

Richteramt und politische Äusserungen in der Öffentlichkeit

Votum von Peter Albrecht

Politische Wortmeldungen von Richterinnen und Richtern in der Öffentlichkeit betreffen ein rechtlich wie ethisch brisantes Spannungsfeld der Justiz als dritter Gewalt im Staat. Unmittelbar angesprochen sind einerseits elementare Berufspflichten wie namentlich das Gebot der inneren Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Andererseits können alle Mitglieder eines Gerichts sich auf das elementare Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) berufen. Dieses Recht gewährt ihnen einen weit gesteckten politischen Handlungsspielraum. Entsprechend schmal ist der Bereich möglicher unzulässiger richterlicher Äusserungen. Gleichzeitig darf man nicht vergessen, dass es auch Situationen gibt, in denen Richterinnen und Richtern nicht nur erlaubt ist, sich an die Öffentlichkeit zu wenden, sondern sogar eine moralische Pflicht hierzu besteht.

Les prises de position politiques et publiques des juges s'inscrivent dans une dimension juridique et déontologique qui imprègne la justice comme troisième pouvoir de l'Etat. D'un côté elles mettent en cause les devoirs professionnels élémentaires des juges, comme l'indépendance interne et l'impartialité. De l'autre côté tout magistrat doit pouvoir se prévaloir de la liberté d'expression (art. 16 Cst.). Ce droit aménage un vaste champ d'action. Dans ce cadre, les prises de position non admissibles sont limitées. En parallèle, il faut garder à l'esprit qu'il y a des situations dans lesquelles les juges n'ont pas seulement le droit de se déterminer, mais ont même une obligation morale.

Le dichiarazioni politiche dei giudici in pubblico riguardano un'area di tensione giuridicamente ed eticamente esplosiva della giustizia come terzo ramo dello Stato. Da un lato, vengono affrontati direttamente i doveri professionali elementari, come in particolare il requisito di indipendenza interna e d'imparzialità. D'altra parte, tutti i membri di un tribunale devono potersi avvalere della libertà d'opinione (art. 16 Cost.) quale diritto fondamentale elementare. Questo diritto concede loro un ampio raggio d'azione politica. Di conseguenza, la gamma di possibili dichiarazioni inammissibili è ristretta. Allo stesso tempo bisogna tener presente che ci sono anche situazioni in cui i giudici non solo sono autorizzati a rivolgersi al pubblico, ma hanno addirittura un obbligo morale di farlo.

I. Einleitende Erwägungen

1. Justiz und Politik

Ein Gerichtsmitglied, das in der Öffentlichkeit zu politischen Fragen Stellung bezieht, stösst regelmässig auf einen Argwohn. Weit verbreitet ist nämlich die Ansicht, die rechtsprechende Tätigkeit bestehe zur Hauptsache darin, "neutral" über Recht und Unrecht, über Schuld und

Unschuld zu entscheiden. Obwohl der weltfremde Glaubenssatz vom "unpolitischen Richter"¹ schon längst entlarvt ist,² lebt er gleichwohl als Ideal- oder Wunschvorstellung in der Bevölkerung – und nicht selten auch noch in den Gerichtssälen – zäh weiter. Es schimmert da die Erwartung von Personen durch, die lediglich Gesetze anwenden und nicht Politik betreiben (sollen). Immer wieder wird deshalb der mahnende Finger gegen eine "Politisierung" der Rechtsprechung erhoben. Vor allem die engen Verbindungen der Richterschaft mit den politischen Parteien, die in der Schweiz aus den besonderen (verfassungsrechtlich vorgegebenen) Wahlsystemen resultieren, rufen schon seit einiger Zeit viel Skepsis, wenn nicht gar Ablehnung hervor. Sie wecken nämlich leicht den Anschein einer Abhängigkeit von der eigenen Partei. Das kann Irritationen auslösen und möglicherweise das traditionelle, vertraute Richterbild erschüttern.

2. Zur Fragestellung

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, sich dem Thema "*Richteramt und parteipolitische Äusserungen in der Öffentlichkeit*" zu widmen. Konkret geht es dabei um die Frage, ob und allenfalls in welcher Form Richterinnen und Richter mit politischen Statements öffentlich auftreten dürfen (oder sogar sollen). Es gilt auszuloten, inwieweit einem solchen Engagement durch rechtliche oder berufsethische Vorschriften Grenzen gesetzt sind.

II. Der Grundrechtsstatus

Auf dem Boden eines liberalen Staats- und Justizverständnisses ist zunächst das zentrale Grundrecht der *Meinungsfreiheit* (Art. 16 BV) hervorzuheben, auf das sich die Richterinnen und Richter berufen können:³ "Es ist einem Richter von Rechts wegen nicht verwehrt, in der Öffentlichkeit seine politische Meinung zu vertreten und sie allenfalls engagiert zum Ausdruck zu bringen."⁴ Eine pointierte Haltung – so das Bundesgericht – "führt auch nicht bei der Behandlung von Fällen zum Anschein der Befangenheit, in welchen diese zum Tragen kommen kann"⁵. Das hat auch für Rechtsbereiche zu gelten, in denen die anwendbare Gesetzgebung stark von (tages)politischen Einflüssen geprägt ist (z.B. Ausländer- und Asylrecht, Arbeitsrecht, Mietrecht oder Familienrecht).

¹ JUTTA LIMBACH, "Im Namen des Volkes" – Richterethos in der Demokratie, DRiZ 1995, S. 428.

² Grundlegend und eindrucksvoll KARL-LUDWIG KUNZ, Politisches Engagement und die Unbefangenheit des Richtens, in: M. Heer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 281 ff., mit Hinweisen.

³ Vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 180 und 185 f. – Der Freiheit zur Meinungsäusserung kommt gerade im Rahmen politischer Auseinandersetzungen ein hoher Stellenwert zu, weshalb der Spielraum zulässiger richterlicher Äusserungen hier weit zu ziehen ist.

⁴ BGE 108 Ia 48 E. 3 S. 54; ähnlich auch BGE 108 Ia 172 E. 4b/bb S. 177; zustimmend KIENER (Fn. 3), 185 f. – Sehr lesenswert zum Ganzen aus deutscher Sicht: HORST SENDLER, Was dürfen Richter in der Öffentlichkeit sagen?, NJW 1984, S. 689 ff.

⁵ Urteil des BGer 6B_582/2011 vom 15. März 2012, E. 2.3.

Wenn es um eine spezifisch parteipolitische Aktivität geht, kommt noch ein zusätzliches Freiheitsrecht ins Spiel, nämlich die *Vereinigungsfreiheit* gemäss Art. 23 BV. Gestützt darauf darf jede Gerichtsperson einer Partei zugehören⁶. Konsequenterweise müssen ihr dann auch Stellungnahmen zu parteipolitischen Themen in der Öffentlichkeit prinzipiell erlaubt sein. Wäre es anders, so würde die Parteimitgliedschaft leicht zu einem formalen Akt verkümmern, der sich weitgehend darin erschöpft, eine faktische Voraussetzung für das Richteramt zu erfüllen.

Aufgrund des beschriebenen Grundrechtsstatus überrascht es denn auch nicht, dass für Gerichtsmitglieder *kein gesetzlich verankertes politisches Betätigungsverbot* existiert.

III. Die Schranken der Meinungsfreiheit

Auch wenn die in der Bundesverfassung verankerte Meinungsfreiheit im vorliegenden Kontext generelle Anerkennung findet, können sich für sie unter bestimmten Voraussetzungen gewisse Einschränkungen ergeben. Hierfür kommt der besonderen *Pflichtenstellung der Richterinnen und Richter im Staat* eine ausgeprägte Relevanz zu.

1. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

a. Rechtliche und deontologische Grundlagen

Angesprochen ist in erster Linie die richterliche *Unabhängigkeit* bzw. *Unparteilichkeit*. So statuiert beispielsweise Art. 30 Abs. 1 BV (im Sinne einer Minimalgarantie) den Anspruch auf "ein unabhängiges und unparteiisches Gericht". Daneben hält Art. 191c BV unter dem Titel "Richterliche Unabhängigkeit" fest: "Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtssprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet." Überlagernd und ergänzend dazu spielen sodann auch die prozessualen Ausstandsvorschriften (z.B. Art. 6 BGG, Art. 56 StPO und Art. 47 ZPO) eine wichtige Rolle, wo es um die Unbefangenheit der in der Justiz tätigen Personen geht. In gleicher Weise heben ebenfalls richterethische (deontologische) Erlasse den Stellenwert der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit hervor.⁷

b. Innere Unabhängigkeit

Vorliegend handelt es sich nicht um die äusseren (institutionellen) Aspekte der Unabhängigkeit, sondern um die *innere* (personenbezogene) *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* der

⁶ Nach konstanter Rechtsprechung begründet "die Zugehörigkeit eines Richters zu einer bestimmten politischen Partei für sich allein keinen Anschein der Befangenheit [...]" (Urteil des BGer 1C_426/2014 vom 24. November 2014, E. 3.3).

⁷ Ausführlich STEPHAN GASS, Die Ethik der Richterinnen und Richter, Grundzüge einer Richterdeontologie, in: M. Heer (Hrsg.), Der Richter und sein Bild, Bern 2008, S. 143 ff.

einzelnen Richterinnen und Richter im jeweiligen Prozess⁸. Das zielt auf die für einen korrekten und fairen Prozess erforderliche Offenheit des Verfahrens im Einzelfall und damit die Ermöglichung eines gerechten Urteils ab⁹. Im Mittelpunkt stehen dabei die Vermeidung sachfremder Einflüsse auf die Urteilsfindung sowie das Bemühen um eine Offenheit des Verfahrensergebnisses bis zum Urteilsspruch. Das ist im Allgemeinen zwar unbestritten, bereitet jedoch in der praktischen Umsetzung erhebliche Schwierigkeiten.¹⁰

Die daran angeknüpften konkreten Erwartungen an die Richterschaft lassen sich allein aus den Grundlagen von Verfassung und Gesetzgebung kaum hinreichend bestimmen. Vielmehr bedarf es hierfür zusätzlich eines Rekurses auf die Richterethik (sei es als Hilfe für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen oder als Massstab für eine weitergehende berufsethische Beurteilung). "Insofern liegt die innere Unabhängigkeit auf der Grenze zwischen dem Recht und der Berufsmoral"¹¹. Die Forderung, in der Rechtsprechungstätigkeit innerlich unabhängig zu sein, betrifft den zentralen Kern des Richterethos.

2. Das Ansehen des Gerichts

Teilweise erscheint für die aussergerichtlichen Tätigkeiten zusätzlich das *Ansehen des Gerichts* als Bezugspunkt der Beurteilung¹². Daneben wird zuweilen auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz besonders hervorgehoben. Was mit solchen Kriterien (und zwar neben der Unabhängigkeit sowie Unparteilichkeit) genau gemeint ist, bleibt indessen offen. Die Ansichten darüber, welche Äusserungen eines Richters das Vertrauen in die Rechtsprechung gefährden, gehen im konkreten Fall häufig weit auseinander. Der höchst *vage Begriff* "Ansehen des Gerichts" ist als eigenständiger Terminus kaum fruchtbar. So wird ihm denn zumeist nur im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eine Bedeutung beigemessen. Darüber hinaus kann das "Ansehen des Gerichts" jedoch auf der Ebene der Richterethik durchaus eine selbständige Relevanz erlangen¹³. Allerdings sind auch dort die Definitionsprobleme nicht zu verbergen.

