



Universität Zürich

Regina Kiener / Jan Grunder

**RICHTERWAHLEN:
DIVERSE FRAGEN IM RAHMEN DER UMSETZUNG DER
„JUSTIZREFORM 2“ (TEIL 1)**

Gutachten im Auftrag der Justizkommission -
des Grossen Rates des Kantons Bern -

Prof. Dr. Regina Kiener
Lehrstuhl für Staatsrecht,
Verwaltungsrecht und
öffentliches Prozessrecht
Treichlerstrasse 10
CH-8032 Zürich

Tel. +41 (0)44 634 15 10
Fax +41 (0)44 634 49 30
regina.kiener@rwi.uzh.ch
www.rwi.uzh.ch/kiener

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	2 -
	1. Ausgangslage und Auftrag	2 -
	2. Vorgehen.....	4 -
II.	Neuwahlen und Wiederwahlen der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter	5 -
	1. Vorbemerkung.....	5 -
	2. Begriffliche Klärung	5 -
	a. Terminologie in Verfassung, Gesetz und Verordnung.....	5 -
	b. Begriff der „Neuwahl“ im Besonderen	6 -
	c. Das Verfahren der „Neuwahl“ bzw. der Wiederwahl	7 -
	d. Fazit.....	7 -
	3. Wahlbeschlüsse vom Juni 2010 als „Neuwahlen“ oder Wiederwahlen?	8 -
	a. Ausgangslage	8 -
	b. Bedeutung der Reorganisation.....	9 -
	c. Zuordnung zu den gesetzlichen Wahltypen	9 -
	d. Behördenpraxis.....	10 -
	e. Seitenblick: Die erste Wahl an das Bundesverwaltungsgericht - im Jahr 2005	10 -
	4. Würdigung und Zwischenergebnis.....	11 -
III.	Wiederwahl und Neuwahl im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit	11 -
	1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage	11 -
	2. Richterwahl und Parteienproporz im Grossen Rat	12 -
	3. Ergebnis	14 -
	4. Konsequenzen und weiteres Vorgehen.....	15 -
IV.	Entschädigung bei Nichtwiederwahl	15 -
	1. Gesetzliche Grundlage	16 -
	2. Anwendbarkeit des PG auf Richterinnen und Richter.....	16 -
	a. Unverschuldete Nichtwiederwahl.....	17 -
	b. Hauptamtliche Richterinnen und Richter	17 -
	c. Nebenamtliche Richterinnen und Richter.....	17 -
	3. Ergebnis	19 -
V.	Beantwortung der Gutachterfragen 3 und 4 (Teil 1)	20 -
	Anhang: Verzeichnisse	21 -
I.	Literatur	21 -
II.	Erlasse	21 -
III.	Materialien	22 -

I. Einleitung

1. Ausgangslage und Auftrag

Im Rahmen der Restrukturierung der Gerichtsorganisation des Kantons Bern durch die „Justizreform 2“ ergeben sich für die Justizkommission des Grossen Rates des Kantons Bern (Juko) verschiedene Fragen. Die Ausgangslage für das Gutachten wurde uns seitens der Juko wie folgt dargestellt:

Die Verfassung des Kantons Bern (KV) schreibt in Art. 68 Abs. 2 unter anderem vor, dass Mitglieder einer kantonalen richterlichen Behörde nicht gleichzeitig der kantonalen Verwaltung angehören dürfen. Als Ausdruck der personellen Gewaltenteilung wurde dieser Grundsatz für nebenamtliche Richterinnen und Richter jeweils weit ausgelegt. Das neu geschaffene Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG) normiert nun erstmals die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte, gerade auch von der Verwaltung. In diesem Zusammenhang gilt es zu prüfen, ob die durch die Einführung des GSOG bewirkte Stärkung des Gewaltenteilungsprinzips eine enge Auslegung der in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffe „kantonale Verwaltung“ bzw. „kantonale Anstellung“ erfordert.

Eine weitere Frage stellt sich bezüglich der Altersgrenze von Richterinnen und Richtern. Mit Hinweis auf Art. 14 Personalgesetz (PG) wurden hauptamtliche Richterinnen und Richter jeweils bis zum Monat, in welchem sie das 65. Altersjahr erreichen, gewählt. Nebenamtliche Richterinnen und Richter wurden mit Verweis auf Art. 14 PG bis zum Monat, in welchem sie das 70. Altersjahr erreichen, gewählt. Es ist zu klären, inwiefern Art. 14 PG überhaupt auf Richterinnen und Richter anwendbar ist, da sich der Geltungsbereich dieser Bestimmung auf Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons beschränkt. Gerade bei nebenamtlichen Richterinnen und Richtern scheint der Verweis auf Art. 14 PG nicht ohne weiteres einsichtig.

Die Unterscheidung zwischen Wiederwahlen auf der einen und Neuwahlen auf der anderen Seite ist von grosser Bedeutung, nicht nur für die passiv Wahlberechtigten, sondern auch für die Justizkommission des Grossen Rates als für die Wahlvorbereitung zuständiges Organ. In der Junisession 2010 werden sämtliche erstinstanzlichen Richterinnen und Richter erstmals durch den Grossen Rat gewählt. Die früher durch (in der Regel stille) Volkswahl durchgeführten Wahlen erfolgen neu durch den Grossen Rat. Zudem werden die Richterinnen und Richter neu in vier Gerichtsregionen anstelle der bisherigen 13 Gerichtskreise gewählt. Es gilt zu klären, ob diese Wahlen als ganzes als Neuwahlen zu qualifizieren sind oder ob „bisherige“ Richterinnen und Richter im Rahmen einer Wiederwahl gewählt werden können.

In diesem Zusammenhang stellt sich nicht zuletzt auch die Frage, ob nicht (wieder-) gewählte Richterinnen und Richter der Regionalgerichte Anrecht auf eine Entschädigung nach Artikel 43 Absatz 1 PG haben.

Vor diesem Hintergrund erteilt uns die Justizkommission des Grossen Rates des Kantons Bern mit Schreiben vom 25. März 2010 folgenden Gutachtensauftrag:

1. -Frage der Unvereinbarkeit

- a. Gelten für die Unvereinbarkeit nach Art. 68 Abs. 2 KV strengere Massstäbe als nach Art. 68 Abs. 1 KV?
- b. Erstellung einer Liste sämtlicher Ämter, Institutionen und Organisationen, welche als kantonale Verwaltung im Sinne von Art. 68 Abs. 2 KV gelten. Insbesondere folgende Stellen sollen einer genaueren Überprüfung unterzogen werden:

Lehrer/-innen

- Primar- und Sekundarlehrer/-innen an öffentlichen Schulen
- Gymnasiallehrer/-innen an öffentlichen Schulen
- Lehrer/-innen an kantonalen Berufsschulen, z.B. gewerblich-industrielle Berufsschule Bern (gibb)
- Dozent/-innen der Fachhochschule
- Dozent/-innen der Lehrwerkstätten Bern
- Dozent/-innen der Berufs-, Fach- und Fortbildungsschule (BFF)

Stiftungen -

- Stiftung Steinhölzli -
- Hauswirtschaftliche Ausbildungsstätte Bolligen -
- Lantana -

Beratungen -

- Berufsberater/-innen und deren Mitarbeiter/-innen -
- Erziehungsberater/-innen und deren Mitarbeiter/-innen -

Universität, Universitäre Psychiatrische Dienste Bern (UPD) und Universitätsspital

- Mitarbeiter/-innen

2. -Frage der Altersgrenze bei Richterinnen und Richtern

- a. Gibt es eine Altersgrenze bei Richterinnen und Richtern?
- b. Falls ja, gibt es Unterschiede zwischen haupt- und nebenamtlichen Richterinnen und Richtern? -
- c. Kann die Altersgrenze in Ausnahmefällen überschritten werden? -

3. -Frage der Wiederwahl beziehungsweise Neuwahl der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter der Regionalgerichte

- a. Gelten die Wahlen der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter der Regionalgerichte im Rahmen der Umsetzung der Justizreform 2 als Wiederwahlen oder als Neuwahlen?
- b. Können bisherige und neue Kandidierende im gleichen Wahlgang gewählt werden oder braucht es eine Separierung?

