

Regina Kiener, Gabriela Medici

Anwälte und andere Richter

Die Vermischung der Funktionen von Anwälten und Richtern hat in der Schweiz immer wieder das Ansehen und die Unabhängigkeit des Richteramtes zur Disposition gestellt. Der Beitrag zeigt, wie Gesetzgeber und Gerichte mit der Problematik der anwaltlichen Tätigkeit von Richtern umgehen und situiert die Problematik im Kontext der richterlichen Unabhängigkeit.

Zitiervorschlag: Regina Kiener, Gabriela Medici, Anwälte und andere Richter, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2011/2

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Richterliche Unabhängigkeit und ihre Konkretisierung
- III. Schutz der Unabhängigkeit durch Unvereinbarkeitsregeln
 1. Gerichte des Bundes
 - a. Bundesgericht, Bundesstrafgericht, Bundesverwaltungsgericht
 - b. Insbesondere: Das Bundespatentgericht
 2. Gerichte des Kantons Zürich
 - a. Zivil- und Strafgerichte
 - b. Verwaltungsgerichtsbarkeit
- IV. Schutz vor Befangenheit im Einzelfall
 1. Ausgangslage
 2. Konkretisierung mit Blick auf Nebenbeschäftigungen
 3. Insbesondere: Anwälte als nebenamtliche Richter
 - a. Ausgangslage
 - b. Hängige Mandatsverhältnisse
 - c. Abgeschlossene Mandatsverhältnisse
 - d. Interesse an Präjudizien – Brancheninteressen
 - e. Unabhängigkeit gegenüber den Parteianwälten
- V. Befund, Folgerungen und Bewertungen
 1. Begründung: Verfahrensökonomie und Fachkompetenz
 2. Komplexität der Unvereinbarkeits- und Ausstandsregeln
 3. Funktionelle Differenzen zwischen Anwalts- und Richteramt
 4. Geltung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung
- VI. Schluss: Richter und andere Anwälte?

I. Einleitung

[Rz 1] «A judge shall not practice law»¹ – Diese unmissverständlich formulierte Regel hat die American Bar Association in ihrem Kodex zu den Richterpflichten aufgestellt. Das an den Richter adressierte Verbot anwaltlicher Tätigkeit ist nicht etwa als Konkurrenzverbot im zunehmend hart umkämpften amerikanischen Anwaltsmarkt gedacht², sondern der Sorge um die Unabhängigkeit der Justiz geschuldet. In einer rechtsstaatlichen Justizverfassung, die auf dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit aufbaut, sind Nebenerwerbstätigkeiten dem Richteramt grundsätzlich weisensfremd, führen sie doch zu Bindungen, Beeinflussungen und Abhängigkeiten, die Ansehen und Unabhängigkeit des Richteramts – und damit die Fairness des Verfahrens – fast zwangsläufig gefährden³. Unbesehen dieser Bedenken steht in der Schweiz das nebenamtlich oder teilzeitlich ausgeübte

Richteramt auch praktizierenden Anwältinnen und Anwälten offen. Allerdings zeigt die Zahl der Ablehnungsbegehren, dass die Rechtsunterworfenen die Offenheit und Fairness des Verfahrens schon fast habituell in Frage stellen, wenn ein Richter auch als Anwalt tätig ist.

II. Richterliche Unabhängigkeit und ihre Konkretisierung

[Rz 2] Das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Justiz ist im Rechtsstaat von zentraler Bedeutung und genießt deshalb verfassungsrechtlichen⁴ und menschenrechtlichen Schutz⁵. In ihrem *institutionellen Teilgehalt* verlangt die Garantie, dass das urteilende Gericht nicht nur gegenüber den anderen Behörden, sondern auch gegenüber den Parteien unabhängig gestellt ist⁶. In ihrem *personenbezogenen* Teilgehalt garantiert die richterliche Unabhängigkeit, dass die Mitglieder eines institutionell unabhängigen Gerichts auch im konkreten Einzelfall unvoreingenommen und unparteiisch urteilen⁷. Entsprechend stehen dem Gesetzgeber zwei Möglichkeiten offen, um die richterliche Unabhängigkeit zu schützen: Auf der *institutionellen* Ebene schliessen prinzipielle Unvereinbarkeiten bzw. Nebenbeschäftigungsverbote die Kumulation bestimmter Tätigkeiten von Beginn weg aus; ist eine Unvereinbarkeit gegeben, kann das Richteramt nicht angetreten bzw. nicht weiter ausgeübt werden⁸. Auf der *individuellen* Ebene wird die richterliche Unabhängigkeit durch einzelfallbezogene *Ausstandsregeln* gesichert. Sie greifen beim objektiv begründeten Verdacht der Befangenheit und sollen verhindern, dass ausserhalb des Prozesses liegende Umstände in sachwidriger Weise auf das Verfahren einwirken⁹. Im Folgenden werden die beiden Konstellationen unter dem Aspekt der Kombination von Richteramt und Anwaltstätigkeit dargestellt.

¹ Canon 4/G (Practice of Law) ABA Model Code of Judicial Conduct.

² Vgl. MARY ANN GLENDON, A Nation under Lawyers, Harvard University Press, 2000.

³ Zum Thema allgemein: REGINA KIENER, Anwalt oder Richter? – Eine verfassungsrechtliche Sicht auf die Richtertätigkeit von Anwältinnen und Anwälten, in: Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 3-26; DIES., Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 110 ff.; PATRICK SUTTER, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin: Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, AJP 1/2006, S. 30-42; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, S. 1318-1338. Vgl. auch STEPHAN GASS, Professionalisierung des Richteramts, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP/PJA) 9 /2010, S. 1143-1154, S. 1146.

⁴ Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 191c BV. Vgl. REGINA KIENER, Unabhängigkeit (FN 3), S. 21 ff.; GEROLD STEINMANN, Art. 30 N 5 in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Auflage St. Gallen/Zürich 2008.

⁵ 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 Internationaler Pakt 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.

⁶ BGE 126 I 228 E.2bb 231.

⁷ PATRICK SUTTER (FN 3), S. 32.

⁸ Allgemein PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 31 N 12; zur Justiz insbesondere REGINA KIENER in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum BGG, Basel 2008, Art. 6 N 1 ff.

⁹ BGE 114 Ia 50 E. 3b; vgl. auch ISABELLE HÄNER, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum BGG, Basel 2008, Art. 34 N 2.

III. Schutz der Unabhängigkeit durch Unvereinbarkeitsregeln

[Rz 3] Die Bestimmungen über die Unvereinbarkeit von Richteramt und Nebenbeschäftigungen – insbesondere von Richteramt und Anwaltsberuf – variieren zwischen Bund und Kantonen, zwischen den einzelnen Kantonen und innerhalb des gleichen Gemeinwesens sogar von Gericht zu Gericht. Ausserdem gelten verschiedene Regeln je nach Status (ordentliche und nebenamtliche Richterinnen, Ersatzrichter) und Beschäftigungsgrad¹⁰. Nachfolgend werden die einschlägigen Bestimmungen auf Bundesebene sowie – als Beispiel für eine kantonrechtliche Regelung – des Kantons Zürich vorgestellt.

1. Gerichte des Bundes

a. Bundesgericht, Bundesstrafgericht, Bundesverwaltungsgericht

[Rz 4] Grundsätzlich dürfen Richterinnen und Richter an den Gerichten des Bundes in keinem anderen Arbeitsverhältnis mit dem Bund stehen¹¹. Da mit der Ausübung von Nebentätigkeiten die richterliche Unabhängigkeit gleichsam institutionell in Frage gestellt werden kann, sind zudem alle Tätigkeiten verboten, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Gerichts beeinträchtigen könnten¹².

[Rz 5] Anlässlich der Totalrevision der Bundesrechtspflege 2007 sollte den Richterinnen und Richtern des Bundes die *Anwaltstätigkeit grundsätzlich verboten* werden¹³. Die Unvereinbarkeit von Richteramt und Anwaltstätigkeit ist indessen nicht für alle Gerichte gleich ausgestaltet worden: Den Richtern des *Bundesgerichts* ist die berufsmässige Vertretung Dritter einzig *vor dem Bundesgericht selbst* verboten¹⁴, eine Regel, welche faktisch nur für die nebenamtlichen Richterinnen von Bedeutung ist, da Art. 144 Abs. 2 BV den vollamtlichen Bundesrichtern bereits auf Verfassungsebene eine andere Erwerbstätigkeit verbietet. Nebenamtliche Richter am Bundesgericht dürfen folglich an anderen Gerichten

als Anwälte auftreten. Demgegenüber ist den Richterinnen und Richtern am Bundesstrafgericht und am Bundesverwaltungsgericht die berufsmässige Parteivertretung «vor Gericht» generell untersagt¹⁵.

[Rz 6] Den Materialien lassen sich keine Gründe für die unterschiedliche Behandlung von nebenamtlichen Richtern des Bundesgerichts auf der einen und teilzeitbeschäftigten Richtern des Bundesverwaltungs- und Bundesstrafgerichts auf der anderen Seite entnehmen¹⁶. Solche Gründe sind auch nicht ersichtlich. Denn das Verbot der anwaltlichen Tätigkeit bezweckt den Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und der Fairness des Verfahrens¹⁷ – Grundsätze, die für alle Verfahren und Gerichte gleichermaßen gelten müssen¹⁸.

