



Justizkommission
Commission de justice

Entwurf für die Vernehmlassung (23.02.-16.03.2022)

Nachtrag zu Art. 68 Abs. 1a und Abs. 2 KV

zum Vortrag des Regierungsrates vom 17. Februar 2021 betreffend Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II

Inhaltsverzeichnis

1.	Ausgangslage	1
1.1	1. Lesung Justizverfassung Herbstsession 2021; Vorgeschichte	1
1.2	Vorberatung 2. Lesung: Kurzgutachten «Einheit der Materie»; Auftrennung der KV-Vorlage	2
2.	Erläuterung zu den Artikeln	3
2.1	Artikel 68 Absatz 1a KV	3
2.2	Artikel 68 Absatz 2 KV	3
3.	Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens	4

1. Ausgangslage

1.1 1. Lesung Justizverfassung Herbstsession 2021; Vorgeschichte

In der Herbstsession 2021 erfolgte im Grossen Rat des Kantons Bern die erste Lesung der Erlasse zur «Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II (Änderung der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 [KV¹] sowie des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG²]; nachfolgend: Justizverfassung)». ³ Der Grosse Rat beschloss unter anderem folgende Änderungen bei Artikel 68 KV: Einfügen eines Absatzes 1a (*Ausnahmeregelung zu Art. 68 Abs. 1 Bst. c KV*) und Änderungen in Absatz 2 (*Konkretisierung des Begriffs «kantonale Verwaltung» mit «kantonale zentrale und dezentrale Verwaltung»*). Der Grosse Rat folgte damit entsprechenden Anträgen der vorberatenden Justizkommission (JuKo). Die beiden Bestimmungen bilden den Anlass für den vorliegenden Nachtrag zum Vortrag Justizverfassung.

Die beiden Anträge gehen auf die Kommissionsberatungen zur Justizverfassung zurück, welche ab Frühjahr 2021 stattfanden. Beide Anträge wurden in der ersten vorberatenden Kommissionssitzung im April 2021 eingereicht. Die Direktion für Inneres und Justiz (DIJ) wies dabei darauf hin, dass mit Blick auf die

¹ BSG 101.1

² BSG 161.1

³ S. Unterlagen in den Traktanden 75/76 der Herbstsession 2021 des Grossen Rates, abrufbar unter [Herbstsession 2021 \(be.ch\)](#)

Gesamtvorlage bei beiden Absätzen allenfalls die Einheit der Materie⁴ verletzt sein könnte und erwähnte noch, dass zu diesen Bestimmungen keine Vernehmlassung durchgeführt worden sei. In Bezug auf Artikel 68 Absatz 2 KV ist darauf hinzuweisen, dass die JuKo diese Thematik bereits früh, im Oktober 2019, an die DIJ herangetragen hatte – die Thematik aber in den weiteren Arbeiten dennoch nicht weiter berücksichtigt wurde. Die Kommissionsmehrheit vertrat in der Folge die Auffassung, dass diese und die andere Bestimmung in die Justizverfassung aufgenommen werden könnten und erachtete den Grundsatz der Einheit der Materie für nicht problematisch. Beide Anträge wurden dann in der ersten Lesung – trotz auch kritischer Stimmen bezüglich Einheit der Materie und fehlender Vernehmlassung⁵ – vom Grossen Rat so beschlossen.

