

Prof. Dr. iur. Giovanni Biaggini

Ordinarius für Staats-, Verwaltungs-
und Europarecht an der Universität Zürich

Freiestrasse 15, 8032 Zürich

**Die Vereinbarkeit von Organisation und Aufgaben
der Justizleitung des Kantons Bern
mit dem übergeordneten Recht**

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag der

Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern
(bis 31. Dezember 2019: Justiz-,
Gemeinde- und Kirchendirektion)
Münstergasse 2, 3011 Bern

Zürich, April 2020

Das Wichtigste in Kürze

I. Ausgangslage und Fragestellung

Mit der Justizreform im Jahr 2011 wurde die Organisation der Justizbehörden im Kanton Bern grundlegend erneuert. Unter anderem wurde eine Justizleitung mit administrativen Kompetenzen geschaffen. Diese besteht aus der Präsidentin oder dem Präsidenten des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts sowie dem Generalstaatsanwalt oder der Generalstaatsanwältin. Mit dem Projekt „Justizverfassung“ soll dieses heute auf Gesetzesstufe geregelte Organ auch in der Kantonsverfassung verankert werden. Im Rahmen der Vernehmlassung (2019) wurde die Frage aufgeworfen, ob die Zusammensetzung der Justizleitung mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichtsbehörden und mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar sei. Das vorliegende Rechtsgutachten soll klären, ob die Einsetzung der Justizleitung, ihre Organisation und Zusammensetzung, ihre Kompetenzen und Aufgaben mit dem übergeordneten Recht. (Bundesverfassung, EMRK, Kantonsverfassung) vereinbar sind.

Zu beantworten sind insbesondere die folgenden Fragen:

Frage 1: „Wie beurteilt der Gutachter die Rechtmässigkeit der bernischen Justizleitung in ihrer aktuellen gesetzlichen Ausgestaltung?“

Frage 2: „Wie beurteilt der Gutachter die Rechtmässigkeit der vom Regierungsrat vorgeschlagenen Verankerung der Justizleitung auf Verfassungsstufe?“

Frage 3: „Gibt es zusätzliche Bemerkungen?“

Die wichtigsten Schritte und Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

II. Charakterisierung der Justizleitung

Die Justizleitung nimmt als gemeinsames Organ von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft Aufgaben im Bereich der (Justiz-) Selbstverwaltung wahr. Stellung und Aufgaben der Justizleitung ergeben sich im Wesentlichen aus Art. 17 ff. des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (GSOG; BSG 161.1) und aus dem Reglement der Justizleitung vom 26. Mai 2010 (JLR; BSG 161.111.1). Es handelt sich im Kern um *Angelegenheiten der hergebrachten Justizverwaltung* (Finanz- und Rechnungswesen, Logistik, Personalwesen). Die Justizleitung hat keine Aufgaben im Bereich der Rechtsprechung. Sie ist weder an den Wahlen der Richterinnen und Richter noch an der Wahl des Generalstaatsanwalts oder der Generalstaatsanwältin beteiligt. Sie hat keinen Einfluss auf die Bestellung der Spruchkörper oder auf die Strafverfolgungstätigkeit. Sie hat keine Zustän-

digkeiten im Bereich des Disziplinarwesens. Selbstverwaltungsaufgaben verbleiben in erheblichem Umfang bei den einzelnen Gerichtsbehörden bzw. der Staatsanwaltschaft. Bestimmte Aufgaben der Justizverwaltung, wie die Bereitstellung, die Bewirtschaftung und der Unterhalt der benötigten Grundstücke und Gebäude, obliegen von Gesetzes wegen weiterhin den zuständigen Direktionen der kantonalen Verwaltung. Die Justizleitung nimmt gewisse Leitungsaufgaben im Bereich der Justizverwaltung wahr und vertritt die Justiz bei Fragen, die sowohl die Gerichtsbehörden als auch die Staatsanwaltschaft betreffen, „gegen aussen“ (insb. Grosser Rat, Regierungsrat). Sie ist jedoch weit davon entfernt, eine „Regierung der Justiz“ zu sein.

Aufgrund ihrer Zusammensetzung (Einbezug des Generalstaatsanwalts) stellt die Justizleitung im *schweizerischen* Rechtsvergleich eine Besonderheit dar. Im *europäischen* Rechtsvergleich ist es nicht ungewöhnlich, dass im Bereich der Selbstverwaltung Gerichte und Strafverfolgungsbehörden unter einem organisatorischen Dach zusammengefasst werden (so z.B. in Italien).

Die Justizleitung ist als *Kollegialorgan* mit drei gleichberechtigten Mitgliedern ausgestaltet. Diese nehmen ihr Amt in der Justizleitung nebenamtlich wahr. Die einzelnen Mitglieder haben bei der Aufgabenerfüllung jeweils die *Interessen des gesamten Justizsystems* – Gerichtsbehörden *und* Staatsanwaltschaft – zu wahren. Das als Entscheidungsregel im Justizleitungs-Reglement festgelegte Einstimmigkeitsprinzip darf nicht dazu missbraucht werden, Beschlüsse der Justizleitung aus „eigennützigen“ Motiven, d.h. im blossen Interesse der „entsendenden“ Behörde zu blockieren. Die Verwendung des Begriffs „Vetorecht“ im Zusammenhang mit dem Einstimmigkeitsprinzip sollte vermieden werden, da der falsche Eindruck entstehen könnte, dass ein Mitglied der Justizleitung seine Zustimmung zu einem Beschluss nach Belieben verweigern und auf diese Weise die Entscheidungsfindung bei bestimmten Geschäften blockieren dürfe. Vielmehr sind die Mitglieder der Justizleitung bei der Ausübung ihres Amtes verpflichtet, das Gesamtinteresse zu wahren.