[Rz 7] Untersagt ist allein die «*berufsmässige* Vertretung Dritter» (Art. 44 Abs. 4 StBOG, je Art. 6 Abs. 2 VGG und BGG). Der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen und die parlamentarische Debatte lassen darauf schliessen, dass einzig die forensische Tätigkeit gemeint ist¹⁹. Teile der Lehre gehen davon aus, dass die Vertretung nur dann berufsmässig sei, wenn sie entgeltlich erfolgt²⁰. Unseres Erachtens kann es keine Rolle spielen, ob die Übernahme eines Mandates entgolten wird oder den besonderen Beziehungen zu einer Prozesspartei oder deren Anliegen geschuldet ist und *pro bono* erfolgt²¹. Die Unvereinbarkeitsregeln wollen verhindern, dass

¹⁰ Vgl. HANS HEGETSCHWEILER, Der Richter als Anwalt oder wie der Gärtner zum Bock wird, in: SZP, Heft Nr. 2 2007, S. 119-124, S. 119.

¹¹ Art. 6 Abs. 1 BGG (Bundesgericht), Art. 44 Abs. 1 StBOG (Bundesstrafgericht), Art. 6 Abs. 1 VGG (Bundesverwaltungsgericht).

¹² Art. 6 Abs. 2 BGG; Art. 6 Abs. 2 VGG; Art. 44 Abs. 2 StBOG. Art. 6 Abs. 4 BGG, Art. 6 Abs. 4 VGG und Art. 44 Abs. 5 StBOG führen zudem für ordentliche Richter bzw. Richter mit Vollpensum gewisse unzulässige Erwerbstätigkeiten auf.

¹³ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., 4359 und 4379. Die Unvereinbarkeitsregel für die Richter des Bundesgerichts wurde erst anlässlich der parlamentarischen Beratungen ins BGG aufgenommen (Amtl. Bull. S 2003 891, Amtl. Bull. N 2004 1584). In der Debatte des Nationalrats zum SGG war diese Frage umstritten, vgl. Amtl. Bull. N 2002 1210 ff.

¹⁴ Art. 6 Abs. 2 BGG.

¹⁵ Art. 44 Abs. 4 StBOG; Art. 6 Abs. 2 VGG; vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (StBOG) vom 10. September 2008, BBl 2008 8125 ff. 8168; demgemäss schliesst Art. 44 Abs. 4 StBOG «auch aus, dass nebenamtliche Richter und Richterinnen Dritte berufsmässig vor anderen Gerichten als dem Bundesstrafgericht vertreten».

¹⁶ Die Frage der gleichzeitigen Ausübung von Anwaltsmandat und Richteramt wurde im Parlament 2002 während der Behandlung der Totalrevision der Bundesrechtspflege sowie 2009 anlässlich der Behandlung des StBOG nur punktuell angesprochen, verschiedene Votanten wiesen aber auf die Gefahr von Interessenkollisionen hin; vgl. Amtl. Bull. N 2002 1210 ff. Gleichzeitig wurde indessen auch erwähnt, dass ein entsprechendes Verbot die Rekrutierung nebenamtlicher Richter erschweren könnte; vgl. Amtl. Bull. N 2009 595.

¹⁷ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., 4379; vgl. hierzu auch die Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 10. September 2008, BBl 2008 8125 ff. 8168. Hier wird ausdrücklich erwähnt, dass die Regelung im StBOG bewusst anders ausfalle als die Regelung im BGG, weil sich sonst Schwierigkeiten mit dem Gebot der Rechtsgleichheit zwischen teilzeitlichen und nebenamtlichen Richtern des Bundesstrafgerichts ergäben.

¹⁸ Kritisch auch PATRICK SUTTER (FN 3), S. 32.

¹⁹ REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 6 mit Nachweisen zu den Materialien. So offenbar auch die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, das den teilzeitlich angestellten Richtern die beratende Anwaltstätigkeit erlaubt.

²⁰ HANSJÖRG SEILER, Art. 6 N 10 in: Hansjörg Seiler/Nicolas Von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Handkommentar, Bern 2007; ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Kantons Zürich, zweite Auflage, Zürich 1999, § 34 N 3; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERT, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfahrensgesetz, Zürich 2002, § 3 N 8.

²¹ Vgl. REGINA KIENER, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum BGG, Basel 2008, Art. 6 N 18.

ein Richter vor seinen (zeitweiligen) Richter-Kollegen als Anwalt auftritt²² – warum und mit welchem Gewinn er dies tut, ist aus der verfassungsrechtlichen Optik unerheblich.

b. Insbesondere: Das Bundespatentgericht

[Rz 8] Das Patentrecht bildet ein stark ausdifferenziertes Rechtsgebiet an der Schnittstelle zwischen Technik und Recht. Der hohe Spezialisierungsgrad und die vergleichsweise geringe Anzahl Patentstreitigkeiten (die Behörden rechnen schweizweit mit rund 30 Verfahren pro Jahr²³) hatten zur Folge, dass nicht alle der bisher zuständigen kantonalen Zivilgerichte in der Lage waren, sich das erforderliche Fachwissen zu erarbeiten. Folge waren fehlende Kontinuität, mangelnde Rechtssicherheit und überlange Verfahren²⁴. Das neu geschaffene Bundespatentgericht soll als erstinstanzliches Spezialgericht diesen Unzulänglichkeiten entgegenwirken und eine einheitliche und korrekte Rechtsprechung gewährleisten²⁵. Dem Gericht gehören zwei hauptamtliche sowie eine «ausreichende Anzahl» nebenamtlicher Richter an, wobei die Mehrheit der nebenamtlichen Richter technisch ausgebildet sein muss (Art. 8 Abs. 2 PatGG). Im Juni 2010 hat die Bundesversammlung 31 nebenamtliche Richter an das Bundespatentgericht gewählt, davon 20 Personen mit technischer und elf mit juristischer Ausbildung. Angesichts des hohen Grads an fachlicher Spezialisierung, der grossen Zahl der nebenamtlichen Richter und nicht zuletzt wegen der kleinräumigen Verhältnisse der Schweiz erwies sich die Regelung der Unvereinbarkeiten als besonders heikel.

[Rz 9] Gemäss Art. 10 PatGG können die *Mitglieder des Patentgerichts* weder der Bundesversammlung noch dem Bundesrat oder einem anderen eidgenössischen Gericht angehören. Sie dürfen darüber hinaus generell keine Tätigkeit ausüben, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Gerichts beeinträchtigt. Den beiden *hauptamtlichen* Richtern, falls sie im Vollpensum tätig sind, ist ausserdem jede andere Erwerbstätigkeit untersagt, weil – so die bundesrätliche Botschaft – ansonsten das Risiko einer problematischen Vermischung von anwaltlicher und richterlicher Tätigkeit erhöht würde²⁶. Sind die hauptamtlichen Richter dagegen mit einem Teilpensum angestellt, dürfen sie mit einer entsprechenden Bewilligung auch Erwerbstätigkeiten ausserhalb des Gerichts ausüben²⁷. Unbesehen ihres Beschäftigungsgrades verboten ist den

beiden hauptamtlichen Richtern jedoch die berufsmässige Vertretung Dritter vor Gericht (10 Abs. 3 PatGG). Für die *nebenamtlichen* Richterinnen und Richter findet sich keine entsprechende Regel. Ihnen ist die anwaltliche Tätigkeit erlaubt, auch die Parteivertretung vor dem Bundespatentgericht selber. Mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit wirft die gewählte Behördenorganisation verschiedene Fragen auf.

[Rz 10] Den Absichten des Gesetzgebers zufolge soll die Besetzung des Gerichts mit überwiegend *nebenamtlichen* Richterinnen und Richtern die Flexibilität gewährleisten, die aufgrund der erwarteten Schwankungen in der Geschäftslast erforderlich ist²⁸, die grössere Zahl an *Fachvertretern* die notwendige technische Kompetenz des Spezialgerichts sicherstellen. Letztere sollen vor allem unter Professoren und Lehrbeauftragten an den technisch-naturwissenschaftlichen Universitäten und unter den Angestellten des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) rekrutiert werden²⁹. Ist ein nebenamtlicher Patentrichter zugleich *Mitarbeiter am IGE*, gehört er jener Behörde an, welche auch die vorgängige, für den Patentregistereintrag zwingend notwendige Prüfung von Patentgesuchen vornimmt. Selbst wenn dabei nur geprüft wird, ob das Patentgesuch eine an sich patentierbare technische Regel umfasst³⁰ und nicht auch, ob die Erfindung neu ist³¹: Dem äusseren Anschein nach ist diese Verbindung von hoheitlich-amtlichen Funktionen geeignet, Zweifel an der institutionellen Unabhängigkeit des Spruchkörpers zu wecken.

