

Kleine Schriften zum Recht

PETER KARLEN

Das Bundesgericht

Zu Geschichte und Eigenheiten
seiner Rolle in Staat und Gesellschaft



Stämpfli
Verlag

Das Bundesgericht feiert dieses Jahr sein 150-jähriges Bestehen. Zu diesem Jubiläum unternimmt das Buch eine kritische Reflexion über seine Rolle in Staat und Gesellschaft, indem es in mancher Hinsicht einen ungewohnten und frischen Blick auf das Gericht wirft. Es zeigt auf, wie sich das Tätigkeitsfeld des Bundesgerichts sukzessive ausdehnte und sich gleichzeitig seine Stellung, Arbeitsweise und Rechtsprechung veränderte. Zur Sprache kommen ebenfalls die beständigen Bausteine der bundesgerichtlichen Rolle, die allen bisherigen Reformversuchen trotzen (Wahl der Richter, Zugang zum Gericht, insbes. eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit, öffentliche Beratungen und pragmatische Rechtsfindung). Das Werk gibt immer wieder Einblicke in wenig bekannte gerichtsinterne Vorgänge, die der Verfasser aufgrund seiner früheren langjährigen Tätigkeit als Bundesrichter und Bundesgerichtsschreiber bestens kennt.

PETER KARLEN
Dr. iur., alt Bundesrichter

Das Bundesgericht

Zu Geschichte und Eigenheiten seiner Rolle
in Staat und Gesellschaft



Stämpfli
Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen außer in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Die Nutzung unserer Werke für Text- und Data-Mining behalten wir uns explizit vor.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2025

E-Book ISBN 978-3-7272-2332-7

Über unseren Online-Shop www.staempflirecht.ch
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-1850-7

Bei Fragen zur Produktsicherheit

Hersteller: Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern,
verlag@staempfli.ch, www.staempflirecht.ch

Importeur EU: Brockhaus Commission GmbH, Kreidlerstrasse 9,
DE-70806 Kornwestheim, gpsr@brocom.de,
www.brocom.de



Der Schreiber steht für unseren
Anspruch, gemeinsam mit unseren
Autorinnen und Autoren relevante und
herausragende Inhalte zu produzieren.

Vorwort

Das Bundesgericht feiert dieses Jahr sein 150-jähriges Jubiläum als ständige Institution. Die bei solchen Feierlichkeiten üblichen Rückblicke stellen das bisher Erreichte meist in ein positives Licht. Der runde Geburtstag sollte jedoch auch Anlass sein für eine tiefergreifende und kritische Reflexion über das Wirken des Gerichts. Eine solche zieht von einem breiteren Ansatz aus Bilanz und wirft auch einen Blick in die Zukunft. Dass diese Auseinandersetzung bisher kaum unternommen wurde, liegt an den Schwierigkeiten eines solchen Unterfangens. Jede grösser angelegte Justizforschung droht sich einsteils in Einzelheiten zu verlieren, andernteils stösst sie auf das Problem, dass viele wesentliche Vorgänge nicht aufgezeichnet und daher nicht rekonstruierbar sind. Die vorliegende Studie stellt die Rolle des Bundesgerichts in Staat und Gesellschaft in den Vordergrund und will aus dieser Perspektive einen Beitrag zu einem vertiefteren Verständnis des höchsten Schweizer Gerichts leisten. Sie richtet sich nicht nur an juristische Fachkreise, sondern an alle am Funktionieren unseres Staates Interessierten.

Die nachfolgenden Erörterungen bewegen sich bewusst abseits der viel begangenen Pfade und werfen in mancher Hinsicht einen ungewohnten und frischen Blick auf das Bundesgericht. Im Zentrum stehen die grösseren geschichtlichen und gesellschaftlichen Zusammenhänge, in denen sich die bundesgerichtliche Tätigkeit vollzieht. Eine fachtechnische Darstellung der Mechanik und der Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolgt nur, soweit sie zum Verständnis erforderlich ist. Die folgende Betrachtung der bundesgerichtli-

chen Rolle beschränkt sich nicht auf die Aussenperspektive, sondern es kommt immer wieder auch die nur wenig bekannte Innensicht des Gerichts zur Sprache. Die Letztere ist unvermeidlicherweise in manchen Punkten subjektiv gefärbt. Sie stützt sich auf die reiche Erfahrung, die der Verfasser während etwas mehr als 25 Jahren als Bundesrichter und zuvor als Bundesgerichtsschreiber erwarb.