III. Einordnung der geäusserten verfassungsrechtlichen Bedenken

Die anlässlich der Vernehmlassung (2019) vorgebrachten Fragen bzw. Kritikpunkte lassen sich stichwortartig wie folgt charakterisieren und ordnen:

- *Gewaltenteilungsargumente*: staatsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft (Organ der Exekutive); Vermischung von Staatsfunktionen.
- *Argumente mit Bezug zur Garantie der richterlichen Unabhängigkeit*: Gefährdung der Unabhängigkeit im Zusammenhang mit den Aufgaben und Befugnissen der Justizleitung (insb. Rolle im Budgetprozess, Weisungsbefugnisse) bzw. im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens („Vetorecht“ der Generalstaatsanwaltschaft); äusserer Anschein einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit.

IV. Beurteilungsmassstab

Bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der bernischen Justizleitung in ihrer aktuellen gesetzlichen Ausgestaltung (*Frage 1*) und im Hinblick auf ihre geplante Verankerung auf Verfassungsstufe (*Frage 2*) stehen die folgenden rechtlichen Vorgaben im Zentrum:

- Bundesverfassung (BV): *Grundsatz der Gewaltenteilung* (enthalten in Art. 51 BV); *Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit* (Art. 191c BV); *Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht* (Art. 30 BV).
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK): *Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht* (Art. 6 Ziffer 1 EMRK).
- Kantonsverfassung (KV): *Grundsatz der Gewaltenteilung* (Art. 66 Abs. 1 KV); *Garantie der Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter* (Art. 26 Abs. 1 KV) bzw. *der Gerichte* (Art. 97 Abs. 1 KV).

Die Beurteilung der Rechtmässigkeit erfolgt hier nicht anhand eines konkreten Konfliktfalls, sondern im Sinne einer sog. abstrakten Normenkontrolle, wie sie das Bundesgericht vornimmt, wenn es ein Gesetz als solches überprüft, oder die Bundesversammlung, wenn sie im Rahmen des Gewährleistungsverfahrens eine kantonale Verfassungsnorm auf Übereinstimmung mit dem Bundesrecht prüft.

V. Beurteilung unter dem Aspekt der Gewaltenteilung

Die Gewaltenteilung als fundamentales Organisationsprinzip des modernen Verfassungsstaats zielt darauf ab, mittels Machtbegrenzung und Kontrolle Machtmissbrauch zu verhindern und Freiheit zu sichern. In der *Gewaltenteilungstheorie* wird postuliert, dass die drei hauptsächlichen Staatsfunktionen – Rechtsetzung, Vollzug und Rechtsprechung – auf voneinander unabhängige Staatsorgane (bzw. Organgruppen) – Legislative, Exekutive, Judikative – aufzuteilen sind. In der schweizerischen Staatspraxis wird dieses theoretische Gewaltenteilungsschema aus guten Gründen nirgends mit letzter Konsequenz verwirklicht. Streng gehandhabt wird der Grundsatz der Gewaltenteilung im Bereich der *Judikative*. Grund dafür ist die spezifische Unabhängigkeitsgarantie.

Die Vorgaben des Bundes (Art. 51 BV) belassen den Kantonen bei der Ausgestaltung der Gewaltenteilung generell einen grossen Spielraum. Dies gilt auch für die Organisation und Ausgestaltung der *Justizverwaltung* und für die *Stellung der Strafverfolgungsbehörden*. Die Bundesverfassung lässt es zu, dass ein Kanton die Strafverfolgungsbehörden als Teil der Exekutive versteht, erlaubt es aber auch, den Strafverfolgungsbehörden eine unabhängige Stellung zu geben, d.h. sie von der Exekutive zu trennen und in die Nähe der Justiz zu rücken. Entsprechend verhält es sich beim Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung gemäss der bernischen Kantonsverfassung (Art. 66 Abs. 1 KV). Dieser präjudiziert die staatsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft nicht. Der bernische Gesetz-

geber ist nicht verpflichtet, die Staatsanwaltschaft der Exekutive zuzuordnen. Die Ausgestaltung der Justizleitung als gemeinsames Organ von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft mag – ausgehend von einem traditionellen Gewaltenteilungsverständnis – etwas ungewöhnlich erscheinen. Die nähere Untersuchung zeigt indes, dass die gegenwärtige Regelung nicht zu einer unzulässigen Vermischung von Staatsfunktionen führt und sich im Rahmen der Gewaltenteilungsvorgaben der Bundesverfassung und der Kantonsverfassung bewegt, d.h. *verfassungskonform* ist.

VI. Beurteilung unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit

Die grundrechtliche und institutionelle Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit, wie sie durch die Bundesverfassung (Art. 30 und 191c), die Kantonsverfassung (Art. 26 und 97) und die EMRK (Art. 6) gewährleistet wird, ist ein zentrales Merkmal moderner Verfassungsstaatlichkeit. Die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit verlangt nicht eine vollständige Abschirmung der richterlichen Behörden. Es gibt vielfältige Einbindungen der Justiz, zum Teil verbunden mit Einwirkungsbefugnissen anderer Staatsgewalten (z.B. Budgethoheit des Parlaments, parlamentarische Oberaufsicht). Solche Einbindungen und Einwirkungen sind aus Sicht von Verfassung und EMRK nicht zu beanstanden, wenn sie die *rechtsprechende Tätigkeit* (richterliche Rechtsanwendung im Einzelfall) *nicht beeinträchtigen*. Die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit ist jedoch verletzt, wenn Einwirkungsbefugnisse dazu missbraucht werden, um indirekt (oder gar direkt) auf die Rechtsprechung einzuwirken. Eine Verletzung kann auch dann vorliegen, wenn objektiv der Anschein erweckt wird, dass die richterliche Entscheidungsfindung Fremdeinflüssen unterliegt. Gemäss Rechtsprechung und Lehre genügt nicht jeder Anschein. Es müssen *berechtigte Zweifel* bestehen, dass das fragliche Gericht nicht allein nach Recht und Gesetz entscheidet, sondern sachfremde Überlegungen in den zu treffenden Entscheid einfließen lässt.

