

Walter Kälin
Urs Bolz
(Herausgeber)

Handbuch des bernischen Verfassungsrechts

Verlag Paul Haupt Bern · Stuttgart · Wien
Verlag Stämpfli+Cie AG Bern

Produziert mit grosszügiger Unterstützung des Lotteriefonds des Kantons Bern sowie mit einem Beitrag der Stiftung für Schweizerische Rechtspflege.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Handbuch des bernischen Verfassungsrechts /
Walter Kälin ; Urs Bolz (Hrsg.) –
Bern ; Stuttgart ; Wien : Haupt ; Bern : Stämpfli, 1995
Franz. Ausg. u. d. T.: Manuel de droit constitutionnel bernois
ISBN 3-258-04999-8 (Haupt)
ISBN 3-7272-9349-7 (Stämpfli)
NE: Kälin, Walter [Hrsg.]

Alle Rechte vorbehalten
Copyright © 1995 by Paul Haupt Berne and Stämpfli+Cie AG Berne
Jede Art der Vervielfältigung ohne Genehmigung der Verlage ist unzulässig
Dieses Papier ist umweltverträglich, weil chlorfrei hergestellt
Printed in Switzerland

Zum Geleit

Man hört etwa, nicht jede Epoche sei gleich gut geeignet, eine staatliche Verfassung zu machen; es brauche hiezu eine echte Bewegung, eigentlichen «Gründergeist». Die Zerrissenheit der Zeit beispielsweise verhindere ein grosses konsensuales Werk, wie es eine Kantonsverfassung sei. Dies waren Argumente, die auch im Vorfeld der Abstimmung zur Totalrevision unserer Kantonsverfassung vorgebracht wurden.

Wir leben tatsächlich in einer Zeit der Neuorientierung, vielleicht aber hat ein nicht unwesentlicher Anteil der Bernerinnen und Berner gerade deswegen für die Totalrevision gestimmt. Ein Umbruch zwingt zum Überdenken der eigenen Position, bedingt Neuausrichtung und damit die Bereinigung von Unklarem, er verlangt die Bereitschaft, sich der Herausforderung der Zeit zu stellen. Als der Auftrag des Volkes an den Grossen Rat und nicht etwa an einen Verfassungsrat ergangen war, war der Gesetzgeber zu seiner vornehmsten Aufgabe berufen. Die Frage nach dem Sinn der Totalrevision stellte sich nicht mehr, wir hatten ein verbindliches Mandat, eine positive Antwort zur Gegenwart zu suchen und damit einen Auftrag zur Gestaltung der Zukunft. Beruhigt durften wir alle am Schluss feststellen, dass rund vier Fünftel der stimmenden Bernerinnen und Berner unseren Antrag gutgeheissen haben, dass also trotz allem ein «konsensuales Werk» zustande gekommen war. Die aktive Gestaltung der Gegenwart entreisst die Zukunft der Zufälligkeit, alte Berner Tradition ist damit wieder lebendig geworden.

Die Wissenschaft kommentiert sie nun, unsere neue Kantonsverfassung, die tägliche Rechtsanwendung und Gesetzgebung werden sie mit Leben füllen, ihre Freiräume gestalten und fortentwickeln. Bernerinnen und Berner werden mit ihr leben und sie - bei Bedarf - auch wieder ändern.

Möge jede Bearbeitung von dem im Parlament spürbaren Willen geleitet sein, unsere Verfassung abzustützen auf die Freiheit, die Selbstverantwortung und die Achtung der Menschen im Kanton Bern und im föderalen Gefüge der Eidgenossenschaft.

Rüti bei Büren, im Oktober 1994



Samuel Schmid
Präsident der Verfassungskommission

hinweg an Direktionen und Ämter übertragen werden. Das Verbot von solchen «Sprungdelegationen» bezweckt auch einen Schutz der Organisationsautonomie des Regierungsrates.

Der Regierungsrat kann die ihm durch Verfassung oder Gesetz zugewiesenen Aufgaben an andere Organe delegieren, falls dies ein Gesetz erlaubt (Art. 69 Abs. 3 Satz 1). Befugnisse der Direktionen darf er ohne Ermächtigung im Gesetz übertragen. Die Verfassung ermächtigt damit die Exekutive, gesetzlich vorgesehene Strukturen oder Aufgabenzuweisungen durch Verordnung von einer Direktion an ein Amt zu delegieren. In solchen Fällen besteht die Meinung, eine Aufgabe sei in erster Linie der «Verwaltung» zugewiesen¹¹². Der Regierungsrat soll hier die Erfüllung von Aufgaben auch ohne gesetzliche Ermächtigung in die Tiefe der Verwaltung delegieren können, gerade wo dies im Interesse einer «bürgernahen und wirkungsvollen» (Art. 87 Abs. 2) Verwaltungstätigkeit sinnvoll erscheint.

Zusätzliche verfassungsrechtliche «Absicherungen» der Organisationsautonomie des Regierungsrates bestehen nicht. Der Gesetzgeber kann eine Aufgabe direkt einem Amt zuweisen; er kann auch eine Befugnis im Einzelfall abschliessend einer Direktion zuweisen. Der Gesetzgeber sollte sich dabei allerdings der Gefahr der organisatorischen Überreglementierung bewusst sein.

Besteht die gesetzliche Ermächtigung nach Art. 69 Abs. 3, verfügt der Regierungsrat über einen weiten Handlungsspielraum für die Delegation seiner Ausgaben- und Sachkompetenzen. Eine generelle gesetzliche Delegationsermächtigung genügt. Das Finanzhaushaltsgesetz hält in allgemeiner Weise fest, dass der Regierungsrat «die ihm durch Verfassung oder Gesetz übertragenen Ausgabenbefugnisse teilweise den Direktionen und der Staatskanzlei sowie anderen Amtsstellen weiterübertragen» kann¹¹³. Grössere Zurückhaltung ist nach Auffassung des Verfassungsgebers geboten, wenn es sich um die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Direktionen handelt¹¹⁴. Mit der Verordnung verfügt der Regierungsrat über ein zentrales Instrument zur Führung der Verwaltung. Der Gesetzgeber könnte festlegen, dass «Direktionsverordnungen» nur zulässig sind, wenn der zu regelnde Bereich stark technischen Charakter hat, raschem Wandel unterworfen oder von untergeordneter Bedeutung ist¹¹⁵.

Durch die «Organisationsautonomie» des Regierungsrates werden die parlamentarischen Kontroll- und Einflussmöglichkeiten nicht beschnitten. Der Grosse Rat kann durch die Regeln des Organisationsgesetzes, das Budgetgenehmigungsrecht, die Einwirkungsmöglichkeiten im Bereich der Planung und durch Aufträge steuern.

¹¹²Teil II/Art. 69 Bemerkung 9.

¹¹³Vgl. Art. 31 Abs. 2 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Staates Bern (FHG) vom 10. November 1987/24. März 1994 (BSG 620).

¹¹⁴Vortrag I/101.

¹¹⁵Vgl. dazu Art. 43 E-OrG (Anm. 82); Teil II/Art. 69 Bemerkung 7.

JUSTIZVERFASSUNG

ULRICH ZIMMERLI UND REGINA KIENER

I. Einleitung

1. Begriffliches

Zur Organisationshoheit der Kantone gehört, dass sie grundsätzlich befugt sind, auf ihrem Gebiet die Rechtspflege auszuüben und Vorschriften über die Gerichtsorganisation aufzustellen. Entsprechend der von der Staatsrechtslehre entwickelten Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht im formellen und im materiellen Sinn¹ wird als *Justizverfassungsrecht im formellen Sinn* das im besonderen Verfahren der Verfassungsgebung erlassene, in der Verfassungsurkunde enthaltene und die Justiz regelnde Recht verstanden². In diesem Sinne bilden die Art 97-100 das formelle Justizverfassungsrecht des Kantons Bern. *Im materiellen Sinn* sind unter dem Justizverfassungsrecht jene Normen über Organisation und Kompetenzen der Justizbehörden und Vorschriften über die grundsätzliche organisatorische Struktur der Gerichtsbarkeit zu verstehen, die nicht begriffsnotwendig in der Verfassungsurkunde verankert sein müssen³, sondern in besonderen Justiz-Organisationsgesetzen und Gerichtsreglementen enthalten sind. Zum Justizverfassungsrecht *im weiteren Sinne* werden auch Verfassungsprinzipien gezählt, die zwar einen Bezug zur Gerichtsorganisation aufweisen, gleichzeitig aber als Grundrechtsgarantien für gerichtliche Verfahren ausgestaltet sind⁴; von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang insbesondere auch die in Art. 6 EMRK enthaltenen Verfahrensgarantien, wie etwa der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte oder der Öffentlichkeit der Gerichtsverfahren, denen sich die kantonale Justizorganisation anzupassen hat⁵. Die in diesem Zusammenhang nötig gewordene Reorganisation der bernischen Gerichts- und Justizverwaltung wird von der Verfassung ermöglicht. Durch die Verankerung offener Verfassungsnormen soll die Reorganisation indessen nicht vollständig determiniert, sondern Raum für gesetzgeberische Lösungen belassen werden.

¹Vgl. YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I, Zürich 1980, 25; ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, 31f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl., Zürich 1993, Rz. 14ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Bd. I, Neuchâtel 1967, Rz. 256ff.; KURT EICHENBERGER, Die Lage des Staats- und Verwaltungsrechts im Kanton Basel-Stadt, in: Kurt Eichenberger et al. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel u.a. 1984, 21ff.; DERS., Kommentar KV Aargau, Aarau u.a. 1986, Einleitung, Rz. 38ff.

²CHRISTINA KISS-PETER, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Diss., Basel 1993, 21.

³FRIEZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, 21.

⁴Vgl. KISS-PETER (Anm. 2), 21 m.w.H.

⁵Vgl. dazu den Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 21. April 1994 an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zur Reorganisation der Gerichts- und Justizverwaltung.

Im folgenden sollen - nach einem summarischen geschichtlichen Rückblick und einer kurzen Übersicht - vor allem die Verfassungsbestimmungen über die Unabhängigkeit der Gerichte (II.), Fragen zur Unabhängigkeit der verwaltungsinternen Rechtspflege (III.) sowie die Tragweite und Grenzen der kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit (IV.) im Zusammenhang behandelt werden.