Über manche in diesem Buch behandelten Fragen durfte ich mit einer Reihe von Personen aufschlussreiche Diskussionen führen. Ihnen allen danke ich an dieser Stelle herzlich für ihre Gesprächsbereitschaft. Ein spezieller Dank richtet sich an Prof. Dr. Andreas Kley und alt Bundesgerichtspräsident Dr. Lorenz Meyer, die beide das ganze Manuskript lasen und mir wertvolle Hinweise gaben, ebenso an Prof. Dr. Michele Luminati für Informationen zu einzelnen Richtern. Überdies liess mir Dr. Gerold Steinmann, ehemaliger Bundesgerichtsschreiber, aufgrund seiner gründlichen und feinsinnigen Analyse des Texts eine Fülle von Anregungen zukommen. Dafür gebührt ihm mein ganz besonderer Dank. Schliesslich danke ich meiner Frau, die mich auch bei diesem Werk in vielfältiger Weise unterstützt hat.

Peter Karlen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
I. Einführung	1
II. Geschichtlicher Werdegang der Rolle des Bundesgerichts	6
1. Anfang (1848–1874): Begründung der bundesgerichtlichen Rolle durch Gewährung von Rechtsschutz	7
a) Bundesgericht als unfertiges Projekt	8
b) Bundesgericht als nichtständige Institution ohne Sitz	10
c) Eng begrenzte Zuständigkeiten mit Entwicklungspotenzial	12
d) Staatsmänner als nebenamtliche Richter	16
e) Begründung einer eigenen Rolle des Bundesgerichts durch die Rechtsprechungspraxis	18
2. Aufbau (1875–1893): Stärkung der bundesgerichtlichen Rolle zur Sicherstellung der Rechtseinheit	22
a) Bestimmung des Sitzes	23
b) Institution minimalen Zuschnitts	25
c) Schrittweise Erweiterung der Zuständigkeiten	27
d) Der neue Beruf des Bundesrichters	30
e) Aufwertung der bundesgerichtlichen Rolle durch die Rechtsprechung	35
f) Schaffung der Amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide (BGE)	39

3.	Ausbau (1893–1944): Ausweitung und Konsolidierung der bundesgerichtlichen Rolle zur Schaffung von Rechtssicherheit	40
a)	Etappenweiser Ausbau der Zuständigkeiten und der Institution	41
b)	Gliederung des Bundesgerichts in spezialisierte Abteilungen	45
c)	Neues Bundesgerichtsgebäude im Park Mon Repos	47
d)	Grosse und heterogenere Richterschaft	49
e)	Wissenschaftliche Durchbildung des Rechts als Aufgabe der Rechtsprechung	53
f)	Lediglich vorübergehender Einfluss der beiden Weltkriege auf die Rolle des Bundesgerichts	58
4.	Stabilität (1945–1969): Abrundung und rechtsstaatliche Vertiefung der bundesgerichtlichen Rolle durch Rechtsfortbildung	61
a)	Ausbalancierte Ordnung von Zuständigkeiten, Organisation und Verfahren	62
b)	Breit verankerte und gut qualifizierte Richterschaft	65
c)	Wachsender Einfluss der Gerichtsschreiber	68
d)	Rechtsfortbildung zur Abrundung und zur rechtsstaatlichen Vertiefung der Rechtsprechung	70
5.	Umbruch (1970–2006): Neuausrichtung der bundesgerichtlichen Rolle zur effizienten Gewährung von Rechtsschutz	78
a)	Aufkommen des Massengeschäfts und Veränderungen des Rechts	79
b)	Entlastungsmassnahmen statt grosser Reform	81
c)	Angleichung des Status des Eidgenössischen Versicherungsgerichts an jenen des Bundesgerichts	86
d)	Generationenwechsel in der Richterschaft und Infragestellung des richterlichen Idealbilds	87
e)	Alte und neue Wege der Rechtsprechung	92