3. Das Mässigungsgebot

Als weitere Schranke eines politischen Engagements fällt für Gerichtsmitglieder die aus der Sicht des Bundesgerichts "gebotene Zurückhaltung im öffentlichen Leben"¹⁴ in Betracht. Das ist eine Folge der staatlich-hoheitlichen Funktionen der Justiz. Daneben dürfte in der öffentlichen Diskussion freilich auch die Angst vor der politisch bewussten, insbesondere

⁸ Siehe PETER ALBRECHT, Richterliche Befangenheit und Parteipolitik, in: Justice – Justiz – Giustizia, 2019/2, Rz 6 ff., mit Nachweisen.

⁹ BGE 137 I 227 E. 2.1 S. 229.

¹⁰ Ergänzend dazu hinten Ziff. 4/a.

¹¹ UDO SCHNEIDER, Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung, Berlin 2017, S. 335.

¹² Z.B. Art. 6 Abs. 2 BGG.

¹³ Beispiele hinten Ziff. V/3/b/bb.

¹⁴ BGE 108 Ia 172 E. 4b/bb S. 176.

der sozialkritischen, Richter:in eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen. Was die verlangte "Zurückhaltung" im Einzelfall genau beinhaltet, ist nicht leicht zu ermitteln. Klarheit besteht indessen über die enge Verbindung zur inneren Unabhängigkeit. Dementsprechend gilt das *Mässigungsgebot* nur insoweit, "als es die Sicherstellung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit und das Ansehen der Justiz in der Rechtsgemeinschaft tatsächlich und vernünftigerweise erfordern".¹⁵

Nicht unterschätzen sollte man sodann die Gefahr eines Missbrauchs der Richterethik, um "politisch unbequeme" Mitglieder der Gerichte in die Schranken zu weisen. Das Risiko erweist sich als umso bedeutsamer, als hier für eine Richterschelte regelmässig (und gerne) auf den blossen "Anschein" einer fehlenden Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit abgestellt wird. Der Rückgriff auf diesen schillernden Begriff ist indessen naturgemäss sehr missbrauchsanfällig.¹⁶

Weil es an einer präzisen gesetzlichen Grundlage mangelt, liegt es nahe, für die inhaltliche Konkretisierung der Mässigungspflicht auf *richterethische Massstäbe* zurückzugreifen. So hält etwa KIENER¹⁷ fest: "Die kluge Dosierung, Angemessenheit, Mässigung und Zurückhaltung ist – über justiziable Grundrechtsgehalte der richterlichen Unabhängigkeit hinaus – letzten Endes eine Frage der individuellen richterlichen Ethik." Der hier zum Vorschein kommende individualistische Ansatz erklärt beispielsweise, weshalb innerhalb der Ethik-Kommission unterschiedliche Positionen zur gebotenen richterlichen Zurückhaltung vertreten werden. Doch unabhängig davon, wo man die Grenzen ziehen mag, die berechtigte Forderung nach Mässigung darf jedenfalls "keine Duckmäuserei von Richtern" bewirken. Die Gerichte sollten nicht – wie in der Praxis leider allzu oft – den politischen Diskussionen ausweichen und hinter dem Schutzwall von Gesetzesbestimmungen im Schweigen verharren; sie sollten sich nicht "in den Elfenbein- oder Paragraphenturm zurückziehen"!¹⁸

4. Die normative Zuschreibung

a. Grundsatz

Die hier skizzierten Schranken der Meinungsfreiheit zeichnen sich in der Praxis durch latente *Beweisprobleme* aus. Regelmässig fällt es ausserordentlich schwer, bei den einzelnen Richter:innen oder Richtern anhand objektiver Kriterien Anzeichen einer fehlenden Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zuverlässig festzustellen. Dasselbe gilt ebenso bei der Behauptung einer Beeinträchtigung des Ansehens des Gerichts oder der Missachtung des Mässigungsgebots. Wann genau sind welche politischen Äusserungen von Gerichtsmitgliedern tatsächlich geeignet, etwa deren Unabhängigkeit infrage zu stellen? Allen Antworten auf die entsprechenden Fragen ist zwangsläufig ein erhebliches Mass an *Beliebigkeit* inhärent; sie

¹⁵ So KIENER (Fn. 3), S. 180 f.

¹⁶ Dazu ALBRECHT (Fn. 8), Rz 13 ff.

¹⁷ (Fn. 3), S. 182.

¹⁸ SENDLER (Fn. 4), S. 698. – Zur Verdeutlichung hinten Ziff. IV/2 und VI, am Ende.

bleiben weitgehend der subjektiven Interpretation der beurteilenden Personen überlassen.¹⁹ Das Verdikt eines richterlichen Fehlverhaltens infolge eines politischen Engagements in der Öffentlichkeit widerspiegelt weniger eine empirische Feststellung als eine kaum vermeidbare *normative* (also *wertende*) *Zuschreibung*.²⁰ Dabei besteht im Einzelfall die Schwierigkeit, für die jeweilige Mischung von empirischen Befunden mit Wertungen den relevanten rechtlichen oder berufsethischen *Massstab* zu benennen und zu begründen.