Die nähere Untersuchung zeigt, dass die Regelung der Justizleitung, wie sie das geltende Recht vornimmt, *mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in Einklang* steht. Die begrenzten Aufgaben sowie Entscheidungs- und Weisungsbefugnisse der Justizleitung betreffen den Bereich der Selbstverwaltung; im gesetzten Rahmen vermag die Justizleitung nicht in einer unzulässigen, die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigenden Weise auf die rechtsprechende Tätigkeit der bernischen Gerichte einzuwirken. Auch die Rolle der Justizleitung im Budgetprozess lässt sich mit der Garantie der Unabhängigkeit der Rechtsprechungstätigkeit vereinbaren. Die Zusammensetzung der Justizleitung und ihre Aufgaben und Befugnisse begründen auch dem äusseren Anschein nach keine berechtigten Zweifel an der unabhängigen und unparteilichen Entscheidungsfindung der Gerichte.

Es lässt sich nicht *a priori* ausschliessen, dass aufgrund besonderer Umstände in einem konkreten Einzelfall berechtigte Zweifel an der Unvoreingenommenheit

eines beteiligten Richters aufkommen könnten, die in einem Zusammenhang mit einem Beschluss oder einem Mitglied der Justizleitung stehen. Ein solcher besonders gelagerter Einzelfall vermag aber die Verfassungskonformität der gesetzlichen Regelung nicht infrage zu stellen. Um es mit den Worten des Bundesgerichts auszudrücken: „Der blosse Umstand, dass die Anwendung [einer Regelung] in besonders gelagerten Einzelfällen zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen könnte“, rechtfertigt es für sich allein noch nicht, die fragliche Norm als verfassungswidrig einzustufen (BGE 143 I 137 E. 2.2 S. 139).

VII. Beurteilung der Vernehmlassungsvorlage 2019 (Verfassungsrevision)

Das Projekt „Justizreform“ (Vernehmlassungsvorlage 2019) strebt an, das 2011 neu geschaffene Organ der Justizleitung auf Verfassungsstufe zu verankern. Die nähere Untersuchung zeigt, dass die vorgeschlagenen Bestimmungen betreffend die Justizleitung (E-Art. 97a neu) und ihre Ausgabenbefugnisse (E-Art. 97b neu) sowie die flankierenden Verfassungsbestimmungen *mit dem übergeordneten Recht* (Bundesverfassung, EMRK) *vereinbar* sind.

In E-Art. 97a Abs. 2 KV wird dem Gesetzgeber ein Regelungsauftrag erteilt: „Das Gesetz regelt die Zusammensetzung und die Zuständigkeit der Justizleitung.“ Es fällt auf, dass der Verfassungstext nichts Näheres dazu sagt, *welcher Art die Zuständigkeiten* sind bzw. sein können, die der Gesetzgeber der Justizleitung übertragen darf bzw. soll. Bei einer isolierten Lektüre dieser Vorschrift könnte der Eindruck entstehen, dass die Justizleitung auch Zuständigkeiten ausserhalb der Justizverwaltung, etwa im Bereich der Rechtsprechung oder der Kontrolle, erlangen kann. Aus der Vernehmlassungsvorlage 2019 geht klar hervor, dass es keine solche Absicht gibt. Im Sinne einer Klarstellung empfiehlt sich gleichwohl eine Verdeutlichung im Verfassungstext.

VIII. Beantwortung der Gutachterfragen

Frage 1: Die bernische Justizleitung in ihrer aktuellen gesetzlichen Ausgestaltung ist mit den Vorgaben des übergeordneten Rechts vereinbar.

Frage 2: Die im Rahmen der Vernehmlassungsvorlage 2019 angestrebte Verankerung der Justizleitung auf Verfassungsstufe steht mit den Vorgaben des übergeordneten Rechts (Bundesverfassung, EMRK) in Einklang.