VIII

6.	Restrukturierung (ab 2007): Situative Bestimmung der bundesgerichtlichen Rolle in der neu geschaffenen Justizarchitektur	99
a)	Unvollkommen verwirklichte höchstrichterliche Rolle des Bundesgerichts.....	100
b)	Restrukturierung der Institution durch Integration des EVG und Umgestaltung der Gerichtsorganisation	102
c)	Restrukturierung des bundesgerichtlichen Verfahrens, insbesondere Einführung der Einheitsbeschwerde.....	107
d)	Profanierung des Richteramts und schwindender Zusammenhalt der Richterschaft	110
e)	Entgrenzung und Verflachung von Teilen der Rechtsprechung durch situative Akzentsetzungen.....	113
III.	Beständige Bausteine der Rolle des Bundesgerichts	120
1.	Wahl der Bundesrichter: Hohe Legitimation und breite gesellschaftliche Verankerung der bundesgerichtlichen Rolle	121
a)	Hohe Legitimation der bundesgerichtlichen Rolle durch die Parlamentswahl der Richter	122
b)	Breite gesellschaftliche Verankerung der Richterrolle durch Ausgestaltung der Wahl als staatspolitischen Akt	127
c)	Erneuerung der Legitimation durch periodische Wiederwahlen	132
2.	Zugang zum Bundesgericht: Asymmetrischer und komplex strukturierter Umfang der bundesgerichtlichen Rolle	135
a)	Asymmetrischer Umfang der bundesgerichtlichen Rolle durch das Nebeneinander von Zugangsgewährleistung und Zugangsausschlüssen.....	136
b)	Komplexe höchstrichterliche Rolle durch kleinkarierte Zuständigkeitsordnung	141

c) Vereinfachtes Verfahren als «Annahmeverfahren avant la lettre»	145
3. Eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit: Lückenhafte verfassungsgerichtliche Rolle des Bundesgerichts.....	147
a) Begrenzung der verfassungsgerichtlichen Rolle des Bundesgerichts zur Sicherung der Suprematie der Bundesversammlung.....	149
b) Beschränkte Auswirkungen der Lückenhaftigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit auf den Rechtsschutz.....	155
c) Beschränkte Auswirkungen der Lückenhaftigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit auf die Rechtsfortbildung	159
4. Öffentliche Urteilsberatungen: Transparenz bei der Ausübung der bundesgerichtlichen Rolle.....	160
a) Transparente Ausübung der bundesgerichtlichen Rolle zur Stärkung ihrer Legitimation und der Verantwortung der Richter	161
b) Transparenz der kollegialen Entscheidfindung	166
c) Transparenz persönlich verantworteter Entscheidfindung	170
5. Pragmatische Rechtsfindung: Vielfältig ausbalancierte Reichweite der bundesgerichtlichen Rolle.....	173
a) Ausbalancierung der Reichweite der bundesgerichtlichen Rolle durch methodischen Pragmatismus	174
b) Verankerung der pragmatischen Rechtsfindung in unterschiedlichen richterlichen Selbstverständnissen.....	177
c) Variationen des unpolitischen Selbstverständnisses der richterlichen Rolle	179
d) Variationen des praxisnahen Selbstverständnisses der richterlichen Rolle	183

e) Variationen des unitarischen Selbstverständnisses der richterlichen Rolle	187
f) Pragmatische Rechtsfindung als Tor zum richterlichen Aktivismus?	191
IV. Ausblick	195
Literatur	199
Personen- und Sachregister	205

Abkürzungsverzeichnis

AB N	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
AB S	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat
AB V	Amtliches Bulletin der Vereinigten Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGerR	Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (SR 173.110.131)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BStP 1851	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851 (AS II 743)
BStP 1934	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (AS 50 685)
BV 1848	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. Herbstmonat 1848 (AS I 3)
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1 1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

BVerfGE	Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts
BZP 1850	Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850 (AS II 77)
BZP 1947	Bundesgesetz über den Zivilprozess vom 4. Dezember 1947 (AS 1948 485)
c.	contra
Cst.	Constitution
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EntG 1850	Bundesgesetz betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850 (AS I 319)
et al.	et alii/aliae (und andere)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
HLS	Historisches Lexikon der Schweiz
Hrsg.	Herausgeber
i.f.	in fine (am Schluss)
i.V.m.	in Verbindung mit
N.	Note (Randziffer)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG 1849	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849 (BBI 1849 II 261)
OG 1874	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 (BBI 1874 II 425)
OG 1893	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 (BBI 1893 I 1107)

XIV

OG 1943	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (BBl 1944 I 1)
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz; SR 171.10)
Rz.	Randziffer
sc.	scilicet (nämlich)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
VDG	Bundesgesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928 (AS 1928 779)
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

