

DANIELA THURNHERR  
Prof. Dr. iur., LL.M. (Yale)  
Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Basel

# **Spruchkörperbildung durch das Bundesverwaltungsgericht**

*Überprüfung von Rechtsgrundlagen und Praxis der  
Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht*

24. März 2023

## Inhaltsverzeichnis

I.	Zusammenfassung .....	5
II.	Vorbemerkungen .....	6
A.	Hintergrund und Fragestellung .....	6
B.	Relevante Grundlagen.....	7
C.	Vorgehensweise .....	7
III.	Terminologie .....	8
A.	Begriff der Spruchkörperbildung.....	8
B.	Geschäftsverteilung – Geschäftszuteilung – Spruchkörperbildung.....	8
C.	Konstituierung der Abteilungen.....	9
IV.	Rechtliche Rahmenbedingungen der Spruchkörperbildung.....	10
A.	Einleitende Bemerkungen.....	10
B.	Vorgaben hinsichtlich der Spruchkörperbildung.....	10
1.	Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben .....	10
a)	Anspruch auf ein verfassungs- bzw. völkerrechtskonformes Gericht.....	10
(1)	Tragweite.....	10
(2)	Konsequenzen für die Spruchkörperbildung.....	10
2.	Soft Law .....	14
C.	Anforderungen an die Rechtsprechung und Geschäftsführung des Bundesverwaltungsgerichts .....	15
1.	Allgemeine Anforderungen .....	15
2.	Abteilungsspezifische Besonderheiten .....	16
a)	Unterschiedliche Fallzahlen und thematische Breiten in den einzelnen Abteilungen.....	16
b)	Behandlungsfristen .....	16
3.	Folgen für die Spruchkörperbildung.....	17
D.	Fazit.....	17
V.	Jüngere Beurteilungen der Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht.....	19
A.	Überblick.....	19
B.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	19
C.	Bericht der PVK zuhanden der GPK des National- und des Ständerats.....	20
1.	Gegenstand .....	20
2.	Zentrale Erkenntnisse .....	21
D.	Bericht der GPK des National- und Ständerats zur Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten .....	24
1.	Gegenstand .....	24
2.	Empfehlungen an die Adresse des Bundesverwaltungsgerichts.....	24
E.	Studie von BÜCHEL ET AL. ....	26
1.	Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisziel .....	26
2.	Zentrale Feststellungen.....	27
a)	Automatische und manuelle Spruchkörperbildung.....	27

b)	Anwenderkreis der Fallzuteilungssoftware.....	27
c)	Regelungsdefizite und Diskrepanzen zwischen den Abteilungsreglementen .....	28
d)	Grenzen der automatischen Spruchkörperbildung .....	28
3.	Identifiziertes Verbesserungspotential .....	29
F.	Fazit.....	29
VI.	Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht.....	31
A.	Einleitende Bemerkungen .....	31
B.	Rechtsgrundlagen.....	31
1.	Verwaltungsgerichtsgesetz .....	31
2.	Regelungen auf Reglementsstufe .....	31
a)	Bisherige Vorgaben .....	31
(1)	Geschäftsreglement für das Bundesverwaltungsgericht (VGR) .....	31
(2)	Abteilungsreglemente .....	32
b)	Jüngst erfolgte Anpassungen .....	33
(1)	Fachgebiete (Art. 25a VGR).....	33
(2)	Geschäftsverteilung (Art. 26 VGR) .....	33
(3)	Geschäftszuteilung (Art. 31 VGR) .....	34
(4)	Spruchkörperbildung (Art. 32 VGR).....	35
(5)	Anpassung der Spruchkörper (Art. 32a VGR).....	36
(6)	Zuständigkeiten für die Geschäftszuteilung und die Spruchkörperbildung (Art. 32b VGR).....	36
(7)	Bekanntgabe der Spruchkörper (Art. 32c VGR).....	37
C.	Praktische Umsetzung.....	37
1.	Zum Verhältnis zwischen Regelungen und Praxis.....	37
2.	Ablauf der Geschäftsverteilung und Spruchkörperbildung .....	37
a)	Überblick .....	37
b)	Zuhilfenahme einer Software.....	38
c)	Bestimmung des Spruchkörpers durch die Fallzuteilungssoftware.....	40
3.	Spruchkörper-Controlling.....	41
VII.	Überprüfung der Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht.....	42
A.	Einleitende Bemerkungen .....	42
B.	Normierung der Spruchkörperbildung .....	43
1.	Vollständigkeit.....	43
a)	Vorbemerkung: Beurteilungskriterien .....	43
b)	Zuständigkeit für die Spruchkörperbildung .....	43
c)	Kriterien für die Spruchkörperbildung.....	44
(1)	Kriterienkreis .....	44
(2)	Spielräume bei der Anwendung der Kriterien .....	44
d)	Zeitpunkt der Spruchkörperbildung .....	46
e)	Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung.....	47
f)	Abänderung des Spruchkörpers .....	47
2.	Inhaltliche Recht- und Zweckmässigkeit .....	48
a)	Vorbemerkung: Beurteilungskriterien .....	48
b)	Zuständigkeit für Spruchkörperbildung .....	48
c)	Kriterien für die Spruchkörperbildung.....	49
d)	Zeitpunkt der Spruchkörperbildung .....	50
e)	Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung.....	50
f)	Abänderung des Spruchkörpers .....	51
C.	Recht- und Zweckmässigkeit der Praxis der Spruchkörperbildung.....	52
1.	Vorbemerkung: Beurteilungskriterien .....	52

2. Handhabung der Kriterien für die Spruchkörperbildung und Spruchkörperanpassung.....	52
3. Festlegung des Zeitpunkts der Spruchkörperbildung.....	53
4. Verhältnis zwischen automatischer und manueller Spruchkörperbildung.....	54
D. Flankierende Massnahmen zur Sicherstellung der korrekten Spruchkörperbildung.....	55
1. Bedeutung.....	55
2. Konkretisierung der Spielräume auf der Ebene der Abteilungen, Kammern und Fachgebiete.....	55
3. Transparenz.....	57
a) Gerichtsintern sowie gegenüber den Aufsichtsbehörden.....	57
b) Gegenüber der Öffentlichkeit.....	57
4. Spruchkörper-Controlling.....	58
Literatur.....	60
Materialien.....	62
Abkürzungen.....	63

## I. Zusammenfassung

1. Das BVGer hat in der jüngeren Vergangenheit – ausgelöst auch durch externe Überprüfungen – seine Rechtsgrundlagen sowie seine Praxis der Spruchkörperbildung in verschiedenerlei Hinsicht optimiert. Im Rahmen der kürzlich erfolgten Anpassungen des VGR wurde die Spruchkörperbildung und -anpassung auf Gesamtgerichtsstufe geregelt und damit Transparenz geschaffen. Gleichzeitig wurde die Zuständigkeitsordnung präzisiert und eine einheitliche Regelung für die Bekanntgabe des Spruchkörpers an die Parteien geschaffen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird festgestellt, dass die Regelung der Spruchkörperbildung am BVGer weitgehend vollständig und inhaltlich recht- sowie zweckmässig ist. Das BVGer findet dabei einen angemessenen Ausgleich zwischen den Geboten der Objektivität und der Transparenz einerseits sowie dem in der beachtlichen Grösse des BVGer und seinem vielfältigen Zuständigkeitsbereich gründenden Bedürfnis nach einer gewissen Flexibilität. Auch die diesbezügliche Praxis bietet keinerlei Grund für Beanstandungen. Positiv hervorzuheben ist, dass das neu eingeführte Spruchkörper-Controlling auch eine Auwertung bezüglich der Personen, welche die Spruchkörperbildung vorgenommen haben, erlaubt. Damit lässt sich kontrollieren, ob ausschliesslich hierzu autorisierte Personen an der Spruchkörperbildung partizipieren.
2. Die Empfehlungen, die seitens der GPK des National- und Ständerats an das BVGer gerichtet wurden, werden weitestgehend umgesetzt. Nicht der Fall ist dies einzig mit Blick auf die aktive Bekanntgabe des Spruchkörpers, was in Anbetracht des damit verbundenen Aufwands und mangels Diskrepanzen zu den bundesgerichtlichen Anforderungen indes rechtmässig und daher nicht zu beanstanden ist.
3. Regelungsbedarf besteht lediglich noch mit Bezug auf den Zeitpunkt der Spruchkörperbildung, der im revidierten VGR nicht mehr festgelegt wird. Sofern diese Normierung erst zu einem Zeitpunkt erfolgen soll, wenn Klarheit hinsichtlich der technischen Möglichkeiten einer gestaffelten Spruchkörperbildung besteht, wird angeregt, vorübergehend intern diesbezügliche Vorgaben zu statuieren. Aufgrund des nach wie vor beachtlichen Spielraums, den die im VGR geregelten Kriterien für die Spruchkörperbildung und -anpassung vermitteln, wird zudem empfohlen, auf der Ebene der Abteilungen, Kammern oder Fachgebiete, soweit möglich, weitere Konkretisierungen vorzunehmen und diese zu publizieren.

## II. Vorbemerkungen

### A. Hintergrund und Fragestellung

4. Am Bundesverwaltungsgericht (BVGer) richtet sich die Spruchkörperbildung, verstanden als Zuteilung von Fällen an Richterinnen und Richter,<sup>1</sup> nach den diesbezüglichen Vorgaben im Geschäftsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008 (VGR, SR 173.320.1). Diese Vorgaben wurden jüngst verschiedenen Anpassungen unterzogen,<sup>2</sup> um den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Spruchkörperbildung Rechnung zu tragen.<sup>3</sup> Für deren Umsetzung bzw. für die einzelfallweise Bestimmung der Spruchkörper setzt das BVGer eine Fallzuteilungssoftware ein.<sup>4</sup>
5. Die Spruchkörperbildung durch das BVGer wurde in den vergangenen Jahren – mit teilweise unterschiedlichem Fokus – durch die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK)<sup>5</sup>, die Geschäftsprüfungskommissionen (GPK) des National- und des Ständerats<sup>6</sup> sowie eine Gruppe von Forschenden der Universitäten Bern und Zürich<sup>7</sup> analysiert. Dabei wurden verschiedene Feststellungen getroffen und Empfehlungen an die Adresse des BVGer formuliert. Deren Umsetzung wurde vom BVGer geprüft; Ergebnis bildeten verschiedene Anpassungen am System der Spruchkörperbildung, die sich unter anderem in den erwähnten Änderungen des VGR manifestieren.
6. Aufgrund der genannten Untersuchungen und im Zuge der Umsetzung der daraus resultierenden Empfehlungen beschloss das BVGer, sein System der Spruchkörperbildung einer eingehenden unabhängigen Überprüfung zu unterziehen. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens erfolgt daher eine Analyse des gegenwärtigen Systems der Spruchkörperbildung. Gegenstand der Prüfung bilden die rechtlichen Grundlagen unter Einbezug der jüngsten Anpassungen des VGR sowie deren praktische Umsetzung. Als Massstab dienen die verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen an die Spruchkörperbildung.<sup>8</sup> Rechnung getragen wird sodann den spezifischen Herausforderungen, mit denen das Bundesverwaltungsgericht bei der Wahrnehmung seiner Rechtsprechungsaufgaben konfrontiert ist, und die Rückwirkungen auf die Modalitäten der

---

<sup>1</sup> Siehe zur Terminologie hinten Rz. 9.

<sup>2</sup> Deren Inkrafttreten ist auf den 1. Juni 2023 terminiert.

<sup>3</sup> Siehe dazu im Einzelnen hinten Rz. 85 ff.

<sup>4</sup> Siehe dazu hinten Rz. 104 ff.

<sup>5</sup> Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 5. November 2020, BBl 2021 2436 (im Folgenden: Bericht PVK). Siehe dazu hinten Rz. 42 ff.).

<sup>6</sup> Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten, Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 22. Juni 2021, BBl 2021 2437 (im Folgenden: Bericht GPK). Siehe dazu hinten Rz. 54 ff.

<sup>7</sup> KONSTANTIN BÜCHEL/REGINA KIENER/ANDREAS LIENHARD/MARCUS ROLLER, Automatisierte Spruchkörperbildung an Gerichten, Grundlagen und empirische Erkenntnisse am Beispiel des Bundesverwaltungsgerichts, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/4. Siehe dazu hinten Rz. 64 ff.

<sup>8</sup> Siehe dazu hinten Rz. 17 ff.

Spruchkörperbildung entfalten.<sup>9</sup> Im Rahmen der Würdigung des Systems der Spruchkörperbildung am BVGer wird schliesslich besonderes Augenmerk auf die regulatorische Umsetzung der Empfehlungen der GPK gerichtet.

## **B. Relevante Grundlagen**

7. Die Gutachterin hat vom BVGer neben allgemein zugänglichen Quellen verschiedene gerichtsinterne Dokumente erhalten, die für das Verständnis der Vorgehensweise bei der Spruchkörperbildung von Bedeutung sind. Dazu gehören die Abteilungsreglemente, Unterlagen zur Fallzuteilungssoftware «Bandlimat» bzw. zu deren Handhabung sowie verschiedene weitere interne Dokumentationen zur Spruchkörperbildung und zum Spruchkörper-Controlling. Mitglieder des BVGer standen zudem für Gespräche, beispielsweise zwecks Erklärung der Systeme (Fallzuteilungssoftware «Bandlimat» und Dossierverwaltungssystem «Juris»), zur Verfügung.

## **C. Vorgehensweise**

8. Entsprechend dem Gutachtensauftrag werden nach einigen terminologischen Hinweisen (III.) zunächst die verfassungs- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Spruchkörperbildung erörtert (IV.). Anschliessend erfolgt eine Übersicht und Einordnung der in jüngerer Zeit erfolgten Beurteilungen der Spruchkörperbildung am BVGer, namentlich des Berichts der PVK, der Empfehlungen der GPK sowie der Erkenntnisse der Studie von BÜCHEL ET AL. (V.). Vor diesem Hintergrund wird schliesslich das System der Spruchkörperbildung am BVGer, wie es sich derzeit präsentiert, aufgezeigt (VI.) und einer kritischen Würdigung unterzogen (VII.). Im Zentrum steht dabei die Frage, ob bzw. inwiefern dieses den rechtlichen Vorgaben und den erwähnten Empfehlungen Rechnung trägt.

---

<sup>9</sup> Siehe dazu hinten Rz. 32 ff.

### III. Terminologie

#### A. Begriff der Spruchkörperbildung

9. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Spruchkörperbildung am BVGer. Diese umfasst die «Auswahl der Richter und Richterinnen, die sich zum jeweiligen Fall äussern müssen»<sup>10</sup>. Nachfolgend wird unter Spruchkörperbildung die erstmalige Zuteilung eines Falls verstanden; wird ein bereits gebildeter Spruchkörper zu einem späteren Zeitpunkt geändert, handelt es sich um eine Spruchkörperanpassung.
10. Die jüngst erfolgten Anpassungen des VGR thematisieren unter dem Titel der «Bildung der Spruchkörper» in Art. 32 lediglich die Bestimmung des zweiten und dritten (Abs. 1) bzw. des vierten und fünften Mitglieds des Spruchkörpers (Abs. 3), während die Benennung des Richters bzw. der Richterin, der bzw. die mit der Prozessinstruktion und Erledigung betraut wird, als «Geschäftszuteilung» (Art. 31 VGR) betitelt wird. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung umfasst der Begriff der Spruchkörperbildung sowohl die von Art. 31 VGR erfasste Geschäftszuteilung als auch die von Art. 32 VGR geregelte Spruchkörperbildung, da die Anwendung beider Bestimmungen erforderlich ist, um den Spruchkörper vollständig zu konstituieren. Hinsichtlich der zur Anwendung gelangenden Kriterien bestehen im Übrigen ohnehin keine Unterschiede.<sup>11</sup> Mit Bezug auf die unterschiedlichen Funktionen von Instruktionsrichterinnen und -richtern einerseits und den weiteren Mitgliedern des Spruchkörpers andererseits sowie im Hinblick auf die allfällige Implementierung einer gestaffelten Spruchkörperbildung<sup>12</sup> ist die Differenzierung allerdings durchaus angezeigt.

#### B. Geschäftsverteilung – Geschäftszuteilung – Spruchkörperbildung

11. Die Spruchkörperbildung im vorne erwähnten, auch die Geschäftszuteilung nach Art. 31 VGR umfassenden Sinn erfolgt im Anschluss an die Verteilung der Geschäfte auf die Abteilungen, Kammern oder Fachgebiete (vgl. Art. 26 VGR).
12. Welcher Abteilung ein Geschäft zugeteilt wird, bestimmt sich nach den Zuständigkeiten der einzelnen Abteilungen, die in Art. 23 VGR bzw. im Anhang des VGR geregelt sind. Überschneiden sich die Zuständigkeitsbereiche von zwei Abteilungen, werden die Geschäfte nach dem Zufallsprinzip in der Reihenfolge ihres Eingangs der einen oder anderen Abteilung zugeteilt.<sup>13</sup>
13. Gemäss Art. 25 Abs. 1 VGR gliedern sich die Abteilungen grundsätzlich in zwei Kammern, wobei mit Genehmigung der Verwaltungskommission auch ein Verzicht auf eine

---

<sup>10</sup> Bericht PVK, S. 13.

<sup>11</sup> Siehe dazu auch hinten Rz. 88 f. und 90 ff.

<sup>12</sup> Dazu hinten Rz. 152 f.

<sup>13</sup> Anhang 4 Abs. 3 VGR; siehe auch Bericht PVK, S. 15.



solche Aufteilung bzw. die Schaffung von mehr als zwei Kammern möglich ist. Gegenwärtig ist die Abteilung I in drei Kammern und die Abteilungen IV und V in zwei Kammern gegliedert, während die Abteilungen III und IV keine Kammern aufweisen und die Abteilung II über eine Sub-Aufteilung nach acht Fachgebieten verfügt.<sup>14</sup> Gemäss Art. 25a VGR können sich die Abteilungen zudem in Fachgebiete gliedern. Die Verteilung der Geschäfte auf die Kammern oder Fachgebiete wird von den Abteilungen geregelt (Art. 26 Abs.1 VGR). Mit der Verteilung der Geschäfte auf die Kammern oder Fachgebiete sind die Abteilungspräsidentinnen und -präsidenten betraut (Art. 26 Abs. 3 VGR).

### **C. Konstituierung der Abteilungen**

14. Der Geschäftszuteilung und Spruchkörperbildung vorgelagert ist die Konstituierung des Gerichts im Sinne der Verteilung der Richterschaft auf die sechs Abteilungen. Letztere erfolgt durch das Gesamtgericht auf Antrag der Verwaltungskommission (Art. 16 Abs. 1 lit. e VGG). Angemessen zu berücksichtigen sind dabei die fachlichen Kenntnisse und die Amtssprachen (Art. 19 Abs. 2 VGG). Die jeweils für zwei Jahre erfolgende Zusammensetzung wird öffentlich bekannt gemacht (Art. 19 Abs. 1 VGG).
15. Die Konstituierung des Gerichts bzw. der Abteilungen und Fachgebiete ist somit ausschlaggebend dafür, welche Richterinnen und Richter für die Beurteilung eines Falls zur Verfügung stehen. Sie bildet nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

---

<sup>14</sup> MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 1.17 Fn. 56.

## IV. Rechtliche Rahmenbedingungen der Spruchkörperbildung

### A. Einleitende Bemerkungen

16. Nachfolgend werden zunächst die rechtlichen Anforderungen an die Spruchkörperbildung erörtert, wobei zwischen Vorgaben rechtsverbindlicher Natur einerseits und internationalem Soft Law, d.h. nicht rechtsverbindlichen Leitlinien internationaler Gremien, andererseits differenziert wird (B.). Anschliessend wird der Fokus auf die Rahmenbedingungen gerichtet, mit denen das Bundesverwaltungsgericht bei der Erfüllung seiner Rechtsprechungsaufgaben konfrontiert ist und die spezifische Bedürfnisse auch bezüglich der Spruchkörperbildung generieren (C.). Die dabei gewonnenen Erkenntnisse bilden den Massstab für die Überprüfung des Systems der Spruchkörperbildung.<sup>15</sup>

### B. Vorgaben hinsichtlich der Spruchkörperbildung

#### 1. Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben

##### a) *Anspruch auf ein verfassungs- bzw. völkerrechtskonformes Gericht*

##### (1) *Tragweite*

17. Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II nennen eine Reihe von Voraussetzungen, denen verfassungs- bzw. völkerrechtskonforme Gerichte zu genügen haben. Letztere müssen durch *Gesetz geschaffen, zuständig, unabhängig und unparteiisch* sein.<sup>16</sup> Die institutionelle Unabhängigkeit der richterlichen Behörden wird sodann von Art. 191c BV garantiert.
18. Bezüglich der vorliegend interessierenden Thematik der Spruchkörperbildung ist zunächst der Teilaspekt des durch Gesetz geschaffenen und zuständigen Gerichts von Bedeutung. Aus dem Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht resultiert sodann, dass der Spruchkörper nicht mit dem Ziel, ein bestimmtes Ergebnis herbeizuführen, konstituiert werden darf.

##### (2) *Konsequenzen für die Spruchkörperbildung*

19. Das Bundesgericht leitet aus Art. 30 Abs. 1 BV ab, dass die Spruchkörperbildung in einer generell-abstrakten Regelung zu normieren ist und nach sachlichen Kriterien zu erfolgen hat: «Art. 30 Abs. 1 BV will verhindern, dass Gerichte eigens für die Beurteilung einer Angelegenheit gebildet werden. Die Rechtsprechung soll auch nicht durch

<sup>15</sup> Dazu hinten Rz. 114 ff.

<sup>16</sup> Siehe zu Art. 30 Abs. 1 BV statt vieler BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 30 Rz. 3a ff.; REICH, in: BSK BV, Art. 30 Rz. 11 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 459 ff.; STEINMANN, in: SG-Kommentar BV, Art. 30 Rz. 7 ff.; zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK statt vieler GRABENWARTER/PABEL, § 24 Rz. 29 ff.; VILLIGER, Rz. 491 ff.

eine gezielte Auswahl der Richter im Einzelfall beeinflusst werden können. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters»<sup>17</sup>. Die Kriterien für die Spruchkörperbildung sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung objektiv, wenn sie der korrekten und zeitgerechten Fallerledigung dienen.<sup>18</sup> Als zulässige sachliche Gründe gelten unter anderem «Arbeitsüberlastung oder kürzere krankheitsbedingte Abwesenheiten und Ferien»<sup>19</sup>.

