleichheit im Vergleich zur Kontrahentin ergeben⁶⁷: Wer als Anwältin oder Anwalt in anderem Zusammenhang eng mit den urteilenden Richterinnen und Richtern zusammenarbeitet, kennt ihren Arbeitsstil, ihre Vorlieben und Abneigungen, gewinnt Einblick in die Entscheidungspraxis, erhält Zugang zu unpublizierten Entscheidungen oder zu gerichtlichen Recherchierprogrammen. Wer über einen solchen Wissensvorsprung verfügt, wird sich und seinen Klienten vor Gericht vermutlich besser Gehör verschaffen können als eine Gegenpartei, die über keine direkten Kontakte zum Spruchkörper und dessen Entscheidungsgrundlagen verfügt⁶⁸.

B. Verfassungsrechtliche Mindeststandards

Art. 29 Abs. 1 BV vermittelt den Verfahrensparteien einen grundrechtlichen Anspruch auf «gleiche und gerechte Behandlung» durch die rechtsanwendenden Behörden. Die – in dieser Form erst anlässlich der Verfassungsrevision 1999 in den Verfassungstext aufgenommene – Garantie sichert die Standards minimaler Verfahrensfairness und bedeutet deshalb mehr als nur den Anspruch auf rechtsgleiche Anwendung von Verfahrensvorschriften und den rechtsgleichen Zugang zur Justiz⁶⁹. Zu den gefestigten Teilgehalten der Garantie zählen insbesondere das Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung⁷⁰ und der Anspruch auf unparteiische Verwaltungsbehörden⁷¹, aber auch der Anspruch auf Waffen- oder Chancengleichheit, den das Bundesgericht schon unter der Geltung der Bundesverfassung

⁶⁷ Vgl. auch KISS-PETER (FN 66), 57; MARTIN SCHUBARTH, Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, ZSR 94/1975 465 ff., 500, jeweils mit Blick auf den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit.

⁶⁸ Vgl. auch ERNST BENDA, Nachteile des Richteramtsbonus in: Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd I Berlin/New York 1987 43 ff., 61.

⁶⁹ Vgl. statt anderer MAHON in: Aubert/Mahon (FN 28) Art. 29 oder MÜLLER (FN 28) 495 ff.

⁷⁰ BGE 130 I 174 ff.

⁷¹ BGE 127 I 196 E. 2b 198; hier vermittelt Art. 29 Abs. 1 BV inhaltlich weitgehend deckungsgleiche Ansprüche wie Art. 30 Abs. 1 BV; sie aktualisieren sich in Verfahren vor nicht-gerichtlichen Justizbehörden.

von 1874 anerkannt hatte⁷², dies im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der eine entsprechende Garantie aus dem konventionsrechtlichen Fairnessprinzip (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ableitet⁷³. Der Grundsatz der Waffen- oder Chancengleichheit garantiert die verfahrensrechtliche Gleichbehandlung der Parteien und stellt sicher, dass keine Partei der anderen gegenüber benachteiligt wird⁷⁴: Sie sollen sich mit gleicher Wirksamkeit am Verfahren beteiligen und ihre Anliegen unter den gleichen prozessualen Bedingungen und Möglichkeiten vortragen können. Im Zivilprozess sind Kläger und Beklagte, im Strafprozess Angeschuldigte und Staatsanwaltschaft und in Verwaltungsbeschwerdeverfahren Verfügungsadressaten und Verwaltung verfahrensrechtlich gleich zu stellen⁷⁵.