4. Frage der Entschädigung nicht gewählter Richterinnen und Richter -
Haben nicht gewählte, bisherige Richterinnen und Richter der Regionalgerichte Anrecht auf eine Entschädigung?

Die Fragen 3. und 4. des Gutachtens sind bis zum 7. Mai 2010 vorzulegen. Die Auftraggeberin erwartet von der Beantwortung dieser Fragen eine Grundlage für die Organisation der bevorstehenden Richterwahlen.

Die Fragen 1. und 2. müssen nicht vor Ende Mai 2010 eingereicht werden. Die Auftraggeberin wünscht sich eine Grundlage bezüglich Notwendigkeit der Änderung der Auslegungspraxis betreffend Unvereinbarkeit des Richteramtes mit einer kantonalen Anstellung. Des Weiteren wünscht sie eine Analyse der Zulässigkeit von Altersbeschränkungen für haupt- und nebenamtliche Richterinnen und Richter.

2. Vorgehen

Wir behandeln die Fragen des ersten Teils (Fragen 3 und 4) in der Reihenfolge, wie sie uns vorgelegt wurden.

Aufgrund der Systematik der Fragestellung ist folgendes Vorgehen angebracht: Zunächst bedarf es einer Auslegung der Begriffe „Neuwahlen“ und „Wiederwahlen“ (nachfolgend Ziff. II). In einem nächsten Schritt werden die Konsequenzen der Unterscheidung im Hinblick auf die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit aufgezeigt (Ziff. III). Eine Analyse der Voraussetzungen für Entschädigungen nicht gewählter Richterinnen und Richter folgt unter Ziff. IV, die Beantwortung der Gutachterfragen unter Ziff. V.

II. Neuwahlen und Wiederwahlen der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter

1. Vorbemerkung

Die Unterscheidung zwischen der Neuwahl und der Wiederwahl von Richterinnen und Richtern ergibt sich aus dem in der Schweiz typischen System der befristeten Amtsdauer für Richterinnen und Richter¹. So werden Richterinnen und Richter im Kanton Bern mit der Einführung des GSOG für eine Periode von sechs Jahren gewählt². Nach Ablauf dieser Periode endet das Amtsverhältnis; es besteht kein Anspruch auf Wiederwahl. Der bisherigen Praxis zufolge stellen sich (amtierende) Richterinnen und Richter, die für eine weitere Amtsperiode kandidieren, der „Wiederwahl“; die aufgrund einer Vakanz (z.B. wegen einer Abwahl oder eines Rücktritts) neu für eine freie Richterstelle kandidierenden Personen stellen sich der „Neuwahl“. Im Kanton Bern liegt die Wahlkompetenz beim Grossen Rat; vorbereitet werden die Richterwahlen durch die Justizkommission des Grossen Rates³.

2. Begriffliche Klärung

a. Terminologie in Verfassung, Gesetz und Verordnung

Für die Beantwortung der Gutachtensfrage sind die Begriffe „Neuwahl“ bzw. „Wiederwahl“ zu klären.

Die Kantonsverfassung verwendet einheitlich den Begriff der „Wahl“⁴, unterscheidet mithin nicht zwischen der erstmaligen Wahl in ein (Richter)Amt, die aufgrund einer Vakanz zur Komplettierung einer (Justiz)Behörde erforderlich ist, und der nach Ablauf der Amtsdauer erfolgten erneuten Wahl eines bisherigen Amtsträgers in das gleiche (Richter)Amt. Eine „Wahl“ lässt sich im allgemeinen Sinn als ein Personalentscheid umschreiben, mit dem die Zusammensetzung eines Staatsorgans – hier: der Gerichte – bestimmt wird⁵.

Das GSOG verwendet im Zusammenhang mit der Wahl von Richterinnen und Richtern drei verschiedene Begriffe: „Wahlen“ (Art. 21 Abs. 2 GSOG) und „Wiederwahlen“ (Art. 21 GSOG) sowie „Ersatzwahlen“ (Art. 24 GSOG), ohne diese Begriffe näher zu definieren. Insbesondere sind sie nicht in Art. 20 GSOG („Begriffe“) aufgeführt und erläutert.

Die Begriffe *Wahlen* bzw. *Wiederwahlen* werden im Kontext einer Delegationsnorm verwendet: Gemäss Art. 21 Abs. 2 GSOG bereitet die Justizkommission

¹ Vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 279 ff. -

² Vgl. Art. 24 Abs. 1 GSOG. Bisher betrug die Amtsdauer für erstinstanzliche Richterinnen und Richtern - 4 Jahre, vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2 GOG. -

³ Art. 21 Abs. 1 und 2 GSOG. Bisher wurden erstinstanzliche Richterinnen und Richter durch das Volk - gewählt, vgl. Art. 3 Abs. 1 GOG. -

⁴ Vgl. Art. 56 KV, sowie insbes. zur Richterwahl Art. 77 Abs. 1 Bst. e KV. -

⁵ Vgl. TSCHANNEN, § 48 Rz. 5. -

„die Wahlen und Wiederwahlen vor und regelt das Nähere durch Reglement“. Art. 20 Abs. 1 Reglement Juko bestimmt, dass Amtsinhaberinnen und Amtsinhaber vor Ablauf ihrer Amtsdauer anzufragen sind, ob sie sich zur Wiederwahl stellen. Den Begriff der Wiederwahl verwendet auch das Grossratsgesetz. Auch im Lichte dieses Erlasses ist die Wiederwahl die Wahl der sich zu Beginn der neuen Amtsdauer erneut für ein Amt zur Verfügung stellenden Mitglieder (Art. 68c Abs. 2 GRG). Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus dem Parlamentsrecht des Bundes. Gemäss Art. 135 Abs. 2 ParlG erfolgt die Erneuerungswahl der eidgenössischen Gerichte u.a. durch Wiederwahl der sich wieder zur Verfügung stellenden Mitglieder.

Ersatzwahlen werden gemäss Art. 24 Abs. 2 GSOG „für den Rest der Amtsdauer“ vorgenommen. Das Gesetz regelt mit der Ersatzwahl also die Situation, dass ein Richteramt *während hängiger Amtsdauer vakant* wird (beispielsweise aufgrund eines Rücktritts oder eines Todesfalls). Das Reglement Juko definiert den Begriff der Ersatzwahlen nicht näher. Als zusätzliche Interpretationshilfe bietet sich auch hier das Grossratsgesetz an. Dieses spricht in Art. 68c Abs. 2 GRG sinngemäss die gleiche Situation an (im Falle von Vakanz oder der Abwahl eines Mitglieds), verwendet dazu aber den Begriff der *Ergänzungswahl*. Eine wortgleiche Formulierung wie im Grossratsgesetz findet sich übrigens im Parlamentsgesetz des Bundes (vgl. Art. 135 Abs. 2 ParlG)⁶. Grossratsgesetz und Parlamentsgesetz regeln mit der *Ergänzungswahl* die Situation, dass eine Richterstelle neu zu besetzen ist, sei es aufgrund einer Vakanz während hängiger Amtsdauer, sei es aufgrund einer Vakanz zu Beginn einer neuen Amtsperiode aufgrund einer Nichtwiederwahl (Terminologie in Art. 68e Abs. 1 GRG) bzw. einer Abwahl (Terminologie in Art. 68c Abs. 2 GRG) oder im Falle von Kandidaturverzichten bisheriger Richterinnen und Richter. Es geht mithin um die Ergänzung eines ansonsten personell unvollständig besetzten Staatsorgans. Der Begriff der „*Neuwahl*“ wird weder durch die Kantonsverfassung, noch durch das GSOG und auch nicht durch das Reglement Juko verwendet. Auch dem Grossratsgesetz und dem eidg. ParlG ist dieser Begriff fremd.

b. Begriff der „Neuwahl“ im Besonderen

Nach der Praxis der Justizkommission bezeichnen „*Neuwahlen*“ die Wahlen von Richterinnen und Richtern in eine *personell neu zu besetzende Stelle*⁷. In der Praxis der Juko stellt der Begriff „*Neuwahl*“ also das Gegenstück zur Wiederwahl dar. In der gesetzlichen Terminologie des GRG sind die von der Juko als „*Neuwahl*“ bezeichneten Akte Ergänzungswahlen im Sinn von Art. 68e GRG.

