

Margit Osterloh

Die Justizinitiative: Gründe für die qualifizierte Losauswahl

Die Justizinitiative trifft auf ein hohes Unverständnis der Parlamentarier wie auch der Bevölkerung über das vorgesehene qualifizierte Losverfahren. Dies ist auch darin begründet, dass wenig Informationen über dieses heute ungewohnte Vorgehen verbreitet sind. Der Beitrag will einerseits notwendige Informationen bereitstellen und andererseits einige Einwände gegen die Justizinitiative entkräften.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Politische Rechte; Staatsorganisation und Behörden

Zitiervorschlag: Margit Osterloh, Die Justizinitiative: Gründe für die qualifizierte Losauswahl, in: Jusletter 1. November 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Ist das Losverfahren für die Schweiz systemfremd?
3. Widerspricht das Losverfahren der Besten-Auswahl?
4. Bedeutet die vorgesehene Expertenkommission nur eine blosser Machtverschiebung?
5. Wird die demokratische Legitimation geschwächt?
6. Sind die vorgesehenen Regelungen zu ungenau?
7. Zusammenfassung

1. Einleitung

[1] Am 28. November 2021 findet eine staats- und justizpolitisch wichtige Volksabstimmung statt: die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger können Stellung nehmen zur sog. Justizinitiative. Diese schlägt grundlegende Änderungen bei der Bestellung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter vor. Das Wiederwahlverfahren soll abgeschafft und ersetzt werden durch eine Wahl bis zum Pensionsalter, ergänzt durch ein neues Amtsenthebungsverfahren für den Fall der Verhinderung in der korrekten Amtsausübung. Die sog. Mandatssteuer, die jährliche Abgabe, welche die Richterinnen und Richter «ihren» Parteien als Gegenleistung für die Wahl entrichten müssen, entfällt. Das Auswahlverfahren soll von den Parteien entkoppelt werden, Parteizugehörigkeit soll kein Wahlkriterium mehr sein, sondern ausschliesslich die Befähigung für das Amt; die Auswahl der für das Amt qualifizierten Personen soll durch eine parteipolitisch unabhängige, durch den Bundesrat eingesetzte Kommission von Experten aus verschiedenen Fachgebieten vorgenommen werden. Aus den für das Amt qualifizierten Personen soll die Auswahl für die zu besetzenden Stellen mittels Losziehung erfolgen.

[2] Viele dieser Änderungen werden von der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter seit vielen Jahren gefordert: Aufhebung des Wiederwahlverfahrens und Schaffung einer Amtsenthebungsmöglichkeit, Abschaffung der Mandatssteuer, Öffnung des Amtes auch für Parteilose, stattdessen die fachliche und persönliche Eignung für das Amt als entscheidendem Auswahlkriterium. In den letzten Jahren wurden Anpassungen in diesen Bereichen auch von der Staatengruppe gegen Korruption des Europarates, GRECO, verlangt.¹ Von vielen Personen werden daher diese vorgeschlagenen Änderungen begrüsst. Vielfach auf Skepsis stösst dagegen das vorgeschlagene fokussierte oder qualifizierte (d.h. mit vorgeschalteter Auswahl durch eine Expertenkommission) Losverfahren.

[3] Um etwas mehr Klarheit in die Diskussion zu bringen und die verschiedenen Schlagworte näher unter die Lupe zu nehmen, hat Weblaw am 16. August 2021 in Form eines Webinars eine Podiumsdiskussion zur Justizinitiative durchgeführt, an welcher Ständerat Dr. Andrea Caroni, Prof. Dr. Andreas Glaser, RA Dr. Mark Livschitz und die Autorin dieses Beitrages teilnahmen; moderiert wurde die Diskussion von Stephan Klapproth. Die Podiumsdiskussion ist auf dem Youtube Kanal von Weblaw abrufbar.

¹ Vgl. Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), vierte Evaluationsrunde, Prävention von Korruption bei Mitgliedern von Parlamenten, Gerichten und Staatsanwaltschaften, Evaluationsbericht Schweiz vom 15. März 2017, abrufbar unter <https://rm.coe.int/16806fced9>.

[4] In der Diskussion hat sich gezeigt, dass in Bezug auf mehrere Punkte, insbesondere das qualifizierte Losverfahren betreffend, noch zusätzlicher Informationsbedarf besteht. Diese Informationen sollen mit dem vorliegenden Beitrag angeboten werden.

