

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Rezension vom 30. Oktober 2012

© 2012 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

http://www.forhistiur.de/zitat/1210duss_jacobi.htm

ISSN 1860-5605

Ruth Herzog / Reto Feller (Hrsg. / Ed.),

Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart.

100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern.

Bern, Geiger AG 2010, XV, 603 Seiten, ISBN 978-3-033-02287-4.

Rezensiert von: Vanessa C. Duss Jacobi (Luzern)

Einleitung:

„**Einblick** in einen wesentlichen Teil der bernischen Justizgeschichte“ und Illustration der „Entwicklung kantonaler Verwaltungsgerichtsbarkeit“ einerseits, Reflexion der „vielfältigen Rechtsprechungstätigkeit des Gerichts“ andererseits verspricht obgenanntes Sammelwerk im Vorwort. Mit 25 Aufsätzen von Autoren und Autorinnen aus den öffentlichrechtlichen Bereichen Verwaltungsrecht und Sozialversicherungsrecht, auf 593 Seiten und mit knappem Vorwort (XIII) / Préface (XIV) dafür umso längerem Epilog versehen, kommt der Band in dezenter, dunkelblauer Robe daher und nur die silberne Schrift auf dem Einband lässt den Glanz des Festanlasses erahnen. Alles in allem eine Festschrift im engsten Sinn des Wortes, einmal keiner Persönlichkeit sondern vielmehr einer Personenmehrheit gewidmet – genauer dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Der Sammelband bietet einerseits eine rechtshistorische Betrachtungsweise, welche Entstehung des Gerichts wie der Gerichtsbarkeit schildert. Eingebettet in und reflektiert am Diskurs über die Gewaltenteilung schildern verschiedene Beiträge die Entwicklung der Verwaltungsgerichts- wie der Sozialversicherungsgerichtsrechtsprechung, und dies auch als Teil der Kantons- und der Bundesjustizgeschichte im öffentlichen Recht. Andere Beiträge zeichnen die inhaltlichen Entwicklungen der Rechtsprechungstätigkeit des bernischen Verwaltungsgerichts sowie der über mehrere Jahrzehnte eigenständig verlaufenden Sozialversicherungsrechtsprechung nach. Mit Bestandesaufnahme des und Ausblick auf das „how to“ der „good jurisprudence“ sind gewisse Beiträge zudem rechtssoziologisch gelagert – dort wird nicht historisiert sondern diskutiert. Methodologisch wird es, wenn und wo Anforderungen an den Gesetzgeber für das „how to“ des „good lawmaking“ aufgestellt werden – Vorausblick statt Rückblick treten hier in den Vordergrund. Öffentliches Recht im bunten Kaleidoskop betrachtet, dezent ummantelt, verspricht das Werk sich als Garanten für spannende Lektüre.

Bedeutung des Werks:

2

Ein Blick auf die Liste der Beitragenden verrät, dass in diesem Sammelband eine Vielzahl einschlägiger Fachgrößen aus den Bereichen Sozial- und Verwaltungsrecht versammelt sind. Die Beiträge sind allesamt mit Sorgfalt und Fachwissen verfasst und erinnern in vielerlei Hinsicht an Festschriftenbeiträge, wie man Sie für Personen verfasst – in der Regel vergnüglich zu lesen weil aus beschwingter Feder, manchmal auch mit der grossen Kelle anrührend und zuweilen auch rührend.

Ein einziger Blick reicht vielfach nicht aus, und so bedarf es denn auch einer vertieften Betrachtungsweise, um den schillernden Jubilaren ins Rechte Licht zu rücken. Schliesslich ist das Berner Verwaltungsgericht nicht irgendein kantonales Verwaltungsgericht! Es handelt sich um das schweizweit erste organisatorisch selbständige Verwaltungsgericht und es ist deswegen in vielerlei Hinsicht wegweisend für die Verwaltungsgerichtsbarkeit wie für die streckenweise selbständig verlaufende Sozialversicherungsgerichtsbarkeit in der Schweiz.

3

Gedanken zum Wie des Reflektierens:

4

Reflektieren über Rechtsprechung durch diejenigen, die Recht anwenden, sollte stets im Bewusstsein um die Unverzichtbarkeit der Kenntnis der historischen Entstehung und Entwicklung des geltenden Rechts geschehen.¹ Erschliessen und Erkennen der Funktionsweise des „law in force“ kann nur in befriedigender Weise, wer rechtshistorische Kenntnisse besitzt – Rechtskultur verstehen und anwenden verlangt, die Geschichte des Rechts zu kennen. Rechtsbewusstsein und Rechtsgeschichte sind untrennbar. Schon Theodor Mommsen sagte: Um Einsicht in das innere Räderwerk des Rechts zu nehmen, bedürfe es der Verschmelzung von Geschichte und Jurisprudenz.² Der Einbezug der Entstehungsgeschichte der Gesetze wie der „herrschenden Meinungen“ offenbart Sinn für die Rechtsanwendung – die Aktualität der Rechtsgeschichte wird evident bei Einbezug von Entstehungs- wie Entwicklungsgeschichte des geltenden Rechts in die Entscheidung aktueller Rechtsprobleme.

Weiterer Spielraum sei Mommsen hier nicht eingeräumt, insbesondere sein methodisches Ideal der Rechtsgeschichte nicht geteilt, das „in der sog. streng philologischen Methode der ‚rücksichtslos ehrliche(n), im grossen wie im kleinen vor keiner Mühe scheuende(n), kei-

5

¹ Vgl. hierzu die Beiträge in: Jörn Eckert (Hrsg.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, Hans Hatzenhauer zum 8. September 2001, C.F. Müller Verlag, 2003 Heidelberg, exemplarisch darin Jörn Eckert im Vorwort, S. VI: „dass man das Recht der Gegenwart nicht versteht, wenn man nicht seine Geschichte kennt. Damit muss sich die rechtshistorische Disziplin wieder [...] dazu bekennen, eine Hilfswissenschaft des geltenden Rechts zu sein und in der Tat eine «politisch-historische Beispielsammlung» zum Nutzen der gegenwärtigen Rechtspraxis und -wissenschaft zu verwalten“.

² So Theodor Mommsen in *Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft und Die Bedeutung des römischen Rechts*: „So kommt in diesem Fall die Einsicht in das innere Räderwerk des Rechts und in die antiquierten Institutionen den Bedürfnissen der Praxis entgegen und es ist vielleicht mehr als eine paradoxe Behauptung, dass der Entwicklung eines wirklichen und lebendigen gemeinen Civilrechts durch nichts mehr Vorschub geschieht, als durch die historische Erforschung eines jeden einzelnen Rechtssatzes“, Theodor Mommsen, *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, Berlin 1907, S. 600; vgl. auch ders., *Reden und Aufsätze*, Berlin 1905, S. 36.

nem Zweifel ausbiegende(n), keine Lücke der Ueberlieferung oder des eigenen Wissens übertünchende(n), immer sich selbst und anderen Rechenschaft legende(n) Wahrheitsforschung’³ liegt. Denn Geschichte ist geschehen und alles Geschehen ist stets kontingent.⁴ Es gibt nicht *eine* Wahrheit – und schon gar keine historische.⁵ Die Methode der rücksichtslosen Wahrheitsfindung, in der Mommsen den Wert *der* (sic!) Rechtsgeschichte verortet, kann es folglich ebenso wenig geben. Der Wert der (einer!) Rechtsgeschichte besteht darin, Komplexität im Rechtssystem zu erhöhen, nicht, sie zu reduzieren.⁶

In Bezug auf die Kontingenz verhält es sich mit dem Entscheiden identisch: Auch Entscheidungen sind kontingent, sie können immer so oder anders ausfallen.⁷ Zwar werden Entscheide – im Besonderen die von Gerichten – mit Gründen begründet, wobei es stets gute und schlechte Gründe gibt, die zu guten und schlechten Begründungen führen, mithin

6

³ Horst Heinrich Jakobs, Besprechungen, Marie Theres Fögen, Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems (=Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 172). Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2002, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 120 (2003), S. 201.

⁴ Dies verdeutlichen spätestens die ‚Römischen Rechtsgeschichten‘: Marie Theres Fögen, Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2002.

⁵ Eine Erkenntnis der Wahrheit kann es gar nicht geben, denn „Da hat doch die Gehirnforschung schon längst zu Tage gefördert, dass wir die Welt, "alles was der Fall ist" (Wittgenstein), als ein Modell erfahren, welches sich unser Gehirn davon anfertigt, wobei dieses Organ leider ein "dynamisches Eigenleben" entwickelt; unser Gehirn bestimmt individuell, wie die Welt beschaffen ist, die wir wahrnehmen“, Marco Duss, Come per cagione di femine si rovina uno stato, in: <http://www.forhistiur.de/zitat/0501duss.htm>, (nachfolgend: Duss, Kommentar zur Rezension von „Römische Rechtsgeschichten“ von H.H. Jakobs), Rz. 9 ff. Es gibt nicht einmal so etwas wie Willensfreiheit, wie Forschungsergebnisse von Gehirnforschern (vorab Gerhard Roth und Wolf Singer) zeigen. Vielmehr ist „unser Denken, Fühlen, Handeln und damit auch unser Wollen tatsächlich überwiegend hirnpfysiologisch vorbestimmt“ und „individuelle Entscheidungen sind folglich Produkte unseres Gehirns und nicht eines freischwebenden, bestenfalls vernünftigen Geistes. Und dieses Gehirn, Schaltzentrale und Produzent von Willens- und Handlungsimpulsen, ist eine zu rund 70-80% genetisch und entwicklungspsychologisch (v.a. durch vorgeburtliche und frühkindliche Faktoren) vorgeformte Grösse“, Markus Müller, Die innere Unabhängigkeit des Richters, in: Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, S. 532 f. (vgl. dazu weiter unten die Besprechung seines Beitrags). Auf den Punkt gebracht: „Thus we may define the real as that whose characters are independent of what anybody may think them to be“, Charles S. Peirce, How to make our ideas clear, Frankfurt a.M. 1985, 3. Aufl, S. 80.

⁶ Insofern ist Rechtsgeschichte, zusammen mit Rechtstheorie, ein konstanter „trouble maker“, vgl. Marie Theres Fögen, Die ungeliebten Kinder der Rechtswissenschaft, in: Andrea Büchler (Hrsg.), Opuscula, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2009, S. 96 (nachfolgend: Fögen, Kinder der Rechtswissenschaft).

⁷ „Es geht so und immer auch anders, wenngleich nicht beliebig anders. Nur wenn und weil dieser Satz von der Kontingenz aller Ereignisse und Verläufe in der Welt zutrifft, gibt es einen Bedarf für Entscheidungen. [...] Der Satz von der Kontingenz allen Geschehens ist natürlich auch auf die Entscheidung selbst anzuwenden. Sie kann stets so oder anders ausfallen. Sonst wäre sie keine Entscheidung, sondern allenfalls eine «Erkenntnis» dessen, wie es wirklich ist, eine «Findung» dessen, was es schon gibt, oder eine «Lösung». Wenn die Stunde der Wahrheit, das heisst: die Gegenwart der Entscheidung, kommt, gibt es nichts zu «erkennen», zu «finden» oder zu «lösen», sondern eben nur zu entscheiden: so oder auch anders“, Marie Theres Fögen, Rechtsverweigerungsverbot. Anmerkungen zu einer Selbstverständlichkeit, in: Urteilen/Entscheiden, hrsg. v. Cornelia Vismann und Thomas Weitin, W. Fink Verlag, Frankfurt a. M. 2006, S. 37 (nachfolgend: Fögen, Rechtsverweigerungsverbot).

den Entscheid für das „so und nicht anders“ erleichtern. Ist eine Entscheidung getroffen, wird eine Wahl vorgenommen: Das wofür man sich nicht entschieden hat, wird ausgeschlossen davon, die „richtige“ Entscheidung für das konkrete Problem zu sein. Der potentielle Zugriff auf die nicht gewählten Entscheidungen und deren Gründe bleibt aber für die Zukunft gerade dann möglich, wenn Historisierung erfolgt, d.h. wenn das Entschiedene erinnert wird. Und für das, was auf der anderen Seite der Entscheidung steht, gibt es immer auch Gründe – ein Entscheid kann immer so oder anders ausfallen. Die Kontingenz, die in der Natur der Entscheide liegt, erhöht die Komplexität im Rechtssystem.

Im Hinblick auf richterliches Entscheiden bringt das Wissen um die Kontingenz des Entscheidens das Dilemma des „making decisions“⁸ ans Licht, will doch das Recht mit klaren Normen unklaren Sachverhalten zu eindeutigen Lösungen verhelfen. Und natürlich hat sich die Rechtswissenschaft zur Vermeidung der Beliebigkeit der Jurisprudenz keine Pappkameraden gebastelt: Rechtssicherheit, Einheit der Rechtsprechung, Begründungszwang und Rechts- wie Justizverweigerungsverbot (und damit Entscheidungszwang) seien hier genannt. Sie vermögen die „Paradoxie des Entscheidens“⁹ zwar nicht aufzulösen, schaffen aber durch das Gebot des „sich entscheiden Müssens“ trotz des „nicht entscheiden Könnens“ eine einstweilige Reduktion der Komplexität. Bloss temporär ist die Reduktion deshalb, weil sowohl die für die Entscheidung angewandte(n) Norm(en) des positiven geltenden Rechts wie auch deren Auslegung und somit Anwendung kontingent sind. Beide haben solange Gültigkeit, wie die Normen in Kraft sind bzw. die Rechtsprechung konstant bleibt. Und das Recht hat es ausschliesslich mit Geltung zu tun: „Alles Recht ist geltendes Recht. Nicht geltendes Recht ist kein Recht“ – „Geltung“ ist das Symbol der Einheit des Rechtssystems.¹⁰ Normen und „herrschende Meinungen“¹¹ werden durch neue Gesetze und Entscheidungen zwar geändert, aber nur sehr müh- und langsam. Stattdessen wird die Geltung einer Norm gerade dann aufrechterhalten, wenn die Norm nicht eingehalten wird. Geltung meint demnach „kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen“¹².

7

⁸ Bzw. deren Tragik, vgl. Marie Theres Fögen, *The Tragedy of Making Decisions. A Commentary on Aeschylus' "Eumenides" / Die Tragödie des Entscheidens. Eine Anmerkung zu den „Eumeniden“ des Aischylos*, in: *Ancilla Iuris* (www.anci.ch) 2007, S. 42-47 v.a. S. 42 und S. 45 [dt. zuerst in *NZZ* v. 21./22.2.2004, S. 45, auch erschienen in: Andrea Büchler (Hrsg.), Marie Theres Fögen, *Opuscula, Dike*, Zürich/St.Gallen 2009, S. 82-87, nachfolgend: Fögen, *Tragödie des Entscheidens*].

⁹ „Es ist eine paradoxe Situation – man kann nur entscheiden, wenn und weil man nicht entscheiden kann“, Fögen, *Rechtsverweigerungsverbot*, a.a.O., S. 37, vgl. auch: Fögen, *Tragödie des Entscheidens*, S. 45; Marie Theres Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, München 2007, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, Bd. 87 der Reihe *Themen*, S. 81; Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Auflage Köln und München 2008, S. 106.

¹⁰ Fögen, *Kinder der Rechtswissenschaft*, a.a.O., S. 92; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl. 1993, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1993, S. 98 ff.

¹¹ Welche als Interpretationsvorgaben dienen.

¹² Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1. A., Frankfurt a.M. 1999 (nachfolgend: Luhmann, *Ausdifferenzierung*), S. 211; „Mit dem Begriff der Geltung wollen wir Nichtkontingenz auf der Ebene normativer Erwartungshaltungen bezeichnen, die eine vorausliegende Kontingenz auf der Ebene wirklichen Erlebens und Handelns nicht ausschliesst, sondern in Rechnung stellt [...]“, Luhmann, *Ausdifferenzierung*,

Eine weitere Krux beim Entscheiden stellt die fehlende Objektivität des Sachverhalts dar, welcher seinerseits den Tatbestand definiert, an den das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft. Sachverhaltsfeststellungen soweit wie möglich auf objektiv zu „trimmen“ ist mitunter eine der herausforderndsten Aufgaben, die sich den Richtenden stellt. Es gilt also nicht nur das „So viele Juristen, so viele Auslegungen!“¹³, sondern – *horribile dictu* – auch: „So viele Zeugen, so viele Sachverhaltsschilderungen!“ Das gilt selbstredend für die Summe aller in concreto herbeigezogenen Beweise und Indizien, und noch viel mehr für die nicht herbeigezogenen – das Einbeziehen wie Weglassen bestimmter Elemente – die Wahl wird wiederum mit Gründen begründet – lassen jeden Sachverhalt „konstruiert“ erscheinen. Kontingenz auch hier, was zur Folge hat, dass Willkür beim Entscheiden nicht ausgeschlossen werden kann. Reflektieren über verwaltungsrechtliche wie sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung muss demnach – wie jede Reflexion über Rechtsprechung unweigerlich – zu zwei Erkenntnissen führen: Zur Erkenntnis der Unmöglichkeit der objektiven Tatsachenfeststellung und zum Eingeständnis der Unmöglichkeit des Willkürausschlusses.¹⁴

Summa summarum ist folgendes als Desiderat an jeden Richtenden heranzutragen: Bewusstsein um die Unverzichtbarkeit der Kenntnis der historischen Entstehung und Entwicklung des geltenden Rechts, um die Kontingenz der Normen und Gerichtsentscheide und um die Unmöglichkeit der objektiven Tatsachenfeststellung wie des Willkürausschlusses. Recht kann also gar nicht leisten, was es zu leisten verspricht: Das Grundbedürfnis nach Klarheit, Bestimmtheit und Einfachheit des Rechts mit seinen positiv-rechtlichen Vorschriften stillen, eben mit klaren Normen unklaren Sachverhalten zu eindeutigen Lösungen verhelfen. Sich dieser systemimmanenten Mangelhaftigkeit jeder, auch der richterlichen, Entscheidung stets bewusst zu sein, gehört zu den Aufgaben jeder Richterin und jedes Richters. Dass dies in der Rechtsanwendung in der Art, wie sie das Geburtstagskind – das Berner Verwaltungsgericht wurde am 31. Oktober 2009 stolze 100 Jahre alt – seit Anbeginn seines Bestehens (es ist das betagteste aller kantonalen Verwaltungsgerichte in der Schweiz) betrieben hat, der Fall ist, erfährt der Leser in aller Deutlichkeit.

Zusammenfassung der einzelnen Beiträge - Gruppierung

Von jedem Beitrag wird eine Kurzzusammenfassung gegeben, wozu die Beiträge gruppiert wurden. Zur Gliederung seien die Beiträge nach der beruflichen Tätigkeit der Autoren und

a.a.O., S. 217; Fögen, *Kinder der Rechtswissenschaft*, a.a.O., S. 94.

¹³ „So viele Köpfe, so viele Meinungen“ (quot capita tot sensus), ursprünglich „soviel Menschen soviel Meinungen“ (quot homines tot sententiae), Horaz, *Satiren* II, 1, 27; Terenz, *Phormio* II, 4, 14; Cicero, *Über das höchste Gut und Übel* 1, 5, 15.

¹⁴ „Die Einsicht um die Unmöglichkeit der objektiven Tatsachenfeststellung und gleichzeitig das Eingeständnis der Unmöglichkeit des Willkürausschlusses sind in der Rechtsanwendung übrigens ein längst gesichertes Gut: Der Richter muss und darf in seiner – in Berücksichtigung aller durch die Untersuchung und Beweiserhebung zutage getretenen Umstände aufgrund der Erfahrung – frei gebildeten Überzeugung, ohne Bindung an formale Beweisregeln darüber befinden, ob eine Tatsache als verwirklicht zu betrachten sei“, Duss, *Kommentar zur Rezension von „Römische Rechtsgeschichten“ von H.H. Jakobs*, a.a.O., Rz. 11.

Autorinnen geordnet, um so eine Aussen- wie Innenansicht des blaurobigen, weisshemdigen Jubilars zu gewinnen, also die Selbst- wie die Fremdwahrnehmung zu reflektieren. Die Aussensicht-Gruppe wiederum sei hier unterteilt in einen öffentlichen (weil Verwaltungs-) und einen privat(wirtschaftlich)en Bereich. Zur ersten Gruppe (also Aussensicht, öffentlicher Bereich, nachfolgend *Gruppe 1.1*) werden die hauptberuflich akademisch (Professores, Doktores und sonstige Dozenten an Universitäten) und in der Verwaltung ausserhalb des Justizbereichs Tätigen (hier ist eigentlich einzig der Vorsteher des Rechtsamts der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern zu nennen) gezählt, zur zweiten Gruppe von Beitragenden (Aussensicht, privater Bereich, nachfolgend *Gruppe 1.2*) diejenigen Prozessprotagonisten, die nicht am Gericht arbeiten (Anwälte – Prozessparteien haben sich soweit ersichtlich keine zu Wort gemeldet – sowie Medienvertreter und Kunstschaffende). Zur Innensicht (nachfolgend *Gruppe 2*) werden die Beiträge aller am bernischen Verwaltungs- wie Sozialversicherungsgericht ebenso wie dem Bundesverwaltungsgericht (als hierarchisch übergeordnete Instanz mit tiefem Einblick in das Rechtsprechungsgeschehen) zusammengenommen.

Gruppe 1.1: Aussensicht, öff. Bereich

Der ersten Gruppe, welche dem Jubilaren mit Blickwinkel von ausserhalb des bernischen Verwaltungsgerichts aber innerhalb des öffentlichen Sektors Konturen verleiht, sind folgende Beiträge (in jedem Abschnitt in der Reihenfolge des Vorkommens im Sammelband) zugeordnet:

- *Prof. Dr. Sybille Hofer* (Ordinaria für Rechtsgeschichte und Privatrecht an der Universität Bern), Der lange Weg zum bernischen Verwaltungsgericht, S. 1 – 33.
- *Prof. Dr. Benjamin Schindler* (Nachwuchsdozent für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen), Das Verwaltungsgericht um 1909 – ein Portrait (Symposiumsbeitrag), S. 33 – 46.
- *Prof. Dr. Thomas Gächter* (Extraordinarius für Staats- Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich), Entwicklung und Organisation der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit im Bund und im Kanton Bern, S. 89 – 115.
- *Eric Brandt*, avocat (Juge au Tribunal cantonal de Vaud (Cour de droit administratif et public), président 1999/2000 du Tribunal administratif du canton de Vaud), La juridiction administrative dans le canton de Vaud, S. 337 – 366.
- *Dr. Christoph Auer*, Fürsprecher, LL.M. (Vorsteher des Rechtsamts der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern) / *Dr. Ueli Friederich* (Rechtsanwalt, Bern), Aufgabe und Rolle der verwaltungsinternen Justiz nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie, S. 367 – 400.
- *Prof. Dr. Andreas Lienhard* (Extraordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern), Die bernische Gerichtsbarkeit auf dem Weg zu Selbstverwaltung, S. 401 – 436.
- *Prof. Dr. Kurt Nuspliger* (Staatsschreiber des Kantons Bern, Honorarprofessor mit einem Lehrauftrag für bernisches Staatsrecht an der Universität Bern), Gerichtlicher Rechtsschutz und politische Rechte, S. 437 – 456.

- *Prof. Dr. Jörg Künzli* (Ordinarius für Staats- und Völkerrecht an der Universität Bern), Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte und ihre Umsetzung im kantonalen Verwaltungsrecht, S. 457 – 483.
- *Prof. Dr. Regina Kiener* (Ordinaria für öffentliches Recht an der Universität Zürich), Ein Pinselstrich am Richterbild: Richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten im Verwaltungsprozess, S. 505 – 525.
- *Prof. Dr. Markus Müller* (Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern), Die innere Unabhängigkeit des Richters. Gedanken zu einem Diamanten, S. 527 – 544.
- *Prof. Dr. Pierre Tschannen* (Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern), „Gute Verwaltungsgerichtsbarkeit“. Drei Wünsche aus dem Elfenbeinturm, S. 545 – 559.
- *Prof. em. Dr. h. c. Hans Peter Walter* (ehemaliger Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, a. Bundesgerichtspräsident), Selbstbewusste Justiz, S. 561 – 587.