I. Einführung

Das Bundesgericht ist als oberstes Staatsorgan zwar vielen bekannt, aber nur wenigen wirklich vertraut. Die Medien berichten regelmässig über seine Entscheide, und es erscheint in ihnen immer wieder das Bild seines monumentalen Gebäudes mit der ausladenden Treppe. Doch dieser Blick von aussen vermittelt ein unvollständiges Bild. Das Bundesgericht ist eine eigene Welt. Sie bleibt Aussenstehenden in mancher Hinsicht verschlossen, auch Juristen. Das erfahren immer wieder die frisch gewählten Bundesrichter. Sie glauben jeweils genau zu wissen, was sie am neuen Arbeitsort erwartet. Sie, die erfolgreich waren und bisher vieles bewegen konnten, fühlen sich nach dem Amtsantritt plötzlich überraschend stark eingeengt, allzu sehr eingebunden in die vorgeformte Rolle einer Institution ganz besonderer Art. Der neue Richter trifft nicht nur auf Kollegen aus allen Ecken der Schweiz mit bisweilen stark voneinander abweichenden Vorstellungen, sondern er muss sich auch an mehrere Arbeitssprachen und manche alteingelebte Gebräuche gewöhnen. Vor allem aber stösst er auf viele Eigengesetzlichkeiten des Bundesgerichts, von denen er zuvor keine Ahnung hatte. Sie verlangen von ihm eine erhebliche Anpassung. Es wird gar von Richtern berichtet, die ihre Wahl in das hohe Amt kurz danach bereut haben.

Die für Aussenstehende verblüffenden Eigengesetzlichkeiten des Bundesgerichts finden ihre Erklärung in seiner langen Geschichte. Die meisten Betrachter kennen nur die aktuelle Ordnung, hingegen nicht deren historische Hintergründe. Das Bundesgericht zählt mit seinem gut 175-jährigen Beste-

hen – davon 150 Jahre als ständige Institution – zu den ältesten und geschichtsmächtigsten Gerichten der Welt. Bei seiner Errichtung im Jahre 1848 fehlte eine nähere Vorstellung über seine Rolle. Dementsprechend entwickelte es sich nicht nach einem festen Bauplan, sondern in einem überaus komplizierten, von vielen Faktoren beeinflussten Prozess. Das Bundesgericht ist deshalb viel stärker als allgemein angenommen eine geschichtlich geprägte Institution. Vieles lässt sich ohne Berücksichtigung der historischen Zusammenhänge nicht richtig verstehen. Das zeigt sich bereits bei seinem Namen. Das Bundesgericht war bei seiner Errichtung im Jahre 1848 das *einzig* (zivile) Gericht auf Bundesebene.¹ Seine Benennung lag auf der Hand. Im Gleichschritt mit den Bezeichnungen für das Legislativ- (Bundesversammlung) und das Exekutivorgan (Bundesrat) hieß das Justizorgan *Bundesgericht*. Später verlor diese Bezeichnung jedoch ihre Selbstverständlichkeit. Im Jahre 1917 schuf der Bund mit dem Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVG) eine zweite Justizbehörde, und es kamen sukzessive eidgenössische Rekurskommissionen mit richterlichen Funktionen hinzu. Mit der Justizreform anfangs des 21. Jahrhunderts entstand schliesslich eine voll ausgebauten Ebene unterer eidgenössischer Gerichte (Bundesstraf-, Bundesverwaltungs- und Bundespatentgericht). Das Bundesgericht ist damit längst nicht mehr das einzige, sondern nurmehr das *oberste* richterliche

¹ Bereits im Jahre 1838 schufen die damaligen Stände eidgenössische Militärgerichte, die im neuen Bundesstaat beibehalten wurden; vgl. zur Entstehung der Militärgerichtsbarkeit in der Schweiz RAPHAEL BARRAS, La justice militaire en Suisse. Aperçu historique, in: Die schweizerische Militärjustiz – La justice militaire suisse, Festschrift zum 150-jährigen Jubiläum, 1989, S. 9 ff.; FLEINER, S. 233 f.; HIS, S. 817 ff.