1.2 Vorberatung 2. Lesung: Kurzgutachten «Einheit der Materie»; Auftrennung der KV-Vorlage

Die zweite Lesung der Justizverfassung war ursprünglich für die Frühlingssession 2022 geplant. Im Vorfeld der JuKo-Sitzung vom Januar 2022 holte die DIJ bei Prof. Dr. Judith Wytenbach der Universität Bern ein Kurzgutachten zur Frage der Einheit der Materie betreffend Artikel 68 Absatz 1a und Absatz 2 KV ein.⁶ Das Kurzgutachten kam zum Schluss, dass unter dem Blickwinkel der Einheit der Materie *Artikel 68 Absatz 1a KV* insofern problematisch sei, als dieser sich mit Ausnahmen zur Unvereinbarkeit im Verhältnis zwischen Verwaltung und Grosser Rat befasse und keinen Bezug zur Justizverfassung aufweise; allerdings sei die bundesgerichtliche Praxis zur Einheit der Materie teils inkohärent, wie auch eher grosszügig, gerade was Behördenvorlagen anbelange. Dies erschwere eine verlässliche Prognose. Letztlich scheine jedoch wahrscheinlich, dass eine Stimmrechtsbeschwerde intakte Chancen hätte. Bei *Artikel 68 Absatz 2 KV* sei hingegen die Einheit der Materie im Verhältnis zum Gesamtpaket gewahrt, da es um die einheitliche Thematik der Unvereinbarkeit im Verhältnis zu den Justizbehörden gehe.⁷

Vor dem Hintergrund einerseits des Ergebnisses der ersten Lesung im Grossen Rat sowie andererseits des erwähnten Kurzgutachtens kam die JuKo in Rücksprache mit der DIJ zum Schluss, den unter dem Aspekt der Einheit der Materie möglicherweise problematischen Artikel 68 Absatz 1a KV im Hinblick auf die zweite Lesung *aus der Hauptvorlage Justizverfassung in eine separate Vorlage herauszulösen* und die zweite Lesung beider Vorlagen (Justizverfassung und separate Vorlage zu Art. 68 Abs. 1a KV) auf die Sommersession 2022 zu verschieben. Da beide Bestimmungen (Art. 68 Abs. 1a sowie Abs. 2 KV) erst bei der parlamentarischen Beratung der Justizverfassung eingebracht wurden, erfolgt nun der vorliegende Nachtrag mit Erläuterungen zu den zwei neuen Bestimmungen. Die separate Vorlage zu Artikel 68 Absatz 1a KV wird sodann dem Grossen Rat zur gemeinsamen Beratung mit der Justizverfassung vorgelegt. Ziel ist es, die separate Vorlage dann dem Volk gleichzeitig mit der Justizverfassung zur Abstimmung zu unterbreiten, aber mit separaten Abstimmungsfragen.

Die Verschiebung der zweiten Lesung von der Frühlingssession auf die Sommersession 2022 ermöglicht es auch noch, zu den beiden neuen Bestimmungen eine kurze Vernehmlassung durchzuführen.⁸ Der vorliegende Nachtrag erläutert nachfolgend die beiden Bestimmungen im Detail. Im Übrigen, insbesondere zur Vorgehensweise und Einbettung der Vorlage, wird auf den Vortrag Justizverfassung verwiesen.⁹

⁴ Der Grundsatz der Einheit der Materie verbietet, dass verschiedene, sachlich nicht zusammenhängende Materien zu einer Abstimmungsfrage verbunden werden. Entsprechend hält Art. 128 KV für den Kanton Bern fest, dass mit einer Teilrevision der Verfassung «eine einzelne oder mehrere sachlich zusammenhängende Verfassungsbestimmungen» geändert werden können (vgl. Kälin, Walter/Bolz, Urs (1995): *Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Stämpfli Verlag, Kommentar zu Art. 128 KV, Ziff. 1, und zu Art. 59 KV, Ziff. 5c; nachfolgend: folgend: Kälin/Bolz, Handbuch KV)

⁵ Tagblatt der Herbstsession 2021, insbesondere in den Voten zu Artikel 68 Absatz 1a KV, vgl. Votum RR Evi Allemann sowie Voten Barbara Stucki, Christa Ammann, Urs Graf, S. 438 ff., abrufbar unter *Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Herbstsession 2021 / Journal du Grand Conseil du canton de Berne, session d'automne 2021* (nachfolgend: Tagblatt Herbstsession 2021)

⁶ Wytenbach, Judith/Ameti, Sanja (Dezember 2021): *Einheit der Materie: Vereinbarkeit der Revision von Art. 68 Abs. 1a und Abs. 2 Berner Kantonsverfassung in Kombination mit dem Nachführungspaket als Gesamtvorlage*, Bern (nachfolgend: Kurzgutachten Wytenbach / Ameti)