Als „*Wiederwahlen*“ werden in Übereinstimmung mit Art. 20 Abs. 1 Reglement Juko und Art. 68c Abs. 2 GRG die Wahlakte der sich zu Beginn der neuen Amtsdauer erneut für ein Amt zur Verfügung stellenden Mitglieder bezeichnet. -

⁶ Vgl. zur Ergänzungswahl TSCHANNEN, § 41 Rz. 8 f. -

⁷ Vgl. Auftrag der Justizkommission an die Gutachter, Schreiben vom 25. März 2010. -

c. Das Verfahren der „Neuwahl“ bzw. der Wiederwahl

Bei einer „Neuwahl“ (bzw. Ergänzungswahl) gestaltet sich das Verfahren der Kandidatenauswahl wie folgt: Neu zu besetzende Stellen werden im Amtsblatt sowie im Internet ausgeschrieben⁸. Zu den eingegangenen Bewerbungen zur Besetzung vakanter Stellen an Regionalgerichten werden Stellungnahmen beim Obergericht, Verwaltungsgericht, der Generalstaatsanwaltschaft, dem Bernischen Anwaltsverband und dem Verband Bernischer Richterinnen und Richter eingeholt⁹. Der zuständige Unterausschuss der Justizkommission trifft sodann eine Vorselektion, aufgrund welcher die ausgewählten Kandidatinnen und Kandidaten zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden¹⁰. Die definitive Entscheidung über die zur Wahl vorzuschlagenden Kandidatinnen und Kandidaten trifft der zuständige Unterausschuss aufgrund der Bewerbungsunterlagen, der Vorselektion, der Stellungnahmen und der Vorstellungsgespräche¹¹.

Das Verfahren der *Wiederwahl* ist im Reglement der Juko nur in Ansätzen geregelt. Die Stellen werden nicht ausgeschrieben¹². Die Bedingungen für eine Wiederwahl an die Regionalgerichte beschränken sich auf die Erfüllung des Anforderungsprofils für Amtsinhaberinnen und Amtsinhaber¹³. Zudem holt die Justizkommission – gleich wie bei „Neuwahlen“ – Stellungnahmen beim Obergericht, Verwaltungsgericht, der Generalstaatsanwaltschaft, dem Bernischen Anwaltsverband und dem Verband Bernischer Richterinnen und Richter ein¹⁴. Aufgrund der Stellungnahmen entscheidet die Justizkommission, welche Personen dem Grossen Rat zur Wiederwahl vorgeschlagen werden¹⁵. Eine Stellungnahme kann durchaus auch in den Vorschlag der „Nichtwiederwahl“ münden¹⁶.

d. Fazit

Im Zusammenhang mit der Wahl von Richterinnen und Richtern findet sich der Begriff der *Neuwahl* nicht in den einschlägigen Erlassen des kantonalen Rechts. Vielmehr beruht diese Begriffsverwendung allein auf der Praxis der Juko. Verfassung, GSOG und Reglement Juko verwenden einzig die Begriffe der Wahl, der Wiederwahl und der Ersatzwahl, das GRG verwendet die Begriffe der Wahl, Wiederwahl und Ergänzungswahl.

⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 1 Reglement Juko. -

⁹ Vgl. Art. 19 Abs. 1 Bst. h Reglement Juko. -

¹⁰ Vgl. Art. 22a und Art. 23 Abs. 1 Reglement Juko. -

¹¹ Art. 23 Abs. 2 Reglement Juko. -

¹² Gemäss Art. 18 Reglement Juko sind *vakante* Stellen auszuschreiben; vgl. auch Art. 20 Reglement - Juko. -

¹³ Art. 20 Abs. 3 Reglement Juko. -

¹⁴ Art. 20 Abs. 4 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Bst. h Reglement Juko. -

¹⁵ Art. 21 Reglement Juko. -

¹⁶ Für ein Beispiel – das kantonale Verwaltungsgericht betreffend – siehe PÖDER, S. 225. -

Aufgrund der oben gemachten Ausführungen sind die im Kanton Bern im Zusammenhang mit Richterwahlen gesetzlich verwendeten Begriffe wie folgt zu verstehen:

- Eine *Wahl* ist im allgemeinen Sinn ein Personalentscheid, mit dem die Zusammensetzung eines Staatsorgans – hier: der Gerichte – bestimmt wird.
- Eine *Wiederwahl* ist die Wahl der sich zu Beginn der neuen Amtsdauer erneut für ein Amt zur Verfügung stellenden bisherigen Amtsträger.
- Bei den *Ersatzwahlen* im Sinne des GSOG handelt es sich um Wahlen, welche durchgeführt werden, wenn während laufender Amtsdauer eine Vakanz entsteht. Für den gleichen Vorgang verwenden das GRG und das Parlamentsgesetz des Bundes den Begriff der *Ergänzungswahl*. Darüber hinaus verwendet das Grossratsgesetz gleich wie das Parlamentsgesetz des Bundes den Begriff der *Ergänzungswahl* zusätzlich für die Neubesetzung eines Richteramts nach Ende der Amtsdauer.

Für die Situation, dass auf Beginn einer neuen Amtsperiode hin eine Vakanz entsteht (sei es, dass ein bisheriger Amtsinhaber nicht mehr kandidiert, sei es, dass eine Kandidatin nicht wiedergewählt wurde), enthält das GSOG keine spezifische Begriffsumschreibung. Da es sich hier weder um eine Wiederwahl noch um eine Ersatzwahl im rechtlichen Sinne handelt, lässt sich dieser Vorgang nach Massgabe des Reglements Juko unter den allgemeinen Begriff der Wahl subsumieren¹⁷. Die Justizkommission selber verwendet für diesen Vorgang in ihrer Praxis den Begriff der „*Neuwahl*“. *In der Sache entspricht der Begriff der Neuwahl jenem der Ergänzungswahl gemäss GRG.*

3. Wahlbeschlüsse vom Juni 2010 als „Neuwahlen“ oder Wiederwahlen?

a. Ausgangslage

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu beantworten, ob die in der Junisession 2010 des Grossen Rates des Kantons Bern erfolgenden Wahlen, mit denen erstmals die Zusammensetzung der neu geschaffenen Regionalgerichte bestimmt wird, „Neuwahlen“ oder Wiederwahlen darstellen. Die Unterscheidung ist deshalb relevant, weil die Verfahren zur „Neuwahl“ auf der einen und zur „Wiederwahl“ auf der anderen Seite teilweise unterschiedlich ausgestaltet sind, z.B. bezüglich Ausschreibung der Stellen, Vorselektion und der Durchführung von Bewerbungsgesprächen. Die verfahrensrechtlichen Unterschiede zwischen den verschiedenen Wahlarten führen dazu, dass bei einer „Neuwahl“ Kandidatenkonkurrenz herrscht¹⁸, was sich auch im Verfahren der Ergänzungswahl vor dem Grossen Rat widerspiegelt (Art. 68e GRG). Demgegenüber gelten bei einer Wiederwahl die Bisherigen – namentlich aus Gründen der richterlichen Unabhängigkeit¹⁹ – als „gesetzt“ und müssen explizit abgewählt werden: Gemäss Art. 68d GRG dient bei einer Wiederwahl als Wahlzettel eine Namensliste der

¹⁷ Vgl. etwa auch Art. 17 Abs. 1 Reglement Juko (Informationen über „Wahlen und Wiederwahlen“). -

¹⁸ Vgl. TSCHANNEN, §41 N. 8. -

¹⁹ Dazu eingehend hinten, Ziff. III. -

Mitglieder, die sich wieder zur Verfügung stellen, in der Reihenfolge ihres Amtesalters; die Ratsmitglieder können einzelne Kandidierende streichen, zusätzliche Namen bleiben aber unberücksichtigt.