Unübersehbar ist insbesondere die Gefahr, dass die Beurteilungen jeweils stark von den eigenen Vorverständnissen und zudem vom Inhalt der zur Diskussion stehenden politischen Aktivität abhängen. Man kann nämlich niemals ausschliessen, dass das politische Engagement bei einer Richterin aus dem links-grünen Lager möglicherweise eine andere Einschätzung erfährt als bei einem Richter bürgerlicher Herkunft. Um hier willkürlichen Beurteilungen von behaupteten unzulässigen Grenzüberschreitungen seitens einer Gerichtsperson vorzubeugen, drängt es sich demnach auf, das hierfür massgebende Kriterium stets *restriktiv auszulegen*.

Dabei ist überdies zu bedenken, dass es zahlreiche Personen der Justiz gibt, die sich zwar ausserhalb des Gerichts um politische Zurückhaltung (oder gar Abstinenz) bemühen, aber im Verfahren zuweilen gleichwohl (unkontrolliert) sich auf eine bestimmte Gesetzesinterpretation oder rechtspolitische Haltung (sei es allgemein oder fallbezogen) festgelegt haben und durch entgegenstehende Argumente davon nicht abzubringen sind. Auch im "öffentlichen Schweigen" kann eben eine politische Äusserung verborgen liegen.²¹ Die (zuweilen gepriesene) "vermeintliche politische Askese"²² widerspiegelt tendenziell eher ein autoritäres als ein liberales Justiz- und Staatsverständnis. Unter diesem Blickwinkel versteht sich nicht, demjenigen, der seine politische Fundierung konkretisiert und nach aussen hin aktiv offenlegt, leichthin den Anschein einer Voreingenommenheit vorzuwerfen. Vielmehr können solche öffentlichen Auftritte von Gerichtsmitgliedern durchaus der Transparenz der Urteilsfindung und somit auch der Unabhängigkeit dienen.

b. Richterlicher Ausstand als Ausnahme

In diesem Zusammenhang bleibt ausserdem zu berücksichtigen, dass zwischen dem Anspruch auf eine unvoreingenommene Justiz und dem Prinzip des gesetzlichen bzw. verfassungsmässigen Richters (Art. 30 Abs. 1 BV) ein Spannungsverhältnis existiert. Daraus wird allgemein geschlossen, dass der Ausstand einer Gerichtsperson die *Ausnahme* bleiben

¹⁹ Anschaulich dazu KURT RUDOLPH, Öffentliche Äusserungen von Richtern und Staatsanwälten, DRiZ 1987, S. 338.

²⁰ Diese Komponente sticht besonders dort hervor, wo das Bundesgericht etwa apodiktisch erklärt, ein Richter, der sich zu einem juristischen Problem in allgemeiner Weise öffentlich geäussert hat, müsse in der Lage sein, "seine Beurteilung des Prozessstoffes im Laufe des Verfahrens entsprechend dem jeweils neuesten Stand ständig neu zu prüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente auch zu revidieren [...]." (BGE 133 I 89 E. 3.3 S. 92 f.)

²¹ Siehe auch RUDOLPH (Fn. 19), S. 337.

²² LIMBACH (Fn. 1), S. 426.

müsse, "weil sonst die gesetzliche Zuständigkeitsordnung für die Gerichte bis zu einem gewissen Grad illusorisch würde".²³ Für solche Fälle hält die Gerichtspraxis fest, dass im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege eine Befangenheit von Justizpersonen nicht leicht hin anzunehmen sei.²⁴ Aus diesen Gründen sollte man öffentliche Äusserungen von Justizmitgliedern zu (rechts)politischen und juristischen Themen *nur mit grosser Zurückhaltung* als Anzeichen eines Mangels an Offenheit oder als Gefährdung des allgemeinen Justizvertrauens deuten.

IV. Justizbilder

1. Eine passive Richterrolle

Um die Grenzen zwischen erlaubten und unerlaubten politischen Aktivitäten ausserhalb des Gerichtssaals richtig zu erfassen, bedarf es eines vertieften Verständnisses der Justiz als dritter Gewalt im Staat. Bis heute wird den Richterinnen und Richtern mittels eines strengen Mässigungsgebots tendenziell eine *politisch passive Rolle* zugewiesen.²⁵ Diese Haltung ist inspiriert durch einen ängstlich abwehrenden Geist gegen ein aussergerichtliches Engagement in der Politik. Das akzentuiert sich namentlich in nationalen wie internationalen deontologischen Regelwerken.²⁶ Solche Bilder einer von der Gesellschaft distanzierten Richterschaft erweisen sich jedoch als *nicht (mehr) zeitgemäss*, indem sie die Realitäten der Rechtsprechung verkennen. Auf der Grundlage der neueren *juristischen Methodenlehren* wird vielmehr zunehmend anerkannt, dass richterliches Urteilen in hohem Masse ein "*selbständiger schöpferischer, gestaltender Akt*"²⁷ ist und demnach *Teilhabe an politischer Gestaltung* bedeutet.

2. Ein Plädoyer für eine aktive Richterschaft

Anerkennt man die politische Funktion der rechtsprechenden Tätigkeit nicht bloss zögerlich oder gar widerwillig, sondern mit innerer Überzeugung, dann erhöht das die Sensibilität für die *hohe individuelle Verantwortung* der die Gerichtsbarkeit ausübenden Personen *in der Gesellschaft*. Daraus resultiert für mich die Vorstellung von *sozial aktiven Richterinnen und Richtern*, die sich nicht mutlos von der Politik entfernen. Sie sollten sich nicht – wie in der Praxis allzu oft – davor scheuen, an gesellschaftlichen Debatten mit persönlichem Engage-

²³ BGE 114 Ia 153 E. 3b/cc S. 162.