⁷ Kurzgutachten Wytenbach/Ameti, S. 13

⁸ Dass dies nicht früher erfolgte, gründet darauf, dass die beiden Bestimmungen erst im Verlauf des parlamentarischen Verfahrens beschlossen wurden, was möglich ist (Art. 82 KV, Art. 14 Bst. c GRG, Art. 92 GO; vgl. auch Kälin/Bolz, Handbuch KV, Kommentar zu Art. 82 Abs. 3 KV, Ziff. 4). Das parlamentarische Verfahren gehört auch zum Gesetzgebungsverfahren nach Artikel 127 Absatz 3 KV.

⁹ Vgl. Vortrag des Regierungsrates zur Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II in der Herbstsession 2021 unter Traktanden 75/76 (abrufbar im Internet unter *Herbstsession 2021 (be.ch)*)

2. Erläuterung zu den Artikeln

2.1 Artikel 68 Absatz 1a KV

In Artikel 68 Absatz 1a KV geht es um das Verhältnis zwischen dem Personal der kantonalen Verwaltung und dem Mandat im Grossen Rat. Gegenwärtig kann das Personal der kantonalen Verwaltung nicht dem Grossen Rat angehören (vgl. Art. 68 Abs. 1 Bst. c KV). Neu soll die Verfassung mit Absatz 1a ermöglichen, dass via Gesetz in begründeten Fällen gewisse Funktionen oder Personengruppen von der Unvereinbarkeit nach Artikel 68 Absatz 1 Buchstabe c ausgenommen werden könnten. Die Ausnahmemöglichkeit beziehe sich nicht nur auf das Personal der kantonalen Verwaltung, sondern auch auf das Personal der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft, weil mit der Justizverfassung die Unvereinbarkeitsbestimmung von Buchstabe c auf Letztere ausgedehnt würde.¹⁰

Hintergrund ist, dass die Unvereinbarkeitsbestimmungen im kantonbernischen Recht sehr streng sind und weit gehen. Dennoch ist es bereits nach geltendem Recht möglich, dass bestimmte Personen, welche in einer staatsnahen Funktion tätig sind, im Grossen Rat sitzen; namentlich Lehrerinnen und Lehrer oder Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren, die ihren Lohn zwar grundsätzlich über den Kanton oder über kantonale Anstalten beziehen, aber aufgrund spezieller organisatorischer Gegebenheiten als nicht zur eigentlichen Kantonsverwaltung zugehörig gelten und folglich dem Grossen Rat angehören dürfen.

Die vorliegend angestrebte Änderung der KV genügt für sich noch nicht, um bestimmten Personengruppen, welche in der zentralen oder der dezentralen kantonalen Verwaltung arbeiten, den Einsitz im Grossen Rat zu gewähren. Vielmehr geht es wie eingangs dargelegt erst um die Schaffung einer Verfassungsbestimmung, welche dann erlaubt, eine solche Ausnahme per Gesetz vorzusehen (d.h. mittels eines Erlasses, welcher dem fakultativen Referendum untersteht [Art. 62 Abs. 1 Bst. a KV]). Der Kreis möglicher Grossratsmitglieder könnte damit künftig ein wenig erweitert werden. Aus den Voten der ersten Lesung¹¹ ergibt sich, dass für *Personen mit Kaderfunktion* innerhalb der zentralen und dezentralen Kantonsverwaltung *keine Ausnahme erfolgen soll*, weil bei diesen Interessenkonflikte zwischen «exekutiver» und «legislativer» Tätigkeit bestehen könnten. Gedacht wird vielmehr an Personen *ohne Kader- oder Leitungsfunktionen* (z.B. Sachbearbeiter/innen, Personen aus dem Sicherheitsbereich).