C. Konkretisierung mit Blick auf die Richtertätigkeit von Anwälten

Soweit ersichtlich wurde die Frage der prozeduralen Waffengleichheit im hier interessierenden Kontext – ein Anwalt tritt als Parteivertreter vor dem Gericht auf, an dem er auch als nebenamtlicher Richter tätig ist – bislang weder vom Bundesgericht noch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte thematisiert. Der Strassburger Gerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung zu den Fairnessgarantien des Art. 6 Ziff. 1 EMRK mehrfach mit der Tragweite der Chancen- und Waffengleichheit im Verhältnis der Parteien nicht nur zur Gegenpartei, sondern auch zu Gerichtssachverständigen, zu Vertretern der Staatsanwaltschaft und zu den Generalanwälten befasst. Dabei ist eine schrittweise Verschärfung der Praxis zu beobachten⁷⁶; sie widerspiegelt die zunehmende Bedeutung, welche der *äussere Anschein* als Kriterium für die Einhaltung der konventionsrechtlichen Fairnessgarantien gewonnen hat⁷⁷.

⁷² BGE 113 Ia 412 ff. (zu Art. 4 Abs. 1 aBV). Vgl. seither BGE 127 I 73 E. 3 76 ff. und BGE 126 V 244 E. 4c 250.

⁷³ Vgl. statt vieler EGMR-E *Delcourt c. Belgien*, Serie A/11 (1970) Rz. 28. Ähnlich übrigens auch die Praxis zu Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II, vgl. Rechtsprechung des Menschenrechtsausschusses, dazu General Comment 13/21 (FN 30) Rz. 5 sowie Communication 207/1986, *Yves Morael c. France*, Ziff. 9.3.

⁷⁴ Zu diesem Aspekt insbesondere PEUKERT, Artikel 6 in: FROWEIN/PEUKERT (FN 30), Rz. 72.

⁷⁵ Vgl. statt vieler EGMR-E *Bulut c. Österreich*, Rec. 1996-II 359 Rz. 47; aus der Lehre Peukert, Art. 6 in: FROWEIN/PEUKERT (FN 30), Rz. 83 ff.; VILLIGER (FN 30) 307 Rz. 480 ff. oder HAEFLIGER/SCHÜRMAN (FN 30) 185 ff.

⁷⁶ Vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Generalanwalt und Generalstaatsanwalt in Belgien, Frankreich, Portugal und den Niederlanden in EGMR-E *Kress c. Frankreich*, Rec. 2001-VI Rz. 64 ff., sowie zur Stellung der Gerichtssachverständigen die EGMR-E *Bönisch c. Österreich*, Serie A/92 (1985) Rz. 33 ff.; *Brandstetter c. Österreich*, Serie A/211 (1991) Rz. 46 sowie *Olsson c. Schweden*, Serie A/130 (1988) Rz. 89.

⁷⁷ Zu diesem Argument VILLIGER (FN 30) 309 Rz. 483.

Nun lässt sich die verfahrensrechtliche Stellung der Anwältinnen und Anwälte nicht mit jener von Staatsanwälten oder Gerichtssachverständigen vergleichen; diese sind am Prozess in amtlicher Funktion beteiligt, jene als Parteivertreter. Dass die eingangs erwähnte Konstellation die justiziablen Gehalte der Chancen- und Waffengleichheit beeinträchtigen würde, lässt sich deshalb nicht behaupten. Gleichwohl weist die Thematik einen Bezug zum Grundgedanken der Fairnessgarantien auf, ist die funktionale Nähe der verfahrensrechtlichen Gleichheitsgarantie zum Anspruch auf richterlicher Unabhängigkeit unübersehbar⁷⁸: Kommt einer Partei des Verfahrens jedenfalls dem äusseren Anschein zufolge ein Übergewicht zu, weil sie über weiter gehende, auf der besonderen Stellung des Parteivertreters als nebenamtlicher Richter beruhende Gehörschancen verfügt, erscheint die Symmetrie zwischen den Parteien als gestört. Die umfassende Verwirklichung der Chancengleichheit würde – über die anerkannten und justiziablen Gehalte der Garantie hinaus – aber bedeuten, dass die Verfahrensparteien in jeder Beziehung in identischer Distanz zum urteilenden Gericht stehen und ihnen eine Symmetrie der Artikulations- und Einflussmöglichkeiten auch faktisch garantiert ist, die insbesondere nicht durch institutionelle Gegebenheiten beeinträchtigt wird⁷⁹.