[Rz 11] Noch delikater ist die Situation der elf nebenamtlichen Richter *mit juristischer Ausbildung*, ist der Kreis der im Patentrecht spezialisierten Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz doch überaus eng gezogen. Die Online-Anwaltsuche des Schweizerischen Anwaltsverbandes ergibt, dass nur 55 von mehr als 8700 Anwälten überhaupt angeben, im Gebiet des Patentrechts tätig zu sein³². Angesichts dieser Verhältnisse erstaunt nicht, dass sowohl der Bundesrat als auch die Mehrheit der Vernehmlasser auf die Gefahr entsprechender Interessenkollisionen hingewiesen haben³³. Mögliche Gefährdungen der Unabhängigkeit wurden vom Gesetzgeber indessen bewusst in Kauf genommen, um

²² YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Bern 2008, Art. 6 Rz.144 S. 126.

²³ In der Botschaft wird von rund 30 Fällen pro Jahr ausgegangen: Botschaft zum Patentgerichtsgesetz vom 7. Dezember 2007, BBI 2008 455 ff., S. 461.

²⁴ Botschaft zum PatGG, BBI 2008 455 ff., S. 456 und 463.

²⁵ Vgl. auch PHILIPPE WEISSENBERGER/ DAVID ASCHMANN, *Bundespatentgericht auf der Zielgeraden?*, in: *sic!* 11/2008, 846, S. 2.

²⁶ Botschaft zum PatGG, BBI 2008 455 ff., S. 475.

²⁷ Art. 11 Bundesgesetz vom 20.03.2009 über das Bundespatentgericht (Patentgerichtsgesetz, PatGG), SR 173.41.

²⁸ Botschaft zum PatGG, BBI 2008 455 ff, S. 473.

²⁹ Botschaft zum PatGG, BBI 2008 455 ff., S. 474.

³⁰ Art. 59 i.V.m. Art. 1, 1a, 1b und 2 des Bundesgesetzes vom 25.06.1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG), SR 232.14.

³¹ Die Prüfung von Patentgesuchen umfasst nur die Frage, ob das Patentgesuch eine an sich patentierbare technische Regel umfasst, welche nicht nach Art. 1a oder 2 PatG von der Patentierung ausgeschlossen ist; PHILIPPE WEISSENBERGER/ DAVID ASCHMANN, S. 8.

³² www.swisslayers.ch, zuletzt besucht am 5. November 2010.

³³ Stellungnahmen der Vernehmlassung 2006-2007 zum PatGG/PAG, eingesehen beim Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum, Bern; Botschaft zum PatGG, BBI 2008 455 ff., S. 475.; CYRILL P. RIGAMONTI, *The New Swiss Patent Litigation System*, 2 (2011) JIPITEC 3, para. 1, S. 6, spricht ebenfalls von legitimen Bedenken bezüglich möglicher Interessenkonflikte und der Unabhängigkeit der nebenamtlichen Patentrichter.

das Feld potenzieller Patentrichterinnen nicht übermassig zu beschränken³⁴. Immerhin wurde in Art. 28 PatGG – in Ergänzung zu den Ausstandsregeln der ZPO – ein *spezieller Ausstandsgrund* geschaffen. Demnach haben *nebenamtliche* Gerichtsmitglieder in den Ausstand zu treten, wenn eine Prozesspartei durch Anwalts- oder Patentanwaltskollegen vertreten wird, die in derselben Kanzlei oder beim gleichen Arbeitgeber tätig sind wie der nebenamtliche Richter. Diese Ausstandsregel ist zwingender Natur und kann nicht durch Parteiabsprache derogiert werden. Mit Art. 28 PatGG versucht der Gesetzgeber, die der Behördenorganisation immanenten Gefährdungen der richterlichen Unabhängigkeit mit einer Ausstandspflicht im Einzelfall zu kompensieren. Dies allerdings bedeutet die Umkehr der bundesgerichtlichen Regel, wonach der Ausstand die Ausnahme, die Zuständigkeit des gesetzlichen Richters aber die Regel bilden soll³⁵.

2. Gerichte des Kantons Zürich

[Rz 12] Anlässlich der Umsetzung der revidierten Kantonsverfassung und im Zug der Anpassungen an die neuen Bundesprozessgesetze wurden die Unvereinbarkeitsregeln auch im Kanton Zürich neu gefasst. Die Grundsätze richterlicher Unvereinbarkeiten sind auf Verfassungsstufe normiert³⁶ und werden als Wahlvoraussetzungen im Gesetz über politische Rechte (GPR)³⁷, im Gerichtsorganisationsrecht (GOG) und im Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) weiter konkretisiert.

a. Zivil- und Straferichte

[Rz 13] Das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) trat Anfang 2011 in Kraft³⁸. Es ersetzt das bisherige Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und regelt die organisatorischen Voraussetzungen für die Ausübung der Rechtsprechung der Zivil- und Straferichte sowie der Untersuchungs- und Anklagebehörden³⁹. Die Zulässigkeit der *anwaltlichen Tätigkeit* von Richtern richtet sich nach § 6 GOG und fällt differenziert aus⁴⁰:

[Rz 14] Den vollamtlichen Mitgliedern und (vollamtlichen) Ersatzmitgliedern der Bezirksgerichte und des Obergerichts ist die berufsmässige Vertretung Dritter vor allen Gerichten verboten⁴¹. Teilamtliche Richter an diesen Gerichten dürfen

zwar weder vor dem Obergericht noch den Bezirksgerichten plädieren, können aber – *e contrario* – vor anderen Gerichten weiterhin als Anwälte auftreten⁴². Den nicht vollamtlichen Ersatzmitgliedern der Bezirksgerichte und des Obergerichts, den Beisitzenden der Arbeits- und Mietgerichte sowie den Handelsrichterinnen und -richtern bleibt die Parteivertretung (nur, aber immerhin) vor dem Gericht untersagt, welchem sie angehören⁴³.

[Rz 15] Die Regelung der Nebenbeschäftigung von Beisitzenden der Miet- und Arbeitsgerichte sowie von Fachrichtern am Handelsgericht stellt eine *materielle Neuerung* dar. Der Gesetzgeber wollte damit die Unabhängigkeit auch der Fachrichter stärken, indem sie bei ein und demselben Gericht nicht einmal die richterliche Funktion einnehmen und ein anderes Mal als Parteivertreter tätig sein dürfen⁴⁴. Von den Unvereinbarkeitsregeln nicht erfasst sind die Mitglieder von Schlichtungsbehörden, also etwa die Friedensrichter⁴⁵. Obwohl einem Gericht angegliedert, sind sie nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als Mitglieder dieser Gerichte zu betrachten⁴⁶ und deshalb keinen entsprechenden Unvereinbarkeiten unterworfen.

b. Verwaltungsgerichtsbarkeit

[Rz 16] Auch für die Anwaltstätigkeit von Richterinnen und Richtern am *Verwaltungsgericht* und am *Sozialversicherungsgericht* gelten Unvereinbarkeiten⁴⁷. Den vollamtlichen Mitgliedern ist die berufsmässige Vertretung Dritter vor Gerichten und vor Verwaltungsbehörden generell untersagt⁴⁸. Den teilamtlichen Mitgliedern des Verwaltungsgerichts und des Sozialversicherungsgerichts ist die berufsmässige Vertretung Dritter grundsätzlich erlaubt und bleibt lediglich vor dem eigenen Gericht verboten⁴⁹. Die Frage, ob für die teilamtlichen Verwaltungsrichterinnen und -richter ebenfalls ein gänzlich Plädierversbot gelten sollte, wurde anlässlich der Revision des VRG (1997) in Kommission und Kantonsrat

³⁴ Botschaft zum PatGG, BBl 2008 455 ff., S. 475.

³⁵ Ständige Praxis seit BGE 105 Ia, 157 E. 6a 163.

³⁶ Art. 42 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 101.

³⁷ Vgl. §§ 25-30 Gesetz über die politischen Rechte (GPR) vom 1. September 2003, LS 161.

³⁸ Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 18. August 2010, RRB-Nr. 1153; Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010, LS 211.1.

³⁹ Antrag und Weisung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 1. Juli 2009, ABI 2009 1489 ff., S. 1558.

⁴⁰ Betreffend andere Nebenbeschäftigungen und Offenlegung von Interessenbindungen in einem öffentlichen Register vgl. § 7 GOG.

⁴¹ § 6 Bst. a GOG. Laut einem Beschluss des KassGer Zürich vom 23. Juni

2006 (zum gleichlautenden § 3 Abs. 2 GVG) sind einzig Gerichte der Kantone gemeint.

⁴² § 6 Bst. b GOG. Vgl. ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERTI zu § 3 N 7 GVG; beim Übergang zum GOG wurde keine inhaltliche Änderung vorgenommen.

⁴³ § 6 Abs. 1 lit. c GOG.

⁴⁴ Vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 1. Juli 2009, ABI 2009 1489 ff., S. 1580 und den geänderten Antrag der Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit vom 18. März 2010, ABI 2010, 513 ff., S. 515.

⁴⁵ §§ 52 ff. GOG.

⁴⁶ Antrag und Weisung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 1. Juli 2009, ABI 2009 1489 ff., S. 1580.

⁴⁷ Betr. Offenlegung von Interessenbindungen und Nebenbeschäftigungen vgl. § 34a VRG i.V.m. § 7 GOG.

⁴⁸ § 34 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) vom 24.05.1959, LS 175.2; § 5b Abs. 1 Gesetz über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) vom 7. März 1993, LS 212.81.