Frage 3: Es empfiehlt sich, die Formulierung von E-Art. 97a KV (Regelungsauftrag betreffend die Zuständigkeit der Justizleitung) zu überprüfen, da diese Bestimmung gemessen an der Regelungsabsicht „überschiessend“ formuliert ist.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitende Bemerkungen.....	1
1.	Ausgangslage.....	1
2.	Auftrag und Gutachterfragen.....	1
3.	Herangezogene Unterlagen	2
4.	Vorgehen im Überblick	2
II.	Die Justizleitung als „das gemeinsame Organ von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft“	3
1.	Regelungen zur Justizleitung in der bernischen Gesetzgebung	3
2.	Stellung und Zusammensetzung der Justizleitung	3
a.	Stellung der Justizleitung	3
b.	Zusammensetzung der Justizleitung.....	4
3.	Aufgaben und Instrumente der Justizleitung	4
a.	Der Aufgabenkatalog im Überblick	5
b.	Zwischenbemerkung: Zum Begriff der Justizverwaltung	7
c.	Die Aufgaben der Justizleitung im Einzelnen	8
d.	Nicht zu den Aufgaben der Justizleitung gehörende Tätigkeiten.....	10
e.	Abgrenzung: Selbstverwaltungsaufgaben anderer Justizbehörden	12
f.	Instrumente der Justizleitung.....	14
4.	Organisation der Justizleitung sowie Verfahren der Beschlussfassung	15
5.	Verhältnis zu anderen Organen	16
6.	Zwischenergebnis: Charakterisierung der Justizleitung	18
a.	Ein Organ der justiziellen Selbstverwaltung	18
b.	Ein Selbstverwaltungsorgan mit begrenztem Aufgabenbereich	18
c.	Ein Organ mit, aus schweizerischer Sicht, besonderer Zusammensetzung	18
d.	Ein Kollegialorgan mit drei gleichberechtigten Mitgliedern	19
e.	Ein Organ, dessen Mitglieder dem Gesamtinteresse verpflichtet sind.....	19
7.	Exkurs: Zum Sprachgebrauch im (rechts)politischen Reformdiskurs	20
8.	Ausblick: Die Justizleitung in der Vernehmlassungsvorlage 2019.....	21
III.	Anlässlich der Reformprojekte geäußerte (verfassungs-) rechtliche Bedenken betreffend die Justizleitung	22
1.	Im Rahmen des Projekts „Justizreform 2011“	23

2.	Im Rahmen der Vernehmlassungsvorlage 2019.....	23
3.	Einordnung der geäusserten Bedenken und Zwischenfazit.....	24
IV.	Allgemeine Bemerkungen zum Beurteilungsmassstab.....	25
1.	Die im Zentrum stehenden rechtlichen Vorgaben.....	25
2.	Charakterisierung der Überprüfung.....	26
V.	Beurteilung der Justizleitung gemäss geltender Rechtslage (Justizreform 2011) unter dem Aspekt der Gewaltenteilung	27
1.	Gewaltenteilung in Theorie und Praxis	27
2.	Bundesvorgaben betreffend die Ausgestaltung der Gewaltenteilung in den Kantonen (Art. 51 BV)	28
3.	Der kantonale Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung (Art. 66 KV)....	30
4.	Beurteilung der Kritikpunkte unter Gewaltenteilungsaspekten	31
a.	Missachtung der staatsrechtlichen Stellung der Staatsanwaltschaft?	31
b.	Vermischung von Staatsfunktionen?	33
c.	Keine unkontrollierte und unbegrenzte Machtausübung.....	35
5.	Ergebnis: Vereinbarkeit der geltenden Regelung mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 51 Abs. 1 BV und Art. 66 Abs. 1 KV)....	35
VI.	Beurteilung der Justizleitung gemäss geltender Rechtslage (Justizreform 2011) unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit	36
1.	Überblick und weiteres Vorgehen	36
2.	Zur Tragweite von Art. 191c BV	37
3.	Zur Tragweite von Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV	40
4.	Zur Tragweite von Art. 6 Ziffer 1 EMRK.....	42
5.	Zur Tragweite von Art. 97 Abs. 1 und von Art. 26 Abs. 1 KV.....	44
6.	Beurteilung der Kritikpunkte unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit	45
a.	Bemerkungen allgemeiner Natur (Stellung und Aufgaben).....	46
b.	Die Instrumente der Justizleitung im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit	48
c.	Die Rolle der Justizleitung im Budgetprozess im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit	49
d.	Organisation und Verfahren im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit: Gibt es ein „Vetorecht“ der einzelnen Mitglieder der Justizleitung?	52
e.	Bemerkungen zur Frage des äusseren Anscheins.....	53

7.	Ergebnis: Vereinbarkeit der geltenden Regelung mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit	57
VII.	Beurteilung der Justizleitung gemäss Vernehmlassungsvorlage 2019	58
1.	Ausgangslage und Fragestellung	58
2.	Inhalt und Tragweite der geplanten Verfassungsänderungen	59
a.	Der Justizleitung gewidmete neue Bestimmungen	59
b.	Weitere vorgeschlagene Verfassungsänderungen	61
c.	Zwischenergebnis	63
3.	Insbesondere E-Art. 97a KV (Justizleitung)	64
4.	Ergebnis: Vereinbarkeit der vorgesehenen Verankerung der Justizleitung in der Kantonsverfassung mit den übergeordneten Vorgaben	67
VIII.	Zusammenfassung und Beantwortung der Gutachterfragen	67
	Anhang	70
	Abkürzungen	70
	Literatur	71
	Materialien	73

I. Einleitende Bemerkungen

1. Ausgangslage

Die Ausgangslage stellt sich gemäss Auftraggeberin wie folgt dar:

„Mit der Justizreform im Jahr 2011 wurde die Organisation der Justizbehörden im Kanton Bern grundlegend erneuert. Es wurde u.a. eine Justizleitung mit administrativen Kompetenzen eingeführt, die von der Präsidentin oder dem Präsidenten des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts und dem Generalstaatsanwalt oder der Generalstaatsanwältin gebildet wird. Gemäss dem Evaluationsbericht Ecoplan/Wenger Plattner vom 24. Mai 2016 hat sich die Reform und insbesondere die Einsetzung des Gremiums der Justizleitung bewährt. Dessen Abbildung in der Verfassung bzw. auf Gesetzesstufe ist jedoch unvollständig. Das Projekt «Justizverfassung» soll diese Mängel beheben.