In ihrem Beitrag schildert *Prof. Dr. Sybille Hofer* ‚den langen Weg zum bernischen Verwaltungsgericht‘. Die Ausgangsfragestellung lautet, ab wann von einem Vor„leben“ des Jubilaren gesprochen werden könne, und diese Frage führt unweigerlich weitere Fragen ins Feld, zunächst die nach der Definition von Verwaltungsgerichtsbarkeit: ist diese als Gerichtsbarkeit durch oder über die Verwaltung definiert? Falls die Antwort im zweiten Sinne ausfällt, stellt sich weiter die Frage, ob ein Entscheid von einem allgemeinen oder einem speziellen Gericht getroffen zu werden braucht, um als Verwaltungsgerichtsrechtsprechung zu gelten. Ist der Begriff der Verwaltungsgerichtsbarkeit eng zu fassen, ist die Errichtung eigener Gerichte als begriffsnotwendig anzusehen, und die Vorgeschichte begänne im Jahr 1866, wo zum ersten Mal Gedanken um die Errichtung eines Verwaltungsgerichts kreisten, oder allenfalls mit der Verfassung des Kantons Bern von 1893, worin die Errichtung eines Verwaltungsgerichts erstmals festgelegt wurde. Fasst man den Begriff hingegen weiter im Sinne einer Kontrolle von Verwaltungshandeln in einem streitigen Verfahren, dann begänne die Geschichte bereits im Jahr 1709, wo in einer Berner Ordnung eine „Klage gegen das Verhalten von Amtleuten“ statuiert wurde. Und dort lässt die Verfasserin die Geschichte denn auch beginnen und verknüpft sie mit der Geschichte der aufkommenden Idee der Gewaltenteilung. Es folgt ein Überblick über die Modelle der Verwaltungsrechtspflege und unter Hinweis auf parallele Diskussionen im benachbarten Deutschland und Frankreich werden drei Verwaltungsrechtspflegemodelle nachgezeichnet: erstens das Administrativjustizmodell (F, Ende 18. Jh.), das Modell einer rein verwaltungsinternen Kontrolle, zweitens das Justizstaatsmodell (D, erste Hälfte des 19. Jh.), in welchem die Verletzung wohlervorbener privater Rechte durch die Verwaltung von Zivilgerichten überprüft werden konnten, und drittens, das Verwaltungsgerichtsmodell (D, zweite Hälfte des 19. Jh.), in dem Verwaltungsrichter und -richterrinnen (und also keine Zivilrichter und -richterrinnen) über Verwaltungsfragen unabhängig von der Verwaltung sachgerecht zu entscheiden hatten. Dass die Diskussion im Bern des 19. Jh. zwischen diesen drei Modellen oszillierte,

zeigt, was auf der Hand lag: dass es um das Verhältnis von Bürger und Staat und die Ausgestaltung des „Rechtsstaats“ ging. Alle drei Modelle wurden, wie der Beitrag anschliessend aufzeigt, denn auch innerhalb von ca. hundert Jahren praktisch umgesetzt,¹⁵ bis sich schliesslich das Verwaltungsgerichtsmodell durchsetzte.

Prof. Dr. Benjamin Schindler fertigt in seinem Beitrag „ein Portrait“ des Verwaltungsgerichts von 1909 an, wobei er ebenfalls kurz auf die Entstehungsgeschichte und die drei in Sybille Hofers Beitrag beschriebenen Modelle zurückblickt und erwähnt, dass für die Schweiz bis 1798, d.h. im Ancien Régime, das Modell der Administrativjustiz den Normalfall darstellte, dieses Modell der verwaltungsinternen Rechtspflege die Schweiz lange prägte und auch heute noch bei der erstinstanzlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheiden in den Kantonen verbreitet ist. Erst das 1909 geschaffene Verwaltungsgericht des Kantons Bern darf als erstes unabhängiges und von der ordentlichen Gerichtsbarkeit vollständig getrenntes Verwaltungsgericht der Schweiz angesehen werden – die nächsten Verwaltungsgerichte erhielten lange 50 Jahre später zwei Kantone: Zürich und Basel-Landschaft. Die Pionier- und Wegbereiterrolle in Sachen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist demnach klar dem bernischen Verwaltungsgericht von 1909 zuzuschreiben, ermöglicht wurde sie durch die am 1. Juli 1893 in Kraft getretene Staatsverfassung des Kantons Bern.¹⁶ Die erste Wirkungsstätte war das Berner Rathaus, also Sitz des Grossen Rats (Kantonsparlaments) und der Kantonsregierung. Die ersten neun Richter¹⁷ – gewählt unter stimmberechtigten (und

¹⁵ In einer ersten Phase herrschte das Administrativjustizmodell, beginnend mit der Mediationsverfassung des Kantons Bern von 1803 und dem Gesetz über Administrativstreitigkeiten von 1818, wonach der Kleine Rat als letzte Instanz für Verwaltungsstreitigkeiten zuständig war, jedenfalls in allen Fällen, in denen neben privaten auch staatliche Interessen berührt waren (in allen anderen Fällen das Appellationsgericht). Mit den Verfassungen von 1831 und 1846 vollzog sich ein Übergang zum Justizstaatsmodell, wo „sämtliche Administrativprozesse dem Civilrichter überwiesen [...] und nur alle reinen Verwaltungsstreitigkeiten [...] der Regierungsrath [...] beurtheilen wird (S. 11). In einer dritten Phase, mit dem Gesetz über öffentliche Leistungen von 1854, vollzog sich eine Rückkehr zur Administrativjustiz, in der vierten Phase wurde vergeblich um die Administrativjustiz gekämpft, Verwaltungsgerichtshöfe aber – dies trotz Nichtbeachtung des damals wichtigsten Werks in der zeitgenössischen, wissenschaftlichen Debatte zum Thema Verwaltungskontrolle, dem 1864 erschienen Buch „Der Rechtsstaat“ von Otto Bähr, durch welches die Forderung „Man schaffe die Gerichte des öffentlichen Rechts“ berühmt wurde – die ersten Erwähnungen fanden. In einer fünften Phase, von der Kantonsverfassung von 1893 bis zum Gesetz betreffend die Verwaltungsrechtspflege 1909, wurde dann die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgestaltet.

¹⁶ Mit ihrem Art. 40 Abs. 2, der da lautete: „Durch das Gesetz soll ein besonderes Verwaltungsgericht eingeführt und dessen Zuständigkeit bestimmt werden.“

¹⁷ Ein ständiger Präsident, ein nichtständiger Vizepräsident und sieben nichtständige Richter. Die personelle Zusammensetzung gestaltete sich äusserst interessant und prominent, es befanden sich darunter der Sohn eines Friedensnobelpreisträgers (Ernst [Ernest] Gobat, Sohn von Albert Gobat, zusammen mit Élie Ducommun Friedensnobelpreisträger 1902), ein amtierender Nationalrat (Friedrich Bühlmann, Vizepräsident des Gerichts), zwei künftige Nationalräte (Jakob Hadorn, 1919-1928 BGB; Emil[e] Ryser, 1914-1922 SPS) ein künftiger Regierungsrat (Fritz [Friedrich] Volmar, 1920-26 BGB-Mitglied des Berner Regierungsrats) und ein künftiger Bundesrichter (Karl Z'Graggen, seit 1913 für die SPS Ersatzrichter am Bundesgericht und 1920-1929 Bundesrichter). Z'Graggens Tochter Lily wurde als erste Frau zum Berner Fürsprecherexamen zugelassen, wofür Z'Graggen gekämpft hatte – dies unter Berufung auf die bürgerliche Ehrenfähigkeit im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch des Kantons Bern, einem Gesetz, welches Kollege Friedrich Bühlmann entworfen hatte). Der Beitrag Schindlers enthält Kurzbiografien des Vizepräsidenten Bühlmann und Karl Z'gaggen, welche Schindler exemplarisch für die schillernde

damit männlichen) Kantonsbürgern, davon musste die Mehrzahl das Anwalts- oder Notariatspatent besitzen – vervollständigen das Portrait des durch politisch engagierte, juristisch gebildete Persönlichkeiten repräsentierten Jubilaren. Dieser Befund – man könnte es weitgehende Kongruenz von Schweizerischer Justiz-, Politik-, Verwaltungs- und Bildungselite zu Beginn des Bestehens des eidgenössischen wie der obersten kantonalen Gerichte nennen – deckt sich vollkommen mit Befunden aus Untersuchungen der Richterbiografien der Bundesrichter Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts.¹⁸ Der Jubilar reiht sich in die Schar einer stattlichen Zahl solcher von der ordentlichen Gerichtsbarkeit unabhängigen, spezialisierten Verwaltungsgerichte, die gegen Ende des 19. Jh. in zahlreichen Staaten des deutschsprachigen Raums nach deutschen Vorbildern entstanden.

Prof. Dr. Thomas Gächter zeichnet in seinem Beitrag den Prozess der Einbindung der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit¹⁹ in die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach. Dazu mussten in den vergangenen 100 Jahren einige Probleme gelöst werden, und es galt, ein Modell zu entwickeln, das in seiner heute im Kanton Bern praktizierten Art keineswegs eine Selbstverständlichkeit darstellt. Als Grund- bzw. Gretchenfrage für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Sozialversicherungsangelegenheiten ist dabei die Frage nach der Natur des Sozialversicherungsrechts anzusehen. Mögliche Antworten gibt es drei: erstens, es ist besonderes Verwaltungsrecht, zu beurteilen durch die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit, zweitens, es liegt näher beim Zivilrecht und deswegen durch die zivilrechtlichen Instanzen zu beurteilen, und drittens, es ist als eigenes Rechtsgebiet zu qualifizieren, weshalb die Rechtsprechung durch spezialisierte Instanzen zu erfolgen hat. Zwar wird das Sozialversicherungsrecht heute unbestrittenermassen und richtigerweise überwiegend dem Verwaltungsrecht und damit dem öffentlichen Recht zugerechnet,²⁰ jedoch sind Vorbehalte gegen diese Variante bis heute nicht gewichen. Eine Wahlverwandtschaft scheint es denn auch nicht zu sein, ist das Sozialversicherungsrecht doch gerade eines jener Rechtsgebiete, das zur Überbrückung systematischer Unzulänglichkeiten und Lösung von Übergangsfragen und Koordinationsproblemen am stärksten auf die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts zurückgreift – dies mit dem schönen aber wenig beachteten Nebeneffekt, dass viele Rechtsfiguren des allgemeinen Verwaltungsrechts im Sozialversicherungsrecht weiterentwickelt wurden. Als spezifisch sozialversicherungsrechtlich kann die Komplexität und die Menge der zu berücksichtigenden Judikatur angesehen werden, was aber nicht rechtfertigt, die Materie vom übrigen Verwaltungsrecht zu separieren – es gibt denn auch weitere hochspezialisierte Verwaltungsrechtsgebiete wie das Umwelt-, das Vergabe- oder

Vielfalt des Gerichts präsentiert.

¹⁸ Wie das Forschungsprojekt „Die schweizerische Justizelite zwischen Politik und Recht, 1848 – 1998“ zutage gefördert hat, vgl. Michele Luminati, Das ZGB und seine Richter, in: Justice - Justiz - Giustizia. Die Schweizer Richterzeitung, 2008/3, Rz 8 ff., v.a. Rz 48.

¹⁹ Gemeint ist die Sozialversicherungsgerichtsbarkeit im engeren Sinne, d.h. die Gerichtsbarkeit mit direktem Rechtsschutzbezug für Versicherte.

²⁰ Vgl. FN 6 des Beitrags von Thomas Gächter mit Verweisen auf die einschlägigen Lehrbücher zum Sozialversicherungsrecht von Thomas Locher, Alfred Maurer und Ulrich Meyer.

das Steuerrecht. Der Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund nahm denn auch mit der Schaffung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) und also mit der Institutionalisierung der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit seinen Anfang: Die Bundeskompetenz zur Gesetzgebung in den Bereichen Kranken- und Unfallversicherung wurde bereits mit Art. 34^{bis} der Bundesverfassung von 1874 (aBV) und das EVG mit dem Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung geschaffen, zu einem Zeitpunkt also, in dem es noch keine Bundeskompetenz zur Errichtung einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gab. Eine solche wurde erst im Jahr 1914 in Art. 114^{bis} aBV geschaffen. Mit der eidgenössischen Justizreform, dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes und den Folgegesetzen in den Kantonen wurden zwei Fragenkomplexe wie folgt gelöst: Als Grundmodell für die Beurteilungszuständigkeit von Sozialversicherungsrechtsstreitigkeiten (mithin also Bundesrecht) wurde in der Schweiz das Modell der Aufteilung der Rechtsprechungszuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen gewählt: das EVG wurde als einzige Gerichtsinstanz auf Bundesebene etabliert, die Kantone waren verpflichtet, „von der Verwaltung unabhängige“ kantonale Instanzen als Vorinstanzen einzurichten, wobei auch bereits bestehende Gerichtsbehörden als solche bezeichnet werden konnten. Von dieser Möglichkeit²¹ machten total sechs Kantone Gebrauch, unter ihnen auch der Kanton Bern, der das Verwaltungsgericht zur Vorinstanz²² erklärte. Zudem wurde die Zugehörigkeitsfrage für das Sozialversicherungsrecht auf Bundesebene sowie im Kanton Bern gelöst: sozialversicherungsrechtliche Fragen werden durch einen spezialisierten Spruchkörper am Verwaltungsgericht beurteilt. Im Kanton Bern gilt dies aber nur für die deutschsprachigen Fälle; die in der Amtssprache Französisch geführten Prozesse werden alle – ungeachtet ihres sozialversicherungsrechtlichen Fachelements – an der französischsprachigen Abteilung des Verwaltungsgerichts Bern geführt. Dieses Nebeneinander von Rechtsprechungszuständigkeit einer spezialisierten Abteilung des Verwaltungsgerichts in deutschsprachigen Fällen und von genereller Zuständigkeit für sämtliche Verwaltungsrechtsstreitigkeiten inkl. sozialversicherungsrechtlichen in französischsprachigen Fällen ist denn auch ein Berner Spezifikum, das historisch von der ursprünglich geringen Zahl dieser Fälle herührt. Dass diese zwei Spielarten institutioneller Verbindung von Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Berner Verwaltungsgericht vereint werden, macht den Jubilaren zu einem reizvollen Unikat. Der Beitrag rückt die Pionierrolle der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ins rechte Licht und zeigt auf, dass das Bernische Modell der kantonalen gerichtlichen Vorinstanz im gesamten Sozialversicherungsrecht²³ Schule gemacht hat und also prägend für das Rechtsschutzkonzept im Bundesverwaltungsrecht war. Die Erledigung durch spezialisierte Gerichtseinheiten hat aber nicht nur

²¹ Die mit der Umsetzung des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) einherging, welche ihrerseits den eigentlichen Durchbruch für die eidgenössische Sozialversicherungsgerichtsbarkeit darstellt.

²² Bzw. zur AHV-Rekursbehörde gemäss AHVG.

²³ Art. 57 ATSG (=Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts), Art. 73 BV (=Bundesverfassung vom der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999).

Vorteile: zwar erfolgt die Erledigung von Streitigkeiten rascher und kompetenter, ist aber der Einheit der Rechtsprechung abträglich. Desiderat bleibt, den Erfahrungs- und Rechtsprechungsschatz der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit vermehrt für die übrige Verwaltungsgerichtsbarkeit zu nutzen.

Eric Brandts Beitrag mit dem Titel „La juridiction administrative dans le canton de Vaud“ handelt nicht von der Bernischen sondern der Waadtländischen Rechtsprechung im Bereich des Verwaltungsrechts. Der rechtshistorische Abriss erfolgt über den steinigen Weg des Kampfes um die Errichtung einer Verwaltungsgerichtsrechtsprechung, welche seinen Ursprung in der Übertragung der Rechtsprechungskompetenz des „Tribunal du contentieux de l’administration“ an den „Cour d’Appel“ im Jahre 1831 hat, einer unglücklichen Verlagerung der Rechtsprechungskompetenz von der Verwaltungs- auf die Zivilgerichtsbarkeit. Ein erstes mal wurde im Kanton Waadt im Jahr 1803 ein Verwaltungsgericht eingerichtet, das, weil nach französischen Vorbildern ausgestaltet, die Exekutive strukturell eingebaut hatte – der Gerichtspräsident war Mitglied des Kleinen Rats, vier weitere Richter gehörten dem „Tribunal d’Appel“ an. Diese Form des Verwaltungsgerichts wurde nach dem Fall von Napoleon 1814 beibehalten und vermochte sich bis ins Jahr 1831 zu halten, wobei nach 1814 der Grosse Rat vermehrt versuchte, das Gericht von der Exekutive durch Unterdrückung der Beteiligung des Kleinen Rats loszulösen. Die waadtländische Verfassung von 1831 liess dann das Modell des „Tribunal du contentieux de l’administration“ fallen, um die Rechtssprechungskompetenzen von der Exekutive zum „Cour d’Appel“ zu transferieren. Dies in der Absicht, die Einheit der Rechtsprechung in Zivilgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit herzustellen. Fatale Folge war, dass das Unterfangen, die Unabhängigkeit zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungstätigkeit zu sichern, gerade nicht glückte: Um möglichst nicht in den Machtbereich der Exekutive einzugreifen, auferlegte sich das Zivilgericht äusserste Zurückhaltung bei der Beurteilung verwaltungsrechtlicher finanzieller Streitigkeiten und entschied nur bei absoluter Notwendigkeit. Die Absenz der Verwaltungsrechtsprechung veranlasste den Gesetzgeber zunächst, die Rechtsprechungskompetenz in den einzelnen Spezialgesetzen dem Staatsrat bzw. den mit den jeweiligen Materien beschäftigten Departementen zu übertragen, mit dem Resultat, dass sich ein eigentliches System der Kommissionen herausbildete, jede zudem mit eigenem Rekursverfahren. Auch dieses heterogene System überzeugte nicht, weshalb – nach professoraler Analyse,²⁴ parlamentarischen Vorstössen, dem Einsatz einer Expertengruppe und dem Ausarbeiten eines APRA (avant-projet d’arrêté) – im Jahr 1991 wiederum ein kantonales, diesmal unabhängiges Verwaltungsgericht geschaffen wurde, welches bis heute beibehalten wurde. Dem 100-jährigen Jubilaren hat Brandt damit ein (im Jahre 2009) erst acht-jähriges Pendant vergleichend gegenübergestellt.

Dr. Christoph Auer und Dr. Ueli Friedrich nehmen die Kritik am verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren zum Anlass, die Vor- und Nachteile verwaltungsinterner Rechtspflege genau auszuleuchten. Hintergrundkulisse dazu bildet die mit der Verfassungsrevision vom

²⁴ Durch Prof. Henri Zwahlen.

12. März 2000 eingeleitete Justizreform, welche die verwaltungsinterne Rechtspflege in eine neue Rolle drängt: Auf Bundesebene wurde die Rechtspflege des Bundesrates auf wenige Rechtsgebiete reduziert und beurteilt das Bundesverwaltungsgericht mit wenigen Ausnahmen anstelle der Beschwerdedienste der Departemente als erste ordentliche Rechtsmittelinstanz Verfügungen von Bundesbehörden. Auf kantonaler Ebene verpflichten Rechtsweggarantie und Bundesgerichtsgesetz die Kantone dazu, die letztinstanzliche Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in beinahe ausnahmslos allen Bereichen einem oberen Gericht zuzuweisen. Erlaubt bleibt die Überprüfung eines Entscheids mit „vorwiegend politischem Charakter“ durch eine andere Behörde als eine gerichtliche – diese kann dennoch Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts sein. Als echte Alternative zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz hat die verwaltungsinterne Rechtspflege somit ausgedient, Ausnahmen von der Rechtsweggarantie bedürfen des ‚vorwiegend politischen Charakters‘ und sind also rar geworden. Es führt nur ein sehr schmaler Grat noch am obersten kantonalen Gericht vorbei, und die Stimmen, die für eine Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege votieren (wegen der Verzögerungen und der hohen Kosten, die sie verursacht), mehren sich, nicht nur in der Schweiz. Ordnet man der Verwaltungsjustiz im Allgemeinen und der verwaltungsinternen Rechtspflege im Besonderen ihre genuinen Funktionen – Filterfunktion,²⁵ Unterstützungsfunktion²⁶ und Wissensvermittlungsfunktion²⁷ – zu, hat die verwaltungsinterne Rechtspflege auch nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie nicht einfach ausgedient. Im Gegenteil, wie der Beitrag aufzeigt: Die Beurteilung durch eine kompetente obere Verwaltungsbehörde bringt in vielen Fällen Vorteile für die Rechtssuchenden, und in den Fällen, wo sie sich nachteilig auswirkt, sollte mit der Möglichkeit einer Sprungbeschwerde oder eines Sprungrekurses ausgeholfen werden.

Im Beitrag von *Prof. Dr. Andreas Lienhard* geht es um die Selbstverwaltung der bernischen Gerichtsbarkeit im Sinne eines Bestandteils der institutionellen Unabhängigkeit, die ihrerseits wiederum Bestandteil der richterlichen Unabhängigkeit bildet. Die beschriebene Phase des Wandels der Dritten Gewalt im Kanton Bern, die kantonale Justizreform, begann mit der sog. Justizreform 1, welche die Reduktion der 26 erstinstanzlichen Amtsgerichte auf 13

17

²⁵ Filterfunktion: Es wird immer nur ein Teil der Entscheide an die obere Verwaltungsinterne Instanz weitergezogen, ein grosser Teil wird „ausgefiltert“ – im Kanton Bern liegt der Prozentsatz der an das Verwaltungsgericht weitergezogenen Fälle bei 5 bis 27%.

²⁶ Unterstützungsfunktion: Die verwaltungsinternen Rechtspflegebehörden haben bei der Rechtskontrolle grundsätzlich dieselben Arbeiten auszuführen, wie die nachfolgenden Gerichtsbehörden: Sie überprüfen die angefochtene Verfügung auf Sachverhaltsunstimmigkeiten und Rechtsfehler und stellen zu diesem Zweck den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest. So kann bei einem zweistufigen Instanzenzug das obere Gericht auf den Vorarbeiten der verwaltungsinternen Rechtspflegebehörden aufbauen, was das Gericht sehr entlastet und effiziente Verfahrenserledigung darstellt, denn Gutachten müssen nur noch ergänzt, Augenscheine müssen nicht und Protokolle der Partei- und Zeugeneinvernahmen können verwendet werden.

²⁷ Wissensvermittlungsfunktion: Bei der Auseinandersetzung mit Beschwerden und den Vorbereitungen von Verwaltungsjustizentscheiden hat sich die Verwaltung mit der Auslegung und der Anwendung von Rechtserlassen auseinanderzusetzen, was erlaubt, Unstimmigkeiten, Unklarheiten oder Lücken in den Rechtserlassen zu erkennen - Wissen und Erfahrungen die beim Redigieren neuer Erlasse wieder einfließen.

Gerichtskreise per 1. Januar 1997 führte. In der zweiten Phase, der Justizreform 2 mit dem Ziel, die Voraussetzungen für die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts auf Bundesebene zu schaffen, wurde die dezentrale Verwaltung reorganisiert. Verbunden mit einer Änderung der Kantonsverfassung 2006 und der Einführung des GSOG²⁸ und dem EG ZSJ²⁹ sowie den Ausführungsbestimmungen auf Verordnungs- und Reglementstufe und deren Inkraftsetzung auf den 1. Januar 2011 hat die Umstrukturierungsphase der bernischen Justiz einen vorläufigen Abschluss gefunden. Dieser durch die Bundesgesetzgebung vorgezeichneten und motivierten innerkantonalen Verwaltungsjustizreform verdankt der Kanton Bern die Optimierung von Organisation und Führung der Gerichtsbehörden.³⁰ Beruhen tut sie auf umfassenden Reorganisationsprojekten zur Umstrukturierung des Verwaltungsgerichts (Projekt REORG) und des Obergerichts (Projekt RESTRUCT) sowie der Staatsanwaltschaft (Projekt Parquet 2010) und Erkenntnissen aus der per 1. Januar 2005 eingeführten Neuen Verwaltungsführung (NEF). Diese fügten sich allesamt in allgemeine Modernisierungsbestrebungen und Effizienzsteigerungsmassnahmen in der Justiz auf Bundes- wie Kantonebene ein, welche im Zug des New Public Management (in der Schweiz besser bekannt als Wirkungsorientierte Verwaltungsführung) mit Projekten in grösseren Städten (inkl. Bern) seit 1993 und in den Kantonen seit 2000 umgesetzt wurden. Der Beitrag beleuchtet den Prozess im Kanton Bern mit besonderem Augenmerk auf der Umsetzung der Selbstverwaltung der Gerichte im Bund, dem Kanton Bern und anderen Kantonen und Fokus auf der Selbstverwaltung am bernischen Verwaltungsgericht und klingt mit der Beurteilung der Chancen und Risiken aus. Und die neu etablierte institutionelle Unabhängigkeit der kantonalen Gerichte,³¹ erhält gute Noten – nötig ist sie v.a. dann, wenn Gerichte schwieriger zu führen sind weil der Spardruck auf die öffentlichen Finanzhaushalte steigt, die Geschäftslast zunimmt und sich die Anforderungen an die Effizienz erhöht. Hingewiesen haben will Lienhard aber darauf, dass jede Reform nur so gut ist wie ihre Umsetzung.