⁴⁹ § 34 Abs. 2 VRG; § 5b Abs. 2 GSVGer.

eingehend diskutiert – letztlich aber verneint⁵⁰. Während die Ersatzmitglieder des Sozialversicherungsgerichts vor ihrem eigenen Gericht nicht anwaltlich auftreten dürfen, also den gleichen Regeln wie die teileamtlichen Richter unterstellt sind, gelten für die Ersatzmitglieder des Verwaltungsgerichts keine entsprechenden Einschränkungen.

[Rz 17] Seit Anfang 2011 verfügt der Kanton Zürich mit dem *Baurekursgericht* und dem *Steuerrekursgericht* über zwei Spezialverwaltungsgerichte, die als erste kantonale Rechtsmittelinstanzen eingesetzt sind⁵¹ und die bisherigen Bau- bzw. Steuerrekurskommissionen ersetzen⁵². Weil mit Einführung der Rekursgerichte wesentlich auch die richterliche Unabhängigkeit gestärkt werden sollte⁵³, erwiesen sich die Unvereinbarkeitsregeln der bisherigen Kommissionen als überholt. Bislang war es den Mitgliedern der Rekurskommissionen gestattet, neben ihrer Tätigkeit als Richterinnen oder Richter auch Dritte berufsmässig vor den Rekurskommissionen oder vor dem Verwaltungsgericht zu vertreten⁵⁴. Neu dürfen Rekursrichter weder vollamtliches noch teileamtliches Mitglied des (ihnen im Instanzenzug übergeordneten) Verwaltungsgerichts sein. Rekursrichter dürfen zudem keinem für Bausachen bzw. für Finanzsachen zuständigen Gemeindeorgan angehören (§ 27 Abs. 1 lit. c bzw. d GPR)⁵⁵. Neu ist

den (vollamtlichen oder teileamtlichen) Mitgliedern eines Rekursgerichts zudem die berufsmässige Vertretung Dritter vor dem eigenen Gericht ebenso untersagt wie vor dem Verwaltungsgericht⁵⁶. Für *Ersatzmitglieder* der Rekursgerichte soll die Einschränkung der anwaltlichen Tätigkeit hingegen *nicht* gelten⁵⁷. Sie dürfen folglich auch vor dem Gericht als Anwälte auftreten, dem sie auch als Richter angehören. Selbst wenn die Ersatzmitglieder der Rekursgerichte keinen unbeschränkten Zugang zu gerichtlichen Datenbanken haben⁵⁸, ihre besondere Position also nicht (oder jedenfalls nicht direkt) in einen Informationsvorsprung ummünzen können, stellt sich doch die Frage, ob diese Regelung dem erklärten gesetzgeberischen Ziel – Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit⁵⁹ in optimaler Weise zu dienen vermag. Die Praxis zeigt denn auch, dass entsprechende Funktionskumulationen regelmässig Anlass für Ausstandsbegehren gaben⁶⁰.

IV. Schutz vor Befangenheit im Einzelfall

1. Ausgangslage

[Rz 18] Wird die Richtertätigkeit von Anwälten durch generell-abstrakte Unvereinbarkeitsregeln nicht vollständig verboten, muss die Gefahr der Befangenheit im Einzelfall durch Ausstandsregeln aufgefangen werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Bundesgericht prüfen das Vorliegen einer Befangenheit nach ähnlichen Kriterien. Entscheidend ist im Grundsatz, ob konkrete Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit befürchten lassen⁶¹. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge können solche Umstände «entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters» oder in gewissen äusseren Gegebenheiten, «wozu auch verfahrenorganisatorische Aspekte gehören», begründet sein⁶².

⁵⁰ ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL (FN 20), § 32 N 1. Der Regierungsrat hatte ein umfassendes Plädierverbot beantragt, im Sinne eines Kompromisses wurde den teileamtlichen Verwaltungsrichtern die anwaltliche Tätigkeit sodann nur vor dem Verwaltungsgericht untersagt. Der Kantonsrat wollte so sicherstellen, dass für die richterliche Tätigkeit im Teilamt genügend qualifizierte Personen zur Verfügung stehen, Prot. KR 1995-1999, S. 6490 ff.

⁵¹ § 329 Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (PBG) vom 7. September 1975, LS 700.1; § 147 Steuergesetz (StG) vom 8. Juni 1997, LS 631.1.

⁵² Die Reorganisation wurde nach der Revision der KV notwendig, welche in Art. 73 Abs. 3 die Selbstverwaltung der Gerichte statuiert; vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Unterstellung der Steuerrekurskommission und der Baurekurskommissionen unter das Verwaltungsgericht vom 3. Februar 2010, ABI 2010, 266 ff.; S. 273 sowie Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 29. April 2009, 697, S. 3.

⁵³ Antrag und Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Unterstellung der Steuerrekurskommission und der Baurekurskommissionen unter das Verwaltungsgericht vom 3. Februar 2010, ABI 2010, 266 ff.; S. 273.

⁵⁴ Antrag und Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Unterstellung der Steuerrekurskommission und der Baurekurskommissionen unter das Verwaltungsgericht vom 3. Februar 2010, ABI 2010, 266 ff.; S. 277 und 281.

⁵⁵ Die Unvereinbarkeit besteht für die Baurekursrichter nur für jene Mitglieder von Gemeinderäten, die dem Bauwesen vorstehen; ebenfalls von dieser Unvereinbarkeitsbestimmung erfasst werden Mitglieder einer Baukommission. Bei den für Finanzsachen zuständigen Gemeindebehörden handelt es sich um den Finanzvorstand gemäss § 59 des Gemeindegesetzes (LS 131.1) und um die Mitglieder der Grundsteuerkommission nach § 210 Abs. 1 StG. Vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Unterstellung der Steuerrekurskommission und der Baurekurskommissionen unter das Verwaltungsgericht vom 3. Februar 2010, ABI 2010, 266 ff.; S. 275.

⁵⁶ § 334a Abs. 1 Planungs- und Baugesetz.

⁵⁷ Antrag und Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Unterstellung der Steuerrekurskommission und der Baurekurskommissionen unter das Verwaltungsgericht vom 3. Februar 2010, ABI 2010, 266 ff.; S. 277 und 281.

⁵⁸ Sie erhalten nur Einsicht in Akten ihrer eigenen Verfahren; vgl. ISABELLE HÄNER, Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit der BRK-Mitglieder – Zwei neue Entscheide des Verwaltungsgerichts, in: PBG aktuell 2007 (4), S. 39.

⁵⁹ Vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Unterstellung der Steuerrekurskommission und der Baurekurskommissionen unter das Verwaltungsgericht vom 3. Februar 2010, ABI 2010, 266 ff.; S. 273.

⁶⁰ Zuletzt in VB.2008.00569, Entscheid vom 25. Februar 2009; VB.2007.00136, Zwischenentscheid vom 23. Mai 2007; VB.2007.00091, Entscheid vom 25. April 2007.

⁶¹ Statt anderer EGMR-E *Ferrantelli und Santangelo c. Italien*, Urteil vom 7. August 1996, Berichte 1996-III, S. 951-52, Nr. 58; BGE 114 Ia 50 E. 3b 54.

⁶² BGE 114 Ia 50 E.3b 55 f., seither ständige Praxis.

2. Konkretisierung mit Blick auf Nebenbeschäftigungen

[Rz 19] Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass eine nebenamtliche Tätigkeit von Richterinnen und Richtern grundsätzlich mit der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar ist⁶³. Bei der konventionsrechtlichen Bewertung entsprechender Konstellationen stellt der EGMR die Frage der *Rollenvermischung im Einzelfall* in den Vordergrund seiner Überlegungen⁶⁴. Jedenfalls enge berufliche Beziehungen sowie finanzielle Abhängigkeitsverhältnisse zwischen den Verfahrensbeteiligten und einem nebenamtlichen Richter sind – den gemeineuropäischen Mindeststandards zufolge – mit der richterlichen Unabhängigkeit nicht vereinbar⁶⁵.

3. Insbesondere: Anwälte als nebenamtliche Richter

a. Ausgangslage

[Rz 20] Regelmässig zu Ausstandsbegehren Anlass gibt der Umstand, dass ein nebenamtlicher Richter auch als Anwalt tätig ist. Die Bedenken liegen auf der Hand: Allein schon *funktionell* sind Anwälte Parteivertreter, in ihrer anwaltlichen Tätigkeit den Interessen der Klienten verpflichtet und nicht der objektiven Wahrheitsfindung im Prozess⁶⁶. Zudem ergeben sich aus der Anwaltstätigkeit erfahrungsgemäss *Bindungen*, die zu Interessenkollisionen führen und die Unabhängigkeit bei der Beurteilung einer Rechtsstreitigkeit in Frage stellen können.