2. Entwicklung der bernischen Justizverfassung

Das bernische Justizverfassungsrecht ist Ergebnis eines dynamischen Prozesses, der mit der ersten bernischen Verfassung im Jahr 1831 seinen Anfang genommen hat und mit der Ordnung in der neuen Kantonsverfassung sein vorläufiges Ende nimmt. Die Verfassung vom 31. Heumonats 1831 regelte das Justizwesen nur rudimentär: das Kantonsgebiet wurde in sechs «peinliche Gebiete» aufgeteilt, die Sitz je eines Amtsgerichts, bestehend aus einem Präsidenten und vier Mitgliedern, waren; für das ganze Staatsgebiet bestand ein Obergericht⁶. Die Staatsverfassung vom 13. Juli 1846 schuf zusätzlich zu den bestehenden Gerichtsbehörden Geschwornengerichte für kriminalpolitische Delikte und Pressevergehen und teilte zu diesem Zweck den Kanton in fünf Bezirke auf. Daneben wurden der Regierungsrat als oberste Instanz für alle Verwaltungsstreitigkeiten eingesetzt, soweit diese nicht in die Kompetenz des Regierungsstatthalters fielen, und die Grundlage für die Einführung eines Handelsgerichts geschaffen⁷. Die bis Ende 1994 geltende Verfassung vom 4. Juni 1893 schuf zusätzlich die Grundlage für die Einführung eines Verwaltungsgerichts⁸. Im Bereich der Gerichtsorganisation war diese Verfassung verschiedentlich Gegenstand von Revisionen. Die Partialrevision 1907 schrieb in den Grundzügen die Gerichtsorganisation fest, die für die nächsten hundert Jahre wegleitend sein sollte⁹. Im Jahre 1921 wurde anlässlich einer weiteren Revision die Möglichkeit geschaffen, einerseits die Stellung des Gerichtspräsidenten mit jener des Regierungsstatthalters zu vereinigen, andererseits die Amtsverrichtungen der Gerichtspräsidenten mehrerer Amtsbezirke demselben Beamten zu übertragen¹⁰. Eine letzte Revision der Justizverfassung im Jahr 1972 schuf schliesslich die Grundlage für die Einrichtung von Jugendgerichten¹¹.

Das formelle Verfassungsrecht konnte und kann sich nicht eingehend mit der differenzierten Organisation, den vielfältigen Zuständigkeiten der Gerichte und dem anwendbaren Verfahren befassen, sondern hat sich auf die Regelung von Grundsätzen

⁶Gesetze, Dekrete und Verordnungen der Republik Bern, Erster Bd., bis Ende des Monats Dezember 1831, 1ff.

⁷Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern, Erster Bd., Jahrgang 1846, 103ff.

⁸Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern, Jahrgang 1893, Neue Fassung XXXII. Bd., 1ff.

⁹Art. 50ff. und 56ff. StV 1907; Partialrevision vom 3. November 1907, AS BE II (1901-1916), 223f.

¹⁰Art. 10 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 45 Abs. 2, 46 und 47 StV 1921, Art. 56 Abs. 2 StV 1921; AS BE III (1917-1925), 583ff. Vgl. dazu Dekret betreffend die Organisation des Regierungsstatthalter- und Richteramtes im Amtsbezirk Signau, vom 23. Februar 1949 (AS BE 1949, 23) und Dekret betreffend die Organisation des Regierungsstatthalter- und Richteramtes im Amtsbezirk Wangen, vom 16. November 1949 (AS BE 1949, 135). Diese Regelung hat sich mit der Übernahme der EMRK als konventionswidrig erwiesen und musste aufgehoben werden.

¹¹AS BE 1972, 192.

zu beschränken. Aus diesem Grund wird die verfassungsrechtliche Ordnung durch verschiedene formelle Gesetze konkretisiert. Von besonderer Bedeutung sind dabei das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden, das die Organisation der *Zivil- und Strafrechtspflege* ordnet¹²; Zuständigkeiten und das von den zuständigen Behörden anwendbare Verfahren finden ihre Regelung in den Gesetzen über den Zivilprozess und über das Strafverfahren¹³. Organisation, Zuständigkeit und Verfahren der *Verwaltungsrechtspflege* werden demgegenüber in dem - in den Jahren 1961¹⁴ und 1989¹⁵ totalrevidierten - Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege geregelt¹⁶.

3. Grundzüge der neuen bernischen Justizverfassung

Während die Verfassungen von 1831, 1846 und 1893 (einschliesslich der Revision im Jahr 1907) die Gerichtsbarkeit nur in den Grundzügen regelten und deren Ausgestaltung dem Gesetz überantworteten, decken sich in der neuen Verfassung die Bestimmungen des formellen und materiellen Justizverfassungsrechts weitgehend. Mit den Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichten werden alle Zweige der Gerichtsbarkeit genannt und deren Organe bestimmt¹⁷. Dabei nimmt die Verfassung zuhanden des Gesetzgebers eine wesentliche Weichenstellung vor, indem die bisherigen Geschwornengerichte und die Zivilamtsgerichte nicht beibehalten werden¹⁸. Rechtsprechungsfunktionen werden auch verwaltungsinternen Behörden zugewiesen: Der Regierungsrat ist eingesetzt als Beschwerdeinstanz¹⁹, die Regierungsstatthalterinnen und -statthalter wirken als Bewilligungs-, Genehmigungs- und Verwaltungsjustizbehörden²⁰. Welche Streitsachen den verwaltungsunabhängigen Gerichten und welche den verwaltungsinternen Justizbehörden zugewiesen werden, bestimmt die Verfassung indessen nicht, sondern überlässt den Entscheid dem formellen Gesetzgeber²¹, der die Organisation und Zuständigkeit aller Justizbehörden im Gesetzesrecht zu konkretisie-

¹²Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden, vom 31. Januar 1909 (GOG), AS BE Bd. II (1901-1916), 277ff.; BSG 161.1.

¹³Gesetz betreffend die Zivilprozess-Ordnung, vom 7. Juli 1918 (ZPO), BSG 271.1; Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern, vom 20. Mai 1928 (StrV), BSG 321.1. Beide Erlasse waren Gegenstand zahlreicher Änderungen (vgl. Anhang I zur ZPO, Anhang I zum StrV).

¹⁴AS BE 1961, 210 (Teilrevision 1971, AS BE 1971, 277). Vgl. dazu FRITZ GYGI/RUDOLF STUCKI, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern 1962.

¹⁵BSG 155.21. Vgl. Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend die Totalrevision des VRPG vom 13. September 1988, Tagblatt 1988, Beilage Nr. 5. Ferner ARTHUR AESCHLIMANN, Vor dem Übergang zum neuen Verwaltungsrechtspflegegesetz, BVR 1989, 375ff. Trotz des Wortlauts von Art. 40 der Staatsverfassung 1893 entschloss sich der Gesetzgeber bei der Regelung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zu einem grundlegenden Methodenwechsel, indem er - analog der Regelung auf Bundesebene (Art. 97ff. OG, SR 173.110) - die Generalklausel einführte.

¹⁶Gesetz betreffend die Verwaltungsrechtspflege, vom 31. Oktober 1909 (VRPG), AS BE II (1909-1916), 372ff. Als Behörden der Verwaltungsrechtspflege wurden Regierungsrat, Direktionen, Regierungsstatthalter, Spezialkommissionen und ein Verwaltungsgericht eingesetzt; der Grosse Rat galt ebenfalls als Behörde der Verwaltungsrechtspflege, wurde dem Gesetz indessen nicht unterstellt (Art. 1 VRPG 1909).

¹⁷Art. 98ff.

¹⁸Vgl. Teil II/Art. 98 und 99; vgl. auch Vortrag I/118f.

¹⁹Art. 90 Bst. f.

²⁰Art. 93 Abs. 3 Bst. c.

²¹Art. 26 Abs. 1; Art. 90 Bst. f; Art. 93 Abs. 3 Bst. c.

ren hat²². Neben den Grundzügen der Gerichtsorganisation werden in der Verfassung auch besonders wichtige Verfahrensgrundsätze verankert²³ und eine spezifisch bernische Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit geschaffen²⁴.

An der Gliederung des Kantonsgebiets in *Amtsbezirke* ändert die Verfassung nichts²⁵. Die Aufteilung des Kantonsgebiets in Amtsbezirke reicht in die Mediationszeit zurück: 1803 waren die Amtsbezirke als blosse Verwaltungseinheiten zur Rationalisierung der Staatsverwaltung eingeführt worden²⁶. Die Amtsbezirke bestehen mithin seit fast 200 Jahren und haben in dieser Zeit auch ernsthafte Reformbestrebungen überstanden²⁷. Die erstinstanzliche Gerichtsbarkeit war allerdings zu keinem Zeitpunkt umfassend den Behörden der Amtsbezirke zugewiesen: Schon die Verfassung von 1831 teilte das Staatsgebiet in sechs «peinliche Gebiete» auf und setzte für jedes ein Amtsgericht ein. Für Geschwornengerichte bestehen nach der bisherigen Regelung fünf Geschwornenbezirke²⁸, für die Handelsgerichtsbarkeit bildet der Kanton einen einzigen Gerichtsbezirk²⁹. Nach der neuen Verfassung stellen die Amtsbezirke die Grundlage für die Wahlkreise für Grossratswahlen (Art. 73 Abs. 2) dar und bezeichnen generell die Verwaltungseinheiten des Kantons (Art. 93 Abs. 1). Die Amtsbezirke werden auch als Gerichtsbezirke grundsätzlich beibehalten³⁰. Die Verfassung eröffnet dem Gesetzgeber jedoch die Möglichkeit, von der traditionellen Aufteilung der Gerichtskreise in Amtsbezirke abzusehen und mehrere Amtskreise zu einem Gerichtskreis zusammenzulegen (Art. 97 Abs. 3)³¹. Diese Regelung ist nicht nur begrüssenswert, sondern auch erforderlich, da die Anforderungen, die die EMRK insbesondere an die personellen Unvereinbarkeiten von Gerichtsbehörden stellt³², heute namentlich in kleineren Amtsbezirken nur mit unverhältnismässigem personellem Aufwand gewährleistet werden könnten³³.

²²Vgl. Art. 69 Abs. 4.

²³Vgl. Art. 25, 26 und 97 Abs. 1 und 2.

²⁴Art. 66 Abs. 3.

²⁵Vgl. Art. 3. Dass die Amtsbezirke aus dem politischen Leben des Kantons Bern kaum mehr wegzudenken sind, anerkennt im übrigen auch das Bundesgericht: Entscheid vom 8. Dezember 1993 (IP.671/1992/fr), 10.

²⁶HANS WEIERMANN, Der Regierungstatthalter als Administrativ- und Administrativjustizorgan der bernischen Staatsverwaltung, Diss., Bern 1923, 22ff., 29. Vgl. auch K. GEISER, Einleitung zur Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893 (Aml. Ausgabe 1991), 3.

²⁷WEIERMANN (Anm. 26), 61ff.

²⁸Art. 20 GOG.

²⁹Art. 65 GOG.

³⁰Art. 97 Abs. 3. Heute bestehen im Kanton Bern 26 Amtsbezirke. Vgl. das Dekret vom 16. November 1939 über die Einteilung des Kantons Bern in 27 Amtsbezirke, BSG 105.31, und Art. 135 der Staatsverfassung vom 4. Juni 1893.

³¹Vgl. dazu den Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates vom 21. April 1994 zur Reorganisation der Gerichts- und Justizverwaltung. Diese sieht vor, die bisherigen Amtsgerichte durch 13 Kreisgerichte und 4 Untersuchungsregionen abzulösen. Vgl. ferner den Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates vom 21. April 1994 betreffend das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden in Zivil- und Strafsachen (GOG).

³²Vgl. dazu vorne Ziff. II.3.

³³Vortrag I/118. Vgl. auch Teil II/Art. 97 Abs. 3 Bemerkung 6.

Nach dem skizzierten Überblick stellt sich die neue Justizverfassung als System relativ *offener Normen* dar. Mit Ausnahme der prozessualen Grundrechte, die allerdings durch die entsprechenden Mindestanforderungen des übergeordneten Verfassungsrechts (Bundesverfassung, EMRK) beeinflusst und durch die Rechtsprechung der zuständigen Behörden (Bundesgericht, Konventionsorgane) weiter differenziert werden, verlangt die verfassungsrechtliche Grundordnung immer auch nach wertender Auslegung und Differenzierung durch den Gesetzgeber³⁴.