20. Dass den für die Spruchkörperbildung zuständigen Richterinnen und Richtern ein gewisses, pflichtgemäss zu handhabendes Ermessen verbleibt, gilt nicht als verfassungswidrig.<sup>20</sup> Auch der Bundesrat hielt in seiner Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege fest, dass die Geschäftsverteilung zwar «nicht ins freie Ermessen einzelner Amtsträger gestellt werden» dürfe und «in generell-abstrakter Weise in einer Vorschrift festgehalten sein» müsse, «nach welchen Kriterien die Verteilung der Geschäfte stattfindet». Geboten sei allerdings «nicht eine erschöpfende, alle Fälle abdeckende Regelung», vielmehr soll «ein gewisser Grad an Voraussicht erreicht werden».<sup>21</sup>
21. Hinreichende sachliche Gründe müssen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für Änderungen des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens vorliegen. Als sachliche Gründe gelten dabei etwa das Ausscheiden eines Gerichtsmitglieds aus Altersgründen oder eine länger andauernde krankheitsbedingte Abwesenheit,<sup>22</sup> eine Abwesenheit von 16 Wochen wegen Mutterschaftsurlaubs<sup>23</sup> oder die Nichtwiederwahl der ursprünglich als Instruktionsrichter oder Instruktionsrichterin eingesetzten Person<sup>24</sup>. In der Literatur wird daraus geschlossen, dass die Hürden für die Anpassung eines bereits gebildeten Spruchkörpers höher liegen als bei der ursprünglichen Besetzung. Es dürfe daher nicht allein aufgrund der Kriterien, die bereits bei der ursprünglichen Spruchkörperbesetzung berücksichtigt wurden, eine neue Zuteilung erfolgen. Vielmehr seien zu dokumentierende Gründe erforderlich, die eine Anpassung unumgänglich machen oder zumindest nahelegen.<sup>25</sup>
22. Was die Regelungsform anbelangt, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht gänzlich widerspruchsfrei: Während teilweise eine gefestigte Praxis als genügend erachtet wird<sup>26</sup>, wird in einem anderen Urteil verlangt, dass die Spruchkörperbildung auf

---

<sup>17</sup> BGE 144 I 73 E. 5.1; siehe demgegenüber die ältere, in BGE 105 Ia 172, 179 E. 5b verfolgte Rechtsprechungslinie, die aus Gründen der Flexibilität und Praktikabilität einer generell-abstrakten Normierung noch ablehnend gegenüberstand. Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Spruchkörperbildung auch BANDLI, Rz. 8 ff.

<sup>18</sup> BGE 144 I 37, 39 E. 2.1; siehe dazu auch FELLMANN, Rz. 2 ff.; KETTIGER, Rz. 4 ff.

<sup>19</sup> BGE 144 I 37, 39 E. 2.1.

<sup>20</sup> BGE 144 I 70, 78 E. 5.6 m.w.H.; siehe dazu auch FELLMANN, Rz. 7 ff.; KETTIGER, Rz. 6 ff.

<sup>21</sup> Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 4202, 4286.

<sup>22</sup> BGer, Urteil 8C\_58/2014 vom 24. September 2014, E. 2.2; Urteil 6P.102/2005 vom 26. Juni 2006, E. 2.2

<sup>23</sup> BGer, Urteil 5A\_429/2911 vom 9. August 2011, E. 3.3.

<sup>24</sup> BGer, Urteil 8C\_58/2014 vom 24. September 2014, E. 2.2.

<sup>25</sup> So BRUNNER, S. 321; ebenso KNEUBÜHLER, in: BSK BGG, Art. 22 Rz. 10.

<sup>26</sup> So BGE 144 I 70, 79 f. E. 6.3.

abstrakten, im Voraus definierten, transparenten und nachprüfbareren Kriterien beruht.<sup>27</sup> Mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 BV ist eine generell-abstrakte Normierung unerlässlich. Die Verankerung entsprechender Vorgaben in einem Gerichtsreglement oder einem anderen Erlass auf Verordnungsstufe genügt dabei; nicht erforderlich ist eine Normierung auf Gesetzesstufe, da organisatorische Belange im Zentrum stehen.<sup>28</sup>

23. Der EGMR verlangt in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff.1 EMRK, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers generell-abstrakt normiert ist und die Spruchkörperbildung im konkreten Einzelfall unter Beachtung der entsprechenden Vorgaben erfolgt.<sup>29</sup> Aufgrund ihrer Bedeutung für die richterliche Unabhängigkeit und die Rechtssicherheit bedürfen die Normen zur Geschäftsverteilung gemäss der Rechtsprechung des EGMR besonderer Klarheit («particular clarity»), um den Anschein einer willkürlichen Zuteilung zu vermeiden.<sup>30</sup> Zu den Faktoren, die bei der Spruchkörperbildung Berücksichtigung finden können, gehören nach der Rechtsprechung des EGMR etwa die verfügbaren Ressourcen, die Fachkenntnisse sowie die Ausstandsgründe.<sup>31</sup> Als zulässig erachtet wird indes auch in der Rechtsprechung des EGMR ein gewisses Ermessen bei der Spruchkörperbildung zu, solange die von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geforderte Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gewahrt bleiben.<sup>32</sup> Auch gemäss der Rechtsprechung des EGMR kann sodann eine Anpassung des Spruchkörpers, wenn nachvollziehbare und transparente Kriterien vorliegen.<sup>33</sup>
24. In der wissenschaftlichen Literatur wird die Akzeptanz eines gewissen Ermessensspielraums bei der Spruchkörperbildung teilweise als zu wenig streng kritisiert und argumentiert, Manipulationen könnten nur dann ausgeschlossen werden, wenn jeder mitwirkende Richter bzw. jede mitwirkende Richterin im Voraus benennbar sei.<sup>34</sup> Andere Autoren anerkennen demgegenüber, dass ein gewisser Spielraum bei der Berücksichtigung von Faktoren wie der Arbeitsbelastung, der Fachkenntnisse, der Sprache und des Geschlechts der Effizienz diene, wenngleich dies mit Blick auf Art. 30 Abs. 1 BV nicht unproblematisch sei.<sup>35</sup>
25. Was die Zuständigkeit anbelangt, leitet das Bundesgericht aus Art. 30 Abs. 1 BV ab, dass im Falle der Existenz von Ermessen bei der Spruchkörperbildung diese nicht Kanzleimitarbeitenden oder Gerichtsschreiberinnen bzw. Gerichtsschreibern übertra-

---

<sup>27</sup> BGer, Urteil 6B\_93/2018 vom 21. Juni 2018 E. 3.2.3.

<sup>28</sup> BRUNNER, S. 324.

<sup>29</sup> Siehe BGE 144 I 37, 39 f. E. 2.1 m.w.H.

<sup>30</sup> Urteil des EGMR vom 5. Oktober 2010, DMD Group, A.S. c. Slowakei, 19334/03, § 66.

<sup>31</sup> Urteil des EGMR vom 9. Oktober 2008, Moiseyev c. Russland, 62936/00, §§ 176.

<sup>32</sup> Urteil des EGMR vom 9. Oktober 2008, Moiseyev c. Russland, 62936/00, §§ 174 f.

<sup>33</sup> Urteil des EGMR vom 5. Oktober 2010, DMD Group, A.S. c. Slowakei, 19334/03, §§ 68 f.

<sup>34</sup> Siehe KIENER, S. 376 ff.

<sup>35</sup> MÜLLER/SCHEFER, S. 934 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 30 Rz. 5.

gen werden dürfe, sondern von einem Richter oder einer Richterin vorgenommen werden müsse, da Letztere nicht weisungsgebunden und demokratisch legitimiert seien.<sup>36</sup> Begründet wird dies unter Hinweis darauf, dass es sich bei der Spruchkörperbildung um einen wesentlichen Akt der Selbstverwaltung der Justiz handle, der für das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Rechtsprechung zentral sei. Eine Delegation an Personen ohne richterliche Funktion ist daher nur zulässig, wenn die Spruchkörperbildung nach starren Kriterien erfolgt, weil eine abschliessende Determinierung auf Reglementsstufe bzw. in internen Richtlinien besteht oder der Spruchkörper aufgrund einer entsprechenden Programmierung der zur Anwendung gelangenden Software vorbestimmt ist. Die Literatur äussert sich teilweise kritisch zu dieser Rechtsprechung. So wird von BRUNNER vorgebracht, es sei unklar, inwiefern die demokratische Legitimation der Richterinnen und Richter dazu beitrage, dass die Spruchkörperbildung nach sachlichen Gesichtspunkten erfolge.<sup>37</sup> KETTIGER gibt sodann zu bedenken, dass Kanzleimitarbeitende durchaus ebenfalls über die fachlichen Voraussetzungen für die Vornahme der Spruchkörperbildung verfügen können; zudem seien sie unabhängiger als Richterinnen und Richter, da sie nicht mit eigenen fachlichen oder persönlichen Interessen involviert seien.<sup>38</sup>

26. Bezüglich der Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung hat das Bundesgericht im Kontext des Anspruchs auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter gemäss Art. 30 Abs. 1 BV festgestellt, dass es nicht Sache der Parteien sei, nach möglichen Einwendungen gegen die betroffenen Richter zu forschen, die sich nicht aus den öffentlich zugänglichen Informationen ergeben.<sup>39</sup> Es sei jedoch nicht geboten, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers aktiv mitgeteilt werde. Vielmehr sei ausreichend, wenn die Namen der infrage kommenden Richterinnen und Richter aus einer allgemein zugänglichen Quelle einsehbar seien<sup>40</sup> und der Spruchkörper im Einzelfall erst mit dem Endentscheid bekannt gegeben werde.<sup>41</sup> In der Literatur wird es demgegenüber teilweise als wünschenswert erachtet, dass die konkrete Spruchkörperzusammensetzung bereits mit der Eingangsanzeige mitgeteilt wird, damit allfällige diesbezügliche Rügen frühzeitig vorgebracht werden können.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> BGer, Urteil 1C\_187/2017, 1C\_327/2017 vom 20. März 2018 E. 7.2; Urteil 6B\_396/2018 vom 15. November 2018 E. 1.2.2; siehe dazu auch KETTIGER, Rz. 9 ff.

<sup>37</sup> BRUNNER, S. 327.

<sup>38</sup> KETTIGER, Rz. 29.

<sup>39</sup> BGE 142 I 93, 94 E. 8.2 m.w.H.

<sup>40</sup> BGer, Urteil 1B\_491/2018 vom 11. Januar 2019, E. 2.2.

<sup>41</sup> BGE 144 I 37, 43 E. 2.3.3.

<sup>42</sup> KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 545; REICH, in: BSK BV, Art. 30 Rz. 31; siehe auch BRUNNER, S. 325.

## 2. Soft Law

27. Die Bedeutung der menschenrechtlichen Garantien für die Spruchkörperbildung wird auch von internationalen Organen thematisiert. Ergebnis bilden verschiedene Empfehlungen, die als Soft Law zwar nicht über Rechtsverbindlichkeit verfügen, aber aufzeigen, welche Anforderungen international an die Spruchkörperbildung gestellt werden. Exemplarisch hinzuweisen ist auf einschlägige Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates,<sup>43</sup> des Beirats europäischer Richterinnen und Richter (CCJE)<sup>44</sup>, der Kommission von Venedig<sup>45</sup>, des Büros für demokratische Institutionen und Menschenrechte (BDMIR)<sup>46</sup> sowie des Europäischen Netzes der Räte für das Justizwesen (ENCJ)<sup>47, 48</sup>.
28. Die Venedig-Kommission empfiehlt, dass die Fallzuteilung an Richterinnen und Richter zwecks Stärkung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz soweit möglich gestützt auf objektive und transparente Kriterien erfolgt, die im Voraus generell-abstrakt festgelegt werden. Sie anerkennt, dass es nicht möglich sei, ein System der Spruchkörperbildung zu etablieren, das keinerlei Raum für einzelfallbezogene Entschiede belasse; nicht ausgeschlossen sei etwa, die Arbeitsbelastung oder – insbesondere in komplexen Angelegenheiten – das Spezialwissen von Richterinnen und Richtern zu berücksichtigen. Die nach im Voraus festgelegten Kriterien erfolgende Zuteilung solle jedoch nachträglich überprüft werden können.<sup>49</sup>
29. Auch das Ministerkomitee des Europarates empfiehlt, dass die Spruchkörperbildung gestützt auf objektive, im Voraus bestimmte Kriterien erfolgt. Dabei stünden unterschiedliche Systeme zur Verfügung, wobei wichtig sei, dass die Fallzuteilung keinen inneren oder äusseren Einflüssen unterliege. Bei hohen Fallzahlen oder der Überlastung von Richterinnen und Richtern könne eine einzelfallweise Zuteilung gerechtfertigt sein, sofern sie auf objektiven Kriterien gründe.<sup>50</sup>

---

<sup>43</sup> Dabei handelt es sich um das Entscheidungsorgan des Europarates; es besteht aus den Außenministern jedes Mitgliedsstaates oder ihren ständigen diplomatischen Vertretern in Strassburg. Siehe <<https://www.coe.int>>.

<sup>44</sup> Dabei handelt es sich um ein Konsultativorgan des Europarats zu Fragen der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Kompetenz der Richterinnen und Richter. Siehe <<https://www.coe.int/en/web/ccje/home?>>.

<sup>45</sup> Diese bildet ein Konsultativorgan des Europarats zu Verfassungsfragen. Siehe <<https://www.venice.coe.int>>.

<sup>46</sup> Dieses gehört zur Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE). Siehe <<https://www.osce.org/odihr/>>.

<sup>47</sup> Dieses vereint nationale Einrichtungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die für die Unterstützung der Justiz zuständig sind. Siehe <<https://www.encj.eu/>>.

<sup>48</sup> Siehe auch die Liste im Bericht PVK, S. 45 f.; KIENER/HENSELER, S. 193 ff. m.w.H.; REITER, Rz. 427 ff.

<sup>49</sup> Europäische Kommission für Demokratie durch Recht des Europarates (Venedig-Kommission), Report on the Independence of the Judicial System, Part I: The Independence of Judges, CDL-AD (2010) 004 vom 16. März 2010, Ziff. 80.

<sup>50</sup> Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats CM/Rec (2010) 2, Judges: independence, efficiency and responsibilities, angenommen am 17. November 2010, Ziff. 24.

30. Das Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte (BDMIR) sodann betont, dass die Spruchkörperbildung entweder nach dem Zufallsprinzip erfolgen oder aber auf vorgängig und abstrakt festgelegten, klaren und objektiven Kriterien beruhen soll.<sup>51</sup>
31. Schliesslich empfiehlt das Europäische Netz der Räte für das Justizwesen (ENJC), dass die Grundsätze und Kriterien, die bei der Spruchkörperbildung zum Tragen kommen, objektiv sind und das Recht auf ein faires Verfahren, die Unabhängigkeit der Justiz, die Rechtmässigkeit des Verfahrens, die Art und Komplexität des Falles, die Kompetenzen, Erfahrungen und Spezialisierungen der Richterinnen und Richter, ihre Verfügbarkeit bzw. Arbeitsbelastung, die Unparteilichkeit sowie die öffentliche Wahrnehmung der Unparteilichkeit der Besetzung berücksichtigen.<sup>52</sup>

## **C. Anforderungen an die Rechtsprechung und Geschäftsführung des Bundesverwaltungsgerichts**

### **1. Allgemeine Anforderungen**

32. Wie allen Gerichte im Bund und den Kantonen ist auch dem BVGer aufgetragen, mit den ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen in fairen Verfahren (siehe Art. 29 ff. BV) inhaltlich korrekt und beförderlich Recht zu sprechen. Aus diesen allgemeinen Anforderungen resultieren auch Konsequenzen hinsichtlich der Spruchkörperbildung: Für die Behandlung der einzelnen Fälle müssen Richterinnen und Richter eingesetzt werden, die über die hierfür notwendigen Voraussetzungen fachlicher und sprachlicher Art verfügen. Zudem müssen sie in der Lage sein, innert angemessener Frist Instruktionshandlungen vorzunehmen und Recht zu sprechen. Gründe der Qualität, der Effizienz und der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sprechen sodann dafür, die Konnexität mehrerer Geschäfte (aufgrund eines unmittelbaren sachlichen Zusammenhangs oder aufgrund gleichgelagerter Rechtsfragen) bei der Spruchkörperbildung zu berücksichtigen.<sup>53</sup>
33. Darüber kennzeichnet sich die Rechtsprechungstätigkeit des BVGer durch abteilungsspezifische Besonderheiten, die teilweise ebenfalls Rückwirkungen auf die Spruchkörperbildung zeitigen.

---

<sup>51</sup> Office for Democratic Institutions and Human Rights, Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia vom 19. November 2019, Ziff. 12.

<sup>52</sup> European Network of Councils for the Judiciary (2014), Minimal Judicial Standards IV, Allocation of Cases, ENCJ Report 2013–2014, S. 9.

<sup>53</sup> Siehe auch BRUNNER, S. 317 f.

## 2. Abteilungsspezifische Besonderheiten

### a) *Unterschiedliche Fallzahlen und thematische Breiten in den einzelnen Abteilungen*

34. Einzelne – namentlich die asylrechtlichen – Abteilungen des BVGer haben ein deutlich höheres Geschäftsvolumen zu bewältigen als andere (insbesondere die Abteilung II), die primär mit grossen, dafür weniger zahlreichen Fällen konfrontiert sind.<sup>54</sup> Daraus resultiert eine unterschiedliche Zahl von Spruchkörperbildungen und entsprechend auch eine andere Belastung mit dieser Aufgabe. Je grösser die Geschäftslast bzw. die Zahl der zu bildenden Spruchkörper ist, desto eher besteht ein Bedürfnis nach der Möglichkeit einer Delegation dieser Aufgabe.<sup>55</sup>
35. Singuläre grössere Fälle sind des Weiteren unter Umständen schwieriger mit Blick auf den effektiven Aufwand einzuschätzen, was eine Notwendigkeit nachträglicher Korrektur des zunächst geschätzten Fallgewichts schaffen kann.
36. Unterschiede bestehen sodann mit Bezug auf die Vielfalt des Zuständigkeitsbereichs der einzelnen Abteilungen und Kammern. Je umfangreicher der Kreis der von einer Abteilung zu behandelnden Rechtsgebiete ist (hinzuweisen ist diesbezüglich insbesondere auf die Abteilung II), desto sinnvoller ist die Berücksichtigung des Kriteriums der spezifischen Fachkenntnisse, wenngleich eine zu grosse Spezialisierung den Ideenaustausch und die Weiterentwicklung der Rechtsprechung hemmen kann.<sup>56</sup>

### b) *Behandlungsfristen*

37. Im Asylrecht, das in den Zuständigkeitsbereich der Abteilungen IV und V fällt, gelten Behandlungsfristen, deren Einhaltung ein besonders beförderliches Tätigwerden bedingt. Die Behandlungsfristen umfassen je nach Konstellation zwischen fünf und 30 Tagen: Im beschleunigten Verfahren entscheidet das BVGer über Beschwerden gegen Entscheide nach Art. 31a Abs. 4 AsylG innerhalb von 20 Tagen (Art. 109 Abs. 1 AsylG), während im erweiterten Verfahren eine Behandlungsfrist von 30 Tagen gilt (Art. 109 Abs. 2 AsylG). Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide sowie gegen Verfügungen nach Art. 23 Abs. 1 und Art. 40 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 lit. a AsylG entscheidet das BVGer innert fünf Arbeitstagen (Art. 109 Abs. 3 AsylG). In den genannten Fällen können die Fristen «bei triftigen Gründen um einige Tage überschritten werden» (Art. 109 Abs. 4 AsylG). Über Beschwerden gegen Entscheide nach Art. 22 Abs. 2–3 und 4 AsylG entscheidet das BVGer sodann «unverzüglich auf Grund der Akten» (Art. 109 Abs. 5 AsylG), während in den übrigen Fällen eine Behandlungsfrist von 20 Tagen gilt (Art. 109 Abs. 6 AsylG). Schliesslich entscheidet das BVGer «ausserhalb der Reihe und unverzüglich, wenn die asylsuchende Person auf der Grundlage

<sup>54</sup> Geschäftsbericht Bundesverwaltungsgericht 2021, S. 74; siehe auch Bericht PVK, S. 36.

<sup>55</sup> Siehe dazu auch hinten Rz. 135.

<sup>56</sup> Siehe dazu auch hinten Rz. 122 und 150.



eines Ersuchens des Staates, vor welchem diese Schutz in der Schweiz sucht, in Auslieferungshaft ist». Dasselbe gilt, wenn gegen die asylsuchende Person eine Landesverweisung nach Art. 66a oder Art. 66a<sup>bis</sup> StGB bzw. Art. 49a oder Art. 49a<sup>bis</sup> MStG oder eine Ausweisung nach Art. 68 AIG ausgesprochen wurde (Art. 106 Abs. 7 AsylG). Auch im Bereich der Beschwerden gegen Wegweisungsverfügungen aufgrund der Dublin-Assoziierungsabkommen unterliegt das BVGer einer Behandlungsfrist von fünf Tagen (Art. 64a Abs. 2 AIG).

38. Dabei handelt es sich um Ordnungsvorschriften.<sup>57</sup> Dies hat zur Folge, dass deren Nichteinhaltung keine Folgen hinsichtlich der Gültigkeit bzw. Rechtmässigkeit des einer Fristvorgabe unterliegenden Handelns entfaltet. Dennoch ist das BVGer verpflichtet, diese Fristen zu beachten. Daraus resultieren insofern Konsequenzen für die Spruchkörperbildung, als dieser so zusammengesetzt sein muss, dass er die Einhaltung der Fristen effektiv gewährleisten kann, was primär eine andere Gewichtung des Kriteriums der Abwesenheiten zur Folge hat.