2.2 Artikel 68 Absatz 2 KV

Nach geltendem Recht lautet Artikel 68 Absatz 2 KV wie folgt «*Wer Mitglied einer kantonalen richterlichen Behörde ist, darf nicht gleichzeitig dem Regierungsrat oder der kantonalen Verwaltung angehören*». Für die JuKo, welche in der Praxis vor allem allfällige Unvereinbarkeiten der *nebenamtlichen Richterinnen und Richter* prüft, stellte der Begriff «kantonale Verwaltung» immer wieder eine Herausforderung dar, da nicht immer einfach feststellbar ist, was dieser Begriff alles umfasst. Gemäss Kälin/Bolz, Handbuch KV¹² sei die Bestimmung sehr streng zu verstehen und der Begriff «kantonale Verwaltung» könne auch Institutionen einschliessen, welche vom Kanton errichtet werden (z. B. selbstständige oder unselbstständige Anstalten und Körperschaften, Fonds oder Stiftungen, vgl. Art. 95 Abs. 1 Bst. a KV). Diese Kommentierung ist im Licht ihrer Entstehungszeit zu verstehen, als es die heutigen Ausgliederungen in dieser Ausprägung noch nicht gab (wie beispielsweise Berner Kantonalbank, Bedag Informatik AG). Auch in einem Gutachten von 2010 von Prof. Dr. Regina Kiener wurde ein weniger strenges Verständnis vertreten.¹³ Vor dieser Ausgangslage hat die JuKo im Laufe der vergangenen Jahre eine genauere Praxis zu den Unvereinbarkeiten

¹⁰ Vgl. Synopse Justizverfassung betr. Art. 68 Abs. 1 Bst. c KV unter Traktanden 75/76 (abrufbar im Internet unter [Herbstsession 2021 \(be.ch\)](#))

¹¹ Vgl. Tagblatt Herbstsession 2021, insbesondere Votum Patrick Freudiger, S. 434 f.

¹² Kälin/Bolz, Handbuch KV, Vorbemerkungen zu Art. 66 KV, Ziff. 4 und Kommentar zu Art. 68 Abs. 2 KV, Ziff. 12

¹³ Kiener, Regina/Gründer, Jan (Juni 2010): *Richterwahlen: Diverse Fragen im Rahmen der Umsetzung der «Justizreform 2», Teil 2*, Zürich. Nach Ausführungen im Gutachten (S. 12) sei ausschlaggebend, ob durch eine entsprechende Tätigkeit bei einem unbefangenen Dritten der Anschein der Unabhängigkeit in Frage gestellt werde oder aber

herausgearbeitet; dies insbesondere zur Frage, wie weit das Personal der «mittelbaren Verwaltung» unter die Unvereinbarkeit nach Artikel 68 Absatz 2 KV fallen solle. Aus allen diesen Gründen soll nun der Begriff «kantonale Verwaltung» mit dem klareren Begriff «der zentralen oder der dezentralen kantonalen Verwaltung» präzisiert werden. Von der Unvereinbarkeit umfasst wären wie bisher die Zentralverwaltung nach Artikel 92 KV (z.B. mit ihren Ämtern) und die Bezirksverwaltung nach Artikel 93 KV (z.B. mit den Regierungstatthalterämtern). Hingegen erfolgte neu eine Abgrenzung zu den sogenannten anderen Trägern öffentlicher Aufgaben (vgl. Art. 95 KV). Das hiesse, dass beispielsweise eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter einer kantonalen IV-Stelle klar gleichzeitig als Laienrichterin oder Laienrichter bzw. als Fachrichterin oder Fachrichter amten könnte¹⁴, weil IV-Stellen zu einer Anstalt und damit zu einem anderen Träger öffentlicher Aufgaben gehören. Die Verfassung würde damit grundsätzlich der heutigen Praxis der JuKo nachgeführt.¹⁵