VI. Verfahrensökonomie als Rechtfertigung?

Der Beizug von nebenamtlichen Richterinnen und Richtern wird gemeinhin mit Argumenten der Verfahrensökonomie begründet: Allein mit vollamtlichen Richtern besetzten Gerichte wären nicht ausgelastet, das durch die nebenamtlichen Richter eingebrachte Spezialwissen erweitere den Wissensstand des Gerichts und stelle eine grössere Praxisnähe der Rechtsprechung sicher. Es ist zu fragen, ob dieses Argument die Beengungen der verfassungsrechtlichen Fairnessgarantien zu kompensieren vermag, die der Beizug von Anwälten als nebenamtliche Richter mit sich bringt.

Verfahrensökonomie bedeutet, dass ein Justizverfahren möglichst einfach, rasch, zielgerichtet und kostengünstig zu sein hat. Zur Erreichung dieses Ziels ist die Justiz mit den nötigen Personal- und Sachmitteln auszustatten und das Verfahren mittels

⁷⁸ Dieser Konnex ist auch von der Praxis anerkannt, vgl. zum Beispiel BGE 120 V 357 E. 3a 364 oder EGMR–E *Borgers c. Belgien*, Serie A/214–B (1991) Rz. 24.

⁷⁹ Zur Bedeutung der Verfahrensgrundrechte als Sicherung des diskursiven Charakters gerichtlicher Verfahren vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, München 1993 174 ff.

prozessualer Fristen und Formen zu strukturieren⁸⁰. Nun lässt sich die Verfahrensökonomie durchaus als öffentliches Interesse definieren⁸¹, ist aber kein verfassungsrechtlicher Wert an sich. Verfassungsrang weist allein das als Teilaspekt eines fairen Verfahrens garantierte Beschleunigungsgebot auf⁸².

Abgesehen davon, dass die Justiz nicht primär am Massstab ökonomischer Rationalität gewertet werden darf und eine wirtschaftlich effiziente Justiz nicht zwingend auch eine effektive – d.h. wirksame – Justiz ist⁸³: Das Beschleunigungsgebot ist nur einer von mehreren Teilgehalten des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung im Prozess und verfassungsrechtlich in ein System von Verfahrensgrundrechten eingebunden. Beschleunigungsgebot, richterliche Unabhängigkeit und verfahrensrechtliche Chancengleichheit stehen nicht im Konflikt, sondern sind von ihrer Zielsetzung her – der Sicherstellung eines fairen Verfahrens – linear. Die eine Garantie darf deshalb nicht zur Einschränkung der anderen herangezogen werden. Vielmehr sind die verfassungsrechtlichen Fairnessgehalte so zu harmonisieren, dass die betroffenen Parteien in den Genuss eines in seiner Gesamtheit fairen Verfahrens kommen⁸⁴. Ob der Beizug von Anwältinnen und Anwälten als (nebenamtliche) Richter nun tatsächlich im Dienst der Verfahrensökonomie steht, ist empirisch bislang nicht untersucht. Zweifel sind jedenfalls angebracht. Auch das Argument besonderer Fachkompetenz, die es zugunsten der Justiz zu nutzen gelte, überzeugt nicht. Warum Anwälte über höheres Fachwissen verfügen sollten als Berufsrichter ist jedenfalls für die ordentlichen, mit juristisch ausgebildeten Richtern besetzten Gerichte nicht einsehbar. Wirft ein Verfahren Fragestellungen auf, deren Beantwortung besonderes Fachwissen voraussetzt, eröffnet jede Verfahrensordnung die Möglichkeit des amtlichen Beizugs von Sachverständigen. Besonders verhänglich erscheint das Argument der Verfahrensökonomie mit Blick auf die Verfahrenverzögerungen, die sich aus Ablehnungsbegehren gegen Richter mit hauptberuflicher Anwaltstätigkeit ergeben und die oftmals erst durch ein Urteil des Bundesgerichts

⁸⁰ FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A. Bern 1983 68; ISABELLE HÄNER/ALFRED KÖLZ, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A. Zürich 1998 Rz. 155 oder RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel/Frankfurt a.M. 1996 Rz. 944 ff. Die Effizienz der Justiz wird zunehmend auch unter dem Gesichtspunkt des New Public Management diskutiert, vgl. dazu statt anderer PATRICK MAIER, *New Public Management in der Justiz*, Bern 1999.