### 3. Folgen für die Spruchkörperbildung

39. Aus allgemeinen Anforderungen an die Rechtsprechung und Geschäftsführung des BVGer sowie aus den unterschiedlichen Rahmenbedingungen, mit denen die einzelnen Abteilungen des BVGer konfrontiert sind, resultieren insbesondere Folgen für die Relevanz bzw. die Gewichtung einzelner Kriterien der Spruchkörperbildung. Dabei ist für jedes Kriterium – vorne wurde exemplarisch auf das Fallgewicht, die spezifischen Fachkenntnisse sowie die Abwesenheiten hingewiesen – gesondert zu prüfen, ob dessen Geltung, Tragweite und Gewichtung abteilungsspezifischen Besonderheiten unterliegt, die sachlich begründet sind.<sup>58</sup>

## D. Fazit

40. Wie gezeigt, setzen die verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben von Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 2 UNO-Pakt II der Spruchkörperbildung gewisse Schranken, die sich einerseits auf die Normierung und andererseits auf den Inhalt entsprechender Regelungen beziehen. In ihrem Kern fordern sie, dass die Spruchkörperbildung auf sachlichen, im Voraus bestimmten Kriterien beruht, wobei ein gewisses Ermessen bei der Anwendung dieser Kriterien nicht als unzulässig gilt. Soweit Spielräume hinsichtlich der Regelung und Handhabung der Kriterien der Spruchkörperbildung bestehen, sind diese mit Blick auf die weiteren Anforderungen,

<sup>57</sup> MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.202.

<sup>58</sup> Siehe auch Bericht PVK, S. 36, wonach «die von den Befragten gelieferten Begründungen für die abweichenden Verfahren der Geschäftsverteilung für die PVK grundsätzlich stichhaltig» seien, diese aber nicht alle weiteren Unterschiede bei der Anwendung und Gewichtung der Fallzuteilungskriterien zu rechtfertigen vermögen.

denen das BVGer bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterliegt, auszutarieren. Im Zentrum stehen dabei Bedürfnisse nach einer gewissen Praktikabilität und Flexibilität bei der Spruchkörperbildung, deren Gewichtung massgeblich von den Rahmenbedingungen, mit denen die einzelnen Abteilungen konfrontiert sind, abhängt.

## V. Jüngere Beurteilungen der Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht

### A. Überblick

41. Die Spruchkörperbildung am BVGer (und der weiteren Gerichte des Bundes) wurde in jüngerer Zeit durch die PVK sowie die GPK der Räte analysiert. Spezifisch mit dem Bundesverwaltungsgericht befasste sich sodann eine Gruppe von Forschenden der Universitäten Bern und Zürich. Deren Erkenntnisse werden nachfolgend kurz dargestellt, da im Rahmen der anschliessenden Analyse der Spruchkörperbildung durch das BVGer auch geprüft wird, inwiefern den dabei geäusserten Empfehlungen Rechnung getragen wird. Eingangs wird sodann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Spruchkörperbildung am BVGer eingegangen und untersucht, ob diesbezüglich Defizite identifiziert wurden.

### B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

42. Die Verwaltungskommission des Bundesgerichts befasste sich aufgrund einer Aufsichtsanzeige i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BGG in einem Entscheid vom 22. Mai 2018<sup>59</sup> mit der Spruchkörperbildung am BVGer. Der Anzeigesteller hatte geltend gemacht, «[g]estützt auf statistische Auswertungen müsse von schwerwiegenden unstatthaften Manipulationen bei der Bestellung der Spruchkörper ausgegangen werden. Die Behauptung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Spruchkörperbildung durch ein Computerprogramm zufällig erfolge, tendiere in der statistischen Wahrscheinlichkeit gegen Null.»<sup>60</sup>
43. Das Bundesgericht rekapitulierte zunächst seine Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Spruchkörperbildung.<sup>61</sup> Anschliessend umriss es den aufsichtsrechtlichen Prüfungsgegenstand, der auf die Frage beschränkt sei, «ob generelle organisatorische oder administrative Mängel vorliegen, welche den gesetzlichen Anforderungen zuwiderlaufen bzw. deren Einhaltung übermässig erschweren»<sup>62</sup>. Die Besetzung der Richterbank sei daher «aufsichtsrechtlich nur insoweit relevant, als sich darin generelle organisatorische Mängel manifestieren»<sup>63</sup>. In der Folge prüfte das Bundesgericht, «wie das Bundesverwaltungsgericht die gesetzlichen Vorgaben zur Spruchkörperbildung strukturell umgesetzt hat»<sup>64</sup>. Nach der Nennung der einschlägigen Normen (Art. 24 VGG sowie Art. 23, Art. 26, Art. 31 und Art. 32 VGR)<sup>65</sup> erläuterte es kurz

---

<sup>59</sup> Entscheid der Verwaltungskommission des BGer 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018.

<sup>60</sup> Entscheid der Verwaltungskommission des BGer 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 1.1.

<sup>61</sup> Entscheid der Verwaltungskommission des BGer 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.2.

<sup>62</sup> Entscheid der Verwaltungskommission des BGer 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.3.

<sup>63</sup> Entscheid der Verwaltungskommission des BGer 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018. Siehe zum Umstand, dass die individuelle Spruchkörperbildung im Einzelfall nicht Gegenstand der Aufsicht, sondern der Rechtsprechung ist, auch Entscheid der Verwaltungskommission des BGer 12T\_2/2022 vom 23. Dezember 2022, E. 3.3.

<sup>64</sup> BGer, Entscheid 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.4.

<sup>65</sup> BGer, Entscheid 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.4.1.

die Funktionsweise des vom Bundesverwaltungsgericht verwendeten EDV-gestützten Programms<sup>66</sup>. Dabei führte es aus, dass aus «Gründen der Effizienz, aus Dringlichkeit, zum Ausgleich der Arbeitslast, zur Vermeidung einer einseitigen Zusammensetzung der Richterbank oder wegen Ausstand [...] in die automatische Verteilung eingegriffen werden» könne.<sup>67</sup> Derartige Eingriffe beruhen «somit auf objektiven Kriterien, welche die gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben umsetzen und konkretisieren»; zudem bestünden detaillierte Anleitungen für die korrekte Dateneingabe.<sup>68</sup> Abschliessend entkräftete das Bundegericht den Vorwurf unstatthafter Manipulationen bei der Spruchkörperbildung.<sup>69</sup>

## C. Bericht der PVK zuhanden der GPK des National- und des Ständerats

### 1. Gegenstand

44. Die GPK der eidgenössischen Räte beauftragten am 28. Januar 2019 die PVK mit einer Evaluation der Geschäftsverteilung bei den vier eidgenössischen Gerichten (d.h. dem Bundesgericht, dem BVGer, dem Bundesstrafgericht und dem Bundespatentgericht). Gestützt auf eine Projektskizze der PVK definierten die für die Evaluation zuständigen Subkommissionen Gerichte/BA der GPK am 9. September 2019 die durch die PVK zu beantwortenden vier Fragen: *Entsprechen die Bestimmungen zur Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten den verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen in diesem Bereich? Sind die Verfahren der Geschäftsverteilung zweckmässig definiert? Sind die von den Gerichten eingesetzten Instrumente zweckmässig? Ist die Umsetzung der Verfahren der Geschäftsverteilung zweckmässig?*<sup>70</sup>
45. Im Rahmen einer rechtlichen Analyse prüfte die PVK, inwiefern die Rechtsgrundlagen der vier eidgenössischen Gerichte dem übergeordneten Recht und den Empfehlungen internationaler Organisationen entsprechen. Darüber hinaus wurde eine Dokumentenanalyse vorgenommen, um den Ablauf der Verfahren der Geschäftsverteilung an den vier eidgenössischen Gerichten, die Zuständigkeiten der verschiedenen Akteure sowie die eingesetzten Instrumente darzustellen. Zu diesem Zweck sichtete die PVK interne Dokumente zu den Verfahren, den eingesetzten Informatikprogrammen sowie den von den verschiedenen Abteilungen verwendeten Instrumenten. Schliesslich führte die PVK Interviews mit verschiedenen Akteuren.<sup>71</sup>
46. Der Bericht der PVK datiert vom 5. November 2020 und bildet die Grundlage des Berichts der GPK des Ständerats und des Nationalrats über die Geschäftsverteilung bei

---

<sup>66</sup> BGer, Entscheid 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.4.2.

<sup>67</sup> BGer, Entscheid 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.4.2.

<sup>68</sup> BGer, Entscheid 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.4.2.

<sup>69</sup> BGer, Entscheid 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.4.3.

<sup>70</sup> Bericht PVK, S. 7 f.

<sup>71</sup> Bericht PVK, S. 8 f.

den eidgenössischen Gerichten vom 22. Juni 2021.<sup>72</sup> Es werden keine eigentlichen Empfehlungen formuliert; beleuchtet wird vielmehr der Status quo.

## 2. Zentrale Erkenntnisse

47. Gemäss PVK werden bei der Spruchkörperbildung am BVGer die zentralen Vorgaben der BV und des Völkerrechts (insbesondere von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) – wenn auch nicht sämtliche internationalen Empfehlungen – grundsätzlich eingehalten. Die Gesetze und Reglemente des BVGer legten Verfahren fest, welche die Rechtmässigkeit, die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit gewährleisten. Mit Art. 24 VGG sowie Art. 26, 21 und 32 bestünden Rechtsgrundlagen für die Spruchkörperbildung, die nicht nur die Zuständigkeiten, sondern auch die bei der Spruchkörperbildung zu berücksichtigenden Kriterien nennen.<sup>73</sup> Die PVK stellt des Weiteren fest, dass der Ermessensspielraum bei der Spruchkörperbildung das Gleichgewicht zwischen strikten Automatismen und der Flexibilität, die es für die Qualität und Effizienz (sach- und zeitgerechte Fallerledigung) benötigt, widerspiegelt und seinen Zweck, eine effiziente und effektive Justiz zu ermöglichen, erfüllt.<sup>74</sup> Auch hat die PVK keine Hinweise dafür gefunden, dass über die Spruchkörperbildung bewusst Einfluss auf die Urteile ausgeübt wird.<sup>75</sup> Positiv hervorgehoben wird sodann, dass das VGR den Zeitpunkt der Spruchkörperbildung in Art. 32 Abs. 1 explizit nennt.<sup>76</sup>
48. Allerdings werden die gesetzlichen Grundlagen und Reglemente von der PVK als unvollständig erachtet, was in Widerspruch zu den internationalen Empfehlungen stehe, wonach die Bestimmungen so explizit wie möglich sein sollen. Gewisse Kriterien, die bei der Spruchkörperbildung Berücksichtigung finden, seien nämlich nicht in Art. 31 Abs. 3 VGR erwähnt bzw. teilweise nur auf der Stufe der Abteilungsreglemente.<sup>77</sup> So sei die Abwesenheit von Richterinnen und Richtern nicht in Art. 31 Abs. 2 VGR erwähnt, obwohl das BVGer dieses Kriterium anwende.<sup>78</sup> Ebenfalls nicht im VGR genannt werde das Kriterium der Ausstandsgründe, das lediglich in den Reglementen zweier Abteilungen Niederschlag finde.<sup>79</sup> Nicht erwähnt seien des Weiteren das Geschlecht sowie spezifische Kenntnisse.<sup>80</sup> Keine strikten Regeln bestünden sodann mit Bezug auf die Konnexität mehrerer Geschäfte, die aus Gründen der Effizienz und der Einheitlichkeit der Rechtsprechung berücksichtigt werde.<sup>81</sup> Soweit diese Kriterien in

---

<sup>72</sup> Zu Letzterem hinten Rz. 54 ff.

<sup>73</sup> Bericht PVK, S. 19.

<sup>74</sup> Bericht PVK, S. 4, 40 f.

<sup>75</sup> Bericht PVK, S. 37.

<sup>76</sup> Bericht PVK, S. 20.

<sup>77</sup> Bericht PVK, S. 34.

<sup>78</sup> Bericht PVK, S. 20.

<sup>79</sup> Bericht PVK, S. 20.

<sup>80</sup> Bericht PVK, S. 38.

<sup>81</sup> Bericht PVK, S. 33 f.

den Abteilungsreglementen verankert werden, sei zu beachten, dass diese lediglich intern und nicht publiziert seien.<sup>82</sup> Eine weitere Feststellung betrifft den Umstand, dass die politische Zugehörigkeit zwar bei der Wahl ans BVGer eine Rolle spielt, bei der Geschäftsverteilung indes nicht berücksichtigt werde.<sup>83</sup>

49. Die PVK stellt überdies fest, dass die Voraussetzungen, unter denen die Zusammensetzung des Spruchkörpers nachträglich geändert werden kann, nicht spezifisch geregelt seien.<sup>84</sup> Zwar würden die internen Reglemente einiger Abteilungen des BVGer diesbezüglich weiter gehen als die Rechtsgrundlagen für das gesamte Gericht, indem sie festhalten, dass Änderungen des Spruchkörpers aus «wichtigen Gründen» möglich seien; was wichtige Gründe seien, werde aber dem Ermessen der Richterinnen und Richter überlassen.<sup>85</sup> Nicht hinreichend dokumentiert seien auch die Verfahren der Geschäftsverteilung, was der Transparenz schade und die Nachvollziehbarkeit einschränke.<sup>86</sup>
50. Sodann gelangt die PVK zum Schluss, dass die Kriterien für die Spruchkörperbildung nicht einheitlich berücksichtigt und gewichtet würden.<sup>87</sup> Die Gewichtung der Kriterien sei überdies letztlich nur bei der Verwendung von Informatikprogrammen nachvollziehbar. Allerdings würden keine Hinweise darauf bestehen, dass die in der Praxis herangezogenen Kriterien nicht objektiv begründet oder in Widerspruch zum übergeordneten Recht stünden.<sup>88</sup>
51. Nicht durchwegs beachtet werde Art. 25 Abs. 5 VGR, wonach die Bildung des Spruchkörpers explizit Aufgabe des Abteilungspräsidenten bzw. der Abteilungspräsidentin sei. Beim BVGer werde diese Aufgabe teilweise an die Präsidialgerichtsschreiberin bzw. den Präsidialgerichtsschreiber oder an die Kanzlei delegiert, was nur solange unproblematisch sei, als es um die Anwendung strikter Vorgaben ohne jeglichen Ermessensspielraum gehe. In manchen Fällen, in denen die Präsidialgerichtsschreiberin oder der Präsidialgerichtsschreiber damit betraut seien, die Referentin oder den Referenten zu bezeichnen, sei es allerdings ihm oder ihr überlassen, die Arbeitslast der Richterinnen und Richter zu schätzen. Andernorts bestimme – auch hier wie in der vorstehend erwähnten Konstellation indes mit Bestätigung des Beschlusses bezüglich der Zusammensetzung des Spruchkörpers durch die Präsidentin oder den Präsidenten der Abteilung – die Kanzlei, ob Rechtssachen zusammenhängen oder spezifische Kenntnisse erforderlich seien..<sup>89</sup>
52. Die PVK konstatiert sodann, dass die Besonderheiten und spezifischen Herausforderungen der einzelnen Abteilungen die Unterschiede bei der Umsetzung nur teilweise

---

<sup>82</sup> Bericht PVK, S. 34.

<sup>83</sup> Bericht PVK, S. 39.

<sup>84</sup> Bericht PVK, S. 38.

<sup>85</sup> Bericht PVK, S. 21.

<sup>86</sup> Bericht PVK, S. 3, 38.

<sup>87</sup> Bericht PVK, S. 31 f.

<sup>88</sup> Bericht PVK, S. 19.

<sup>89</sup> Bericht PVK, S. 22 f.

rechtfertigen. Ohne sich mit den konkreten Fällen befasst zu haben, seien die von den Befragten gelieferten Begründungen für die abweichenden Verfahren der Geschäftsverteilung, die letztlich im unklaren Rechtsrahmen gründen, für die PVK zwar grundsätzlich stichhaltig. Dennoch rechtfertigten die genannten Unterschiede der Abteilungen und Gerichte nicht alle Differenzierungen. Der institutionelle Rahmen der Gerichte erkläre auch nicht, weshalb die Delegation von Geschäftsaufgaben – beim BVGer selbst innerhalb des Gerichts – verschieden gehandhabt werde.<sup>90</sup>

53. Festgestellt wird sodann, dass die Geschäftsverteilung kaum überprüft werde, obwohl das BVGer über ein System verfüge, dem durchaus gewisse Angaben entnommen werden könnten. Da die Zuteilung von Dossiers mittels Informatikprogrammen beim BVGer im System gespeichert werden, wären Angaben zur Abänderung von Spruchkörpern verfügbar, indem für jedes Geschäft ein Informationsblatt mit den Schritten der Spruchkörperbildung exportiert werden kann. Diese Angaben würden indes nicht systematisch erhoben und ausgewertet.<sup>91</sup> Es fehle überdies an einem Monitoringbericht, obwohl die Angaben hierzu vorhanden wären.<sup>92</sup>
54. Was das Programm «Bandlimat» betrifft, stellt die PVK fest, dass dieses an seine Grenzen stosse, weshalb manuelle Änderungen durch die Abteilungspräsidentinnen und Abteilungspräsidenten notwendig seien.<sup>93</sup> Zudem habe sich in der Praxis gezeigt, dass der Algorithmus gewisse Personenkonstellationen öfters hervorbringt als andere, obwohl er an sich den Grundsatz der grösstmöglichen Durchmischung berücksichtige.<sup>94</sup> Vor diesem Hintergrund gelangt die PVK zum Schluss, dass das Potential dieser Programme nicht voll ausgeschöpft werde.<sup>95</sup>
55. Schliesslich wird konstatiert, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers im konkreten Fall nicht aktiv kommuniziert werde. Dies stehe aber mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Übereinstimmung, wonach die Verfahrensbeteiligten nicht ausdrücklich über die Zusammensetzung des Spruchkörpers informiert werden müssen, sondern dass es ausreicht, wenn die Liste der infrage kommenden Richterinnen und Richter – in casu über das Internet – einsehbar ist.<sup>96</sup>

---

<sup>90</sup> Bericht PVK, S. 36 f.

<sup>91</sup> Bericht PVK, S. 23.

<sup>92</sup> Bericht PVK, S. 41.

<sup>93</sup> Bericht PVK, S. 39.

<sup>94</sup> Bericht PVK, S. 25.

<sup>95</sup> Bericht PVK, S. 4.

<sup>96</sup> Bericht PVK, S. 21.

## **D. Bericht der GPK des National- und Ständerats zur Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten**

### **1. Gegenstand**

56. Gestützt auf die erwähnte Evaluation der PVK<sup>97</sup> richteten die GPK des National- und Ständerats in ihrem Bericht vom 22. Juni 2021 elf Empfehlungen an die eidgenössischen Gerichte. Sieben dieser Empfehlungen sind auch oder ausschliesslich an das Bundesverwaltungsgericht adressiert.

### **2. Empfehlungen an die Adresse des Bundesverwaltungsgerichts**

57. Folgende Empfehlungen der GPK sind auch oder ausschliesslich für das BVGer von Bedeutung:<sup>98</sup>
58. In Empfehlung 1 wird den eidgenössischen Gerichten nahegelegt, «ihre Reglemente im Hinblick auf die Vollständigkeit der objektiven Kriterien, die bei der Zusammensetzung der Spruchkörper in der Praxis berücksichtigt werden, zu überprüfen» (Ziff. 1) und «gegebenenfalls die generell-abstrakten Reglementsbestimmungen der gelebten Praxis an[zupassen], mit dem Ziel, dass diese die Wirklichkeit abbilden und so Transparenz über die angewendeten Kriterien schaffen»<sup>99</sup>.
59. Empfehlung 3 beinhaltet, dass die eidgenössischen Gerichte, «den Verfahrensbeteiligten die Zusammensetzung des Spruchkörpers aktiv mit[teilen] und [...] ihre Reglemente, wo nötig, mit einer entsprechenden Regelung [ergänzen]»<sup>100</sup>. Nach Ansicht der GPK «ist es ein Gebot der Fairness, dass die Gerichte den Verfahrensbeteiligten die Besetzung des Spruchkörpers nach dessen Bildung aktiv kommunizieren»<sup>101</sup>.
60. Empfehlung 4 sieht vor, dass die eidgenössischen Gerichte «ihre Reglemente im Hinblick auf eine klare Regelung der Voraussetzungen und Kriterien, wann eine Richterin oder ein Richter nachträglich im Spruchkörper ausgewechselt wird», ergänzen.<sup>102</sup> Die GPK rufen dabei in Erinnerung, dass gemäss den internationalen Empfehlungen «die Abänderung des Spruchkörpers strengeren Kriterien zu folgen [hat] als dessen ur-

---

<sup>97</sup> Dazu vorne Rz. 42 ff.

<sup>98</sup> Nicht von Relevanz ist Empfehlung 2 betreffend die «Regelung des Zeitpunkts der Bildung des Spruchkörpers», die sich explizit nur an das BGer und das BStrGer richtet. Nur das BGer richtet sich sodann Empfehlung 8 betreffend die «Prüfung einer weiteren Objektivierung der Spruchkörperbildung», während Empfehlung 9 zur «Prüfung der Entwicklung eines Informatikprogramms» das BStGer adressiert und Empfehlung 11 zur «Publikation der Parteizugehörigkeit auf der Website des BGer» sich an Letzteres wendet.

<sup>99</sup> Bericht GPK, S. 5.

<sup>100</sup> Bericht GPK, S. 7.

<sup>101</sup> Bericht GPK, S. 6.

<sup>102</sup> Bericht GPK, S. 7.



sprüngliche Zusammensetzung, damit sichergestellt ist, dass keine Änderungen vorgenommen werden, um den Entscheid in die eine oder andere Richtung zu beeinflussen»<sup>103</sup>.