²⁴ BGE 127 I 196 E. 2d S. 199.

²⁵ Extrem in dieser Hinsicht das Bundesgericht, Gepflogenheiten der Richterinnen und Richter am Bundesgericht, 12. 11. 2018 und 13. 6. 2019, Ziff. III/3, Satz 1: "Bundesrichter und Bunderichterinnen äussern sich öffentlich grundsätzlich nicht zu politischen Fragen." – Problematisch ebenfalls PHILIPPE ABRAVANEL, La déontologie du Juge, AJP 1995, S. 422.

²⁶ So deutlich z.B. SVR Ethik-Kommission, Grundsätze der Richterethik, 9. 11. 2016, mit Hinweisen.

²⁷ PETER ALBRECHT, Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?, in: B. Schindler/P. Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 14, mit Nachweisen.

ment teilzunehmen und solchermassen ihrer demokratischen Verantwortung nachzukommen.²⁸ Auf diese Weise tritt eine Justiz in Erscheinung, die ihre Mitglieder als Personen und Grundrechtsträger ernst nimmt.

Als Konsequenz aus der hier wiedergegebenen Position drängt sich auf, das misstrauische, unfruchtbare Konzept einer passiv verstandenen richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu verlassen oder wenigstens zu relativieren. Es empfiehlt sich, das argumentative Blickfeld zu erweitern und die *umfassende gesellschaftliche Rolle* der Richterinnen und Richter, namentlich die Forderung eines aktiven individuellen Einsatzes für (mehr) Gerechtigkeit im Recht, in den Diskurs aufzunehmen. Gelingt das, so dürfte es nicht so schwer fallen, einer politisch sensibilisierten Richterschaft ein *grösseres Vertrauen* entgegenzubringen und ihren *Grundrechtsstatus* ernster zu nehmen. Aus diesen Gründen räume ich der verfassungsrechtlich abgestützten *Meinungsfreiheit* (Art. 16 BV) einen vorrangigen Stellenwert ein. Ich trete folglich für einen *weit gesteckten Spielraum zulässiger richterlicher Äusserungen* auf dem aussergerichtlichen *politischen* Parkett ein, dies sowohl unter einem rechtlichen wie auch berufsethischen Aspekt.²⁹

V. Auf dem Weg zu Konkretisierungen

1. Vorbemerkungen

Im Anschluss an die bisherigen generellen Überlegungen bedarf es jetzt noch wenigstens einiger zusätzlicher Erklärungen, welche politischen Äusserungen³⁰ *in concreto* unter Umständen als bedenklich einzustufen sind. Es erscheint hierfür als zweckmässig, eine grobe Unterscheidung danach vorzunehmen, ob es um Statements *ohne* unmittelbaren Bezug zur richterlichen Tätigkeit (sogleich Ziff. 2) oder um solche *mit* einem unmittelbaren Bezug (anschliessend Ziff. 3) geht. Dabei gilt es zu beachten, dass die nachfolgenden Erwägungen nur andeuten können, in welcher Richtung Lösungsansätze zu suchen sind. Exakte Abgrenzungskriterien lassen sich nicht abstrakt formulieren. Vielmehr kommt es hierfür auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls an.

²⁸ Vorbildlich MARIANNE HEER: "Wenn ich mich nicht der öffentlichen Diskussion aussetze, ist es sicher einfacher, unbeeinflusst zu bleiben. Die Kritik und die Diskussion in den Medien ist für viele Richterinnen und Richter eine grosse Herausforderung. Da entsteht Druck. Das fordert uns viel stärker in unserer Persönlichkeit. Aber damit müssen wir umgehen können. Diesen Anspruch habe ich an mich – und ich stelle ihn auch an andere Richterinnen und Richter." (NZZ vom 17. Juni 2020, S. 11)

²⁹ Zu einzelnen Details meiner Ansicht: PETER ALBRECHT, Kritische Stimmen aus der Justiz im rechtspolitischen Diskurs, in: 40 Jahre Demokratische Juristinnen Schweiz, DJS (Hrsg.): unbequem, kritisch, engagiert, Bern 2018, S. 43 ff.

³⁰ Der Terminus der *politischen Äusserung* erfordert hier vorweg zwei Präzisierungen: Erstens wird als "Äusserung" sowohl die verbale wie auch die nonverbale Meinungskundgabe verstanden. Sodann bezieht sich zweitens der Begriff "politisch" nicht allein auf die Parteipolitik, sondern auch auf allgemeine politische Themen.

2. Äusserungen ohne Bezug zum Richteramt

Öffentliche Stellungnahmen sind von vorneherein dort unproblematisch, wo lediglich *allgemeine politische* und nicht rechts- oder justizpolitische Anliegen im Fokus stehen. Dabei ist ohne Bedeutung, in welcher äusseren Form eine Stellungnahme erfolgt (z.B. Vortrag, Flugblatt, Podiumsdiskussion, Interview mit einer Journalistin, Leserbrief in einer Zeitung usw.). Als Beispiele seien da erwähnt die Unterschrift unter einen Aufruf gegen neue Atomkraftwerke oder für mehr Kindertagesstätten sowie der Leserbrief zugunsten der Wahl eines Parlamentariers oder einer Gerichtskandidatin. Ferner bestehen grundsätzlich ebenso wenig Einwände gegen die Teilnahme eines Richters / einer Richterin an einem 1. Mai-Umzug, am "Marsch fürs Läbe" oder an einer Veranstaltung von Corona-Leugnern und -Leugnerinnen. Hier handelt es sich nämlich um Aktivitäten, welche die eigene rechtsprechende Tätigkeit in der Regel nicht tangieren. Legitime Gründe für ein Verbot eines solchen gesellschaftlichen Engagements sind mir nicht einsichtig, weder unter dem rechtlichen noch dem berufsethischen Blickwinkel. Auch allfällige Hinweise auf eine mögliche Gefährdung des Vertrauens in die Rechtsprechung oder des Ansehens des Gerichts können in der Regel zu keinem anderen Ergebnis führen; denn die genannten abstrakten Kriterien tauchen hier als nichtssagende Floskeln auf.