2. Ist das Losverfahren für die Schweiz systemfremd?

[5] In der Schweiz haben Losverfahren eine lange und reichhaltige Tradition. Die Freiburger Geheime Kammer legte schon 1625 eine erste Fassung eines Losverfahrens vor. Ihr Modell wurde anschliessend von zahlreichen Gemeinden und Kantonen übernommen und vielfach variiert, was auch in den unterschiedlichen Bezeichnungen zum Ausdruck kam. Beispiele sind «Blinde Wahl» in Freiburg, «Kügello» in Glarus, «Glückswahl» in Schwyz oder «Blindes Loos» in Bern.² Bei den Berner Rats- und Ämterwahlen wurden Losverfahren ab 1680 eingeführt. Diese Zeit galt als die grosse Zeit des Loses in Bern.³ In Basel wurden ab 1688 Losverfahren für wirtschaftlich, politisch und juristische Führungspositionen angewandt.⁴ An der Universität Basel galt von 1718 bis 1818 für die Professorenwahl die «Wahl zu Dreyen», d.h. ein zweistufiges Losverfahren. In diesem wurden zuerst drei Berufungskommissionen per Zufall aus der Professorenschaft ausgewählt. In einem zweiten Schritt wurden dann die Lehrstühle im «Ternarium» aus den von den Kommissionen gewählten Spitzenkandidaten per Los besetzt.⁵

[6] Bemerkenswert ist: Zu dieser Zeit richtete sich das über den europäischen Kontinent ausbreitende staatlich organisierte Glücksspiel am Losverfahren bei der Ämterwahl aus, keineswegs umgekehrt.⁶ Auch dies zeigt die weite Verbreitung der Zufallsauswahl wichtiger Positionen zu dieser Zeit.

[7] Losauswahl ist deshalb für die Schweiz keineswegs ein unbekanntes, systemfremdes Verfahren, es ist nur ab dem Beginn des 19. Jahrhunderts in Vergessenheit geraten. Warum, ist nicht ganz geklärt. Eine wichtige Rolle haben die Aufklärung und die Französische Revolution gespielt. Es setzte sich die Überzeugung von der Überlegenheit menschlicher Rationalität durch, wodurch Zufallsverfahren in den Ruch der Irrationalität gerieten.⁷ Heute hat die wissenschaftliche Entscheidungsforschung gezeigt, dass es erhebliche Grenzen der Rationalität gibt, einerseits als systematische Verzerrung («bias»)⁸ und andererseits als unerwünschte Streuung von Urteilen

² Vgl. ALEXANDRE FONTAINE/ANTOINE CHOLLET, Das Losverfahren, eine Geschichte der Abwandlungen und Transfers?, in: Dieselben (Hrsg.), Erfahrungen des Losverfahrens in der Schweiz und in Europa (16.-21. Jahrhundert), Bibliothèque am Guisanplatz, Bern 2018, S. 17–20.

³ Vgl. NADIR WEBER, Gott würfelt nicht. Losverfahren und Kontingenzbewältigung in der Republik Bern (17. und 18. Jahrhundert), in: Alexandre Fontaine/Antoine Chollet (Hrsg.), Erfahrungen des Losverfahrens in der Schweiz und in Europa (16.-21. Jahrhundert), Bibliothèque am Guisanplatz, Bern 2018, S. 47–65.

⁴ Vgl. MALTE DOEHNE/JONAS GEWEKE/KATJA ROST, You can make it if you try: Focal random selection breaks up power monopolization, Working Paper University of Zürich 2020.

⁵ Vgl. KATJA ROST/MALTE DOEHNE, Die Wahl zu Dreyen. Die Zufallswahl von Professoren an der Universität Basel im 18. Jahrhundert, in: Margit Osterloh/Katja Rost (Hrsg.), Der Zufallsmechanismus: ein neues Paradigma für bessere Entscheidungen, in: Zeitschrift für Organisation (ZfO) 2019, S. 169–174.

⁶ Vgl. TILMAN HAUG, Fortunas «little tool of knowledge». Staatliche Lotterien und ihre Verwaltung im 18. Jahrhundert in praxeologischer Perspektive, in: Alexandre Fontaine/Antoine Chollet (Hrsg.), Erfahrungen des Losverfahrens in der Schweiz und in Europa (16.-21. Jahrhundert), Bibliothèque am Guisanplatz, Bern 2018, S.173–195.