Im Übrigen ist zu erwähnen, dass es sich bei den Richterwahlen vom Juni 2010 um einen einmaligen Sonderfall handelt, der in der Umstrukturierung der erstinstanzlichen Gerichte aufgrund der „Justizreform 2“ begründet ist. Eine vergleichbare Situation wird sich in naher Zukunft nicht mehr ereignen.

b. Bedeutung der Reorganisation

Die „Justizreform 2“ führt zu einer tief greifenden Reorganisation der Berner Justiz: Die bisherigen 13 Gerichtskreise wurden aufgehoben und durch vier neue *Gerichtsregionen* ersetzt. Die *Amts-dauer* aller bisherigen Richter und Richterinnen endet von Gesetzes wegen mit Inkrafttreten des GSOG (Art. 101 i.V.m. Art. 96 Abs. 1 GSOG); die Amtsdauer beträgt neu sechs anstelle von bisher vier Jahren (Art. 24 Abs. 1 GSOG; Art. 4 Abs. 2 GOG). Der Beschäftigungsgrad der teilzeitlich tätigen Richterinnen und Richter wird neu durch den Grossen Rat festgelegt (Art. 21 Abs. GSOG; bisher lag die Zuständigkeit beim Obergericht, Art. 30a GOG). Besonders ins Gewicht fällt der Umstand, dass für die Richterinnen und Richter der erstinstanzlichen Gerichte eine *neue Wahlbehörde* eingesetzt wird: Bisher wurden sie durch das Volk gewählt.²⁰ Mit Einführung des GSOG agiert neu der Grosse Rat als Wahlbehörde aller Richterinnen und Richter des Kantons Bern²¹.

Die umfassende Umstrukturierung der Rechtspflege stellt ein gewichtiges Argument für die Qualifikation der Wahl als „*Neuwahl*“ dar.

c. Zuordnung zu den gesetzlichen Wahltypen

Stellen sich bisherige Amtsinhaberinnen und Amtsinhaber nach Ablauf der Amtsdauer auch für die folgende Amtsperiode zur Wahl, geschieht die Bestätigung in der Form der *Wiederwahl* (vgl. Art. 20 Abs. 1 Reglement Juko, Art. 68c Abs. 2 GRG, Art. 135 Abs. 2 ParlG). Auch in der neu strukturierten Landschaft der vier neuen Gerichtsregionen haben sich nach Auskunft der Juko die meisten der bisherigen in einem erstinstanzlichen Richteramt des Kantons Bern tätigen Richterinnen und Richter erneut um ein entsprechendes Richteramt beworben. Wird allein auf den Umstand einer bisherigen und gewünschten zukünftigen Tätigkeit als erstinstanzliche Gerichtsperson im Kanton Bern abgestellt, müsste konsequent von einer *Wiederwahl* ausgegangen werden.

²⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 GOG.

²¹ Art. 21 Abs. 1 GSOG.

d. Behördenpraxis -

Zumindest am Rande ist für die Fragestellung auch das faktische Verhalten der Juko zu beachten. Zu gewichten ist namentlich der Umstand, dass die Juko für alle im Rahmen der Reorganisation neu geschaffenen Richterstellen das für „Neuwahlen“ vorgesehene Vorverfahren durchgeführt hat. Alle Stellen wurden ausgeschrieben, und es mussten sich auch alle bisherigen Richterinnen und Richter für die ausgeschriebenen Stellen bewerben; mit ihnen allen wurden auch Bewerbungsgespräche durchgeführt²². Darin liegt ein klares Indiz, dass die Juko selber die anstehende Wahl als „*Neuwahl*“ wertet.

e. Seitenblick: Die erste Wahl an das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2005

Die Justizreform im Bund führte unter anderem zur Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts, welches mit Aufnahme seiner Tätigkeit per 1. Januar 2007 die bisherigen eidgenössischen Rekurskommissionen und die Beschwerdedienste der Departemente ersetzte²³. Die Richterinnen und Richter der Rekurskommissionen und Beschwerdedienste waren durch den Bundesrat gewählt worden; demgegenüber werden die Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts neu durch die Vereinigte Bundesversammlung gewählt²⁴. Die Vorbereitung der Wahl liegt bei der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung; sie legt der Vereinigten Bundesversammlung auch die Wahlvorschläge vor²⁵.

Die Revision der Gerichtsorganisation auf Bundesebene weist offensichtliche Parallelen zur „Justizreform 2“ im Kanton Bern auf. Nebst der Änderung des zuständigen Wahlorgans entspricht die Aufhebung der über 30 Rekurskommissionen und Beschwerdedienste durch die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts der Reduktion der 13 Gerichtskreise auf vier Gerichtsregionen im Kanton Bern. Bei der ersten Wahl an das Bundesverwaltungsgericht ergaben sich denn auch ähnliche Fragen wie sie sich heute im Kanton Bern stellen. Da eine möglichst grosse Zahl der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Kreis der Rekurskommissionen und Beschwerdedienste stammen sollte, erwog die (neu zuständige) Gerichtskommission zunächst die Durchführung getrennter Wahlen für „bisherige“ Bewerberinnen und Bewerber auf der einen und für Neubewerberinnen und -bewerber auf der anderen Seite, oder zumindest eine vorgängige interne Ausschreibung der Stellen mit einer nachfolgenden öffentlichen Ausschreibung. Die Gerichtskommission entschied sich später jedoch bewusst gegen eine solche Separierung der Wahlen bzw. Ausschreibungen, nicht zuletzt im Hinblick auf die Chancengleichheit aller Bewerberinnen

²² Vgl. Thuner Tagblatt, Online-Ausgabe vom 6. Januar 2010 („Über 300 Richter müssen sich neu bewerben“). -

²³ Vgl. dazu BERNHARD EHRENZELLER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich - 2008, Art. 168 Rz 25. -

²⁴ Art. 71b Abs. 3 aVwVG; Art. 5 Abs. 1 VGG. -

²⁵ Art. 40a ParlG. -

und Bewerber²⁶. Immerhin wurden *alle* „bisherigen“ Richterinnen und Richter zu einer Anhörung eingeladen, währenddem von den Neubewerberinnen und -bewerbern nur zum Gespräch eingeladen wurde, wer die Vorselektion durch die Gerichtskommission erfolgreich passiert hatte²⁷. Das Vorverfahren enthielt überwiegend Elemente einer (der Terminologie des ParlG entsprechenden) Ergänzungswahl, und auch die Wahl selber wurde – das zeigt sich anhand des von der Vereinigten Bundesversammlung verfolgten Wahlverfahrens – als Ergänzungswahl (Art. 135 ff. ParlG) und nicht als Wiederwahl durchgeführt²⁸.

4. Würdigung und Zwischenergebnis

Insgesamt finden sich gewichtige Argumente dafür, die bevorstehenden Wahlen als „*Neuwahlen*“ zu qualifizieren, welche vom Grossen Rat folglich im Verfahren der Ergänzungswahl (Art. 68e GRG) durchzuführen sind. Die Umstrukturierung der Berner Justiz ist umfassend und von erheblicher staatspolitischer Bedeutung. Sie wird die Organisation der Justiz auf Jahrzehnte hin prägen. Ähnliche Überlegungen führten erst die eidgenössische Gerichtskommission und dann die Vereinigte Bundesversammlung dazu, die erstmalige Wahl ins neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht als Ergänzungswahl (d.h. in der Terminologie der Juko: als „*Neuwahl*“) auszugestalten.