Andererseits verbieten sich selbstverständlich die Teilnahme der Richterinnen und Richter an illegalen (etwa gewalttätigen) Formen des politischen Protestes sowie die Unterstützung von rassistischen, sexistischen oder anderen menschenverachtenden Inhalten. Dasselbe gilt m.E. auch für öffentliche Rechtsverstöße (von Justizpersonen) anlässlich von Versammlungen und Aktionen des zivilen Ungehorsams.³¹ Solche Verhaltensweisen widersprechen den allgemein anerkannten deontologischen Prinzipien für Gerichtspersonen, die der Wahrung des Rechts verpflichtet sind.

3. Rechts- bzw. justizpolitische Äusserungen

Als anspruchsvoller erweist sich indessen die Beurteilung der Situation hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, falls ein Richter oder eine Richterin sich politisch in die öffentliche Debatte über Angelegenheiten mit einem *unmittelbaren Justizbezug* einmischt. Folglich braucht es in diesem Bereich weitergehende Differenzierungen.

a. Grundsätze

Auf der Basis des dargelegten verfassungsrechtlichen Rahmens der Justiz ist es der Richterschaft erlaubt, *allgemein* zu Rechtsfragen Stellung zu beziehen³² und auf diese Weise auch ihren (partei)politischen Hintergrund darzulegen. Dass Mitglieder eines Gerichts ihre Sachkunde und die beruflichen Erfahrungen in rechtspolitische Diskussionen einbringen wollen,

³¹ Vgl. für das deutsche Recht SCHNEIDER (Fn. 11), S. 403; ebenso RUDOLPH (Fn. 19), S. 346, unter Hinweis auf die "Blockaderichter".

³² Ebenso für Deutschland SENDLER, (Fn. 4), S. 693 f.

ist im Übrigen verständlich und zu begrüßen. Diesbezüglich hat das Bundesgericht schon wiederholt ausgeführt: "[D]ie Meinungsäußerung zu Rechtsfragen ausserhalb des Gerichts durch einen Richter erweckt bei objektiver Betrachtungsweise grundsätzlich noch nicht den Anschein der Voreingenommenheit für den Entscheid eines konkreten Streitfalls ..." ³³

Mit Blick auf die Meinungsfreiheit ist auch hier ³⁴ ohne Bedeutung, *in welcher äusseren Form* eine Stellungnahme erfolgt. Im Vordergrund stehen die klassischen Ausdrucksmittel wie Vortrag, Podiumsdiskussion, Interview, Publikation in einer Fachzeitschrift usw. Denkbar (wenn auch für die schweizerische Richterschaft noch ungewohnt) ist auch die Teilnahme an einer Demonstration gegen Gesetzesprojekte, welche – wie etwa derzeit in Polen – die richterliche Autonomie auszuhöhlen drohen. Ebenso spielt keine Rolle, ob die Richterin / der Richter (anonym) als "Privatperson" in Erscheinung tritt oder ihre / seine Funktion in der Justiz kundgibt. Wichtig ist jedoch, dass die betreffende Person klar zum Ausdruck bringt, inwieweit die jeweilige Äusserung die eigene Meinung oder jene des Gerichts wiedergibt. Sie darf durch ihre privaten Äusserungen "nicht den Anschein einer amtlichen Stellungnahme erwecken". ³⁵

In *inhaltlicher Hinsicht* bestehen ebenfalls keine prinzipiellen Schranken. Richterinnen und Richter dürfen sich an allen Debatten über rechts- und justizpolitische Themen beteiligen. Ob ihre jeweiligen Stellungnahmen mit den in der Gesellschaft vorherrschenden Ansichten übereinstimmen oder – im Gegenteil – sich mit ihnen kritisch auseinandersetzen, ist unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit irrelevant. Keinen Einfluss auf die Zulässigkeit hat sodann, ob die vorgetragenen Argumentationen in der Sache zutreffend oder unzutreffend sind, dies so lange jemand nicht bewusst mit falschen Tatsachen operiert.

Als Beispiele erlaubter Interventionen sind zu erwähnen die Unterschrift unter den Aufruf gegen verschärfte Polizeibestimmungen und Proteste gegen ein (behauptetes) "Racial Profiling" gewisser staatlicher Behörden oder eine (behauptete) Frauendiskriminierung in der Rechtsprechung. Mitglieder der Gerichte dürfen auch einzelne (geltende oder geplante) Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen öffentlich infrage stellen ³⁶, selbst wenn sie später einmal (voraussehbar) diese Normen selber anzuwenden haben. ³⁷ Dasselbe gilt auch für allfällige ablehnende Stellungnahmen hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesgerichts oder des EGMR zu gewissen Rechtsfragen.

b. Grenzen

aa. Ein rechtspolitisch motivierter richterlicher Auftritt vermag dann Bedenken auszulösen, wenn er in einem *unmittelbaren Konnex mit dem Richteramt* steht und geeignet ist, die

³³ BGE 133 I 89 ff. E. 3.3 S. 92, mit Hinweisen.

³⁴ Siehe schon vorne Ziff. V/2.

³⁵ SCHNEIDER (Fn. 11), S. 402.