⁷ Der Zusammenhang zwischen Vernunftglaube und strikter Beschränkung der Demokratie auf das repräsentative System wird ausführlich erläutert in: BRUNO S. FREY/OLIVER ZIMMER, Mehr Demokratie wagen? Volksherrschaft im 21. Jahrhundert, erscheint 2022.

⁸ Vgl. DANIEL KAHNEMAN, Schnelles Denken, langsames Denken, Siedler, München 2011.

(«noise»)⁹ Diese Grenzen zu ignorieren heisst, sich der Illusion der Rationalität hinzugeben. Institutionelle Verfahren zum kontrollierten Umgang mit eingeschränkter Rationalität, welche das Risiko von Fehlentscheidungen reduzieren können – wie z.B. das qualifizierte Losverfahren – werden nicht mehr in die Überlegungen einbezogen.

[8] Angesichts unseres heutigen Wissens über die Grenzen der Rationalität – auch und gerade in der politischen Entscheidungsfindung – ist es an der Zeit, ein in der Schweiz bewährtes Verfahren wieder zu beleben. Der Schweizer Nationalfonds hat es bereits getan.¹⁰

3. Widerspricht das Losverfahren der Besten-Auswahl?

[9] Vielfach wird behauptet, dass mit dem qualifizierten Losverfahren – d.h. Auslosen nach vorheriger fachlicher Vorauswahl – nicht «die Besten» zum Zuge kämen. Bloss: nicht nur führt das bisherige Verfahren keineswegs zur Wahl des oder der Besten, sondern das qualifizierte Losverfahren bringt bessere Ergebnisse. Dies aus mehreren Gründen:

[10] Zum *ersten* ist – wie erwähnt – die rationale Wahl eines besten Kandidierenden wegen der Grenzen der Rationalität ohnehin eine Illusion. Wie KAHNEMANN et al.¹¹ ausführlich dargestellt haben, gleichen Entscheidungen faktisch einer (unkontrollierten) Lotterie. Die Verzerrungen sind in Gruppenentscheidungen – wie etwa Entscheidungen in der Gerichtskommission – sogar grösser als bei unabhängigen Urteilen einzelner Personen.

[11] Zum *zweiten* verhindert die derzeit geltende Zugangsbeschränkung durch die Parteienbindung, dass parteilose Kandidierende zum Zuge kommen. Nur etwa sieben Prozent der stimmberechtigten Bevölkerung der Schweiz gehören einer Partei an. Auch wenn es unter Juristen mehr sein mögen, so darf vermutet werden, dass es zahlreiche hervorragende Juristinnen und Juristen gibt, welche keiner Partei angehören beziehungsweise nicht Mitglied derjenigen Partei sind, deren Sitz gerade frei wurde.¹² Das bewirkt, dass heute möglicherweise «die Besten» gar nicht erst kandidieren.

[12] Zum *dritten* haben wir in unserer Forschung zur Anwendung von qualifizierten Losverfahren nachgewiesen, dass sich bei Ankündigung solcher Verfahren erheblich mehr leistungsstarke Aussenseiter bewerben als im herkömmlichen Verfahren. Der Grund liegt darin, dass sich bei Ankündigung eines Losverfahrens die Aussenseiter «mehr trauen». Sie fühlen sich weniger von negativen Vorurteilen behindert und verlieren im Fall der Nichtwahl nicht ihr Gesicht. Wir konnten diesen Effekt zum einen in einem Laborexperiment für die Bewerbung von Frauen zeigen,¹³ zum anderen mit historischer Forschungsarbeit: Die Stadt Basel hat im 18. Jahrhundert für den politisch wichtigen Kleinen Rat ein qualifiziertes Zufallsverfahren angewandt und damit den Einfluss des alteingesessenen «Basler Daigs» zurückgedrängt. Dadurch hat sich der Anteil der

⁹ Vgl. DANIEL KAHNEMAN/OLIVIER SIBONY/CASS R. SUNSTEIN, Noise. Was unsere Entscheidungen verzerrt und wie wir sie verbessern können, Siedler, München 2021.

¹⁰ Vgl. MATTHIAS EGGER, Das Los kann entscheiden, wenn es eng wird, in: Schweiz. Nationalfonds, 31. März 2021, <https://www.snf.ch/de/JyifP2I9SUo8CPx1/news/news-210331-das-los-kann-entscheiden>.

¹¹ KAHNEMAN (Fn. 8).

