

Kurzgutachten

**Einheit der Materie: Vereinbarkeit der Revision von Art. 68 Abs. 1a und
Abs. 2 Berner Kantonsverfassung in Kombination mit dem Nachführungs-
paket als Gesamtvorlage**

zuhanden

Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern, Rechtsamt,
Münstergasse 2, Postfach, 3000 Bern 8

erstellt von

Sanija Ameti, MLaw

Prof. Dr. Judith Wyttenbach, Fürsprecherin

Bern, im Dezember 2021

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung und Ergebnis	3
I. Auftrag und Fragestellung	4
II. Der Grundsatz der Einheit der Materie	5
1. Grundlagen und Prüfmasstab	5
2. Innerer sachlicher Zusammenhang	6
III. Die Änderungen in Art. 68 KV im Verhältnis zu den vorgeschlagenen Nachträgen in der KV	8
1. Justizverfassung als KV-Teilrevision und Behördenvorlage	8
2. Nachträge und Änderungen: Auftrennung aufgrund von formalen Kriterien?	8
3. Frage des sachlichen Zusammenhangs zwischen den beiden Änderungen in Art. 68 KV und dem Rest der Vorlage	9
a. Das Paket Justizverfassung	9
b. Die Änderung in Art. 68 Abs. 1a KV im Verhältnis zum restlichen Paket	10
c. Die Änderung in Art. 68 Abs. 2 KV im Verhältnis zum restlichen Paket	12
IV. Folgenabschätzung	13
Literatur und Materialien	15

Zusammenfassung und Ergebnis

Mit einer Teilrevision der bernischen Kantonsverfassung sollen die aus der Justizreform II resultierenden Änderungen in der Verfassung abgebildet werden. Das vorliegende Kurzgutachten analysiert, ob Art. 68 Abs. 1a und Art. 68 Abs. 2 (in der Fassung nach der ersten Lesung) im Verhältnis zum «Gesamtpaket Justizverfassung» den Grundsatz der Einheit der Materie wahren. Die Einheit der Materie verlangt, dass innerhalb der Vorlage, die den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern unterbreitet wird, ein sachlicher Zusammenhang besteht. Formale Kriterien, wie etwa die Entstehungsgeschichte einer Änderung oder ob sie ein Vernehmlassungsverfahren durchlaufen hat, sind dabei nicht entscheidend. Wichtig ist vielmehr, dass eine inhaltliche Verbindung besteht. Diese ist gegeben, wenn die einzelnen Elemente einer Vorlage in einer Ziel-Mittel-Relation zu einander stehen, ein und dasselbe Ziel verfolgen oder eine einheitliche Thematik betreffen. Den Stimmberechtigten dürfen also nicht «mehrere Vorschläge von grundverschiedener Natur» vorgelegt werden, wie sich das Bundesgericht ausdrückt. Sind die Aspekte in diesem Sinne unterschiedlich, muss eine Vorlage aufgetrennt werden. Die Anforderungen an Kantonsverfassungsvorlagen sind dabei höher als die Anforderungen an behördliche Gesetzesvorlagen.

Art. 68 Abs. 1 lit. c hält fest, dass das Verwaltungspersonal und das Personal der Justizbehörden nicht gleichzeitig dem Grossen Rat angehören darf. Der in erster Lesung neu aufgenommene **Art. 68 Abs. 1a** erlaubt es dem Gesetzgeber, Ausnahmen zu diesem Art. 68 Abs. 1 lit. c zu definieren. Die Materialien weisen darauf hin, dass sich die Ausnahme primär auf die Unvereinbarkeit zwischen Grossratsmandat und Verwaltung beziehen soll. Demgegenüber zielen alle anderen Änderungen des Revisionsprojekts «Justizverfassung» auf die Stellung und die Unabhängigkeit der Justiz. Art. 68 Abs. 1a ist unter dem Blickwinkel der Einheit der Materie problematisch, soweit der Bezug zur Justizverfassung fehlt und er ein anderes gewaltenteiliges Verhältnis betrifft. Es handelt sich auch nicht um einen untergeordneten Aspekt, sondern um eine wichtige verfassungsrechtliche Frage. Deshalb wird empfohlen, Art. 68 Abs. 1a zu präzisieren und getrennt zur Abstimmung vorzulegen.

Art. 68 Abs. 2 konkretisiert den bisherigen Begriff der „kantonalen Verwaltung“, indem er diesen durch «kantonale zentrale oder dezentrale Verwaltung» ersetzt. Inhaltlich besteht ein klarer Bezug zur Unvereinbarkeit im Verhältnis zu den Justizbehörden. Damit liegt auch in Kombination mit dem Gesamtpaket eine einheitliche Thematik vor. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Art. 68 Abs. 2 und dem «Gesamtpaket Justizverfassung» ist gegeben. Art. 68 Abs. 2 wahrt den Grundsatz der Einheit der Materie und ist folglich unproblematisch.