Im Vernehmlassungsverfahren zur Teilrevision der Kantonsverfassung (Projekt «Justizverfassung») stellten mehrere Teilnehmende in Frage, ob die heutige (auf Gesetzesstufe geregelte) Zusammensetzung der Justizleitung bzw. die Vertretung der Generalstaatsanwaltschaft mit Blick auf die Gewaltentrennung und die institutionelle richterliche Unabhängigkeit verfassungsmässig ist.

Mehrere Teilnehmende haben vorgeschlagen, ein Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Organisation der Justizbehörden im Kanton Bern einzuholen.“

2. Auftrag und Gutachterfragen

Das vorliegende Rechtsgutachten soll klären, ob „die Einsetzung einer Justizleitung, ihre Organisation, Zusammensetzung (insbesondere unter Berücksichtigung der Mitgliedschaft des Generalstaatsanwaltes/der Generalstaatsanwältin), ihre Kompetenzen und Aufgaben [...] vereinbar [sind] mit dem übergeordnetem Recht (Bundesverfassung, EMRK, Kantonsverfassung) und insbesondere mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichtsbehörden und dem Grundsatz der Gewaltenteilung.“ Zu beantworten sind insbesondere die folgenden Fragen:

Frage 1: „Wie beurteilt der Gutachter die Rechtmässigkeit der bernischen Justizleitung in ihrer aktuellen gesetzlichen Ausgestaltung?“

Frage 2: „Wie beurteilt der Gutachter die Rechtmässigkeit der vom Regierungsrat vorgeschlagenen Verankerung der Justizleitung auf Verfassungsstufe?“

Frage 3: „Gibt es zusätzliche Bemerkungen?“

3. Herangezogene Unterlagen

Zur Verfügung standen und herangezogen wurden insbesondere die folgenden Unterlagen und Quellen:

- *Regierungsrat*, Gesetzgeberische Umsetzung der Justizreform – Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG), Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ), Vortrag des Regierungsrats, in: Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Aprilsession 2009 (Beilage 17);
- *Ecoplan/Wenger Plattner*, Evaluation der Justizreform II im Kanton Bern (im Auftrag der Justizdelegation des Regierungsrats des Kantons Bern), Schlussbericht vom 27. Mai 2016;
- *Vernehmlassungsentwurf zum Vortrag* des Regierungsrates zur Änderung der Verfassung des Kantons Bern sowie zur Änderung des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG) (undatiert [März 2019]);
- *diverse Stellungnahmen* im Rahmen der Vernehmlassung (2019);
- einschlägige Judikatur und Literatur, insbesondere zu Fragen der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit.¹

4. Vorgehen im Überblick

In einem ersten Schritt (Ziffer II.) wird das mit der Justizreform 2011 geschaffene Organ „Justizleitung“ einer Analyse unterzogen (Stellung, Aufgaben, Organisation usw.). Es folgt ein Überblick über die im Rahmen der Reformdiskussion geäusserten (verfassungs)rechtlichen Bedenken gegenüber der Ausgestaltung der Justizleitung als gemeinsames Organ von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft (Ziffer III.). Nach einigen allgemeinen Bemerkungen zum Beurteilungsmassstab (Ziffer IV.) erfolgt eine Überprüfung der Justizleitung in ihrer aktuellen gesetzlichen Ausgestaltung (Justizreform 2011), zum einen unter dem Aspekt der Gewaltenteilung (Ziffer V.), zum anderen unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit (Ziffer VI.). Sodann werden die im Rahmen der Vernehmlassungsvorlage 2019 vorgeschlagenen Verfassungsbestimmungen betreffend die Justizleitung einer Überprüfung unterzogen (Ziffer VII.). Abschliessend werden die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst und die Gutachterfragen beantwortet (Ziffer VIII.).

¹ Die Belege in den Fussnoten beschränken sich auf das Nötigste.

II. Die Justizleitung als „das gemeinsame Organ von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft“

1. Regelungen zur Justizleitung in der bernischen Gesetzgebung

Die Justizleitung wurde im Rahmen der Justizreform 2011 geschaffen. Sie nimmt als gemeinsames Organ von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft Aufgaben im Bereich der (Justiz-) Selbstverwaltung wahr.

Die Regelungen betreffend die Justizleitung finden sich hauptsächlich im Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG) vom 11. Juni 2009 (insb. Art. 17–19, vgl. auch z.B. Art. 6 und Art. 13) sowie im Justizleitungs-Reglement (JLR) vom 26. Mai 2010. Diese beiden Erlasse werden nachfolgend im Zentrum stehen.²

Art. 9 GSOG erklärt die Gesetzgebung über die Steuerung von Finanzen und Leistungen (ohne die Grundsätze der Wirkungsorientierung und der Erlösorientierung) für sinngemäss anwendbar, soweit das GSOG nichts anderes bestimmt. Erwähnung findet die Justizleitung darüber hinaus in verschiedenen weiteren Erlassen, so etwa in der Personalgesetzgebung, im Grossratsgesetz, im Finanzkontrollgesetz und in den Organisationsreglementen diverser Justizbehörden. Diese ausserhalb des GSOG und des JLR figurierenden Bestimmungen werden, soweit erforderlich, herangezogen.

Die Bestandesaufnahme hinsichtlich Stellung und Aufgaben sowie Organisation und Verfahren ergibt folgenden Befund.

2. Stellung und Zusammensetzung der Justizleitung

a. Stellung der Justizleitung

Art. 17 Abs. 1 GSOG bezeichnet die Justizleitung ausdrücklich als „das gemeinsame Organ von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft.“ (ebenso Art. 1 JLR) Gemäss Art. 2 JLR vertritt die Justizleitung die Justiz³ „gegen aussen“. Die Justizleitung befindet sich somit an der *Schnittstelle* zwischen der Justiz einerseits und anderen staatlichen Behörden wie *Parlament, Regierung, Verwaltung* andererseits.