II. Zur Unabhängigkeit der Gerichte (Art. 26 Abs. 1, Art. 97 Abs. 1)

1. Geltungsbereich

Soweit die Verfassung eigentliche Gerichtsbehörden zum Entscheid über rechtliche Streitigkeiten einsetzt, verpflichtet sie diese auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit³⁵. Als Gerichtsbehörden gelten nicht alle Justizbehörden, sondern einzig die in Art. 98ff. genannten Behörden der Zivil- und Straferichtsbarkeit, das Verwaltungsgericht und die besonderen richterlichen Behörden der Verwaltungsgerichtsbarkeit wie Rekurskommissionen oder Enteignungsgerichte³⁶. Die Behörden der verwaltungsinternen Rechtspflege (wie der Regierungsrat und die ihm nachgeordneten Instanzen, aber auch der Grosse Rat, soweit ihm Justizfunktionen zukommen), sind mithin vom Geltungsbereich der Art. 26 Abs. 1 und 97 Abs. 1 ausgenommen.

Verfassungsrechtliche Mindestgarantien zur Unabhängigkeit der Gerichte ergeben sich aus Art. 58 BV und aus Art. 6 EMRK³⁷. Namentlich die Konventionsgarantie verbietet den Anspruch auf ein unabhängiges Gericht selbständig, soweit die Rechtspflege in zivil- und strafrechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK in Frage steht; unter diesem Aspekt entspricht der kantonalrechtliche Verfassungsanspruch den Garantien der EMRK und den entsprechenden Garantien der Bundesverfassung³⁸. Soweit die Kantonsverfassung jedoch auch die Unabhängigkeit der mit der Verwaltungsrechtspflege befassten Behörden zusichert und diese *nicht* mit zivil- oder strafrechtlichen Angelegenheiten im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK befasst sind (vgl. Art. 100), verankert sie eine gegenüber dem Konventionsrecht *weitergehende* und damit *selbständige* Grundrechtsgarantie.

³⁴Vgl. auch Vortrag I/99f., 118ff.

³⁵Art. 26 Abs. 1, Art. 97 Abs. 1.

³⁶Art. 97 Abs. 1 gilt schon nach seiner systematischen Einordnung nur für *Gerichte*. Art. 26 Abs. 1 spricht ebenfalls nur von «Richterinnen und Richtern» und wird zudem durch Art. 26 Abs. 2, der demgegenüber Verfahrensgarantien für *alle Verfahren* aufstellt, eingrenzend umschrieben; vgl. auch Vortrag I/78.

³⁷Zum Verhältnis von Art. 58 BV und Art. 6 EMRK vgl. den Grundsatzentscheid BGE 91 I 405; seither insbesondere BGE 114 Ia 54, zuletzt BGE 119 Ia 226 E. 3.

³⁸Ob Art. 58 BV die Garantie auf den unabhängigen *Verwaltungsrichter* enthält und insofern ebenfalls über Art. 6 Ziff. 1 EMRK hinausgeht, wird in Judikatur und Doktrin soweit ersichtlich nicht diskutiert, ist aber zumindest insoweit zu bejahen, als der Bundesgesetzgeber den Kantonen in der Verwaltungsrechtspflege die Einrichtung von verwaltungsunabhängigen Gerichtsbehörden vorschreibt (Art. 98a OG).

Die verfassungsrechtliche Regelung spiegelt nicht zuletzt auch die Doppelfunktion der richterlichen Unabhängigkeit: Während Art. 26 Abs. 1 den Anspruch auf unabhängige und unparteiische Richterinnen und Richter als *grundrechtliche Verfahrensgarantie* ausgestaltet, verankert Art. 97 Abs. 1 die Unabhängigkeit der Gerichte als *institutionelle Garantie*.

2. Institutionelle Unabhängigkeit

Die Kantonsverfassung schützt die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte in Art. 97 Abs. 1 und konkretisiert durch diese Sicherung vor äusserer Beeinflussung den Grundsatz der organisatorischen Gewaltenteilung³⁹. Die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte werden als Funktionsträger von den anderen staatlichen Behörden organisatorisch abgegrenzt und ihre Unabhängigkeit durch strenge personelle Unvereinbarkeiten sichergestellt⁴⁰. Aufgrund ihrer institutionellen Unabhängigkeit darf niemand die Gerichtsbehörden anweisen, wie sie zu entscheiden haben oder ihre Urteile aufheben; ferner muss die Vollstreckung der Urteile prinzipiell gewährleistet bleiben⁴¹. Die von der Verfassung als Gerichte bezeichneten Behörden sind dann institutionell unabhängig, wenn die gesetzliche Ausgestaltung ihrer Organisation folgenden Anforderungen genügt⁴²: Unter den Mitgliedern des Gerichts müssen eigentliche *Richterinnen und Richter* amten⁴³, das Gericht auf eine *feste, aber zeitlich begrenzte Amtsdauer* bestellt und die Richterinnen und Richter während der ordentlichen Dauer ihrer Amtszeit nur ausnahmsweise und in einem erschwerten Verfahren ihres Amtes enthoben werden können⁴⁴. Insbesondere muss sichergestellt sein, dass das Gericht *unabhängig von Anweisungen* seitens der Regierung, des Parlaments oder der Verwaltung entscheiden kann. *Wahlbehörde* soll in der Regel das Parlament sein; aber auch die Bestellung durch die Regierung und die Volkswahl schliessen die Unabhängigkeit nicht aus⁴⁵. Art. 77 sieht indessen eine entsprechende Wahlkompetenz des Regierungsrats nicht vor, sondern bezeichnet entweder den Grossen Rat oder das Volk als zur Wahl zuständig⁴⁶.

³⁹Art. 66. Vgl. zur institutionellen Unabhängigkeit KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, 64ff.; ALFRED KÖLZ, Kommentar BV, Art. 58 Rz. 31; BGE 114 Ia 55 E. c.

⁴⁰Art. 68; vgl. Vortrag I/118.

⁴¹Begnadigungen, Milderungen im Strafvollzug, die Unterlassung einer Vollstreckung mangels eines entsprechenden Begehrens sind keine grundsätzlichen Vollstreckungsverweigerungen. Vgl. EICHENBERGER (Anm. 1), § 95, Rz. 4.

⁴²Vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, 244f.; HERBERT MIEHSLER/THEO VOGLER, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln u.a. 1986, Art. 6 Rz. 295 sowie die Nachweise bei TOMAS POLEDNA, Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, 96ff.

⁴³Im einem Gericht dürfen jedoch Vertreterinnen und Vertreter eines bestimmten Berufsstandes vertreten sein (vgl. VILLIGER, Anm. 42, 244, mit Nachweisen in Fn. 19); die Besetzung des Handelsgerichts mit Kaufleuten widerspricht diesem Grundsatz deshalb nicht (vgl. Art. 66 GOG).

⁴⁴Nichtwiederwahl nach Ablauf der ordentlichen Amtszeit muss zulässig sein, was indessen gerade bei Richterwahlen durch das Volk Probleme ergibt, da ein «willkürfreies» Verfahren nicht sichergestellt ist. Unter diesem Aspekt wird ein rechtsstaatliches Verfahren durch die Wahl durch das Parlament eher gewährleistet.

⁴⁵Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 18. März 1991 betr. die Änderung des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, BBl 1991 II 525 mit weiteren Hinweisen; ferner VILLIGER (Anm. 41), 244, mit Nachweisen in Fn. 20.

⁴⁶Vgl. Teil II/Art. 77 Bemerkung 6.

Die *parlamentarische Aufsicht* über die *obersten Gerichte* (Art. 78) berührt nebst der Gewaltenteilung auch die Organunabhängigkeit der Gerichte. Sie steht der richterlichen Unabhängigkeit grundsätzlich nicht entgegen, soweit sie sich auf den äusseren, administrativen Geschäftsgang und damit auf die Überprüfung der *«formellen Regelmässigkeit»* der Rechtsprechung beschränkt⁴⁷. Eine Kompetenz zur materiellen Korrektur justizmässiger Entscheide ergibt sich aus der parlamentarischen Aufsicht indessen nicht; ebensowenig ist das Parlament zu Urteilsschelten berufen⁴⁸: Parlamentarische Aufsicht ist Recht der Erkundigung und der Kritik, keinesfalls aber Recht zur Rechtsprechung; der Grosse Rat darf gestützt auf sein Aufsichtsrecht weder eine Entscheidung noch eine andere kompetenterweise vollzogene Amtshandlung einer Gerichtsbehörde abändern⁴⁹. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn es um die aufsichtsrechtliche Erfassung eines noch hängigen Verfahrens geht⁵⁰. Vom Inhalt abgeschlossener Verfahren darf dagegen inhaltlich insoweit Kenntnis genommen werden, als damit eine *legislatorische Erfolgs- und Effizienzkontrolle* verbunden ist, die Vollzugstauglichkeit der parlamentarischen Erlasse geprüft werden soll, mithin das Parlament in seine Verantwortung als Gesetzgeber gerufen wird⁵¹.

3. Unbefangenheit

Art. 26 Abs. 1 sichert jeder Person ein unantastbares Recht auf *unparteiische* Richterinnen und Richter zu und nimmt damit die Garantien von Art. 58 BV und Art. 6 EMRK in den kantonalen Grundrechtskatalog auf⁵². In der Ausgestaltung als Grundrecht verlangt die Garantie richterlicher Unabhängigkeit nach personeller Abschirmung der rechtsprechenden Behörden. Sie verhindert die Parteinahme in den konkreten Umständen des Einzelfalls, trägt zu der für einen korrekten und fairen Prozess notwendigen Offenheit des Verfahrens bei und ermöglicht so dessen Rechts-

⁴⁷JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Kommentar BV, Art. 85 Ziff. 11, Rz. 181ff.; HÄFELIN/HALLER (Anm. 1), Rz. 747; FLEINER/GIACOMETTI (Anm. 3), 532f.; PHILIPPE MASTRONARDI, Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Basel u.a. 1991, 131. Vgl. BGE 117 Ia 458 E. 4.

⁴⁸Über diesen Grundsatz setzte sich der Ständerat hinweg, indem ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 116 Ia 252 ff.; «Kruzifix-Entscheid») zum Gegenstand einer Interpellation erhoben wurde (vgl. Amtl. Bull. SR 1991, 164ff.).

⁴⁹AUBERT (Anm. 47), Rz. 181. Vgl. KISS-PETER (Anm. 2), 62f.

⁵⁰Zur anderslautenden Praxis der Geschäftsprüfungskommissionen im Bund vgl. MASTRONARDI (Anm. 47), 132.

⁵¹KURT EICHENBERGER, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Richard Frank (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters, Beihefte zur ZSR Heft 12/1990, 57ff., 64; MASTRONARDI (Anm. 47), 133.