⁸¹ Der Grundsatz des öffentlichen Interesses ist in Art. 5 Abs. 2 BV als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns verfasst, vgl. MARTIN PHILIPP WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im Staats- und Verwaltungsrecht*, Bern 2001 355.

⁸² Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 31 Abs. 3 und 4 BV; Art. 32 Abs. 2 BV, aus Art. 6 Ziff. 1 und Art. 5 Ziff. 4 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 Bst. a, c UNO-Pakt II.

⁸³ Vgl. dazu auch die Beiträge in HELMUTH SCHULZE-FIELITZ/CARSTEN SCHÜTZ (Hrsg.), *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, Berlin 2002.

⁸⁴ Vgl. KIENER (FN 28) 85 ff. sowie MICHAEL REINHARDT, *Richterliche Unabhängigkeit im «ökonomisierten Staat»*, in: Schulze-Fielitz/Schütz (FN 83) 179 ff.

entschieden werden. Die mit dem Einsatz von praktizierenden Anwälten unter dem Aspekt Verfahrensökonomie allenfalls verbundenen Vorteile vermögen also die damit verbundenen Beeinträchtigungen der Verfahrensfairness nicht zu kompensieren⁸⁵.

VII. Kritik aus funktionaler Sicht

Die Bedenken gegen den Einsatz von Anwältinnen und Anwälten als (nebenamtliche) Richterinnen und Richter verstärken sich, wenn der Blick über die grundrechtlich gesicherten Garantien der Verfahrensfairness hinaus auf die Grundfunktionen der Anwaltstätigkeit geweitet wird.

A. Ausgangslage: Unabhängigkeit in der anwaltlichen Berufsausübung

Grundbedingung der anwaltlichen Tätigkeit und zentrale Berufspflicht des Anwalts ist die Unabhängigkeit. Der Grundsatz der Unabhängigkeit von Anwälten ist weltweit anerkannt und in der Schweiz durch Gesetz und Landesrecht gesichert⁸⁶. Während die in Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA festgeschriebene institutionelle Unabhängigkeit die Voraussetzungen schafft, damit ein Mandat ohne sachfremde Beeinflussungen und im ausschliesslichen Interesse der Klienten geführt werden kann⁸⁷, wird die Unabhängigkeit im Einzelfall durch die Berufsregel in Art. 12 Bst. b BGFA gesichert⁸⁸. Von ihrer Zielsetzung her soll die Unabhängigkeit des Anwalts – in den Worten des Bundesgerichts – die «grösstmögliche Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber

⁸⁵ Kritisch auch MÜLLER/SCHÉFER (FN 56) 135 ff.; KISS-PETER (FN 66) 57 f.; KÖLZ (FN 28) Rz. 20; MARC GOSSWEILER, Richterliche Unabhängigkeit und Gewaltentrennung in Bund und Kantonen, Bern 1951 22; RAINER J. SCHWEIZER, Die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes durch Rekurs- und Schiedskommissionen – aktuelle Situation und Reformbedürfnisse, Basel/Frankfurt a.M. 1998 67; vgl. schliesslich auch die Dissenting opinion im Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts, ZBl 1988 362 ff., 367.

⁸⁶ Art. 12 Bst. b und c Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61); für den Kanton Aargau vgl. § 1 Gesetz vom 18. Dezember 1984 über die Ausübung des Anwaltsberufs (Anwaltsgesetz, AnwG-AG, SAR 291.100) und § 1 Landesregeln des Aargauischen Anwaltsverbandes, vom 22. Mai 1997.

⁸⁷ ERNST STAHELIN/CHRISTIAN OETIKER, Art. 8 in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Rz. 31 ff.