[Rz 21] Das Bundesgericht bezeichnet die Gefahr der Befangenheit bei hauptberuflich als Anwalt tätigen Richtern zwar bis zu einem gewissen Grad als «systemimmanent», weil solche Richter immer auch ihre (haupt-)beruflichen Interessen und damit jene ihrer Klienten im Auge hätten⁶⁷. Es sei, so das Bundesgericht, «realitätsfremd» anzunehmen ein Anwalt

vermöge als Richter von den Konsequenzen zu abstrahieren, welche die Richtertätigkeit auf seine Klientschaft habe⁶⁸. Die Frage liegt auf der Hand: Wenn in solchen Situationen der Anwalt nicht zu abstrahieren vermag – weshalb sollten es die Verfahrensbeteiligten können, namentlich die Gegenpartei? Gleichwohl sehen Bundesgericht und Strassburger Gerichtshof im Umstand, dass ein Richter gleichzeitig als Anwalt tätig ist und gelegentlich auch vor seinem Gericht plädiert, für sich allein genommen keinen Ausstandsgrund⁶⁹. Vielmehr wird auch in dieser Konstellation das Vorliegen konkreter Umstände verlangt, die bei einer objektiven Betrachtungsweise den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen⁷⁰. Die Besorgnis der Befangenheit soll dann zutreffen, wenn ein nebenamtlicher Richter im Einflussbereich einer Partei steht. Dabei ist letztlich ausschlaggebend, ob die *Interessen* einer Verfahrenspartei und jene des anwaltlich tätigen Richters als *gleichgerichtet* erscheinen⁷¹ – gerade auch in den Augen der Gegenpartei⁷².

[Rz 22] Unbesehen dieser allgemeinen Leitlinien ist die Rechtsprechung stark kasuistisch geprägt. Sie wird im Folgenden überblickartig dargestellt.

b. Hängige Mandatsverhältnisse

[Rz 23] Wer als Anwalt die Rechte und Interessen des Vertretenen wie seine eigenen wahrzunehmen hat, kann nicht gleichzeitig als unbefangener Richter amten⁷³. Bereits 1907 hat das Bundesgericht denn auch festgehalten, dass ein Parteivertreter schlechthin unfähig sei, in einer Streitsache gleichzeitig als Richter zu wirken; er stehe nicht über den Parteien, die Eignung als «rechter Mittler» gehe ihm ab⁷⁴. Ebenso unbestritten liegt eine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit vor, wenn eine Richterin eine Verfahrenspartei in einem anderswo hängigen Verfahren als Anwältin vertritt⁷⁵.

[Rz 24] Offene Mandatsverhältnisse *zu Dritten* können die notwendige Offenheit, Distanzierung und Objektivität eines Richters beeinträchtigen, wenn sich aus dem Vertretungsverhältnis unmittelbare Rückwirkungen auf die Beurteilung einer hängigen Streitsache ergeben. Das Bundesgericht hatte die Befangenheit eines Richters, der einer Streitpartei in einer

⁶³ Vgl. z.B. EGMR-E *Wettstein gegen Schweiz*, Application no. 33958/96, Urteil vom 21. März 2001, Rz. 41.

⁶⁴ EGMR-E *Piersack gegen Belgien*, Application no. 8692/79, Urteil vom 1. Oktober 1982, Ziff. 30-31-33; EGMR-E *Wettstein gegen Schweiz* (FN 64), Rz. 44 ff.; EGMR-E *Pescador Valero gegen Spanien* vom 17. Juni 2003, Recueil CourEDH 2003-VII S. 103, Rz. 23 ff.; EGMR-E *Puolitaival u.a. gegen Finnland* vom 23. November 2004 [Nr. 54857/00], Rz. 44 ff.; EGMR-E *Steck-Risch u.a. gegen Liechtenstein*, Application no. 63151/00, Urteil vom 19. Mai 2005, Rz. 44; EGMR-E *Meznicar gegen Kroatien* vom 15. Juli 2005 [Nr. 71615/01], Rz. 31 ff; vgl. hierzu auch BGE 133 I 1 E. 6.4.1 7.

⁶⁵ Im Fall der Kündigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters einer Universität wurde die richterliche Unabhängigkeit verletzt, weil einer der nebenamtlichen Richter zeitweise als Professor an derselben Fakultät tätig war. Ausschlaggebend waren die regelmässigen, mehrjährigen beruflichen Verbindungen zwischen dem Richter und der als Prozesspartei auftretenden Universität, sowie die nicht unbedeutenden finanziellen Einkünfte aus diesem Verhältnis; EGMR-E *Pescador Valero gegen Spanien* (FN 65).

⁶⁶ Eingehend REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 22 ff.

⁶⁷ BGE 124 I 121 E. 3b 124; vgl. auch BGE 116 Ia 135 E. 3c 141.

⁶⁸ BGE 124 I 121 E. 3b 124.

⁶⁹ BGE 128 V 82 E. 2a 85; vgl. auch BGER-E 1P.665/1991 vom 15. Mai 1992, ZBI 1993 84 ff. E.3c 86; BGER-E 1P.76/1998 vom 17. März 1998, ZBI 1999 136 ff E. 2 137, sowie EGMR-E *Wettstein gegen Schweiz* (FN 64), Rz. 41.

⁷⁰ vgl. oben dazu IV.1.

⁷¹ BGE 124 I 121 E. 3c 126.

⁷² BGE 116 Ia 485 E. 3b 490.

⁷³ Vgl. auch MARTIN KAYSER, Richterwahlen im Spannungsfeld von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), *Die Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zürich 2007, S. 41–64, S. 54.

⁷⁴ BGE 33 I 143 E. 2 146; vgl. auch BGE 112 Ia 290 S. 293 oder 114 Ia 153 E. 3a/aa 156.

⁷⁵ BGE 116 Ia 485 E. 3b 489.

anderen Sache als *Gegenanwalt* gegenübertrat, zunächst verneint⁷⁶. Das Urteil in Sachen *Wettstein*⁷⁷ wurde jedoch an den EGMR weitergezogen, der die Beschwerde guthies: In entsprechenden Konstellationen werde sich zwangsläufig die Befürchtung einstellen, der Richter sei weiterhin den Interessen seiner Klienten und damit der Prozessgegnerschaft verpflichtet⁷⁸. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung bei der nächsten Gelegenheit denn auch «präzisiert» und dies damit begründet, der Anwalt der Gegenpartei werde ebenso als Gegner wahrgenommen wie die Gegenpartei selbst, werde er doch als eigentlicher Strategie im Prozess begriffen⁷⁹.

c. Abgeschlossene Mandatsverhältnisse

[Rz 25] Das Bundesgericht geht in allgemeiner Weise davon aus, dass ein *einzelnes abgeschlossenes Mandat* zu einer Streitpartei den Anschein der Befangenheit nicht zu begründen vermag⁸⁰. Anders sei allerdings zu entscheiden, wenn die Richterin geneigt sein könnte, ihr Verhalten auf die Möglichkeit einer erneuten Mandatierung auszurichten⁸¹. Die Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit ist dabei umso grösser, wenn aufgrund von Zahl, Umfang oder Bedeutung der bisherigen Mandate von einer eigentlichen *positiven Dauerbeziehung* auszugehen ist⁸². Keine Rolle spielt dabei, ob die früheren Mandate einen Sachzusammenhang zum aktuellen Prozess aufweisen oder seine Beurteilung präjudizieren⁸³.

[Rz 26] In analoger Weise können auch abgeschlossene Mandate *als Gegenanwalt* die Befangenheit begründen⁸⁴. Das Bundesgericht erachtete negative Dauerbeziehungen als Gegenanwalt bislang als verfassungskonform⁸⁵, deutete in einem jüngeren Entscheid aber eine Präzisierung der

Praxis an: Auf die Entwicklung der Strassburger Rechtsprechung⁸⁶ und kritische Stimmen in der Lehre reagierend⁸⁷ hat das Bundesgericht erklärt, dass sich die Befürchtung einer Befangenheit auch dann aufdrängen kann, wenn der Richter kurze Zeit zuvor noch als Gegenanwalt einer der Streitparteien auftrat⁸⁸.

d. Interesse an Präjudizien – Brancheninteressen

[Rz 27] Neben einer besonderen Beziehungsnähe zu einer Partei kann auch eine *besondere Nähe zur Streitfrage* die Befangenheit eines Richters begründen. Das Bundesgericht hat die Unabhängigkeit eines nebenamtlichen Richters verneint, der zu keiner Verfahrenspartei eine anwaltliche Beziehung unterhielt, gleichzeitig aber vor einem anderen Gericht ein Verfahren führte, welches die *identische Grundsatzfrage* betraf und *präjudizielle Wirkung* gehabt hätte⁸⁹.