I. Auftrag und Fragestellung

Im Rahmen der Justizreform II vom 11. Juni 2009 wurde das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern (GSOG, BSG 161.1) angepasst. Weil einigen dieser Anpassungen Kantonsverfassungsrang zukommen sollte, drängte sich eine entsprechende Nachführung in der Verfassung auf. Damit befasst sich die laufende Teilrevision der Kantonsverfassung (KV), die vor der zweiten Lesung steht. Die aus dem GSOG bzw. der Justizreform resultierenden Nachführungen des Pakets «Justizverfassung» werden im Folgenden als sog. *Nachträge* bezeichnet, während die anlässlich der ersten Lesung in Art. 68 aufgenommenen Anpassungen als *Änderungen* benannt werden. Es handelt sich dabei um Art. 68 Abs. 1a (Ausnahmeregelung zu Abs. 1 lit. c) und Art. 68 Abs. 2 KV (Konkretisierung «zentrale und dezentrale Verwaltung»):¹

Artikel 68 Unvereinbarkeiten, Ausstand

1 Dem Grossen Rat dürfen nicht gleichzeitig angehören

- a die Mitglieder des Regierungsrates,
- b die Mitglieder der kantonalen richterlichen Behörden [und der Staatsanwaltschaft],
- c das Personal der zentralen und der dezentralen kantonalen Verwaltung [sowie der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft],
- d weitere Personen, sofern das Gesetz es vorsieht.

[1a Das Gesetz kann in begründeten Fällen Ausnahmen von den Unvereinbarkeiten nach Absatz 1 Buchstabe c vorsehen.]

2 Wer Mitglied einer kantonalen ~~richterlichen Behörde~~ [Gerichtsbehörde oder der Staatsanwaltschaft] ist, darf nicht gleichzeitig dem Regierungsrat oder der kantonalen [zentralen oder dezentralen] Verwaltung angehören.

3 Die Mitglieder des Regierungsrates dürfen nicht der Bundesversammlung angehören.

4 Mitglieder von Behörden ~~sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter~~, [das Personal] der kantonalen Verwaltung [sowie das Personal der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft] haben ~~sich~~ bei Geschäften, die sie unmittelbar betreffen, in den Ausstand zu ~~begeben~~ [treten].

¹ Vgl. Vortrag des Regierungsrates vom 17. Februar 2021, Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II, Direktion für Inneres und Justiz, Geschäftsnummer 2017.JGK.924, S. 18 f.

Im Auftrag der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern soll geklärt werden, ob die gelb markierten Änderungen in Art. 68 Abs. 1a und Abs. 2 im Verhältnis zum «Gesamtpaket Justizverfassung» (insb. zu den Art. 83a, Art. 97 und 97a) den Grundsatz der Einheit der Materie wahren. Sollte dies der Fall sein, könnte dem Stimmvolk eine einzige Vorlage bzw. eine einzige Abstimmungsfrage unterbreitet werden (obligatorisches Referendum über Behördenvorlage nach Art. 61 Abs. 1 lit. a KV BE).

II. Der Grundsatz der Einheit der Materie

1. Grundlagen und Prüfmasstab

Der Grundsatz der Einheit der Materie ist für Bundesvorlagen ausdrücklich in Art. 194 Abs. 2 Bundesverfassung (BV) vorgeschrieben.² Er wird vom Bundesgericht direkt aus dem Anspruch auf unverfälschte Willensbildung und Willensäusserung in Art. 34 Abs. 2 BV abgeleitet und erstreckt sich auch auf kantonale Vorlagen im Rahmen von Teilrevisionen.³ Er würde somit auf kantonaler Ebene selbst dann gelten, wenn er nicht in der Kantonsverfassung genannt wird.⁴ Art. 59 Abs. 2 lit. c KV erwähnt den Grundsatz der Einheit der Materie im Zusammenhang mit der Prüfung der Gültigkeit von Volksinitiativen durch den Grossen Rat. Gemäss Art. 128 Abs. 1 KV können mit einer Teilrevision mehrere «sachlich zusammenhängende» Verfassungsbestimmungen geändert werden.

Der Grundsatz der Einheit der Materie soll verhindern, dass sich die Stimmenden mit nur einem Votum zu mehreren politischen Fragen äussern müssen, obwohl diese keinen hinreichenden sachlichen Zusammenhang aufweisen.⁵ Dieser Zielrichtung entsprechend ist es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zunächst «unerheblich, ob es sich um eine Initiative oder Behördenvorlage, um Partial- oder Totalrevisionen von Verfassungen oder Gesetzen oder um Gesetzes- oder Finanzvorlagen handelt».⁶ Allerdings relativiert das Bundesgericht: Bei *Behördenvorlagen* sei «dem praktischen Bedürfnis des Gesetzgebers Rechnung zu tragen [...], über den unmittelbaren Anlass einer Gesetzesrevision hinaus weitere bereits anstehende Postulate mit einzubeziehen.»⁷ Die überwiegende Lehre spricht sich allerdings gegen einen unterschiedlichen Massstab bei Behörden-

² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N. 1388.

³ Etwa BGE 129 I 366 E.2; BGE 125 I 227 E.3; BGE 123 I 163 E. 4; BGE 113 Ia 46 E. 4 – 6.