⁵²Einen ersten Überblick über den Verlauf der wissenschaftlichen Diskussion zur Tragweite der EMRK für die Schweiz bieten die folgenden Autoren: MARK E. VILLIGER, (Anm. 42 mit Literaturverzeichnis ab S. XXIX); ARTHUR HAEFLIGER, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1993 (mit Literaturverzeichnissen, 375ff., 380ff.); POLEDNA (Anm. 42), mit umfangreichen Literaturverzeichnissen auf 5f. und 56f.; vgl. seither insbesondere ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung «zivilrechtlicher» Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, AJP 1994, 23ff.; DERS., Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993, sowie ULRICH ZIMMERLI, EMRK und schweizerische Verwaltungsrechtspflege, in: Aktuelle Probleme der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1994. Vgl. auch KÖLZ (Anm. 39), Art. 58; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Bern 1991, 309ff. Zum Verhältnis zwischen Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 58 BV; BGE 119 Ia 16 E. 3a, 227 E. 5; 118 Ia 214 E. 2d; 117 Ia 325; 116 Ia 390 E. 2, 486 E. 2b.

staatlichkeit und letztlich ein gerechtes Verfahren⁵³. Ein Mangel an Unabhängigkeit und damit Befangenheit ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, wenn «...Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen funktionellen oder organisatorischen Gegebenheiten begründet sein...»⁵⁴ Das Bundesgericht hat diese formelhafte Umschreibung in einer reichhaltigen, von der Rechtsprechung der Strassburger Organe beeinflussten Praxis konkretisiert. Besonders ausführlich und mit weitreichenden Konsequenzen für das kantonale Gerichtsorganisationsrecht hat sich das Bundesgericht mit der sog. *Vorbefassung* des Strafrichters beschäftigt. Vorbefassung begründet im Grundsatz keine Ausstandspflicht; jedenfalls insoweit nicht, als das Verfahren in bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz der Vorbefassung als *offen und nicht vorbestimmt* erscheint. Dabei sind die folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

- die *tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände*, unter denen sich RichterIn und Richter mit der Sache befasst haben bzw. sich später damit befassen werden,
- die *Art der Fragen*, die in den verschiedenen Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und das Ausmass ihrer Ähnlichkeit,
- der Umfang des *Entscheidungsraums* bei der Beurteilung der sich in verschiedenen Verfahrensabschnitten stellenden Rechtsfragen und
- die *Bedeutung* der Entscheidungen für den Fortgang des Verfahrens⁵⁵.

Neben einer Anzahl an Fällen zulässiger Vorbefassung⁵⁶ hat das Bundesgericht verschiedene Formen einer Personalunion als *nicht oder nur bedingt verfassungskonform* bezeichnet⁵⁷. Das kantonale Gerichtsorganisationsrecht hat insbesondere die folgenden Konstellationen auszuschliessen⁵⁸:

- Personalunion Staatsanwalt/erkennender Strafrichter⁵⁹;

⁵³BGE 114 Ia 55.

⁵⁴BGE 118 Ia 286; vgl. BGE 119 Ia 57, 226 E. 3; 117 Ia 173 E. 3a., 184 E b, 325 E. 2; 116 Ia 486 E. 2b; 115 Ia 175 E. 3; 114 Ia 50ff. E. 3b, 155 E.3; 112 Ia 290ff. Vgl. auch KÖLZ (Anm. 39), Rz. 16 ff., 56ff.

⁵⁵BGE 117 Ia 185; 116 Ia 34 E. 3a, 184 E b; 115 Ia 38; 114 Ia 53 E. 3 b, 145.

⁵⁶BGE 117 Ia 326 (frühere Mitwirkung des Sachrichters bei der Beurteilung eines vom Angeeschuldigten gegen ein anderes Gericht eingereichten Ausstandsbegehren), vgl. demgegenüber BGE 114 Ia 156 E. aa (Mitwirkung des urteilenden Richters beim Entscheid über ein Ausstandsbegehren, das gegen ihn selber gerichtet war); BGE 116 Ia 138 E. 3a, b. (Ablehnung eines Beweisantrages im Rahmen der Verhandlungsvorbereitung, der im Hauptverfahren wiederholt wird); BGE 116 Ia 34 E. 3 (Mitwirkung von Richtern, die ein Abwesenheitsurteil gefällt haben bei der Neuurteilung der Strafsache im ordentlichen Verfahren); BGE 116 Ia 30 E. 2a, vgl. auch BGE 115 Ia 404 E. 3, BGE 114 Ia 145 E. b (Mitwirkung der an einem aufgehobenen Entscheid beteiligten Gerichtspersonen an der Neuurteilung der Sache; im konkreten Fall Befangenheit bejaht in BGE 116 Ia 30 E. 2b); BGE 116 Ia 19 E. 5 (Anordnung von prozessualen Massnahmen im Strafprozess); BGE 115 Ia 37 E. 2c (früheres Mitwirken an einem Entscheid gegen andere Angeschuldigte, dem teilweise der gleiche Lebenssachverhalt zugrundelag).

⁵⁷Vgl. auch die Hinweise bei VILLIGER (Anm. 42), 246ff., Rz. 417ff.

⁵⁸Vgl. dazu die in Gang befindliche Reorganisation der Gerichts- und Justizverwaltung (vorne Anm. 31); zur Rechtsprechung der Konventionsorgane und des Bundesgerichts vgl. die Nachweise bei POLEDNA (Anm. 42), 107ff.

⁵⁹Piersack c. Belgien, EuGRZ 1985, 301 (Vorsitz eines Geschworenengerichts durch Richter, der zuvor die mit dem fraglichen Fall befasste Abteilung der Staatsanwaltschaft geleitet hatte); vgl. auch BGE 117 Ia 159 E. 2 (Mitwirkung des ehemaligen Generalprokurators des Kantons Bern in der gleichen Angelegenheit als ausserordentlicher Ersatzrichter am Wirtschaftsstrafgericht).

- Personalunion Untersuchungsrichter/erkennender Strafrichter⁶⁰;
- Personalunion Strafmandatsrichter/Sachrichter im Hauptverfahren⁶¹;
- Personalunion Überweisungsrichter/erkennender Strafrichter⁶².

Die Personalunion von *Hafrichter und Sachrichter* begründet demgegenüber regelmässig keine Vorbefassung⁶³; gleiches gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn der Hafrichter später beim Entscheid über ein Begehren um Haftentschädigung mitwirkt⁶⁴. Inwiefern die Personalunion von *Regierungsstatthalter und Gerichtspräsident* verfassungswidrig ist, wurde bis anhin nicht entschieden, ist nach Massgabe der Rechtsprechung zur Vorbefassung indessen zu bejahen⁶⁵. Dementsprechend nennt die Verfassung in Art. 68 Abs. 2 die Unvereinbarkeit entsprechender Ämter ausdrücklich⁶⁶.

4. Justizverfassung und gesetzliche Zuständigkeitsordnung

Die formelle Justizverfassung beschränkt sich auf die Bezeichnung der als Gerichtsbehörden anerkannten Organe; die Zuweisung der Sachmaterien auf die einzelnen Justizbehörden und deren gegenseitige Abgrenzung ist gleich wie die Regelung des Verfahrens Aufgabe des Gesetzgebers. Art. 58 BV schreibt den Kantonen zwar weder eine bestimmte Gerichtsorganisation noch ein bestimmtes Gerichtsver-

⁶⁰Grundsatzentscheid De Cubber c. Belgien, Series A Nr. 86 = EuGRZ 1985, 407. BGE 115 Ia 220 E. 5, 6, 227 E. 6, 7, 114 Ia 148 E. 5a, 114 Ia 277 E b, 113 Ia 73 E. 2, 112 Ia 300 E. 5b; vgl. auch das Urteil des BGR in EuGRZ 1986, 674 E. 4 c. sowie das den Kanton Bern betreffende, nicht publizierte Urteil vom 9. Januar 1987 (P 1319/86/ae).

⁶¹BGE 114 Ib 150 E. 7.

⁶²Die Zulässigkeit der Personalunion wurde *bejaht* hinsichtlich des bernischen Überweisungsrichters und Einzelrichters (BGE 114 Ia 149 E. b); ebenfalls dann, wenn im Appellationsverfahren dieselben Richter des bernischen Obergerichts amten, die bereits am Entscheid der Anklagekammer über die Überweisung hinsichtlich derjenigen Anklagepunkte mitgewirkt haben, in denen sich Untersuchungsrichter und Generalprokurator nicht haben einigen können (BGE 114 Ia 140 E. 4); die Zulässigkeit wurde *verneint* im Fall des erstinstanzlichen Strafrichters am Zürcher Obergericht, der vorher als Mitglied der Anklagekammer die Anklage zugelassen und den Angeschuldigten überwiesen hat (BGE 114 Ia 66 E. 5), ebenfalls bei Personalunion von Instruktionsrichter, Überweisungsbeamten und Gerichtspräsident im Kt. GR, BGE 114 Ia 277 E. b).

⁶³Hausschildt c. Dänemark, Series A Nr. 154 (Sachrichter, der Untersuchungshaft angeordnet, jedoch nicht die Untersuchung im Hinblick auf die Überweisung an das Gericht geführt hat); BGE 117 Ia 183 E. 3. Als unzulässig wurde diese Art von Personalunion erkannt in BGE 115 Ia 180 E. 3 (Mitwirkung des Landesgerichtspräsidenten UR an Entscheiden betr. Verlängerung der U-Haft).

⁶⁴BGE 116 Ia 391 E b; dazu kritisch JÖRG PAUL MÜLLER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1990, ZBJV, 1992, 454f. Vgl. neuerdings auch BGE 119 Ia 226 E. 3 (Richter, der über die Strafsache entschieden hatte, befindet später über das Begehren um Haftentschädigung).

⁶⁵Im nicht publizierten Bundesgerichtsentscheid der II. Zivilkammer vom 8. Dezember 1986 i.S. E wurde die Frage für das Verfahren der Aufhebung einer Vormundschaft aufgeworfen, im Ergebnis jedoch offengelassen. Eine Beschwerde wegen Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat das Bundesgericht als «nicht zum vornherein aussichtslos» bezeichnet.

⁶⁶Die Verfassung sieht die definitive Aufhebung der bisherigen Doppelmandate bis spätestens 31. Dezember 1998 vor: Art. 130 Abs. 4. Mit Verordnung über die Anpassung behördlicher Zuständigkeiten in Zivilsachen an die EMRK (vom 21. April 1993, Gesetze 1993, 287ff., noch nicht in der BSG) wurde das Verfahren in Vormundschaftssachen insofern neu geordnet, als entsprechende Verfügungen und Entscheide des Regierungsstatthalters bzw. der -statthalterin statt wie bisher an das Amtsgericht neu an den Appellationshof des Obergerichts weitergezogen werden können.

fahren vor; sie können demnach frei entscheiden, ob sie für die Behandlung bestimmter Rechtsfragen Gerichte einsetzen oder die Angelegenheit den Verwaltungsbehörden zur Erledigung überlassen wollen⁶⁷. Die Organisationsautonomie der Kantone wird indessen durch verschiedene Vorgaben des Bundesgesetzesrechts⁶⁸, ganz besonders aber durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK eingeschränkt. Diese Konventionsnorm verlangt für die Beurteilung einer Streitsache ein unabhängiges und unparteiisches Gericht, vorausgesetzt es handle sich bei der im Streit stehenden Materie um zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder um strafrechtliche Anklagen.