Mit Blick auf die *Justiz* ist die Stellung der Justizleitung eine herausgehobene. Bestimmungen wie Art. 18 Abs. 1 Bst. g GSOG – wonach die Justizleitung hin-

² Im Folgenden wird auf die deutschsprachige Fassung kantonaler Vorschriften Bezug genommen, wenn kein Anlass besteht, auch die französischsprachige Fassung heranzuziehen.

³ Darunter sind im Zusammenhang mit der Justizreform 2011 „die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft“ zu verstehen (vgl. Art. 2 JLR).

sichtlich der Steuerung von Finanzen und Leistungen gegenüber den übrigen Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft dieselbe Stellung einnimmt, wie sie der Regierungsrat für den Bereich der kantonalen Verwaltung innehat – stellen die Justizleitung gewissermassen an die „*Spitze*“ der *Justiz*.

Allerdings machen andere Bestimmungen deutlich, dass der Justizleitung im Bereich der *Justiz keine exklusive „Spitzenstellung“* zukommt. So unterstehen nicht nur die Justizleitung, sondern auch das Obergericht, das Verwaltungsgericht und die Generalstaatsanwaltschaft – direkt – der Oberaufsicht des Grossen Rates. Art. 13 GSOG nennt die Justizleitung, das Obergericht, das Verwaltungsgericht sowie die Generalstaatsanwaltschaft in einem Atemzug. Die Schaffung der Justizleitung im Rahmen der Justizreform 2011 hatte somit nicht zur Folge, dass alle Beziehungen zwischen Politik und Justiz über die Justizleitung laufen. Es findet mit anderen Worten *keine generelle „Mediatisierung“ der Justiz* durch die Justizleitung statt. Die Vertretung „nach aussen“ (Art. 2 JLR) bezieht sich auf *bestimmte*, im Gesetz festgelegte und im Reglement konkretisierte *Angelegenheiten*, welche – wie sich gleich zeigen wird (vgl. hinten 3.) – im Wesentlichen die *hergebrachte Justizverwaltung* betreffen. In Rechtsprechungsfragen und in Fragen der Strafverfolgung steht die Justizleitung *nicht* an der Spitze der *Justiz*.

b. Zusammensetzung der Justizleitung

Die Justizleitung setzt sich aus drei Personen zusammen, nämlich „aus den Präsidentinnen oder Präsidenten des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts sowie der Generalstaatsanwältin oder dem Generalstaatsanwalt“ (Art. 17 Abs. 2 GSOG; so auch Art. 10 Abs. 1 JLR). Der Leiter der Stabsstelle für Ressourcen nimmt an den Sitzungen der Justizleitung mit beratender Stimme teil (Art. 10 Abs. 2 JLR), ist jedoch kein Mitglied der Justizleitung.

Die Stellung eines Mitglieds der Justizleitung nehmen die drei genannten Amtsträger *ex officio* ein. Eines besonderen Einsetzungs-, Ernennungs- oder Wahlakts bedarf es nicht. Die gesetzliche Regelung macht auch klar, dass die drei Mitglieder der Justizleitung ihre angestammte Funktion als Gerichtspräsident bzw. Generalstaatsanwalt behalten. Sie nehmen somit eine *Doppelrolle* ein. Aus einer solchen Doppelrolle können gewisse Spannungen resultieren – wie man dies von anderen Konstellationen her kennt (z.B. Doppelrolle als Regierungsmitglied und Vorsteher oder Vorsteherin einer Direktion). Darauf wird zurückzukommen sein.

3. Aufgaben und Instrumente der Justizleitung

Das GSOG listet die Aufgaben der Justizleitung in einem *Katalog* einzeln auf (Art. 18 Abs. 1 Bst. a–m GSOG). Aufgrund der Formulierung im Einleitungssatz („nimmt die folgenden Aufgaben wahr“) könnte man zunächst denken, dass

die Aufzählung abschliessenden Charakter hat. Die gewählte Regelungstechnik schliesst allerdings nicht aus, dass im GSOG *an anderer Stelle* oder in einem anderen Gesetz *weitere Aufgaben* der Justizleitung festgelegt werden. Ein Beispiel dafür ist Art. 23 Abs. 2 GSOG. Danach obliegt der Justizleitung die Verteidigung der (nicht durch den Grossen Rat zu vereidigenden) „übrigen Richterinnen und Richter“.⁴

Im Übrigen macht die gewählte Regelungstechnik deutlich, dass es *nicht zulässig* wäre, die Aufgaben der Justizleitung auf der Stufe des *untergesetzlichen Rechts* (d.h. durch Verordnung, Reglement usw.) um zusätzliche (d.h. auf Gesetzesstufe nicht vorgesehene) Aufgaben *zu erweitern*. Unter diesem Aspekt erscheint Art. 4 Abs. 1 JLR auf den ersten Blick etwas missverständlich formuliert. Gemäss Bst. a nimmt die Justizleitung „die Aufgaben gemäss Artikel 18 Absatz 1 GSOG wahr“. Dann folgt eine Auflistung weiterer Aufgaben (Bst. b–e). Bei einer oberflächlichen Lektüre von Art. 4 Abs. 1 JLR könnte der Eindruck aufkommen, dass sich die Justizleitung in dem von ihr selbst erlassenen Reglement zusätzliche Aufgaben (Bst. b–e) zuweist. Eine nähere Betrachtung zeigt aber, dass die Bestimmung nicht so verstanden werden darf. Art. 4 Abs. 1 Bst. a JLR hat vielmehr den Charakter einer Auffangklausel, die bewirken soll, dass *alle* in Art. 18 Abs. 1 GSOG vorgesehenen Aufgaben im Justizleitungs-Reglement „abgebildet“ sind und keine „vergessen“ geht.