¹² Vgl. MARK LIVSCHITZ, Die Justizinitiative in den Augen von Bundesbern, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2021/1.

¹³ Vgl. JOEL BERGER/MARGIT OSTERLOH/KATJA ROST, Focal random selection closes the gender gap in competitiveness, in: Science Advances 2020/6 (47), eabb2142.

vormaligen Aussenseiter mehr als verdreifacht.¹⁴ Es darf vermutet werden, dass damit auch die Diversität der Gesichtspunkte vervielfacht wurde, welche in der Regel zu besseren Problemlösungen führt¹⁵ und die Interessen breiterer Bevölkerungsschichten berücksichtigt.

[13] Zum *vierten* haben wir in unserer Forschung gezeigt, dass per Los Gewählte – auch die besonders leistungsfähigen – bescheidener und eher zu prosozialem Verhalten bereit sind als solche, die durch eine herkömmliche Wahl bestimmt werden.¹⁶ Auch das bewirkt, dass durch Zufallsverfahren geeignete Kandidierende gefördert werden.

[14] Schliesslich wurde in der Podiumsdiskussion wie auch im Nationalrat die Frage gestellt: «Würden Sie sich einen Lebenspartner oder einen Lebenspartnerin per Losverfahren wünschen?» Diese Frage verkennt völlig eine der notwendigsten Eigenschaften eines Richters oder einer Richterin, nämlich die persönliche Neutralität und Unabhängigkeit – das Gegenteil dessen, was wir von einer Lebenspartnerschaft erwarten. Losverfahren tragen insofern zur Auswahl besonders geeigneter Kandidaten bei, als sie besser als alle anderen Verfahren Neutralität und Unabhängigkeit gewährleisten.

4. Bedeutet die vorgesehene Expertenkommission nur eine blosser Machtverschiebung?

[15] Weiterhin wurde die Frage aufgeworfen, ob mit der Einsetzung einer Expertenkommission nicht bloss eine Machtverschiebung von einem Gremium – der Gerichtskommission – zu einem anderen Gremium – der neuen Expertenkommission – stattfinden würde. Zudem würde bei der Besetzung der neuen Expertenkommission, welche durch den Bundesrat eingesetzt wird, eine Machtverschiebung vom Parlament zur Exekutive stattfinden.

[16] Dazu ist *erstens* festzuhalten, dass das Losverfahren per se die Macht jedes Gremiums reduziert, weil die finale Auswahl nun nicht mehr in der Hand des Gremiums liegt. Zweitens ist in einem multidisziplinären, nicht allein nach Parteizugehörigkeit zusammengesetzten Gremium die politische Diversität und Unabhängigkeit der Mitglieder wesentlich grösser als in der Gerichtskommission. In dieser sind Nicht-Parteimitglieder a priori ausgeschlossen. Die grössere Vielfalt und Unabhängigkeit bewirkt eine effizientere Machtkontrolle. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass der Bundesrat bei der Auswahl der Mitglieder der Expertenkommission auch auf eine politische Ausgewogenheit achten wird. Aber es ist zu erwarten, dass auch zahlreiche parteiungebundene Experten vertreten sein werden. Je grösser die Diversität, desto stärker wird das Risiko des Machtmissbrauchs reduziert. Und drittens wird es in der Hand des Parlamentes liegen, die gesetzliche Ausgestaltung der Bestimmungen zu Fachkommission und Losverfahren so festzulegen, dass die Einflussmöglichkeiten der Fachkommissions-Mitglieder auf die – endgültige – Bestimmung neuer Richterinnen und Richter nicht zu gross werden; dies beispielsweise, indem gesetzlich festgelegt wird, dass die Fachkommission eine Mindestanzahl von Personen pro zu besetzende Stelle – z.B. 8 oder 10 – vorschlagen muss.

¹⁴ Vgl. DOEHNE/Geweke/Rost (Fn. 4).

¹⁵ Ähnlich wie passiv verwaltete Anlagefonds mit hoher Diversität im Durchschnitt diejenigen Fonds übertreffen, die aktiv gemanagt werden, vgl. Knut GRIESE/Alexander Kempf, Lohnt aktives Fondsmanagement aus Anlegersicht?, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 73, 2003, S. 201–224.

¹⁶ Vgl. Joel Berger/Margit Osterloh/Katja Rost/Thomas Ehrmann, How to prevent leadership hubris? Comparing competitive selections, lotteries, and their combination, in: The Leadership Quarterly 2020, 101388.