Die Konzeption der «Civil Rights»⁶⁹ durch die Konventionsorgane und das Bundesgericht⁷⁰ hat sich auf das innerstaatliche Recht unter anderem im Zusammenhang mit der rechtlichen Zuordnung der privaten Berufs- und Gewerbetätigkeit, der Staatshaftung und der Sozialversicherung ausgewirkt⁷¹. Besonders reichhaltig und mit bedeutsamen Auswirkungen auf die kantonale Gerichtsorganisation ist die Rechtsprechung der EMRK-Organen im Anwendungsbereich der Eigentumsгарantie⁷². Das Bundesgericht hat die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK in folgenden Fällen bejaht: Enteignungsverfahren und Verfahren zur Festsetzung der Enteignungsentschädigung⁷³, Überprüfung von Plänen, die das Enteignungsrecht verleihen⁷⁴, vorbereitende Handlungen für die Durchführung eines Enteignungsverfahrens⁷⁵, Verfahren betreffend die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts des Gemeinwesens⁷⁶, Verfahren betreffend die Einleitung einer Landumlegung und die Abgrenzung des Perimeters⁷⁷, die Unterschutzstellung eines architektonisch wertvollen Gebäudes mit Kino- und Theatersaal⁷⁸ oder die Verweigerung einer nachträglichen Baubewilligung verbunden mit einer Abbruchverfügung⁷⁹. Mit dem Entscheid *Editions Périscope*⁸⁰ wurde im Jahr 1992 wohl eine neue Phase der Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK ein-

⁶⁷Vgl. KÖLZ (Anm. 39), Rz. 66 m.w.H.

⁶⁸Von Bedeutung ist insbesondere die Verpflichtung der Kantone, in der Verwaltungsrechtspflege Gerichte als Vorinstanzen des Bundesgerichts einzusetzen (Art. 98a OG).

⁶⁹Vgl. die Nachweise zur Tragweite der Garantie bei POLEDNA (Anm. 42), 66ff. oder VILLIGER (Anm. 42), 224ff., Rz. 374ff.; HAEFLIGER (Anm. 52), 127ff.; sowie die Zusammenfassung der Rechtsprechung in BGE 119 Ia 92 E. b.

⁷⁰Das Bundesgericht legt den Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche und Streitigkeiten ebenso weit aus wie die Konventionsorgane; vgl. BGE 119 Ia 92, bestätigt in BGE 119 Ia 321ff. = Pra 93/1994 Nr. 51.

⁷¹Vgl. die Nachweise bei VILLIGER (Anm. 42), 228ff.; KLEY-STRULLER (Anm. 52, AJP), 28ff.; HAEFLIGER (Anm. 52), 113ff.; sowie die Übersicht in BGE 117 Ia 383f. oder VPB 1993 Nr. 59, 60; zuletzt BGE 119 Ia 225.

⁷²Vgl. die Nachweise bei VILLIGER (Anm. 42), 228, Rz. 381; POLEDNA (Anm. 42), 68; ZIMMERLI (Anm. 52), 37ff.; und die in BGE 117 Ia 383f. sowie BVR 1993, 395f. wiedergegebenen Entscheide.

⁷³Z.B. BGE 116 Ib 56, 174, 153; 115 Ia 67ff.; 115 Ib 18, 414.

⁷⁴BGE 118 Ia 331 betr. Uferschutzplanung; BGE 118 Ia 223 betr. Überbauungsordnung; BGE 118 Ia 372 betr. Festsetzung von Verkehrsbaulinien; BGE 120 Ia 19ff. betr. einen Werkplan.

⁷⁵BGE 116 Ib 174 betr. Probebohrungen für Sondermülldeponie.

⁷⁶BGE 114 Ia 19.

⁷⁷BGE 118 Ia 353; 117 Ia 382.

⁷⁸BGE 119 Ia 88 = AJP 1993, 1252 mit einer Anmerkung von ANDREAS KLEY-STRULLER.

⁷⁹BGE 117 Ia 522ff.

⁸⁰Series A Nr. 234-B (deutsche Übersetzung in ÖJZ 1992, 771) betr. Schadenersatz für die vom französischen Staat nicht gewährten Posttaxen- und Steuererleichterungen; vgl. auch KLEY-STRULLER (Anm. 52, AJP), 32f.

geleitet, wenn der Gerichtshof festhält, «dass der Gegenstand der Klage... eine vermögenswerte Angelegenheit betraf und dass die Klage auf einer angeblichen Verletzung von Rechten beruht, die gleichfalls vermögenswerte Rechte waren. Das in Rede stehende Recht war deshalb ein 'Civil right', ungeachtet des Anlasses der Streitigkeit und des Umstandes, dass die Verwaltungsgerichte zuständig waren...» Halten die Konventionsorgane an der neuen Rechtsprechung fest, ist jeder pekuniären und vermögenswerten Streitigkeit zwischen dem Staat und einem Individuum zivilrechtlicher Charakter zuzuerkennen. Damit werden weite, nach bernischem Verständnis traditionellerweise dem Verwaltungsrecht zugerechnete Streitigkeiten von Art. 6 EMRK erfasst werden⁸¹. Nicht unter den Geltungsbereich von Art. 6 EMRK fallen zurzeit Verfahren in folgenden Sachbereichen⁸²: Verfahren betreffend Ausbildungszeugnisse, Asyl- und Ausweisungsverfahren, Verfahren betreffend die politischen Rechte, freiwillige Schiedsgerichtsverfahren, Verfahren betreffend Einsicht in das Grundbuch, Verfahren im Zusammenhang mit der inneren und äusseren Sicherheit und rein prozessrechtliche Verfahren.

Wird vor diesem Hintergrund die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum schweizerischen Raumplanungs- und Enteignungsrecht analysiert⁸³, stellt sich die Frage, ob in Zukunft alle raumplanungsrechtlichen Streitigkeiten als «Civil rights» und damit unter Art. 6 EMRK fallend qualifiziert werden; in diesem Fall hätte allemal die gerichtliche Überprüfung von planerischen Hoheitsakten durch ein kantonales (Verwaltungs)Gericht zu erfolgen, soweit der konventionskonforme Zustand nicht anders hergestellt werden kann.

Inwiefern in Streitigkeiten über Zonenpläne, die nicht gleichzeitig das Enteignungsrecht begründen, Zivilrechte im Sinn der EMRK berühren, hat das Bundesgericht vorderhand offen gelassen⁸⁴. Kein Konflikt zur EMRK entsteht, soweit zur Anfechtung eines Zonenplans ausnahmsweise die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben ist⁸⁵. In den anderen Fällen ist der differenzierten Argumentation des bernischen Verwaltungsgerichts zu folgen⁸⁶: «Im vorliegenden Fall geht es nicht um einen Behördenplan, sondern um den Erlass einer baurechtlichen Grundordnung (Zonenplan) durch den kommunalen Gesetzgeber (die Stimmbürgerschaft). Dieser ist ... verpflichtet, auf seinem Gemeindegebiet die Bauzone von der Landwirtschaftszone und allfälligen weiteren Zonen abzugrenzen und

⁸¹Beispielsweise Abgaben und Steuern, Subventionen oder die finanziellen Aspekte des öffentlichen Dienstrechts.

⁸²Vgl. die Nachweise bei POLEDNA (Anm. 42), 69f.; VILLIGER (Anm. 42), 231, Rz. 387.

⁸³Vgl. 115 Ia 66ff.; 114 Ia 114ff.; 114 Ia 14ff.; 120 Ia 19ff. (vgl. auch die Besprechungen in Baurecht 1990, 75f. sowie 1994, 74ff. [U. ZIMMERLI], Baurecht 1991 11f. [M. BORGHI], ZBJV 127/1991 491 [A. KÖLZ]); 118 Ia 353ff.; 117 Ia 522ff.; 497ff.; 378ff.; 116 Ib 174 E. 2b; 115 Ia 189ff.; 115 Ib 415 E. 3c.

⁸⁴Vgl. BGE 117 Ia 497ff. sowie das Urteil vom 21. Oktober 1993, AJP 1994, 242. Gemäss CLAUDE ROUILLER, La protection juridique en matière d'aménagement du territoire par la combinaison des art. 6, par. 1 CEDH, 33 LAT et 98a OJ: complémentarité ou plénitude? SJZ 1994, 21ff. fallen Streitigkeiten über Nutzungspläne unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK und sind demzufolge von einer kantonalen verwaltungsunabhängigen Justizbehörde zu überprüfen.

⁸⁵Art. 34 RPG (SR 700); vgl. etwa BGE 118 Ib 11ff. (Saanen/BE), 66ff. 117 Ib 9.

⁸⁶Entscheid vom 10. Juni 1993 (18777U PL/wi), bestätigt im bislang ebenfalls unveröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 3. Februar 1994 (1P.124/1993/adc; 1P.410/1993).

damit den Inhalt des Grundeigentums im Rahmen der Bundesgesetzgebung zu bestimmen... Zumal wenn es wie hier um eine erstmalige Nutzungsplanung nach den Grundsätzen des RPG und damit um eine erstmalige RPG-konforme Inhaltsbestimmung des Grundeigentums geht..., kann nicht im Sinne der Rechtsprechung der Strassburger Organe zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK von Streitigkeiten über ein *bestehendes Recht* («contestation sur un droit», contestation «sur l'existence même d'un droit, sur son étendu ou ses modalités d'exercice»...) gesprochen werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besitzt der Grundeigentümer grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Einweisung seines Landes in eine Bauzone und ergibt sich die Berechtigung zum Bauen erst aus der Zugehörigkeit des entsprechenden Landes zu einer Bauzone, welche den aus der Neuordnung des Bodenrechts fließenden verfassungs- und gesetzmässigen Anforderungen entspricht (BGE 118 Ib 42 und 344). Es geht somit im vorliegenden Fall um die Inhaltsbestimmung des Grundeigentums... durch den zuständigen kommunalen Gesetzgeber und nicht um die Anwendung und Auslegung bestehenden Rechts durch eine Exekutivbehörde. Aus diesen Gründen lässt sich die angeführte Praxis der Strassburger Organe und des Bundesgerichts nicht unbesehen auf die vorliegende Zonierungsstreitigkeit übertragen.»

Weniger zahlreich sind die Probleme, die sich im Zusammenhang mit Verfahren stellen, in welchen «über die Stichhaltigkeit der gegen (eine Person) erhobenen *strafrechtlichen Anklage*» entschieden wird⁸⁷. Für das kantonale Recht von Bedeutung sind insbesondere die folgenden drei Rechtsgebiete: Im *Übertretungs-* und *Ordnungswidrigkeitenstrafrecht* sind seit dem Entscheid *Belilos* die Verfahrensgarantien der EMRK anwendbar⁸⁸. Demgegenüber gilt Art. 6 EMRK in der Regel nicht für *Disziplinarverfahren*⁸⁹; insbesondere können Mitglieder besonderer Institutionen wie Schulen oder Gefängnisse, oder Berufsgattungen wie Ärzte, Anwälte oder Beamte bestimmten Verhaltensregeln unterstellt werden, ohne dass Disziplinarsanktionen die Anwendung von Art. 6 EMRK bedingen würden; die EMRK findet jedoch Anwendung, wenn die Widerhandlung auch nach dem gemeinen Strafrecht bestraft würde oder Verhaltenspflichten einer weiteren Öffentlichkeit auferlegt werden⁹⁰. *Steuerverfahren* fallen nach ständiger Rechtsprechung der Kommission nicht unter den Schutzbereich von Art. 6 EMRK⁹¹, wohl aber *Steuerstrafverfahren*⁹².