61. Spezifisch an das BVGer richtet sich Empfehlung 5, wonach dieses «aus Gründen der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der Bildung der Spruchkörper [prüft], seine heute unveröffentlichten Abteilungsreglemente zu veröffentlichen»<sup>104</sup>. Damit knüpfen die GPK an die von der PVK festgestellte fehlende Transparenz an; letztere sei «für das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichtsbarkeit von grosser Bedeutung»<sup>105</sup>.
62. Empfehlung 6 legt u.a. dem BVGer nahe, «gerichtsintern und an die GPK jährlich einen Bericht über die Bildung der Spruchkörper» zu erstatten, wobei die «Art der Daten und der Berichterstattung [...] in Koordination mit dem BGer als Aufsichtsbehörde erarbeitet» wird (Ziff. 1).<sup>106</sup> Die GPK tragen mit dieser Empfehlung dem Umstand Rechnung, dass die Geschäftsverteilung gerichtsintern kaum überprüft wird; sie sind der Ansicht, dass damit die Einhaltung der definierten Verfahren und Kriterien gestärkt und das gerichtsinterne Bewusstsein für die Bedeutung einer frei von Beeinflussung des Ergebnisses erfolgenden Geschäftszuteilung geschärft würde.<sup>107</sup>
63. Über einen Konnex zu Empfehlung 6 sowie dem Transparenzanliegen verfügt Empfehlung 7, wonach die «eidgenössischen Gerichte prüfen, in welcher Form sie eine jährliche Berichterstattung über die Bildung der Spruchkörper aufnehmen können, um dem berechtigten öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen»<sup>108</sup>.
64. Empfehlung 10 sodann sieht vor, dass die Gerichte «prüfen, eine explizite Gewichtung bzw. Priorisierung der angewendeten Kriterien bei der Spruchkörperbildung vorzunehmen und diese in ihren Reglementen festzuschreiben»<sup>109</sup>. Grundlage dieser Empfehlung bildet die Feststellung, dass die berücksichtigten Kriterien zwar an sich objektiv seien, sich aber die Frage stelle, «ob sie auch objektiv angewendet werden». Die Anwendung der Kriterien variere «stark von Gericht zu Gericht und selbst von Abteilung zu Abteilung»<sup>110</sup>. Soweit die Spruchkörperbildung mit Hilfe von Computerprogrammen erfolge und nachträgliche händische Änderungen begründet werden müssten, sei die Gewichtung der Kriterien «immerhin nachvollziehbar». Ansonsten sei die Anwendung der Kriterien aber weder nachvollziehbar noch überprüfbar, wenn eine explizite Gewichtung bzw. Priorisierung der Kriterien fehle.<sup>111</sup> Nichtsdestotrotz anerkennen die

---

<sup>103</sup> Bericht GPK, S. 7.

<sup>104</sup> Bericht GPK, S. 8.

<sup>105</sup> Bericht GPK, S. 7.

<sup>106</sup> Bericht GPK, S. 9.

<sup>107</sup> Bericht GPK, S. 8.

<sup>108</sup> Bericht GPK, S. 9.

<sup>109</sup> Bericht GPK, S. 13.

<sup>110</sup> Bericht GPK, S. 12.

<sup>111</sup> Bericht GPK, S. 13.

GPK, «dass den Gerichten bei der Geschäftszuteilung ein gewisser Ermessensspielraum verbleiben [müsse], um ein Gleichgewicht zwischen strikten Automatismen und der für die Gewährleistung einer effektiven und effizienten Justiz nötigen Flexibilität zu finden»<sup>112</sup>.

65. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich einzelne dieser Empfehlungen primär auf die Vornahme von Reglementsanpassungen beziehen, wobei diese teilweise darauf abzielen, die Praxis abzubilden (Empfehlung 1 betreffend die vollständige Abbildung der Kriterien für die Spruchkörperbildung), während andere auch eine Notwendigkeit materieller Änderungen implizieren (so Empfehlung 4 betreffend die Regelung der Voraussetzungen der nachträglichen Anpassung des Spruchkörpers, Empfehlung 10 betreffend die explizite Gewichtung bzw. Priorisierung der Kriterien für die Spruchkörperbildung auf Reglementsstufe). Gewisse Empfehlungen sprechen nicht in erster Linie die Anpassung der Reglemente, sondern vielmehr der Praxis an (so Empfehlung 3 betreffend die aktive Kommunikation des Spruchkörpers, Empfehlung 5 betreffend die Veröffentlichung der Abteilungsreglemente, Empfehlung 6 betreffend die jährliche Berichterstattung über die Spruchkörperbildung gerichtsintern und an die GPK, Empfehlung 7 betreffend die im öffentlichen Interesse erfolgende jährliche Berichterstattung über die Spruchkörperbildung). Nicht ausgeschlossen ist indes, dass auch letztere Empfehlungen rechtssatzmässig umgesetzt werden; dabei steht indes nicht das Erfordernis einer rechtssatzmässigen Grundlage im Zentrum.

## **E. Studie von BÜCHEL ET AL.**

### **1. Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisziel**

66. In der Zeitschrift *Justice – Justiz – Giustizia*, Ausgabe 2021/4, erschien ein von KONSTANTIN BÜCHEL, REGINA KIENER, ANDREAS LIENHARD und MARCUS ROLLER verfasster Aufsatz mit dem Titel «Automatisierte Spruchkörperbildung an Gerichten, Grundlagen und empirische Erkenntnisse am Beispiel des Bundesverwaltungsgerichts». Die Studie «will erstmals die rechtlichen und konzeptionellen Grundlagen einer softwarespezifischen Spruchkörperbildung und deren Umsetzung an einem grossen nationalen Gericht interdisziplinär und empirisch untersuchen und daraus verallgemeinerungsfähige Erkenntnisse für die automatisierte Spruchkörperbildung ableiten»<sup>113</sup>. Untersucht werden (1) die «rechtlichen Anforderungen an die Spruchkörperbildung im Allgemeinen», (2) ob «die am Bundesverwaltungsgericht geltenden Reglemente, der bestehende Mechanismus der Spruchkörperbildung und dessen Handhabung diesen Anforderungen» genügen und (3) welche «allgemeinen Erkenntnisse für die Ausgestaltung der Spruchkörperbildung» sich daraus ableiten lassen.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Bericht GPK, S. 13.

<sup>113</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 4.

<sup>114</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 6.

## 2. Zentrale Feststellungen

### a) *Automatische und manuelle Spruchkörperbildung*

67. Die Untersuchung gelangt unter anderem zum Schluss, dass bei 55 % aller Dossiers sämtliche Richterpositionen des Spruchkörpers vollständig automatisch mit der Fallzuteilungssoftware generiert wurden, während bei den übrigen 45 % mindestens eine Richterposition manuell besetzt wurde.<sup>115</sup> Beim Grossteil der manuell besetzten Spruchkörper erfolgte sodann mindestens eine manuelle Umbesetzung; lediglich bei 8 % aller Dossiers wurde der Spruchkörper einmalig besetzt und dabei mindestens eine Richterposition manuell bestimmt.<sup>116</sup> Festgestellt werden überdies unterschiedlich hohe prozentuelle Anteile an manuell erfolgten Besetzungen nach Abteilungen.<sup>117</sup> Bei 39 % aller Spruchkörper werden sodann ex post-Umbesetzungen identifiziert, die im Dossierverwaltungssystem «Juris» und daher ausserhalb der Fallzuteilungssoftware getätigt wurden. Für diese Umbesetzungen würden keine Begründung in der Fallzuteilungssoftware protokolliert; daher finde die geleistete Arbeitslast in der relevanten Datenbank der Fallzuteilungssoftware keine Berücksichtigung.<sup>118</sup>
68. Die Verfasser der Studie haben des Weiteren die Begründungen für die manuellen Anpassungen<sup>119</sup> erforscht. Sie stellen zunächst fest, dass die Fallzuteilungssoftware weder für ex ante- noch für ex post-Eingriffe einen festen Kreis von Kriterien vorgebe, sondern lediglich ein Textfeld aufführe, das nach Belieben gefüllt werden könne. Während die bei den ex ante-Eingriffen gegebenen Begründungen nachvollziehbar erscheinen, blieben die ex post-Eingriffe zum grossen Teil (40 %) ohne Begründung oder würden mit Verweis auf das Kriterium Muttersprachenregel gerechtfertigt, das eigentlich schon bei der Dossierkonfiguration (und damit ex ante) feststeht.<sup>120</sup>

### b) *Anwenderkreis der Fallzuteilungssoftware*

69. Was die Anwenderinnen und Anwender der Fallzuteilungssoftware betrifft, zeigt die Studie auf, dass deren Kreis zwischen 2008 und 2018 pro Jahr zwischen 50 und 70 verschiedene Mitarbeitende umfasste. Während die Spruchkörperbesetzungen ursprünglich vor allem über Nutzerkonten von Abteilungs- oder Kammerpräsidentinnen und Kammerpräsidenten getätigt wurden, habe sich zunächst eine Verschiebung zu Richterinnen und Richtern ohne Leitungsfunktion und seit 2012 eine solche zu anderen

---

<sup>115</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 38.

<sup>116</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 40.

<sup>117</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 44.

<sup>118</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 51.

<sup>119</sup> Hervorzuheben ist, dass die Verfasser dieser Studie den Begriff der Anpassung in einem anderen Sinn als in Art. 32a VGR bzw. der vorliegenden Untersuchung verwenden. Sie subsumieren darunter auch manuelle Eingaben im Rahmen der erstmaligen Spruchkörperbildung, die nach vorliegendem Verständnis keine Anpassungen darstellen, sondern das Verhältnis zwischen automatischer und manueller Spruchkörperbildung betreffen.

<sup>120</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 57.

Gerichtsmitarbeitenden (primär Kanzleimitarbeitenden, vereinzelt Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber) ergeben.<sup>121</sup>

**c) *Regelungsdefizite und Diskrepanzen zwischen den Abteilungsreglementen***

70. BÜCHEL ET AL. zeigen sodann auf, dass – nebst den von der GPK genannten – weitere in der Praxis mögliche Kriterien wie das Fallgewicht, das Geschlecht und die Parteizugehörigkeit nicht im VGG oder VGR genannt werden. Auch seien die Gründe, die eine ausnahmsweise Abweichung von den Grundsätzen der Spruchkörperbildung zulassen, nicht explizit geregelt. Dasselbe gelte für die Voraussetzungen nachträglicher Umbesetzungen des Spruchkörpers.<sup>122</sup>
71. Die Regelung der erwähnten Fragen erfolge primär auf Abteilungsstufe, wobei die einschlägigen Bestimmungen sowohl bezüglich Inhalt als auch bezüglich Bestimmtheit unterschiedlich ausfielen. So liessen etwa die in den Abteilungsreglementen genannten Gründe, die eine ausnahmsweise Abweichung vom Zuteilungsmechanismus rechtfertigte, die Einheitlichkeit vermissen.<sup>123</sup> Des Weiteren basierten die Abteilungsreglemente auf unterschiedlichen Verständnissen zentraler Begriffe, wie etwa Automatismus, Zufallsprinzip oder elektronisches Programm. Lediglich im Reglement der Abteilung II werde darauf hingewiesen, dass die Fallzuteilungssoftware ein Hilfsmittel darstelle.<sup>124</sup> Moniert wird schliesslich der interne Charakter der Abteilungsreglemente, der den Anforderungen an die Voraussehbarkeit bzw. Transparenz nicht genüge.<sup>125</sup>

**d) *Grenzen der automatischen Spruchkörperbildung***

72. Aus dem hohen Anteil manueller Eingriffe schliesst die Studie von BÜCHEL ET AL., dass die reglementarische Vorgabe, wonach Spruchkörper grundsätzlich automatisch bzw. zufällig zu besetzen seien, in Frage gestellt sei. Dies deute zudem darauf hin, dass die Software aus der Gerichtsperspektive wesentlichen Kriterien wie die Muttersprache oder die Konnexität von Fällen nicht hinreichend abbilde.<sup>126</sup>
73. Dass es mit der Fallzuteilungssoftware des BVGer nicht möglich sei, aggregierte Statistiken über die Besetzungspraxis zuverlässig zu berechnen, liege primär am Umstand, dass es häufig ausserhalb der Fallzuteilungssoftware zu Umbesetzungen komme, die erst durch einen Abgleich mit den auf den publizierten Urteilen genannten Spruchkörpern ersichtlich würden. Zusätzlich erfordere die Art der Archivierung in den Datenbanken der Fallzuteilungssoftware umfassende Bearbeitungsschritte, bevor aussagekräftige Statistiken berechnet werden könnten. Vor diesem Hintergrund überrasche es

---

<sup>121</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 50.

<sup>122</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 14.

<sup>123</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 55.

<sup>124</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 18.

<sup>125</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 17.

<sup>126</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 57.

nicht, dass das BVGer kaum Angaben zur Praxis der Spruchkörperbildung an die Öffentlichkeit kommuniziere, was mit Blick auf die Transparenz und Vertrauensbildung indes wünschenswert wäre.<sup>127</sup>

### 3. Identifiziertes Verbesserungspotential

74. BÜCHEL ET AL. stellen primär in dreierlei Hinsicht Optimierungsbedarf fest:
75. Erstens sei im VGR eine Rechtsgrundlage für einen grundsätzlich für alle Abteilungen geltenden Fallzuteilungsmechanismus zu schaffen, wobei Besonderheiten der einzelnen Abteilungen durchaus Berücksichtigung finden könnten. Im VGR bzw. in den Abteilungsreglementen seien die Kriterien für die Spruchkörperbildung zu ergänzen und die Gründe für Abweichungen vom Automatismus zu präzisieren. Zudem sei zwischen anfänglicher (ex ante) und nachträglicher (ex post) Spruchkörperbildung zu unterscheiden. Auch sollten die Vorgaben in den Abteilungsreglementen harmonisiert und hinsichtlich der Zuständigkeit für die Spruchkörperbildung mit dem übergeordneten Recht in Übereinstimmung gebracht werden. Aus Gründen der Transparenz wird schliesslich empfohlen, sämtliche Abteilungsreglemente öffentlich zugänglich zu machen.<sup>128</sup>
76. Zweitens sei die softwaregestützte Fallzuteilung als zentraler Mechanismus bei der Objektivierung der Spruchkörperbildung und dem Management der Geschäftsverteilung beizubehalten und in verschiedener Hinsicht zu verbessern (Implementierung von Kriterien für manuelle Eingriffe in die Software, Gestaltung als Dropdown-Menü, Optimierung der Schnittstelle zwischen Fallzuteilungssoftware und Dossierverwaltungssystem, Überprüfung einer Erweiterung der Fallzuteilungskriterien um die aktuelle Auslastung).<sup>129</sup>
77. Drittens sollen der Benutzerkreis der Fallzuteilungssoftware auf die reglementarisch vorgesehenen Anwenderinnen und Anwender reduziert, interne Aufsichtsmechanismen geprüft und aggregierte Kennzahlen zur Spruchkörperbildung veröffentlicht werden. BÜCHEL ET AL. versprechen sich daraus insbesondere eine substantielle Senkung der manuellen Eingriffe und – in der Folge – eine Stärkung der Objektivierung der Spruchkörperbildung.<sup>130</sup>

### F. Fazit

78. Die Empfehlungen bzw. die in den jüngsten Untersuchungen formulierte Kritik an der Spruchkörperbildung am BVGer beziehen sich (1) auf die Vollständigkeit der Normierung (primär mit Bezug auf die objektiven Kriterien der Spruchkörperbildung und -anpassung), (2) die Regelungsdichte (primär mit Bezug auf die explizite Gewichtung

---

<sup>127</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 59.

<sup>128</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 61.

<sup>129</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 62.

<sup>130</sup> BÜCHEL ET AL., Rz. 63.

und Priorisierung der Kriterien), (3) die inhaltlichen Anforderungen an die einschlägigen Regelungen und die Praxis (u.a. hinsichtlich der strengeren Anforderungen für Spruchkörperanpassung, der Zuständigkeit und der Optimierung der Software), (4) die Schaffung von Transparenz (Veröffentlichung der Abteilungsreglemente) sowie (5) die nachträgliche Kontrolle (Dokumentation und Berichterstattung über die Spruchkörperbildung). Adressat der Empfehlungen ist das BVGer, während auf der Stufe der Gesetzgebung kein Handlungsbedarf identifiziert wird.

## VI. Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht

### A. Einleitende Bemerkungen

79. Im Folgenden wird die Spruchkörperbildung am BVGer, die im letzten Teil einer vertieften Analyse unterzogen wird,<sup>131</sup> dargestellt. Zunächst erfolgt eine Übersicht über die einschlägigen Rechtsgrundlagen (B.). Gegenstand der Beurteilung der Spruchkörperbildung bilden zwar die Rechtsgrundlagen unter Berücksichtigung der jüngst vorgenommenen Anpassungen. Um die Entwicklungen transparent zu machen und weil die vorab erörterten Untersuchungen<sup>132</sup> das bisherige Recht in den Blick nahmen, wird auch dieses eingangs kurz dargestellt. Anschliessend erfolgt eine Darstellung der Praxis der Spruchkörperbildung, die sich auf jene Aspekte fokussiert, die in den Rechtsgrundlagen nicht abgebildet werden (C.).

### B. Rechtsgrundlagen

#### 1. Verwaltungsgerichtsgesetz

80. Der Gesetzgeber hat «die Verteilung der Geschäfte auf die Abteilungen nach Rechtsgebieten sowie die Bildung der Spruchkörper» dem Bundesverwaltungsgericht zur Regelung durch Reglement übertragen (Art. 24 VGG). Er wiederholt damit die verfassungs- bzw. menschenrechtlichen Vorgabe, wonach die Spruchkörperbildung nicht in das freie Ermessen einzelner Amtsträger gestellt werden darf, sondern in generell-abstrakten Normen festzulegen ist. Für den Erlass des Reglements ist das Gesamtgericht zuständig (Art. 16 Abs. 1 lit. a VGG).

#### 2. Regelungen auf Reglementsstufe

##### a) *Bisherige Vorgaben*

##### (1) *Geschäftsreglement für das Bundesverwaltungsgericht (VGR)*

81. Gemäss den zum Zeitpunkt der Erstellung der vorliegenden Untersuchung noch aktuellen, aber in Ablösung begriffenen Regelungen im VGR gilt bezüglich der Spruchkörperbildung Folgendes: Art. 23 VGR regelt, für welche Rechtsgebiete die einzelnen Abteilungen zuständig sind. Art. 24 VGR normiert die Zuteilung der Geschäfte an die Abteilungen, während Art. 25 VGR die Zahl und Zusammensetzung der Kammern festlegt und in Abs. 5 lit. a und b die Zuteilung der Geschäfte an die Richterinnen und Richter nach Art. 31 Abs. 2 VGR sowie die Bestimmung des Spruchkörpers nach Art. 32 Abs. 1 den Kammerpräsidentinnen und -präsidenten überträgt.

---

<sup>131</sup> Siehe hinten Rz. 114 ff.

<sup>132</sup> Siehe vorne Rz. 42 ff.

82. Gemäss Art. 31 VGR verteilen die Abteilungspräsidentinnen und -präsidenten die Geschäfte auf die Kammern. Die Abteilungen erlassen hierfür Richtlinien (Art. 26 Abs. 1 VGR). Übernehmen die Kammerpräsidien die Verfahrensleitung nicht selbst, so teilen sie die Geschäfte einem Richter oder einer Richterin zur Prozessinstruktion und Fall erledigung zu (Art. 31 Abs. 2 VGR). Gemäss Art. 31 Abs. 3 VGR erfolgt die von Abs. 2 erfasste Zuteilung der Geschäfte «nach einem von den Abteilungen im Voraus festgelegten Schlüssel», welcher der Verwaltungskommission zur Genehmigung vorzulegen ist. Die dabei zu berücksichtigenden Kriterien werden in Satz 3 und 4 von Abs. 3 näher ausgeführt: «Massgebend für den Schlüssel ist die Reihenfolge der Geschäftseingänge. Angemessen zu berücksichtigen sind ferner die Amtssprachen und der Beschäftigungsgrad der Richterinnen und Richter, deren Belastung durch die Mitarbeit in Gerichtsgremien und allfällige weitere Kriterien wie spezifische Kammerzuständigkeiten oder die Vorbefassung von Richtern oder Richterinnen.» Art. 31 Abs. 3 VGR nennt somit eine Reihe von bei der Spruchkörperbildung zu berücksichtigenden Kriterien, wobei die Formulierung – in Widerspruch zur gelebten Praxis – den Anschein einer abschliessenden Nennung erweckt. Die Kriterien, die in der Praxis am BVGer bei der Spruchkörperbildung berücksichtigt werden, gehen – wie auch in den jüngsten externen Untersuchungen der Spruchkörperbildung aufgezeigt wurde – weit über diese Aufzählung hinaus.
83. Für den Fall, dass das Geschäft nicht in die Kompetenz eines Einzelrichters oder einer Einzelrichterin fällt, bezeichnet der Kammerpräsident oder die Kammerpräsidentin gemäss Art. 32 Abs. 1 VGR das zweite und dritte Mitglied des Spruchkörpers. Diese Bestimmung impliziert, dass der Spruchkörper bereits zu einem frühen Zeitpunkt gebildet wird. Art. 31 Abs. 3 VGR findet dabei sinngemäss Anwendung. Art. 31 Abs. 3 VGR kommt schliesslich auch dann zum Tragen, wenn ein Fünferspruchkörper eingesetzt wird und – je nach Konstellation – ein oder zwei weitere Mitglieder zu benennen sind, «sofern nicht der Abteilungspräsident oder die Abteilungspräsidentin gemäss Abteilungsreglement als weiteres Mitglied mitwirkt».
84. Gemäss Art. 32 Abs. 3<sup>bis</sup> VGR können die Abteilungen «abteilungsübergreifende Spruchkörper bilden, insbesondere soweit die Rechtsfrage die jeweils gemeinsamen Rechtsgebiete betrifft». Schliesslich ermächtigt Art. 32 Abs. 4 VGR die Abteilungen, zu regeln, «ob und in welcher Form den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt gegeben wird».
85. Abschliessend ist festzuhalten, dass das VGR in der aktuell geltenden Fassung keine Vorgaben zur Änderung des Spruchkörpers statuiert.