⁸⁸ Vgl. dazu WALTER FELLMANN, Art. 12 in: Fellmann/Zindel (FN 87), Rz. 54 ff.

dem Richter gewährleisten⁸⁹. Die Unabhängigkeit des Anwalts besteht folglich nach verschiedenen Richtungen hin, insbesondere auch gegenüber dem Staat⁹⁰.

B. Unabhängigkeit gegenüber dem Staat

Die Geschichte der Anwaltschaft ist (auch) eine Geschichte ihrer Emanzipation und Verselbständigung gegenüber der staatlichen Justiz⁹¹. Noch in den dreissiger Jahren des vergangenen Jahrhunderts bezeichnete das Bundesgericht die Anwälte in Anlehnung an die damals herrschende Lehre als «beamtenähnliche Personen», als «Halbbeamte» oder auch als «Hilfspersonen der Justiz», die mit dem Staat durch ein besonderes Gewaltverhältnis verbunden seien; folgerichtig wurde ihnen eine Berufung auf die Gewerbefreiheit und auf die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten nur insoweit zugestanden, als nicht die Wahrnehmung amtlicher Mandate in Frage stand⁹². Dieses Verständnis hat sich seit längerer Zeit überholt, die Funktion der Anwaltschaft grundlegend verändert. Anders als die mittelalterlichen Vorsprecher sind Anwältinnen und Anwälte heute nicht mehr der Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtete Mitarbeiter der Rechtspflege und Diener des Rechts, sondern unabhängige Interessenvertreter in Justizverfahren⁹³, deren erste Pflicht in der gewissenhaften Wahrung von subjektiven und damit einseitigen Parteiinteressen liegt; anders als die Richter geniessen sie bei der Wahl ihrer Mittel denn auch eine erhebliche Entscheidungsfreiheit. Das Bundesgericht hat – auf Kritik aus der Lehre und der Anwaltschaft reagierend⁹⁴ – seine frühere Begriffsverwendung denn auch entsprechend präzisiert⁹⁵. Heute sind Anwältinnen und Anwälte «Diener des Rechts» insofern, als dass sie als *Parteivertreter* ihren Beitrag zu einem Rechtsdiskurs leisten, der die richterliche Rechtsfindung unterstützt⁹⁶.

Obwohl funktional an der Interessenwahrung der Parteien und damit an individuellen Interessen ausgerichtet, dient die anwaltliche Unabhängigkeit zumindest mittelbar auch der Sicherstellung fairer, rechtsstaatlicher Verfahren. Die Mitwirkung

⁸⁹ BGer-E vom 8. Januar 2001, Pra 2001 Nr. 141 E. 4c 842, im Anschluss an MARTIN STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, Rz. 2 zu Art. 9; vgl. auch BGE 130 II 87 E. 4.1. 93.

⁹⁰ So auch der Europäische Gerichtshof, vgl. das Urteil des EuGH in Sachen *Wouters*, vom 19. Februar 2002, Slg. 2002, I-1689 Rz. 102.

⁹¹ Vgl. dazu vorne Ziff. III.

⁹² BGE 60 I 12 E. 1 14 f., BGE 68 I 11 E. 1 14.

⁹³ Für den Kanton Aargau vgl. § 1 und § 14 Abs. 1 AnwG-AG, § 1 und 2 Landesregeln des Aargauischen Anwaltsverbandes.

⁹⁴ Vgl. die Nachweise bei MICHAEL PFEIFER, Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft, ZSR 115/1996 II 253 ff., 276.

⁹⁵ BGE 106 Ia 100 E. 6b 104 ff.