²⁸ Gesetz vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft.

²⁹ Einführungsgesetz vom 11. Juni 2009 zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung.

³⁰ So jedenfalls der Regierungsrat des Kantons Bern in seinem Vortrag vom 17.12.2008 zum EG ZSJ und zum GSOG, vgl. FN 3 des Beitrags, S. 402 f.

³¹ Realisiert einerseits durch die sinngemässe Anwendung des Gesetzes über die Steuerung von Finanzen und Leistungen – Grund dafür ist, dass dessen Grundsätze der Führungsorientierung, der Leistungsorientierung sowie der Kostenorientierung leicht mit der richterlichen Unabhängigkeit in Konflikt geraten können. Zudem wurde mit Art. 5 Abs. 1 GSOG das Selbstverwaltungsrecht der Gerichtsverwaltung statuiert, wozu ein selbständiges Budgetantragsrecht, die Finanzkompetenz wie die selbständige Bewirtschaftung des Personalwesens gehören und auch die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Güter und Dienstleistungen innerhalb des Globalbudgets (in einem Produktgruppenbudget werden die Mittel für die gesamte Gerichtsbarkeit erfasst und nach Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit spezifiziert, die Ziele für den Mitteleinsatz werden darin zwar aufgeführt, bilden aber nicht Gegenstand des Budgetbeschlusses des Grossen Rats). Die Justizleitung übernimmt hierbei die Vertretung der Justiz als ganze vor dem Grossen Rat. Die Oberaufsicht über die Justizleitung wie über das Obergericht und das Verwaltungsgericht hat der Grossen Rat, die Oberaufsicht über die unteren Gerichtsbehörden die oberen Gerichte. Das Obergericht und das Verwaltungsgericht schliessen mit den von ihnen beaufsichtigten Gerichten Ressourcenvereinbarungen ab – dies im Unterschied zu einer Leistungsvereinbarung, die in der Zentralverwaltung vorherrscht – womit also keine die Rechtsprechung bindende Leistungsvereinbarungen (z.B. Anzahl Urteile) vorliegen.

Dazu bedarf es einer sehr sorgsamem Personalrekrutierung und gegebenenfalls des Einkaufs zusätzlicher Kompetenzen der Verantwortlichen im Bereich Betriebsführung, Finanzplanung und Personalmanagement. Ziel soll sein, die Rechtsprechung auf hohem Niveau nachhaltig zu gewährleisten.

Der Idee der partizipativen Demokratie konstatiert *Prof. Dr. Kurt Nuspliger* in seinem Beitrag eine besonders gute Verankerung in den Institutionen der Schweiz, sei es auf Bundes-, sei es auf Kantonsebene: unter pluralistischen Bedingungen müssen die Ideale des kollektiv Guten und des individuell Gerechten – selbst Ergebnis eines politischen Prozesses an dem Bürger und Bürgerinnen partizipieren – in Verfahren bestimmt werden, die eine Annäherung daran zu gewährleisten vermögen. Die Bundesverfassung ist dabei die Hüterin der zur Teilnahme am demokratischen Prozess notwendigen Grundzüge, vorab der Garantie der Stimm- und Wahlbeteiligung aller Stimmberechtigten. Direkte Demokratie hinsichtlich Wahlen und Abstimmungen als Teil des politischen Diskurses in der Schweiz muss, um politische Partizipation zu gewährleisten, als Prozess formell korrekt ablaufen und bedarf des wirksamen Rechtsschutzes. Art. 34 BV³² gewährleistet die politischen Rechte, er schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Art 29a BV statuiert die Rechtsweggarantie in Form eines Anspruch auf Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten durch eine richterliche Behörde. Er gilt auch im Bereich der politischen Rechte. Ausnahmen von der Rechtsweggarantie sind möglich, bedürfen aber einer gesetzlichen Grundlage und sind restriktiv zu handhaben. Zur Überprüfung von Verletzungen eidgenössischer und kantonaler Bestimmungen über die politischen Rechte ist gemäss Art. 189 Abs. 1 lit. f BV das Bundesgericht zuständig, nicht überprüfbar sind allerdings Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates (Art. 189 Abs. 4 BV), und zwar wegen ihres politischen Charakters.³³ Auf kantonaler Ebene verpflichtet Art. 88 Abs. 2 die Kantone im Bereich der politischen Rechte ein kantonales Beschwerdeverfahren einzurichten und erlaubt eine fakultative Ausnahme von der Rechtsweggarantie, jedoch nur für Akte der Kantonsregierungen und -parlamente. Die Beurteilung von Beschwerden betreffend die demokratische Partizipation ist allerdings erst ungefähr seit 100 Jahren in der Kompetenz der Gerichtsbehörden: 1912 übernahm das Bundesgericht die Beurteilung von Stimmrechtsbeschwerden bzgl. kantonaler politischer Rechte, seither wurden die richterlichen Kompetenzen sukzessive erweitert. Auch im Kanton Bern setzte sich die Rechtsauffassung, wonach auch politische Rechte nicht mehr als rein „politische“ Angelegenheiten zu betrachten seien sondern vielmehr jus-

³² Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999.

³³ „Actes de gouvernement“, vgl. dazu auch den Beitrag von Dr. Christoph Auer und Dr. Ueli Friedrich, weiter oben. Damit fehlen die Anfechtbarkeit der Gültigkeitserklärung von Volksinitiativen durch die Bundesversammlung und die Anfechtbarkeit der Abstimmungserläuterungen des Bundesrates – auf die Gefahr der Verfälschung der freien Willensbildung, denn diese ist nur möglich, wo die Informationen objektiv-sachlich fließen. Gegenüber behördlichen Informationen soll aber eine gewisse richterliche Gelassenheit an den Tag gelegt werden, denn es handelt sich dabei um Behördenäusserungen, die sich in einem parlamentarischen Prozess als Kompromiss mehrheitsfähig erwiesen haben, so Nuspliger. Zudem werde Informationen – egal ob von Privaten oder Behörden – vorschnell eine direkte Wirkung attestiert, die hingegen von sozialwissenschaftlichen Untersuchungen dementiert werden.

tiziabel sind und also der Rechtsweggarantie unterliegen, nur langsam durch: Das Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) ging noch davon aus, dass es justizfreie Hoheitsakte gibt, die keiner oder nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen – womit keine Beschwerde und damit kein gerichtliches Vorgehen gegen Verfügungen und Entscheide betreffend das politische Stimm- und Wahlrecht auf kantonaler und kommunaler Ebene möglich war.³⁴ Die Totalrevision der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 legte dazu Grundstein für die Justiziabilität der politischen Rechte. Im Bereich der Volksrechte hat der Kanton Bern mit der Einführung des konstruktiven Referendums schweiz- und weltweit eine Pionierrolle gespielt, im Bereich der Grundrechte wartete er mit bahnbrechenden, die Verfassungsentwicklung seither prägenden Neuerungen auf: Einführung des Öffentlichkeitsprinzips und erstmalige Verankerung des Willkürverbots als selbständiges Grundrecht. Ein erster Versuch, dem Verwaltungsgericht die Kompetenz zum Entscheid über Streitigkeiten bzgl. politischer Rechte ausdrücklich zu übertragen, scheiterte zwar noch, doch wurde der Verfassungstext offen formuliert,³⁵ was erlaubte, mittels Anpassung auf Gesetzesstufe dieses Ziel zu erreichen. Am 10. April 2009 trat das revidierte VRPG³⁶ in Kraft, in welchem die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bzgl. den politischen Rechten zumindest in Teilbereichen statuiert wurde.³⁷ Derzeit im Gang ist eine Revision des GPR,³⁸ für die Nuspiger zwei Neuerungen vorschlägt: einerseits eine Einheitsbeschwerde, welche die bisherigen Instrumente Stimmrechtsbeschwerde, Abstimmungsbeschwerde und Wahlbeschwerde vereinheitlicht und zweitens die Integration dieser Beschwerde ins VRPG und damit deren Integration ins Verwaltungsgerichtsverfahren. Man darf gespannt sein, wie ob und wie die Vorschläge umgesetzt werden.

Prof. Dr. Jörg Künzli geht in seinem Beitrag der Frage nach, ob wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte (sog. WSK-Rechte) wie die Garantien auf einen angemessenen Lebensstandard und auf Gesundheit, die Rechte auf Arbeit oder auf Bildung überhaupt „richtige“ Menschenrechte darstellen, oder es sich nur um programmatische Leitlinien für einen sozialverantwortlichen Gesetzgeber handelt. Als Individualrechte verankert finden sich die Garantien im UNO Pakt I,³⁹ dessen Art. 2 Abs. 1 die Vertragsstaaten anhält, „unter

³⁴ Zuständig waren gemäss dem Gesetz über die politischen Rechte (GPR) der Regierungsrat und der Grosse Rat.

³⁵ Es wurde festgehalten, dass das Verwaltungsgericht letztinstanzliche verwaltungsrechtliche Streitigkeiten beurteilt, soweit das Gesetz diese Streitigkeiten nicht in die endgültige Zuständigkeit einer anderen Behörde legt (Art. 100).

³⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege.

³⁷ So ist das Verwaltungsgericht zuständig bei Beschwerden über kommunale Wahlen und Abstimmungen und bei kantonalen politischen Rechten teilweise, namentlich bei Stimmrechtsbeschwerden, in denen einzig das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten bestritten ist. Hingegen ist der Regierungsrat letzte kantonale Instanz bei Stimmrechtsbeschwerden, die das eidgenössische Stimmrecht zum Gegenstand haben und solchen mit welchen die Vorbereitung, Durchführung oder die Ergebnisse einer eidgenössischen Abstimmung oder einer Nationalratswahl angefochten werden. In diesem Bereich der kantonalen politischen Rechte bleibt das Verwaltungsgericht demnach ausgeklammert.

³⁸ Gesetz vom 5. Mai 1980 über die politischen Rechte, geplant ist eine Totalrevision.

³⁹ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abge-

Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln“ die volle Verwirklichung der materiellen Paktgarantien zu erreichen – ein Artikel, der aufgrund seines Wortlauts lange als Beleg dafür galt, die Rechtsnatur von WSK-Rechten gerechtfertigterweise von den bürgerlichen und politischen Rechten abweichend taxieren zu dürfen. Die heutige Doktrin und Praxis⁴⁰ sind mehrheitlich der Ansicht, dass menschenrechtliche Verträge, unabhängig davon, welche Rechte sie verbürgen, drei Verpflichtungsarten unterscheiden: Unterlassungspflichten („duty to respect“),⁴¹ Schutzpflichten („duty to protect“)⁴² und Gewährleistungspflichten („duty to ensure“).⁴³ Diese drei Pflichten unterscheiden sich nicht qualitativ, aber quantitativ, also nicht prinzipiell, sondern graduell: Bei den WSK-Rechten wird mitunter ein grösseres Gewicht auf die Gewährleistungskomponente gelegt, als bei den bürgerlichen und politischen Rechten aus Pakt II.⁴⁴ Anhand der drei Verpflichtungsarten stellt sich nun die Frage, welche WSK-Rechte von den Staaten unmittelbar und welche nur progressiv umzusetzen sind: Unbestrittenermassen fliessen aus den WSK-Rechten Unterlassungspflichten⁴⁵ wie Schutzpflichten. Umstrittener präsentiert sich die Frage nach den Leistungspflichten, weil diese mit anderen staatlichen Verpflichtungen um die knappen Ressourcen buhlen müssen. Hier ist ein progressiver Verpflichtungsumfang des Staates anzunehmen, welcher sich nach den einem Staat zur Verfügung stehenden Mitteln richtet; um hier freies Ermessen bei Wahl und Umfang einzudämmen, setzt Art. 2 Abs. 1 UNO Pakt I die Umsetzungsmodalitäten (progressiv) fest: Vertragsstaaten haben unmittelbar nach der Ratifizierung des Pakts I unter Ausschöpfung aller vorhandenen Ressourcen und unter Benutzung aller geeigneten Mittel auf die volle Verwirklichung der Paktgarantien hinzuarbeiten.⁴⁶ Die Frage danach, ob Ver-

schlossen in New York am 16. Dezember 1966, von der Bundesversammlung genehmigt am 13. Dezember 1991, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992.

⁴⁰ Wie der Bericht des Bundesrats über die Menschenrechtsausserpolitik (2003-2007), BBl 2006 6071, S. 6095 festhält, vgl. FN 6 des Beitrags auf S. 459.

⁴¹ Alle Garantien können auf einer ersten Stufe durch staatliches Unterlassen geschützt werden. Es entsteht ein Abwehranspruch gegenüber dem Staat.

⁴² Die Beteiligten besitzen auf einer zweiten Stufe einen Schutzanspruch gegenüber dem Staat, d.h. der Staat ist menschenrechtlich verpflichtet, nicht Privatpersonen (Dritte).

⁴³ Auf einer dritten Stufe haben Staaten sicherzustellen, dass die Menschenrechte in möglichst umfassender Weise realisiert werden. Es fliesst daraus eine Pflicht des Staates, die rechtlichen, institutionellen und verfahrensmässigen Voraussetzungen mittels umfassender gesetzgeberischer oder administrativer Massnahmen zu schaffen.

⁴⁴ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, von der Bundesversammlung genehmigt am 13. Dezember 1991, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992.

⁴⁵ Wenn schon keine positive staatliche Leistung impliziert wird, muss – will das Recht nicht ganz aufgehoben werden – zumindest eine Unterlassungspflicht bestehen.

⁴⁶ Als unmittelbare, d.h. sofort geltende Verpflichtungen wiederum werden vom Ausschuss für WSK-Rechte (welcher die Einhaltung des Pakts I überwacht) die Minimalansprüche angesehen, es wird den WSK-Rechten ein „harter Kern“ attestiert, ohne deren Gewährleistung das betroffene Recht ausgehöhlt und seines Sinnes beraubt würde. Die Nichterfüllung dieser Kernverpflichtungen stellt eine nur schwer zu widerlegende Vermutung der Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen eines Staates dar. In Industriestaaten dürfte der Nachweis der Nichtverletzung kaum je gelingen, weshalb in diesen Staaten

pflichtung unmittelbarer oder progressiver Natur ist, ist eng verknüpft mit der Frage, ob eine Menschenrechtsgarantie den Begünstigten eigentliche Rechte zusprechen oder ob sie einzig den Staat verpflichten, ohne dem Individuum ein reziprokes Recht einzuräumen. Progressiv zu erfüllende Teilgehalte der Menschenrechte vermögen regelmässig keinen Anspruch zu begründen, sondern verpflichten primär den Gesetzgeber und die Exekutive, wobei die unmittelbaren Verpflichtungen grundsätzlich spiegelbildliche Rechte von Individuen einräumen – es geht um die Frage, ob die aus den WSK-Rechten fliessenden Verpflichtungen direkt anwendbar („self-executing“) sind, also um ihre Justiziabilität. Über Justiziabilität völkerrechtlicher Normen entscheidet nicht das Völkerrecht, sondern das Verfassungsrecht der Vertragsstaaten. In der Schweiz schreibt sich der Bundesrat in seiner Menschenrechtsausserpolitik auf die Fahne, sich „für alle Menschenrechte – bürgerliche, politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – gleichermassen“⁴⁷ zu engagieren. Diese gegen aussen kommunizierte Haltung kontrastiert aber mit der schweizerischen Ratifikationspraxis und, auffälliger noch, mit der Haltung des Bundes zur Geltung von WSK-Rechten in der Schweiz: Bis heute verneint das Bundesgericht die Möglichkeit einer direkten Berufung auf die WSK-Rechte. Diese richteten sich primär an den Gesetzgeber und stellten keine subjektiv einklagbaren Rechte dar.⁴⁸ Kritik ist demnach nicht weit und wird unisono von der juristischen Doktrin geübt. Entschuldigt wird die mangelnde Justiziabilität u.a. mit Föderalismusproblemen, beschlagen doch die meisten der WSK-Rechte ausschliesslich oder mehrheitlich Domänen des kantonalen Rechts. In seinem Beitrag untersucht Künzli jedes WSK-Recht einzeln auf seine Justiziabilität und kommt zu folgendem Schluss: bürgerliche und politische (aus UNO Pakt II) wie wirtschaftliche, soziale und kulturelle (aus Pakt I) Menschenrechte bilden erstens eine untrennbare Einheit und zweitens beinhaltet jedes einzelne dieser Rechte Unterlassungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten, die in unterschiedlichem Masse justiziabel sind. Es obliegt, jede Menschenrechtsgarantie im Einzelfall auf ihre Anwendbarkeit hin zu überprüfen – die richterliche Rechtsfortbildung soll nicht nur das Bundesgericht vollbringen, vielmehr sollen sich auch die kantonalen Gerichte daran beteiligen und in Einzelfällen WSK-Rechte direkt anwenden. Mit dieser pragmatischen Vorgehensweise könnte die Inkongruenz zwischen der aussenpolitischen Sichtweise des Bundesrats und seiner innenpolitischen, sowie der entsprechend defensiven Sichtweise des Bundesgerichts auf die WSK-Rechte behoben werden.

die Ansprüche auf Überlebenssicherung in Notlagen deshalb unmittelbar zu erfüllende Minimalansprüche darstellen, während andere Staaten den Exkulpationsbeweis antreten können. Gelingen soll er allerdings nur, wenn es sich beim Nachweis, dass er trotz Einsatzes aller vorhandenen eigenen Mittel und allfälliger Unterstützung der internationalen Gemeinschaft die nötigen Leistungen zu erbringen nicht in der Lage war, um eine objektive Unmöglichkeit handelt und nicht um die fehlende Bereitschaft des Vertragsstaates. Anspruch auf weiterführende, über den harten Kern hinausgehende Leistungsansprüche haben diejenigen Personen, die ihre Subsistenzbedürfnisse nicht mehr selber erfüllen können, weil sie in staatlichem Gewahrsam oder unter staatlicher Kontrolle befinden – bemessen wird die Höhe der staatlichen Leistungspflicht am Grad der Unmöglichkeit einer Person, selbständig für ihren Unterhalt und die Befriedigung ihrer Grundbedürfnisse zu sorgen.

⁴⁷ Bericht des Bundesrats zur Menschenrechtsausserpolitik (2003-2007), vgl. FN 6 des Beitrags, S. 459.

⁴⁸ Was sogar für das akzessorische Diskriminierungsverbot von Art. 2 Abs. 2 Pakt I gilt.

Prof. Dr. Regina Kiener beschäftigt sich in ihrem Beitrag mit den richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten und deren Ausgestaltung im Verwaltungsverfahren. Ausgangspunkt ist dabei, dass in der Schweizerischen Zivilprozessordnung⁴⁹, welche am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, für den Zivilprozess eine Fragepflicht des Richters⁵⁰ explizit verankert wurde, und auch die deutsche Verwaltungsgerichtsordnung⁵¹ eine solche Pflicht enthält.⁵² Vergeblich sucht man die Fragepflicht hingegen in den Vorschriften und Erlassen der eidgenössischen Staats- und Verwaltungsrechtspflege oder im Berner Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG). Die Diskussion um Begründung, Bestand und Bedeutung wird in diesem Beitrag anhand verbindlicher Regeln in Verfassung und Gesetz geführt, angeknüpft an den Verfahrensgrundrechten, die in Art. 29 bis 32 BV und Art. 5 und 6 EMRK⁵³ sowie Art. 9 und 14 UNO Pakt II verankert sind. Als Minimalgarantien stehen diese über den gesetzlichen Verfahrensordnungen und greifen insbesondere dann, wenn im Prozessrecht die Frage unbeantwortet bleibt oder enger geregelt wird. Anerkannt wird – dies als Ausfluss des Fairnessprinzips – eine besondere Fürsorge- und Aufklärungspflicht für das Strafverfahren. Dieses wurde von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Richtung eines allgemeinen prozessualen Vertrauensschutzes konkretisiert und daraus richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten abgeleitet, welche normativ auf den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des überspitzten Formalismus, wegleitend auf den Grundsatz, dass die Rechtssuchenden nicht ohne Not um die materielle Beurteilung ihrer Begehren gebracht werden sollen gestützt werden. Aufgrund der Treuepflicht ist der Richter gehalten, rechtsungewohnte, anwaltlich nicht vertretene Parteien über mögliche Verfahrensfehler aufzuklären, wenn sich diese dazu anschicken, und sofern der Fehler eine Verschlechterung der Rechtsstellung zur Folge hätte, leicht erkennbar ist und innert Frist behoben werden kann. Auch auf formelle Fehler ist hinzuweisen und zur Behebung eine Nachfrist zu setzen. Im Falle einer drohenden *reformatio in peius* ist die betroffene Partei auf die Rückzugsmöglichkeit der Beschwerde hinzuweisen. Bei einer Praxisänderung zu einer Verfahrensfrage darf die neue Praxis nicht ohne vorgängige Ankündigung Anwendung finden, der Richter hat hier ebenso eine aus dem Vertrauensprinzip fließende Hinweispflicht wie wenn das Gericht eine einmal klar geäußerte Rechtsauffassung zu ändern gedenkt. Weiter haben Lehre und Rechtsprechung aus dem Grundsatz der Waffengleichheit Verhaltenspflichten abgeleitet, die als richterliche Aufklärungs- und Fragepflichten angesehen werden können, so die Pflicht, die Parteien auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege

⁴⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO).

⁵⁰ Art. 56 ZPO, Gerichtliche Fragepflicht: Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung.

⁵¹ Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 19.3.1991, BGBl I 1991, S. 686.

⁵² § 86 Abs. 3 VwGO: Der Vorsitzende hat darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden.

⁵³ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

und den Beizug eines Rechtsbeistandes aufmerksam zu machen, bzw. der hilflosen Partei eine amtliche Verbeiständung zuzuordnen.⁵⁴ Auch der Anspruch auf rechtliches Gehör kann im Hinblick auf richterliche Hilfs- und Fürsorgepflichten fruchtbar gemacht werden: Er generiert einen Anspruch darauf, über alle für den Entscheid relevanten Grundlagen und Vorgänge informiert zu werden. Aus dem Recht auf Akteneinsicht hat das Bundesgericht zudem eine Mitteilungspflicht abgeleitet, wenn Akten beigezogen werden, welche die Parteien nicht kennen und auch nicht kennen können. Gleiches gilt sinngemäss, wenn der Entscheid mit Rechtsnormen begründet oder mit rechtlichen Argumenten gestützt werden soll, die den Parteien unbekannt sind und mit deren Heranziehung sie nicht haben rechnen müssen. Weiter besteht eine Orientierungspflicht bei Entscheiden, die für die Betroffenen von grosser Bedeutung sind, wenn dabei offene, unbestimmte Normen angewendet werden oder den anwendenden Behörden ein besonders weiter Ermessensspielraum zukommt. Beabsichtigte Änderungen von Verfügungen zu Ungunsten einer Partei hat die Rechtsmittelinstanz mitzuteilen und dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Zudem ergeben sich punktuell richterliche Hilfs- und Fürsorgepflichten im Sinne einer Artikulationshilfe dann, wenn einer Partei erst so zu einer wirksamen Darlegung ihres Standpunktes verholfen werden kann; der Richter bzw. die Richterin hat auf mangelhafte, unzulässige oder unmögliche Rechtsbegehren aufmerksam zu machen oder bei unklaren Äusserungen nachzufragen. Auch das Recht auf einen Dolmetscher im Strafverfahren fliesst aus dem Gehörsanspruch. Diese Analyse der richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten kann nun in die im verwaltungsrechtlichen Verfahren geltenden Prozessmaximen einbezogen werden, welche die Rollen der Verfahrensbeteiligten definieren. So lassen sich Schlüsse über das im Verwaltungsprozess herrschende Richterbild ziehen: Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen sind verantwortlich für den korrekten, beförderlichen Ablauf des Verfahrens und für die materielle Richtigkeit des Urteils. Daraus fliessen entsprechende Hilfs- und Aufklärungspflichten, die rechtlich eingebunden sind in die Verfahrensgesetze von Bund und Kantonen: So können die Pflicht, bei Fristansetzung gleichzeitig die Folgen der Fristversäumung anzudrohen,⁵⁵ die Pflicht, die Parteien über bevorstehende Verfahrensschritte aufzuklären⁵⁶ und die Pflicht, die Parteien auf die Möglichkeit einer vollständigen Urteilsbegründung aufmerksam zu machen, wenn ein Urteil ausnahmsweise ohne Begründung eröffnet werden sollte,⁵⁷ als richterliche Aufklärungspflichten gelesen werden. Fürsorgepflichten stellen die Pflicht zur bedarfsweisen Anordnung einer Übersetzung⁵⁸ oder Bestellung eines Anwalt oder einer Anwältin dar. Auch aus dem Recht der Parteien, an der Beweiserhebung teilzunehmen und darüber vorgängig informiert zu werden,⁵⁹ dem

⁵⁴ Es besteht demgegenüber keine Pflicht, mittels Aufklärung und anderen Hilfestellungen der schwächeren Partei zu materieller Chancengleichheit zu verhelfen – so zumindest die überwiegend die Lehre.