## (2) *Abteilungsreglemente*

86. Wie soeben ausgeführt, erfolgt die Geschäftszuteilung gemäss Art. 31 Abs. 3 VGR nach einem von den Abteilungen im Voraus festgelegten und von der Verwaltungs-



kommission zu genehmigenden Schlüssel. Entsprechend haben die einzelnen Abteilungen des BVGer Reglemente erlassen, die auch Bestimmungen zur Spruchkörperbildung enthalten und weitaus detaillierter sind als die diesbezüglichen Normen im VGR. Da diese Bestimmungen im Zuge der jüngst erfolgten Revision des VGR abgelöst werden, werden sie an dieser Stelle nicht wiedergegeben.<sup>133</sup> Erwähnt sei lediglich, dass sich die einzelnen Reglemente – wie auch in den in jüngerer Zeit erfolgten externen Beurteilungen festgestellt – durch unterschiedliche Regelungsinhalte sowie Regelungsdichten kennzeichnen und sich mangels weitreichender vereinheitlichender Vorgaben im VGR auch inhaltlich, beispielsweise bezüglich der zur Anwendung gelangenden Kriterien, unterscheiden. Allen gemeinsam ist, dass sie als intern bezeichnet und daher nicht öffentlich zugänglich sind.<sup>134</sup>

**b) *Jüngst erfolgte Anpassungen***

87. Im Nachgang zu den erwähnten Beurteilungen der Spruchkörperbildung am BVGer hat Letzteres verschiedene Änderungen am VGR vorgenommen, deren Inkrafttreten auf den 1. Juni 2023 terminiert ist. Diese führen insbesondere zu einer grösseren Regelungsdichte und gewissen Modifikationen bezüglich der Spruchkörperbildung:

*(1) Fachgebiete (Art. 25a VGR)*

88. Neu eingefügt wird Art. 25a VGR betreffend die Fachgebiete. Gemäss Abs. 1 können sich die Abteilungen und Kammern in Fachgebiete gliedern, wobei die Rechtsgebiete nach dem Anhang zum VGR den Fachgebieten organisatorisch zugewiesen werden. Als Fachgebietsverantwortliche für die Leitung der Fachgebiete zuständig sind nach Abs. 2 der Abteilungspräsident oder die -präsidentin und dessen oder deren Stellvertretung. Gemäss Abs. 3 können Richterinnen und Richter als Fachgebietskoordinatorinnen und -koordinatoren die Abteilungspräsidentin bzw. den Abteilungspräsidenten bei der Koordination der Rechtsprechung nach Art. 14a Abs. 2 lit. a unterstützen.

*(2) Geschäftsverteilung (Art. 26 VGR)*

89. Art. 26 VGR zur Geschäftsverteilung erfährt verschiedene Modifikationen: Abs. 1 betrifft nicht mehr nur die Verteilung der Geschäfte auf die Kammern, sondern auch auf die Fachgebiete. Zudem werden die Abteilungen nicht mehr zum Erlass von Richtlinien, sondern zur Vornahme von Regelungen verpflichtet. Entsprechend sieht Abs. 2 neu vor, dass die «Regelungen» (anstelle der Richtlinien) der Verwaltungskommission zur Genehmigung vorzulegen sind. Abs. 3, der die Zuständigkeit zur Verteilung der Geschäfte auf die Kammern oder Fachgebiete den Abteilungspräsidentinnen und -präsidenten überträgt, übernimmt die bisherige Bestimmung von Art. 31 Abs. 1 VGR und ergänzt sie um die Fachgebiete.

---

<sup>133</sup> Siehe die Übersichten über die einzelnen Abteilungsreglemente bei BÜCHEL ET AL., Rz. 16.

<sup>134</sup> Siehe auch BÜCHEL ET AL., Rz. 17 f.

(3) *Geschäftszuteilung (Art. 31 VGR)*

90. Art. 31 VGR wurde mit einem neuen Titel («Geschäftszuteilung» anstatt bisher «Geschäftsverteilung») versehen, womit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass aufgrund der Verlagerung des bisherigen Abs. 1 von Art. 31 in Art. 26 Abs. 3 VGR neu Art. 31 VGR ausschliesslich die Zuteilung der Geschäfte an einen Richter oder eine Richterin zur Prozessinstruktion regelt. In dieser Bestimmung, die eine deutliche Erweiterung erfahren hat, finden sich die Grundlagen für die Zuteilung der Geschäfte an die Richterinnen und Richter. Abs. 1 knüpft an den bisherigen Abs. 2 von Art. 31 VGR an und hält – inhaltlich identisch, aber mit geändertem Wortlaut – fest, dass die Geschäfte «einem Richter oder einer Richterin zur Prozessinstruktion und Erledigung zugeteilt» werden, sofern sie nicht «in die Zuständigkeit des Abteilungs- oder Kammerpräsidiums fallen».
91. Abs. 2 führt sodann aus, dass die Zuteilung der Geschäfte «unter Zuhilfenahme einer Software nach der Reihenfolge der Geschäftseingänge» erfolgt. Anschliessend werden fünf Kriterien genannt, die ebenfalls massgebend sind: die Kammer- und Fachgebietszuständigkeiten, die Arbeitssprachen, der Beschäftigungsgrad und die Belastung durch die Mitarbeit in Gerichtsgremien, die Ausstandsgründe sowie die Geschäftslast. Abs. 3 nennt in lit. a–i überdies eine Reihe von Kriterien, die bei der Geschäftszuteilung berücksichtigt werden können (aber nicht müssen). Zum Kreis dieser Kann-Kriterien gehören: eine angemessene Einarbeitungszeit (lit. a), ein angemessener Zeitraum vor und nach einem Abteilungs-, Kammer- oder Fachgebietswechsel (lit. b), ein angemessener Zeitraum vor einem Austritt (lit. c), Abwesenheiten (lit. d), die Dringlichkeit eines Verfahrens, insbesondere bei Behandlungsfristen oder der Notwendigkeit vorsorglicher Massnahmen (lit. e), das Fallgewicht (lit. f), spezifische Fachkenntnisse (lit. g), die Konnexität und ein enger Sachzusammenhang, wobei das Geschäft in der Regel bei einer Rückweisung durch das Bundesgericht, bei einer Rückweisung an die Vorinstanz und nachfolgender erneuter Beschwerde an das BVGer, bei Anfechtung derselben Verfügung von mehreren Beschwerdeführenden sowie bei Anfechtung aufeinanderfolgender Verfügungen in derselben Sache mit denselben Behörden und Parteien durch dieselben Beschwerdeführenden demselben Mitglied zugeteilt wird (lit. h), die Analogie von Verfahren, insbesondere Verfahren, die dieselbe Rechtsfrage betreffen, sodass das Geschäft demselben Mitglied zugeteilt werden kann (lit. i). Eine spezifische Vorgabe enthält Abs. 4 für Konstellationen der Revision: Demnach wird bei Revisionen «das Geschäft keinem Mitglied zugeteilt, das bereits im ursprünglichen Verfahren mitgewirkt hat», wobei davon abgewichen werden kann, «wenn die Zusammensetzung der Richterinnen und Richter der Abteilung keine Neubesetzung erlaubt». Wenn «bei einer Gutheissung des Revisionsgesuchs die Streitsache des ursprünglichen Verfahrens erst im Anschluss materiell beurteilt [wird], wird das Geschäft demselben Mitglied wie im Revisionsverfahren zugeteilt». Schliesslich können in Ergänzung zu den in Abs. 2 und

3 genannten Kriterien «ausnahmsweise allfällige weitere Kriterien berücksichtigt werden». Nicht mehr in Art. 31 VGR geregelt ist die Zuständigkeit für die Geschäftszuteilung. Diese wird neu in einer separaten Bestimmung normiert (Art. 32b VGR<sup>135</sup>).

(4) *Spruchkörperbildung (Art. 32 VGR)*

92. Art. 32 VGR zur Spruchkörperbildung hat ebenfalls verschiedene Anpassungen erfahren: Konsequenz des ausführlicheren Kriterienkatalogs in Art. 31 VGR bildet, dass für die Bestimmung des zweiten und dritten Mitglieds des Spruchkörpers Art. 31 Abs. 2–5 VGR für sinngemäss anwendbar erklärt werden. Neu findet sich zudem keine Bestimmung zum Zeitpunkt der Spruchkörperbildung mehr; der bisherige Passus, wonach dann, wenn feststeht, dass das Geschäft nicht die einzelrichterliche Kompetenz fehlt, das zweite und dritte Mitglied des Spruchkörpers bezeichnet werden, wurde nicht übernommen (mit dieser Umformulierung sollte gemäss Auskunft des BVGer primär sichergestellt werden, dass nicht der unzutreffende Eindruck entsteht, einzelrichterliche Entscheide stellten die Regel dar).
93. Abs. 3 zur Zusammensetzung des Fünferspruchkörpers wurde in lit. b um den oder die Fachgebietsverantwortlichen ergänzt. Lit. c sodann bezeichnet als fünftes Mitglied des Spruchkörpers «den Abteilungspräsidenten oder [die] Abteilungspräsidentin und allenfalls [den] Fachgebietskoordinator oder [die] Fachgebietskoordinatorin, sofern er oder sie nicht bereits zum ordentlichen Spruchkörper gehört und sofern dies gemäss Abteilungspraxis vorgesehen ist; das weitere Mitglied oder die weiteren Mitglieder des Spruchkörpers werden sinngemäss nach Artikel 31 Absätze 2–5 bestimmt».
94. Abs. 3<sup>bis</sup> betreffend abteilungsübergreifende Spruchkörper führt detaillierter aus, in welchen Situationen solche gebildet werden können, indem die bisherige, in lit. a wiedergegebene Konstellation um zwei weitere ergänzt wird: «soweit die Rechtsfrage die jeweils gemeinsamen Rechtsgebiete betrifft» (lit. a), «wenn für die Rechtsfrage das Fachwissen einer anderen Abteilung notwendig ist» (lit. b) bzw. «bei einer Aushilfe von Richtern und Richterinnen in anderen Abteilungen zur Ausgleichung der Geschäftslast».
95. Aufgehoben wurde Abs. 4 betreffend die abteilungsspezifische Regelung der Bekanntgabe des Spruchkörpers. Mit der Bekanntgabe der Spruchkörper befasst sich neu Art. 32c VGR, der die Bekanntgabe an die Parteien auf Anfrage vorsieht.<sup>136</sup>
96. Der neu aufgenommene Abs. 5 schliesslich sieht vor, dass die Abteilung bestimmen kann, «dass sich der Dreierspruchkörper aus mindestens zwei Mitgliedern zusammensetzt, deren Muttersprache der Verfahrenssprache entspricht», wenn es das Rechtsge-

---

<sup>135</sup> Dazu hinten Rz. 97 ff.

<sup>136</sup> Dazu hinten Rz. 100.

biet erfordert. Damit wird die Bestimmung, welche die Arbeitssprachen als massgebendes Kriterium erklärt (Art. 31 Abs. 1 VGR), um die fakultative Berücksichtigung der Muttersprache ergänzt.

(5) *Anpassung der Spruchkörper (Art. 32a VGR)*

97. Das VGR wurde sodann um eine Bestimmung zur Anpassung der Spruchkörper ergänzt. Gemäss Art. 32a Abs. 1 kann die Anpassung des Spruchkörpers «aus wichtigen sachlichen Gründen» erfolgen, wobei Art. 31 Abs. 2–5 VGR sinngemäss anwendbar sind. Art. 32a Abs. 2 VGR sieht sodann vor, dass die Verfahrenssprache unter Einhaltung von Art. 33a VwVG «insbesondere aufgrund der Geschäftslast gewechselt werden» kann.
98. Einschränkende Vorgaben zur Anpassung des Spruchkörpers sehen sodann Art. 32a Abs. 3 und 4 VGR vor: Gemäss Abs. 3 wird bei Abwesenheit eines Mitglieds des Spruchkörpers «zum Zeitpunkt, in dem sich das Urteil in Zirkulation befindet, [...] die Position im Spruchkörper neu besetzt, sofern dies aufgrund der voraussichtlichen Abwesenheitsdauer angezeigt ist». Schliesslich hält Abs. 4 fest, dass keine Anpassung des Spruchkörpers erfolgt, wenn «sich das abwesende Mitglied im Rahmen der laufenden oder einer früheren Zirkulation bereits zum Urteilsentwurf geäussert» hat. In Abweichung davon kann nur «bei Abwesenheiten, die länger dauern oder bei denen die Rückkehr nicht absehbar ist, die Position im Spruchkörper neu besetzt werden».

(6) *Zuständigkeiten für die Geschäftszuteilung und die Spruchkörperbildung (Art. 32b VGR)*

99. Art. 32b VGR regelt die Zuständigkeiten für die Geschäftszuteilung und die Spruchkörperbildung. Diese liegt gemäss Abs. 1 bei den Abteilungspräsidenten und Abteilungspräsidentinnen, den Kammerpräsidenten und Kammerpräsidentinnen sowie ihren Stellvertretern und Stellvertreterinnen. In «begründeten Fällen, insbesondere im Falle von Abwesenheiten», können diese Aufgaben «an Richterinnen und Richter der Abteilung übertragen werden» (Abs. 2).
100. Abs. 3 sieht ferner die Möglichkeit der Übertragung von Geschäftszuteilung und Spruchkörperbildung an den Präsidialsekretär bzw. die -sekretärin oder an Mitarbeitende der Abteilungskanzlei vor, wobei diese «auf Weisung und unter Kontrolle der nach den Absätzen 1 und 2 zuständigen Mitglieder» handeln. Besteht bei der Geschäftszuteilung und Spruchkörperbildung ein Ermessensspielraum, ist dieser zwingend von den hierfür zuständigen Richterinnen und Richtern wahrzunehmen.
101. Die Verantwortung für die korrekte Geschäftszuteilung und Spruchkörperbildung obliegt nach Abs. 4 dem Abteilungspräsidenten oder der Abteilungspräsidentin bzw. dem Kammerpräsidenten oder der Kammerpräsidentin, der bzw. die sicherzustellen hat, dass die reglementarischen Vorschriften korrekt umgesetzt werden (Abs. 4).

(7) *Bekanntgabe der Spruchkörper (Art. 32c VGR)*

102. Nachdem gemäss dem bisherigen Recht die Abteilungen regeln, ob und in welcher Form den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekanntgegeben wird, sieht Art. 32c VGR neu für das gesamte Gericht vor, dass diese den Parteien auf Anfrage bekannt gegeben wird.

## C. Praktische Umsetzung

### 1. Zum Verhältnis zwischen Regelungen und Praxis

103. Im Hinblick auf die Beurteilung der Spruchkörperbildung durch das BVGer interessiert neben den reglementarischen Grundlagen auch die Praxis. Die neuen Bestimmungen sind zwar noch nicht in Kraft; sie bilden indes primär die bereits gelebte Praxis ab. Soweit die bisherige Praxis aufgrund modifizierter Anforderungen an die Spruchkörperbildung nicht mehr zur Anwendung gelangen kann und die Handhabung der neuen Bestimmungen noch offen ist, wird im letzten Teil ausgeführt, wie die Spruchkörperbildung vonstattengehen muss, um im Einklang mit den rechtlichen Vorgaben zu sein. Zu beachten ist im Übrigen, dass die mit den jüngsten Anpassungen des VGR erreichte grössere Regelungsdichte dazu führt, dass der Kreis jener Fragen, deren Klärung der Praxis überantwortet ist, enger geworden ist. Gleichzeitig verschiebt sich der Fokus stärker auf die Analyse der Rechtsgrundlagen.

### 2. Ablauf der Geschäftsverteilung und Spruchkörperbildung

#### a) Überblick

104. Die beim BVGer anhängig gemachten Geschäfte werden zunächst – je nach betroffenem Rechtsgebiet – auf die Abteilungen verteilt.<sup>137</sup> Dem Umstand, dass die Abteilungen IV und V des BVGer mit dem Asylbereich denselben Zuständigkeitsbereich haben, wird dadurch Rechnung getragen, dass die diesbezüglichen Geschäfte «nach dem Zufallsprinzip in der Reihenfolge ihres Eingangs der einen oder anderen Abteilungen zugewiesen» werden.<sup>138</sup> Die anschliessend erfolgende Verteilung der Geschäfte auf die Kammern oder Fachgebiete stellt auf die in den Regelungen der Abteilungen normierte Geschäftsverteilung auf die Kammern oder Fachgebiete (vgl. Art. 26 VGR) ab.<sup>139</sup>
105. Anschliessend findet die vorliegend interessierende Spruchkörperbildung statt. Die diesbezügliche Zuständigkeit sowie die zur Anwendung gelangenden Kriterien sind in Art. 31 und 32b VGR geregelt.<sup>140</sup> Gemäss Art. 31 Abs. 2 VGR erfolgt die Zuteilung

---

<sup>137</sup> Die Zuständigkeiten der einzelnen Abteilungen sind im Anhang zum VGR geregelt.

<sup>138</sup> Bericht PVK, S. 15.

<sup>139</sup> Siehe dazu vorne Rz. 87.

<sup>140</sup> Siehe dazu vorne Rz. 88 f. und 97 ff.

der Geschäfte an einen Richter bzw. eine Richterin zur Prozessinstruktion und Erledigung unter Zuhilfenahme einer Software. Massgebend sind neben der Reihenfolge der Geschäftseingänge die in Art. 31 Abs. 2 VGR zwingend zu beachtenden Kriterien. Fakultativ können zudem die in Abs. 3 genannten Kriterien berücksichtigt werden sowie – gemäss Abs. 5 – «allfällige weitere Kriterien». Zum Kreis der letztgenannten gehören Kriterien, die zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht bekannt sind und daher auch nicht explizit normiert werden können. Besondere Vorgaben gelten bei Revisionen (Art. 31 Abs. 4 VGR).

**b) *Zuhilfenahme einer Software***

106. Dem Reglement selbst lässt sich nicht entnehmen, was unter der «Zuhilfenahme einer Software» genau zu verstehen ist. Das BVGer bringt damit jedenfalls zum Ausdruck, dass es sich bei der Software um ein Hilfsmittel handelt. In der praktischen Anwendung beinhaltet das System der Spruchkörperbildung am BVGer zwei Elemente:<sup>141</sup> Die seit 2007 zur Anwendung gelangende und als «Bandlimat» bezeichnete Software erlaubt die automatische Berücksichtigung bestimmter Kriterien. Zum Kreis der letztgenannten gehören folgende:
- die Abteilung bzw. Kammer und das Fachgebiet
  - die Arbeitssprache der Richterinnen und Richter
  - besondere Fachkenntnisse und Spezialisierungen
  - ferien- und krankheitsbedingte Abwesenheiten (durch Deaktivierungen)
  - die Geschäftslast
  - die Auslastung (Beschäftigungsgrad und allfällige Mitarbeit in Gerichtsgremien)
107. Automatisch Berücksichtigung finden somit die meisten der zwingend zu berücksichtigenden Kriterien gemäss Art. 31 Abs. 2 VGR<sup>142</sup> sowie ein Teil der Kann-Kriterien gemäss Art. 31 Abs. 3 VGR. Diese Kriterien werden – mit Ausnahme der Geschäftslast – jeweils manuell in der Fallzuteilungssoftware hinterlegt und fliessen anschliessend in die Fallzuteilung mit ein. Die Geschäftslast wird demgegenüber von der Fallzuteilungssoftware aufgrund der vergangenen Zuteilungen berechnet.
108. Soweit nötig, finden sodann weitere Kriterien manuell Berücksichtigung. Ursächlich hierfür ist, dass gewisse Kriterien nicht ohne weiteres in der Software hinterlegt werden können. Das BVGer betont, dass es sich bei der manuellen Berücksichtigung der nachfolgend genannten Kriterien nicht um einen Eingriff oder eine Übersteuerung handelt;

---

<sup>141</sup> Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf Erläuterungen des BVGer zur Funktionsweise der Spruchkörperbildung und insbesondere des sog. «Bandlimat» in der aktuellen Version.

<sup>142</sup> Nicht automatisch berücksichtigt werden können die Ausstandsgründe (Art. 31 Abs. 2 lit. d VGR), die fallweise zu beurteilen sind.

vielmehr seien diese systemimmanent und notwendig. Gemäss aktuell zur Anwendung gelangender Software sind dies folgende Kriterien (wobei es sich bei den kursiv gesetzten Begriffen um Titel handelt, die in der Software nicht anwählbar sind):

- *Spruchkörpererweiterung / -reduktion*
    - Einzelrichterentscheid
    - Einzelrichterentscheid mit Zustimmung
    - Einsetzen AP/KP Fünfer
  - Ausstand
  - Dringlichkeit bei Abwesenheit eines Mitglieds
  - Stellvertretung
  - Geschäftslastausgleich
  - Austritt / Abteilungswechsel eines Mitglieds
  - *Sachzusammenhang*
    - konnexe Verfahren
    - analoge Verfahren
    - Rückweisung durch das Bundesgericht
    - Spruchkörper nach Rückweisung an die Vorinstanz
    - Spitalliste
    - Spezialisierung (z.B. kleine Länderliste)
  - *Sprache*
    - Sprachregelung Art. 11 Abs. 3 ZASAR
    - Wechsel Verfahrenssprache
  - Gestaffelte Spruchkörperbildung
  - *Diverse*
    - Fehlfunktion Software
    - Revisionsverfahren
    - Falscheingabe
  - Andere
109. Die Fallzuteilungssoftware hat in der Vergangenheit verschiedene Optimierungen erfahren. So wurde ein Drop Down-Menü mit fix vorgegebenen Kriterien geschaffen und die Geschäftslastwerte wurden von 10 auf 50 angepasst. Für die manuelle Erfassung der Zuteilungskriterien wurde die Fallzuteilungssoftware mit dem Release im Frühjahr

2021 um die Funktionalität der zwingenden Eingabe eines Umbesetzungskriteriums aus der Auswahlliste erweitert. Sämtliche manuellen Besetzungen des Spruchkörpers sowie Anpassungen am bereits generierten Spruchkörper sind anhand der vorgegebenen abschliessenden Auswahl zu begründen. Analog hierzu wurde in der Fallzuteilungssoftware eine weitere Dropdown-Liste für Stornogründe integriert. Seiher muss auch bei der Stornierung eines Dossiers in der Fallzuteilungssoftware zwingend ein Grund ausgewählt werden.