⁹⁶ PAHUD DE MORTANGES/PRÉTRE (FN 19) 100; vgl. auch FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986 54 ff.; STERCHI (FN 89) Artikel 9 Rz. 4.

der Anwälte in Justizverfahren bedeutet ein *institutionalisiertes Gegengewicht* zu den hoheitlichen und damit auch zwangsbewehrten Befugnissen der Justizorgane⁹⁷. Der damit verfolgte Schutzgedanke hat sich zumindest punktuell zu justiziablen Grundrechtsgarantien der Verfahrensparteien verdichtet und ist damit auch verfassungsrechtlich ausgewiesen. Neben dem allgemeinen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand im Fall der Bedürftigkeit⁹⁸ sind die Verteidigungsrechte insbesondere in jenen Verfahren von Bedeutung, in denen der Staat selber jedenfalls insoweit als Gegenpartei auftritt, als es um die Durchsetzung öffentlicher Interessen und insbesondere des staatlichen Strafanspruchs geht⁹⁹. Mit ihrer Tätigkeit als Parteivertreter nehmen die Anwältinnen und Anwälte auch eine *Vermittlungsfunktion* zwischen den Verfahrensparteien und den Justizbehörden wahr, indem sie die Anliegen der Parteien in die Sprache des Rechts umformulieren und in die prozessual vorgesehenen Formen bringen¹⁰⁰. Als Aufgabe der Anwälte im Prozess anerkannt ist nicht zuletzt auch die *Kontrolle* der Rechtspflege; die sachgerechte Parteivertretung kann es erforderlich machen, dass sich ein Anwalt zum Schutz der Verteidigungsrechte der Parteien und im Interesse einer rechtsstaatlichen Rechtspflege gegen die Justiz stellt und Kritik an der Verfahrensführung oder an Missständen in der Justiz äussert. Dazu besteht nicht nur ein durch die Freiheit der Meinungsäusserung grundrechtlich geschütztes Recht, sondern auch eine sich aus der anwaltlichen Unabhängigkeit und der damit einhergehenden Pflicht zur Wahrung der Parteirechte ergebende Pflicht¹⁰¹.

C. Folgerung

Anwaltliche Unabhängigkeit bedeutet Gewährleistung grösstmöglicher Freiheit und Sachlichkeit bei der Interessenwahrung gegenüber dem Klienten wie gegenüber dem Richter und bildet deshalb Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und in die Justiz¹⁰². Richterliche Unabhängigkeit bedeutet Neutralität gegenüber den Parteien und ihren Anliegen; die Garantien richterlicher Unabhängigkeit wollen zu der für einen korrekten und fairen Prozess notwendigen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und letztlich ein gerechtes, den Parteien und der Rechtsgemeinschaft annehmbares Urteil ermöglichen¹⁰³. Anwalt und Richter sind damit

⁹⁷ JÖRG PAUL MÜLLER, Funktion des Rechtsanwaltes im Rechtsstaat – Mittel und Grenzen der Staatsaufsicht, Bern 1985 13.

⁹⁸ Art. 29 Abs. 3 BV.

⁹⁹ Ein Anspruch auf Verteidigung kann sich insbesondere aus Art. 31 Abs. 2 BV (Freiheitsentzug) und Art. 32 Abs. 2 BV (Strafverfahren) ergeben.

¹⁰⁰ MÜLLER (FN 97) 12 f.

¹⁰¹ BGE 96 I 525 E. 2 528; 105 Ia 100 E. 8b 108; 106 Ia 100 E. 7b 107 ff.; vgl. auch EGMR-E *Ezeliin c. Frankreich*, Serie A/202 (1991) Rz. 52.

¹⁰² BGE 130 II 87 E. 4.1 93.

¹⁰³ BGE 114 Ia 50 E. 3c 55.

auf eine je spezifische, funktional begründete Form der Unabhängigkeit verpflichtet. Auch wenn sich diese Verpflichtungen ergänzen und sich im Interesse eines fairen, auf Chancengleichheit beruhenden Verfahrens auch gegenseitig bedingen, handelt es sich doch um *funktional unterschiedliche Aufgaben*, die auch Aspekte gegenseitiger Kontrolle in sich tragen. Das Doppelmandat von Richter und Anwalt, von Richter und Anwältin ist geeignet, diese funktionalen Unterschiede zu verwischen und das Ansehen in die je spezifische Unabhängigkeit der Aufgabenträger zur Disposition zu stellen.