Die nachfolgenden Ausführungen wollen einerseits – ausgehend von Art. 18 GSOG – einen Überblick über die gesetzlichen Aufgaben der Justizleitung vermitteln (a.–c.), andererseits aber auch deutlich machen, was *nicht* zu den Aufgaben der Justizleitung gehört (d.–e.).

a. Der Aufgabenkatalog im Überblick

Gemäss Art. 18 Abs. 1 GSOG (geltende Fassung⁵) nimmt die Justizleitung die folgenden Aufgaben wahr:⁶

- a Sie ist Ansprechpartnerin des Grossen Rates und des Regierungsrates bei allen Fragen, die sowohl die Gerichtsbehörden als auch die Staatsanwaltschaft betreffen.

⁴ Für weitere Beispiele vgl. den Ingress des Justizleitungs-Reglements, wo neben Art. 12 und Art. 17 Abs. 3 GSOG auch Art. 7 des Personalgesetzes (PG) vom 16.09.2004 (BSG 153.01) sowie Art. 22 des Informationsgesetzes (IG) vom 2. November 1993 (BSG 107.1) als Ermächtigungsgrundlage genannt werden.

⁵ Die geltende Fassung wurde gegenüber der ursprünglichen Fassung in einzelnen Punkten modifiziert (Bst. b, e, f); zudem wurden Bst. i und Bst. l neu eingefügt, was dazu führte, dass der ursprüngliche Bst. i zu Bst. k wurde und der ursprüngliche Bst. k zu Bst. m.

⁶ Die Unterstreichungen sind hinzugefügt und sollen als „Lesehilfe“ dienen.

- b Sie erstellt den Voranschlag, den Aufgaben- und Finanzplan und den Geschäftsbericht der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft.
- c Sie nimmt Stellung zu Regelungen des Regierungsrates, welche die Gerichtsbehörden oder die Staatsanwaltschaft betreffen.
- d Sie regelt die Ausgabenbefugnisse der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Vorschriften der Gesetzgebung über die Steuerung von Finanzen und Leistungen.
- e Sie unterbreitet dem Grossen Rat jährlich einen Tätigkeitsbericht.
- f Sie vertritt im Grossen Rat den Voranschlag, den Aufgaben- und Finanzplan, den Geschäftsbericht und den Tätigkeitsbericht und bezeichnet zu diesem Zweck eine Vertreterin oder einen Vertreter.
- g Sie nimmt die Verwaltungsaufgaben, welche die Gesetzgebung über die Steuerung von Finanzen und Leistungen dem Regierungsrat für den Bereich der kantonalen Verwaltung einräumt, für die Bereiche der Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaft wahr, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.
- h Sie kann mit Zustimmung der Justizkommission des Grossen Rates nachkreditpflichtige Abweichungen der im Voranschlag beschlossenen Saldi bewilligen, wenn diese eine Million Franken pro Produktgruppe nicht übersteigen.
- i Sie kann mit Zustimmung der Justizkommission des Grossen Rates bereits vor der Bewilligung eines Nachkredits Verpflichtungen eingehen, wenn ein Aufschub für den Kanton erhebliche nachteilige Folgen hätte.
- k Sie ist im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben verantwortlich für die strategischen Leitlinien in den Bereichen Personal-, Finanz- und Rechnungswesen sowie Informatikmanagement und führt darüber ein Controlling. Sie kann den Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft entsprechende Weisungen erteilen sowie die notwendigen Reglemente erlassen.
- l Sie koordiniert in Zusammenarbeit mit den zuständigen Stellen der Polizei- und Militärdirektion und der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion den Erlass von strategischen Leitlinien auf dem Gebiet der Sicherheit.
- m Sie leitet die Stabsstelle für Ressourcen, regelt deren Organisation und Aufgaben durch Reglement und stellt deren Leitung sowie deren übriges Personal an.

Den *Ausgabenbefugnissen* der Justizleitung widmet Art. 18 GSOG einen eigenen Absatz. Danach beschliesst die Justizleitung über (Abs. 2):

- a neue einmalige Ausgaben bis eine Million Franken,
- b neue wiederkehrende Ausgaben bis 200 000 Franken,

c gebundene Ausgaben.

Als *gemeinsamer Nenner* des gesetzlichen Aufgabenkatalogs lässt sich ausmachen: *Keine* der erwähnten Aufgaben hat *direkt mit der Rechtsprechung* zu tun (d.h. der Kernaufgabe oder Stammfunktion der Gerichte) und *keine direkt mit der Strafverfolgung* (d.h. der Kernaufgabe der Staatsanwaltschaft). Es handelt sich vielmehr um Aufgaben, die mit der *Selbstverwaltung* der Justiz zu tun haben.

b. Zwischenbemerkung: Zum Begriff der Justizverwaltung

Zur Gerichtsverwaltung (oder Justizverwaltung) zählt man hergebrachterweise jene behördlichen Tätigkeiten, die *weder Rechtsprechung noch Rechtsetzung* sind und dazu dienen, die sachlichen und personellen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Gerichte ihre Rechtsprechungsfunktion überhaupt ausüben können (insb. Bereitstellung von Gebäuden, Informatik und weiteren Sachmitteln, Personalverwaltung, Rechnungswesen usw.).⁷ Aufgaben der Justizverwaltung wurden früher häufig nicht durch die Justiz selbst (im Sinne der Selbstverwaltung), sondern durch der Exekutive angehörende Verwaltungsbehörden wahrgenommen⁸, so auch im Kanton Bern.⁹