110. Für Anpassungen des Spruchkörpers in der Fachapplikation für die Geschäftskontrolle (Juris) hat die Präsidentenkonferenz im Oktober 2021 zudem beschlossen, dass Spruchkörperbildungen ohne Auswirkungen auf das Richterkonto mittels dreier neuer Verfahrensschritte dokumentiert werden:
- Geschäftslastausgleich (SK-MAEQ): Die mittels Fallzuteilungssoftware zugeordneten Verfahren werden zwecks Geschäftslastausgleichs einem anderen Richter oder einer anderen Richterin zugeteilt.
  - Konnexität / Vereinigung (SK-MACO): Dieser Verfahrensschritt ist auszuwählen, wenn aus Gründen der Geschäftslast nicht alle konnexierten bzw. vereinigten Verfahren geschäftslastrelevant in der Fallzuteilungssoftware erfasst werden sollen.
  - Erledigung durch AP (SK-MAPR): Erledigungen durch das Abteilungspräsidium im Rahmen der Instruktion werden nicht in der Fallzuteilungssoftware erfasst, sondern mittels diesem Verfahrensschritt im Juris hinterlegt.
111. Des Weiteren wurde für Korrekturen in Juris ein zusätzlicher Verfahrensschritt erstellt («Korrektur Falscheintrag Bandlimat» (SK-CORR)). Anpassungen des Spruchkörpers sind nach Abschluss des Verfahrens in der Fallzuteilungssoftware nicht mehr möglich. Wenn jedoch nach dem Setzen des Entscheiddatums in Juris Anpassungen des Spruchkörpers notwendig sind, die in der Fallzuteilungssoftware hätten erfolgen müssen, wird dieser Verfahrensschritt nachträglich manuell erfasst.
112. Gemäss Auskunft des BVGer wurden die Abteilungen im Jahr 2021 für die Thematik der Spruchkörperbildung sensibilisiert, was zur Folge hatte, dass die Zahl der Spruchkörperanpassungen, für die im System keine Begründung hinterlegt wurde, reduziert und dadurch auch die Transparenz erhöht werden konnte.

**c) *Bestimmung des Spruchkörpers durch die Fallzuteilungssoftware***

113. Die Fallzuteilungssoftware gleicht die in den jeweiligen Datenbanken gespeicherten Dossier- und Richterkonfiguration ab und behält nur jene Richterpersonen, bei denen die Attribute so konfiguriert sind, dass sie mit den Kriterien des Dossiers vereinbar sind. Nach dieser Vorauswahl wählt der Algorithmus die Instruktionsrichterin bzw. den Instruktionsrichter grundsätzlich nach dem Kriterium «tiefster Kontostand». Grund-



sätzlich werden bei der Erhebung der Mitrichter-Positionen dieselben Kriterien angewandt, wobei hier die Guthaben über die Kontotabelle der Mitrichter-Konstellationen bezogen und angepasst werden. Weisen mehrere Richterinnen und Richter der Instruktionsrichter-Rolle denselben, tiefsten Kontostand aus oder liegt dieser um den vorgegebenen Unterschied von 0.05 Dossiers oder tiefer auseinander, ist jede nach Kontostand betroffene RichterIn bzw. jeder Richter eine Kandidatin bzw. ein Kandidat für die Instruktionsrichter-Rolle. Für jeden Kandidaten bzw. jede Kandidatin wird anschliessend ein kompletter Dreierspruchkörper ermittelt und jene Kandidatin bzw. jener Kandidat für die Instruktionsrichter-Rolle ausgewählt, bei der die Zweit- oder Drittrichterrolle den tieferen Kontostand als bei den anderen Kandidatinnen und Kandidaten hat. Haben mehrere Richterinnen und Richterinnen der Mitrichterrolle dieselben tiefsten Kontostände oder liegen diese um den vorgegebenen Unterschied von 0.05 Dossiers oder tiefer auseinander, so entscheidet der Zufall. Für die Abteilungen IV und V werden nach der Bestimmung des Instruktionsrichters bzw. der Instruktionsrichterin die Mitrichterinnen und -richter über den (tiefsten) Kontostand pro Mitrichterposition gewählt.

### **3. Spruchkörper-Controlling**

114. 2021 wurde am BVGer während einer Testphase ein Spruchkörper-Controlling eingeführt.<sup>143</sup> Per 1. Januar 2022 wurde dieses Controlling für alle Verfahren mit Eingang ab 1. Januar 2022 definitiv etabliert. Gemäss Auskunft des Bundesverwaltungsgerichts werden die Auswertungen im selben Rhythmus wie das Tertialreporting der Verwaltungskommission unterbreitet.
115. Mitte Mai 2022 wurde zudem eine umfassende Ablage der Spruchkörper-Dokumentation im Dossier eingeführt. Es handelt sich dabei um eine für alle Abteilungen einheitliche und umfassende physische Ablage der Spruchkörper-Dokumentation, d.h. des Bandlimat-Ausdrucks, gegebenenfalls von Ausdrücken aus dem Juris sowie allenfalls weiterer Hilfsdokumente. Diese Ablage stellt abteilungsintern Transparenz und Nachvollziehbarkeit bezüglich der Spruchkörperbildung im Einzelfall sicher.

---

<sup>143</sup> Auch die Ausführungen zum Spruchkörper-Controlling stütze sich auf Informationen des Bundesverwaltungsgerichts.

## VII. Überprüfung der Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht

### A. Einleitende Bemerkungen

116. Die Überprüfung der Spruchkörperbildung am BVGer fokussiert sich zum einen auf deren *Rechtmässigkeit*. In diesem Rahmen wird eruiert, ob sie den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben genügt. Zum anderen wird nach deren *Zweckmässigkeit*, verstanden als optimaler Ausgleich zwischen einer im Voraus festgelegten, von individuellen Einflussnahmen freien Spruchkörperbildung einerseits und den in den spezifischen Aufgaben des Gerichts begründeten öffentlichen Interessen andererseits, gefragt. Mit der Berücksichtigung auch der Zweckmässigkeit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es teilweise an eindeutigen rechtlichen Vorgaben fehlt und gewisse Aspekte der Spruchkörperbildung daher unter Austarierung sämtlicher involvierter Interessen zu konkretisieren sind, was zur Folge hat, dass mehrere rechtmässige Vorgehensweisen bestehen. Unterschieden wird des Weiteren zwischen den Regelungen der Spruchkörperbildung einerseits und der diesbezüglichen Praxis andererseits, wobei – wie bereits erwähnt – zu berücksichtigen ist, dass das VGR in der revidierten Fassung die bisher gelebte Praxis abbildet und daher die Rechtsgrundlagen im Zentrum stehen.<sup>144</sup> Berücksichtigt wird schliesslich, dass flankierende Massnahmen die korrekte Spruchkörperbildung unterstützen können.
117. Vor diesem Hintergrund erfolgt die Untersuchung des aktuellen Systems der Spruchkörperbildung am BVGer unter Berücksichtigung der jüngst erfolgten Anpassungen<sup>145</sup> entlang der folgenden Fragen: Sind die Regelungen zur Spruchkörperbildung vollständig (B.1.)? Sind sie inhaltlich recht- und zweckmässig ausgestaltet (B.2.)? Ist die diesbezügliche Praxis recht- und zweckmässig (C.)? Wird die korrekte Handhabung der Spruchkörperbildung hinreichend sichergestellt (D.)? Spezifisch Bezug genommen wird dabei jeweils auch auf die Empfehlungen der GPK sowie die Feststellungen der PVK und der Studie von BÜCHEL ET AL., indem auch deren Umsetzung einer Bewertung unterzogen wird.

---

<sup>144</sup> Dies hat zur Folge, dass sich die vorliegende Untersuchung stärker als die in jüngerer Zeit erfolgten Analysen (dazu vorne Rz. 42 ff.) auf die Rechtsgrundlagen konzentriert, da solche mittlerweile in grösserer Zahl und mit grösserem Detaillierungsgrad existieren.

<sup>145</sup> Siehe dazu vorne Rz. 85 ff.

## B. Normierung der Spruchkörperbildung

### 1. Vollständigkeit

#### a) *Vorbemerkung: Beurteilungskriterien*

118. Um eine ergebnisorientierte Einwirkung auf die Spruchkörperbildung und nachträgliche Manipulationen auszuschliessen, muss die Spruchkörperbildung und -anpassung auf generell-abstrakter Ebene normiert sein.<sup>146</sup> Das Erfordernis des Rechtssatzes ist dabei mit Bezug auf sämtliche Eckpfeiler der Spruchkörperbildung zu diskutieren. Dazu gehören die Zuständigkeit, die Kriterien, der Zeitpunkt, die Kommunikation sowie die Voraussetzungen nachträglicher Anpassungen. Spezifische Aufmerksamkeit ist dem hinreichenden Bestimmtheitsgrad zu schenken, der sich unter Berücksichtigung einerseits der erwähnten Begründung der Normierungspflicht, die für detaillierte Normen spricht, sowie andererseits der legitimen Bedürfnisse des BVGer bzw. dessen Abteilungen, Kammern und Fachgebiete an einer gewissen Flexibilität zwecks effizienter und effektiver Aufgabenerfüllung zu konkretisieren ist.<sup>147</sup>

#### b) *Zuständigkeit für die Spruchkörperbildung*

119. Im Rahmen der jüngsten Anpassungen des VGR wurde mit Art. 32b eine Norm geschaffen, welche die Zuständigkeiten für die Spruchkörperbildung festlegt. Statuiert wird die primäre Zuständigkeit der Abteilungspräsidentinnen und Abteilungspräsidenten bzw. der Kammerpräsidentinnen und Kammerpräsidenten sowie ihrer Stellvertreterinnen und Stellvertreter (Abs. 1). Gliedert sich eine Abteilung in Kammern, ist das Kammer-, ansonsten das Abteilungspräsidium zuständig. Abs. 2 sieht «in begründeten Fällen, insbesondere im Falle von Abwesenheiten», die Übertragung der Spruchkörperbildung an Richterinnen und Richtern vor. Abs. 3 führt sodann aus, unter welchen Voraussetzungen eine Übertragung der Spruchkörperbildung an Präsidialsekretärinnen und -sekretäre bzw. Mitarbeitende der Gerichtskanzlei zulässig ist.

120. Damit ist die Zuständigkeit für die Spruchkörperbildung generell-abstrakt geregelt. Art. 32b VGR ist zudem hinreichend konkret, da die Voraussetzungen für Übertragungen der Spruchkörperbildung ebenfalls normiert werden. Dass dabei teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe Verwendung finden (bspw. «in begründeten Fällen» [Abs. 2]), ist der beschränkten Vorhersehbarkeit möglicher Situationen geschuldet.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> Siehe zu den diesbezüglichen Vorgaben auf verfassungs- und völkerrechtlicher Ebene vorne Rz. 17 ff.

<sup>147</sup> Siehe auch zum aus Art. 5 Abs. 1 BV abgeleiteten Erfordernis der Normdichte und den bei dessen Konkretisierung zu berücksichtigenden Aspekte statt vieler BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 Rz. 8; ASTRID EPINEY, in: BSK BV, Art. 5 Rz. 44 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, in: SG-Kommentar BV, Art. 5 Rz. 33 ff.

<sup>148</sup> Zur inhaltlichen Rechtmässigkeit dieser Bestimmung siehe hinten Rz. 134 f.

**c) Kriterien für die Spruchkörperbildung**

*(1) Kriterienkreis*

121. Mit Art. 31 VGR besteht neu eine Norm, die in Abs. 2 die bei der Geschäftszuteilung (an einen Richter oder eine Richterin zur Prozessinstruktion und Erledigung) sowie bei der Spruchkörperbildung (Art. 32 Abs. 1 und 3 lit. c VGR) zwingend zu berücksichtigenden Kriterien bezeichnet. Abs. 3 nennt sodann eine Reihe von Kriterien, die fakultativ Berücksichtigung finden können, während Abs. 4 die Geschäftszuteilung und Spruchkörperbildung bei Revisionen normiert. Abs. 5 erlaubt überdies die ausnahmsweise Berücksichtigung allfälliger weiterer Kriterien.
122. Die für die Spruchkörperbildung und -anpassung relevanten Kriterien werden in Art. 31 Abs. 2–5 VGR auf Reglementsstufe generell-abstrakt normiert. Verglichen mit dem bisherigen Recht ist die Umschreibung des Kriterienkatalogs ungleich detaillierter; sie begrenzt den Spielraum bei der Spruchkörperbildung daher stärker.<sup>149</sup> Das BVGer trägt damit den Empfehlungen der GPK (Empfehlung 1)<sup>150</sup> sowie von BÜCHEL ET AL.<sup>151</sup> Rechnung, die eine möglichst transparente Abbildung der gelebten Praxis auf Reglementsstufe fordern. Es bestehen keine Hinweise, dass der Kriterienkreis unvollständig ist; für die Berücksichtigung von Kriterien, die von marginaler Bedeutung oder nicht vorhersehbar sind, bildet überdies Art. 31 Abs. 5 VGR eine hinreichende Grundlage.

*(2) Spielräume bei der Anwendung der Kriterien*

123. Den für die Spruchkörperbildung zuständigen Personen werden insofern klare Leitlinien gesetzt, als die in Art. 31 Abs. 2 VGR enumerierten Kriterien zwingend Berücksichtigung finden müssen. Auch Abs. 4 betreffend die Geschäftszuteilung bei Revisionen statuiert eine detaillierte Regelung. Ermessen räumt demgegenüber Abs. 3 ein und zwar sowohl mit Bezug auf die Frage, ob die darin statuierten Kriterien überhaupt Berücksichtigung finden als auch hinsichtlich ihrer Tragweite im Falle einer Anwendung. Verschiedene Kriterien werden nämlich mittels unbestimmter Rechtsbegriffe umschrieben. Dies gilt etwa für die «angemessene Einarbeitungszeit» (lit. a) und den «angemessene[n] Zeitraum vor einem Austritt» (lit. c). Nicht näher geregelt wird auch, wie die von lit. d genannten Abwesenheiten oder das in lit. f erwähnte Fallgewicht zu berücksichtigen sind.
124. Dass die in Art. 31 Abs. 3 VGR statuierten Kriterien fakultativ Berücksichtigung finden, lässt sich zum einen mit den unterschiedlichen Bedürfnissen der Abteilungen, Kammern und Fachgebiete rechtfertigen. Zu berücksichtigen ist beispielsweise, dass

---

<sup>149</sup> Zur inhaltlichen Recht- und Zweckmäßigkeit dieser Kriterien siehe hinten Rz. 136 ff.; zur Frage der hinreichenden Bestimmtheit siehe sogleich.

<sup>150</sup> Dazu vorne Rz. 56.

<sup>151</sup> Dazu vorne Rz. 73.

die beiden Asylabteilungen (IV und V) Behandlungsfristen zu beachten haben,<sup>152</sup> woraus in zeitlicher Hinsicht andere Sachzwänge bei der Spruchkörperbildung resultieren. Daher besteht nicht in allen Abteilungen dasselbe Bedürfnis bzw. dieselbe Notwendigkeit, bei der Spruchkörperbildung Abwesenheiten von Richterinnen und Richtern (lit. d) oder der Dringlichkeit des Verfahrens Rechnung zu tragen (lit. e). Die Berücksichtigung spezifischer Fachkenntnisse (lit. g) ist sodann von Bedeutung, wenn eine Abteilung eine breite Palette unterschiedlicher Rechtsgebiete abdeckt, wie dies bei der Abteilung II der Fall ist.<sup>153</sup> Auch das Kriterium des Fallgewichts (lit. f) spielt eine unterschiedliche Rolle, je nachdem, ob eine Abteilung eher über ein hohes Fallvolumen verfügt oder – umgekehrt – sehr spezifische Einzelfallkonstellationen zu bearbeiten hat. Vor diesem Hintergrund lassen sich die von Abs. 3 erwähnten Kriterien nicht für alle Abteilungen gleichermaßen regeln, weshalb der Spielraum gerechtfertigt ist.

125. Zum anderen kann mit der einzelfallweisen Berücksichtigung der Kriterien nach Art. 31 Abs. 3 VGR auch der spezifischen Situation von Richterinnen und Richtern Rechnung getragen werden. So hängt die Frage, ob eine angemessene Einarbeitungszeit zu gewähren ist (lit. a), massgeblich von den individuellen Kenntnissen ab, während der angemessene Zeitraum vor einem Abteilungs-, Kammer- oder Fachgebietswechsel bzw. einem Austritt (lit. c) insbesondere mit Blick auf die von einer Richterin oder einem Richter noch zu erledigenden, bereits zugeteilten Pendenzen zu bestimmen ist.
126. Abs. 5 schliesslich trägt dem Umstand Rechnung, dass gegebenenfalls neue und weitere Kriterien berücksichtigt werden müssen, die nicht antizipierbar sind. Diese Norm, die nur ausnahmsweise zum Tragen kommen soll, erlaubt es dem BVGer, auf neue und unvorhergesehene externe Einflussfaktoren reagieren zu können, um die Verfahren sach- und zeitgerecht zu erledigen. Unter Abs. 5 können sodann allfällige weitere Kriterien subsumiert werden, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht bekannt sind, weil sich noch keine Notwendigkeit einer Berücksichtigung ergeben hat. Um Transparenz sicherzustellen, wird jedoch empfohlen, für den Fall, dass Kriterien, die zunächst gestützt auf Abs. 5 zur Anwendung gelangen, im Laufe der Zeit grössere Bedeutung erlangen, eine explizite Verankerung in Abs. 4 zu erwägen. Gemäss den Ausführungen des BVGer im erläuternden Bericht zur Revision des VGR ist dies auch so vorgesehen.
127. Vor dem Hintergrund der Feststellung der PVK, es sei nicht ganz klar, wie die Kriterien für die Spruchkörperbildung gewichtet würden,<sup>154</sup> empfahl die GPK, eine explizite Gewichtung bzw. Priorisierung der Kriterien zu prüfen und diese auf Reglementsstufe festzuschreiben (Empfehlung 10).<sup>155</sup> Mit Art. 31 Abs. 2–5 VGR wird Letzterer inso-

---

<sup>152</sup> Siehe dazu vorne Rz. 35 f.

<sup>153</sup> Für die Abteilung II wurde die Thematik mit den Fachgebietskoordinatoren als organisatorisches Element zusätzlich in Art. 25a Abs. 3 VGR aufgenommen.

<sup>154</sup> Siehe dazu vorne Rz. 48.

<sup>155</sup> Siehe dazu vorne Rz. 62.

fern Rechnung getragen, als explizit zwischen zwingend und fakultativ zu berücksichtigenden Kriterien unterschieden wird. Dass mit Bezug auf die Kriterien nach Art. 31 Abs. 3 VGR keine Vereinheitlichung vorgenommen wurde, ist aus den vorstehend erläuterten Gründen nachvollziehbar, erlaubt dies doch eine Berücksichtigung abteilungsspezifischer Besonderheiten, die letztlich der Effizienz zuträglich ist.

128. Zu erwähnen ist schliesslich, dass auch der Verzicht auf eine Konkretisierung des Verhältnisses zwischen softwarebasierter und manueller Spruchkörperbildung im VGR sachlich begründet ist. Mit dem Passus, wonach die Geschäftszuteilung «unter Zuhilfenahme einer Software» erfolgt (Art. 31 Abs. 1 VGR), wird zum Ausdruck gebracht, dass die Technik lediglich unterstützend wirkt und der konkrete Einsatz letztlich auch von der – sich stetig weiterentwickelnden – Verfügbarkeit softwarebasierter Lösungen abhängt. Eine detailliertere Normierung bietet sich jedenfalls solange nicht an, als die zur Anwendung gelangende Software und damit auch das Verhältnis zwischen automatisch erfolgender und manueller Spruchkörperbildung Änderungen unterliegt.
129. Soweit die bestehenden Spielräume innerhalb einer Abteilung, einer Kammer oder eines Fachgebiets einheitlich konkretisiert werden können, bieten sich allerdings auf jener Stufe generell-abstrakte Konkretisierungen an, die weiter hinten unter dem Titel der Transparenz als flankierende Massnahme diskutiert werden.<sup>156</sup> Solche können die Objektivität und Vorausssehbarkeit der Spruchkörperbildung zusätzlich stärken.

#### **d) Zeitpunkt der Spruchkörperbildung**

130. Während in der bislang geltenden Fassung von Art. 32 Abs. 1 VGR zum Ausdruck gebracht wurde, dass das zweite und dritte Mitglied des Spruchkörpers früh bezeichnet werden, nämlich sobald feststeht, dass das Geschäft nicht in die Kompetenz eines Einzelrichters oder einer Einzelrichterin fällt, verzichtet das revidierte VGR auf die Bestimmung des Zeitpunkts der Spruchkörperbildung. Gemäss Auskunft des BVGer entspricht es einem Bedürfnis, dass die weiteren Mitglieder des Spruchkörpers erst nach Fertigstellung des Entwurfs bestimmt werden.<sup>157</sup>
131. In den jüngst erfolgten externen Untersuchungen der Spruchkörperbildung am BVGer wird auf Stellungnahmen und Empfehlungen hinsichtlich der Normierung des Zeitpunkts der Spruchkörperbildung verzichtet, da diese – wie erwähnt – bislang geregelt war. Allerdings hielt die PVK fest, dass der Zeitpunkt der Spruchkörperbildung ein Aspekt des Verfahrens der Geschäftsverteilung sei, der gemäss den Empfehlungen von Organen internationaler Organisationen an den Gerichten transparent geregelt werden sollte.<sup>158</sup> Die GPK formulierten diesbezüglich zudem die Empfehlung an die Adresse

---

<sup>156</sup> Siehe hinten Rz. 164 ff.

<sup>157</sup> Zur Recht- und Zweckmässigkeit einer gestaffelten Spruchkörperbildung siehe hinten Rz. 152 f.

<sup>158</sup> Siehe Bericht PVK, S. 20.

von Bundesgericht und Bundesstrafgericht, in ihren Reglementen den Zeitpunkt zu regeln, wann sie den Spruchkörper bestimmen bzw. vervollständigen (Empfehlung 2).<sup>159</sup>

132. Vor diesem Hintergrund ist angezeigt, dass das BVGer sein Reglement mit einer Bestimmung zum Zeitpunkt der Spruchkörperbildung ergänzt. Gemäss Auskunft des BVGer ist beabsichtigt, eine entsprechende Regelung erlassen, sobald die technischen Voraussetzungen für eine gestaffelte Spruchkörperbildung gegeben sind.
133. Eine vorläufige Regelung auf Abteilungs-, Kammer- oder Fachgebietsebene, die verhindert, dass der Zeitpunkt der Spruchkörperbildung im konkreten Fall aus sachfremder Motivation festgelegt wird, wäre dann angezeigt, wenn der Spruchkörper in den einzelnen Einheiten (Abteilungen, Kammern bzw. Fachgebieten) zu unterschiedlichen Zeitpunkten gebildet würde. Dies ist nach Auskunft des BVGer nicht der Fall, da die Spruchkörperbildung stets bei Eingang der Beschwerde erfolgt.