VIII. Schluss

Der Einsatz von Anwältinnen und Anwälten als (nebenamtliche) Richterinnen und Richter wird durch die Verfassung nicht verboten. Gleichwohl muss diese Form der Justizorganisation verfassungsrechtliche Bedenken wecken. Auch die Zahl der zur Thematik einschlägigen Gerichtsentscheide macht deutlich, dass die umstrittene Konstellation bei den Rechtsunterworfenen nicht durchwegs auf Akzeptanz stösst. Die beurteilten Sachverhalte machen – unbesehen ihrer rechtlichen Beurteilung – deutlich, dass die Offenheit und Fairness eines Verfahrens durch den Einsatz von freiberuflich tätigen Anwältinnen und Anwälten als nebenamtliche Richterinnen und Richter zwangsläufig in Frage gestellt ist und solche Doppelfunktionen nicht nur das Ansehen in die Unabhängigkeit der Justiz, sondern auch in die Unabhängigkeit der Anwaltschaft in Frage stellen. Wer den Anwaltsberuf gewählt hat, hat sich im Kern auf die einseitige Vertretung von Parteiinteressen festgelegt, wer die Richterlaufbahn eingeschlagen hat, sich auf die Ausübung einer auf Offenheit und Neutralität ausgerichteten Staatsfunktion verpflichtet. Die Rolle als Parteivertreter kann mit sich bringen, in Widerspruch zu richterlichen Ansichten zu geraten und die richterliche Tätigkeit auch kritisch zu hinterfragen. Demgegenüber sind Richterinnen und Richter gehalten, die verfassungsrechtlich gesicherten Ansprüche der Parteien auf Durchführung eines fairen Verfahrens zu erfüllen und das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Unabhängigkeit der Justiz sicherzustellen. Auch wenn keine konkrete Interessenkollision zwischen Anwaltsmandat und Richteramt vorliegt, vermag ein Doppelmandat jedenfalls eine abstrakte, virtuelle Interessenkollision zu begründen, die dem äusseren Anschein zufolge eine Beeinträchtigung der Verfahrensfairness befürchten lässt.

Bundesgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte haben mehrfach betont, dass Besonderheiten der Justizorganisation gegenüber der Umsetzung der Fairnessgarantien zurückzutreten haben, die Behörden folglich verpflichtet sind, ihr Justizsystem so auszugestalten, dass sich diese Garantien tatsächlich ver-

wirklichen können¹⁰⁴. Wirksame Abhilfe schaffen kann hier also der Gesetzgeber; sollen die Grundrechte über ihre subjektiv-rechtlichen Gehalte hinaus Wirksamkeit entfalten und in der Rechtsordnung nachhaltige Geltung erlangen, wie dies Art. 35 BV ausdrücklich verlangt, sind Regeln zu finden, die eine auf institutionellen Gründen beruhende Beeinträchtigung der Verfahrensfairness nach Möglichkeit ausschliessen. Dies kann nichts anderes bedeuten, als dass für die Tätigkeiten des Richters und des Anwalts eine generelle Unvereinbarkeitsregel aufgestellt wird. – Auf die kurze Formel der American Bar Association gebracht¹⁰⁵: «A judge shall not practice law».

¹⁰⁴ Grundlegend EGMR-E *Golder c. Vereinigtes Königreich*, Serie A/18 (1975); vgl. auch die Entschiede *De Cubber c. Belgien*, Serie A/86 (1984) Rz. 35 oder *Guincho c. Portugal*, Serie A/81 (1984) Rz. 38 sowie *Zimmermann und Steiner c. Schweiz*, Serie A/66 (1983). Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGer-E vom 19. Mai 1998, ZBl 1999 74 E. 2e 79 f., ähnlich schon BGE 115 V 257 E. 5c 265.

¹⁰⁵ Canon 4/G (Practice of Law) ABA Model Code of Judicial Conduct.