Die kantonale Zuständigkeitsordnung hat alle nach Massgabe der Rechtsprechung der Konventionsorgane und des Bundesgerichts zivil- und strafrechtlichen Streitigkeiten einem Gericht im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (bzw. Art. 98ff.) zuzuweisen.

⁸⁷Zur Rechtsprechung der Qualifikation als Verfahren der strafrechtlichen Anklage vgl. HAEFLIGER (Anm. 52), 127ff.; POLEDNA (Anm. 42), 71ff.; VILLIGER (Anm. 42), 231ff., Rz. 388ff., je mit Hinweisen.

⁸⁸Series A Nr. 132 = EuGRZ 1989, 21ff. Vgl. BGE 115 Ia 406ff.

⁸⁹Vgl. demgegenüber Weber c. Schweiz, Series A Nr. 177 = Pra 80/1991 Nr. 81 = VPB 54/1990 Nr. 56.

⁹⁰VILLIGER (Anm. 42), 234, Rz. 396.

⁹¹VILLIGER (Anm. 42), 233f., Rz. 395, mit zahlreichen Hinweisen. Inwieweit der Entscheid Editions *Périscope*, Series A Nr. 234-B (deutsche Übersetzung in ÖJZ 1992 771) betr. Schadenersatz für die vom französischen Staat nicht gewährten Posttaxen- und Steuererleichterungen Auswirkungen auf diese Rechtsprechung hat, ist nicht abzuschätzen.

⁹²WALTER KÄLIN/LISBETH SIDLER, Die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf kantonale Steuerhinterziehungsverfahren, ASA 57/1989, 529ff., 547.

Schwierigkeiten ergeben sich wegen der weiten Interpretation der «zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen» vor allem für die Verwaltungsgerichtsbarkeit⁹³. Um mit der dynamischen Rechtsschöpfung Schritt halten zu können, braucht der bernische Gesetzgeber die bewährte Generalklausel mit negativem Enumerationskatalog⁹⁴ für die Regelung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit allerdings nicht aufzugeben. Wiewohl die von der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit ausgenommenen Planungsakte⁹⁵ und Konzessionen⁹⁶ zivilrechtliche Streitigkeiten im Sinn der EMRK darstellen und die Zuständigkeitsordnung des VRPG den Konventionserfordernissen insoweit nicht entspricht⁹⁷, sich überdies mit dem Entscheid *Périscope*⁹⁸ die Frage nach der Zulässigkeit des Ausschlusses von abgaberechtlichen Streitigkeiten⁹⁹ akzentuiert hat¹⁰⁰, erscheint eine grundlegende Änderung der Zuständigkeitsordnung im VRPG als unnötig: Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist in der Schweiz unmittelbar anwendbares Recht¹⁰¹. Das Verwaltungsgericht ist demzufolge auch ohne weitere gesetzliche Grundlage oder gar gegen den klaren Wortlaut der bestehenden gesetzlichen Ordnung zur Beurteilung einer Streitsache zuständig, wenn diese nach Massgabe der EMRK nach gerichtlicher Beurteilung verlangt¹⁰².

III. Unabhängigkeit der Behörden der verwaltungsinternen Rechtspflege?

Als grundrechtliche Verfahrensgarantie ist die Verpflichtung zur Unabhängigkeit gemäss Art. 26 Abs. 1 allein auf Gerichtsbehörden gemäss Art. 97ff. anwendbar. Soweit Justizfunktionen auch von Behörden der Zentralverwaltung oder von anderen Trägern öffentlicher Aufgaben wahrgenommen werden, bestimmt sich die Tragweite deren «Unabhängigkeit» nach anderen Normen des kantonalen und eidgenössischen Verfassungsrechts. Gleich wie Gerichte können indessen auch verwaltungsinterne Rechtspflegeinstanzen nur mittels Gesetz im formellen Sinn eingesetzt werden. Die Verfassung verankert diesen Grundsatz ausdrücklich für die Rechtspflegekompetenzen des Regierungsrates und der Regierungsstatthalterinnen und -statthalter¹⁰³. Soweit anderen Trägern öffentlicher Aufgaben (beispielsweise Anstalten) Justizfunktionen übertragen werden sollen, ist auch dazu eine Regelung im formellen Gesetz erforderlich¹⁰⁴. Gleiches gilt, soweit Linieninstanzen der Zentralverwaltung, insbesondere die Direktionen, Justizfunktionen wahrnehmen¹⁰⁵. Das Organisations-

⁹³Vgl. KLEY-STRULLER (Anm. 52, AJP), 24ff.

⁹⁴Art. 74ff. VRPG.

⁹⁵Art. 77 Abs. 1 Bst. d und g VRPG.

⁹⁶Art. 77 Abs. 1 Bst. g VRPG.

⁹⁷Vgl. KLEY-STRULLER (Anm. 52, AJP), 38.

⁹⁸Vgl. vorne Anm. 80 und 91.

⁹⁹Art. 77 Abs. 1 Bst. 1 VRPG.

¹⁰⁰Vgl. auch KLEY-STRULLER (Anm. 52, AJP), 38.

¹⁰¹BGE 118 Ia 473, 333ff.; BGE 111 Ia 243f.

¹⁰²Ebenso KLEY-STRULLER (Anm. 52, AJP), 36.

¹⁰³Art. 90 Bst f, Art. 93 Abs. 3 Bst. c.

¹⁰⁴Art. 95 Abs. 2 Bst. a.

¹⁰⁵Zwar sieht die Delegationsbestimmung Art. 69 Abs. 3 vor, dass der Regierungsrat Befugnisse der Direktionen ohne Ermächtigung im Gesetz auf andere, in der Regel der Direktion untergeordnete Instanzen, übertragen darf. Gleichzeitig verlangt indessen Art. 69 Abs. 4 für alle grundlegenden

gesetz kann freilich vorsehen, dass auf Verordnungsstufe geregelt werden darf, welche Direktion bzw. welche andere Behörde zur Beurteilung einer bestimmten Verwaltungsbeschwerde zuständig ist.

Institutionelle Unabhängigkeit kann einzig den Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichten zukommen. Dies ergibt sich aus den Anforderungen, die die EMRK-Organe und das Bundesgericht an die institutionelle Unabhängigkeit stellen¹⁰⁶, wird aber auch aus der Systematik der Kantonsverfassung selber ersichtlich, indem die Unabhängigkeit einzig der *Gerichte* gewährleistet wird¹⁰⁷. Soweit über *zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen* im Sinn von Art. 6 EMRK zu entscheiden ist, vermag der Regierungsrat den Anforderungen *nicht zu genügen*, die an den unabhängigen Richter gestellt werden; er kann in diesem Sinn nicht in richterlicher Funktion tätig sein¹⁰⁸. Soweit aber rein verwaltungsrechtliche Streitigkeiten zum Entscheid anstehen, verbietet die EMRK die Einsetzung des Regierungsrates als Justizbehörde nicht¹⁰⁹.

Nach dem Ergebnis einer systematischen Auslegung bezieht sich die Verpflichtung zur *Unbefangenheit* (Unparteilichkeit) nur auf Gerichtsbehörden im Sinn von Art. 97ff. Haben andere als Gerichtsbehörden Justizfunktionen inne, richtet sich ihre Verpflichtung zur Unparteilichkeit nach den massgebenden Bestimmungen des Bundesrechts. Das Bundesgericht hat es wiederholt abgelehnt, Art. 58 BV und damit den Anspruch auf Beurteilung einer Streitsache durch unabhängige Richter auch auf das Verfahren vor Verwaltungsbehörden auszudehnen; es gewährleistet deren Unparteilichkeit und Unabhängigkeit über Art. 4 BV¹¹⁰. Diese bundesrechtliche Verfassungsnorm fordert von Exekutivbehörden eine Ausstandspflicht, wenn «das betreffende Behördemitglied oder der Beamte ein *persönliches Interesse* (Hervorhebung durch die Verfasser) an dem zu behandelnden Geschäft hat. Nimmt der Betroffene jedoch öffentliche Interessen wahr, besteht grundsätzlich keine Ausstandspflicht, selbst wenn er bei seinem Entscheid gegensätzliche Interessen zu berücksichtigen hat.»¹¹¹ Art. 13 EMRK garantiert ein Recht auf wirksame Beschwerde und verlangt eine *hinreichend unabhängige Verwaltungsinstanz*, allerdings nur insoweit, als diese über Verletzungen der EMRK entscheidet¹¹². Nach der Praxis der Konventionsorgane können die Regierung und die Minister (und damit auch die Direktionsvorsteher) zureichende Instanzen im Sinn von Art. 13 EMRK sein, wenn die verfahrensmässigen Garantien einer unparteiischen Beurteilung gewahrt sind¹¹³. Die bundesgerichtliche

und wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts eine Grundlage im formellen Gesetz; zu diesen grundlegenden und wichtigen Rechtssätzen gehört auch die Regelung der Frage, welche Behörde Beschwerdeinstanz in einer Rechtstreitigkeit ist (vgl. Art. 69 Abs. 4 Bst. d). Die Delegationsbefugnis des Regierungsrates gemäss Art. 69 Abs. 3 wird damit im Bereich der Einsetzung von Verwaltungsjustizbehörden eingeschränkt.

¹⁰⁶Vgl. dazu vorne Ziff. II.2. BGE 117 Ia 522ff.; 115 Ia 183; 103 Ib 372f.

¹⁰⁷Art. 97 Abs. 1; vgl. auch Art. 26 Abs. 1.

¹⁰⁸BVR 1993, 397; unklar GEORG MÜLLER, Kommentar BV, Art. 4, Rz. 120.

¹⁰⁹Vgl. BGE 109 Ia 214.

¹¹⁰BGE 107 Ia 137; ZBI 1979 484ff.; Pra 73/1984 Nr. 6.

¹¹¹BGE 107 Ia 137; 114 Ia 279. Vgl. auch BGE vom 22. Juni 1983, EuGRZ 1984, 323f.

¹¹²Vgl. VILLIGER (Anm. 42), 371ff.

¹¹³Vgl. die Nachweise bei YVO HANGARTNER, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss

Rechtsprechung mit ihrer Beschränkung der Ausstandspflicht auf den Fall der Kollision mit persönlichen Interessen erscheint auch unter diesem Aspekt als *zu eng*¹¹⁴.

Art. 68 Abs. 4 verlangt, dass Mitglieder von Behörden sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung in allen Geschäften, die sie *unmittelbar betreffen*, in den Ausstand zu treten haben¹¹⁵. Eine derartige, unmittelbare Betroffenheit ist anzunehmen, wenn der Regierungsrat Beschwerden im Zusammenhang mit Organisationen der mittelbaren Verwaltung zu beurteilen hat, deren Willensbildung einzelne seiner Mitglieder mittragen, weil sie von Amtes wegen im entsprechenden Gremium vertreten sind¹¹⁶. Unmittelbare Betroffenheit und damit eine mögliche Ausstandspflicht besteht auch insofern, als das Regierungskollegium Beschwerden zu beurteilen hat, die sich gegen den Entscheid einer Direktion richten oder die von einer Direktion instruiert worden sind. Letztlich zu befriedigen vermag u.E. allein eine Lösung, die hinsichtlich der Anforderungen an die Unparteilichkeit von der grundsätzlichen *Gleichstellung* der Gerichte und der verwaltungsinternen Justizbehörden ausgeht¹¹⁷.