⁴ HURST, Der Grundsatz der Einheit der Materie, S. 148.

⁵ TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Staatsrecht), Rz. 1922.

⁶ BGE 129 I 366, 370, E. 2.2.

⁷ BGE 129 I 366 S. 371; dazu ausführlich ATTINGER, S. 11 f.

vorlagen und Volksinitiativen aus.⁸ Das Bundesgericht hat Behördenvorlagen in einzelnen Fällen dennoch weniger streng beurteilt als Volksinitiativen, wobei die Praxis in der Lehre teils als uneinheitlich kritisiert wird.⁹ Gleichzeitig hat das Bundesgericht insbesondere in älteren Urteilen aber auch festgehalten, dass bei *behördlichen Verfassungsvorlagen* im Vergleich zu einfachen Gesetzesvorlagen höhere Anforderungen an den sachlichen Zusammenhang zu stellen seien.¹⁰

2. Innerer sachlicher Zusammenhang

Damit der Grundsatz der Einheit der Materie gewahrt ist, muss innerhalb der Vorlage ein sachlicher Zusammenhang bestehen (Koppelungsverbot).¹¹ In der Lehre finden sich unterschiedliche Auffassungen darüber, wann im Einzelfall ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Regelungselementen gegeben bzw. nicht gegeben sein soll.¹² Letztlich handelt es sich um einen offenen Rechtsbegriff, der den Behörden sowohl in der Beurteilung von Volksbegehren wie bei eigenen Vorlagen einen grösseren *Ermessensspielraum* belässt,¹³ wobei die Grundsätze, wie sie in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung konkretisiert worden sind, auch die kantonalen Behörden binden.¹⁴ Gemäss Bundesgericht «dürfen an den Grundsatz keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Da der Begriff von relativer Natur ist und die Gewichtung einzelner Teile einer Vorlage und ihres Verhältnisses zueinander zudem vorab eine politische Frage ist, kommt den Behörden bei der Ausgestaltung von Abstimmungsvorlagen ein weiter Gestaltungsspielraum zu».¹⁵

⁸ Siehe etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, §52 Rz. 47f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N. 1389 f.; EGLI, ZBI 107/2006 S. 397, 402; SEFEROVIC, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, in: Die staatsrechtliche Praxis der Schweiz, den USA und Deutschland, S. 238, 251 f.

⁹ So hat das Bundesgericht in BGE 123 I 63, 72 eine Differenzierung vorgenommen, in BGE 130 I 182, 195 und BGE 129 I 366, 370 f. hingegen nicht; zur Kritik in der Lehre siehe BGer-Urteil 1C_175/2019 vom 12. Februar 2020, E. 2.3; ferner RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, Rz. 2074.

¹⁰ Dies aufgrund der geringeren Normdichte; BGE 113 Ia 46 E. 4a S. 52 m.w.H.; TSCHANNEN, Staatsrecht, §52 Rz. 1930 f.

¹¹ Für den Bund in Art. 75 Abs. 2 BPR geregelt; TSCHANNEN, BSK BV-TSCHANNEN, Art. 34, N. 42.

¹² TSCHANNEN, (Anm. 3), § 44 Rz. 18 u. § 52 Rz. 41, 44; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, Rz. 473 f.; vgl. auch BBI 2013 9459, S. 9473.

¹³ Siehe dazu etwa die Ausführungen im Zusammenhang mit Bundesvorlagen in BBI 2013 8693, S. 8701; BBI 2014 125, S. 130.

¹⁴ AUER, § 148 Form und Gültigkeit, GG Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz und zu den politischen Rechten in den Gemeinden, S. 945 – 953, 950 f.

¹⁵ ZBI 2017 230 E.2.1, S.232; ausführlich dazu auch BGer-Urteil 1C_175/2019 vom 12. Februar 2020, E. 2.2.

Ein sachlicher Zusammenhang besteht, wenn die Regelungselemente

- in einer *Ziel-Mittel-Relation* zueinander stehen¹⁶,
- *ein und dasselbe Ziel* verfolgen¹⁷ oder
- eine *einheitliche Thematik* betreffen^{18, 19}

Das Bundesgericht erkennt eine Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Materie, wenn Verfassungsinitiativen ein «ausgreifendes politisches Programm»²⁰ oder «mehrere Vorschläge von grundverschiedener Natur»²¹ zum Gegenstand haben.²² Vorliegend drängt sich zunächst ein vergleichender Blick in ausgewählte Beispiele aus der bundesgerichtlichen Praxis auf. Dieser erlaubt es anschliessend, die bernische KV-Vorlage einzuordnen.