Die Durchführung von „*Neuwahlen*“ anstelle von Wiederwahlen erscheint jedoch mit Blick auf die *richterliche Unabhängigkeit* als problematisch, namentlich aufgrund der besonderen Bedeutung, die dem Parteienproporz bei „*Neuwahlen*“ zukommt.

III. Wiederwahl und Neuwahl im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit

1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die Zuständigkeit des Grossen Rates zur Wahl von Richterinnen und Richtern (Art. 77 Abs. 1 Bst. d und e KV) stellt eine staatliche Aufgabe dar. Der Grosse Rat und die Justizkommission als deren Organ sind daher im Wahlverfahren an die Grundrechte gebunden²⁹. Bei Richterwahlen von besonderer Wichtigkeit ist die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit, wie sie in der Kantonsverfassung (Art. 26 Abs. 1 KV), in der Bundesverfassung (Art. 30 Abs. 1 BV) und in völkerrechtlichen Verträgen (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II) als Grundrecht der Verfahrensparteien garantiert ist³⁰. Zudem verankert die

²⁶ Vgl. Bericht der GK, S. 3. -

²⁷ Vgl. Bericht der GK, S. 7. -

²⁸ Amtl. Bull. 2005 N S. 1541 ff. -

²⁹ Art. 27 Abs. 2 KV. Vgl. auch Art. 35 Abs. 2 BV, dazu statt anderer KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, - Grundrechte, Bern 2007, S. 41. -

³⁰ Vgl. KIENER, Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern, VPB 2008.26, S. 361 ff. -

Kantonsverfassung die Unabhängigkeit der Justiz ausdrücklich auch als *organisationsrechtlichen Grundsatz* (Art. 97 Abs. 1 KV).

Die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit weist mehrere Dimensionen auf. Einerseits wird den Verfahrenunterworfenen ein grundrechtlicher Anspruch auf ein verfassungskonformes Gericht eingeräumt, andererseits besteht aber auch ein Bezug zur Gewaltenteilung: Durch Art. 97 Abs. 1 KV wird die *Justiz im Kanton Bern als unabhängige dritte Gewalt* eingerichtet und damit gegenüber dem Grossen Rat und dem Regierungsrat institutionell abgegrenzt. Da die kantonalen Behörden bei der Wahrnehmung von staatlichen Aufgaben die Gewaltenteilung zu beachten haben (Art. 66 Abs. 2 KV), muss das Verfahren bei Richterwahlen so ausgestaltet sein, dass den Schutzgehalten der richterlichen Unabhängigkeit bestmöglich Rechnung getragen wird.

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht bisher nicht dazu geäussert, welches die unabdingbaren *Kriterien für ein verfassungskonformes Richterwahlverfahren* sind³¹. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Wahl von Richterinnen und Richtern lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass aus dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit eine Verpflichtung der Wahlbehörde zur Wahrung von *Ansehen und Unabhängigkeit der Justiz* und zur Wahrung der Kontinuität der Rechtsprechung folgt. Das Verfahren der Richterwahl muss deshalb so ausgerichtet sein, dass den Richterinnen und Richtern schon anlässlich der Wahl möglichst grosse Legitimität und damit Autorität verschafft wird und Unabhängigkeit und Ansehen der Justiz in der Bevölkerung bestmöglich sichergestellt werden können³².

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden zu prüfen, ob das Verfahren der Wiederwahl oder aber das Verfahren der „Neuwahl“ den Grundsätzen der richterlichen Unabhängigkeit besser Rechnung trägt.

2. Richterwahl und Parteienproporz im Grossen Rat

Gemäss bisheriger Praxis erfolgt die Sitzverteilung bei Richterwahlen im Kanton Bern grundsätzlich proportional zu den Fraktionsstärken im Grossen Rat. Der Parteienproporz wird bei frei werdenden Sitzen (d.h. bei Ersatzwahlen aufgrund von Vakanzen während der Amtsdauer und bei „Neu“- bzw. Ergänzungswahlen) angewendet, *nicht jedoch bei Wiederwahlen*³³. Die Wiederwahl erfolgt ohne Rücksichtnahme auf die Parteizugehörigkeit; der Vorschlag zur Wahl erfolgt, sofern sich die betroffenen Personen zur Wiederwahl stellen und keine Abberufungsgründe vorliegen.

³¹ Bspw. auch nicht in BGE 119 Ia 81, E. 3a S. 83 ff., worin sich das Bundesgericht jedoch mit der Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK auseinandergesetzt und unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit der Gerichte zur Funktion eines Gerichtsschreibers im Schiedsgerichtsverfahren geäussert hat. -

³² Vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 255. -

³³ Vgl. dazu und zum Folgenden KIENER/SCHALLER, Teil 1, S. 5. -

Die Anwendung dieses Systems auf die bevorstehenden Richterwahlen hätte erhebliche Auswirkungen: Werden die Wahlen gesamthaft als „*Neuwahlen*“ durchgeführt, müsste der aufgrund der aktuellen Zusammensetzung des Grossen Rats ermittelte Proporzschlüssel in konsequenter Weiterführung der bisherigen Praxis integral Anwendung finden. Obwohl es sich dabei um einen freiwilligen Proporz handelt, wird er in der Praxis strikte befolgt und offenbar nur selten durchbrochen³⁴. Mit Blick auf die Richterwahlen vom Juni 2010 ist nicht ausgeschlossen, dass die Anwendung des Parteienproporz zu erheblichen Veränderungen der Sitzverteilung an den erstinstanzlichen Gerichten führen wird, nicht zuletzt wegen der Gründung der „Bürgerlich-Demokratischen Partei Schweiz des Kantons Bern“ (BDP) im Juni 2008, die eine neue Fraktion im Berner Grossen Rat entstehen liess, aber auch wegen der Veränderungen der Fraktionsstärken nach den Grossratswahlen vom 28. März 2010.

Würde die anstehende Wahl als „*Neuwahl*“ qualifiziert und folglich der Parteienproporz konsequent angewendet, hätten jene bisherigen Richterinnen und Richter wohl kaum mehr Wahlchancen, die einer in der Justiz nunmehr übervertretenen Partei angehören. Die im Zug der „Justizreform 2“ erfolgte Schaffung neuer Richterstellen könnte diese Wirkung nur bedingt abschwächen. Wird also für die anstehenden Richterwahlen am strengen Parteienproporz festgehalten, und der Umstand hintangestellt, dass ein Kandidat bisher schon ein erstinstanzliches Richteramt im Kanton ausgeübt hat, werden voraussichtlich mehrere bisherige Richterinnen und Richter aufgrund ihrer Parteizugehörigkeit das Richteramt nicht weiter ausüben können.

Dieser Befund ist mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit *ausgesprochen problematisch*³⁵. Eben weil die richterliche Unabhängigkeit im Rechtsstaat eine hohe Bedeutung innehat, und die Justiz der Stabilität auch in personeller Hinsicht bedarf, werden die sich zur erneuten Wahl stellenden Richterinnen und Richter im Bund wie im Kanton Bern verfahrensmässig privilegiert behandelt; durch den Gesetzgeber, der unterschiedliche Verfahren für die Wiederwahl auf der einen und für die Ergänzungswahl auf der anderen Seite aufgestellt hat (vgl. Art. 68c ff. GRG), aber auch durch die Praxis³⁶.