⁵⁵ Art. 23 VwVG (Bund); Art. 33 Abs. 2 VRPG (Kanton Bern), ebenso Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG.

⁵⁶ Art. 62 Abs. 3 VwVG; Art. 61 lit. d und Art. 84 Abs. 3 VRPG für das Sozialversicherungsrecht.

⁵⁷ Art. 84a Abs. 1 und 2 VRPG.

⁵⁸ Art. 54 Abs. 4 BGG, Art. 33a VwVG.

⁵⁹ Art. 22 VRPG; Art. 56 Abs. 1 BGG; Art. 18 VwVG, vgl. auch Art. 46 BZP.

Recht auf Akteneinsicht,⁶⁰ der Pflicht zur Information über den Umfang der Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsfeststellung⁶¹ und der Pflicht zu Rückweisung, Nachfristsetzung⁶² und Hinweis auf die Säumnisfolgen⁶³ bei unklaren oder unvollständigen Beschwerdeschriften können richterliche Handlungspflichten im Sinne von Hilfs- und Aufklärungspflichten gefolgert werden. Der Beitrag zeigt im Ergebnis, dass die öffentlich-rechtlichen Verfahrenserlasse durchaus – wenn auch nicht explizit – richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten enthalten, formuliert als direkte Handlungsanweisungen an die Richtenden oder indirekt als Parteirechte oder Information über Parteipflichten. Diese Hilfs- und Aufklärungspflichten sind aber zugleich funktional begrenzt, sie dienen letztlich der Sicherstellung eines fairen Verfahrens, sie erfahren ihre Grenze demnach dort, wo entsprechende Handlungen der Richtenden mit entgegenstehenden Interessen der Gegenpartei oder der Öffentlichkeit am Vertrauen in die Justiz oder an einer fairen Rechtspflege kollidieren.

Mit einer weiteren richterlichen Handlungspflicht setzt sich *Prof. Dr. Markus Müller* in seinem Beitrag über die innere Unabhängigkeit des Richters auseinander. Er geht darin einerseits der Frage nach, weshalb die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Krönung des Rechtsstaats gelten soll. Andererseits, was der Krone ihre Strahlkraft verleiht, und kommt zu zwei Schlüssen: Als Krönung gilt die Verwaltungsgerichtsbarkeit deshalb, weil sie dem Bürger die Möglichkeit gibt, die Entscheide der Verwaltung durch eine eigens dafür geschaffene dritte Staatsgewalt – die Justiz – auf Verfassungs- und Gesetzmässigkeit zu überprüfen, und ihre besondere Strahlkraft erhält die Krone durch den in der Front eingemitteten Diamanten, die richterliche Unabhängigkeit. Den Glanz verleihen dem Diamanten zwei Facetten: die institutionelle Unabhängigkeit einerseits und die innere und damit individuelle Unabhängigkeit andererseits, wobei letztere als *conditio sine qua non* für erstere angesehen werden muss. Demnach muss ernsthaftes Nachdenken über die Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der inneren Unabhängigkeit des einzelnen Richters einsetzen – sozusagen dem Echtheitszertifikat des Diamanten. Gefahr droht denn auch gleich von mehreren Seiten: enge Beziehungen zu einer Partei positiver wie negativer Art, Vorbefassung in einem früheren Verfahrensstadium, thematische Exponiertheit durch engen Sachbezug von eigenen, in der Öffentlichkeit geäußerten politischen Anschauungen mit der Verfahrensthematik sowie Druck von aussen⁶⁴ oder innen⁶⁵. Zu diesen sichtbaren Problemen treten eine Vielzahl weiterer, verdeckter hinzu, die ihren Ursprung im Unterbewusstsein haben und – ganz ihrer Natur gemäss – kaum je Gegenstand vertiefter Betrachtung waren.⁶⁶ Der

⁶⁰ Art. 23 Abs. 1 VRPG; Art. 26 VwVG vgl. auch Art. 60 Abs. 1 Satz 4 BZP.

⁶¹ Art. 20 VRPG; Art. 13 VwVG.

⁶² Art. 33 Abs. 1 und 2 VRPG; Art. 52 Abs. 1 VwVG.

⁶³ Art. 33 Abs. 2 VRPG; Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG.

⁶⁴ Öffentlichkeit, Medien, politische Parteien, gesellschaftliche Gruppen, Verwaltung, Exekutive etc.

⁶⁵ Umstände, die im Innern der Behörde liegen, wie Kommunikationsstörungen verschiedenster Art.

⁶⁶ Studien dazu gibt's z.B. von Ulrich Falk (Mannheim): Urteilsverzerrungen: hindsight bias und anchoring. Einleitende Fragen zu einem interdisziplinären Problem, in: Kai Brodersen (Hrsg.), *Vincere Scis, Victoria Uti Nescis. Aspekte der Rückschauverzerrung in der Alten Geschichte*, Berlin 2008, S. 9-17;

Grad der inneren Unabhängigkeit der einzelnen handelnden (weil richtenden) Richter und Richterinnen bestimmt die Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die tatsächliche innere Unabhängigkeit der Richtenden kann man jedoch nicht messen, sondern sich nur wünschen, und dazu von den Verwaltungsrichtern und -richterinnen erwarten, dass sie sich standhaft gegen innere Abhängigkeiten oder Befangenheiten wehren. Dies auch oder gerade weil die Wahrung der inneren Unabhängigkeit als ambitioniertes, wenn nicht sogar utopisches Unterfangen erscheint: hat doch die Hirnforschung⁶⁷ herausgefunden, dass „freier Wille“ fehlt, und zum anderen, dass dieser freie Wille nur in beschränktem Masse durch Selbstreflexion herstellbar ist. Denn die innere Unabhängigkeit bezeichnet eigentlich einen biologisch-psychischen Zustand, und neurowissenschaftliche Erkenntnisse legen die Vermutung nahe, dass es diese Unabhängigkeit nicht gibt, weil es keine freie Willensbildung gibt. Alle individuellen Entscheidungen sind vielmehr Produkte unseres Gehirns, welches seinerseits Willens- und Handlungsimpulse produziert, die zu rund 70-80% genetisch und entwicklungspsychologisch, v.a. durch vorgeburtliche und frühkindliche Faktoren, geprägt sind. Das Gehirn ist in späteren Lebensphasen dagegen nur noch zu 20-30% durch erzieherische, umweltbedingte und emotionale Einflüsse veränderbar. Diese soz. „anatomische Restplastizität“ kann und soll jedoch aktiv genutzt werden für eine unabhängigere richterliche Rechtsfindung, wenn auch die Einsicht, dass weniger Vernunft und Verstand den Richter/die Richterin beim Entscheiden leiten als vielmehr unbewusste, biologisch-psychologische Faktoren,⁶⁸ irritierend sein dürfte. Desiderat soll sein, als Richterpersönlichkeit den schwierigen Pfad der Selbstreflexion zu gehen um Abhängigkeiten insbesondere mit zunehmendem Berufs- und Lebensalter zu erkennen und möglichst zu neutralisieren. Gerät die richterliche Unabhängigkeit als biologisch-psychologische Realität zwar unter Druck, hat sie als juristisches Institut ihre Existenzberechtigung, zumindest als „Schein“, denn ihr Vorhandensein ist nicht ermittelbar, sondern kann nur vermutet werden. Und dieser Schein ist juristisch sogar als verbindliches rechtsstaatliches Gebot ausgestaltet. Deswegen gilt es, bei den Rahmenbedingungen relativ unabhängiger richterlicher Tätigkeit anzusetzen. Als Grundbedingung ist zu nennen, dass bei Richterauswahl wie -ausbildung die „natürliche“ Grundausstattung der Richterpersönlichkeit – seine Physis und Psyche – zu beachten ist. Als oberstes Kriterium bei der Richterauswahl steht die Fähigkeit zum Richteramt, d.h. gewählt werden sollen nur Personen, die aufgrund ihrer natürlichen Grundvoraussetzungen (Hirn- und Psychostruktur) hohe fachliche⁶⁹ und soziale⁷⁰ Kompetenzen

Mark Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Dissertation, Zürich 2005, online Publikation auf <http://www.decisions.ch/dissertation.html>.

⁶⁷ Exemplarisch hierzu: Gerhard Roth, Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2003; Wolf Singer, Ein neues Menschenbild. Gespräche über Hirnforschung, Frankfurt am Main 2003; ebd., Vom Gehirn zum Bewusstsein, Frankfurt am Main 2006; Franz M. Wuketits, Der freie Wille. Die Evolution einer Illusion, 2. Aufl. Stuttgart 2008.

⁶⁸ Hauptrolle spielt dabei das limbische-emotionale System, also jene Teile des menschlichen Gehirns, die für Gefühle und emotionale Reaktionen verantwortlich sind. Dem wurde in der auf die ratio fixierten Methodenlehre mit seinem unser Rechtssystem prägenden Menschen und Richterbild der Aufklärung kaum je Rechnung getragen.

⁶⁹ Methodenkompetenz sowie solides juristisches und interdisziplinäres Wissen erlauben fachliche Selbst-

aufweisen. Die parteipolitische Zugehörigkeit (ein prägendes Merkmal bei den (nicht nur) schweizerischen Richterwahlen) kreiert zwar Abhängigkeiten aber auch die Chance zur Ausgestaltung des Spruchkörpers mit Persönlichkeiten mit verschiedenen politischen und weltanschaulichen Optiken, zumindest in grundlegenden Fällen. Bei der Richterausbildung soll ein universitäres Studium die solide juristische Grundausbildung garantieren, und zwar im Sinne eines Grundverständnisses für das Recht und das Erlernen des juristischen Arbeitens.⁷¹ Die soziale Bildung hat zudem vielfältige soziale und insbesondere kommunikative Fähigkeiten hervorzubringen. Zu diesen (richter-) persönlichen Rahmenbedingungen kommen institutionelle hinzu: eine hohe Qualität der Gesetzgebung⁷² und die Rechtsfindung im interpersonellen, kollegialen Austausch⁷³ sollen dem richterlichen Rechtsfindungsprozess „guidelines“ setzen und so verhindern, dass der eigene neuronal determinierte Wille zu sehr vom Willen des Gesetzgebers abweicht. Als „Verwaltungsgerichtsbarkeit als Krone des Rechtsstaats, richterliche Unabhängigkeit als Diamant in der Krone – vom Rohdiamanten zum Facettenschliff“ bietet der Beitrag einen „Gedankenspaziergang“ zum Echtheitszertifikat des Prunkstücks der Krone und Einsicht darin, dass innere Unabhängigkeit eine Illusion darstellt – der Diamant also ein synthetisch hergestelltes, künstliches Produkt ist. Aus der einmal nichtjuristischen Optik betrachtet, verliert die Krone somit zwar etwas an Glanz, jedoch nur, um im juristischen Blickwinkel umso mehr zu funkeln – als Appell an jeden Richter / jede Richterin, sich um die Aufrechterhaltung eines sehr hohen Berufsethos nach Kräften zu bemühen.

Prof. Dr. Pierre Tschannen schlägt mit seinem Beitrag in die gleiche Bresche, wenn er mit ‚drei Wünschen aus dem Elfenbeinturm‘ an die ‚Gute Verwaltungsgerichtsbarkeit‘ herantritt. Wird zunächst Streiterledigung, Individualrechtsschutz und richtige Rechtsanwendung verlangt, fordert er in diesem Beitrag vom Elfenbeinturm aus von den Richtern und Richterinnen, dass sie ‚in die Weite blicken‘, ‚Herr der Lage bleiben‘ und ‚Mass halten‘. Diese drei Wünsche – denn aller guten Dinge sind drei – können weiter entfaltet werden: In die Weite zu blicken fordert zunächst, den Weitblick (Generalistenblick) zu behalten und der Spezialisierung entgegenzutreten. Auch wenn Kammern nach Sachgebieten aufgeteilt werden, sollte dabei nicht vergessen werden, dass blindes Spezialistentum Koordinationsaufwand verursacht, die Rechtseinheit gefährdet, den Blick für übergeordnete Fragen versperrt und Erstarrungstendenzen begünstigt. Für Urteilsbegründungen heisst dies zunächst, dass

22

sicherheit und somit Schutz gegen sachwidrige Einflüsse.

⁷⁰ Insbesondere Kommunikationsfähigkeit, Ehrlichkeit, Charakterstärke, Mut, Empathie, welche mittels professionell geführter Interviews oder sogar psychodiagnostischer Assessments zu überprüfen sind. Zudem sollte ein Mindestalter zumindest für oberinstanzliche Richter angedacht werden.

⁷¹ Zum obligatorischen Lernstoff zählen Kenntnisse der Institutionen des (öffentlichen) Rechts, der Rechtsanwendungsmethodik, Gewandtheit im mündlichen und schriftlichen Ausdruck und nicht zuletzt eine Grundsensibilität für die Notwendigkeit interdisziplinären Denkens und Arbeitens, vgl. S. 540 des Beitrags.

⁷² Merkmale guter Gesetzgebung sind Verständlichkeit, Präzision, Lückenlosigkeit, welche den Ermessensspielraum des Richters eingrenzen.

⁷³ Der zu einer gegenseitigen sozialen wie professionellen Kontrolle führt.

Formeln (juristische Sentenzen, Satzfolgen mit festgelegtem Wortlaut, welche rituell zitiert werden, sog. Textbausteine) unangetastet bleiben sollen – das Publikum soll nicht rätseln müssen, ob die unkommentierte Modifikation in der Sache von Bedeutung oder blosser Schönheitskorrektur ist. Urteilsbegründungen sollen zudem ohne obiter dicta, Versuchsballone und Verzierungen auskommen – getreu dem Gebot zur klaren, auf das Urteil zulauenden Gedankenführung. Weiter sollen Rechtsschriften nicht als Urteilsvorlagen dienen, denn diese quellen über vor Rügen, und es sind bei Weitem nicht alle für den konkreten Fall von Bedeutung. Eine Urteilsbegründung muss sich keineswegs an der Rechtsschrift orientieren und alle vorgebrachten Rügen abhandeln, sehr wohl aber die rechtlich zugelassenen und ordentlich vorgetragenen aufgreifen, sortieren, sie – soweit relevant für das Urteil – in die Entscheidungsbegründung einfügen und in wenigen Sätzen erklären, warum Eventualrügen am Ergebnis nichts ändern. Um den Generalistenblick zu wahren, bedarf es zudem der Kommunikation, und zwar unter Kollegen⁷⁴, mit dem Publikum⁷⁵ und mit der Lehre⁷⁶. Den Generalistenblick zu fordern ist durchaus gerechtfertigt: Der Richter ist mitverantwortlich für den Zustand eines „Allgemeinen Verwaltungsrechts“ (das es nur in der Theorie gibt, um welche sich der universitäre Unterricht unablässig bemüht), denn nur die Beherrschung des Grundsätzlichen und Wiederkehrenden befähigt zum Umgang mit den sperrigen Spezialgesetzen des Besonderen Verwaltungsrechts. „Herr der Lage zu bleiben“ bedeutet nichts anderes als unabhängige und nur dem Recht verpflichtete Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung von Amtes wegen. Und diese normative Vorgabe fordert vom Richter nicht weniger als die alleinige Verantwortung für die Zuverlässigkeit der Entscheidungsgrundlagen und die Richtigkeit der Rechtsfindung. Dabei soll er dem Konformitätsdruck standhalten, nicht in die Expertenfalle tappen und sich nicht zu sehr scheuen, Rechts- und (wo erlaubt⁷⁷) Angemessenheitskontrolle auch da auszuüben, wo fachtechnische Fragen oder örtliche Verhältnisse zu beurteilen sind. Übermässige Zurückhaltung⁷⁸ ist nicht angebracht, denn es handelt sich um blosser Fakten – den normativen Schluss muss das Gericht und nicht die Verwaltungsbehörde ziehen. „Mass halten“ ist schliesslich als Appell an Zurückhaltung bei der Rechtsfortbildung, bei richterlicher Besserwisserei gegenüber der Verwaltung und bei der Publikation von Gerichtsurteilen gedacht: Rechtsetzung hat möglichst den politischen Prozess der Rechtsgewinnung zu durchlaufen, und Richter sind keine Politiker. Sie sollen nur dort, wo der Gesetzgeber durch Einsatz offener Normen von strikter Steuerung absieht, von ihren administrativen Deziisionsbefugnissen Gebrauch machen,

⁷⁴ Gedacht als informellen Austausch ebenso wie als Diskurs während Urteilsberatungen.

⁷⁵ Mit den Parteien ebenso wie mit weiterem Publikum in öffentlichen Urteilsberatungen.

⁷⁶ Indem vorhandene Literatur benutzt wird, denn die Lehre möchte ein Feedback. Dabei aber das Schrifttum professionell handhaben, d.h. nicht nur in die Jahre gekommene Standardwerke zitieren, Fussnoten prüfen, tendenziöse Lehrmeinungen zurückweisen, Selbstbelege unterlassen und drittklassige Autoren übersehen.

⁷⁷ Ausnahmen im Gesetz bestätigen die Regel, dass sich die Kognition des Verwaltungsgerichts auf Rechtsverletzungen und Rechtsfehler in der Ausübung des Ermessens erstreckt, wobei die Ermessensüberschreitung, -unterschreitung und der Ermessensmissbrauch mitenthalten sind.

⁷⁸ Wie ‚die verfügende Behörde stehe der Sache näher‘ oder ‚kenne die Örtlichkeiten besser‘.

und zwar nur soweit, wie aufgabenspezifisches Zweckmässigkeitsdenken es gebietet – grosse Politik zu machen ist dem Gesetzgeber vorbehalten. Umgekehrt ist vom Gesetzgeber zu fordern, dass er den Verwaltungsgerichten nur justiziables Material zuweist; Bestimmtheit der Normen bewahrt vor politischen Fremdwertungen durch richterliche Eigenwertungen. Sind Beschwerden gegen die Verwaltung erfolgreich, soll das Gericht nach Möglichkeit Kassation⁷⁹ anstelle von Reformation wählen, um nicht gewaltübergreifend zu intervenieren. Der Publikation von Gerichtsurteilen soll eine Urteilsselektion vorangehen, damit kein Informationsmüllberg entsteht; es sollten ausschliesslich Leiturteile publiziert werden, die die grossen Rechtsprechungsleitplanken darstellen,⁸⁰ Urteile, welche bloss Alltagsroutine enthalten, sollen dabei getrost beiseite gelassen werden. Zum Schluss des Beitrags konstatiert Tschannen: „Das Gericht ist souverän“ und die „vorgetragene Wünsche“ sollen „nur ausdrücken, in welchem Mass die verwaltungsrechtliche Ausbildung mit der Vorbildrolle der Justiz rechnet“ – ein erneuter Appell an das Hochhalten eines hohen Berufsethos also.

Prof. em. Dr. h. c. Hans Peter Walter leitet seinen Beitrag zur ‚selbstbewussten Justiz‘ mit Worten des amerikanischen Präsidenten Barack Obama ein: „I want them aspiring to be a Supreme Court justice. I want them aspiring to be President“ und ergreift das Wort, um zur Achtung der Justiz aufzurufen, welche ihr hierzulande durch Parlament, Regierung oder Medien verschmäht bleibt. Montesquieus vernichtender Hieb gegen die Justiz⁸¹ lässt das helvetische Richtertum ‚ingrimmig fortleiden‘, während die beiden anderen Gewalten, vorab der selbstbewusste Gesetzgeber, sich scheinbar zu recht konstant beweihrauchern. Weltfremdheit, Unnahbarkeit und Überheblichkeit wird den Richtern⁸² vorgeworfen, wohingegen die Justiz nicht müde wird, sich selbst als ‚hierarchisch subordinierte Gewalt ostentativ hinter Legislative und Exekutive einzuordnen‘. Ursächlich dafür sind ein gestörtes Verständnis der Justiz zur Gewaltenteilung einerseits und Furcht vor mangelnder eigener, also richterlicher Unabhängigkeit andererseits, initiiert durch die parlamentarischen Aufsicht über die Justiz, dem Institut der periodischen Wiederwahl und dem offenbar nicht auszuwählenden Bild des Richters als gesetzeshörigen Subsumtionsautomaten. Die Legislative mit ihrer parlamentarischen Aufsicht ‚sitzt am Hebel für das Fallbeil der Nichtwiederwahl‘, die alle vier bis sechs Jahre droht. Ein systemischer Fauxpas führt dazu, dass Kontrolle über subjektiv missliebige Rechtsfindung durch die Mitglieder der Legislative möglich wird, denn die Aufsichtsorgane beschränken ihre Kontrolle kaum wie gefordert auf die

⁷⁹ Aufhebung des Verwaltungsentscheids und Rückweisung mit verbindlichen Weisungen zur Neubeurteilung an den Entscheidungsträger.

⁸⁰ „Grosse“ Fälle, „prominente“ Geschichten, periodische Zusammenfassungen zu wichtigen Fragen, ausdrückliche Bestätigungen oder Präzisierungen der Praxis und v.a. Praxisänderungen.

⁸¹ „Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger et en quelque façon nulle“, Charles-Louis de Secondat Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, zitiert nach den *Œuvres complètes, Présentation et notes de Daniel Oster*, Paris 1964, S. 530 ff., S. 588, vgl. FN 3 des Beitrags, S. 562.

⁸² In diesem Beitrag sind damit alle Personen gemeint, die zum Berufsstand der Justiz gehören, ungeachtet ihres Geschlechts.

äusseren Grundlagen und Voraussetzungen des justizmässigen Handelns. Doch darf diesem Damoklesschwert nicht zuviel Gewicht beigemessen werden; wie Beispiele zeigen, zollen die Wahlgorgane der richterlichen Unabhängigkeit Respekt indem die periodischen Wiederwahlen als reine Formalität und nicht als ‚Referendum über die Rechtsprechung‘ angesehen werden. Und das Wiederwahlrisiko ist zwar grundsätzlich geeignet, Urteile hervorzubringen, die mehr in der Gunst der Wähler denn im Dienst des Rechts stehen, doch kommt dies mehrheitlich nur bei Richtern vor, die auch juristisch nicht standfest sind, und die sind glücklicherweise am Gericht nicht mehrheitsbildend. In Justizkontrolle üben sich neben der Legislative auch die Medien mit ihrer publikumswirksamen kritischen Berichterstattung und deren effekthascherischen Vermarktung von Gerichtsprozessen. Da kein Gegengewicht besteht, werden nicht nur Urteile kritisiert, sondern die Öffentlichkeit mischt sich schon in das laufende Verfahren ein. Anstatt sich gegenüber den Medien zu verschanzen, sollten Richter sich der Erwartungshaltung der Öffentlichkeit stellen und ihre Urteile rechtfertigen und erklären,⁸³ denn das Bild, das sich die Öffentlichkeit von der Justiz macht, widerspiegelt die Erwartungen an sie. Gerichte haben in einem Rechtsfall stets das letzte Wort, weshalb als Recht letztlich diejenigen Normen zu bezeichnen sind, die von den Gerichten anerkannt werden oder die sie höchstwahrscheinlich zu anerkennen bereit sind.⁸⁴ ‚Das Recht kann nicht vor dem Fall, sondern nur im Fall gesetzt werden, und zwar durch den Richter‘, weshalb ‚Richter ein Archetyp von Autorität‘ sind, und dieses Richterbild darf und soll der Richter selbstbewusst pflegen. Richterliche Entscheide sind zudem keine reine Rechtserkenntnis, sondern haben stets eine schöpferische Komponente – wenn diese auch unter dem Deckmantel der objektiven Gesetzesauslegung gehalten wird – denn ‚erst in der richterlichen Auslegung konkretisiert sich das abstrakte, gesetzgeberisch gesetzte Recht in der Wirklichkeit‘.⁸⁵ Richterrecht hat demnach ebenso seine Berechtigung wie gesetztes Recht,⁸⁶ denn bereits interpretatives Richterrecht ist kreatives Richterrecht und also konkretisierte Rechtsfortbildung.⁸⁷ Damit wird klar, dass der Übergang von Rechtsetzung und Rechtsanwendung fliessend und das theoretische Modell der Gewaltentrennung zwangsläufig zu relativieren ist; vermag es als Prinzip vor Übergriffen von Staatsgewalten in die Kompetenzbereiche der anderen zu schützen, verlangt es in seiner realisierten Form kolle-

⁸³ D.h. ausserhalb des juristischen Fachjargons die Urteilsgründe darlegen, sei es in speziellen Medienmitteilungen, sei es durch spezielle Pressemitteilungen. Wegen der Gleichbehandlung ist Zurückhaltung geboten bei Interviews mit bloss einzelnen Medienvertretern. Leserbriefe oder publizistische Gegendarstellungen stellen hingegen keine geeigneten Informationsmittel dar, sondern deren Nutzung „kompromittiert die Würde des Gerichts und ist der richterlichen Autorität abträglich“.