In BGE 130 I 185 beurteilte das Bundesgericht eine Genfer Initiative, die Bestimmungen zum Teil in veränderter Form in der Kantonsverfassung verankern wollte, welche bis dahin in der einfachen Gesetzgebung bzw. in verschiedenen Gesetzen enthalten waren. Weil die Initiative verschiedenartige Ziele verfolgte (Erweiterung der politischen Rechte *und* verstärkter Mieterschutz) und mit Blick auf die verlangten Massnahmen, verletzte die Initiative nach Ansicht des Bundesgerichts den Grundsatz der Einheit der Materie.²³

BGE 129 I 366 befasste sich mit der Revision von verschiedenen Bestimmungen der Zürcher Kantonsverfassung. Mit der Behördenvorlage sollte zwei Teilen mit unterschiedlicher Entstehungsgeschichte unter dem Titel «Neuordnung des Verhältnisses zwischen Kirchen und Staat» ein gemeinsames Dach gegeben werden. Der eine Teil betraf die Entflechtung des Verhältnisses zwischen den bisher anerkannten Kirchen und dem Staat, um den Kirchen grössere Autonomie einzuräumen. Mit dem anderen Teil sollte eine verfassungsrechtliche Grundlage geschaffen werden, um auf gesetzlicher Ebene weiteren Religionsgemeinschaften einen öffentlich-rechtlichen Status einzuräumen. Das Bundesgericht hielt zwar dafür, dass die genannten Sachbereiche unterschiedliche Fragestellungen betrafen und nicht in einer logischen Beziehung der Abhängigkeit oder Unterordnung zueinander standen, sah darin aber dennoch keine Verletzung der Einheit der Materie: «Trotz dieses Umstandes kann nicht gesagt werden, dass sie verschiedenartigste Regelungsbereiche ohne jegliche Berührungspunkte betreffen und die angefochtene Revision der Kantonsverfassung vollkommen sachfremde Elemente in einer einzigen Vorlage zusammenfasst. Ein gewisser Zusam-

¹⁶ Vgl. BBl 2019 1101, 1103 f. (Ausgestaltung des landwirtschaftlichen Direktzahlungssystems zum Zweck der Versorgung mit sauberem Trinkwasser und gesunder Nahrung); BBl 2020 2797, 2804 (Besteuerung von Kapitaleinkommen zum Zweck der sozialen Wohlfahrt).

¹⁷ Vgl. BBl 2013 8693, 8701 ff. (Bündelung von Einzelmassnahmen, die dem gleichen Ziel dienen).

¹⁸ Vgl. BBl 2008 7521, 7524 f. (Bündelung von Einzelmassnahmen, die unter das gleiche Thema fallen).

¹⁹ BGE 129 I 366 E. 2.3 S. 371; BGE 113 Ia 46 E. 4a S. 53; ähnlich TSCHANNEN, (Anm. 3), § 52 Rz. 45f.

²⁰ BGE 130 I 185.

²¹ BGE 129 I 381; ZBl 2007, S. 332.

²² AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Rz. 1151.

²³ Regeste und E. 3. Derjenige Teil der Initiative, welcher das obligatorische Referendum für Gesetzesänderungen im Bereich des Mieterschutzes enthielt, war hingegen als solcher gültig und konnte dem Stimmvolk unterbreitet werden, siehe Regeste und E. 4 f.

menhang zwischen den einzelnen Teilen kann letztlich darin erblickt werden, dass sie alle im weitesten Sinne auf das Verhältnis von Religionsgemeinschaften zum Staat ausgerichtet sind.» Es stellte ferner fest, dass allein «im Umstand, dass eine Vorlage aufgeteilt werden könnte, kein entscheidendes Indiz für eine Missachtung der Einheit der Materie erblickt werden kann». ²⁴ Zudem seien formale Kriterien für die Beurteilung der Einhaltung des Grundsatzes der Einheit der Materie kaum von Nutzen, sondern es komme vielmehr auf den inhaltlichen Sachzusammenhang zwischen den einzelnen Teilen an. ²⁵

III. Die Änderungen in Art. 68 KV im Verhältnis zu den vorgeschlagenen Nachträgen in der KV

1. Justizverfassung als KV-Teilrevision und Behördenvorlage

Die geplante formelle Teilrevision der Kantonsverfassung (Art. 128 Abs. 1 KV) enthält einerseits die unter die *Justizverfassung* fallenden Nachführungen und andererseits die anlässlich der Beratungen im Grossen Rat getätigten Änderungen der Kantonsverfassung. ²⁶ Es geht sodann um eine Behördenvorlage; bei diesen legt das Bundesgericht im Vergleich zu Volksinitiativen mitunter einen etwas weniger strengen Massstab an. Die Gutachterinnen teilen allerdings die Ansicht der herrschenden Lehre, wonach diese Differenzierung nicht sachgerecht ist. Dies gilt vorliegend umso mehr, als es sich nicht um eine Gesetzes- sondern eine Verfassungsvorlage handelt.

2. Nachträge und Änderungen: Auftrennung aufgrund von formalen Kriterien?

In erster Lesung hat der Grosse Rat Änderungen vorgenommen, die nicht aus der Justizreform resultieren und die anders als die anderen Revisionspunkte kein Vernehmlassungsverfahren durchlaufen haben. Es stellt sich zunächst die Frage, ob dieser unterschiedliche Hintergrund bzw. die unterschiedliche Entstehungsgeschichte mit Blick auf den Grundsatz der Einheit der Materie problematisch ist. Dies ist grundsätzlich nicht der Fall: Das Bundesgericht stellt fest, dass formale Kriterien für die Beurteilung des Grundsatzes der Einheit der Materie kaum von Nutzen sind (BGE 129 I 366, dazu oben). Auch ist nicht ersichtlich, welcher Mehrwert den Stimmberechtigten aus einer rein formalen Unterscheidung erwachsen würde, sofern ein inhaltlicher und damit materieller Sachzusammenhang zwischen den einzelnen Teilen besteht. Dies wird im Folgenden geprüft.