Eine allein auf Gründen der Parteizugehörigkeit beruhende Nichtwahl der sich der Wahl stellenden, fachlich qualifizierten Richterinnen und Richter stellt die Stabilität der Rechtsprechung und Kontinuität der Dritten Gewalt in Frage und *schadet dem Ansehen der Justiz*³⁷. Eine entsprechende Verpflichtung der Wahlbehörde zur Wahrung von Ansehen und Unabhängigkeit der Justiz ergibt sich – wie gezeigt – aus dem verfassungsrechtlich ausdrücklich verankerten Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 26 Abs. 1 KV, Art. 97 Abs. 1 KV)³⁸. Demgegenüber beruhen die Regeln über den Parteienproporz allein auf

³⁴ Vgl. KIENER/SCHALLER, Teil 2, S. 13. -

³⁵ Vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 287 ff.; KIENER, Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern, VPB 2008.26, S. 368. -

³⁶ Vgl. dazu vorne, S. 12 sowie Art. 135 ff. ParlG. -

³⁷ In diese Richtung auch ALAIN FISCHBACHER, Richterwahlen durch das Parlament: Chance oder Risiko?, - in: Parlament, Parlement, Parlamento 1/05, S. 4 ff., S. 8. -

³⁸ Vgl. KIENER, Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern, VPB 2008.26, S. 360 m.w.H. -

entsprechenden Vereinbarungen unter den im Grossen Rat vertretenen Parteien. Sie finden keine Grundlage in der Kantonsverfassung, in den gesetzlichen Regeln über die Richterwahl oder auch nur im Reglement der Justizkommission. Nach der Praxis des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist für die Beurteilung der Unabhängigkeit stets auch der *äussere Anschein* der Unabhängigkeit von Bedeutung³⁹. Dieser Anschein der Unabhängigkeit ist in Frage gestellt, wenn die Justiz zu sehr Gegenstand parteipolitischer Erwägungen ist und die Qualität und Kontinuität der Rechtsprechung parteipolitischen Überlegungen geopfert wird.

3. Ergebnis

Bei der Wahl der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter der Regionalgerichte handelt es sich *formell um „Neuwahlen“*.

Folglich kann sich – *formell* – niemand der Wiederwahl stellen. Dieser Befund führt dazu, dass bisherige Richterinnen und Richter auf der einen und neu für ein Richteramt Kandidierende auf der anderen Seite *im gleichen Wahlgang gewählt* werden können⁴⁰.

Darüber hinaus hat die Einordnung als Neuwahl zur Folge, dass der bisherigen Wahlpraxis zufolge der *Parteienproporz* Anwendung findet. Falls die aktuelle parteipolitische Zusammensetzung des Grossen Rates zu einer Veränderung des Parteienproporzes und damit der Sitzverteilung der erstinstanzlichen Gerichte führt, kann dies für bisherige Richterinnen und Richter bedeuten, dass sie allein aufgrund der nunmehr bestehenden Übervertretung ihrer Partei nicht gewählt werden. Dies ist mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit *überaus bedenklich*. Gerade bei der *erstmaligen Bestellung* der Regionalgerichte sollte ein Verfahren gewählt werden, das der Bedeutung dieser staatspolitisch einmaligen Situation Rechnung trägt und das Ansehen und die Unabhängigkeit der neuen Gerichte von Beginn weg sichert. Dazu gehört, dass das Wahlverfahren an den Grundsätzen der *Kontinuität* und *Stabilität* der Justiz ausgerichtet ist.

Zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit scheint uns deshalb unumgänglich, dass auf die Verfahrensregeln der *Wiederwahl* abgestellt wird. Das bedeutet, dass bezüglich der Kandidatur von bisherigen, qualifizierten Richterinnen und Richter nicht auf den Parteienproporz abgestellt werden soll und dass diesen Personen *allein* aus Gründen der (im Ergebnis falschen) Parteizugehörigkeit die Wahl an ein Regionalgericht nicht versagt werden darf.

³⁹ Vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/bb S. 230 f.; EGMR *Delcourt c. Belgien* vom 17. Januar 1970, Nr. 2689/65, Ziff. 31; EGMR *Campbell and Fell c. Vereinigtes Königreich* vom 28. Juni 1984, Nr. 7819/77 und 7878/77, Ziff. 78; EGMR *Sramek c. Austria* vom 22. Oktober 1984, Nr. 8790/79, Ziff. 42.

⁴⁰ So auch das entsprechende Vorgehen bei der erstmaligen Wahl der Richter ans Bundesverwaltungsgericht, vgl. Amtl. Bull. 2005 N S. 1543 f.

Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen auch den übergeordneten *Zielsetzungen der „Justizreform 2“*. Die Reform steht im Zusammenhang mit der gesamtschweizerischen Vereinheitlichung des Zivil- und Strafrechts, sie soll zu einer erheblichen Reduktion der Arbeitsbelastung der Einzelgerichte beitragen, die Kompetenz der Einzelgerichte erhöhen und generell die Arbeit der erstinstanzlichen Gerichte des Kantons Bern einfacher und gleichzeitig effizienter gestalten⁴¹. Keinesfalls ging es bei der Justizreform darum, die personelle Zusammensetzung der erstinstanzlichen Gerichte umzugestalten.

4. Konsequenzen und weiteres Vorgehen

Soll am Grundsatz des Parteienproporz weiterhin festgehalten werden, wird sich bei der Wahl der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter der Regionalgerichte ein Spannungsfeld zur richterlichen Unabhängigkeit eröffnen. Wie gezeigt, müssen Proporzermäßigungen zurückstehen, wenn dadurch die richterliche Unabhängigkeit und das Ansehen der Justiz gefährdet würden. Wir empfehlen deshalb, bei der kommenden Wahl Kandidaturen von bisherigen, qualifizierten Richterinnen und Richtern *verfahrensmässig gleich wie bei einer Wiederwahl* zu behandeln. Für nicht durch Bisherige besetzte Stellen kann usanzgemäss auf den aktuellen Parteienproporz abgestellt werden. Führt dieses Vorgehen zu einer zeitweisen Übervertretung einzelner Parteien, wäre dieses Ergebnis – gleich wie bei einer Wiederwahl – aus Gründen der richterlichen Unabhängigkeit hinzunehmen. Es erscheint aber zulässig, die übervertretenen Parteien anzuhalten, bei kommenden echten Vakanzen so lange keine Kandidaten mehr zur Wahl zu stellen, bis der Parteienproporz wieder eingehalten ist.

IV. Entschädigung bei Nichtwiederwahl

Abschliessend ist zu klären, ob nicht wiedergewählte Richterinnen und Richter einen Anspruch auf Entschädigung haben. In der Schweiz sieht eine überwiegende Mehrzahl der Kantone – namentlich aus Gründen der richterlichen Unabhängigkeit – eine Entschädigung bei (unverschuldeter) Nichtwiederwahl vor⁴².

⁴¹ Botschaft des Grossen Rates des Kantons Bern zur Kantonalen Volksabstimmung vom 24. September 2006, S. 17.

⁴² Vgl. PIERRE ZAPPELLI, in: Fondation Justice dans le monde (ed.), *Traité d'Organisation Judiciaire Comparée*, Tome II: Indépendance des Juges, Madrid 2004, S. 498. So auch im Kanton Bern bei unverschuldeter Nichtwiederwahl, vgl. Schweizerische Richtervereinigung SVR, *Übersicht über die Stellung der Richterinnen und Richter in der Schweiz*, abrufbar unter: http://www.svr-asm.ch/pdf/stellung_der_richter_d.pdf (am 2.5.2010). Der Bund sieht zudem unter bestimmten Voraussetzungen eine Entschädigung bei unverschuldeter Entlassung vor, vgl. Art. 19 BPG. Auch im Beamtenrecht war eine finanzielle Entschädigung bei Nichtwiederwahl vom Verschulden des Beamten abhängig, vgl. HERBERT PLOTKE, *Die Wahl, insbesondere die Wiederwahl der Beamten einschliesslich der Lehrer (Rechtsanspruch, Anfechtbarkeit, Zeitpunkt und Folgen bei Säumnis)*, in: ZBI 1976, S. 529 ff., S. 534; ähnlich TOBIAS JAAG, *Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich ausgewählte Fragen*, in: ZBI 1994 S. 433 ff., S. 465.