Organ der Eidgenossenschaft.² Um Verwechslungen zu vermeiden, wurde im Rahmen der Justizreform seine Umbenennung erwogen, schliesslich aber verworfen. Der Name *Bundesgericht* war zu sehr zu einem festen Begriff geworden. Allerdings verwendet dieses selber in der im internationalen Austausch üblichen englischen Sprache eine präzisere Bezeichnung und nennt sich *Swiss Federal Supreme Court*.³

Die starke historische Prägung hat nicht, wie sich vermuten liesse, zur Profillosigkeit der bundesgerichtlichen Rolle geführt. Im Gegenteil, sie hat wesentlich zu deren Festigung beigetragen und das Bundesgericht zu einem «Eckstein des schweizerischen Staatsgebäudes» mit einer faktischen «Ewigkeitsgarantie» werden lassen.⁴ Das Spezifische der bundesgerichtlichen Rolle lässt sich mit der blassen Idee der Gewaltenteilung, die wie in anderen europäischen Staaten auch im neu geschaffenen schweizerischen Bundesstaat Anlass zur Errichtung einer dritten Staatsgewalt gab, nicht einfangen. Denn die abstrakte Idee sagt nichts aus über die Art ihrer Verwirklichung. Auch die im Giebel des Bundesgerichtsgebäudes angebrachte Inschrift *Lex – Justitia – Pax* charakterisiert die Rolle des Bundesgerichts nur in sehr allgemeiner Weise, indem sie auf den inneren Zusammenhang zwischen Gesetz, Gericht/Gerechtigkeit⁵ und Rechtsfrieden hinweist. Die konkrete Gestalt der Rolle, die das Bundesgericht in

² Art. 188 Abs. 1 BV.

³ Vgl. die vom Bundesgericht herausgegebenen Informationsbroschüren auf der Internetsite des Bundesgerichts, <<http://www.bger.ch>> unter der Rubrik: Bundesgericht/Publikationen/Weitere Publikationen.

⁴ So ANDREAS KLEY, Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts, in: Oliver Diggelmann et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band I/I.4, 2020, N. 38.

⁵ Das Bundesgericht selber übersetzt «Justitia» auf seiner Internetseite mit «Recht», was kaum den vollen Sinn der Inschrift wiedergibt.

Staat und Gesellschaft spielt, lässt sich nur durch eine Analyse erkennen, die zeigt, wie sie tatsächlich wahrgenommen wird. Erst sie verrät, wie die Institution und die ihr übertragenen Aufgaben zusammenfinden und woraus sich die Identität des Bundesgerichts ergibt, also jene Eigenheiten, die es von anderen nationalen, ausländischen oder internationalen Gerichten unterscheiden. Die Geschichte und die genannten Eigenheiten seiner konkreten Rolle stehen im Zentrum der nachfolgenden Erörterungen. In Anlehnung an eine Formulierung des deutschen Verfassungsrechters MATTHIAS JESTAEDT⁶ soll das ergründet werden, *was das Bundesgericht zu dem macht, was es ist.*

Dieses Spezifische der bundesgerichtlichen Rolle hat sich allerdings nicht zu einem besonderen Typus verdichtet⁷, und erst recht bildet es nicht ein Modell mit Vorbildcharakter, wie dies etwa beim deutschen Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Vielmehr erscheint die Rolle des Bundesgerichts in manchen Punkten wenig abgerundet und stark beeinflusst durch die Grundanschauungen, die den schweizerischen Staat geformt haben, insbesondere durch die tief verwurzelten föderalistischen und demokratischen Strukturen. Durch diese enge Verzahnung erlangten die Institution des Bundesgerichts und die ihr übertragenen Funktionen ihre spezifische Gestalt. Und aus beiden Elementen ergab sich die Rolle, die das Gericht in Staat und Gesellschaft ausübte. Der Schwerpunkt verlagerte sich im Laufe der Zeit immer wieder. Im historischen Rückblick lässt sich eine bemerkenswerte Entwicklung, ja ein eigentlicher Werdegang der bundesgerichtli-

⁶ Vgl. JESTAEDT, S. 77 ff.