**e) *Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung***

134. Art. 32c VGR regelt explizit, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers den Parteien auf Anfrage bekannt gegeben wird. Damit verfügen die Abteilungen – anders als gemäss dem bislang geltenden Recht (vgl. Art. 32 Abs. 4 VGR in der bisherigen Fassung) – diesbezüglich nicht mehr über einen Entscheidungsspielraum. Diese Ergänzung trägt Empfehlung 3 der GPK Rechnung, die anregt, eine Bestimmung zur Mitteilung der Spruchkörperzusammensetzung aufzunehmen (die nach dem Willen der GPK allerdings als Bringschuld der Gerichte und nicht als Holschuld der Parteien ausgestaltet sein soll).<sup>160</sup>

**f) *Abänderung des Spruchkörpers***

135. Anders als das bislang geltende Recht äussert sich das revidierte VGR in Art. 32a auch zu den Voraussetzungen der Anpassung bereits gebildeter Spruchkörper. Abs. 1 erklärt Anpassungen «aus wichtigen sachlichen Gründen» für zulässig, wobei Art. 31 Abs. 2–5 VGR sinngemäss anwendbar sind. Wie vorstehend ausgeführt, sind die von letzterer Norm vermittelten Spielräume mit Blick auf das öffentliche Interesse an effizienter Fallerledigung gerechtfertigt.<sup>161</sup> Diese Einschätzung gilt auch mit Bezug auf die Anpassung des Spruchkörpers, da die einzelnen Abteilungen, Kammern und Fachgebiete auch diesbezüglich über unterschiedliche Bedürfnisse verfügen.<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> Bericht GPK, S. 6. Das Bundesgericht ist dieser Empfehlung mit Erlass von Art. 40 Abs. 3 und 4 BGR (in Kraft seit 1. Januar 2023) nachgekommen. Demnach bezeichnet der Abteilungspräsident oder die Abteilungspräsidentin oder das präsidierende Mitglied zunächst den Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin, der oder die das Referat erarbeiten soll (Abs. 3). Sobald der Berichtsentwurf erstellt ist, werden die anderen Mitglieder des Spruchkörpers auf elektronischem Weg bezeichnet (Abs. 4). Das Bundesgericht wählt damit den Weg der gestaffelten Spruchkörperbildung.

<sup>160</sup> Siehe zur inhaltlichen Recht- und Zweckmässigkeit von Art. 32c VGR hinten Rz. 140 ff.

<sup>161</sup> Siehe dazu vorne Rz. 121 ff.

<sup>162</sup> Siehe zur inhaltlichen Recht- und Zweckmässigkeit von Art. 32a VGR hinten Rz. 143 ff.

136. Art. 32a Abs. 2 VGR nennt die Voraussetzungen für den Wechsel der Verfahrenssprache, während sich Abs. 3 mit den Voraussetzungen einer Spruchkörperanpassung nach der Inzirkulationsetzung befasst und Abs. 4 die Spruchkörperanpassung nach erfolgter Äusserung zum Urteilsentwurf in enge Bahnen lenkt. Abs. 3 und 4 beschränken somit den Spielraum für Anpassungen zusätzlich und limitieren damit das Ermessen der zuständigen Personen in einer Weise, die von sachfremden Überlegungen geleiteten Änderungen Einhalt bietet. Damit wird Empfehlung 4 der GPK Rechnung getragen, die anregt, das Reglement in Bezug auf klare Voraussetzungen und anzuwendende Kriterien bei einer Spruchkörperanpassung zu ergänzen, um Transparenz gegenüber den Rechtssuchenden zu schaffen und die Nachvollziehbarkeit der Verfahren zu gewährleisten.<sup>163</sup>

## 2. Inhaltliche Recht- und Zweckmässigkeit

### a) *Vorbemerkung: Beurteilungskriterien*

137. Nachdem die Regelungen betreffend die Spruchkörperbildung im VGR auf ihre Vollständigkeit hin untersucht worden sind, wird nun deren inhaltliche Recht- bzw. Zweckmässigkeit in den Blick genommen. Gegenstand der Überprüfung bilden dieselben Aspekte, die vorstehend mit Bezug auf die Frage der hinreichenden Normierung untersucht worden sind.

### b) *Zuständigkeit für Spruchkörperbildung*

138. Wie ausgeführt, sind für die Spruchkörperbildung Richterinnen und Richter zuständig (Art. 32b Abs. 1 und 2 VGR). Diese Aufgabe kann an einen Präsidialsekretär bzw. eine Präsidialsekretärin oder an Mitarbeitende der Abteilungskanzlei übertragen werden, die auf Weisung und unter Kontrolle der nach Abs. 1 und 2 zuständigen Mitglieder handeln. Sofern bei der Spruchkörperbildung ein Ermessensspielraum besteht, «ist dieser zwingend von den dafür zuständigen Richterinnen und Richtern wahrzunehmen» (Art. 32b Abs. 3 VGR). Abs. 4 betont schliesslich, dass der Abteilungspräsident bzw. die Abteilungspräsidentin oder der Kammerpräsident bzw. die Kammerpräsidentin für die korrekte Spruchkörperbildung verantwortlich ist und sicherstellt, dass die reglementarischen Vorgaben korrekt umgesetzt werden.<sup>164</sup>
139. Während die GPK bezüglich der Zuständigkeit für die Spruchkörperbildung keine Empfehlungen formuliert haben, raten BÜCHEL ET AL., den Benutzerkreis auf die in den Reglementen vorgesehenen Anwenderinnen und Anwender zu reduzieren, um die Verantwortlichkeiten bei der Spruchkörperbildung in Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht zu verankern.<sup>165</sup> Mit der Bestimmung von Art. 32b VGR trägt das BVGer der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Rechnung, wonach eine Delegation

<sup>163</sup> Siehe dazu vorne Rz. 58.

<sup>164</sup> Siehe dazu auch vorne Rz. 117 f.

<sup>165</sup> Siehe dazu vorne Rz. 75.



an Kanzleimitarbeitende und Gerichtsschreibende nur zulässig ist, sofern kein Ermessen besteht. Zu beachten ist insbesondere, dass – wie bereits ausgeführt – die Umschreibung der Kann-Kriterien für die Spruchkörperbildung teilweise Ermessen einräumen.<sup>166</sup> Gelangen diese zur Anwendung und wird das Ermessen nicht im Rahmen abteilungsspezifischer Vorgaben in einer Weise konkretisiert, dass keine einzelfallweisen Spielräume mehr bestehen, ist der Ermessensspielraum zwingend durch eine RichterIn oder einen Richter auszufüllen. Dass an der Möglichkeit einer Delegation an Personen ohne richterliche Funktion festgehalten wird, dürfte insbesondere den Kammern oder Abteilungen mit einem hohen Fallvolumen, die einen beachtlichen Aufwand für Fallzuteilung zu leisten haben, entgegenkommen. Vor diesem Hintergrund ist diese Vorgabe sachlich gerechtfertigt.

**c) Kriterien für die Spruchkörperbildung**

140. Die in Art. 31 Abs. 2–5 VGR statuierten Kriterien, seien sie zwingend oder fakultativ zu berücksichtigen, dienen der Gewährleistung eines effizienten und qualitativ hochwertigen Justizbetriebs. Sie sind daher sachlich gerechtfertigt und entsprechen auch den Beispiele, die in den internationalen Empfehlungen bezüglich der Spruchkörperbildung genannt werden.<sup>167</sup> Die Pflicht zur Beachtung der Ausstandsgründe resultiert sodann bereits aus dem übergeordneten Recht (Art. 38 VGG i.V.m. Art. 34 ff. BGG) und ist daher ohnehin zu beachten. Sinnvoll ist auch die schon bisher vorgesehene Bildung abteilungsübergreifender Spruchkörper (Art. 32 Abs. 3<sup>bis</sup> VGR), da sie es ermöglicht, die Richterinnen und Richter der Abteilungen IV und V variabel einzusetzen, generell einen Ausgleich der Geschäftslast herbeizuführen und das in anderen Abteilungen vorliegende Fachwissen nutzbar zu machen.
141. Keine Erwähnung – und entsprechend keine bzw. höchstens ausnahmsweise gestützt auf Art. 31 Abs. 5 VGR Berücksichtigung – findet das Kriterium der Parteizugehörigkeit.<sup>168</sup> Die GPK kam zum Schluss, dass es nicht angezeigt sei, die Parteizugehörigkeit generell als zu berücksichtigendes Kriterium vorzusehen.<sup>169</sup> Da die Verwaltungskommission des Bundesgerichts in ihrem Entscheid vom 22. Mai 2018 die Vermeidung einer politisch einseitigen Richterbank als objektives Kriterium für die Spruchkörperbildung qualifiziert hat,<sup>170</sup> wäre die Heranziehung dieses Kriteriums zwar nicht unrechtmässig, sie ist allerdings auch nicht zwingend geboten.
142. Wie bereits vorne im Kontext der Prüfung der genügenden Bestimmtheit der Bestimmungen zu den Kriterien der Spruchkörperbildung ausgeführt, entsprechen auch die

---

<sup>166</sup> Siehe dazu vorne Rz. 121 ff.

<sup>167</sup> So auch die Einschätzung in Bericht PVK, S. 19.

<sup>168</sup> Siehe zum Konnex zwischen Urteilsausgängen und Parteizugehörigkeit GERTSCH, S. 46 ff.

<sup>169</sup> Bericht GPK, S. 14.

<sup>170</sup> Entscheid der Verwaltungskommission 12T\_3/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.4.2; siehe dazu auch vorne Rz. 40 f.

Spielräume bei der Handhabung einzelner Kriterien den Bedürfnissen eines effizienten und an sachlicher Richtigkeit orientierten Gerichtsbetriebs.<sup>171</sup>

**d) Zeitpunkt der Spruchkörperbildung**

143. Wie ausgeführt, mangelt es derzeit an einer Bestimmung im VGR, die Aufschluss über den Zeitpunkt der Spruchkörperbildung erteilt.<sup>172</sup> Daher wird die Recht- und Zweckmässigkeit dieses Aspekts der Spruchkörperbildung im Kontext der Beleuchtung der diesbezüglichen Praxis thematisiert.<sup>173</sup>

**e) Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung**

144. Mit der Bekanntgabe des Spruchkörpers auf Anfrage (Art. 32c VGR) wird Transparenz als Holschuld der Parteien ausgestaltet. Die GPK empfehlen demgegenüber, die die Spruchkörperbildung aktiv mitzuteilen (Empfehlung 3).<sup>174</sup> Damit gehen sie über die vom Bundesgericht statuierten Anforderungen an die Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung hinaus.<sup>175</sup>
145. Da die Namen der Bundesverwaltungsrichterinnen und -richter auf der Internetseite publiziert sind und es den Parteien überdies ermöglicht wird, die Zusammensetzung des Spruchkörpers in dem sie betreffenden Fall zu erfragen und frühzeitig Ausstandsbegehren zu stellen, wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wie sie vom Bundesgericht konkretisiert wurden, Genüge getan. Besondere Aufmerksamkeit ist in diesem Kontext dem Umstand zu schenken, dass gemäss Art. 32 Abs. 3<sup>bis</sup> VGR abteilungsübergreifende Spruchkörper gebildet werden können. Diesbezüglich liefern die Informationen auf der Internetseite des BVGer infolge der beachtlichen Anzahl Richterinnen und Richter kaum begrenzende Anhaltspunkte für die Spruchkörperbildung. Allerdings besteht auch hier die Möglichkeit, den Spruchkörper auf Anfrage in Erfahrung zu bringen.
146. Zweifellos würde eine aktive Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung in verstärktem Masse Transparenz schaffen. In Anbetracht der grossen Anzahl zu behandelnder Geschäfte und dem mit einer Mitteilung einhergehenden Aufwand ist es allerdings vertretbar, von einer aktiven Kommunikation der Spruchkörperzusammensetzung abzusehen, zumal diese nicht nur bei der Spruchkörperbildung, sondern auch bei jeder Anpassung erfolgen müsste. Auch eine auf abteilungsübergreifende Spruchkörper beschränkte aktive Kommunikation wäre mit beachtlichem Aufwand verbunden, zumal solche aufgrund des identischen Zuständigkeitsbereichs insbesondere in den Abteilungen IV und V, die mit hohen Fallzahlen konfrontiert sind, gebildet werden.

---

<sup>171</sup> Siehe dazu vorne Rz. 121 ff.

<sup>172</sup> Siehe dazu vorne Rz. 128.

<sup>173</sup> Siehe dazu hinten Rz. 152 f.

<sup>174</sup> Siehe dazu vorne Rz. 57.

<sup>175</sup> Siehe dazu vorne Rz. 26.

**f) Abänderung des Spruchkörpers**

147. Wie erwähnt, wird in der Literatur sowie in Empfehlungen internationaler Organisationen gemeinhin gefordert, dass bei nachträglichen Abänderungen des Spruchkörpers höhere Anforderungen an die Objektivität zu stellen seien als bei dessen ursprünglicher Bildung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch aus Art. 30 Abs. 1 BV verletzt, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Der EGMR fordert sodann nachvollziehbare und transparente Gründe für Anpassungen des Spruchkörpers.<sup>176</sup>
148. Art. 32a Abs. 1 VGR sieht vor, dass die Anpassung eines Spruchkörpers «aus wichtigen sachlichen Gründen erfolgen» kann. Was die dabei zur Anwendung gelangenden Kriterien betrifft, erklärt Satz 2 Art. 31 Abs. 2–5 VGR für sinngemäss anwendbar. Da es sich bei den in dieser Bestimmung genannten Kriterien um solche sachlicher Natur handelt, sind die vom Bundesgericht und vom EGMR statuierten Voraussetzungen damit erfüllt. Eine systematische Auslegung von Art. 32a Abs. 1 VGR, welche die beiden Sätze zueinander in Bezug setzt, führt sodann dazu, dass auch die in Literatur und internationalen Empfehlungen verlangten strengeren Anforderungen erfüllt sind. Art. 32a Abs. 1 VGR lässt sich nämlich so auslegen, dass Ausgangspunkt jeder Spruchkörperanpassung die (sachlichen) Kriterien von Art. 31 Abs. 2–5 VGR bilden und diese in casu zudem wichtig sein müssen. Art. 32a Abs. 1 VGR lässt damit Raum für eine Auslegung, die eine Anpassung nicht bereits zulässt, wenn ein anderer Spruchkörper den Kriterien von Art. 31 Abs. 2–5 VGR ebenso genügen würde.
149. Das VGR lässt Abänderungen des Spruchkörpers in grosszügigerem Umfang zu als das revidierte BGerR, gemäss dessen Art. 40 Abs. 5 die Ersetzung eines Mitglieds im Spruchkörper lediglich im «Falle einer längeren Abwesenheit [...], die mit dem Gerichtsbetrieb unvereinbar ist», erfolgt. Diese Konstellation dürfte auch beim BVGer einen Hauptgrund für Anpassungen darstellen. Daneben sind indes weitere Gegebenheiten denkbar, die eine Anpassung des Spruchkörpers erforderlich machen oder legitimieren. Exemplarisch hinzuweisen ist auf eine Häufig von komplexen Fällen oder von Beschwerdefällen innerhalb eines kurzen Zeitraums, die eine Umverteilung der Geschäftslast als angezeigt erscheinen lassen, um sicherzustellen, dass sämtliche Eingänge innerhalb eines adäquaten Zeitraums erledigt werden können. Vor diesem Hintergrund erscheint der von Art. 32a Abs. 1 VGR vermittelte Spielraum als sachlich gerechtfertigt.
150. Zudem beschränken Art. 32a Abs. 3 und 4 VGR die Zulässigkeit von Spruchkörperanpassungen auf der Zeitsache, indem sie solche während der Urteilszirkulation bzw. im

---

<sup>176</sup> Siehe dazu vorne Rz. 23.

Fälle bereits erfolgter Äusserungen eines Richters oder einer Richterin nur unter restriktiven Voraussetzungen erlauben. Diese Vorgaben tragen ebenfalls dazu bei, dass keine Änderungen mit dem Ziel, den Entscheid zu beeinflussen, vorgenommen werden.

151. Das BVGer trägt mit den erwähnten Vorgaben Empfehlung 4 der GPK Rechnung, die anregt, das Reglement in Bezug auf klare Voraussetzungen und anzuwendende Kriterien bei einer Spruchkörperanpassung zu ergänzen.<sup>177</sup> Ergänzend darauf hinzuweisen ist, dass dem Spruchkörper-Controlling bei nachträglichen Anpassungen besondere Bedeutung zukommt.<sup>178</sup> Sollte sich bei dessen Auswertung zeigen, dass Spruchkörperanpassungen nicht nur bei Vorliegen wichtiger sachlicher Gründe erfolgen, wäre eine einschränkendere Formulierung zu prüfen. Zu erwähnen ist schliesslich, dass die Notwendigkeit von Anpassungen im Falle der Implementierung einer sukzessiven Spruchkörperbildung<sup>179</sup> an Bedeutung verlieren dürfte, dabei bei den erst nach Erstellung des Berichtsentwurfs eingesetzten Richterinnen und Richter aufgrund der kürzeren Zeitspanne zwischen der Spruchkörperbildung und dem Entscheid tendenziell weniger unerwartete Entwicklungen eintreten dürften.

## **C. Recht- und Zweckmässigkeit der Praxis der Spruchkörperbildung**

### **1. Vorbemerkung: Beurteilungskriterien**

152. Die Praxis der Spruchkörperbildung umfasst zum einen die Anwendung jener Normen, bezüglich derer keine Ermessensspielräume bestehen. Sie ist dann rechtmässig, wenn die im VGR statuierten Vorgaben beachtet werden. Zum anderen kennzeichnet sich die Praxis der Spruchkörperbildung in erheblicher Masse durch die Konkretisierung reglementarisch eingeräumter Spielräume. Diese Spielräume betreffen nach den jüngst vorgenommenen Anpassungen des VGR insbesondere die Handhabung der Kriterien der Spruchkörperbildung und -anpassung, die Festlegung des Zeitpunkts der Spruchkörperbildung sowie das Verhältnis zwischen softwarebasierter und manueller Spruchkörperbildung. Diese Spielräume sind – wie nachfolgend ausgeführt wird – unter Berücksichtigung der verfassungs- und menschenrechtlich gebotenen objektiven und transparenten Spruchkörperbildung einerseits sowie des öffentlichen Interesses an einem effizienten Gerichtsbetrieb andererseits auszufüllen.

### **2. Handhabung der Kriterien für die Spruchkörperbildung und Spruchkörperanpassung**

153. Die dafür zuständigen Personen (siehe Art. 32b VGR) haben sich bei der Klärung der Frage, ob und in welchem Umfang die Kann-Kriterien von Art. 31 Abs. 3 VGR zur

---

<sup>177</sup> Siehe dazu vorne Rz. 58.

<sup>178</sup> Siehe dazu hinten Rz. 168 ff.

<sup>179</sup> Siehe dazu hinten Rz. 152 f.

Anwendung gelangen sollen, stets am Bedürfnis nach einer effektiven und effizienten Erfüllung der dem BVGer übertragenen Aufgaben zu orientieren. Um zu verhindern, dass konkretisierungsbedürftige Kriterien im Einzelfall als Einfallstor für sachwidrige Motive genutzt werden, bietet es sich an, jene Kriterien, die innerhalb einer Abteilung, einer Kammer oder eines Fachbereichs einer einheitlichen Handhabung zugänglich sind, generell-abstrakt zu konkretisieren.<sup>180</sup> Eine entsprechende Pflicht lässt sich aus der – nicht ganz widerspruchsfreien – bundesgerichtlichen Praxis<sup>181</sup> indes nicht ableiten.

154. Zu betonen ist, dass sich bei einzelnen Kriterien nicht eindeutig feststellen lässt, ob eine grosszügige oder – gerade umgekehrt – eine restriktive Handhabung aus verfassungsrechtlicher Warte angebracht ist. Dies gilt beispielsweise für die in Art. 31 Abs. 3 lit. g VGR genannten spezifischen Fachkenntnisse. Zunächst ist festzuhalten, dass deren Berücksichtigung idealerweise dazu führt, dass in korrekter Weise Recht gesprochen wird. Gleichzeitig kann bei einer zu grossen Spezialisierung allerdings der Ideenaustausch und die Weiterentwicklung der Rechtsprechung behindert werden.<sup>182</sup> Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Existenz spezifischer Fachkenntnisse kaum messbar ist. Wichtig erscheint vor diesem Hintergrund, dass sich die Mitglieder der einzelnen Abteilungen, Kammern bzw. Fachgebiete zwecks Sicherstellung der Objektivität der Spruchkörperbildung auf einen einheitlichen Umgang mit solchen Kriterien verständigen.
155. Die Pflicht zur Orientierung am Interesse an einer effektiven und effizienten Aufgabenerfüllung gilt auch bei der Vornahme von Anpassungen am Spruchkörper (Art. 32a VGR). Spezifische Bedeutung kommt hier überdies der Schaffung von Transparenz zu, die nachfolgend unter dem Titel der flankierenden Massnahmen thematisiert wird.<sup>183</sup>

### 3. Festlegung des Zeitpunkts der Spruchkörperbildung

156. Da das VGR den Zeitpunkt der Spruchkörperbildung seit der jüngsten Revision nicht mehr selbst definiert, obliegt deren Festlegung der Praxis. Während gemäss bisherigem Recht eine zeitlich frühe Bildung des Spruchkörpers vorgesehen war (siehe Art. 32 Abs. 1 VGR in der noch bis Ende Mai 2023 geltenden Fassung), wählt das Bundesgericht in Art. 40 Abs. 3 BGerR den Weg der gestaffelten Spruchkörperbildung. Wie bereits erwähnt, ist diesbezüglich jedenfalls eine transparente Regelung geboten.<sup>184</sup>
157. Eine gestaffelte Spruchkörperbildung verfügt über den Vorteil, dass die Gefahr gebannt wird, dass die mit der Erledigung des Geschäfts betraute Richterin bzw. der Richter den Berichtsentwurf auch mit Blick auf die Mitrichterinnen bzw. Mitrichter verfasst

---

<sup>180</sup> Siehe dazu hinten Rz. 158 ff.