³⁶ Anderer Ansicht GASS (Fn. 7), S. 164 und ABRAVANEL (Fn. 25), S. 422.

³⁷ So war etwa das von einzelnen Richterinnen und Richtern in den Medien verbreitete Votum einer Ablehnung der Durchsetzungsinitiative unproblematisch.

Rechtsfindung in sachfremder Weise zu beeinflussen. KIENER³⁸ hat die massgebende Leitlinie für die Annahme einer Befangenheit überzeugend präzisiert: "Zwischen dem Auftreten in der Öffentlichkeit und dem konkreten Verfahren muss ein *hinreichend enger Zusammenhang* gegeben sein – irgendwelche allgemeinen Berührungspunkte genügen nicht. Nur weil sich eine Richterin in einer bestimmten Sachfrage eine Meinung gebildet und diese in der Öffentlichkeit auch vertreten hat, muss ihre Unabhängigkeit in einem Verfahren, das mit dieser Frage *irgendwie* zusammenhängt, noch nicht beeinträchtigt sein. Für die Bestimmung dieses Zusammenhangs sind verschiedene Kriterien massgebend: Neben der *inhaltlichen* und *zeitlichen Nähe* der Äusserungen oder Tätigkeiten zum fraglichen Verfahren auch der *Grad ihrer Bestimmtheit*."

In Anlehnung daran liegt eine verpönte Haltung wohl dort vor, wo jemand etwa seine persönliche Ansicht bekannt gibt zu einer bestimmten (allenfalls politisch umstrittenen) Rechtsproblematik bzw. Gesetzesauslegung in einem *konkreten* Fall, an dessen Beurteilung er selber beteiligt ist oder demnächst sein wird. In einer derartigen Situation bleibt zu befürchten, dass die urteilende Person sich durch die vorangegangene öffentliche Stellungnahme inhaltlich festgelegt hat und dann im Gerichtsverfahren für abweichende Ansichten nicht mehr offen ist. Der angesprochene (sachlich und zeitlich) enge Zusammenhang zwischen einer (dezidierten) richterlichen Meinungsäusserung und dem konkreten Prozess, in welchen die betreffende Person eingebunden ist, weist auf eine fehlende Unabhängigkeit hin³⁹. Daraus folgt die Pflicht, die betreffende Äusserung zu unterlassen. Umgekehrt darf man eine Richterin, die beispielsweise in einem Zeitungsinterview *generelle* Einwände gegen die sachliche Berechtigung einzelner Vorschriften des Ausländer- oder Asylgesetzes ausspricht, allein aus diesem Grund nicht von der künftigen Beurteilung ausländerrechtlicher Fälle wegen Befangenheit ausschliessen.

bb. Abgesehen von den erwähnten Konstellationen kann als ein wesentliches Kriterium für eine unerlaubte Grenzüberschreitung die *Art und Weise des öffentlichen Auftritts* dienen. Gemeint ist damit nicht der politische Inhalt, sondern die *Ausdrucksweise* (der Stil) der Stellungnahme. Als Beispiele seien aggressive, diffamierende Äusserungen erwähnt; ferner ein reisserisch formuliertes Bekenntnis⁴⁰ oder eine krass unsachlich-einseitige Kritik bzw. "blinde Agitation und Hetze"⁴¹. Solche Verhaltensweisen, die der gebotenen Zurückhaltung widersprechen, führen rasch einmal zum Eindruck, dass die betreffende Richterin sich für den zu beurteilenden konkreten Fall ihre Meinung bereits festgelegt hat und für abweichende

³⁸ (Fn. 3), S. 181.

³⁹ Illustrativ sind diesbezüglich zwei Fälle eines richterlichen Statements anlässlich der Zürcher Jugendunruhen von 1980, wo das Bundesgericht die Befangenheit der beiden betroffenen Personen bejahte (BGE 108 Ia 48 ff. und 172 ff.). Die Grenze des Erlaubten finde sich nämlich "jedenfalls dort, wo die Justiz im Zusammenhang mit konkreten Vorkommnissen in den Widerstreit politischer Meinungen gerät" (BGE 108 Ia 172 E. 4b/bb S. 176).

⁴⁰ Vgl. dazu die Sachverhalte in den vorne (Fn. 39) zitierten Urteilen.

⁴¹ RUDOLPH (Fn. 19), S. 346.

Argumente unempfänglich ist.⁴² Doch selbst dort, wo ein direkter Zusammenhang zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit fehlt oder zumindest nicht erkennbar ist, verstossen die genannten öffentlichen Auftritte regelmässig gegen berufsmoralische Regeln, weil sie sich dazu eignen, das Ansehen der Gerichte insgesamt und das allgemeine Vertrauen in die Justiz zu gefährden. Ein solchermassen grenzüberschreitendes Verhalten ist von vorneherein zu unterlassen. Es genügt nicht, dass die betreffende Justizperson erst im Fall einer Konfliktsituation während eines Verfahrens in den Ausstand tritt.⁴³ Das zeigt, dass eine Pflichtverletzung (namentlich ein Verstoss gegen die berufsmoralischen Regeln) auch unabhängig von einem Prozess vorliegen kann.