[Rz 28] Ein nebenamtliches Gerichtsmitglied kann auch deshalb als befangen erscheinen, weil das Verfahren Brancheninteressen betrifft und der Richter wegen der Ausrichtung seiner anwaltlichen Tätigkeit als *Interessenvertreter dieser Branche* wahrgenommen wird⁹⁰. Ob die Unabhängigkeit schon fehlt, wenn die Mitwirkung an Entscheiden in Frage steht, welche die Branche generell betreffen, sei dahingestellt⁹¹. Eine Interessenzurechnung wird sich jedenfalls dann aufdrängen, wenn zwischen Richter und branchennaher Prozesspartei bei objektiver Betrachtung eine Linearität der Interessen besteht, namentlich wenn Auftragsvolumen oder Zahl und Dauer entsprechender Mandate auf eine eigentliche *Dauerbeziehung* schliessen lassen⁹². Auch hier scheint sich eine Verschärfung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzubahnen: 1997 hatte das Bundesgericht die Befangenheit eines Richters verneint, der als Anwalt regelmässig für eine Mieterschutzvereinigung tätig war und nun in einem Verfahren urteilte, in dem eine Partei durch dieselbe Vereinigung vertreten wurde⁹³. Zehn Jahre später stellt das Bundesgericht in einem *obiter dictum*, zwei nicht amtlich publizierte Entscheide zitierend fest, eine Ausstandspflicht könne gegeben sein, «wenn das Richteramt – ausserhalb paritätisch besetzter Spezialgerichte – von eigentlichen Interessen- bzw. Branchenvertretern ausgeübt wird»⁹⁴. Kurze

⁷⁶ BGer-E 1P.665/1991 vom 15. Mai 1992, E. 3c, publ. in: ZBl 1993 S. 84 f. (betr. einen nebenamtlichen Richter, der als in Baufragen spezialisierter Anwalt eines privaten Bauberatungsbüros tätig war und in dieser Funktion oft Mandate als Gegenpartei der jetzigen Prozesspartei übernahm); BGer-E 1P.113/1996 vom 29. April 1996, E. 1, publ. in JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992-1996, Bern 1998, S. 137 (betr. eine nebenamtliche Richterin, die kurz zuvor in einem anderen Prozess desselben Beschwerdeführers als Rechtsanwältin die dort beteiligte Gemeinde vertreten hatte).

⁷⁷ BGer-E 1P.113/1996 vom 29. April 1996 (siehe FN 78).

⁷⁸ EGMR-E *Wettstein gegen Schweiz* (FN 64) Rz. 47.

⁷⁹ BGE 135 I 14 E. 4.3 18. Kritisch zustimmend TARKAN GÖKSU, Ablehnung eines als Anwalt tätigen Schiedsrichters – Besprechung von BGE 135 I 14, in recht 05/2009, S.173-178, S. 176.

⁸⁰ BGE 116 Ia 485 E.3b 489. Dies erst recht, wenn das Anwaltsmandat lange Zeit zurückliegt, vgl. STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, Art. 10 VwVG N. 64.

⁸¹ BGE 116 Ia 485 E.3b 490.

⁸² Vgl. BGE 116 Ia 135 E. 3c 141.

⁸³ BGE 116 Ia 485 E.3b 489.

⁸⁴ REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 16. Vgl. auch TARKAN GÖKSU, S. 176.

⁸⁵ Vgl. die Entscheide in FN 76 bzw. die Entscheide bei REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 16 FN 60.

⁸⁶ EGMR-E *Wettstein c. Schweiz* (FN 64).

⁸⁷ PATRICK SUTTER (FN 3), S. 38; JÖRG PAUL MÜLLER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1992 und 1993, in: ZBJV 1995 S. 758 ff.; REGINA KIENER, Anwalt (FN 3).

⁸⁸ BGE 135 I 14 E. 4.3 18.

⁸⁹ BGE 124 I 121 E. 3c 126.

⁹⁰ REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 15

⁹¹ So aber PATRICK SUTTER (FN 3), S. 38.

⁹² REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 15 f.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER (FN 78), S. 136.

⁹³ BGer-E vom 24. November 1997, publiziert in SZIER 1998 494 E.3.

⁹⁴ BGE 133 I 1 E. 6.4.3 7; als Beleg werden die Entscheide BGE 326/05 vom 26. Mai 2006, E. 1.6 und BGer-E 4P.261/2000 vom 26. Februar 2001, E. 3b/bb genannt.

Zeit später hat das Bundesgericht diesen Ansatz betreffend die Zusammensetzung des Zürcher Handelsgerichts wieder ein Stück weit relativiert⁹⁵.

e. Unabhängigkeit gegenüber den Parteianwälten

[Rz 29] Nebenamtliche Richter, die hauptberuflich als Anwälte tätig sind, sind zwangsläufig mit ihren Kolleginnen und Kollegen aus der Anwaltschaft verbunden. Das Bundesgericht hält fest, ein Richter erscheine nicht allein schon deswegen als befangen, weil er mit einem Parteianwalt eine *nähere, persönliche oder vertragliche Beziehung* pflegt⁹⁶. Übersteigen diese Beziehungen das gesellschaftsübliche Mass, kann die richterliche Unabhängigkeit jedoch in Frage stehen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der nebenamtliche Richter und ein Parteivertreter über berufliche Beziehungen in einer Weise verbunden sind, die für eine Linearität der Interessen spricht⁹⁷, namentlich wenn der Richter und ein Prozessvertreter eine *Kanzleigemeinschaft* führen⁹⁸.

[Rz 30] Heikel, aber in der Schweiz relativ häufig sind Konstellationen, in denen eine *Parteivertreterin vor dem Gericht* auftritt, an dem sie auch als nebenamtliche Richterin tätig ist⁹⁹. Insbesondere für die Gegenpartei kann diese Konstellation Zweifel an der Offenheit des Verfahrens wecken, ist für Aussenstehende doch gerade nicht ersichtlich, in welchem Verhältnis die Anwältin zu ihren zeitweiligen Richterkollegen steht. Anders jedoch die Einschätzung des Bundesgerichts: Die allgemeine, vom konkreten Fall losgelöste Zusammenarbeit am Gericht stelle die Unvoreingenommenheit der urteilenden Richter nicht generell in Frage¹⁰⁰. Zwar könne die langjährige Zusammenarbeit die Gefahr einer sachfremden Solidarisierung begründen, indessen ermögliche die grosszügige Veröffentlichung der Rechtsprechungsgrundsätze allen fachkundigen Interessierten eine rasche und differenzierte Orientierung über die Gerichtspraxis und verhindere, dass ein Gericht im Einzelfall von diesen Grundsätzen abweiche¹⁰¹. Diese Praxis überzeugt nicht. Es geht bei der Sicherstellung

der richterlichen Unabhängigkeit nicht darum, ob sich ein Gericht tatsächlich von persönlichen Beziehungen beeinflussen liess, sondern ob eine solche Beeinflussung dem äusseren Anschein nach gegeben und geeignet ist, den Ausgang des Verfahrens in sachfremder Weise zu beeinflussen¹⁰².

[Rz 31] Auch berufliche Beziehungen zwischen nebenamtlichen *Richtern und Richterinnen unterschiedlicher Instanzen* vermögen die richterliche Unabhängigkeit zu beeinträchtigen. Führt ein nebenamtlicher Richter mit einem nebenamtlichen Richter der Vorinstanz eine *Kanzleigemeinschaft*, ist dem EGRM zufolge die Unabhängigkeit zumindest dann nicht verletzt, wenn sich aus der Bürogemeinschaft keine finanziellen oder hierarchischen Abhängigkeitsverhältnisse ergeben und untereinander auch das Amtsgeheimnis gewahrt bleibt¹⁰³. Dem Gerichtshof war die konkrete Ausgestaltung der Kanzleigemeinschaft ausschlaggebendes Kriterium. Das überzeugt nicht. Den Verfahrensbeteiligten ist die interne Organisation einer Anwaltskanzlei in der Regel nicht bekannt, und sie muss es auch nicht sein. Vielmehr haben sie Anspruch darauf, dass ihr Gericht jederzeit den objektiv gerechtfertigten Anschein der Unabhängigkeit bietet¹⁰⁴.

[Rz 32] Aussergewöhnlich, aber nicht unüblich ist schliesslich auch die Konstellation, dass der vor einem unteren Gericht auftretende *Anwalt* zugleich als *nebenamtlicher Richter einer Rechtsmittelinstanz* wirkt. Das Bundesgericht erachtet diese Konstellation indessen als zulässig¹⁰⁵; der fragliche Anwalt sei als Richter weder mit der Aufsicht über die erstinstanzlichen Richter befasst noch entscheide er über deren Besoldung oder Beförderung, und der unterinstanzliche Richter ziehe aus dem Rechtsmittelentscheid keinerlei persönliche Vor- oder Nachteile¹⁰⁶. Auch hier kann man sich fragen, wie frei die erstinstanzlichen Richter tatsächlich sind, wenn sie die Vorbringen eines Mitglieds ihrer Rechtsmittelinstanz zu beurteilen haben¹⁰⁷.

V. Befund, Folgerungen und Bewertungen

[Rz 33] Weder die Bundesverfassung noch die EMRK verbieten den Einsatz von Anwälten als teil- oder nebenamtliche Richter. Diese Form der Justizorganisation weckt aber

⁹⁵ BGE 136 I 207 E. 3.5.4 216 f.

⁹⁶ BGer-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 kritisiert das Verhalten des Richters, verneint im Ergebnis aber eine Verfassungsverletzung.

⁹⁷ REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 17.

⁹⁸ BGE 92 I 271 E.5 276 betr. Befangenheit eines Schiedsrichters, dessen Ehefrau als Anwältin beim Rechtsvertreter derjenigen Partei arbeitet, die ihn zum Schiedsrichter ernannt hatte; EGMR-E *Wettstein gegen Schweiz* (FN 64), Rz. 48 betr. Indiz einer Befangenheit, wenn der Büropartner eines nebenamtlichen Verwaltungsrichters mehrfach als Gegenanwalt einer Verfahrenspartei aufgetreten war; Vgl. auch MARC WEBER, Art. 47 N 40 in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010.