⁸⁴ Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage Köln und München 2008, S. 77.

⁸⁵ Bei der Auslegung des Gesetzes ist ein Methodenpluralismus zu wählen.

⁸⁶ Wozu der Richter ja gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB beim Bestehen einer Gesetzeslücke angewiesen wird. Mit der neuen Bundesverfassung von 1999 wurden Grundrechte (wie die Eigentumsgarantie, die persönliche Freiheit, die Sprachenfreiheit und das Recht auf Existenzsicherung) kodifiziert, welche durch die Bundesgerichtliche Rechtsprechung geschaffen wurden – damit wurde die richterliche Rechtsfortbildung ausdrücklich anerkannt.

⁸⁷ Was sich insbesondere bei der Umsetzung offen formulierter Normen, der Umsetzung von Rechtsgrundsätzen, nicht ausdefinierten Rechtsbegriffen oder Verweisungen auf richterliches Ermessen zeigt.

giales Zusammenwirken der drei Staatsgewalten daraufhin, richtiges Recht zu schaffen. Und dazu sollte auch die selbsternannte, vierte Gewalt, die Medien, verpflichtet werden. Dabei soll das Selbstbewusstsein allerdings nicht in selbstherrlichen Dünkel umschlagen, ist gegenteils dessen erklärter Feind', das justizielle Selbstbewusstsein ist denn auch der Drillingsbruder der beiden vornehmen Richtertugenden „Bescheidenheit“ und „Redlichkeit“. Sinnigerweise eine verantwortungsbewusste Zurückhaltung bei der Ausübung richterlicher Macht' zu fordern (wie es der Beitrag tut), ist voll und ganz legitim.

Gruppe 1.2: Aussensicht, privat(wirtschaftlich)er Bereich

24

Die zweite Gruppe der Beiträge mit Blickwinkel von ausserhalb des bernischen Verwaltungsgerichts aber von innerhalb des öffentlichen Sektors besteht aus folgenden Beiträgen:

- *Dr. Ernst Giger* (Steuerexperte und Fürsprecher, Muri bei Bern, Lehrbeauftragter für Unternehmenssteuerrecht an der Universität Bern), Ein Streifzug durch die Rechtsprechung des bernischen Verwaltungsgerichts zum Unternehmenssteuerrecht, S. 169 – 204.
- *PD Dr. Ueli Kieser* (Rechtsanwalt, Zürich, Lehrbeauftragter für Sozialversicherungsrecht an den Universitäten Bern und St. Gallen), Der Einfluss der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung im Kanton Bern auf das Bundesgericht, S. 204 – 228.
- *Stefan Wyler*, Fürsprecher (Redaktor „Der Bund“), Eine Aussensicht – wie ein Journalist das Berner Verwaltungsgericht erlebt (Symposiumsbeitrag), S. 307 – 319.
- *Samuel Lemann* (Rechtsanwalt, Bern), Das Verwaltungsgericht aus Anwaltssicht, S. 321 – 336.
- *Heinz Däpp* (Journalist und Satiriker), Das Verwaltungsgericht (Symposiumsbeitrag), S. 587 – 593.

Dr. Ernst Giger führt auf einem ‚Streifzug durch die Rechtsprechung des bernischen Verwaltungsgerichts zum Unternehmenssteuerrecht‘, die er anhand der in der „Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (MBVR)“ und später als „Bernische Verwaltungsrechtsprechung (BVR)“ publizierten Urteile in Sachen Unternehmenssteuerrecht darstellt – Unternehmenssteuerrechtsprechung als Exzerpt sozusagen, denn die publizierten Entscheide (über 15'000 betreffend Steuern und Abgaben in den 100 Jahren von 1909 bis 2009) stellen eine vom Gericht bewusst gewählte Einheit dar. Ob sie für die Rechtsprechung auch tatsächlich repräsentativ sind, muss der Laie dem Gericht glauben – überprüfen kann er nicht angesichts der grossen Masse. In der Zeit von 1909⁸⁸ bis 1940 stellten die Steuerjustizverfahren einen wesentlichen Teil der Verwaltungsgerichtstätigkeit dar, danach verloren die steuerrechtlichen Themen für das Verwaltungsgericht an eigenständiger Bedeutung, weil strittige Fragen meist gleichzeitig die Wehrsteuer (seit 1981 di-

25

⁸⁸ Mit dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, welches die oberinstanzlichen Rekursentscheide von der Verwaltung (Finanzdirektion), bzw. vom Regierungsrat auf die neu geschaffene kantonale Rekurskommission übertrug und die Steuerbeschwerde ans Verwaltungsgericht als neues Rechtsmittel in Einkommenssteuersachen einführte.

rekte Bundessteuer) und das kantonale Steuergesetz betrafen und der Rechtsmittelweg gegen kantonale Rekurskommissionsentscheide direkt ans Bundesgericht führte. Das Verwaltungsgericht konnte in der Folge das Verfahren sistieren bis ein höchstrichterlicher Entscheid vorlag und folgte dann meist den dortigen Erkenntnissen. Im Jahr 2003 entschied jedoch das Bundesgericht,⁸⁹ dass die Kantone, welche für den Weiterzug von Entscheiden der Steuerrekurskommission in Sachen Steuerharmonisierungsgesetz⁹⁰ eine verwaltungsunabhängige kantonale Instanz vorsahen, eine solche auch für die direkte Bundesteuer einzurichten haben, womit sich das Verwaltungsgericht wieder vermehrt mit steuerrechtlichen Fällen zu beschäftigen hatte. Der Beitrag nimmt die in den genannten Zeitschriften publizierten Urteile unter die Lupe und sortiert sie nach folgenden Themen: Allgemeines Unternehmenssteuerrecht, Steuerpflicht und Steuerbefreiung, Gewinnermittlung, Geschäftsbücher und Buchführung, Gewinnverwendung, Geschäftsverluste, Nachfolge und Umstrukturierung, Liegenschaftenhandel und interkantonale Doppelbesteuerung. Zu beachten ist, dass die publizierten Entscheide oft nur einen unvollständigen Sachverhalt oder lediglich Auszüge aus den Erwägungen wiedergeben und die aufgeworfenen Fragestellungen immer im Kontext mit der jeweils geltenden Steuerrechtsordnung zu verstehen sind, zeigt aber, dass gewisse Steuerfragen, die heute noch aktuell sind, das Verwaltungsgericht bereits vor Jahren beschäftigten.

PD Dr. Ueli Kieser spürt in seinem Beitrag dem ‚Einfluss der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung im Kanton Bern auf das Bundesgericht‘ nach, indem er Entscheide des eidgenössischen Versicherungsgerichts⁹¹ insbesondere im Zeitraum vom 1. Januar 1970 bis 30. September 2009 analysiert, in welchen Berner Gerichtsbehörden die Vorinstanz bildeten. Da die meisten kantonal entschiedenen sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten bis vors Bundesgericht weitergezogen werden, ist der Einfluss dann stark, wenn sich das Bundesgericht von den vorinstanzlichen Überlegungen hat überzeugen lassen und diese auf Fälle angewendet hat, die ihm nicht aus dem Kanton Bern zugeführt worden sind, aber auch dann, wenn es diese zum Anlass genommen hat, die eigene Rechtsprechung zu korrigieren, sowie dann, wenn es sich zum Aufbau einer (besseren) Gegenargumentation hat anschicken lassen. Kurzum: wenn es sich eingehend mit den vorinstanzlichen Urteilen auseinandergesetzt hat. Dem kantonalen Gericht obliegt es in erster Linie, die Vorgaben der EMRK umzusetzen, und dies in einem einstufigen Verfahren gerichtlicher Überprüfung.⁹² Die Wichtigkeit des Entscheids des kantonalen Gerichts zeigt sich einerseits hierin, ande-

⁸⁹ BGE 130 I 65.

⁹⁰ Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG).

⁹¹ Seit dem Jahr 1927 wurden die Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in der Amtlichen Sammlung (AS) als „Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts“ (EVGE) publiziert, ab dem Jahr 1970 als V. Teil der Amtlichen Sammlung der Entscheide (BGE...V). Seit dem Jahr 1994 sind alle Grundsatzentscheide des Bundesgerichts sowie ausgewählte kantonale Entscheide in der Sammlung „Sozialversicherungs-Rechtsprechung“ (SVR).

⁹² Es gibt nur eine kantonale sozialversicherungsgerichtliche Instanz – diesen Grundsatz schreibt Art. 57 ATSG vor.

rerseits darin, dass der Vorinstanz die prinzipielle Verantwortung für die korrekte Sachverhaltsermittlung zukommt.⁹³ Vorab werden einige Besonderheiten genannt⁹⁴ und dann der Einfluss der bernischen auf die bundesrechtliche Rechtsprechung hinsichtlich folgender Fragestellungen untersucht: Unterstellung unter die und Finanzierung der Sozialversicherung, deren Leistungen, koordinationsrechtliche Aspekte und sozialversicherungsrechtliches Verfahren. Im Ergebnis konstatiert Kieser eine grosse Selbständigkeit des bernischen Verwaltungsgerichts, sowie dass es ihm gelungen ist, zentrale Entwicklungen der bundesrichterlichen Rechtsprechung zu initiieren,⁹⁵ konstant zu verfolgen⁹⁶ und erfolgreich Grundsatzentscheide zu provozieren⁹⁷. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zeigt sich also – das ergibt die Analyse der rund 250 Urteile – als Erfolgsmodell eines kantonalen Gerichts, welches seine Aufgabe wahrnimmt, Weiterentwicklungen einer feststehenden Praxis in wichtigen Rechtsbereichen (wie hier des Sozialversicherungsrechts) einzuleiten und die Legitimität der höchstrichterlichen Rechtsprechung stets auf Neue zu verifizieren. Denn – dies sei betont – es obliegt in erster Linie der kantonalen Rechtsprechung gesellschaftliche Entwicklungen rasch zu erfassen.

Stefan Wyler's Beitrag stellt für einmal keinen wissenschaftlichen sondern vielmehr einen journalistischen Essay dar und dreht sich um die Aussensicht der Medien auf das Berner Verwaltungsgericht. Der Beitrag ist kongruent mit dem Vortrag, den der Journalist am 6. November 2009 am Symposium „100 Jahre Verwaltungsgericht Kanton Bern“ gehalten hat und ist deswegen im Vortragsstil wiedergegeben. Zunächst konstatiert er ein allgemeines Interesse der Medien an den Konflikten zwischen Bürger und Staat und begründet dieses

⁹³ Vgl. Art. 97 BGG.

⁹⁴ Nämlich, dass sämtliche Urteile (BGE) in den Bänden 97 V bis 98 V (1971 und 1972, total 10 Urteile) zu einer teilweisen oder ganzen Gutheissung geführt haben, dass die längste Reihe von Urteilen, bei denen weder der Versicherungsträger noch die Aufsichtsbehörde Beschwerde eingereicht hatte, aus 20 Urteilen in den Jahren 1972 bis 1974 besteht und dass diese beiden Instanzen hingegen in den Jahren 1982 (75%), 1984 (67%), 1988 (78%), 1995 (60%) und 2003 (67%) diejenige Prozesspartei waren, die am häufigsten vor Bundesgericht ging.

⁹⁵ Prominentestes Beispiel: Bei der Unterstellung unter die Sozialversicherung waren im Rechtsvollzug viele Abgrenzungsfragen zu klären, da die Leistungspflicht der verschiedenen Versicherungen an unterschiedlichen Kriterien anknüpfen (z.B. am Wohnsitz, Aufenthalt, Nicht-/Erwerbstätigkeit, Selbständig-/Unselbständigkeit). Hier hat das bernische Gericht die Rechtsprechung zur AHV-rechtlichen Erfassung von Konkubinatspartnern und -partnerinnen wesentlich geprägt, indem es eine Praxisänderung einläutete: galt der nicht erwerbstätige Konkubinatspartner in Bezug auf die Haushaltsführung als nicht selbständig erwerbend, nahm das Gericht statt einer unselbständigen Erwerbstätigkeit eine Nichterwerbstätigkeit an. Das Bundesgericht hob zwar diesen Entscheid von 1982 noch auf, liess sich aber im Jahr 1997 (BGE 125 V 205) zu einer Praxisänderung bewegen.

⁹⁶ Eine Entwicklung erfolgte in der Regel über Jahre hinweg, wie z.B. bei der Frage nach dem einheitlichen Invaliditätsgrad in der Sozialversicherung oder bei der Entwicklung der Rechtsprechung zum Kausalzusammenhang, wo die bernische Vorinstanz massgebende Entwicklungen lange Zeit beeinflusste.

⁹⁷ Z.B. bei der Frage der Finanzierung der Sozialversicherung: die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit ist dort zentral, weil sich danach die Unterstellung und damit auch Finanzierung der einzelnen Versicherungszweige richtet. Hier hatte das bernische Verwaltungsgericht bezüglich AHV-rechtlicher Qualifikation des Empfangs von Schmiergeldern (es taxierte dies als unselbständige Erwerbstätigkeit) einen Entscheid zu fällen, der vom Bundesgericht bestätigt und als Grundsatzentscheid bezeichnet wurde.

mit dem öffentlichen Interesse an öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Rege ist das Interesse an Fällen aus dem Bau- und Planungsrecht, dem Umweltrecht, politisch umstrittenen Grossvorhaben⁹⁸ oder bei kleineren Fällen, sofern Enteignungsfragen, Auszonungen und Nichteinzonungen oder der gesetzmässige Verlauf von Infrastrukturwegen behandelt werden, sowie bei Sozialhilferechtsfällen und Staatshaftungsfragen. Selten wird hingegen von Ausländerrechtsfällen, von steuerrechtlichen Entscheiden sowie von Fällen der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung berichtet – im ersten Fall wegen der Ähnlichkeit der Fälle, im zweiten wegen mangelnder öffentlicher Verhandlung und Publikation der Urteile, und im dritten weil die grossen politisch umstrittenen Fälle meist in der Zuständigkeit der verwaltungsrechtlichen Abteilung liegen und sich die Medien nicht in der Lage sehen und sich auch nicht die Mühe machen, aus der Fülle der Fälle die bedeutenden und damit erzählwürdigen herauszugreifen. Weiter sind Themen zu nennen, die punktuell Interesse weckten, weil sie gerade „en vogue“ waren⁹⁹ und solche, die das Gericht über Jahre immer wieder beschäftigten¹⁰⁰. Die Wahl zur Berichterstattung hängt entscheidend davon ab, ob eine öffentliche Verhandlung geführt wird – auch wenn dies nur ein kleiner und immer kleiner werdender Teil der juristischen Arbeit darstellt. Denn: hier präsentiert sich das Gericht gegen aussen. Es arbeitet sichtbar, auch wenn dieser Auftritt sich meist auf eine öffentliche Urteilsberatung beschränkt und zudem auch noch immer mehr abnimmt.¹⁰¹ Auch der Charakter der Verhandlungen hat sich verändert: während Spontaneität in der Diskussion zunächst noch vorhanden war, lesen die RichterInnen¹⁰² heute vorfabrizierte Statements ab Blatt. Beidem trauern die Medien nach und lassen den Ruf nach vermehrt kontroversen Diskussionen aufkommen. Für sein Akkreditierungssystem, das es bereits in den 1980-ern besass, bekommt das Verwaltungsgericht viel Lob: den akkreditierten Journalisten wurde seit Anbeginn die Listen der öffentlich verhandelten Fälle, begleitet von einer kleinen Sachverhaltszusammenfassung, 10 Tage vor dem Verhandlungstag zugestellt,¹⁰³ später legte es sogar einmal im Monat alle schriftlichen Urteile für die Journalisten zur Einsicht auf. Einzige Auflage für eine Akkreditierung ist nach wie vor eine „sachgerechte Berichter-

⁹⁸ Wie die Erhöhung der Grimselstauammer, den Bau der Kehrichtverbrennungsanlage Thun oder des Einkaufszentrums Bern Westside.

⁹⁹ Wie z.B. Fälle des bäuerlichen Bodenrechts anfangs der 1990-er Jahre, Fälle zum Wohnraumerhaltungsgesetz, und seit Ende der 1990-er Jahre Beschwerden gegen die überall installierten Mobilfunkantennen.

¹⁰⁰ Beispielsweise das berühmte Kamata-Gebäude an der Autobahnausfahrt Muri oder der Fall des Jugendstilhotels Alpina in Gstaad, in welchem über die Rechtmässigkeit des Abbruchs verhandelt wurde, als das Gebäude bereits gesprengt worden war und eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands überhaupt nicht mehr möglich war. Dem Streit über den Abbruch folgte ein nicht minder erbitterter Streit um den Neubau, wo allein das Referat des verwaltungsgerichtlichen Referenten drei volle Stunden dauerte.

¹⁰¹ In den 1980-er Jahren fanden wöchentlich eine bis drei öffentliche Verhandlungen statt, Ende der 1990-er Jahre wurde der Wochen- zum Monatsrhythmus und ab 2005 sank er weiter auf sechs, 2006 drei, 2007 keine und 2008 eine öffentliche Verhandlung.

¹⁰² Nicht nur der Referent.

¹⁰³ Bei den Gerichten der Straf- und Ziviljustiz sollte es viel länger dauern, bis über die Verhandlungsdaten orientiert und gewisse schriftliche Unterlagen erhältlich wurden.

stattung“, deren Nachweis als erbracht betrachtet wird, wenn sich der betroffene Medienschaffende über genügende juristische Kenntnisse aufgrund von Studien oder bisherigen Tätigkeiten ausweisen kann. Ob im Lichte der Pressefreiheit die Akkreditierung von juristischen Kenntnissen abhängig gemacht werden darf oder ob es den Medien selbst zu überlassen ist, für gute Qualität der Berichterstattung zu sorgen, bleibe hier dahingestellt. Nicht abzustreiten ist, dass, wie auch dieser Beitrag feststellt, sich Justiz und Politik die Hand reichen; jede Gesetzesinterpretation bietet Spielraum für zumindest „kleine“ Politik und ‚die Trennlinie zwischen reiner Gesetzesanwendung im reinen juristisch-technischen Sinn und politisch gefärbter Gesetzesinterpretation ist nicht scharf zu ziehen‘ – das stimmt umso mehr, wenn man bedenkt dass der Justiz schon die Wahl zusteht, welche Norm anzuwenden ist, geschweige denn, dass sie bestimmt, was den Sachverhalt bildet der den Tatbestand bestimmt. Und an der Schnittstelle von Recht und Politik stellen sich u.a. auch heikle Fragen, solche, bei denen es um elementare Garantien geht, Fragen im Zusammenhang mit dem Eingriff in elementare Freiheitsrechte der Bürger und Bürgerinnen.¹⁰⁴ Wegweisungen, Fernhalteverfügungen und Aufenthaltsverbote haben Konjunktur. Sie haben über eine Einführung im Ausländerrecht Eingang in die verschiedenen kantonalen Polizeigesetze gefunden und werden (mitunter exzessiv) zur Anwendung gebracht,¹⁰⁵ bis sich die Praxis auf die Verhältnismässigkeit zurückbesinnt¹⁰⁶ oder diese durch ein Gerichtsurteil erzwungen wird.¹⁰⁷ Der Beitrag schliesst mit einem Abschnitt über „Der falsche Dachziegelfarbtone“ heiter: Anhand eines kleinen Falles zum Thema Dachziegelfarbtone wird aufgezeigt, dass sich das Verwaltungsgericht auch den scheinbar kleinen Fällen mit grosser Ernsthaftigkeit widmet – wenn es dabei auch an die Grenze des Justiziablen gerät –, dass man einen Prozess verlieren und doch gewinnen kann und dass die seltsamen Probleme, die wir in der Schweiz zuweilen haben, ihren Unterhaltungswert haben. Und das ist schliesslich eine der Aufgaben der Medien.

In seinem Beitrag unterbreitet *Samuel Lemann* eine kleine Kompilation von Merkwürdigkeiten, aber nicht ohne vorab die Vorzugswürdigkeiten des Jubilaren ins rechte Licht zu

¹⁰⁴ Wie der persönlichen Freiheit, der Bewegungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit, der Meinungsfreiheit.

¹⁰⁵ Wie in Bern die sog. Lex Wasserfallen (der Wegweisungsartikel im Polizeigesetz), mit Hilfe dessen Personen, bei denen „der begründete Verdacht besteht, dass sie oder andere, die der gleichen Ansammlung zuzurechnen sind, die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder stören“ (Art. 29 Abs. 1 lit. b PolG) zu hunderten aus dem sog. Perimeter A, dem Gebiet des Bahnhofs Bern, unter Androhung einer Busse wegen Ungehorsam und einer kurzen Freiheitsstrafe im Wiederholungsfall weggewiesen und ferngehalten wurden.

¹⁰⁶ In Bern musste die Stadtpolizei aufgrund von Entscheiden des Statthalters die Praxis stark einschränken, d.h. bis zu einjährige Rayonverbote auf monatliche kürzen sowie präziser fassen, z.B. in der Art, dass nur Ansammlungen mit Alkoholkonsum gemeint seien.

¹⁰⁷ In Bern war das nicht nötig, entschied doch das Berner Verwaltungsgericht und später das Bundesgericht (4:1), dass die Anwendung des Wegweisungsartikels in Anbetracht der eingeschränkten und präzisierten Handhabung noch verfassungsmässig erfolgt sei. Es bestehe ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung welches die Wegweisungen rechtfertige. Einzige die „dissenting opinion“ liess Befürchtungen äussern, dass das Instrument der polizeilichen Wegweisung einseitig gegenüber sozialen Randgruppen eingesetzt zu werden scheine.

rücken: „Das Verwaltungsgericht gehört zum Besten, was die bernische Justiz zu bieten hat“, beginnt er, und fährt fort: „Es absolvierte seine ersten 100 Jahre mit einer beeindruckenden Kompetenz [...]“. Die Sammlung von Zitaten, die sich bei Lehmann im Laufe seiner Anwaltstätigkeit angesammelt hat, lässt einen ‚Streifzug durch Feld, Wald und Wiese ohne Anspruch auf tiefgreifende Argumentation‘ zu – legitim in Anbetracht dessen, dass ‚ein Anwalt sein täglich Brot mit Behaupten und Bestreiten verdient‘. Zitate zur Zeit der Erwartung des Urteils¹⁰⁸ bilden den Ausgangspunkt, um zu ‚Überlegungen zu Urteilen des Verwaltungsgerichts‘ überzuleiten, in denen die Auslegung des Gesetzes zwar nicht an Rechtsfortbildung oder -umbildung grenzt, zumindest aber ‚dynamisch‘ ist, wo also zum *Sprungrekurs angesetzt* wird.¹⁰⁹ Darauf folgen ‚Anregungen‘, aber nicht etwa an die Adresse des Jubilaren – denn ‚die Festschrift ist nicht der Ort für Kritik‘ – sondern vielmehr ‚an das bernische Justizsystem und damit den Gesetzgeber‘. Aufgestellt werden mit ‚Drei Instanzen sind genug‘ erstens die Forderung nach einer Verkürzung des Rechtsmittelwegs im Verwaltungsverfahren und zweitens mit ‚Enteignungsverfahren mit Verfügung?‘, dass auch im Enteignungsverfahren (wie mit der letzten Revision des VRPG, als ein Grossteil der Staatshaftung von der ursprünglichen in die nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit verschoben wurde) verfügt statt geklagt werden solle.