1. **Gesetzliche Grundlage**

Vorab ist zu prüfen, ob die Entschädigung von nicht (wieder)gewählten Richterinnen und Richtern einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht. Dieser allgemeine Verfassungsgrundsatz findet seine kantonrechtliche Entsprechung in Art. 66 Abs. 2 KV⁴³. Das dergestalt verfassungsmässig ausgewiesene Legalitätsprinzip gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für die Leistungsverwaltung⁴⁴ und damit auch für den Zuspruch staatlicher Leistungen an Private.

Gemäss Art. 96 Abs. 2 und 3 GSOG gelten die Bestimmungen der Personalgesetzgebung, sollte ein *bisheriges hauptamtliches Behördenmitglied* aufgrund der Einführung des GSOG *unverschuldet* nicht wiedergewählt werden. In der Sache verweist Art. 96 Abs. 3 GSOG auf das Personalgesetz; einschlägig für Fragen der Nichtwiederwahl ist Art. 43 Abs. 1 PG („Folgen unverschuldeter Abberufung oder Nichtwiederwahl“). Die Personalgesetzgebung findet indessen keine Anwendung, falls die in Art. 96 Abs. 2 Bst. a und b GSOG genannten Voraussetzungen erfüllt sind; dies wäre etwa der Fall, wenn eine Person vom Grossen Rat als Richterin oder Richter gewählt wird und ihre neue Funktion in Bezug auf die Art der Tätigkeit und das Gehalt mit der bisherigen vergleichbar ist.

Für die Fälle, in denen das Personalgesetz Anwendung findet, verweist Art. 43 Abs. 1 PG im Fall einer unverschuldeten Nichtwiederwahl auf Art. 31 bis 36 PG. Der Kanton ist demnach verpflichtet, der betroffenen Person eine zumutbare Stelle im Kanton anzubieten (Art. 31). Ist dies nicht möglich, hat der Kanton eine Abgangsentschädigung (Art. 32) oder, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, eine Rente gemäss Art. 33-36 PG zu entrichten, wobei die Bezahlung einer Rente die Entrichtung einer Abgangsentschädigung ausschliesst (Art. 32 Abs. 3 PG).

Im Ergebnis muss sich eine allfällige Entschädigung bei unverschuldeter Nichtwiederwahl auf die Personalgesetzgebung stützen.

2. **Anwendbarkeit des PG auf Richterinnen und Richter**

Zu prüfen bleibt, ob haupt- und nebenamtliche Richterinnen und Richter in den Geltungsbereich des Personalgesetzes fallen.

⁴³ Vgl. URS BOLZ, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern - 1995, Rz. 4a zu Art. 66 Abs. 2 KV. -

⁴⁴ BGE 103 Ia 369, E. 5. -

a. Unverschuldete Nichtwiederwahl

Bei der erstmaligen Wahl an die Regionalgerichte des Kantons Bern handelt es sich formell um „Neuwahlen“, für die bisherigen, schon in einem entsprechenden Amt stehenden Richterinnen und Richter in der Sache jedoch um Wiederwahlen⁴⁵. Folglich gilt die Nichtwahl einer bisherigen Richterin bzw. eines bisherigen Richters als *Nichtwiederwahl* im Sinne von Art. 96 GSOG und demnach auch im Sinne des PG. Eine Nichtwiederwahl gilt als *unverschuldet*, wenn die betroffene Person keinen Anlass zu dieser Nichtwiederwahl gegeben hat. Erfolgt die Nichtwiederwahl nicht aus fachlichen bzw. personenbezogenen Gründen, sondern allein aufgrund der Einhaltung des Parteienproporz, ist sie unverschuldet im Sinn von GSOG und PG.

b. Hauptamtliche Richterinnen und Richter

Bei hauptamtlichen Richterinnen und Richtern handelt es sich um Behördenmitglieder, welche in den Anwendungsbereich von Art. 96 GSOG fallen. Die Personalgesetzgebung ist demzufolge im Falle einer unverschuldeten Nichtwiederwahl auf hauptamtliche Richterinnen und Richter *anwendbar*.

Vorbehalten bleibt Art. 96 Abs. 3 GSOG, welcher vorsieht, dass der Regierungsrat in Einzelfällen von dieser Bestimmung abweichen kann.

c. Nebenamtliche Richterinnen und Richter

Anders ist die Rechtslage für nebenamtliche Richterinnen und Richter. Gemäss Art. 96 Abs. 2 GSOG gilt diese Bestimmung ausdrücklich nur für *hauptamtliche* Behördenmitglieder. Gemäss Art. 20 Abs. 1 GSOG üben nebenamtliche Richterinnen und Richter in der Regel nebst dem Richteramt eine nicht-richterliche Tätigkeit aus, sind mithin eben gerade nicht hauptamtlich tätig.

Der Verweis in Art. 96 Abs. 2 und 3 GSOG gilt nach dem Gesagten nicht für nebenamtliche Behördenmitglieder. Insofern müsste sich die Geltung der Entschädigungsregeln für nebenamtliche Richterinnen und Richter – wenn überhaupt – direkt aus dem Personalgesetz ergeben. Gemäss Art. 3 Abs. 6 PG sind nebenamtliche Behördenmitglieder nebenamtlich tätige Personen, welche auf bestimmte Amtsdauer gewählt werden. Nebenamtlich tätige Personen üben eine Funktion für den Kanton aus, ohne jedoch in einem Arbeitsverhältnis zu ihm zu stehen⁴⁶. Für nebenamtlich tätige Personen gelten *nur bestimmte* Abschnitte des PG, namentlich die Bestimmungen über die Amtsdauer, den generellen Gehaltsaufstieg, das Amtsgeheimnis, den Ausstand, die Annahme von Geschenken, die Nebenbeschäftigung und die Haftung⁴⁷. Eine Anwendung von Art. 43

⁴⁵ Vgl. dazu vorne, S. 14 f.

⁴⁶ Art. 3 Abs. 5 PG.

⁴⁷ Art. 2 Abs. 3 PG.

Abs. 1 PG auf nebenamtliche Richterinnen und Richter ist daher ausgeschlossen.

Die Bestimmungen über die Entschädigung nebenamtlich tätiger *Personen* werden grundsätzlich durch den Regierungsrat erlassen (Art. 80 Abs. 1 PG). Die Entschädigung von nebenamtlichen *Richterinnen und Richtern* legt jedoch der Grosse Rat mittels Dekret fest⁴⁸. Im Kanton Bern gilt bis anhin das Dekret betreffend die Taggelder und Reiseentschädigungen in der Gerichts- und Justizverwaltung⁴⁹. Dieses soll durch das neu geschaffene Dekret über die Entschädigung der nebenamtlichen Richterinnen und Richter (EnRD)⁵⁰ ersetzt werden. Eine Entschädigung bei unverschuldeter Nichtwiederwahl geht jedoch aus keinem der Dekrete hervor.

Folglich ist festzuhalten, dass im Kanton Bern *keine gesetzliche Grundlage* für eine Entschädigung von nebenamtlich tätigen Richterinnen und Richtern bei unverschuldeter Nichtwiederwahl besteht. Dies erscheint grundsätzlich sinnvoll, liegt Sinn und Zweck einer solchen Entschädigung doch in der finanziellen Absicherung der betroffenen Personen.