⁹⁹ REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 17

¹⁰⁰ BGE 133 I 1 E. 6.6.3 10 ff.; BGer-E 1P.76/1998 vom 17. März 1998, ZBI 1999 136 E. 2; BGE 128 V 82 E. 2a 85.

¹⁰¹ BGE 133 I 1 E. 6.6.3 10 ff.

¹⁰² Vgl. dazu vorne IV.1. Zu den Subtilitäten zwischenmenschlicher Beziehungen und ihren Auswirkungen auf das Verfahren MARKUS MÜLLER, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Bern 2010.

¹⁰³ EGMR-E *Steck-Risch u.a. gegen Liechtenstein* (FN 65), Rz. 46 ff. Im konkreten Fall ging es um den Anschein der Befangenheit eines nebenamtlichen Richters, weil er gleichzeitig als Anwalt zusammen mit einem vorinstanzlichen Richter eine Bürogemeinschaft betrieb.

¹⁰⁴ So auch PATRICK SUTTER (FN 3), S. 35.

¹⁰⁵ BGE 133 I 1.

¹⁰⁶ BGE 133 I 1, E. 6.3 6 und E. 6.5.2 9.

¹⁰⁷ REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 17 f.; CHRISTINA KISS-PETER, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Basel 1993 S. 57 f.

erhebliche Bedenken. Gleichwohl ist es in der Schweiz möglich, das Richteramt mit einer anderen juristischen Erwerbstätigkeit zu verbinden. Die (denkbaren) Gründe, deren Folgen und ihre Bewertung werden im Folgenden dargestellt.

1. Begründung: Verfahrensökonomie und Fachkompetenz

[Rz 34] Während langer Zeit liess sich der Beizug von Anwälten als Richter mit dem weit verbreiteten Laienrichtertum rechtfertigen¹⁰⁸. Wer juristischen Sachverstand auf der Richterbank vertreten sehen wollte, musste auf den Anwaltsstand zurückgreifen. Heute wird der Beizug von nebenamtlichen Richterinnen und Richtern gemeinhin mit der *Verfahrensökonomie* begründet: Einzig mit vollamtlichen Richtern besetzt, wären die Gerichte nicht ausgelastet. Die Ergänzung durch praktizierende Anwältinnen und Anwälte erweitere den Wissensstand des Gerichts und stelle gleichzeitig die Praxisnähe des Spruchkörpers sicher. Auch liessen sich Anwälte nur dann für die Mitarbeit am Gericht gewinnen, wenn sie weiterhin privatwirtschaftlich tätig sein könnten¹⁰⁹, und nicht zuletzt biete der Beizug von Anwälten eine gute Gelegenheit, potentielle Kandidatinnen und Kandidaten für das ordentliche Richteramt kennen zu lernen¹¹⁰.

[Rz 35] Mit der Ausdifferenzierung und Professionalisierung der Justizberufe haben sich diese Gründe weitgehend überholt. In der *Abwägung* mit der richterlichen Unabhängigkeit hat das Argument der Verfahrensökonomie ohnehin geringeres Gewicht¹¹¹: In ihrem normativen Gehalt verkörpert die Prozessökonomie zwar ein öffentliches Interesse im Sinn von Art. 5 Abs. 2 BV¹¹², aber kein verfassungsmässiges Recht. Einzig das Beschleunigungsgebot als Teilaspekt eines fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ist gleich der richterlichen Unabhängigkeit als grundrechtlicher Anspruch anerkannt. Indessen sind diese Garantien allesamt Teilgehalte des Anspruchs auf ein faires Verfahren, von ihrer Zielsetzung her also gleichgerichtet, was bedeutet, dass die eine Garantie nicht zur Relativierung der anderen herangezogen werden kann. Auch scheint fraglich, ob der Verfahrensökonomie tatsächlich gedient ist, wenn nebenamtliche Richter aufgrund ihrer anwaltlichen Tätigkeit regelmässig abgelehnt werden (wobei die Rechtslage oftmals erst durch bundesgerichtliches Urteil geklärt wird). Auch die dem Hauptberuf geschuldeten Belastungen können zu

Verfahrensverzögerungen führen, oder zur Folge haben, dass das richterliche Nebenamt nicht immer mit der erforderlichen Sorgfalt und Gründlichkeit ausgeübt wird¹¹³.

[Rz 36] Das Argument der *besonderen Fachkompetenz* ist mit Blick auf den Beizug nicht-juristischer Fachrichterinnen und -richter zutreffend¹¹⁴, vermag aber für die als nebenamtliche Richter tätigen Anwältinnen und Anwälte nicht zu überzeugen. Worin der besondere *juristische* Fachverstand bestehen würde, der den Berufsrichtern *ex officio* abgehen müsste, ist nicht ersichtlich. Anwälte bringen ihre besondere Perspektive, ihre spezifische Praxisnähe im Rahmen der Parteivertretung in die Rechtsprechung ein¹¹⁵. Soll die spezifisch anwaltliche Lebens- und Berufserfahrung institutionell im Gericht vertreten sein, liesse sich dieses Anliegen auch durch andere Massnahmen verwirklichen, beispielsweise, indem bei der Wahl ins Richteramt auf entsprechende Erfahrungen geachtet¹¹⁶ oder den Richterinnen und Richtern die Pflicht zur Weiterbildung auferlegt wird, oder indem innerhalb der ordentlichen Gerichte spezialisierte Fachkammern gebildet werden¹¹⁷.

2. Komplexität der Unvereinbarkeits- und Ausstandsregeln

[Rz 37] Dass sich die Gerichte und zunehmend auch der Gesetzgeber der Problematik bewusst sind, die eine Kombination von Anwaltstätigkeit und Richteramt mit sich bringt, zeigt sich in der Verabschiedung von *strikeren Unvereinbarkeitsregeln* und einer zunehmend *strengen Handhabung der Ausstandsgründe* im Einzelfall. Gleichwohl führt der Einsatz von freiberuflich tätigen Anwältinnen und Anwälten als nebenamtliche Richterinnen und Richter in der Praxis zu vielfältigen und teilweise *komplexen Konstellationen*, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit oftmals erst durch ein höchstgerichtliches Urteil geklärt werden kann. Bis heute ist es nicht gelungen, für diese Gegebenheiten griffige und im Rechtsalltag einfach handhabbare Regeln zu schaffen¹¹⁸. Im Gegenteil: Mittlerweile hat der Differenzierungsgrad von Gesetzgebung und Rechtsprechung eine Komplexität erreicht, die für die Parteien kaum mehr und auch für Fachpersonen nur noch schwer zu erfassen ist. Dies liegt auch daran, dass der Gesetzgeber, um einen Ausgleich zwischen

¹⁰⁸ Vgl. zur Entwicklung REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 7 ff., m.w.H.

¹⁰⁹ PATRICK SUTTER (FN 3), S. 30.

¹¹⁰ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, BBl 2001 4202 ff., 4278.

¹¹¹ REGINA KIENER, Unabhängigkeit (FN 3), S. 377.

¹¹² REGINA KIENER, Unabhängigkeit (FN 3), S. 85 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Die «formelle Natur» von Verfahrensgrundrechten: Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der «Heilung», in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBL) 2005 S. 169-196, S. 189 ff.

¹¹³ RAINER J. SCHWEIZER, Die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes durch Rekurs- und Schiedskommissionen – aktuelle Situation und Reformbedürfnisse, Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 67; REGINA KIENER, Unabhängigkeit (FN 3), S. 114; PATRICK SUTTER (FN 3), S. 31; STEFAN GASS (FN 3), S. 1151 und S. 1153.

¹¹⁴ Vgl. BGE 136 I 207 E. 5.3.5 f. 215 m.w.H.

¹¹⁵ PATRICK SUTTER (FN 3), S. 30.

¹¹⁶ PATRICK SUTTER (FN 3), S. 42.

¹¹⁷ Vgl. KASPAR HOTZ, Richterrecht zwischen methodischer Bindung und Beliebigkeit? Zürich/St. Gallen 2008, S. 152 ff.

¹¹⁸ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 947.

Anforderungen an die Unabhängigkeit und den Bedürfnissen der Praxis bemüht, für die einzelnen Gerichtsbarkeiten möglichst differenzierte Regeln sucht – was wiederum zu unterschiedlichen Unvereinbarkeits- und Ausstandsregeln für haupt- und nebenamtliche, vollzeitlich und teilzeitlich angestellte Richter führt. Nimmt man nur die Bedürfnisse der Justizorganisation in den Blick, lassen sich für die Differenzierung durchaus sachliche Gründe finden. Darum geht es aber nicht. Es geht um die Ansprüche der Rechtsunterworfenen, und aus ihrer Optik kann es keine Rolle spielen, ob sie von einem hauptamtlichen oder einem nebenamtlichen Richter beurteilt werden. In ihrem Beitrag an die Entscheidungsfindung sind alle Richterinnen und Richter gleichberechtigt, sie verfügen über die gleiche Entscheidungsbefugnis – entsprechend müssen für sie auch die gleichen Unvereinbarkeits- und Ausstandsregeln gelten.