IV. Tragweite und Grenzen der kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Grundsatz: Artikel 66 Absatz 3

Die Überprüfung von *Verfügungen und Entscheiden* auf ihre Verfassungsmässigkeit hin gehört - insbesondere im Bereich der Verwaltungsrechtspflege - zu den ständigen Aufgaben der rechtsanwendenden Behörden. Unter dem Aspekt der Gewaltenteilung von besonderer Bedeutung ist hier die Frage, ob und inwieweit Gerichtsbehörden, Regierungs- und Verwaltungsbehörden auch *rechtsetzende Normen* als rechts- bzw. verfassungswidrig bezeichnen können.

Art. 66 Abs. 3 bestimmt, dass kantonale Erlasse, die höherrangigem Recht widersprechen, von den kantonalen Justizbehörden nicht angewendet werden dürfen. Die Bestimmung begründet einen *besonderen Typus* kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit¹¹⁸. Die offen formulierte Verfassungsbestimmung wirkt freilich mehr

Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, AJP 1994, 3ff., 9, Fn. 68; vgl. auch BGE 118 Ib 277 E. 5c, 111 Ib 68 E. 4.

¹¹⁴Kritisch ebenfalls J.P. MÜLLER (Anm. 52), 315; G. MÜLLER (Anm. 108), Rz. 122; KÖLZ (Anm. 39), Rz. 26; HANS PETER MOSER, Urteilsanmerkung in ZBI 1979, 488. Die in Art. 9 VRPG geregelten Ausstandspflichten vermögen diesen Ansprüchen grundsätzlich zu genügen; allerdings sind die Ausstandsregeln gemäss Art. 9 Abs. 3 VRPG für den Regierungsrat nicht anwendbar.

¹¹⁵Diesbezüglich wird das neue Organisationsgesetz Klärung bringen, indem die Ausstandsvorschriften des Personalgesetzes und des VRPG sinngemäss auch für Regierungsmitglieder gelten; vgl. Art. 6 Abs. 1 des Vernehmlassungsentwurfs vom 14. Januar 1994 zum Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (E-OrG).

¹¹⁶Demgegenüber soll nach dem Entwurf zu einem neuen Organisationsgesetz die Mitwirkung eines Regierungsrates oder einer Regierungsrätin in einem Organ einer juristischen Person von Amtes wegen demgegenüber keinen Ausschlussgrund darstellen (Art. 6 Abs. 2 E-OrG).

¹¹⁷Vgl. auch J.P. MÜLLER (Anm. 52), 315; G. MÜLLER (Anm. 108), Rz. 122; KÖLZ (Anm. 39), Rz. 26; MOSER (Anm. 114).

¹¹⁸Zum Begriff der kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. WALTER KÄLIN, Chancen und Gren-

Fragen auf, als sie beantwortet und verlangt nach wertender Ausgestaltung durch Gesetzgeber und Justizbehörden¹¹⁹. Folgende Aspekte stehen im Vordergrund:

Es wird kein Verfassungsgericht eingesetzt; die Verfassungsgerichtsbarkeit wird von den Justizbehörden ausgeübt. Die Verfassung setzt zur Ausübung der Verfassungsgerichtsbarkeit kein eigentliches Verfassungsgericht ein; zur Normenkontrolle verpflichtet sind nach dem Wortlaut der Verfassung vielmehr *alle Justizbehörden*. Als solche gelten alle vom Kanton eingesetzten Behörden, die Justizfunktionen innehaben¹²⁰. Neben den verfassungsrechtlichen Behörden der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Art. 98ff.) gehören dazu auch die im Rahmen der strafrechtlichen Voruntersuchung tätigen Untersuchungsrichterinnen und -richter sowie die Staatsanwaltschaft¹²¹. Ebenfalls eingeschlossen sind die Behörden der verwaltungsinternen Rechtspflege, soweit sie als *Verwaltungsjustizbehörden* tätig sind, mithin über Beschwerden entscheiden¹²². Inwiefern auch Verwaltungsbehörden¹²³ zur Normenkontrolle gehalten sind, lässt sich dem Wortlaut der Verfassungsnorm direkt nicht entnehmen; die Verfassungskommission will die Nennung der Verwaltungsjustizbehörden beispielhaft verstanden wissen und die Konkretisierung Gesetzgebung und Praxis überlassen¹²⁴.

Ähnliches gilt bezüglich der Frage, ob die kantonalen Justizbehörden zur Prüfung der Rechts- und Verfassungskonformität *von Amtes wegen* verpflichtet sind oder nur auf *Begehren* hin. Während der Verfassungstext apodiktisch festhält, dass Erlasse, die höherrangigem Recht widersprechen, von den Justizbehörden nicht angewendet werden dürfen, mithin eine Überprüfungspflicht von Amtes wegen statuiert, soll nach Meinung der Verfassungskommission offen bleiben, ob die Normenkontrolle von Amtes wegen oder auf Begehren hin durchzuführen ist¹²⁵.

Gemäss Art. 27 Abs. 2 gilt der Grundsatz, dass an die Grundrechte gebunden ist und zu deren Verwirklichung beiträgt, wer öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Wohl haben nach dieser Bestimmung nicht nur die Justizbehörden, sondern auch die Verwaltungsbehörden (als solche gelten auch alle anderen Träger öffentlicher Aufgaben, soweit ihnen Verfügungskompetenz zukommt)¹²⁶ die Grundrechte zu beachten. Im

zen kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit, ZBI 1987, 233ff., 234f.; zu ihren Funktionen WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Bern 1987, 35ff.; ferner ANDREAS AUER, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel u.a. 1984.

¹¹⁹Zur Verfassungskonkretisierung vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, 45f.; KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg 1993, 24ff.

¹²⁰Damit scheinen die Gemeindebehörden vom Geltungsbereich des Art. 66 Abs. 3 ausgenommen zu sein. Von der Sache her leuchtet dies indessen zumindest dann nicht ein, wenn diese Behörden als *Justizbehörden* wirken. Daher lässt sich wohl die Auffassung vertreten, der Begriff «Justizbehörden» sei funktional zu verstehen.

¹²¹Gleiches gilt, soweit bisher nicht bekannte Behörden wie die Haftrichterinnen und -richter durch die Gesetzgebung eingeführt werden sollen; vgl. Reorganisation der Gerichts- und Justizverwaltung (vorne Anm. 31). Vortrag vom 18. Februar 1994, 13f.

¹²²Zur Terminologie vgl. Art. 2 Abs. 3 VRPG; vgl. auch Vortrag I/99.

¹²³Verwaltungsbehörden sind Behörden, die auf Begehren einer Partei oder von Amtes wegen verfügen (vgl. Art. 2 Abs. 2 VRPG).

¹²⁴Vortrag I/100.

¹²⁵Vortrag I/99f.

¹²⁶Vgl. Art. 95 Abs. 1.

Interesse der Rechtssicherheit und im Lichte von Art. 66 Abs. 3 erscheint es indessen als tunlich, die Befugnis bzw. Pflicht zur akzessorischen Normenkontrolle auf die *Justizbehörden* zu beschränken. Im Schutzbereich der Grundrechtsgarantien hat diese Überprüfung indessen *von Amtes wegen* zu erfolgen¹²⁷. Dies entspricht dem Grundsatz der *Rechtsanwendung von Amtes wegen* («iura novit curia»), demzufolge die Justizbehörden an die Begründung der Parteibegehren nicht gebunden sind, sondern auf den festgestellten Sachverhalt den als richtig erachteten Rechtssatz anzuwenden haben¹²⁸. Der Grundsatz gilt im Verwaltungsprozess gleich wie im Zivilprozess und im Strafprozess¹²⁹. Die Verpflichtung zur Normenkontrolle ergibt sich im übrigen auch aus dem wohlverstandenen *Legalitätsprinzip*. War die Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines Erlasses aber von den Parteien nicht angebeht worden, hat ihnen die Justizbehörde freilich das *rechtliche Gehör* (Art. 26 Abs. 2) zu gewähren und ihnen mitzuteilen, dass sie die Streitsache auch unter dem Aspekt der Grundrechtskonformität der angewendeten Rechtsnormen zu überprüfen gedenke; soweit die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können, wird ihnen damit ermöglicht, das Rechtsmittel zurückzuziehen oder ihre Begehren zu ändern.

Eine Anfechtung kann nur in Form der akzessorischen und nicht auch der abstrakten Normenkontrolle erfolgen. Im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit bernischer Prägung überprüfbar ist die Übereinstimmung von *kantonalen Erlassen* mit dem übergeordneten Recht. Dabei soll keine abstrakte Anfechtung der rechtsetzenden Normen unmittelbar im Anschluss an ihre Publikation stattfinden können. Vielmehr wird die Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen der Anfechtung eines Einzelaktes ausgeübt, indem gerügt wird, die ihm zugrundeliegende Norm sei inhaltlich verfassungswidrig (sog. akzessorische Normenkontrolle).

Die Überprüfung von *Bundesrecht* ist nur im Rahmen der bundesverfassungsrechtlichen Vorschriften (Art. 113 Abs. 3 BV) erlaubt¹³⁰. Die Frage, inwieweit *kommunale Erlasse* durch kantonale Justizbehörden akzessorisch überprüfbar sind, lässt sich allein aus Art. 66 Abs. 3 nicht ohne weiteres beantworten. Eine solche Überprüfung kann aber auch dann nicht im Widerspruch zur *Gemeindeautonomie* stehen, wenn der dabei festgestellte Verstoß gegen übergeordnetes Recht bei der seinerzeitigen Genehmigung des fraglichen Gemeindeerlasses übersehen wurde, denn die Genehmigung heilt Rechtswidrigkeiten nicht¹³¹.

¹²⁷Vgl. für die Verfassungsgerichtsbarkeit in diesem Zusammenhang auch WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, 390; DERS. (Anm. 118, ZBI), 233ff., insb. 237.

¹²⁸FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1986, 211ff.

¹²⁹ALFRED KÖLZ, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, 2. Aufl., Zürich 10; ROBERT HAUSER, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Basel 1984, 144; vgl. BGE 72 IV 111, 103 IV 62; MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, 76; WALTHER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel u.a. 1990, Rz. 391ff.

¹³⁰Vgl. zum Ganzen WALTER KÄLIN (Anm. 127), 132ff.

¹³¹BVR 1976, 448 E. 1.

2. Zur vorfrageweisen Prüfung von kantonalen Erlassen auf ihre Übereinstimmung mit der Kantonsverfassung

Gestützt auf Art. 66 Abs. 3 i.V. mit Art. 27 Abs. 2 sind alle kantonalen *Justizbehörden* nach dem Gesagten von Amtes wegen zur vorfrageweisen Prüfung von kantonalen Erlassen verpflichtet, soweit deren Grundrechtskonformität in Frage steht. Aufgrund des Grundsatzes der *Einheit der Verfassung* darf es im prozeduralen Bereich nicht verschiedene Kategorien von Verfassungsrecht geben. Deshalb erfasst die Prüfung sinnvollerweise alle Grundrechtsnormen, d.h. auch jene des Bundesverfassungsrechts und die Garantien der EMRK. Die mit der Verfassungskontrolle befasste Justizbehörde darf jedoch nicht rechtsetzende Funktion beanspruchen, sondern ist auf die Verwirklichung der ihrem Schutz übertragenen Verfassungsnormen beschränkt¹³². Die Einheit der Verfassungsrechtsprechung wird durch diese Regel nicht mehr gefährdet, als wenn die Verfassungsauslegung allein den obersten kantonalen Behörden zusteht¹³³. Mit dieser Lösung geht die neue Verfassung über die bisherige Praxis hinaus und begründet eine wesentliche Verstärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit¹³⁴.