5. Wird die demokratische Legitimation geschwächt?

[17] Argumentiert wurde, dass die demokratische Legitimation auf mehrfache Weise geschwächt würde. Zum *ersten* sieht die Initiative vor, dass nicht mehr das Parlament die Bundesrichter ernannt, sondern dass sie aus einem von einer Expertenkommission ausgewählten Pool per Los bestimmt werden. Dadurch würde eine demokratische Legitimation der Richterinnen und Richter fehlen. Zum *zweiten* würde durch das Entfallen der Wiederwahl die periodische Erneuerung der demokratischen Legitimation entfallen. Zum *dritten* würde mit der interdisziplinär zusammengesetzten Expertenkommission die repräsentative Vertretung der Meinungen und Haltungen verloren gehen, welche derzeit in der nach Parteienproporz zusammengesetzten Gerichtskommission gegeben wäre.

[18] Zum *ersten* Einwand: Richtig ist, dass das Parlament auf die Richterwahl mit der Losauswahl keinen Einfluss mehr hat. Tatsächlich ist aber beim heutigen Verfahren das Parlament lediglich eine Akklamationsinstanz einer eher intransparenten Auswahl durch die Gerichtskommission.¹⁷ Zudem liegt dem Einwand das unzutreffende Bild einer demokratischen Legitimationskette – vom Volk, über das Parlament, zu Regierung bzw. Justiz – zugrunde: Dieses Bild funktioniert nur unter der Bedingung, dass vom Ursprung der Kette her, d.h. vom Volk, über das Parlament auch korrigierend – durch Nicht-Wiederwahl – eingegriffen werden kann, wenn die gewählten Repräsentanten die politischen Erwartungen der Mehrheit nicht erfüllen. Die Nicht-Wiederwahl aus politischen Überlegungen verträgt sich aber nicht mit der notwendigen Unabhängigkeit der Justiz, welche im Interesse der Rechtsuchenden zu gewährleisten ist: die Rechtsuchenden müssen darauf vertrauen können, dass die Gerichte ihre Urteile unbeeinflusst und unabhängig, einzig gestützt auf Gesetz und Verfassung fällen.¹⁸ Die demokratische Legitimation der Judikative ergibt sich daher aus der Bindung der Richterinnen und Richter an die vom Parlament erlassenen Gesetze, nicht aus der Zustimmung des Parlaments zur Ernennung einzelner Richterinnen oder Richter.¹⁹ Deshalb kennen auch fast alle anderen demokratischen Rechtsstaaten kein solches Wiederwahlsystem.²⁰

[19] Das zuletzt genannte Argument gilt auch für den *zweiten* Einwand. Die regelmässige Wiederwahl der Bundesrichter schwächt die richterliche Unabhängigkeit. Sie birgt die Gefahr von «Denkzetteln» für Richter, deren Entscheidungen der jeweils entsendenden Partei missfallen. Zwar hat im vieldiskutierten Fall des Bundesrichters Yves Donzallaz das Parlament den «Denkzettel» der SVP abgewehrt, aber ein Konformitätsdruck ist kaum zu bestreiten.

[20] Zum *dritten* Einwand: Die Wahlforschung hat gezeigt, dass die Parteizugehörigkeit kein repräsentatives Bild der Bevölkerung abgibt.²¹ Diversitätskriterien wie Stadt- und Landbevölkerung, Migrations- und Bildungshintergrund oder sexuelle Orientierung werden nicht adäquat abgebildet. Somit stellt der Parteienproporz in der Gerichtskommission keineswegs ein repräsentatives Abbild der Meinungen und Werthaltungen der Bevölkerung dar.

¹⁷ Vgl. ARTHUR BRUNNER/THOMAS STADELMANN, Die Vorbereitung von Richterwahlen durch parlamentarische Kommissionen, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2021/1.

¹⁸ Vgl. CATHERINE REITER/THOMAS STADELMANN, Informelle Hierarchien in der Justiz, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2021/3.

¹⁹ Vgl. AXEL TSCHENTSCHER, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, Tübingen 2006.

²⁰ Vgl. THOMAS STADELMANN, Einleitung in die Schwerpunktausgabe, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2021/1.

²¹ Vgl. z.B. THOMAS MILIC, Steuern die Parteien das Volk? Der Einfluss der Parteien auf die inhaltliche Argumentation ihrer Anhängerschaften bei Schweizer Sachabstimmungen, in: Zeitschrift für Politikwissenschaft 20/1, S. 3–45.