Der Beitrag von Satiriker und Journalist *Heinz Däpp*, ‚Ds Verwautigsgricht‘, den er als ‚Symposiumsbeitrag‘ betitelt, liest sich als Parodie auf die Behäbigkeit. In Berner Mundart verfasst, erheitern die Abschnitte über die Kreativität des Berner Verwaltungsgerichts, seine präventive Wirkung, die Tatsache, dass der Mensch im Mittelpunkt steht, über die Unparteilichkeit und die Bedeutung der Rechtsprechung für die Gesamtschweiz den Lesenden unweigerlich – der Dialekt strahlt die ureigene Berner Gemütlichkeit aus. Die Ironie will es aber, dass auf inhaltlicher Ebene ganz und gar kein Abgesang auf den langsamen und zuweilen auch ineffizienten Amtsschimmel zu hören ist – es spricht viel Lob und Anerkennung für die Gerichtstätigkeit aus den kurzen Anekdoten. Enden tut der Beitrag sogar mit einem Gedicht, ‚gfunge [...] im Bändli «Bärner Müntschi», erschienen im Verlag Ackersä-

¹⁰⁸ In ‚Apéro‘ die Konversation des Obmanns des Schiedsgerichts mit dem Anwalt in einem Fall mit einer Forderung in siebenstelliger Höhe als Sinnbild für die Angst des Tormanns beim Elfmeter (Peter Handke). ‚Schrödingers Katze‘ ist ein Zitat aus der Weihnachtsrede 2006/7 von Erwin Schrödinger, Physiker am Institut für Mathematik an der Ludwig-Maximilian-Universität München zum Thema ‚Schrödingers Katze oder Wie kommt der Irrsinn zu Stande?‘ und soll aufzeigen, dass ‚vielleicht gerade der burleske Fall dem Erwarten des Urteils nahekommt‘. ‚Methodenpluralismus zur Beruhigung?‘ trägt dem Richter auf, neben einer möglichst guten Sachverhaltserfassung durch das Beweisverfahren den Blick vom Sachverhalt zur Norm und von der Norm zum Sachverhalt hin- und herwandern zu lassen (mit Verweis auf Karl Engisch in Walter R. Schlupe, *Einladung zur Rechtstheorie*, Bern 2006, N. 1879 f. S. 735), um dem horror vacui (Pio Caroni, *Gesetz und Gesetzesbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel etc. 2003, S. 80) zu entgehen. ‚Richterinnen und Richter‘ enthält Stilblüten aus Rechtsschriften unflätiger Anwälte, ‚Gewaltenteilung als Rettung?‘ beleuchtet Fälle (Bundesgerichtsentscheide, nicht solche des Verwaltungsgerichts) richterlicher Rechtsfortbildung wie ‚Die patentrechtliche Erschöpfung‘, ‚Koordination dank Chrüzlen‘, ‚Fusionsgesetz‘, ‚Beschwerden gegen die Abstimmung über biometrische Pässe‘, ‚Ungeschriebene Grundrechte‘, ‚Materielle Enteignung‘, ‚Der «leichte Fall» im BetmG‘, ‚Die drei Schwellen‘, ‚Die Vertrauenshaftung als «dritte Spur»‘ und ‚Substanziierung der Ansprüche‘.

¹⁰⁹ Eben von ‚Zitaten‘ weg zu ‚Überlegungen‘, betitelt als ‚Sprungrekurs‘, ‚Gemeindeautonomie auch bei der Auslegung?‘, ‚Das gesetzlose Fahrleistungsmodell‘.

ge z Jegisdorf“, welches wie folgt lautet: „Mi sött luege, dass dr Bärnergeischt erhalte blybt. Mi sött dr Zytgeischt nid z naach a Bärnergeischt härela. Mi sött lose, was dr Bärnergeischt seit. Bevor’s z spät isch. Bevor nume no dr Zytgeischt umegeischeret.“

Gruppe 2: Innensicht

30

- *Dr. Susanne Genner* (Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern), Zuständigkeitsfragen in den Anfängen der bernischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 47 – 64.
- *Dr. Arthur Aeschlimann* (a. Bundesgerichtspräsident, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern 1980 – 1992, Präsident 1987 – 1989) / Prof. em. Dr. Ulrich Zimmerli (ehemaliger Ordinarius für eidgenössisches und kantonales Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern 1974 – 1987, Präsident des damaligen Verwaltungs- und Versicherungsgerichts 1985 – 1987), Das Verwaltungsgericht in den Zeitphasen des VRPG 61 und des VRPG 89, S. 65 – 88.
- *Nathalie Mewes-Kunz, Fürsprecherin* (Gerichtsschreiberin am Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Sozialversicherungsrechtliche Abteilung)), Das bernische Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten, S. 117 – 137.
- *Dr. Thomas Müller-Graf, Fürsprecher* (Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung) / *Andrea Schnyder, Fürsprecherin* (Gerichtsschreiberin am Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung) „Das Verwaltungsgericht hat den Akten entnommen und erkannt“. Ein Streiflicht auf 100 Jahre Rechtsprechung (Symposiumsbeitrag), S. 139 – 167 (inkl. Abbildungen ab S. 161).
- *Michel Daum, Fürsprecher* (Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung)), Die bernische Verwaltungsrechtspflege im Jahr 2009 – Ein Rück- und Ausblick, S. 229 – 259.
- *Prof. Bernard Rolli* (Juge au Tribunal administratif du canton de Berne (Cour des affaires de langue française), président 1998 – 2000, professeur honoraire, chargé de cours en droit administratif bernois et droit fiscal à l’Université de Berne), Le Tribunal administratif et la minorité francophone du canton de Berne, S. 261 – 279.
- *Dr. Reto Feller, Fürsprecher* (Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung)), Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber am Berner Verwaltungsgericht, S. 281 – 305.
- *Christoph Bürki, Fürsprecher* (Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Verwaltungsrechtliche Abteilung), „...aus prozessökonomischen Gründen...“ – Leerformel oder Leitlinie?, S. 485 – 504.
- *Dr. Ruth Herzog, Fürsprecherin* (Richterin am Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Verwaltungsgerichtliche Abteilung), Präsidentin 2007 – 2009), Epilog, S. 595 – 603.

Der Beitrag von *Dr. Susanne Genner* beschäftigt sich mit Fragen der Zuständigkeit in funktioneller wie sachlicher Hinsicht sowie mit der Kognition des Gerichts, wie sie in der

31

VRPG vom 31. Oktober 1909 für das Verwaltungsgericht vorgesehen waren. Als Resultat einer Justizreform, eingeleitet durch Art. 40 der Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893,¹¹⁰ warf die Schaffung eines neuen Gerichts insbesondere die Frage nach deren sachlicher Zuständigkeit auf. Und diese spiegelte u.a. auch die Erwartungen der Gesellschaft an die Justizreform als solche, denn die konkrete Ausgestaltung der sachlichen Zuständigkeit (welche Materien sollen der Prüfung durch das Verwaltungsgericht überhaupt unterliegen?) lässt Rückschlüsse auf den Umfang der Umsetzung des Reformvorhabens, zu dem der Gesetzgeber bereit war. Der Redaktor des VRPG 09 sowie der Grosse Rat brachten als Zweck der Schaffung eines Verwaltungsgerichts einhellig die Notwendigkeit zur „Wahrung der vermögensrechtlichen Interessen des Bürgers gegenüber dem Staat“ vor, mit der Idee der „Schaffung einer von den Fiskalinteressen des Staates unabhängigen Instanz zur Entscheidung von Streitigkeiten, bei welchen der Staat als solcher finanziell beteiligt ist“.¹¹¹ Es sollten also einerseits der als defizitär empfundene Verwaltungsprozess generell besser geregelt und andererseits vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Staat und Privatpersonen – vorab Steuerstreitigkeiten – der internen Verwaltungsjustiz entzogen und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Der Wunsch nach generell abstrakter Regelung versus hauptsächlich und somit selektiver Unterstellung von Steuerstreitigkeiten produzierten einen Gegensatz, mit dem Gesetzgeber wie Verwaltungsgericht umzugehen hatten – das Wie wird im Beitrag von Genner anhand der Regelung in der VRPG 09 aufgezeigt. Und sie kommt zum Schluss, dass mit letztgenanntem Erlass noch kein geregelter Verwaltungsprozess geschaffen war,¹¹² jedoch mit der Schaffung eines zweistufigen Instanzenzugs im Bereich der Steuerstreitigkeiten ein erklärtes Ziel verwirklicht werden konnte.

Dr. Arthur Aeschlimann und Prof. em. Dr. Ulrich Zimmerli betrachten die späteren Gerichtsverfassungen für das bernische Verwaltungsgericht gemäss VRPG 61 und VRPG 89 in Bezug auf Umfeld, Zuständigkeitsordnung und Ausgestaltung des Verwaltungsgerichts und mithin die Änderungen in der Verwaltungsrechtsprozessordnung im Nachgang auf das VRPG 09. Diese erfolgten auf dem Hintergrund grosser gesellschaftlicher Entwicklungen in den ersten 50 Jahren des Bestehens des neu ins Leben gerufenen Gerichts: Es wurden dem Staat (Bund, Kantonen wie Gemeinden) immer mehr Aufgaben übertragen, was die Berührungspunkte zwischen Individuum und Gemeinwesen erhöhte, sei es, dass der Ein-

32

¹¹⁰ Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund des VRPG 09 und den gesetzgeberischen Vorarbeiten sei verwiesen auf den Beitrag von Prof. Dr. Sybille Hofer, weiter oben.

¹¹¹ Ernst Blumenstein, Die Grundlagen einer Neugestaltung der bernischen Verfassungsrechtspflege, MBVR 1908 S. 289 ff. und 337 ff., Botschaft des Grossen Rates des Kantons Bern an das Bernervolk zu Volksabstimmung vom 31. Oktober 1909, S. 2, vgl. die FN 3 und 4 des Beitrags.

¹¹² Verhältnismässig viele Nichteintretensentscheide zeugen von der Unsicherheit in Bezug auf die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts – sowohl in Bezug auf Privatpersonen wie Behörden. Zudem war problematisch, dass das bis dato geltende „besondere Verwaltungsrecht“ mit seinen Erlassen nicht auf seine Übereinstimmung mit dem neuen VRPG 09 überprüft wurde bei der Redaktion. Beides führte dazu, dass viele vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Behörden und Privaten doch wieder auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurden (Art. 12 VRPG 09).

zelle vom Staat belangt, sei es dass er in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt wurde, sei es, dass er als Leistungsempfänger auftrat. Die Verwaltungsrechtspflege vermochte ihre Aufgaben je länger desto weniger sachgerecht erfüllen, was durch die Verwischung der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den obersten Verwaltungsbehörden und dem Verwaltungsgericht nach VRPG 09 zusätzlich erschwert wurde. Anstösse zu einer Reform der Verwaltungsrechtspflege wurden laut und gingen in den Jahren 1956/57 vom Bernischen Anwaltsverband, der Justizdirektorin und einer Motion im Grossen Rat aus. Am 1. Januar 1962 wurde das VRPG 61 in Kraft gesetzt. Der radikale Reformvorschlag, mit welchem Art. 40 der Staatsverfassung des Kantons Bern (StV) hätte abgeändert werden müssen, weil dieser die Enumerationsmethode für die Bestimmung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts vorschrieb, wurde diesmal nicht verwirklicht, aber in einzelnen Bereichen Teilgeneralklauseln eingefügt.¹¹³ Aber auch sonst war das neue VRPG 61 schon bald nach Inkrafttreten nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen gewachsen, und das schon 1971. Gründe waren die eklatante Zunahme der Geschäftslast und Gerichtssitzungen – diese hatte sich im Jahr 1963 aufgrund der Einführung der Invalidenversicherung verdoppelt –, die generelle Steigerung der Komplexität der Geschäfte sowie strukturelle Probleme bei der bernischen Rechtspflege in Sozialversicherungssachen.¹¹⁴ Die Organisationsstrukturen des Verwaltungsgerichts wurden in der Folge mittels Teilrevision des VRPG 61 geändert, und zwar wie folgt: Neu wurde für sämtliche sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten neben dem weiter bestehenden Verwaltungsgericht ein kantonales Versicherungsgericht geschaffen. (Bisheriges) Verwaltungsgericht und (neues) Versicherungsgericht bildeten zusammen das „Verwaltungs- und Versicherungsgericht des Kantons Bern“ (Gesamtgericht) und damit das öffentlich-rechtliche Gegenstück zum privatrechtlichen Obergericht. Dies sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich „bei der Sozialversicherung [...] um ein Rechtsgebiet [handelt], das in seiner Eigenart sowohl von der gewöhnlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit als auch von der Zivilgerichtsbarkeit unterscheidet“.¹¹⁵ Doch bereits knappe

¹¹³ So z.B. in Bezug auf „Beschwerden gegen letztinstanzliche Verwaltungsentscheide über die Entrichtung oder Rückerstattung einer staatlichen Abgabe oder die Befreiung von einer solchen“ oder betreffend „den Widerruf, den Entzug oder die Beschränkung einer behördlichen Bewilligung eines Rechtes“, sowie Streitigkeiten über die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen (Berufs- und Gewerbebewilligungen, Bau-, Betriebs-, Einrichtungs- und Reklamebewilligungen, Bewilligungen zur Aufnahme eines Pflegekinds oder zu ausnahmsweisen Lehrlingshaltung, Waffenerwerb, Pflicht zur Einholung und Umfang eines kantonalen Regals), die Zulassung zu einer Prüfung oder die Erteilung eines Fähigkeitsausweises oder den Erwerb eines Patentes (Fischerei- und Jagdpatent), sowie bei zwangsweiser Errichtung, Anbringung oder Entfernung von Bauten und Einrichtungen oder Naturobjekten, vgl. Art. 15 VRPG 61.

¹¹⁴ Mit der Rechtspflege in Sozialversicherungssachen waren damals drei verschiedene richterliche Instanzen befasst: einmal das sogenannte kantonale Versicherungsgericht als eine aus drei Mitgliedern bestehende Abteilung des Obergerichts für Streitigkeiten aus der Militärversicherung und nach Art. 120 des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes, das Verwaltungsgericht für Streitigkeiten für die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Invalidenversicherung, den Familienzulagen in der Landwirtschaft, der Erwerbersersatzordnung, der Krankenversicherung und den Ergänzungsleistungen zu AHV und IV, und als dritte Behörde ein kantonales Schiedsgericht für die Beurteilung von Streitigkeiten der Arbeitslosenversicherung.

¹¹⁵ Vortrag der Justizdirektion vom 26.11.1970 und 5.1.1971 an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates zum Gesetz betreffend die Abänderung des Gesetzes vom 22.11.1961 über die Verwaltungs-

20 Jahre später, gegen Ende der 1970-er Jahre, zeigten sich wiederum strukturelle Unzulänglichkeiten in der Verwaltungsrechtspflegeordnung: Die Trennung von Klage- und Beschwerdematerien beruhte auf Zufälligkeiten, das Absprechen der Verfügungskompetenz von Kanton und Gemeinden in gewissen Bereichen erschien unzeitgemäss, der Unterbau der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege (Anfechtungsstreitverfahren) war unzureichend, weil ein Verfahren auf Erlass von Verfügungen fehlte, und der Rechtsmittelweg im Anfechtungsstreitverfahren verzettelte sich oftmals über mehrere Instanzen mit gleicher Prüfungsbefugnis. Alte Zweifel an der Enumerationsmethode und an der Eignung des Gesamtregierungsrats als letzte verwaltungsinterne Instanz waren nach wie vor existent. Materielles Bundesverwaltungsrecht verquickt mit kantonalem Recht und der sog. Vollzugsföderalismus hiessen die Gemeinden, nicht nur kommunales, sondern zunehmend auch kantonales und eidgenössisches Recht anzuwenden. Eine Veränderung musste her und kam in Form einer Totalrevision, welche nicht nur das VRPG 89 sondern auch den geänderten Art. 40 StV zutage förderte, mit welchem der Kanton Bern erstmals das nichtstreitige Verwaltungsverfahren einführte.¹¹⁶ Zudem wurde der Instanzenzug für das Anfechtungsstreitverfahren nach Möglichkeit zweistufig gestaltet, was bedingte, dass die Verfügungsbefugnis praktisch durchgehend von der Fachdirektion auf deren untere Verwaltungseinheit(en) delegiert werden musste (und als erste, verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz die Fachdirektion eingesetzt wurde). Als zweite Beschwerdeinstanz wurde eine verwaltungsexterne Instanz – das Verwaltungsgericht – bestimmt, wobei für dessen Zuständigkeit neu eine Generalklausel¹¹⁷ (auch im Bereich des Sozialversicherungsrechts) sorgte und der Regierungsrat als Vorinstanz des Verwaltungsgerichts ausschied. Er blieb im Rahmen der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege kantonale einzig bzgl. Ermessens- oder bei fachtechnischen Fragen und bei speziell politischen Angelegenheiten zuständig, die wenig bis nicht justiziabel waren. Diese Regelung sollte sich wegen der Kollision mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK noch als problematisch erweisen. Mit dem VRPG 89 mutierte das Verwaltungsgericht zum Berufungsgericht,¹¹⁸ was sich angesichts der erneut gestiegenen Geschäftslast insbesondere im Sozialversicherungsrecht aufgedrängt hatte. Hatte die Teilrevision VRPG 61 noch die Klammer „Gesamtgericht“ um Verwaltungs- und Versicherungsgericht gezogen, war die fachliche Spezialisierung im Sozialversicherungswesen nun so weit fortgeschritten, dass diese

rechtspflege, Tagblatt des Grossen Rates 1971, Beilage 6, vgl. FN 36 und 30 des Beitrags.

¹¹⁶ Auf der Basis der Idee des Vorrangs der Verfügung wurde damit ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung eingerichtet.

¹¹⁷ Dies bedingten einen Systemwechsel in der Umschreibung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit von der Enumerationsmethode mit Teilgeneralklauseln des VRPG 61 zur Generalklausel nach Art. 74 Abs. 1 VRPG 89 mit einem Ausnahmekatalog in Art. 75 bis 78 VRPG 89, was erlaubte dass alle nicht ausgenommenen Verfügungen und Entscheide der Regierungsstatthalter, Direktionen und des Regierungsrates neu direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht anzufechten, ganz egal, ob eidgenössisches, kantonales oder kommunales Recht zugrunde lag.

¹¹⁸ Mit 12 bis 19 vollamtlichen Mitgliedern und 8 Ersatzrichtern, wobei alle Mitglieder über eine abgeschlossene juristische Ausbildung verfügen mussten, die sie zur Ausübung des Berufes des Anwalts oder Notars im Kanton Bern berechtigte. Für Grossräte bestand Wahlbarkeitsausschluss, und alle mussten eine der beiden Landessprachen Deutsch und Französisch beherrschen.

Klammer gelöst wurde: alle öffentliche-rechtlichen Streitigkeiten sollten einem einzigen Verwaltungsgericht obliegen, welches den fach- und sprachspezifischen Eigenheiten entsprechend in drei Abteilungen gegliedert war, nämlich je eine verwaltungsrechtliche und eine sozialversicherungsrechtliche Abteilung sowie eine Abteilung für französischsprachige Geschäfte. Dies bot Vorteile aus administrativer Sicht (eine einzige Kostenstelle in der Staatsrechnung, gemeinsame IT-Infrastruktur und Bibliothek, gemeinsame Materialbewirtschaftung etc.). Das VRPG 89 wurde nach Inkrafttreten am 1. Januar 1990 bis zur Drucklegung des Festbandes siebzehn mal teilrevidiert, wobei die letzte Revision im Jahre 2008 – ausgelöst durch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und durch das Bundesgesetz vom 17. Juni 2007 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) – die umfassendste war. Der Beitrag von Aeschlimann und Zimmerli schliesst mit einer kurzen Beleuchtung besonderer Aspekte der Gerichtsorganisation wie der Öffentlichkeit der Beratungen und Information der Medien, der Urteilspublikationen,¹¹⁹ der Dienstleistungen und der Informatik.

Nathalie Mewes-Kunz beleuchtet die Tätigkeit des bernischen Schiedsgerichts in Sozialversicherungstreitigkeiten – einer Institution, die den wenigsten Nichtjuristen und vermutlich auch nur wenigen Juristen bekannt sein dürfte. Als solches Schiedsgericht handeln die mit der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung betrauten Abteilungen des Verwaltungsgerichts, die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und in französischsprachigen Fällen die Abteilung für solche. Die Tradition besagter Schiedsinstanz reicht weit zurück, doch führte sie zu Beginn ihres Bestehens ein solches „Mauerblümchendasein“, dass die „Geschichte [...] von 1914 bis 1977 im Dunkeln liegt und ihr Wirken nicht (mehr) dokumentiert ist“. Heute hingegen bildet die Justizinstanz festen Bestandteil des Verwaltungsgerichts. Der Beitrag beleuchtet zunächst die Entstehungsgeschichte des Schiedsgerichts, welche auf die Entstehung des KUVG¹²⁰ zurückgeht, bei der die freie Arztwahl einen der Streitpunkte bildete in den parlamentarischen Beratungen. „Kassenärzte“ einzurichten, würde – so die eine Seite – zu einer Herabwürdigung des edlen Berufs führen, die freie Arztwahl hingegen – so die andere Seite – die Gefahr des Missbrauchs wegen ‚nicht rechtzeitigem gesund schreiben‘ oder extensivem Verschreiben von Medikamenten, und damit der Überbelastung der Kassen steigern. Die freie Arztwahl setzte sich durch, und um die Missbrauchsgefahr zu senken, wurde die Idee einer vertrauensärztlichen bzw. administrativen Kontrolle entwickelt: Bei Streitigkeiten zwischen Kassen und Ärzten sowie Apothekern sollte ein paritätisch besetztes Schiedsgericht entscheiden.¹²¹ Nach einer Revision des

¹¹⁹ In der „Bernischen Verwaltungsrechtsprechung“ (BVR – seit 1976 Nachfolger der „Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen“, MBVR, von Ernst Blumenstein), der „Neuen Steuerpraxis“ (NStP), im „Steuerentscheid“ (StE), der Zeitschrift „Der bernische Notar“ (BN) und in „Umweltrecht der Praxis“ (URP) veröffentlicht.

¹²⁰ Bundesgesetz vom 13.6.1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (AS 1912 353).

¹²¹ Dies wurde so in Art. 25 KUVG aufgenommen, d.h. das Schiedsgericht sollte für alle KUVG Anwendungsgebiete zuständig sein. Nach Art. 24 KUVG sollte es zudem über Kassenausschlüsse – verlangt war ein wichtiger Grund in der Person oder der Art der Berufsausübung – von Ärzten oder Apothekern und dessen Dauer richten. Umgesetzt wurde diese bundesgesetzliche Regelung mit der kantonal bernischen „Verordnung betreffend die schiedsgerichtliche Erledigung der Streitigkeiten zwischen Ärzten und Apothekern“.