3. Funktionelle Differenzen zwischen Anwalts- und Richteramt

[Rz 38] Anwaltliche Tätigkeit und Richteramt sind *funktionell je unterschiedliche Aufgaben*, die auch Aspekte gegenseitiger Kontrolle in sich tragen. Wer den Anwaltsberuf wählt, hat sich im Kern auf die privatwirtschaftliche Vertretung von Parteiinteressen festgelegt, wer die Richterlaufbahn einschlägt, hat sich auf die Ausübung einer auf Unparteilichkeit und Neutralität ausgerichteten Staatsfunktion verpflichtet¹¹⁹. Zudem kann die Rolle als unabhängiger Parteivertreter mit sich bringen, in Widerspruch zu richterlichen Ansichten zu geraten und die richterliche Tätigkeit und richterliches Verhalten auch kritisch hinterfragen zu müssen. Demgegenüber sind Richterinnen und Richter gehalten, den Parteien ein faires Verfahren zu bieten und das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Unabhängigkeit der Justiz zu erfüllen. Das Doppelmandat von Richter und Anwalt, von Richterin und Anwältin ist geeignet, diese funktionalen Unterschiede zu verwischen und das Ansehen in die je spezifische Unabhängigkeit von Anwälten und Richtern zur Disposition zu stellen. Das Bundesgericht erachtet solche Konstellationen denn auch als «*justizpolitisch unerwünscht*»¹²⁰.

[Rz 39] Ein Parteivertreter verfügt aufgrund einer Doppelfunktion als nebenamtlicher Richter zumindest vor dem eigenen Gericht über erhebliche Vorteile, denn er kennt den Arbeitsstil, die Vorlieben und Abneigungen der urteilenden Richter¹²¹. Kommt der Zugang zu unpublizierten Entscheiden

oder zu gerichtswissenschaftlichen Recherchierprogrammen hinzu, wird der Vorsprung an Gehörschancen gegenüber der Gegenpartei offensichtlich, und damit die Gefährdung der Verfahrensfairness manifest. Wer über einen entsprechenden Wissensvorsprung verfügt, wird sich und seinen Klienten vor Gericht besser Gehör verschaffen können als eine Gegenpartei, die über keine direkten Kontakte zum Spruchkörper (und dessen Entscheidungsgrundlagen) verfügt¹²². Diese Vorteile scheint zumindest indirekt auch das Bundesgericht zu anerkennen, wenn es – mit der Rüge der Verletzung der Waffen-gleichheit konfrontiert – festhält, es stehe den Parteien frei, «unter den zugelassenen Rechtsanwältinnen denjenigen zu mandatieren, der ihnen am besten geeignet erscheint, um ihre Interessen wirksam zu verfolgen»¹²³.

4. Geltung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung

[Rz 40] Bund und Kantone sind verfassungsrechtlich verpflichtet, ihr Justizsystem so auszugestalten, dass sich die verfassungs- und konventionsrechtlichen Fairnessgarantien tatsächlich verwirklichen. Bundesgericht und EGMR haben immer wieder betont, dass Besonderheiten der nationalen oder gliedstaatlichen Justizorganisation die Umsetzung der Fairnessgarantien nicht hindern dürfen¹²⁴. Dieses Anliegen wird durch Art. 35 BV positiviert: Grundrechte – und damit auch die richterliche Unabhängigkeit und der Anspruch auf ein faires Verfahren – müssen in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen. Die Verpflichtung fordert primär den Gesetzgeber. Ansehen und Unabhängigkeit der Justiz, aber auch die Unabhängigkeit des Anwaltsstandes lassen es deshalb angezeigt erscheinen, Richteramt und Anwaltstätigkeit schon auf der Ebene der Verfahrensgesetze zu trennen und entsprechende Unvereinbarkeiten vorzusehen¹²⁵.

VI. Schluss: Richter und andere Anwälte?

[Rz 41] Bis hier war von der Richter-tätigkeit der Anwältinnen und Anwälte die Rede. Die Praxis lehrt, dass in vielen Anwaltsseelen auch ein Richter wohnt. Offenbar trifft mitunter aber auch das Gegenteil zu: In einzelnen Richter-seelen schlummert ein Anwalt. Wie anders ist es zu verstehen, wenn

und Reflexion, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2009/4.

¹¹⁹ Vgl. REGINA KIENER, Anwalt (FN 3) S. 18 f.

¹²⁰ BGE 133 I 1 E. 5.3.2 S. 4.

¹²¹ Grundlegend EGMR-E *Golder gegen Vereinigtes Königreich*, Serie A/18 (1975); vgl. auch die Entscheide *De Cubber gegen Belgien*, Serie A/86 (1984) Rz. 35 oder *Guincho gegen Portugal*, Serie A/81 (1984) Rz. 38 sowie *Zimmermann und Steiner gegen Schweiz*, Serie A/66 (1983). Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE-E vom 19. Mai 1998, ZBI 1999 74 E. 2e 79 f., ähnlich schon BGE 115 V 257 E. 5c 265.

¹²² REGINA KIENER, Anwalt (FN 3) S. 26; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 947; PATRICK SUTTER (FN 3), S. 42;

¹¹⁹ Vgl. REGINA KIENER, Anwalt (FN 3), S. 25.

¹²⁰ BGE-E 2P.301/2005 vom 23. Juni 2006, E. 5.2. publ. in: ZBI 107/2006 S. 586, allerdings auch wieder relativierend.

¹²¹ STEPHAN GASS, (FN 3) S. 1148; vgl. auch BGE-E 2P.301/2005 vom 23. Juni 2006, E. 5.2. Zum Problem der Loyalität und Identifikation auch ROBERT WEIMAR, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidungsfindung, Bern 1996, S. 201 f.; HANS PETER WALTER, Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters, in: Jörg Schmid/Pierre Terrier (Hrsg.), Psychologie und Recht, Zürich 2000, 31-54; MARK SCHWEIZER, Urteilen zwischen Intuition

ein *Referent* im Berufungsverfahren vor der Verhandlung telefonisch den Rechtsvertreter des Beschuldigten kontaktiert und ihm mitteilt, dass er gestützt auf die Akten wohl einen Antrag auf Abweisung der Berufung stellen werde und deshalb zum Rückzug der Beschwerde rate?

[Rz 42] Das Bundesgericht hat in diesem Vorgehen vor einigen Jahren eine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit erkannt¹²⁶. Das Bundesgericht hatte unlängst zu beurteilen, ob eine entsprechende Kontaktaufnahme nicht des Referenten, sondern des *Kammerpräsidenten* die Unabhängigkeitsgarantie verletzt¹²⁷. Der Unterschied zum Präjudiz liegt im Umstand begründet, dass das Gericht die Empfehlung zum Rückzug der Berufung abgibt, bevor die Streitigkeit dem Spruchkörper zugeteilt wurde. Dies ändert aber nichts daran, dass auch diese Kontaktaufnahme geeignet ist, das Vertrauen in das Justizverfahren zu beeinträchtigen, im Gegenteil: Auch hier wird die Aussichtslosigkeit der weiteren Beschwerdeführung signalisiert, und nun nicht mehr (nur) in der Person des (in der Kammer überstimmbaren) Referenten, sondern durch den Kammerpräsidenten selbst¹²⁸.

[Rz 43] Auch wenn hinter einer solche Empfehlung achtenswerte Motive stehen (dem Klienten sollen Kosten und ein aufwendiges Verfahren erspart werden), und selbst wenn einzelnen Anwälten entsprechende (Rechts-)Beratung gelegen sein mag: Es ist Sache des Rechtsvertreters, die Erfolgchancen einer Berufung abzuschätzen, diese mit der Klientschaft zu besprechen und allfällige Konsequenzen einer Fehleinschätzung zu tragen. Dies um so mehr, als der Richter mit seiner provisorischen Einschätzung auch falsch liegen mag¹²⁹. Und so schliesst sich der Kreis, und am Ende gilt das Gleiche wie zu Beginn: «A judge shall not practice law».

* * *

¹²⁶ BGE 134 I 238.

¹²⁷ Weiter mit «kurzem Prozess»? Informelle Erledigung von Berufungen am Zürcher Obergericht entgegen einem Urteil des Bundesgerichts, NZZ-Artikel vom 27. November 2010, Nr. 277, S. 23.

¹²⁸ BGE 134 I 238, E. 2.6 245 f. Das Bundesgericht hat in dieser Sache mit dem Urteil 1B_407/2010 vom 4. Mai 2011 denn auch entschieden, dass ein Richter seine Pflicht zur Unabhängigkeit verletzt, wenn er einen Ausstandsgrund bewusst herbeiführt. Ein solches Vorgehen widerspreche der richterlichen Pflicht die anhaltende Offenheit eines Verfahrens sicherzustellen und verändere ausserdem die Besetzung des Spruchkörpers, was eine erhebliche Manipulationsgefahr mit sich bringe. Schliesslich könne die ganze urteilende Kammer befangen erscheinen, wenn ein im Ausstand befindlicher Richter seine Meinung zum Ausgang eines Verfahrens bereits dargelegt habe. Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht allerdings die Befangenheit sämtlicher Mitglieder des Zürcher Obergerichts.

¹²⁹ In dem BGE 134 I 238 zugrundeliegenden Fall zahlte sich das Festhalten an der Berufung offenbar aus, das Verfahren wurde letztlich eingestellt, vgl. NZZ vom 27. November 2010, Nr. 277, S. 23.