²⁴ Mit Verweis auf BGE 99 Ia 724; ZBl 83/1982 S. 346, E. 3.

²⁵ E. 4.1 und 4.4.

²⁶ Wann es sich um eine sog. «Paketrevision» handelt, wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt, tut hier aber letztlich nichts zur Sache, vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, Rz. 2076.

3. Frage des sachlichen Zusammenhangs zwischen den beiden Änderungen in Art. 68 KV und dem Rest der Vorlage

Gemäss Auftraggeberin könnten Art. 68 Abs. 1a und Abs. 2 im Verhältnis zu den Bestimmungen des «Gesamtpaketes Justizverfassung», insbesondere zu den Art. 83a, Art. 97 und Art. 97a, den Grundsatz der Einheit der Materie verletzen, weil kein hinreichender Sachzusammenhang bestehe.

a. Das Paket Justizverfassung

- **Art. 83a** regelt die Stellung der Justizleitung im Grossen Rat und deren Befugnisse. Er «verankert, in Anlehnung an die Regelungsstruktur von Art. 83 KV betreffend die institutionelle Stellung des Regierungsrats, die Befugnisse der Justizleitung im Verhältnis zum Grossen Rat und Regierungsrat.»²⁷ Art. 83a enthält namentlich das Recht der sog. neu bezeichneten «Justizverwaltungsleitung» (bisher «Justizleitung»), im Grossen Rat Anträge stellen zu dürfen.
- **Art. 97a** definiert die Aufgabe der sog. Justizverwaltungsleitung als Selbstverwaltungsorgan von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft. Analog zu den Verfassungsbestimmungen betreffend Grosser Rat (Legislative) und Regierungsrat (Exekutive), soll auch die Justizverwaltungsleitung als Führungsorgan der Judikative in der Verfassung erwähnt sein.²⁸

Art. 83a und Art. 97a werden als «Kern der Justizverfassungsrevision» bezeichnet.²⁹ Grundgedanke dieser beiden Bestimmungen ist die verfassungsmässige Stärkung und Abbildung der Unabhängigkeit der Institutionen der Justiz.³⁰

- Auch **Art. 97** regelt die Unabhängigkeit der Justiz. In Abs. 1 wird neu auch die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft erwähnt, indem die bestehende Regelung

²⁷ Vortrag des Regierungsrates vom 17. Februar 2021, Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II, Direktion für Inneres und Justiz, Geschäftsnummer 2017.JGK.924, S. 20 f.

²⁸ Vortrag des Regierungsrates vom 17. Februar 2021, Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II, Direktion für Inneres und Justiz, Geschäftsnummer 2017.JGK.924, S. 22 f.

²⁹ Grosser Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Votum von Evi Allemann vom 16. September 2021, S. 9.

³⁰ Grosser Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Votum von Evi Allemann vom 16. September 2021, S. 9.

aus Art. 4 Abs. 1 GSOG in die Verfassung übertragen wird.³¹ Abs. 1a übernimmt die Formulierung von Art. 5 GSOG und schreibt im Rahmen der Nachführung den Grundsatz der Selbstverwaltung der Justizverwaltungsleitung in der Verfassung fest. Abs. 3 wird dahingehenden präzisiert, dass der Gesetzgeber neben der «Zuständigkeit der Gerichte» auch die «Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft» regelt.

Der Grundsatz der *Unabhängigkeit der Justiz* und die *Abbildung der Stellung der Justizorgane in der Verfassung* stellen den inhaltlichen sachlichen Zusammenhang zwischen Art. 83a, Art. 97 und Art. 97a dar.

b. Die Änderung in Art. 68 Abs. 1a KV im Verhältnis zum restlichen Paket

Art. 68 Abs. 1 lit. c hält fest, dass «das Personal der zentralen und dezentralen kantonalen Verwaltung sowie der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft» nicht gleichzeitig dem Grossen Rat angehören darf. **Art. 68 Abs. 1a KV** ergänzt nun, dass das Gesetz [PRG BE] in begründeten Fällen Ausnahmen von den Unvereinbarkeiten nach Abs. 1 lit. c vorsehen kann. Über diese neu ins Revisionspaket eingefügte Änderung wurde im Grossen Rat kontrovers diskutiert.³² Dabei ging es der Justizkommission insb. um das Verhältnis zwischen Verwaltung und Grossratsmandat: Es solle in der Verfassung festgehalten werden, dass das Gesetz gewisse Personen oder Personengruppen von dieser Unvereinbarkeit ausnehmen könne, wie etwa Lehrer:innen, die nach aktueller Rechtslage aufgrund der dualen Zuständigkeit mit den Gemeinden dem Grossen Rat angehören dürfen.³³