[21] Es handelt sich hier um das Spannungsfeld zwischen *statistischer* und *politischer* Repräsentation.²² Repräsentanten im *statistischen* Sinne sollen ein Spiegelbild der Bevölkerung darstellen, welches am effizientesten durch das Los bestimmt wird. Sie vertreten nur sich selber und sind keinem Wähler und keiner Wählerin rechenschaftspflichtig (Selbstbeauftragung). Ihre Legitimation liegt in der Vertretung ihrer eigenen Interessen als statistisch repräsentativen, unabhängigen Subjekten. Diese Form der Repräsentation beruft sich auf das aufklärerische Postulat, dass der Wille von Einzelnen stets gleich zu behandeln ist. Repräsentanten im *politischen* Sinne hingegen werden durch demokratische Entscheidungsprozesse bestimmt. Sie sollen die Interessen ihrer Wählerschaft vertreten, der gegenüber sie rechenschaftspflichtig sind (Fremdbeauftragung).²³ Diese Form der Repräsentation beruft sich auf kollektive, deliberative Willensbildungsprozesse unter Einschluss von Expertenmeinungen. Deren Ergebnisse beanspruchen Allgemeingültigkeit. Weil dies aber mitunter in ein Bevormundungsverhältnis zwischen politischen Repräsentanten und statistisch Repräsentierten führt, muss in der praktischen Ausgestaltung demokratischer Prozesse ein Ausgleich zwischen den Formen der politischen und statistischen Repräsentation gefunden werden. Genau das leistet die qualifizierte Zufallsauswahl. Allerdings ist das mit einem Machtverlust der politischen Repräsentanten verbunden. Daraus lässt sich die fast einhellige Ablehnung der Justizinitiative durch den Bundesrat, den National- und den Ständerat erklären.

6. Sind die vorgesehenen Regelungen zu ungenau?

[22] Schliesslich wurde moniert, die von der Justizinitiative vorgeschlagenen Regelungen bezüglich Expertenkommission und Losverfahren würden viele Fragen offen lassen. Das trifft zu. Es ist aber nicht anders möglich bei einer Initiative, welche Verfassungsänderungen vorschlägt: In die Verfassung gehören die Grundsätze, die Details sind in der Gesetzgebung zu regeln. Die Zeit für die Ausformulierung von Gesetzesregelungen kommt erst nach der Abstimmung. Dennoch sollen an dieser Stelle einige Überlegungen vorgestellt werden, die in ein Gesetzesprojekt einfließen könnten.²⁴

[23] Zum *ersten* sollte die Expertenkommission möglichst vielfältig und interdisziplinär zusammengesetzt sein und keineswegs nur aus Mitgliedern der im Parlament vertretenen Parteien bestehen. Wünschbar wäre, dass sie ihrerseits ganz oder teilweise – etwa zur Hälfte – zufällig aus einem Pool ausgewählt wird.²⁵ Dadurch werden Absprachen innerhalb der Kommission verhindert, eingefahrene Verhaltensmuster aufgelöst und Gruppendenken reduziert. Die Chancen für qualifizierte Aussenseiter steigen, zum Losentscheidernominiert zu werden.

[24] Zum *zweiten* sollte die Anzahl der Kandidierenden, die zum Losentscheid zugelassen werden, unveränderlich sein. Damit werden manipulative Verengungen auf bevorzugte Kandidie-

²² Vgl. HANNAH F. PITKIN, *The Concept of Representation*. Berkeley (University of California Press) 1967; DANIEL BARON, *Das schwere Los der Demokratie. Chancen und Grenzen zufallsbasierter Beteiligungsverfahren*, Tectum Verlag, Marburg 2014, S. 173 ff.

²³ HANNAH PITKIN (Fn. 22) fasst dies unter der Gegenüberstellung von Repräsentation als «standing for» (Stehen einer statistisch repräsentativen Person für eigene Interessen) und Repräsentation als «acting for» (Handeln für die Interessen Dritter, durch welche man gewählt wurde).

²⁴ Vgl. KATJA ROST/MALTE DOEHNE/MARGIT OSTERLOH, *Richter*in per Los. Zur ablehnenden Haltung des Bundesrates und Gründe für die Umsetzung der Justizinitiative*, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2021/1.