Bei all diesen Überlegungen gilt die Anmerkung, dass die Massstäbe einer Unvereinbarkeit bei haupt- und nebenamtlichen Richterinnen und Richter *im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit weiterhin streng anzuwenden sind*. Es ist auch festzuhalten, dass in der Praxis die nebenamtlichen Richterinnen und Richter (Fachrichterin und Fachrichter sowie Laienrichterin und Laienrichter) im Vordergrund stehen. Für hauptamtliche Mitglieder der Gerichtsbehörden oder der Staatsanwaltschaft spielen in der Praxis die Unvereinbarkeitsvorgaben eine untergeordnete Rolle, weil diese Amtsträger neben ihrem Hauptamt kaum in einer weiteren Anstellung arbeiten dürften. Vergleichbare Konstellationen können allerdings bei Gesuchen um Bewilligung von ausserdienstlichen Tätigkeiten entstehen. Hier greift die Bestimmung zur richterlichen Unabhängigkeit in Artikel 97 Absatz 1 KV sowie ferner Artikel 30 Absatz 3 GSOG. Gemäss Artikel 30 GSOG bedürfen die hauptamtlichen Richterinnen und Richter sowie die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte¹⁶ für die Ausübung von Nebenbeschäftigungen und öffentlichen Ämtern einer Bewilligung. Diese wird für die Mitglieder der obersten Gerichte (Obergericht und Verwaltungsgericht) sowie der Generalstaatsanwaltschaft von der JuKo und für die anderen Mitglieder der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft von der jeweiligen Aufsichtsbehörde erteilt. Es bestehen deshalb bereits Instrumente, die gewährleisten, dass unerwünschte Interessenkonflikte verhindert werden können. Die JuKo beispielsweise bewilligt keine Verwaltungsratsmandate in grösseren Betrieben – hingegen bewilligt sie zum Beispiel Lehraufträge, sofern sie den Interessen der bernischen Justiz dienen.¹⁷

3. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

(wird nach Abschluss der Kurzvernehmlassung eingefügt.)

gewahrt bleibe. Eine Unvereinbarkeit werde namentlich dann zu bejahen sein, wenn die fragliche Person nach aussen hin primär als Exponentin oder Exponent der kantonalen Verwaltung wahrgenommen werde.

¹⁴ Tagblatt Herbstsession 2021, vgl. Votum Jan Gnägi, S. 438

¹⁵ Vgl. Merkblatt der JuKo zur Beurteilung allfälliger Unvereinbarkeiten der Mitglieder kantonalen richterlicher Behörden in der Praxis. Neu würde auch bei Verwaltungsträgern nach Art. 95 KV, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, keine Unvereinbarkeit mehr bestehen

¹⁶ Sowie gemäss Vorlage Justizverfassung auch die Vorsitzenden der Schlichtungsbehörden, die Jugendanwältinnen und Jugendanwälte sowie die Assistentenanwältinnen und Assistentenanwälte (vgl. in Justizverfassungsvorlage Art. 30 Abs. 1 GSOG, Ergebnis erste Lesung)

¹⁷ Vgl. Richtlinien der Justizkommission des Kantons Bern zur Bewilligung von Nebenbeschäftigungen und öffentlichen Ämtern der Mitglieder des Obergerichts, des Verwaltungsgerichts und der Generalstaatsanwaltschaft vom 7. Mai 2013; abrufbar unter <https://www.gr.be.ch/content/dam/gr/dokumente/hintergrundwissen/de/richtlinien-juko-nebebeschaeftigungen-de.pdf>. Ähnlich auch die Vorgaben betr. Kantonsvertretung in strategischen Führungsorganen: Mitglieder des Regierungsrates dürfen beispielsweise keinen Einsitz nehmen in strategischen Führungsorganen von Trägern öffentlicher Aufgaben, ausgenommen Vertretungen von Amtes wegen (vgl. Richtlinien über die Führung, Steuerung und Aufsicht von Trägern öffentlicher Aufgaben [Public Corporate Governance – Richtlinien Kanton Bern] vom 16. Dezember 2020, Ziff. 12.3, S. 23 ff.; abrufbar unter <https://www.fin.be.ch/content/dam/fin/dokumente/de/generalsekretariat/beteiligungscontrolling/Beteiligungen-PCG-Richtlinien.pdf>)