Im Grossen Rat wurde sodann festgehalten, eine solche Ergänzung sei nicht «a priori falsch», sondern sachlich richtig.³⁴ Inhaltlich war Abs. 1a im Grossen Rat nicht weiter umstritten, sondern vielmehr seine Aufnahme in die Verfassung im laufenden Revisionspaket und ohne vorgängige Vernehmlassung.³⁵ Wie oben ausgeführt worden ist, sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht primär formelle, sondern inhaltliche Kriterien für die Beurteilung des sachlichen Zusammenhangs entscheidend. Folglich ist nicht ausschlaggebend, welche Entstehungsgeschichte die Änderung hat, bzw. auf welchem Weg die Ausnahmeregelung in Abs. 1a Eingang in die Verfassung findet.

³¹ Vortrag des Regierungsrates vom 17. Februar 2021, Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II, Direktion für Inneres und Justiz, Geschäftsnummer 2017.JGK.924, S. 21.

³² Grosser Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, vgl. etwa Voten von Jan Gnägi, Urs Graf, Patrick Freudiger, Barbara Stucki vom 15. September 2021, S. 7 ff.

³³ Grosser Rat, Justizkommission Plenum, Protokoll der Sitzung vom 8. April 2021, S. 29.

³⁴ Grosser Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Voten von Urs Graf vom 15. September 2021, S. 9.

³⁵ Grosser Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Voten von Urs Graf vom 15. September 2021, S. 8f.

Auch nicht entscheidend ist, ob die Bestimmung ihre Basis in der Justizreform hat oder ob sie auf eine Ad-hoc-Änderung im Verlauf der parlamentarischen Beratungen zurückgeht.

Vielmehr muss für die Einheit der Materie ein inhaltlicher Zusammenhang bestehen. Eine Bestimmung darf nicht «ohne jegliche Berührungspunkte» zu anderen Aspekten sein und nicht «vollkommen sachfremde Elemente» einbringen, wie das Bundesgericht sich ausdrückt (dazu oben). Mit Bezug auf den Grundsatz der Einheit der Materie wurde im Grossen Rat kritisiert, dass die Änderung in Art. 68 Abs. 1a nicht im Zusammenhang mit der Justiz stehe, sondern dass es darum gehe, wer im Grossen Rat Einsitz nehmen dürfe. Dies habe nichts mit der Justizverfassung oder mit der Justizreform zu tun.³⁶

Die Ausnahmeregelung in Abs. 1a folgt auf den vorherigen Abs.1 lit. c – wobei in lit. c neu nicht nur der Teilsatz der «zentralen oder dezentralen kantonalen Verwaltung», sondern auch der Teilsatz «sowie der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft» enthalten ist. Lit. c reflektiert Art. 27 Abs. 1 GSOG, der festhält, dass die Mitglieder einer Gerichtsbehörde oder der Staatsanwaltschaft u.a. nicht dem Grossen Rat angehören dürfen. Für die Beurteilung des sachlichen Zusammenhangs kommt es darauf an, wie die Ausnahmeregelung zu lesen ist und worauf sie sich bezieht. Da dies in Abs. 1a nicht präzisiert wird, ist rein grammatikalisch und systematisch davon auszugehen, dass sie grundsätzlich sowohl das Verhältnis *Grosser Rat – Justizbehörden* wie auch das *Verhältnis Grosser Rat – zentrale und dezentrale Verwaltung* betreffen kann.

Soweit sich die Ausnahme auf das Verhältnis *Grosser Rat - Justizbehörden* beziehen würde («sowie der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft» in lit. c), wäre u.E. ein sachlicher Zusammenhang mit dem Rest der Vorlage gegeben. Die Ausnahme würde in einem Zusammenhang mit dem «Gesamtpaket Justizverfassung» (insbesondere zu Art. 83a, Art. 97 und Art. 97a) stehen. Eine andere Frage ist, wie weit solche gesetzlichen Ausnahmen mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz und der Unabhängigkeit der Justiz vereinbar wären; dies hat jedoch nichts mit der Einheit der Materie zu tun.

Die Ausnahme würde aber *primär* auf das Verhältnis zwischen *Verwaltung und Grossem Rat* Anwendung finden. Auch im Protokoll der Justizkommission vom 8. April 2021 und im Wortlautprotokoll des Grossen Rates vom 15. September 2021 wird die Ausnahme in Abs. 1a auf den ersten Teilsatz zur «zentralen oder dezentralen kantonalen Verwaltung» bezogen.³⁷ Im oben beschriebenen BGE 129 I 366, der vergleichend herangezogen werden kann, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Grundsatz der

³⁶ Grosser Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Voten von Barbara Stucki und Christa Amman vom 15. September 2021, S. 9f.

³⁷ Vgl. etwa Grosser Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Voten von Jan Gnägi, Urs Graf, Patrick Freudiger, Barbara Stucki, Christa Amman u.a. vom 15. September 2021, S. 7ff; Grosser Rat, Justizkommission Plenum, Protokoll der Sitzung vom 8. April 2021, Votum von Patrick Freudiger, S. 29 f.