Damit ist allerdings noch nicht alles gesagt: Jedenfalls dort, wo die Richtertätigkeit *faktisch* der Erzielung eines Erwerbseinkommens dient, kann die Nichtwiederwahl erhebliche finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen, welche gerade im Falle einer *unverschuldeten* Nichtwiederwahl stossend sein können und deshalb zumindest abgeschwächt werden sollten. Weiter ist eine solche Entschädigung auch im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit geboten⁵¹. Müssen die Richterinnen und Richter bei einer eventuellen Nichtwiederwahl keine oder nur geringe wirtschaftliche Folgen befürchten, sind sie innerlich freier und der Beeinflussung weniger zugänglich⁵². Diese Ausführungen treffen in erster Linie auf hauptamtliche Richterinnen und Richter zu. Personen, welche die richterliche Funktion hingegen nur im Nebenamt ausüben, gehen gemäss Art. 20 Abs. 1 GSOG in der Regel einer anderen Tätigkeit nach, welche auch ihre Haupteinkommensquelle darstellen dürfte. Da bei nebenamtlichen Richterinnen und Richtern im Fall einer Nichtwiederwahl die finanziellen Konsequenzen erheblich geringer sind, verlangen hier weder Sinn und Zweck der Entschädigung noch die richterliche Unabhängigkeit die Ausrichtung einer Entschädigung bei unverschuldeter Nichtwiederwahl. Indessen ist bei der Frage einer Entschädigung auch auf die *faktische* Situation der nebenamtlichen Richterinnen und Richter abzustellen. So haben Laienrichterinnen und -richter ein Arbeitspensum von

⁴⁸ Vgl. Art. 31 Abs. 2 GSOG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 PG. -

⁴⁹ BSG 166.1. -

⁵⁰ Abrufbar unter: http://www.be.ch/gr/VosData/Gwd/Gr%C3%BCne%20Vorlagen/2010/-20100203_132458/gruenevorlage-201002-Dekr-Entsch-nebenamt-Richt-EnRD.pdf (am 3.5.2010). -

⁵¹ Vgl. SPÜHLER, S. 34; PÖDER, S. 226; OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS IN COOPERATION WITH THE INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, New York and Geneva 2003, S. 128 f. Siehe - aber auch das Interview mit dem damaligen Präsidenten der Gerichtskommission Ständerat Rolf Schweiger in THOMAS STADELMANN/ STEPHAN GASS, Gewaltentrennung und richterliche Unabhängigkeit - die - Justiz im Spiegel der Politik, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2005/1, wo Rolf Schweiger die Notwendigkeit einer Entschädigung sowie deren Akzeptanz in der Bevölkerung negativ beurteilt. -

⁵² Vgl. SPÜHLER, S. 34. -

20%, welches sich mit der Justizreform 2 noch verringern soll⁵³. Dennoch sind offenbar gerade in den Gerichtskreisen VIII und II viele Laienrichterinnen und -richter *de facto hauptamtlich* tätig, so dass die Ausübung einer anderen Erwerbstätigkeit ausserhalb des Laienrichteramtes kaum mehr möglich ist⁵⁴. Aus Gründen der fairen, rechtsgleichen Behandlung (Art. 10 Abs. 1 KV, Art. 8 Abs. 1 BV) erscheint es angezeigt, in Fällen unverschuldeter Nichtwiederwahl auch hier sinngemäss die für die hauptamtlichen Richterinnen und Richter geltenden Regeln anzuwenden, dies insbesondere in Fällen, wo die Betroffenen ihr nebenamtliches Richteramt während längerer Zeit ausgeübt haben. Die dazu erforderliche gesetzliche Grundlage lässt sich aus einer verfassungskonformen (Art. 8 Abs. 1 BV) Auslegung von Art. 96 GSOG i.V.m. Art. 43 Abs.1 PG gewinnen, indem der Begriff „hauptamtlich“ auf die faktische Arbeitsbelastung abstellt. Dies erscheint um so mehr gerechtfertigt, als auch hauptamtlich tätige, ihr Amt in Teilzeit ausübende Richterinnen und Richter unter den Anwendungsbereich von Art. 96 GSOG fallen, mithin bei unverschuldeter Nichtwiederwahl einen Anspruch auf Entschädigung haben.

3. Ergebnis

Hauptamtliche Richterinnen und Richter, welchen die Wiederwahl ohne ihr Verschulden versagt wird, haben Anspruch auf eine Entschädigung gestützt auf Art. 31 – 36 PG. Nebenamtliche Richterinnen und Richter in der gleichen Situation haben jedoch mangels gesetzlicher Grundlage grundsätzlich keinen Anspruch auf Entschädigung. Soweit nebenamtliche (Laien)Richterinnen und -richter aber faktisch ihr Amt in Vollzeit ausüben, erscheint eine Gleichbehandlung mit hauptamtlichen Richterinnen und Richtern indessen angezeigt.

⁵³ Vgl. Dokument „Häufig gestellte Fragen zum Amt einer Laienrichterin / eines Laienrichters“, abrufbar unter: http://www.sta.be.ch/site/faq_richterwahlen_2010.pdf (am 3.5.2010).

⁵⁴ Vgl. Vortrag des Regierungsrates an den grossen Rat zum Dekret über die Entschädigung der nebenamtlichen Richterinnen und Richter (EnRD) vom 16. Dezember 2009, S. 14; Der Bund, Online-Ausgabe vom 31.12.2009, („Neue Bedingungen für Laienrichter“).

V. Beantwortung der Gutachterfragen 3 und 4 (Teil 1)*Frage 3:*

a. Gelten die Wahlen der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter der Regionalgerichte im Rahmen der Umsetzung der Justizreform 2 als Wiederwahlen oder als Neuwahlen?

Die Wahl der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter der Regionalgerichte gelten formell als „Neuwahlen“ im Sinne der Praxis der Juko. Bezüglich Einhaltung des Parteienproporzesses sollen sie aber für bisherige Richterinnen und Richter zwecks Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit den Wiederwahlen gleichgestellt werden.

b. Können bisherige und neue Kandidierende im gleichen Wahlgang gewählt werden oder braucht es eine Separierung?

Bisherige und neue Kandidierende können im gleichen Wahlgang gewählt werden.

Frage 4: Haben nicht gewählte, bisherige Richterinnen und Richter der Regionalgerichte Anrecht auf eine Entschädigung?

Hauptamtliche Richterinnen und Richter, welche eine unverschuldete Nichtwiederwahl erfahren, haben Anspruch auf eine Entschädigung.

Nebenamtliche Richterinnen und Richter in der gleichen Situation haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Entschädigung.

Soweit nebenamtliche Richterinnen und -richter ihr Amt faktisch in Vollzeit ausüben, erscheint eine Gleichbehandlung mit hauptamtlichen Richterinnen und Richtern als angezeigt.

Zürich, 7. Mai 2010

Anhang: Verzeichnisse**I. Literatur**

- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001.
- KIENER REGINA, Verfahren der Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern des Bundes, Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, Bern 2008, publiziert in: VPB 72 (2008) Nr. 26, S. 350 - 389 (zit. Kiener, Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern, VPB 2008.26).
- KIENER REGINA / SCHALLER IRIS, Richterwahlen: Wechselnde Fraktionsstärken im Grossen Rat und deren Berücksichtigung bei der Zuteilung der Richtersitze, Gutachten im Auftrag der Justizkommission des Grossen Rats des Kantons Bern, Teil 1 und 2, Bern 2008 (nicht publiziert).
- PÖDER STEFAN, Richterwahlen, in: Leges 2004/1, S. 217 ff.
- SPÜHLER KARL, Der Richter und die Politik: Die Wahlart der Richter und ihre Unabhängigkeit gegenüber politischen Gewalten, in: ZBI 1994 S. 28 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007.

II. Erlasse

- | | |
|--------|--|
| BGG - | Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110) |
| BPG - | Bundespersongesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) |
| BV - | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998 (SR 101.1) |
| GOG - | Gesetz vom 14. März 1995 über die Organisation der Gerichtsbehörden in Zivil- und Strafsachen (BAG 95-64), aufgehoben am 1.1.2010 durch Art. 100 Abs. 2 GSOG |
| GRG - | Gesetz über den Grossen Rat (Grossratsgesetz, BSG 151.21) |
| GSOG - | Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (BSG 161.1) |
| KV - | Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1) |

ParlG -	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10)
PG -	Personalgesetz vom 16. September 2004 (PG; BSG 153.01)
UNO-Pakt II -	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2)
VGG -	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; SR 173.110)

III. Materialien

Bericht der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung vom 20. Juni 2006, Vorbereitung der Wahlen an das Bundesverwaltungsgericht (zit. Bericht der GK).

Reglement der Justizkommission des Grossen Rates (Reglement Juko) vom 7. Mai 2002.