KUVG anfangs der 1960-er Jahre wurde die Kompetenz der Schiedsgerichte ausgedehnt,¹²² und die Beschwerde an den Bundesrat durch eine an das eidgenössische Versicherungsgericht ersetzt. Weiter wurden kantonale Versicherungsgerichte neu eingeführt – in Bern wurde dazu das Verwaltungsgericht bezeichnet¹²³ – und für Streitigkeiten von Kassen mit Ärzten, Apothekern, Hebammen, medizinischen Hilfspersonen, Laboratorien oder Heilanstalten ein für das ganze Kantonsgebiet zuständiges Schiedsgericht eingesetzt, welches auch anzurufen war, wenn die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt als Partei beteiligt war. Über die Tätigkeit des „Schiedsgerichts KUVG“ wurde erstmals im Bericht über die Staatsverwaltung des Kantons Bern 1977 berichtet (schon damals waren die Krankheitskosten ein Thema, das den Bundesrat beschäftigte). Im neuen KVG von 1994 wurden dann die Berufsgruppen, die zu Lasten der Krankenversicherung abrechnen durften, ausgedehnt und unter „Leistungserbringer“ zusammengefasst. Mit dem EV KVG wurde für Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern gemäss Art. 89 KVG, Art. 57 UVG und Art. 27 MVG ein „kantonales Schiedsgericht KVG/UVG/MVG“ eingesetzt. Mit dem EG KUMV, welches das EV KVG ablöste per 1. Januar 2001, wurde es als Schiedsgericht in Sozialversicherungstreitigkeiten bezeichnet und seine Zuständigkeiten dem Verwaltungsgericht übertragen. Es bildete fortan einen Teil des Verwaltungsgerichts. Ihm wurden dann im Zuge der 4. IV-Revision schliesslich auch Streitigkeiten zwischen der IV und Leistungserbringern übertragen. Das Schiedsgericht beurteilt gemäss Art. 36 EG KUMV Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern und beruht demnach auf einer gesetzlichen (nicht vertraglichen) Grundlage, weshalb es als unechtes Schiedsgericht bezeichnet wird. Es trägt die Bezeichnung Schiedsgericht zu Unrecht,¹²⁴ denn es handelt sich vielmehr um ein in die staatliche Gerichtsorganisation eingeordnetes Sonder- oder Spezialgericht. Die Schiedsgerichtstätigkeit hat sich seit der Entstehung der Krankenversicherung mit deren Wandlung von der freiwilligen zur obligatorischen Volksversicherung und dem Ausbau des Sozialversicherungssystems gewandelt von einer ausserhalb des ordentlichen Justizapparates stehenden, dem Privatrecht unterstellten Institution zum festen Bestandteil des Verwaltungsgerichts. In der heutigen Praxis spielt nach wie vor die Kontrolle des ärztlichen Tuns – ursprünglicher Zweck des Schiedsgerichts – eine grosse Rolle.

Im Beitrag „Das Verwaltungsgericht hat den Akten entnommen und erkannt“ werfen *Thomas Müller-Graf* und *Andrea Schnyder* „Licht auf 100 Jahre Rechtsprechung“. Im Stil

¹²² Auf die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen Kassen und den Hebammen, medizinischen Hilfspersonen, Labors sowie Heilanstalten und die Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem neu eingeführten Tiersgarant System für die freiwillig Versicherten. Dabei wurde das Recht zur selbständigen Prozessführung folgerichtig auch dann den Kassen zugestanden wurde, wenn die Rechnung des Arztes vom Versicherten bereits bezahlt war. Zudem wurde die örtliche Zuständigkeit geregelt und die vorgängige Durchführung einer Schlichtungsverhandlung vorgeschrieben (Art. 25 KUVG).

¹²³ Einführungsgesetz vom 9.4.1967 zum Bundesgesetz vom 13.6.1911/13.3.1964 über die Kranken- und Unfallversicherung (EG KUVG).

¹²⁴ Ein „echtes“ öffentlich-rechtliches Schiedsgericht liegt nur dann vor, wenn ein privates Schiedsgericht an Stelle der nach der Rechtsordnung vorgesehenen staatlichen Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde aufgrund einer Parteivereinbarung (Schiedsabrede, Schiedsvereinbarung) zur Beurteilung kommt.

des gesprochenen Worts gehalten wird in zehn Kurzkapiteln ein impressionistisches Streiflicht auf die Rechtsprechung geworfen, wobei stichprobenweise Urteilerwägungen und Rechtsschriften zu Wort kommen. Als Auswahlkriterien für die VGEs (verwaltungsgerichtliche Entscheide) dienten in erster Linie nicht juristische Komplexität oder politische Brisanz, sondern es wurde das „Augenmerk hauptsächlich auf kleinere, gerichtsalltägliche Fälle gerichtet“, auf dass diese „die Vielfalt unserer Tätigkeit veranschaulichen und Zeugnis für ein Stück bernische Zeitgeschichte ablegen.“ Die Kurzkapitel zu „1. Einleitung“, „2. «VGE 1» oder Wer zu früh kommt, den bestraft das Leben“, „3. «Die Strasse» oder Zur Deutungsmacht des Gerichts“, „4. Cave Canem! Oder Wo das Gericht seine Hunde begräbt“, „5. «Der Bergahorn von Adelboden» oder Das Gericht an der frischen Luft“, „6. «Die Fliegerabwehr» oder Die Grenzen des gerichtliche Machbaren“, „7. «Guter Hoffnung» oder Frauen vor und am Verwaltungsgericht“, „8. «Das alkoholische Tanzbedürfnis» oder Bedürfnisorientierte Rechtsprechung“, „9. Vom Brückenunterhalt und einem «Gemeindemuni» oder Vergangenheit vergeht nicht“, sowie „10. «Die Wurstklammer» oder Vom Umgang mit unversicherten Risiken“ sind denn dazu auch gut geeignet. Setzt sich Kapitel zwei mit der ‚Nummerierungsästhetik‘ der Verfahrensnummern und dem Rückfallen auf die Nummer eins sowie dem Pathos des Anfangs auseinander und leitet aus dem Verzicht darauf „gerichtliche Professionalität „ oder „wenigstens Routine“ ab, handelt Kapitel drei von der Aufgabe des Gerichts, „scheinbar völlig klare Rechtsbegriffe auf scheinbar ebenso klare Alltagsbegriffe anzuwenden“ und in concentro von der Subsumtion eines Treppensteigs unter den gesetzlichen Begriff der „Strasse“ – mit dem nicht überraschenden Resultat, dass auf einem Treppensteig nicht gefahren werden könne, weshalb es keine Strasse sei.¹²⁵ Kapitel vier behandelt einen Fall der Besteuerung eines Hundehalters, der einen zugelaufenen Hund nicht sofort loswurde mit der vollen jährlichen Hundesteuer für das Halten des Tieres über sechs Monate.¹²⁶ In Kapitel fünf entflieht das Gericht dem Schreibtisch, um einen Augenschein an einem 320 Jahre alten Bergahorn zu nehmen,¹²⁷ wobei das darauf gefällte

¹²⁵ Dabei hatte das Gericht (überraschenderweise?) auf eine etymologische Herleitung des Begriffes zurückgegriffen: „Die strata via ist der gepflasterte Weg, die Chaussee d.h. die kunstgemässe Anlage eines Weges. Der Weg schlechthin als eine Ableitung der germanischen Wurzel wæg <ziehen, fahren>, lat. via <Weg> zusammenhängend mit vehere, setzt zu seinem Begriff ebenfalls voraus, dass auf ihm gefahren werden kann. Er unterscheidet sich dagegen von der <Strasse> durch das Mindermass an kunstgemässer Ausführung und bequemer Steigerungsverhältnisse (vide Kluge, Etymolog. Wörterbuch der deutschen Sprache, Strassburg 1910).“ Heute werden die in der Amtlichen Sammlung vorkommenden Gesetzesbegriffe in der Terminologiedatenbank des Kantons Bern auf deutsch und französisch definiert – leider aber ohne etymologische Herleitung.

¹²⁶ Mit der messerscharfen Begründung des Gerichts: „Aus [Art. 1 des Gesetzes über die Hundetaxe vom 25. Oktober 1903, welcher bestimmt, dass für jeden im Kanton gehaltenen Hund, der über drei Monate alt ist, eine jährliche Abgabe von mindestens Fr. 5.- bis höchstens Fr. 20.- zu entrichten sei] ist zu schliessen, dass auch derjenige, dem ein Hund zugelaufen ist, und der das Tier in seinem Gewahrsam hält, zur Bezahlung einer Hundetaxe verhalten werden kann. Eine gesetzliche Bestimmung, welche dies ausschliessen würde, existiert nicht.“ Und dies, obwohl er - weil er das Tier nicht töten wollte - das im Juni zugelaufene Tier im Amtsanzeiger publizierte, um es loszuwerden, und im Dezember sogar die amtliche Versteigerung des Hundes verlangte. Die Gemeinde, welche die Hundesteuer verfügt hatte, wie das Verwaltungsgericht gingen davon aus, dass der Beklagte den Hund zumindest vorübergehend haben behalten wollen, weshalb er die Hundetaxe zu entrichten habe.

¹²⁷ Der gemäss Anordnung des Gemeinderats umgehend zu fällen sei, weil er eine „direkte und ungeheure

Urteil (Fällung des Baumes) ein publizistisches Nachspiel nach sich zog.¹²⁸ In Kapitel sechs spiegelt sich schon beinahe Weltgeschehen: Eine Käsefirma wehrte sich gegen eine Steuerveranlagung, in der ihr der Beitrag von Fr. 5'284.05 an acht Geschütze der „Ortsflab“¹²⁹ nicht als Gewinnungskosten abgezogen wurden, weil keine direkte Kausalität zwischen der Abgabe und dem Geschäftsbetrieb erkenntlich war. Und im Nachgang drang Weltgeschehen sogar in den Gerichtsalltag, als gegen Ende des Ersten Weltkriegs das Papier knapp wurde und seitens des Justizdirektors die Anweisung kam, aus nicht mehr benötigten Archivalien Umschläge zu formen.¹³⁰ Waren die Zeiten der Papierknappheit bald überwunden, hielten sich dagegen gewisse Moralvorstellungen deutlich hartnäckiger – davon zeugt Kapitel sieben: Einer Mutter wurde von ihrem Arbeitgeber, einem (thunersee)städtischen Licht- und Wasserwerk, der Lohn des Monats Januar, dem Monat nach der Niederkunft mit einem Sohn, nicht ausbezahlt, weil sie ledig war.¹³¹ Der Fall aus Kapitel acht stammt aus den Siebzigerjahren, als vielerlei Bedürfnisfragen zu klären waren, vorliegend diejenige nach dem Ausschank alkoholischer Getränke und cineastischer Unterhaltung in einem Dancing einer Inhaberin mit fehlendem Alkoholausschankpatent. Das Gericht zeigte sich gegenüber den Bedürfnissen der durstigen und tanzfreudigen Gäste der Inhaberin aufgeschlossen und erteilte die zuvor verweigerte Ausschankbewilligung.¹³² Die

Gefahr“ für die angrenzende Dorfstrasse darstelle, wogegen sich die Kirchgemeinde mit der Ansicht stellte, der Baum gelte in der Volksseele „als Wahrzeichen Adelbodens“, ja sogar als „Zeuge der Reformation“. Entschieden wurde dann wie folgt: „Gegenüber der Frage der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit hat naturgemäss das Moment der Ästhetik zurückzutreten. [...] Davon dass der geflickte, alte Baum tatsächliche die Züge der Greisenhaftigkeit und des Zerfalls aufweist, konnte sich auch die Gerichtsdelegation am Augenschein überzeugen. Ihr schien der Anblick des Baumes, von einigen Seiten aus gesehen, wenig erhebend.“

¹²⁸ Prof. Ryser, damaliger Präsident der Kantonalen Naturschutzkommission verfasste einen „Nachruf“ auf den Ahorn in „Der Bund“ vom 30. März 1942, woraufhin sich das Gericht mit einen „Nachrufs“ auf einen Nachruf“ im „Bund“ vom 12. April 1942 gegen die Vorwürfe der mangelnden „Heimatliebe“ und „Pietät“ (vor dem Hintergrund des Zweiten Weltkriegs und der Bedrohung durch das „Dritte Reich“ besonders politisch bedeutungsgeladen) wehrte.

¹²⁹ „Flab“ steht für Fliegerabwehr.

¹³⁰ Eventuell die Lösung des Rätsels, was aus den heute unauffindbaren Gerichtsakten aus den Jahren 1910 bis 1925 geworden ist?

¹³¹ Und zwar mit der Begründung, dass „wer schwanger wird, hat sich in einen Zustand versetzt, der – obwohl nicht immer gewollt – dem eigenen Verhalten zuzuschreiben ist. In der geordneten Gesellschaft wird dieses Tun moralisch entweder gutgeheissen oder abgelehnt, je nach dem Zivilstand der Betroffenen. Obwohl in beiden Fällen selbstverschuldet, wird das Verhalten der ledigen Frau als ein ihr zur Last legendes Verschulden, das heisst als Folge einer Fahrlässigkeit abgetan. Die Klägerin E. ist ledig. Ihr Verschulden ist ihr deshalb anzulasten. Sie kann sich nicht auf Art. 53 DBO (städtische Dienst- und Besoldungsordnung) berufen.“ Dem entgegnete das Verwaltungsgericht allerdings emanzipiert: „Nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen besteht kein relevanter Unterschied zwischen einer verheirateten und einer ledigen Angestellten [...]. Wenn daher der Gemeinderat von X kraft seiner Auslegungsbefugnis (Art. 110 DBG) eine andere Auffassung vertritt, so erscheint die ihr entsprechende Praxis willkürlich, weil die Rechtsanwendung uneinheitlich erfolgt.“

¹³² Es erwog dazu „in einem kaum als nüchtern und papieren zu bezeichnenden Stil unter anderem: Es ist bekannt, dass Skifahrer nach dem Skifahren gerne tanzen (Après-Ski); es halten in der Skisaison Cars mit Skitouristen vor dem [Dancing] <Nachtvogel> zum Après-Ski, wie auch andere mit dem Auto sich zum Wintersport begebende Leute. [...] Gerade der Umstand, dass sogar Cars vor dem Dancing anhalten um die solchermassen zum Skifahren geleiteten Touristen tanzen zu lassen [...] zeigt, dass solcher Tanz

Alkoholbedürfnisklausel hat das Verwaltungsgericht in den Siebziger- und Anfang der Achtzigerjahre noch weitere Male sehr eingehend beschäftigt. Kapitel neun beschlägt einen Fall aus dem Jahr 1993, welcher bis ins 14. Jahrhundert zurückreichte und dessen Sachverhaltsfundament mitten im 18. Jahrhundert lag¹³³ – was zeigt, dass das öffentliche Recht keineswegs traditions- und geschichtslos ist wie ein Vorurteil behauptet, und wie in Zeiten, in denen „die Halbwertszeit öffentlich-rechtlicher Erlasse immer kürzer wird und die Revisionskadenzen immer rascher aufeinander folgen, eine Beitragsforderung [...] gestützt auf eine zweihundertfünfzigjährige Rechtsgrundlage zugesprochen wurde“. Kapitel zehn schliesslich berichtet von einem Fall, in dem es um die Wurst geht, an der man sich die Zähne ausbeissen kann,¹³⁴ bevor abschliessend mit einer Reihe von Abbildungen mehrere der Fälle genüsslich illustriert werden.

Michel Daums Beitrag, betitelt mit „Die bernische Verwaltungsrechtspflege im Jahr 2009 – ein Rück- und Ausblick“ lässt einen Blick in die Zukunft anschliessen. Darin zeichnet er zunächst noch einmal die gesetzlichen Stationen (VRPG 09 – VRPG 61 – VRPG 89 um die Totalrevisionen zu nennen) nach und erläutert (wie bereits *Dr. Arthur Aeschlimann* und *Prof. em. Dr. Ulrich Zimmerli* in ihrem Beitrag) den Wandel der Rechtspflege im öffentlichen Recht, aber neu anhand von „vier aktuellen Problemfeldern [...]: Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes [...], Konzept der Einheitsbeschwerde [...], Rechtsschutz gegen Ver-

ausserhalb von Kurorten gewünscht wird [...]. Es ist nun nicht zu bestreiten, dass unter solchen Umständen ein Bedürfnis nach Tanzen mit Alkoholausschank längs der Schallenbergstrasse besteht, wie dies in Wintersportorten nicht anders ist, tritt doch ein Dancing solchenfalls stellvertretend an jenes, das normalerweise nach dem Wintersport am Ort besucht wird. Für das Bedürfnis nach <alkoholischem> Tanzen spricht ferner der Umstand, dass die Besucher Alkoholika beim 50 m weiter entfernt gelegenen Gastwirtschaftsbetrieb beziehen und diese anschliessend im Dancing konsumieren. Bei diesem Sachverhalt hat der Regierungsrat sein Ermessen überschritten, wenn er der Beschwerdeführerin das nachgesuchte Alkoholpatent verweigerte, mangels eines Bedürfnisses.“

¹³³ Gestützt auf einen im Jahr 1759 zwischen der als „meine gnädigen Herren“ zeichnenden bernischen Obrigkeit einerseits und der Stadt Thun andererseits geschlossenen „Vergleich“ welcher den Bau und den Unterhalt der Brücken, Schleusen, Uferverbauungen, Schwellen und Wasserwerke auf dem Stadtgebiet „für künftige Zeiten“ regelte, sprach das Verwaltungsgericht der Stadt Thun einen Beitrag von über Fr. 200'000 an die Unterhaltskosten der Allmendbrücke zu. „In der Urteilsbegründung wird ein ausführlicher und lesenswerter geschichtlicher Überblick über die Folgen des Kanderdurchstichs von 1713 und des Stolleneinbruchs von 1714 geboten und festgehalten, dass die Stad Thun trotz in vieler Hinsicht veränderter Verhältnisse auch heute noch einen Mehraufwand an Unterhalt zu erbringen habe, weil die Aare viel mehr Wasser führe als vor dem Kanderdurchstich. Die Stadt dürfe daher seit jeher und auch heute noch ein hohes Vertrauen in die Verbindlichkeit des Vergleichs von 1759 setzen, zumal sich dieser auf eine Praxis stütze, die seit dem 14. Jahrhundert urkundlich bezeugt sei.

¹³⁴ Es ging um die Metallklammer einer Saucissonwurst auf einer Berner Platte, auf den eine Beschwerdeführerin biss, weil sie sich gelöst und unentdeckt unter den Lauch geraten war, und die teure Sanierungsmassnahmen wegen der Beschädigung eines Stockzahns hervorgerufen hatte. Da es „nicht ungewöhnlich, sondern vielmehr zu erwarten [ist], dass beim Anrichten oder spätestens beim Essen die einzelnen Speisen auf dem Teller vermengt werden [und die] Metallklammer vor dem Anrichten nicht entfernt [wurde], ist deshalb beim Essen des gesamten Gerichts, nicht nur der Wurst, Vorsicht geboten“. [...] „Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerin wissen musste, dass ich auf dem Teller die Metallklammer des Saucisson befand, da sie das Essen selber gekocht und angerichtet hatte“, war die Begründung dafür, die Metallklammer nicht mit dem ungewöhnlichen äusseren Faktor gleichzusetzen, der erlaubt hätte, den Fall als Unfall im rechtlichen Sinne und somit versichertes Ereignis zu qualifizieren.

waltungsrealakte [...] und Anwendungsbereich der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege [...]“. Dies soll eine Standortbestimmung erlauben, um dann einen „Blick auf mögliche zukünftige Entwicklungen der bernischen Verwaltungsrechtspflege im gesamtschweizerischen Kontext“ zu wagen. Der Rückblick auf den „Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes“ ergab, dass die Frage der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Gericht und Verwaltung „seit jeher ein prägendes Thema auch in der bernischen Verwaltungsrechtspflege“ war, und konstatiert: „Die Entwicklung der vergangenen 100 Jahre ist bemerkenswert: Während das Verwaltungsgericht im Jahr 1909 nur einzelne Kompetenzen in fiskalischen Angelegenheiten besass, kann es im Jahr 2009 in praktisch allen Verwaltungsgerichtsstreitigkeiten angerufen werden. Das Postulat aus dem Jahr 1950,¹³⁵ wonach sich der Rechtsstaat nur durch eine vollkommen ausgebaute Verwaltungsgerichtsbarkeit erfüllen, ist weitgehend verwirklicht. Der Zugang zum Gericht ist zudem auch in weiten Teilen der kommunalen und kantonalen Staatsrechtspflege gewährleistet. Die Vorbehalte gegen eine flächendeckende gerichtliche Administrativjustiz sind weitgehend verstummt.“ Bleibt aber darauf hinzuweisen – was der Beitrag nicht versäumt – dass die hochgesteckten Erwartungen der Rechtssuchenden an die gerichtliche Kontrolle „in rechtlich nur schwach normierten Angelegenheiten“ mit „beträchtlichen Ermessensspielräumen“ oder einem „starken fachtechnischen Bezug“ nicht erfüllt werden können, ja auch nicht sollen. Gerade etwa bei Bewilligungen, Konzessionen, finanziellen Leistungen ohne Rechtsanspruch oder Fähigkeitsprüfungen besteht Ermessensspielraum. Das Verwaltungsgericht kommt dennoch nicht umhin, seine Kognition auch dort einzugrenzen¹³⁶ – z.B. in Fragen der Anwendung des pflichtgemässen Ermessens auf die Ermessensüber- oder -unterschreitung sowie deren Nichtausübung – oder, wie bei Beurteilung von Prüfungsleistungen, Zurückhaltung zu üben. Nur bei „Auslegung und Anwendung von Rechtssätzen und Verfahrensfragen überprüft es [...] uneingeschränkt“. Aber ob das Gericht in solchen Fällen den besseren Rechtsschutz gewähren kann als die verwaltungsinternen Behörden, darf bezweifelt werden, können doch die übergeordneten Verwaltungsbehörden auch bei Unangemessenheit eingreifen.¹³⁷ Als Postulat daraus folgt einerseits „dass das Gericht seinen Prüfungsmassstab im Urteil klar benennt und nachvollziehbar begründet“, andererseits, dass Anwälte und Anwältinnen „ihrer Klientel realistisch aufzeigen, was das Gericht [...] leisten kann und was nicht“. Die Ausführungen zum Problemfeld „Konzept der Einheitsbeschwerde“ zeigen auf, wie sich die beiden Rechtswegewege der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege¹³⁸ und der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege¹³⁹ mit ihren Instrumenten im Gemeindegesetz

¹³⁵ Vom damaligen Verwaltungsgerichtspräsident Charles Halbeisen.

¹³⁶ Es soll nach Art. 80 lit. a und b VRPG mit abgestuften bereichsspezifischen Prüfungsmassstäben seine Rechtskontrolle ausüben.

¹³⁷ Art. 66 VRPG.

¹³⁸ Typisches Rechtswittel ist die Beschwerde, mit der ein Hoheitsakt der Verwaltung angefochten wird – Verwaltungsbeschwerdeverfahren genannt, falls die Beschwerde an eine verwaltungsinterne Justizbehörde gerichtet wird.

¹³⁹ Klageverfahren, bedingt keinen anfechtbaren Hoheitsakt sondern es wird ein Rechtsstreit – wie im Zivilprozess – direkt beim Gericht anhängig gemacht.

(GG), dem Gesetz über die politischen Rechte des Kantons Bern (GPR) wie dem des Bundes (BPR) und dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG) entwickeln, um schliesslich den Vorgaben der Rechtsweggarantie und der totalrevidierten Bundesrechtspflege (VwVG und Bundesgerichtsgesetz, BGG) weitgehend entsprechen zu können.¹⁴⁰ Im Abschnitt über den „Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte“ zeigt, wie sehr die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege verfügungszentriert ist – dies im Gegensatz zur Staatsrechtspflege –, was für die Anfechtung von Realakten lediglich die Aufsichtsbeschwerde, die Geltendmachung von Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüchen im Staatshaftungsverfahren sowie das Begehren auf Erlass einer Feststellungsverfügung zuliess. Neben diesen Rechtsschutzmitteln hat das Bundesgericht bei Realakten, die in Grundrechte eingreifen, eine direkte Anfechtungsmöglichkeit bejaht (analoge Anwendung von Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde). Und neu (seit 1. Januar 2007) ermöglicht Art. 25a VwVG bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses gegen widerrechtliche Handlungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, ein Unterlassungs-, Einstellungs-, Widerrufs-, Beseitigungs- oder Feststellungsbegehren zu stellen und so eine Verfügung über Realakte zu erlangen, welche mittels Beschwerde angefochten werden kann. Zu dieser Regelung im Bundesrecht gibt es zahlreiche kantonalesgesetzlich analoge Regelungen, (noch) nicht jedoch im Kanton Bern.¹⁴¹ Der „Anwendungsbereich der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege“ ist im VRPG 09 breit, stellt doch die Beurteilung der Streitigkeiten vom Verwaltungsgericht als einziger Instanz im Klageverfahren den Regelfall dar. Die Ausnahme, die die Regel bestätigt, findet sich in Einkommenssteuersachen, wo das Verwaltungsgericht über Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Rekurskommission entscheidet. Jedoch hat die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege seit dem VRPG 09 laufend an Bedeutung verloren, und wurde durch Anfechtungsstreitverfahren¹⁴² weitgehend (v.a. in der Staatshaftung) verdrängt, bleibt aber vorab im Enteignungsrecht und bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Gemeinwesen gleicher Stufe und zwischen Privaten bedeutsam. Nach Ausleuchtung dieser Problemfelder zeigt Daums Blick in die Zukunft der bernischen Verwaltungsrechtspflege: „Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Bern ist an einem Endpunkt angelangt“, denn „mit der Umsetzung der Rechtsweggarantie ist ein grosser Reformschritt getan“, und prophezeit: „Kurz- und mittelfristig wird sich die bernische Verwaltungsrechtspflege punktuell weiterentwickeln. [...] Besondere Aufmerksamkeit gilt [...] dem Aspekt der Verfahrensharmonisierung.“ Und: „neben den eindgenössischen Prozessgesetzen greift auch das Bundesverwaltungsrecht immer stärker in die Verfahrenautonomie der Kantone ein“,¹⁴³ es „wird die Frage nach einer Vereinheit-

¹⁴⁰ Wenn auch der Systemwechsel zur Einheitsbeschwerde, wie ihn das BGG – wenn auch mit gebietspezifischen Differenzierungen – vollzogen hat, im VRPG nicht erfolgte. Jedoch wurde die Gemeindebeschwerde in das VRPG integriert.