Einheit der Materie nicht verletzt war, obwohl die Vorlage teils unterschiedliche Fragestellungen betraf. Für das Bundesgericht war letztlich entscheidend, dass die Aspekte dennoch im weitestem Sinne die gleiche Orientierung hatten und nicht vollkommen sachfremde Elemente vermengten: es ging in allen Punkten der Vorlage um die Beziehungen zwischen Staat und Kirche. Im Fall von Art. 68 Abs. 1a KV ist es u.E. deutlich schwieriger, einen inhaltlichen Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen im Revisionspaket anzunehmen, soweit Unvereinbarkeiten zwischen *Verwaltung und Grosse Rat* betroffen sind. Es liegt klarerweise keine Zweck-Mittel-Relation vor. In Frage kämen höchstens die Kriterien «einheitliche Thematik» und «ein und dasselbe Ziel»: Für einen hinreichenden sachlichen Zusammenhang könnte sprechen, dass es wie in gewissen anderen Teilen der Vorlage im weitesten Sinne um die amtsbezogene *Unvereinbarkeit* (funktionelle bzw. personelle Gewaltenteilung) geht. Allerdings befasst sich das gesamte Nachtragspaket ausschliesslich mit der Justiz, deren Stellung und ihrem Verhältnis zu den anderen Gewalten. Und soweit sich Abs. 1a auf das *Verhältnis Grosse Rat – Verwaltung* bezieht, fehlt insofern klar der Bezugspunkt zur Justiz: es geht bei der Änderung in Abs. 1a um *andere gewaltenteilige Behörden*. Es geht dabei auch nicht um eine untergeordnete Frage oder um eine reine Präzisierung. Da die Anforderungen an Kantonsverfassungsvorlagen mit Blick auf die Einheit der Materie erhöht sind und die Thematik bzw. die Zielsetzung im engeren Sinne nicht dieselbe ist, scheint uns dies problematisch.

c. Die Änderung in Art. 68 Abs. 2 KV im Verhältnis zum restlichen Paket

Art. 68 Abs. 2 wird mit demselben Ziel und im selben Wortlaut geändert wie Art. 68 Abs. 1: auch das Exekutivamt (Regierungsratsmandat) soll personell unvereinbar mit dem Einsitz in kantonale Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft sein.³⁸ Auch diese Anpassung stellt wie schon Abs. 1 einen Nachtrag aus Art. 27 Abs. 1 GSOG dar. Im Grosse Rat beanstandet wurde, dass die Bezeichnung «kantonale Verwaltung» in «zentrale oder dezentrale Verwaltung» geändert werden solle, ohne dass zu dieser Frage ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt worden wäre.³⁹ Auch hier ist festzuhalten, dass die unterschiedliche Entstehungsgeschichte als formales Kriterium nicht ausschlaggebend für die Beurteilung der Einheit der Materie ist (dazu oben).

Der Begriff «zentrale und dezentrale Verwaltung» grenzte sich aus der Sicht der Kommissionsmehrheit besser von anderen Trägern öffentlicher Aufgaben ab, als die Bezeichnung «kantonale Verwaltung».⁴⁰ Dies entspricht materiell auch der «gelebten Pra-

³⁸ Vortrag des Regierungsrates vom 17. Februar 2021, Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II, Direktion für Inneres und Justiz, Geschäftsnummer 2017.JGK.924, S. 19.

³⁹ Grosse Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Votum von Evi Allemann vom 15. September 2021, S. 14.

⁴⁰ Grosse Rat, Wortlautdokument, 2017.JGK.924, Voten von Jan Gnägi und Barbara Stucki vom 15. September 2021, S. 12 f.

xis»: Personen sollen nicht ungerechtfertigt vom Richteramt ausgeschlossen werden, wie etwa Mitarbeiter:innen der IV-/AHV-Ausgleichskasse, der Bedag Informatik AG oder der BKW.⁴¹ Es stellt sich zwar die Frage, wie sinnvoll bzw. notwendig es ist, diese konkretisierende Bezeichnung an dieser Stelle in die Kantonsverfassung einzufügen; dies hat jedoch nichts mit der Einheit der Materie zu tun. Da es um die *einheitliche Thematik der Unvereinbarkeit im Verhältnis zu den Justizbehörden* geht, ist u.E. ein sachlicher Zusammenhang zwischen Art. 68 Abs. 2 und dem «Gesamtpaket Justizverfassung», insbesondere zu Art. 83a, Art. 97 und Art. 97a, gegeben. Jedenfalls wäre die Einfügung nicht «ohne jegliche Berührungspunkte» oder völlig sachfremd, wie das Bundesgericht sich ausdrückt.

IV. Folgenabschätzung

Die beschlossene Vorlage mit den Nachträgen und Änderungen wird dem obligatorischen Verfassungsreferendum unterstellt (Art. 24 Abs. 1 PRG). Ein Rechtsmittel auf kantonaler Ebene existiert nicht: Nach Art. 74 Abs. 2 lit. a VRPG BE (BSG 155.21) beurteilt das Verwaltungsgericht zwar Beschwerden betreffend kantonale Abstimmungssachen. Gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. a VPRG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aber unzulässig gegen Verfügungen und Entscheide des Regierungsrates und des Grossen Rates und seiner Organe, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Es steht vielmehr direkt die Stimmrechtsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 162 Abs. 2 PRG; BSG 141.1; Art. 88 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht; SR 173.110).