<sup>181</sup> Siehe dazu vorne Rz. 22.

<sup>182</sup> Siehe Bericht PVK, S. 33.

<sup>183</sup> Siehe dazu hinten Rz. 163 ff.

<sup>184</sup> Siehe dazu vorne Rz. 128 f.

und sich nicht einzig von sachlichen Kriterien leiten lässt.<sup>185</sup> Zudem dürfte damit die Notwendigkeit von Spruchkörperanpassungen tendenziell reduziert werden, da die Zeitspanne zwischen der Spruchkörperbildung und dem Entscheid kürzer ist. Zu betonen ist aber, dass auch eine frühe Spruchkörperbildung, wie sie derzeit praktiziert wird, rechtmässig ist.

#### 4. Verhältnis zwischen automatischer und manueller Spruchkörperbildung

158. Wie ausgeführt, erfolgt die Spruchkörperbildung im Einzelfall mittels einer Software, die gewisse Kriterien automatisch berücksichtigt, während andere manuell eingegeben werden müssen.<sup>186</sup> Insofern ergänzen sich die automatische und die manuelle Berücksichtigung der Kriterien, was nachvollziehbar ist, zumal gewisse Kriterien wie die Existenz von Ausstandsgründen (Art. 31 Abs. 2 lit. d VGR) oder die Konnexität (namentlich wenn der Konnex erst zu einem späteren Zeitpunkt festgestellt wird; Art. 31 Abs. 3 lit. h VGR) naheliegenderweise erst im konkreten Einzelfall festgestellt werden können und daher zwingend händisch einzugeben sind.
159. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass eine zuverlässig funktionierende Softwarelösung, die den Spruchkörper unabhängig von individuellen Eingaben generiert, die Gefahr sachwidriger Einflussnahmen ausschliesst oder zumindest minimiert.<sup>187</sup> Der Einsatz von Informatikprogrammen zur automatischen Spruchkörperbildung und namentlich der Bandlimat, dem in der Anfangszeit seiner Verwendung Pioniercharakter zukam, ist daher zweckmässig, indem er zur Objektivierung des Systems der Spruchkörperbildung beiträgt. Vor diesem Hintergrund zu fordern, dass der automatisierte Kriterienkatalog in der Software erweitert werden oder sich gar auf sämtliche Kriterien erstrecken müsse, würde jedoch zu kurz greifen. Sicherzustellen ist nämlich gleichzeitig, dass keine unerwünschten Nebeneffekte wie eine Einschränkung der Varietät der Spruchkörper eintreten. Beachtung finden müssen überdies die finanziellen Folgen der Anschaffung einer neuen Software. In diesem Sinne ist dem BVGer aufgetragen, die technischen Fortschritte auf dem Gebiet der automatischen Spruchkörperbildung zu beobachten und das zur Anwendung gelangende System im Rahmen der zur Verfügung stehenden Mittel stetig zu optimieren. Diesem Anliegen hat das Bundesverwaltungsgericht in der jüngeren Vergangenheit mit der Implementierung verschiedener Verbesserungen Rechnung getragen.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> Siehe zu den Vorteilen einer gestaffelten Spruchkörperbildung auch GERTSCH, S. 53.

<sup>186</sup> Siehe dazu vorne Rz. 104 ff.

<sup>187</sup> Siehe zu den Vorteilen einer automatischen Zuteilung auch MÜLLER, Rz. 596 ff., der im Anschluss auch auf die Vorteile einer manuellen Zuteilung hinweist; dazu auch MEYER/TSCHÜMPERLIN, Rz. 4 ff.

<sup>188</sup> Siehe dazu vorne Rz. 107 ff.

160. Nach Auskunft des BVGer trifft die Einschätzung der PVK, wonach die automatisierte Spruchkörperbildung mittels Fallzuteilungssoftware an ihre Grenzen stösst,<sup>189</sup> zu. Eine beliebige Erweiterung des automatisierten Kriterienkatalogs sei aufgrund des Alters der Software aus technischer Sicht zwar nicht möglich, da daraus ein Risiko der Beeinträchtigung der Funktionsweise des Systems resultiere. Allerdings stehe eine Ablösung der bestehenden Fallzuteilungssoftware bevor, im Rahmen derer zu prüfen und darauf hinzuwirken sei, die Zahl der automatisch berücksichtigten Kriterien zu erhöhen. Dass das BVGer vor diesem Hintergrund weiteren Handlungsbedarf in Bezug auf die aktuelle Software negiert, ist nachvollziehbar. Gleichzeitig signalisiert das BVGer Bereitschaft, künftig auf eine bessere Lösung zurückzugreifen, welche die Spruchkörperbildung von menschlichem Zutun weiter entkoppelt. Dass dabei auch auf die Beibehaltung eines angemessenen Handlungsspielraums geachtet wird, damit ein effizientes Geschäftsmanagement möglich bleibt, ist nachvollziehbar.

## **D. Flankierende Massnahmen zur Sicherstellung der korrekten Spruchkörperbildung**

### **1. Bedeutung**

161. Wie ausgeführt, hat das BVGer mit den jüngsten Anpassungen des VGR die generell-abstrakte Anleitung der Spruchkörperbildung verstärkt und damit gleichzeitig Transparenz geschaffen. Zwecks Sicherstellung einer effizienten Fallerledigung und um den legitimen Bedürfnissen der einzelnen Abteilungen Rechnung zu tragen, kennzeichnet sich die Spruchkörperbildung allerdings nach wie vor durch beachtliche Spielräume, bei deren Ausfüllung sachliche Überlegungen wegleitend sein müssen. Um die Ermessensbetätigung bei der Spruchkörperbildung (ex ante) in geordnete Bahnen zu lenken und die Rechtmässigkeit der Spruchkörperbildung (ex post) zu überprüfen, bieten sich flankierende Massnahmen an. Letztere sind nicht verfassungs- oder völkerrechtlich geboten, sondern unter dem Titel einer zweckmässigen, der Objektivität und Transparenz verpflichteten Handhabung der Spruchkörperbildung zu diskutieren. Nachfolgend werden drei Massnahmen thematisiert: die generell-abstrakte Konkretisierung der Spielräume auf der Ebene der Abteilungen, Kammern und Fachgebiete (2.), die Sicherstellung verstärkter Transparenz (3.) sowie das Spruchkörper-Controlling (4.).

### **2. Konkretisierung der Spielräume auf der Ebene der Abteilungen, Kammern und Fachgebiete**

162. Verschiedene Bestimmungen betreffend die Spruchkörperbildung im VGR belassen Spielräume. Dies gilt insbesondere für die Kann-Kriterien von Art. 31 Abs. 3 VGR.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Bericht PVK, S. 25 ff.

<sup>190</sup> Siehe dazu vorne Rz. 121 ff.

Diese vermitteln zunächst insofern Entschliessungsermessen, als sie bei der Spruchkörperbildung Berücksichtigung finden können, aber nicht müssen. Sodann enthalten verschiedene Kriterien konkretisierungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe. Exemplarisch hinzuweisen ist auf die «angemessene» Einarbeitungszeit (Art. 31 Abs. 3 lit. a VGR), den «angemessenen» Zeitraum vor einem Austritt (Art. 31 Abs. 3 lit. c VGR) oder die «Dringlichkeit» eines Verfahrens (Art. 31 Abs. 3 VGR). Beachtlicher Spielraum besteht sodann mit Bezug auf die von Art. 31 Abs. 5 VGR genannten «allfälligen weiteren Kriterien».

163. Diese Spielräume können zunächst im Einzelfall konkretisiert werden, indem beispielsweise mit Bezug auf eine bestimmte Richterin oder einen bestimmten Richter festgelegt wird, welche Einarbeitungszeit als angemessen zu gelten hat (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. a VGR) bzw. welcher Zeitraum vor einem Austritt adäquat ist (Art. 31 Abs. 3 lit. c VGR). Zumindest teilweise möglich ist auch die auf Abteilungs-, Kammer- bzw. Fachgebietsstufe erfolgende generell-abstrakte Konkretisierung der Kann-Kriterien. Dabei könnte festgelegt werden, welche Kann-Kriterien zur Anwendung gelangen bzw. wie sie gehandhabt werden, z.B. auf welche Weise Abwesenheiten (Art. 31 Abs. 3 lit. d VGR) oder die Dringlichkeit bestimmter Verfahren (Art. 31 Abs. 3 lit. e VGR) Berücksichtigung finden. Möglich wäre unter Umständen auch die Benennung von Kriterien i.S.v. Art. 31 Abs. 5 VGR, denen Rechnung zu tragen ist. Sofern innerhalb einer Abteilung, einer Kammer oder eines Fachgebiets bezüglich der Handhabung der Kann-Kriterien identische Bedürfnisse bestehen, könnten interne Regelungen die Spruchkörperbildung detaillierter anleiten als es das VGR vermag und dadurch zu einer Objektivierung der Spruchkörperbildung sowie zu einer rechtsgleichen Anwendung der Kriterien beitragen.
164. Die vorstehenden Ausführungen beanspruchen auch Geltung für die Anpassung der Spruchkörper (Art. 32a VGR). Diesbezüglich dürften sich auf Abteilungs-, Kammer- oder Fachgebietsebene durchaus Standardkonstellationen identifizieren lassen, die einheitlichen Vorgaben unterworfen werden können.
165. Generell-abstrakte Festlegungen auf der Stufe der Abteilungen oder Kammern bieten sich sodann an, wenn von der Möglichkeit der Übertragung der Geschäftszuteilung und Spruchkörperbildung an den Präsidialsekretär bzw. die Präsidialsekretärin bzw. an Mitarbeitende Abteilungskanzlei Gebrauch gemacht werden soll (Art. 32b Abs. 3 VGR).<sup>191</sup> Sinnvoll wäre dabei insbesondere eine Umschreibung der Konstellationen, in denen eine Übertragung möglich ist, sowie der Modalitäten der Weisungen und Kontrolle.
166. Das revidierte VGR sieht – anders als das bisherige Recht – zwar nicht mehr vor, dass die Abteilungen Richtlinien erlassen (siehe zum bisherigen Recht Art. 26 VGR in der

---

<sup>191</sup> Siehe dazu auch vorne Rz. 98.



bisherigen Fassung). Neu vorgesehen ist vielmehr, dass die Abteilungen die Geschäftsverteilung regeln und diese Regelungen der Verwaltungskommission zur Genehmigung vorliegen (Art. 26 Abs. 1 und 2 VGR). Der Erlass von Regelungen ist somit auch unter dem neuen Recht vorgesehen. In diesem Rahmen oder auf der Stufe der Kammern und Fachgebiete können jedenfalls entsprechende Konkretisierungen vorgenommen werden. Denkbar ist indes auch, dass letztere Niederschlag in Merkblättern oder Anleitungen finden.<sup>192</sup>

### 3. **Transparenz**

#### a) *Gerichtsintern sowie gegenüber den Aufsichtsbehörden*

167. Dem Bedürfnis nach Transparenz wurde gerichtsintern bereits dadurch Rechnung getragen, dass die Fallzuteilungssoftware mit dem Release im Frühjahr 2021 um die Funktionalität der zwingenden Eingabe eines Umbesetzungskriteriums aus einer Auswahlliste erweitert wurden. Konsequenz bildet, dass seither sämtliche manuell erfolgten Spruchkörperbesetzungen sowie nachträglich erfolgten Anpassungen anhand einer vorgegebenen abschliessenden Auswahl zu begründen sind. Damit kann gerichtsintern eine transparente und nachvollziehbare Spruchkörperbildung gewährleistet werden.<sup>193</sup>

#### b) *Gegenüber der Öffentlichkeit*

168. Gegenüber der Öffentlichkeit wird primär dadurch Transparenz hinsichtlich der Spruchkörperbildung geschaffen, dass die zur Anwendung gelangenden Kriterien und Verfahren kommuniziert werden.<sup>194</sup> Mit der jüngst angepassten Regelung der Spruchkörperbildung im VGR trägt das BVGer diesem Bedürfnis stärker Rechnung als bisher.

169. Im Zuge des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen im VGR per 1. Juni 2023 werden die diesbezüglichen Regelungen in den Abteilungsreglementen hinfällig. Wie ausgeführt, ist indes nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr angezeigt, dass insbesondere die abteilungsspezifische Handhabung bestimmter Kann-Kriterien, die Übertragung der Spruchkörperbildung auf Präsidialsekretärinnen und -sekretäre bzw. Kanzleimitarbeitende sowie die Voraussetzungen für die Anpassung des Spruchkörpers – soweit möglich – in den Abteilungen, Kammern und Fachgebieten weiter konkretisiert

---

<sup>192</sup> Siehe zu deren Rechtsnatur hinten Rz. 165.

<sup>193</sup> Siehe dazu vorne Rz. 107. Zu den spezifischen Massnahmen im Kontext des Spruchkörper-Controllings siehe hinten Rz. 168.

<sup>194</sup> Zur Transparenz gegenüber den Parteien bezüglich der Zusammensetzung des Spruchkörpers siehe vorne Rz. 130 und 140 ff.

wird.<sup>195</sup> Entsprechende Dokumente lassen sich – in Anbetracht dessen, dass die Spruchkörperbildung Teil der Justizverwaltung bildet – als Verwaltungsverordnungen qualifizieren und sind daher als solche an sich nicht zwingend zu publizieren.<sup>196</sup>

170. Die GPK empfehlen, aus Gründen der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der Spruchkörperbildung die Abteilungsreglemente zu veröffentlichen (Empfehlung 5).<sup>197</sup> Die mangelnde Transparenz bezüglich der Abteilungsreglemente wird sodann von der PVK bemängelt;<sup>198</sup> auch BÜCHEL ET AL. stellen sich auf den Standpunkt, die interne Klassifikation der Abteilungsreglemente entspreche nicht der gebotenen Transparenz bzw. Voraussehbarkeit der Spruchkörperbildung.<sup>199</sup> In der Literatur wird teilweise aus Art. 30 Abs. 1 BV bzw. dem daraus resultierenden Anspruch auf korrekte Spruchkörperbildung abgeleitet, dass auch ein Anspruch auf Zugang zu den einschlägigen Rechtsgrundlagen bestehe.<sup>200</sup>
171. Aufgrund der detaillierten Regelung der Kriterien für die Spruchkörperbildung im VGR wird dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit besser als bisher Rechnung getragen. Soweit im Rahmen von Merkblättern oder internen Weisungen Konkretisierungen vorgenommen werden, die etwa über die Handhabung der Kann-Kriterien, der Voraussetzungen für Spruchkörperanpassungen oder die Übertragung der Zuständigkeit Aufschluss erteilen, ist eine Veröffentlichung aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenfalls wünschenswert, zumal sich die Spruchkörperbildung in einem grundrechts-sensiblen Bereich bewegt. Damit würde auch Empfehlung 5 der GPK entsprochen. Da die Publikation der Abteilungsreglemente in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts mit einem beachtlichen administrativen Aufwand verbunden ist, wäre zu prüfen, ob eine auszugsweise Veröffentlichung der wichtigsten Grundentscheide in Gestalt von Merkblättern o.ä. auf der Webseite des BVGer angezeigt wäre.

#### 4. Spruchkörper-Controlling

172. Die PVK stellte fest, dass die Verfahren der Spruchkörperbildung kaum überprüft werden.<sup>201</sup> Daran anknüpfend empfehlen die GPK, eine jährliche Berichterstattung über die Spruchkörperbildung gerichtsintern und an die GPK einzuführen (Empfehlung 6). Zu prüfen sei zudem, in welcher Form eine Berichterstattung im Geschäftsbericht aufgenommen werden könne (Empfehlung 7).<sup>202</sup>

---

<sup>195</sup> Siehe dazu vorne Rz. 158 ff.

<sup>196</sup> Zu den Verwaltungsverordnungen und ihrer Rechtsnatur bzw. den damit einhergehenden (fehlenden) Transparenzanforderungen statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 81 ff.; TSCHAN-NEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1114 ff.

<sup>197</sup> Siehe dazu vorne Rz. 59.

<sup>198</sup> Siehe dazu vorne Rz. 46.

<sup>199</sup> Dazu vorne Rz. 73.

<sup>200</sup> So BRUNNER, S. 324.

<sup>201</sup> Siehe dazu vorne Rz. 51.

<sup>202</sup> Siehe dazu vorne Rz. 61.

173. Das BVGer hat im Nachgang zu diesen Empfehlungen eine gerichtsinterne Datenerfassung der Spruchkörperbildung aufgebaut. Zu erwähnen ist in diesem Kontext insbesondere die definitive Etablierung eines Controllings für alle Verfahren, die nach dem 1. Januar 2022 eingegangen sind.
174. Das Dokument zum Spruchkörper-Controlling zu Händen der Verwaltungskommission ist in drei Teile gegliedert («Hauptübersicht», «Spruchkörperbildung nach Systematik» und «Manuelle Eingaben ohne Grund»). Der Hauptsystematik lässt sich entnehmen, wie gross der prozentuale Anteil automatisch generierter Spruchkörper ohne und mit Deaktivierungen bzw. der teilweise manuell gebildeten Spruchkörper ist. Bei den ganz oder teilweise manuell gebildeten Spruchkörpern wird zudem ausgewiesen, wie viele Richterpositionen manuell gebildet werden. Ausgewiesen werden zudem die zur Anwendung gelangten Anpassungsgründe. Unter dem Titel der «Spruchkörperbildung nach Systematik» werden die Spruchkörperbildungen nach folgenden Unterscheidungen gegliedert: unverändert aus Bandlimat generierte Spruchkörper ohne Deaktivierungen, unverändert aus Bandlimat generierte Spruchkörper mit Deaktivierungen, nur in Bandlimat veränderte Spruchkörper (nicht in Juris), Juris Anpassung mit Grund, Juris Anpassung ohne Grund, in Bandlimat und Juris (ohne Grund) veränderte Spruchkörper, ohne Bandlimat generiert. Auf der letzten Seite werden schliesslich die Fallnummern jener Konstellationen aufgelistet, in denen manuelle Eingaben ohne Abgabe eines Grundes erfolgt sind.
175. Die Abteilungspräsidentinnen und -präsidenten erhalten eine Version des Spruchkörper-Controllings, die zusätzlich eine Autorisierungskontrolle («Eingaben ohne Autorisierung») beinhaltet. Daraus wird ersichtlich, ob Personen an der Spruchkörperbildung mitgewirkt haben, die nicht hierzu autorisiert sind. Nach Auskunft des BVGer werden die Abteilungen jeweils mit Zustellung der Auswertungen gebeten, für die betreffenden Konstellationen eine nachträgliche Erfassung der Gründe vorzunehmen bzw. gegebenenfalls die Liste der autorisierten Personen anzupassen.
176. Dieses Controlling bildet die Voraussetzung dafür, dass Verwaltungskommission die Spruchkörperbildung beaufsichtigen und gegebenenfalls interne Schulungen zur Spruchkörperbildung oder Untersuchungen in die Wege leiten kann. Das zweistufige Reporting ist als sachgerecht zu qualifizieren.
177. Überdies stellt das Controlling die Grundlage für die externe Berichterstattung über die Spruchkörperbildung an die Adresse der Aufsichtsbehörden und der Öffentlichkeit dar. Mit der umfassenden Ablage der Spruchkörper-Dokumentation im Dossier wird sodann abteilungsintern Transparenz und Nachvollziehbarkeit bezüglich der Spruchkörperbildung im Einzelfall sichergestellt.<sup>203</sup> Diese Massnahmen bildet die Grundlage dafür, Empfehlung 6 und 7 zu befolgen, wobei hierfür eine Verständigung mit dem BGer als Aufsichtsbehörde erforderlich ist.

---

<sup>203</sup> Siehe dazu vorne Rz. 113.

## Literatur

BANDLI CHRISTOPH, Zur Spruchkörperbildung an Gerichten: Vorausbestimmung als Fairnessgarantin, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2007/2

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017

BRUNNER ARTHUR, Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper, ZBI 122/2021, S. 307 ff.

BÜCHEL KONSTANTIN/KIENER REGINA/LIENHARD ANDREAS/ROLLER MARCUS, Automatisierte Spruchkörperbildung an Gerichten, Grundlagen und empirische Erkenntnisse am Beispiel des Bundesverwaltungsgerichts, Justice – Justiz – Giustizia» 2021/4

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen und Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: SG-Kommentar BV)

FELLMANN JEREMIAS, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art, 30 Abs. 1 BV, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/1

GERTSCH GABRIEL, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBI 122/2021, S. 34 ff.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020

KETTIGER DANIEL, Die aktuelle Bundesgerichtspraxis zur Spruchkörperbildung, Eine Urteilsbesprechung, in : «Justice – Justiz – Giustizia» 2018/4

KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001

KIENER REGINA/HENSELER DAVID, Anforderungen des Europarats und der OSZE an die Spruchkörperbildung an Gerichten, in: Michel Hottelier/Maya Hertig Randall/Alexandre Flückiger (Hrsg.), Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique, Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genf/Zürich/Basel 2019, S. 193 ff.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018

MEYER LORENZ/TSCHÜMPERLIN PAUL, Zusammensetzung des Spruchkörpers – Auswahl oder Automatisierung?, : «Justice – Justiz – Giustizia» 2012/1

MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ/KAYSER MARTIN, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl., Basel 2022

MÜLLER ANDREAS, Rechtlicher Rahmen für die Geschäftslastbewirtschaftung in der schweizerischen Justiz, Diss. Bern 2016

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit.: BSK BGG)

REITER CATHERINE, Gerichtsinterne Organisation: Best Practices, Diss. Zürich 2015, Zürich/Basel/Genf 2015

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl., Basel 2021

TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Kommentar, Basel 2015 (zit.: BSK BV)

## **Materialien**

Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 5. November 2020, BBl 2021 2436 (Bericht PVK)

Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 22. Juni 2021, BBl 2021 2437 (Bericht GPK)

## Abkürzungen

Abs.	Absatz
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
BA	Bundesanwaltschaft
BBl	Bundesblatt
BDMIR	Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BStGer	Bundesstrafgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
CCJE	Consultative Council of European Judges
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
ENCJ	European Network of Councils for the Judiciary
Fn.	Fussnote
GPK	Geschäftsprüfungskommission(en)
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, SR 321.0
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrolle
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005, SR 173.32
VGR	Geschäftsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008, SR 173.320.1
Ziff.	Ziffer