Dass die *verfügenden* Behörden funktional nicht zur akzessorischen Normenkontrolle von Amtes wegen befugt sind, entbindet sie freilich nicht von der Prüfungspflicht, wenn diese von den Parteien verlangt wird¹³⁵. Die Verfassung stünde der Verankerung eines «Vorabentscheidungsrechts» im formellen Gesetz jedenfalls nicht entgegen. So könnten die Verwaltungsbehörden beispielsweise angewiesen werden, das Verfahren zu sistieren und die Frage nach der Verfassungskonformität der kantonal letztinstanzlich zuständigen Behörde zum Entscheid zu unterbreiten¹³⁶.

3. Zur Prüfung der Verfassungs- und Gesetzeskonformität von regierungsrätlichen Verordnungen

Die Überprüfung der Gesetzes- und Verfassungskonformität von Verordnungen ist Teil der Rechtsanwendung im Einzelfall und als solche von allen Justizbehörden vorzunehmen. Problematisch ist diese Regel, wenn sich mit den Direktionen, Regie-

¹³²Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, München 1993, 173.

¹³³Soweit kantonale Behörden die Verfassungskonformität von kantonalen Erlassen überprüft haben, ist ihre Rechtsprechung deshalb transparent zu machen.

¹³⁴Vgl. BVR 1985, 5; 1983, 150 E. 3a. Vortrag I/99f. Teil II/Art. 66 Bemerkung 8.

¹³⁵Sind beispielsweise die Regierungstatthalterinnen und -statthalter nicht als Verwaltungsjustiz-, sondern als Verwaltungsbehörden tätig und verfügen sie selber über keine juristische Ausbildung, sind ihnen deshalb juristische Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beizuordnen.

¹³⁶Vgl. dazu Art. 100 des deutschen Grundgesetzes: «Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung des Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt.» Ähnlich auch die sog. Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (Art. 177 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, vom 25. März 1957, Neufassung i.K. per 1.11.1993 (BGBl. II, 1947ff.).

rungsstatthalterinnen und -statthaltern Verwaltungsjustizbehörden über die Rechtmässigkeit von Verordnungen des Regierungsrates auszusprechen haben, die diesem hierarchisch unterstellt sind und denen gegenüber mittels Dienstbefehl oder Verwaltungsverordnungen ein disziplinarisch sanktionierbares Weisungsrecht des Regierungsrates besteht¹³⁷. Werden diese Behörden an die Verordnungen gebunden, hat dies zur Folge, dass sie ihre Aufgabe als Rechtspflegeorgane nicht voll wahrnehmen können; weiter folgt daraus, dass die Kognition der Rechtsmittelinstanz weiter ginge als diejenige der Verwaltungsbehörde¹³⁸. Der Regierungsrat darf von Verfassungs wegen den ihm hierarchisch unterstellten (Justiz)Behörden die Prüfung der Verfassungskonformität seiner Verordnungen zumindest insoweit nicht untersagen, als Grundrechte in Frage stehen¹³⁹. Die bisher praktizierte Lösung, wonach die dem Regierungsrat unterstellten Behörden an eine Verordnung einzig dann nicht gebunden sind, wenn diese offensichtlich rechtswidrig ist¹⁴⁰, lässt sich demzufolge nicht mehr halten. Der Regierungsrat hat ein Verfahren einzurichten, das diese Prüfung sicherstellt. Denkbar ist auch hier, dass die seiner Aufsicht unterstellten Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden das Verfahren sistieren und - im Sinne eines Vorabentscheidungsrechts - den Regierungsrat selber oder eine von ihm bezeichnete Behörde die Normenkontrolle vornehmen lassen. Soweit Justizbehörden zur Prüfung der Verfassungskonformität verpflichtet sind, sind sie auch zur Prüfung der Gesetzeskonformität befugt.

4. Zur Prüfung kantonalen Normen auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht

Zur Prüfung der Bundesverfassungsmässigkeit von kantonalen Erlassen hat das Bundesgericht den Mindeststandard gesetzt: Die «obersten kantonalen Behörden» sind unmittelbar gestützt auf die Bundesverfassung verpflichtet, das von ihnen anzuwendende kantonale Recht auf seine Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu überprüfen und das als verfassungswidrig anerkannte Recht nicht anzuwenden¹⁴¹. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich nicht schlüssig entnehmen, ob diese Prüfung von Amtes wegen oder allein auf entsprechenden Antrag hin zu erfolgen hat.

Im Rahmen ihrer *Verfahrensautonomie*¹⁴² sind die Kantone frei, über die bundesrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehend das Bundesrecht sicherzustellen. Sie dürfen deshalb auch Justizbehörden unterer Stufen zur Prüfung der Bundesverfassungskonformität von kantonalen Erlassen verpflichten¹⁴³. Eine solche Verpflichtung birgt indessen die Gefahr, dass eine Verfassungsrechtsprechung durch kantonale

¹³⁷Zur Bindung der Verwaltungsbehörden an die Verordnungen des Regierungsrates vgl. auch BGE 100 Ib 17 E. 4b.

¹³⁸So schon BVR 1983 150 E. 3a.

¹³⁹Art. 27 Abs. 2.

¹⁴⁰BVR 1983, 151 E. 3b.

¹⁴¹BGE 112 Ia 313. Vgl. BGE 109 Ib 85 E. 3; 104 Ia 82ff.; 91 I 314; 82 I 219.

¹⁴²Vgl. insbesondere Art. 64 (Zivilrechtspflege), Art. 64^{bis} Abs. 2 (Strafrechtspflege) BV.

¹⁴³Eine solche Verpflichtung ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen; vgl. dazu vorne Ziff. IV.2.

Instanzen über die blosser Anwendung hinaus zu einer eigentlichen *Konkretisierung* der *Bundesverfassung* führt und so die Einheit der Rechtsprechung gefährdet¹⁴⁴.

Soweit kantonale Justizbehörden ihren Entscheid auch auf kantonales oder kommunales Recht stützen, das Gesetzes- oder Verordnungsrecht des Bundes ausführt und konkretisiert, sind sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur *Rechtsanwendung von Amtes* wegen verpflichtet¹⁴⁵. Dabei sind sie auch zur Prüfung der Bundesrechtskonformität des von ihnen angewendeten kantonalen und kommunalen Rechts verpflichtet (vgl. Art. 2 ÜBest. BV).

5. Zur Prüfung von bundesrechtlichen Normen auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Bundesrecht

Auf die Frage, ob und inwieweit kantonale Behörden bundesrechtliche Erlasse auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Bundesrecht überprüfen dürfen, gibt die Verfassung keine Antwort. Nach Massgabe des Bundesrechts dürfen die Kantone Verordnungen des Bundesrates auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Bundesrecht prüfen; in bezug auf Bundesgesetze und Staatsverträge sind die kantonalen Behörden indessen gleich wie die Justizbehörden des Bundes an die allgemeine, durch Art. 113 Abs. 3 BV aufgestellte Schranke gebunden¹⁴⁶.

¹⁴⁴Vgl. KÄLIN (Anm. 118, ZBl), 243. Diese Gefahr besteht jedoch auch insoweit, als die obersten kantonalen Behörden die Bundesverfassungskonformität von kantonalen Erlassen prüfen; zudem werden weite Teile des Bundesgesetzesrechts, namentlich des Zivil- und Strafrechts, zur Hauptsache von kantonalen Instanzen angewendet, so dass auch diesbezüglich keine einheitliche Rechtsprechung gewährleistet ist.

¹⁴⁵Vgl. dazu vorne Ziff. IV.2.

¹⁴⁶Vgl. WALTER HALLER, Kommentar BV, Art. 113, Rz. 142ff.

GEMEINDEN

ULRICH ZIMMERLI

I. Grundsätzliches

1. Zur Bedeutung der Gemeinden

Art. 3 der Bundesverfassung¹ sieht bekanntlich eine umfassende subsidiäre Generalzuständigkeit der Kantone als Gliedstaaten vor. Nur dort, wo sich aus der Bundesverfassung die Zuweisung einer Aufgabe an den Bund ergibt, darf dieser gesetzgeberisch tätig werden. Neue Bundesaufgaben bedürfen demnach einer Verfassungsergänzung. Damit ist die bundesstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen lückenlos geregelt.

Weder in Art. 3 BV noch in anderen Bestimmungen der Bundesverfassung wird demgegenüber die Aufgabenverteilung *zwischen Kantonen und Gemeinden* geregelt. Nicht einmal der Bestand der Gemeinden wird in der Bundesverfassung ausdrücklich garantiert. Art. 1 BV zählt die einzelnen Kantone auf, *ohne* jedoch die Gemeinden zu erwähnen, denn es ist nicht Sache des Bundesrechts, den inneren Aufbau der Kantone als Bundesglieder² näher zu definieren³. Es bleibt somit grundsätzlich den Kantonen überlassen, ob sie ihr Gebiet in Gemeinden aufteilen wollen und welche Aufgaben mit welchen Strukturen sie wahrnehmen sollen. Dennoch werden die Gemeinden in einzelnen Bestimmungen der Bundesverfassung erwähnt: Art. 43 Abs. 4 und 5 (Niederlassungsfreiheit), Art. 44 Abs. 2 und 3 (Bürgerrecht), Art. 110 Abs. 2 (Zuständigkeit des Bundesgerichts). Auch Bundesgesetze wenden sich mitunter *direkt* an die Gemeinden⁴ (z. B. Art. 1 Raumplanungsgesetz⁵)⁶. Aus diesem unbefangenen Umgang mit dem Begriff «Gemeinde» auf Bundesebene darf aber nicht etwa eine Bundeskompetenz zur Regelung der «Gemeinde» als Gebietskörperschaft abgeleitet werden. Ebenso wenig ist der Bund nach dem geltenden Verfassungsrecht befugt, die Kantone bzw. die Gemeinden zur regionalen Zusammenarbeit zu verpflichten⁷.

¹Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (BV; SR 101).

²ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl., Zürich 1993, Rz. 168.

³Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Kommentar BV, Art. 1, Rz. 48.

⁴PETER SALADIN, Kommentar BV, Art. 3, Rz. 256.

⁵Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; RPG; SR 700).

⁶Vgl. zum Ganzen DANIEL ARN, Die Zuständigkeitsordnung im bernischen Gemeinderecht, Diss. Bern 1992, 21, 43; THOMAS PFISTERER, Die neuere Entwicklung der Gemeindeautonomie, insbesondere im Kanton Aargau, ZBJV 1989, 2; URS PHILIPP ROTH-CUONY, Die Übertragung von Bundesaufgaben an die politischen Gemeinden, Zürich 1978, sowie namentlich DANIEL THÜRER, Bund und Gemeinden, eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den unmittelbaren Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heidelberg u.a. 1986.

⁷Vgl. auch DANIEL ARN/UELI FRIEDERICH, Gemeindeverbindungen in der Agglomeration, Bericht 37 des NFP «Stadt und Verkehr», Zürich 1994, 109, mit Hinweis.