⁷ Nach REICH, Art. 188 N. 17 ist eine formelhafte Charakterisierung des Bundesgerichts nicht möglich.

chen Rolle erkennen. Die Abfolge dieser *geschichtlichen Grundprägungen* kommt nachfolgend zuerst zur Sprache (Ziff. II). Die Rolle des Bundesgerichts erhält seine charakteristische Gestalt jedoch ebenfalls durch Faktoren, die sich im Lauf der Geschichte nicht geändert haben, sondern sich im Gegenteil immer mehr zu festen Bausteinen seiner Architektur erhärten. Sie bilden die beständigen Teile seines Wirkens, die bisher allen Reformversuchen widerstanden. Diese Bausteine prägen verschiedene Aspekte der bundesgerichtlichen Rolle, so ihre personelle Seite (Wahl der Bundesrichter), ihren Umfang (Zugang zum Bundesgericht, eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit), ihre Ausübung (öffentliche Urteilsberatungen) und ihre Reichweite (pragmatische Rechtsfindung). Die genannten *beständigen Teile* der bundesgerichtlichen Architektur bilden den zweiten Schwerpunkt der nachfolgenden Erörterungen (Ziff. III). Ein Ausblick rundet das vermittelte Bild ab (Ziff. IV).

II. Geschichtlicher Werdegang der Rolle des Bundesgerichts

Aufgrund seiner wichtigen Rolle beeinflusst das Bundesgericht die geschichtliche Entwicklung, wird aber umgekehrt von dieser auch mitgeprägt. Der Wandel, den diese wechselseitige Einwirkung auslöst, vollzieht sich meist unmerklich und still, ähnlich wie beim Gras, das man nicht wachsen sieht, bei dem man aber mit der Zeit doch feststellt, dass es gewachsen ist. Er führt zu einer für die Justiz typischen Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen. Sie fällt dem neu in das Bundesgericht eintretenden Richter sofort auf. Er arbeitet in einem rund hundertjährigen denkmalgeschützten Büro mit vielen aus der Zeit gefallenen Details. Auch an die grossen Gerichtssäle, die trotz ihrer imposanten Wandgemälde düster wirken und auf Distanz zu Kollegen, Parteien und Publikum angelegt sind, muss sich jeder neue Richter zuerst gewöhnen. Er bemerkt bald, dass er eine geschichtlich überraschend stark vorgeformte Rolle übernommen hat. Seine Aufgabe ist es, bei seiner Tätigkeit diese Vorformung zu respektieren, die Rechtsprechung aber gleichwohl soweit nötig weiterzuentwickeln und damit ein kleines Stücklein Geschichte zu schreiben.

Die vielschichtige Entwicklung der Rolle des Bundesgerichts scheint einer Einteilung in Perioden entgegenzustehen. Doch auch sie weist ähnlich wie das menschliche Leben, das oft ohne grosse Zäsuren verläuft, gewisse Einschnitte auf. Solche stellen in erster Linie die grösseren Änderungen der Gesetzgebung und vereinzelt auch der Verfassung dar. Sie veranlassten das Bundesgericht stets von Neuem zur Ausbalancierung

der Institution und der ihr übertragenen Funktionen. Wie bereits angetönt wird nachfolgend die Entwicklung der Rolle des Bundesgerichts aus der Retrospektive als *Werdegang* mit mehreren Phasen des Wachsens, des Reiferwerdens und späterer Veränderungen dargestellt. Allerdings wäre es falsch, in der präsentierten Abfolge der Phasen eine folgerichtige oder gar zwingende Entwicklung zu sehen. Die vorgenommene Periodisierung dient lediglich dazu, die nicht leicht zu identifizierenden sukzessiven Veränderungen der bundesgerichtlichen Rolle besser fassbar zu machen.

1. Anfang (1848–1874): Begründung der bundesgerichtlichen Rolle durch Gewährung von Rechtsschutz

Nach längeren Wehen verlief die Geburt des Bundesgerichts hastig und improvisiert. Es schien, als sei die neugeborene Institution nur knapp akzeptiert; jedenfalls war sie nicht wirklich erwünscht. Die nach der Errichtung einsetzende *Anfangsphase* des neuen Gerichts dauerte rund 25 Jahre, bis zur ersten Totalrevision der Bundesverfassung. Es fehlten dem Gericht nicht nur Gebäude, Amtssitz und fest angestellte Richter, sondern es verfügte auch über kein eigenes Organ für die Publikation seiner Entscheide.⁸ Das hat zur These verleitet, das 1848 geschaffene Bundesgericht verdiene seinen Namen nicht, die Geschichte des Gerichts beginne erst mit

⁸ Über wichtige Entscheide rapportierte das Bundesgericht in dieser Zeit in seinen Geschäftsberichten an die Bundesversammlung. Über einzelne Entscheide wurde zudem in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) berichtet.