VI. Von der Erlaubnis zur Pflicht

Eine wesentlich heiklere Dimension betrifft die weitere Problematik, inwiefern kritische rechtspolitische Stellungnahmen von Richterinnen und Richtern in der Öffentlichkeit nicht bloss zulässig, sondern sogar *geboten* sind. Das ist offenkundig keine rechtliche Frage, sondern eine der Richterethik; allgemeine Antworten darauf fehlen indessen. Eine vertiefte Debatte darüber hat noch nicht stattgefunden. Das erforderliche Interesse scheint offenkundig zu fehlen. Auch in den deontologischen Regelwerken lässt sich – soweit für mich erkennbar – dazu nichts finden. Dort dominiert eben die Vorstellung einer passiven Richterrolle.⁴⁴

Wer sich hingegen für eine *aktive Richterschaft* einsetzt,⁴⁵ wird sein Sensorium für die Problemstellung ausweiten: In einer pluralistischen Gesellschaft stellen die Ergebnisse der Gesetzgebung bekanntermassen häufig mehr oder minder überzeugende politische Kompromisse dar. Dies gilt umso eher, wenn Gesetzesbestimmungen – wie heute ziemlich oft – unter dem Druck einer kurzfristigen Tagespolitik entstehen. Deshalb wird jedes auch nur halbwegs selbstbewusste Gerichtsmitglied in seiner beruflichen Tätigkeit auf Schritt und Tritt mit Rechtsnormen konfrontiert, die seinem Gerechtigkeitsempfinden oder den eigenen Zweckmässigkeitsvorstellungen widersprechen. Wenn es nun in einem bestimmten Bereich

⁴² Sehr bemerkenswert ist diesbezüglich der Fall des Obergerichters Christoph Spiess (Urteil des BGer 6B_582/2011 vom 15. März 2012, E. 2.1), dem vorgeworfen wurde, er habe im Gemeinderat eine "pointiert ausländerfeindliche Politik" betrieben. Hier spricht prima vista einiges dafür, dass das beanstandete richterliche Verhalten – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – höchst problematisch war (wenn nicht unter rechtlichem, so doch zumindest unter berufsethischem Blickwinkel). Eine sachliche Würdigung des höchst-richterlichen Entscheides ist indessen unmöglich, weil die Schilderung des relevanten Sachverhaltes im Urteil zu knapp ausgefallen ist. So erfährt man nichts Konkretes über die vom kritisierten Richter betriebene Politik, insbesondere nichts darüber, welche Ansichten er damals tatsächlich verkündete. Ferner bleibt auch verborgen, ob die betreffenden Äusserungen geeignet waren, im Prozess gegen den beschuldigten Ausländer das Urteil inhaltlich zu beeinflussen.

⁴³ Auch das Bundesgericht verweist auf die Pflicht, durch entsprechendes eigenes Verhalten einen Ausstandsgrundes von vorneherein zu vermeiden (BGE 137 I 227 ff. E. 2.6.3 S. 233; ebenso SVR Ethikkommission, Die Angst vor der eigenen Partei als richterlicher Ausstandsgrund?, 18. 12. 2019, Ziff. II/3/a.

⁴⁴ Siehe vorne Ziff. IV/1.

⁴⁵ Siehe vorne Ziff. IV/2.

erhebliche Mängel der Gesetzgebung oder der (bundesgerichtlichen) Rechtsprechung feststellt, ist es aus meiner Sicht *moralisch verpflichtet*, das nach aussen hin kundzutun,⁴⁶ damit bessere Lösungen initiiert werden können.⁴⁷ Angesprochen sind hier in erster Linie (aber bei weitem nicht nur) Missstände, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen unseres Staates gefährden können.

Diese moralische Verpflichtung sehe ich als *zwingendes Korrelat* zur machtvollen Position, welche der Staat der Justiz (als dritter Gewalt) im Verhältnis zu den betroffenen Individuen und der Allgemeinheit einräumt. Wenn die Gerichte durch die Gesetzgebung mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet werden, dann sind sie gehalten, ihre Rolle stets selbstkritisch zu reflektieren und insbesondere dem permanenten tagespolitischen Druck zu widerstehen. Dazu gehört ebenfalls, sich auch ausserhalb des Gerichts *aktiv* sowie *öffentlich* für Verbesserungen im Interesse der Bürgerinnen und Bürger einzusetzen. Das ist für mich unerlässlich, um die Tätigkeit im Richteramt samt den zuweilen sehr einschneidenden Konsequenzen für die davon betroffenen Menschen zu rechtfertigen. Dementsprechend irritieren mich die bei zahlreichen Gerichtspersonen dominierende Sorge "um ihre rechtspolitische Keuschheit"⁴⁸ und damit verbunden der verbreitete Mangel an Mut in der öffentlichen Diskussion über die Gestaltung des Rechts.⁴⁹ Das Bild einer hartnäckig schweigenden und sich hinter den Gesetzen ängstlich verbergenden Richterschaft widerstrebt meinem eigenen Verständnis einer *ethisch verantwortungsbewussten Justiz!*

(21. August 2021)

⁴⁶ So äusserte ich selber während der Tätigkeit als Strafrichter in Basel regelmässig öffentlich bspw. verfassungsrechtliche Bedenken gegen das geltende Betäubungsmittelstrafrecht und beklagte dessen kostspieligen Leerlauf. Verstärkend hinzu kamen überdies meine fundamentalen Zweifel am sozialen Nutzen der destruktiven (unbedingten) Freiheitsstrafen.

⁴⁷ Anderer Ansicht HANS PETER WALTER, Gedanken zum Richteramt, ZBJV 1991, S. 627 und KIENER (Fn. 3), S. 179: "... niemand muss sich, um ein 'guter' Richter zu sein, in der Öffentlichkeit zu weltanschaulichen Fragen engagieren".

⁴⁸ LIMBACH, (Fn. 1), S. 428.

⁴⁹ Als drastisches Beispiel aus dem Strafprozessrecht sei hier erwähnt, dass gegen die schon seit Jahren stattfindende Demontage der Justiz als dritter Gewalt die unmittelbar betroffenen Mitglieder der Gerichte kaum vernehmbar Widerstand leisten.