In der Schweiz zeigt sich in jüngerer Zeit ein Trend zur Etablierung und Stärkung der Selbstverwaltung der Justiz, unter anderem in Gestalt von verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien (für das Bundesgericht: Art. 188 Abs. 3 BV). Die „justizfremde“ Wahrnehmung der Justizverwaltung ist allgemein im Rückzug begriffen. Dies bedeutet indes nicht, dass eine „justizfremde“ Justizverwaltung heute nicht mehr zulässig wäre. Die verfassungs- bzw. menschenrechtlichen Unabhängigkeitsgarantien stellen eine solche „Fremdverwaltung“ nicht grundsätzlich infrage.¹⁰ Dies hat nicht zuletzt damit zu tun, dass sich die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (wie sie in Art. 30 Abs. 1 und Art. 191c BV sowie in Art. 6 Ziffer 1 EMRK verankert ist) auf die *rechtsprechende Tätigkeit* der Justiz bezieht. Die verfassungs- bzw. völkerrechtlichen Unabhängigkeitsgarantien lassen somit von ihrem Anwendungsbereich her grundsätzlich Raum für „justizfremde“ Justizverwaltung. Es gilt jedoch zu beachten, dass es auch gewisse *rechtsprechungsnah*e Administrativangelegenheiten gibt, wie beispielsweise die interne Geschäftsverteilung, die Spruchkörperbildung, die

⁷ Vgl. statt vieler *Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, 292 („jene verwaltende Tätigkeit, welche die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Rechtsprechung schafft und erhält“); *Lienhard/Kettiger*, Selbstverwaltung, Rz. 13 ff.; *Eichenberger*, Justizverwaltung, 31 ff.

⁸ Vgl. *Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, 291 ff.

⁹ Vgl. *Hurni*, Rz. 3; *Müller-Graf*, Rz. 33.

¹⁰ Vgl. *Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, 291 f., 321.

Handhabung der Fallbearbeitung, die Verhängung von Disziplinar massnahmen gegenüber Amtsträgern u.a.m.¹¹ Die Justizverwaltung muss so organisiert werden, dass eine mit Justizverwaltungsaufgaben betraute nicht-gerichtliche Behörde weder direkt noch indirekt auf die Rechtsprechungstätigkeit Einfluss nehmen kann (vgl. Ziffer VI.).¹²

c. Die Aufgaben der Justizleitung im Einzelnen

Die einzelnen Aufgaben der Justizleitung sind auf *Gesetzesstufe* unterschiedlich dicht umschrieben. Manche Aufgabenzuweisungen sind punktuell und spezifisch (z.B. Art. 18 Abs. 1 Bst. e GSOG: jährlicher Tätigkeitsbericht). Andere Aufgaben sind offen formuliert bzw. verweisen auf Regelungen in anderen Gesetzen (z.B. Art. 18 Abs. 1 Bst. g GSOG: Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben gemäss Gesetzgebung über die Steuerung von Finanzen und Leistungen, FLG).

Im *Justizleitungs-Reglement* werden die gesetzlichen Aufgaben weiter spezifiziert (Art. 4 ff. JLR). Dem Aufgabenkatalog vorangestellt ist eine mit „Auftrag“ überschriebene Bestimmung (Art. 2 JLR). Dieser Auftrag umfasst zwei Aspekte. Zum einen vertritt die Justizleitung „die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft (Justiz) gegen aussen“ (Abs. 1). Zum anderen soll die Justizleitung „die koordinierte und vernetzte Aufgabenerfüllung in der Gerichtsbarkeit und der Strafverfolgung“ gewährleisten, dies „im Bestreben, die Qualität und Effizienz der Aufgabenerfüllung zu fördern“ (Abs. 2). Dieser *Gewährleistungsauftrag* (Abs. 2) erscheint ambitioniert und ist – gemessen am gesetzlichen Aufgabenkatalog (siehe vorne) – recht allgemein formuliert. Da das (von der Justizleitung erlassene) Justizleitungs-Reglement *keine neuen*, gesetzlich nicht vorgesehenen Aufgaben schaffen kann (siehe Einleitung zu Ziffer 3.), ist der Gewährleistungsauftrag als *Zielvorgabe* zu verstehen, die sich auf die gesetzlichen Aufgaben (insb. Art. 18 GSOG) bezieht und sich nur (aber immerhin) in diesem Rahmen entfaltet.

Im 2. Abschnitt des Justizleitungs-Reglements (Überschrift „Aufgaben“; Art. 4–9 JLR) werden die gesetzlichen Aufgaben nach Sachthemen *gruppiert* und *konkretisiert*. Dabei werden die folgenden *Aufgabenfelder* unterschieden:

- Allgemeines (Art. 4 JLR)
- Personal (Art. 5 JLR)

¹¹ Der Begriff „rechtsprechungsnah“ hat sich in der Schweiz bisher, soweit ersichtlich, nicht als klar konturierter rechtsdogmatischer Begriff etabliert, er ist aber im vorliegenden Zusammenhang als Orientierungshilfe nützlich. Vgl. z.B. *Keel*, 272 ff. („rechtsprechungsnaher Justizverwaltung“); *Müller-Graf*, Rz. 23; vgl. auch *Reiter*, 217 (Spruchkörperbildung).

¹² Vgl. *Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, 293 (m.w.H.).