Während die Präzisierung in Art. 68 Abs. 2 KV im Verhältnis zum Gesamtpaket die Einheit der Materie wahrt, ist Art. 68 Abs. 1a KV insofern problematisch, als er sich mit den Ausnahmen zur Unvereinbarkeit im Verhältnis Verwaltung – Grosser Rat befasst und keinen Bezug zur Justizverfassung aufweist. Allerdings ist die bundesgerichtliche Praxis zur Einheit der Materie teils inkohärent, wie auch eher grosszügig, gerade was Behördenvorlagen anbelangt. Dies erschwert eine verlässliche Prognose. Letztlich scheint uns jedoch wahrscheinlich, dass eine Stimmrechtsbeschwerde hinsichtlich des Art. 68 Abs. 2 KV intakte Chancen hätte.

Um die Vorlage abzusichern, gibt es folgende Möglichkeiten:

- Art. 68 Abs. 1a wird ganz aus dem Revisionspaket gestrichen;
- Art. 68 Abs. 1a wird vom Wortlaut her angepasst, so dass sich die Ausnahme auf das Verhältnis der Justizbehörden zum Grossen Rat im Sinne von lit. c be-

⁴¹ Grosser Rat, Justizkommission Plenum, Protokoll der Sitzung vom 8. April 2021, S. 29.

- zieht.⁴² In dieser Variante könnte er den Stimmberechtigten zusammen mit dem Rest der Vorlage unterbreitet werden;
- Art. 68 Abs. 1a wird umformuliert, so dass sich die Ausnahme explizit auf das Verhältnis zwischen dem Grossen Rat und der Verwaltung im Sinne von lit. c bezieht. Er wird den Stimmberechtigten mit einer separaten Frage unterbreitet.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Gewährleistung der neuen KV-Bestimmung durch die Bundesversammlung so oder so keinerlei Probleme bieten würde. Die Bundesversammlung prüft (seit 1997) lediglich die materielle Vereinbarkeit der neuen Bestimmungen mit übergeordnetem Bundesrecht (Art. 51 Abs. 2 BV), nicht aber das kantonale verfassungsgebende Verfahren, in welchem diese neuen Bestimmungen in den Text aufgenommen worden sind.⁴³

Bern, den 30.12.2021


Prof. Dr. Judith Wyttenbach

⁴² Soweit gesetzliche Ausnahmen im Rahmen der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Justiz zulässig wären; dies ist jedoch nicht eine Frage der Einheit der Materie.

⁴³ TSCHANNEN, Staatsrecht, §18 Rz. 683.

Literatur

ATTINGER PATRIZIA, Les initiatives populaires cantonales et l'unité de la matière: risques et responsabilités, in: MARSCHNER/ZUMSTEG (Hrsg.), Risiko und Verantwortlichkeit. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich 2016, S. 3 ff.

AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016.

AUER ANDREAS, § 148 Form und Gültigkeit, in: JAAG/RÜSSLI/JENNI (Hrsg.), GG Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz und zu den politischen Rechten in den Gemeinden, Zürich 2017.

EGLI PATRICIA, Die Einheit der Materie bei kantonalen Gesetzesvorlagen, ZBl 107/2006, S. 397 – 415.

EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung. Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK-BV Autor/Autorin).

HÄFELIN ULICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN / THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Bundesstaatsrecht).

HURST ROBERT, Der Grundsatz der Einheit der Materie (Diss.), Zürich 2002.

RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS / UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. Schweizerisches Verfassungsrecht).

SEFEROVIC GORAN, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis der Schweiz, den USA und Deutschland, Bern 2018.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. Staatsrecht).

Materialien

Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «für ein Verbot von Kriegsmaterial-Exporten» vom 27. August 2008, BBl 2008 7521 ff.

Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vom 20. November 2013, BBl 2013 9459 ff.

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» vom 23. Oktober 2013, BBl 2013 8693 ff.

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)» vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 125 ff.

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Für sauberes Trinkwasser und gesunde Nahrung – Keine Subventionen für den Pestizid- und den prophylaktischen Antibiotika-Einsatz» vom 14. Dezember 2018, BBl 2019 1101 ff.

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Löhne entlasten, Kapital gerecht besteuern» vom 6. März 2020, BBl 2020 2797 ff.

Grosser Rat, Wortlautdokument der Sitzung vom 15. September 2021, Geschäftsnummer 2017.JGK.924.

Grosser Rat, Justizkommission, Plenum, Protokoll der Sitzung vom 8. April 2021.

Vortrag des Regierungsrates vom 17. Februar 2021, Justizverfassung und Massnahmen aus der Evaluation der Justizreform II, Direktion für Inneres und Justiz, Geschäftsnummer 2017.JGK.924.