²⁵ Vgl. HUBERTUS BUCHSTEIN, *Lotterie mit der Judikative? Die demokratische Tradition von Losverfahren bei der Besetzung von Gerichten*, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2021/1.

rende verhindert. Grundsätzlich gilt, dass eine möglichst hohe Anzahl von Kandidierenden mit hoher Qualifikation ausgewählt werden sollen, um Aussenseitern eine bessere Chance zu geben. Die Analysen zur qualifizierten Loswahl in der Stadt Basel haben ergeben, dass erst eine Poolgrösse von sechs Kandidaten es ermöglicht hat, den alten «Basler Daig» aufzubrechen.²⁶ Hingegen ist es nicht nötig, dass alle Kandidierenden in allen Dimensionen gleich oder gleich gut sind. Eher ist das Gegenteil richtig: Richterliche Entscheidungen sind komplex und zudem sind die auf sie zukommenden Probleme heute vielfach noch unbekannt. Deshalb muss Homogenität sogar vermieden werden. Eine hohe kognitive und personelle Diversität ist auch hilfreich, um Gruppendenken zu vermeiden.

[25] *Zum dritten* sollte eine Stratifizierung des zur Losauswahl zugelassenen Kandidatenpools nur in Ausnahmefällen – z.B. nach Sprachregionen – vorgenommen werden. Es kann dabei durchaus vorkommen, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt z.B. die Geschlechter oder die politischen Orientierungen nicht ausgeglichen repräsentiert sind. Dafür aber steigt die Chance, dass vorab nicht berücksichtigte Merkmale wie soziale Herkunft, sexuelle Orientierung, körperliche Behinderung oder weitere, gar nicht bekannte oder nicht bewusst wahrgenommene Merkmale im Zeitablauf angemessen vertreten sind. Die Sicherung einer repräsentativen Vielfalt ergibt sich über mehrere Wahlvorgänge.

7. Zusammenfassung

[26] Zusammenfassend kann festgehalten werden: Die qualifizierte Losauswahl für Schweizerische Bundesrichterinnen und Bundesrichter ist weder ein Fremdkörper für die Schweiz noch führt sie dazu, dass «die Besten» nicht zum Zuge kommen. Schon die historischen Beispiele der Anwendung dieses Verfahrens in der Schweiz zeigen, dass im Gegenteil das Risiko von unzulänglichen Personalentscheidungen gemindert wird. Dies deshalb, weil wegen der Vorauswahl durch ein neutrales Expertengremium verbunden mit der Losauswahl die Anzahl und Diversität von geeigneten Kandidierenden deutlich vergrössert wird.

[27] Auch kann der Einwand zurückgewiesen werden, dass das Verfahren eine blosser Machtverschiebung von der Gerichtskommission auf die vorgesehene Expertenkommission darstellt. Jede Form von Diversität ist machtbegrenzend. Der vorgesehene Wegfall der Parteienbindung der möglichen Kandidierenden sowie des Auswahlgremiums bewirkt zusammen mit dem Losverfahren eine hohe Steigerung der Diversität und damit eine Machtreduktion.

[28] Das vorgesehene qualifizierte Losverfahren erhöht die demokratische Legitimation auf zweierlei Weise. Zum ersten wird die richterliche Unabhängigkeit erhöht, weil per Los Gewählte niemandem ausser den vom Parlament erlassenen Gesetzen verpflichtet sind. «Denkzettel» sind nicht möglich. Zum zweiten wird durch das Losverfahren die Diversität der Kandidierenden erhöht und damit eine grössere Repräsentativität im statistischen Sinne erreicht. Aussenseiter haben eine bessere Chance, ihre Sichtweisen einzubringen.

[29] Schliesslich ist der Feststellung zuzustimmen, dass die Regelungen der Justizinitiative noch viele Fragen offen lässt. Da es sich aber um eine Verfassungsänderung handelt, gehören Detailregelungen in die Gesetzgebung durch das Parlament. Gleichwohl werden einige Überlegungen

²⁶ DOEHNE/Geweke/Rost (Fn. 4).

zur Ausgestaltung präsentiert. Sie wollen dazu beitragen, die Vorteile des qualifizierten Losverfahrens möglichst vollständig zur Geltung zu bringen.

Prof. Dr. Dr. h.c. MARGIT OSTERLOH ist emeritierte Professorin der Universität Zürich, ständige Gastprofessorin an der Universität Basel und Forschungsdirektorin von CREMA (Center for Research in Economics, Management and the Arts), Zürich.