¹⁴¹ Wo man sich in der Debatte zur VRPG-Revision vom 10. April 2008 mit der Einführung eines dem Art. 25a VwVG entsprechenden Art. 49a VRPG auseinandersetzte, aber dagegen entschied. Somit bleibt in Bezug auf die Anfechtung von Realakten noch immer Handlungsbedarf.

¹⁴² Welches zur Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen in der Staatshaftung in der Teilrevision des VRPG vom 10. April 2008 eingeführt wurde.

¹⁴³ Z.B. hat das Bundesgericht in einem neueren Fall entschieden, dass kantonale Einsprache- und Auflage-

lichung der Verwaltungsrechtspflege in der Schweiz längerfristig an Aktualität gewinnen“. Dem ist, angesichts der in der Zivil- und Strafprozessrechtspflege durch den Erlass der Bundesgesetze erfolgten Vereinheitlichung mit Sicherheit beizupflichten.

Bernard Rolli gibt in seinem Beitrag über „Le Tribunal administratif et la minorité francophone du canton de Berne“ zuerst einen kurzen Überblick über die Geschichte der Repräsentation der francophonen Bevölkerungsschichten unter den Verwaltungsrichtern und der Reglementierung des Amtssprachengebrauchs vor dem Verwaltungsgericht. Obwohl das Gesetz über die Verwaltungsgerichtbarkeit in den Jahren 1910 bis 1961 für die Zusammensetzung keine Regelung zur Besetzung von Richterstellen mit Personen französischer Muttersprache enthielt, waren unter den Verwaltungsrichtern stets solche zu verzeichnen. Auch dem VRPG 61 fehlte eine explizite diesbezügliche Vorschrift, es schrieb aber die Kenntnis beider Landessprachen¹⁴⁴ für die Verwaltungsrichter vor.¹⁴⁵ Erst in VRPG 71, als das Verwaltungsgericht zum Verwaltungs- und Versicherungsgericht wurde, war eine Regelung enthalten, wonach mindestens ein vollamtlicher Richter für beide Gerichte gewählt werden könne – eine zwar nicht ausdrückliche aber implizite Willensäußerung des Gesetzgebers dahingehend, dass ein vollamtlicher Richter französischsprachig sein und dass dieser Präsident in allen französischsprachigen Fällen sein solle. Weiter schrieb VRPG 71 neu vor, dass bei der Richterwahl auf eine ausgeglichene Verteilung der beiden Sprachen geachtet werden müsse. Diese Regelung in Art. 2 VRPG legte den Grundstein für den späteren „Cour des affaires de langue française“, welcher seit dem VRPG 90 neben den beiden anderen Abteilungen, „la Cour de droit administratif de langue allemande (VRA)“, „la Cour des assurances sociales de langue allemande (SVA)“ im neu wieder einzigen Verwaltungsgericht existierte. Der Amtssprachengebrauch war in der Zeit von 1910 bis 1961 in der Verfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893 in genereller Weise geregelt, welche in Art. 17 vorsah, dass Deutsch und Französisch die beiden offiziellen Kantonssprachen seien, wobei Primat bei den gesetzgeberischen Erlassen der deutsche Text sein solle, in den französischsprachigen Gebieten des Kantons aber auf Französisch publiziert werden sollten. Entscheide, Anordnungen, Urteile sowie Schreiben der Obrigkeiten, welche Personen oder Korporationen in französischsprachigen Gebieten betrafen, sollten auf französisch formuliert werden. Die Gleichstellung der beiden Sprachen wurde dann mit der Verfassungsrevision von 1950 bewerkstelligt, wo der neue Art. 17 bestimmte, dass beide Sprachen offizielle Sprachen sind, wobei Deutsch die offizielle Sprache im alten Kanton und im Laufental und Französisch in den anderen jurassischen Bezirken sei. Erlasse des Gesetzgebers sollten gemäss der offiziellen Sprache publiziert und Entscheide, Anordnungen und Urteile übergeordneter Instanzen in der ortsüblichen Sprache wiedergegeben werden. Von 1962 bis 1989 ermöglichte Art. 2 VRP 61 den Parteien, für verwaltungsgerichtliche Verfahren die eine

fristen von weniger als 20 Tagen auf dem Gebiet des Natur- und Heimatschutzes bundesrechtswidrig sind, weil Art. 12b Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG) eine Frist von 30 Tagen für öffentliche Auflagen vorsieht.

¹⁴⁴ Gemeint sind wohl die kantonale Bernische Deutsch und Französisch.

¹⁴⁵ Art. 3 al. 1 VRPG (französisch LJA) 61.

oder andere Sprache zu wählen. Seit 1990 wird der Amtssprachengebrauch vor dem Verwaltungsgericht in Art. 32 VRPG so geregelt, dass die Parteien sich an das Gericht entweder auf Deutsch oder Französisch zu wenden haben, und Art. 34 VRPG sieht vor, dass die Sprache im Instruktionsverfahren und beim Urteil in der Amtssprache zu erfolgen hat, die in dem Bezirk offizielle Sprache ist, von dem der Streit stammt. Bei Fehlen eines solchen örtlichen Bezugs ist Prozesssprache die Parteisprache der Partei, die den Prozess initialisiert hat. Mit der bernischen Verfassung von 1995, welche diejenige von 1893 ersetzte, gilt nach Art. 6, dass Deutsch wie Französisch Nationalsprachen und offizielle Sprachen des Kantons Bern sind, wobei Französisch die offizielle Sprache für die Verwaltungsbezirke des Berner Juras sei, Französisch und Deutsch im Gebiet des Seelands und im Bezirk Biel/Bienne, und Deutsch in den übrigen Kantonsgebieten. Nach dem historischen Teil folgt im Beitrag die Darstellung des „Cour des affaires de langue française“ im Hinblick auf Organisation und Funktion, Stellung in der Gerichtshierarchie und Vor- und Nachteile einer separaten Gerichtsinstanz für Verfahren in französischer Sprache für sowohl verwaltungsrechtliche wie auch sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten. In Aussicht gestellt wird dabei, dass man nicht umhin kommen werde, der zunehmenden Komplexität der Sozialversicherungsfälle mit einer Spezialisierung der Richter und Richterinnen und Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen zu begegnen, was die Frage provoziert, ob es noch gerechtfertigt sei, ein von den deutschsprachigen Spezialgerichten (Verwaltungs- und Versicherungsgericht) abgesondertes Gericht für französischsprachige Fälle zu haben – aus organisationstechnischen wie Effizienzgründen ist dies zu bezweifeln, politische Gründe spielen aber zweifellos auch eine Rolle. In einem dritten Teil wird eingehend auf den Gebrauch der französischen Sprache in den Prozessen vor dem Verwaltungsgericht eingegangen, bevor im vierten Teil zwei aktuelle Probleme, die sich mit dem Sprachgebrauch verbinden, vertieft betrachtet werden: Einerseits das Problem der Sprache in den Gutachten in sozialversicherungsrechtlichen Fällen, zum anderen der Fall des Arrestrichters. Als Schlussfolgerung folgt im fünften und letzten Teil des Beitrags: „Le caractère bilingue du canton de Berne ne simplifie certes pas les procédures, suscite certaines difficultés pratiques et engendre des coûts certains.“ Solcherlei Hindernisse seien dann überwindbar, wenn „chacun reconnaît qu’il s’agit-là d’une richesse de notre canton“. Normen über den Sprachgebrauch im Verfahren seien sicherlich sinnvoll und nötig, doch „il est bien plus important de les appliquer et, surtout, de les vivre réellement au quotidien!“

Reto Feller gibt in seinem Beitrag zu „Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber am Berner Verwaltungsgericht“ denjenigen Personen ein Gesicht, die aufgrund ihrer Aufgaben von den laufenden Verfahren die umfassendsten Kenntnisse haben. Verfahrensinstruktion, Urteilsprotokoll wie -redaktion sowie die Referententätigkeit gehören allesamt zu den Aufgaben der heutigen Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen. Dies war – wie der geschichtliche Rückblick in Teil eins zeigt – nicht immer der Fall: Wurde den Gerichtsschreibern und den Gerichtssekretären in den ersten Jahrzehnten insbesondere die Urteilsredaktion zugedacht, d.h. „den in der Urteilsberatung gefällten Entscheid im Einklang mit Gesetz und Praxis und unter Berücksichtigung der Richtervoten zu einem begründeten Urteil zu

verarbeiten“,¹⁴⁶ verschob sich ab der zweiten Hälfte der 1970er Jahre am Verwaltungs- wie Versicherungsgericht die Tätigkeit der Kammerschreiber zunehmend hin zur Ausarbeitung der Referate, d.h. „sie erstellen – unter Leitung und Verantwortung des Instruktionsrichters – schriftliche, bereits im Entwurf begründete Urteilsanträge“. In den vergangenen zwei Jahrzehnten seit der Inkraftsetzung des VRPG 90 ist mit der Aufteilung des Verwaltungsgerichts in die drei Abteilungen VRA (verwaltungsrechtliche Abteilung), SVA (sozialversicherungsrechtliche Abteilung) und CAF (Abteilung für französischsprachige Geschäfte) eine Zunahme der Professionalisierung zu verzeichnen, „in Abkehr vom Milizgedanken [...] hat der Gesetzgeber den Wechsel zum Berufsgericht vollzogen“. Den rechtlichen Rahmen der Gerichtsschreibertätigkeit gemäss Gerichtsverfassung¹⁴⁷ und Reglementsrecht ausgehend vom „einheitlichen Gerichtsschreiberartikel“¹⁴⁸ beschreibt Feller in einem zweiten Teil. Die Gerichtsschreiber verfügen „in der Regel über ein Anwaltspatent oder das bernische Notariatspatent“, haben eine beratende Stimme, wirken an der Urteilsfindung mit und ein Instruktionsrichter kann einen Gerichtsschreiber oder eine Gerichtsschreiberin dazu ermächtigen, im Namen der Richterin oder des Richters eine Instruktionsverfügung zu unterzeichnen. Teil drei des Beitrags ist den Aufgaben und dem Berufsbild gewidmet. Die Liste der Aufgaben ist beachtlich: Aktenstudium, Ausfindig machen der anwendbaren Rechtsgrundlagen und Urteile mit praxisbildender Bedeutung, unter Beizug von Judikatur und Lehre Rechtsnormen auslegen und übergangsrechtliche Fragen lösen, den strittigen Sachverhalt vom unstrittigen scheiden, den massgeblichen Sachverhalt unter Beizug der abgenommenen Beweise feststellen und ihn schliesslich im Licht der dargelegten Rechtsgrundlage (Subsumtion) würdigen. Wegen der vertieften Aktenkenntnis sind sie in der Lage, Instruktionsmassnahmen anzuregen und tragen so die (interne) Verantwortung für den richtig erhobenen Sachverhalt mit. Die Haupttätigkeit ist das Verfassen der Urteilsbegründung, und an diese werden harte Anforderungen gestellt: Akzeptanz des Urteils bedingt Verständlichkeit, und die ist aus funktionaler Sicht des rechtlichen Richtens unabdingbar.¹⁴⁹ Von den übrigen Aufgaben nimmt den grössten Anteil an Arbeitszeit die Mitwirkung bei der Referententätigkeit, daneben sind noch Protokolle von Augenscheins- und Instruktionsverhandlungen, Kammersitzungen und den öffentlichen Urteilsberatungen, Schlussredaktion des Urteils vor Eröffnung und im Falle von Weiterzug ans Bundesgericht

¹⁴⁶ Damit leisteten sie ihre Hauptarbeit erst *nach* der Ausfällung des Urteils.

¹⁴⁷ Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft, am 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

¹⁴⁸ Art. 33 GSOG beseitigt die bislang am Verwaltungs- und Obergericht übliche, ausserhalb des Gerichtsbetriebs aber oft erklärungsbedürftige Berufsbezeichnung „Kammerschreiberinnen und Kammerschreiber“ und setzt neu „Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber“ anstelle. Die Funktion des Gerichtsschreibers (Personal-, Finanz-, Rechnungswesen, Informatik, interne und externe Kommunikation) wird durch das neu geschaffene Generalsekretariat betreut.

¹⁴⁹ Und verlangt dem Verfasser des Urteils – dem Gerichtsschreiber – einiges an Geduld und Beharrlichkeit ab: „Einen trifft es, Schreiber oder Leser: Einer von beiden muss sich quälen, kein Weg führt daran vorbei. Entweder ist es der Schreibende, der sich abmüht, damit das Geschriebene verständlich und angenehm zu lesen sei. Oder es ist der Leser, der sich quält, Unverständliches und Unlesbares doch zu lesen und doch zu verstehen“, Tonio Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, München 2002, S. 1.

das Verfassen der Vernehmlassung, Übernahme der Vertretung im Zusammenhang mit der Verfahrensinstruktion bei Abwesenheit der Richterinnen und Richter, juristische Abklärungen, Anfertigung von Mitberichten und Vernehmlassungen zu Gesetzgebungsprojekten, Betreuung von Praktikanten und Mitwirkung in Teilen der Gerichtsverwaltung. Zum Berufsbild konstatiert der Beitrag die Abhängigkeit des Bildes des Gerichtsschreibers vom Richterbild und für letzteres ein Oszillieren zwischen dem eigenständigen Referenten und dem Fallmanager. Anders als der Richter, ist der Gerichtsschreiber nicht gewählt (vom Grossen Rat des Kantons Bern), sondern angestellt – fürs Entscheiden ist er also nicht demokratisch legitimiert, das ist nicht delegierbarer Kern richterlicher Tätigkeit. Nichtsdestotrotz ist der Einfluss der Gerichtsschreiber auf die Rechtsprechung nicht zu vernachlässigen, was den Vorwurf der Gerichtsschreiberjustiz provoziert.¹⁵⁰ Ein summarischer Blick auf die Berufs- und Laufbahnaussichten, welcher mit dem Postulat einer dem Bundesgericht angehörenden Personal- und Lohnpolitik mit einer dreistufigen internen Laufbahnmöglichkeit und damit der Verringerung der Fluktuation verbunden ist, beendet den Beitrag – ein Postulat, das sicherlich gerechtfertigt ist, behält man den Einfluss der Gerichtsschreiber auf die Rechtsprechung und das Desiderat der Rechtssicherheit im Sinne der konstanten Rechtspraxis im Auge.

In „...aus prozessökonomischen Gründen...“ – Leerformel oder Leitlinie? nimmt *Christoph Bürki* die Zulassung der Heilung eines Formfehlers – die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör¹⁵¹ – „en vertu du principe de l'économie de procédure“ zum Anlass, sich über die „Prozess- bzw. Verfahrensökonomie“ Gedanken zu machen, d.h. über deren Inhalt und Tragweite sowie historischen Kontext. Definiert werden kann die Prozessökonomie relativ zu Grundfunktion und Hauptaufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit – der Streitbeilegung mit einhergehendem Individualrechtsschutz und objektiver Recht- bzw. Gesetzmässigkeitskontrolle – als Vermeidung organisatorisch und prozessualer Schritte, welche diesem Prozesszweck nicht dienlich sind. Was konkret darunter zu verstehen ist, ist nicht klar, aber immerhin wird gelegentlich präzisiert, dass die zu treffende Anordnung im Interesse der Prozessökonomie liege, wenn dadurch „unnötiger Aufwand und Kosten im Rechtsmittelverfahren“ vermieden werden könnten oder weil ein anderes Vorgehen eine „perte de temps formaliste“, oder einen „prozessualen“ oder „formalistischen Leerlauf“ darstellen und das Verfahren „unnötig verlängern“ würden. Kurzum und im Kern geht es also um eine möglichst nützliche und zweckmässige Verfahrensgestaltung, mitunter um ein „vernünfti-

¹⁵⁰ Dem könnte einerseits mit der Einführung der Person eines Gerichtsreferenten begegnet werden, d.h. in Form eines erfahrenen Gerichtsschreibers, dem die Aufgabe zuteil wird, Urteilsreferate auch in anspruchsvollen Verfahren selbständig zu verfassen. Andererseits sollte sich der Vorwurf dann von der Hand weisen lassen, wenn die Verhältniszahl zwischen Gerichtsschreibern und Richtern eine kritische Grösse nicht übersteigt, die der Autor unter Bezugnahme auf andere bei maximal 3:1 verortet (3 Gerichtsschreiber auf einen Richter), einem Verhältnis, das für das Bernische Verwaltungsgericht in allen Abteilungen stimmt: 1,7:1 (VRA), 1,8:1 (SVA) und 2,1:1 (CAF).

¹⁵¹ Eine Heilung ist gemäss herrschender Lehre und Praxis bei Formfehlern und somit Verstössen gegen „Verfahrensgrundrechte“ nicht möglich, doch geht das Bundesgericht gerade beim Gehörsanspruch mit gutem Beispiel voran und lässt Heilung des Mangels „aus prozessökonomischen Gründen“ zumindest unter gewissen Voraussetzungen zu.

ges Verhältnis von Aufwand und Ziel“. In Figuren, Instituten oder Verhaltensmustern konkretisiert sich die als Prinzip anerkannte Prozesswirtschaftlichkeit beispielsweise in der gesetzlich vorgesehenen Befugnis der Vorinstanz, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zugunsten der Beschwerde führenden Partei neu zu verfügen statt eine Beschwerdevernehmlassung einzureichen, der Möglichkeit der instruierenden Behörde, getrennt eingereichte Eingaben zu vereinigen oder gemeinsam eingereichte zu trennen, oder von einem Schriftenwechsel abzusehen wenn die Beschwerde offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Weiter kann von unverhältnismässigen Beweismassnahmen abgesehen werden, im Rechtsmittelverfahren eingetretene Sachverhaltsänderungen oder Änderungen der Rechtslage berücksichtigt werden, auf eine Aufhebung eines Entscheids trotz Unzuständigkeit der Vorinstanz verzichtet werden oder Personen erst vor Rechtsmittelinstanzen ins Verfahren einbezogen werden, damit die Anordnungen auch gegenüber diesen vollstreckbar wird. Leerformel? „Wenngleich das Prozesswirtschaftlichkeitsprinzip als solches sich durch eine grosse Unbestimmtheit und Vagheit auszeichnet, so wäre es doch verfehlt, es als «*Leerformel*» abzutun“, denn obwohl unvollkommener (weil erst anwendungsweise zu erprobender) ist sie doch verhaltensleitender Massstab: seine Verwirklichung im Sinne einer Zweckmässigungs-, Sachgerechtigkeits- und Effizienzsteigerung im Einzelfall ist dank des entsprechenden gesetzlichen Spielraumes für das Gericht möglich. „Die Prozessökonomie als unentbehrliche Leitlinie zu verstehen ist jedenfalls dann legitim, wenn sie – wie hier – als ein «Prinzip im Interesse der Prozesszwecke» begriffen wird und dabei die «Perspektive nicht auf das einzelne Verfahren verengt bleibt», sondern die Institution miteinschliesst.“ Dass sich das Verwaltungsgericht in seinem einhundertjährigen Bestehen stets mit der Prozessökonomie auseinandersetzen musste, diese also keineswegs eine „Modeerscheinung“ darstellt oder erst im Zug von NPM-/NEF-Bestrebungen¹⁵² entstanden ist“, wird im Artikel gezeigt, bevor zur „wohlverstandenen“ Prozessökonomie Stellung bezogen wird: Nicht vergessen werden darf dabei, dass Prozessökonomie stets nur wertungsgebunden gedacht werden kann und von Prognosen über ihre Effizienz abhängig ist, was rechtfertigt, unablässig auf das Missbrauchspotential aufmerksam zu machen. Prozessökonomie darf also niemals überbetont werden und die Qualität des Rechtsschutzes in Frage stellen, so der Appell zum Schluss.

Das Schlusswort setzt *Ruth Herzog* in ihrem „Epilog“. Diesen widmet sie der Betrachtung der Entwicklung von den Anfängen des Verwaltungsgerichts als „einem Markstein in der schweizerischen Justizgeschichte“ über dessen „Konsolidierung und Ausbau“ hin zum „Vorläufige[n] Schlusspunkt – oder: Von Themen in den nächsten 100 Jahren“ für die Weiterentwicklung der Verwaltungs- und Staatsrechtspflege auf kantonaler wie auf eidgenössischer Ebene. Sie fasst zusammen: „Für die bernisch-kantonale Ebene mögen künftig insbe-

¹⁵² NPM steht für New Public Management und meint die sog. Wirkungsorientierte Verwaltungsführung, die im Kanton Bern mit Projekten, die unter dem Grossprojekt NEF-2000 (NEF für Neue Verwaltungsführung) in den Jahren 1994 bis 2000 liefen, umzusetzen versucht wurde. Details zur Umsetzung in der Justiz finden sich im „Fachbericht NEF und Gerichte“ aus dem Jahr 2001, vgl. www.sgvw.ch/d/dossiers/Documents/dossier_2_nef_gerichte.pdf

sondere folgende Aspekte von Interesse sein“, nämlich sich im ‚fertig gebauten Rechtsstaatshaus‘ dessen Elementen 1) „funktionsgerechte Verfahrensführung durch die verschiedenen [...] Behörden“, 2) „funktionalrechtlich richtige Handhabung der gerichtlichen Überprüfung“ und 3) „weichen Faktoren unabhängiger und professioneller Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ zuzuwenden. Beim ersten Punkt vermutet Herzog grosses Potential und kritisiert die „gelegentlich ins Ungeheuerliche geführte Gläubigkeit der Schriftform“ unter Hinweis darauf, dass Recht nicht vorrangig in den gerichtlichen Verfahren sondern durch die Verwaltungsbehörden in den Verwaltungsverfahren verwirklicht wird, weshalb der Sachverhaltsermittlung besondere Bedeutung beigemessen werden müsse. Punkt zwei führe zum Erfordernis einer transparenten Praxis in den dem Gericht neu zur Rechtskontrolle zugewiesenen Ermessensangelegenheiten, und zwar bei „Beachtung der funktionellen Grenzen [der] Urteilszuständigkeit einerseits und des Umstandes andererseits, dass es in vielen dieser Angelegenheiten zufolge Ausschlusses der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in der Sache letztinstanzlich entscheidet. Zum dritten Punkt darf auf jene Beiträge dieses Bandes verwiesen werden, welche verschiedene dieser Faktoren beleuchten“. Dem Verwaltungsgericht ist mit der Autorin des Beitrags weiter „zu wünschen, dass die heutigen organisatorischen Rahmenbedingungen der bernischen Verwaltungsjustiz, welche Inhalt und Gestalt «guter» Verwaltungsgerichtsbarkeit massgeblich bestimmen, bewahrt und soweit nötig adäquat weiterentwickelt werden. Zentral dabei sei „der Grundsatz kollegialer Urteilsfindung und eine Arbeitsorganisation, welche bei allem Bemühen um Effizienz einen weitgespannten Überblick über die diversen Materien und damit ein Verständnis für die breiteren Zusammenhänge des öffentlichen Rechts sichert“ sowie „die Zweistufigkeit des Beschwerdeverfahrens“, also der dem Gericht vorgeschaltete „Verwaltungsweg“. An den Bundesgesetzgeber sei der Appell zu richten, „weitere grössere Eingriffe in die Organisation der kantonalen Verwaltungsrechtspflege“ zu unterlassen, weil sich die Bundesmodelle (wie direkte Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten beim Bundesgericht) nicht unbesehen auf die Kantone mit ihren zwei staatsrechtlichen Ebenen übertragen lasse, v.a. nicht auf den Kanton Bern mit seinen mehreren hundert Gemeinden. Und zuletzt steht, was ebenfalls wünschenswert erscheint, nämlich ein aktiverer Austausch zwischen Gericht und Politik.¹⁵³ und die Respektierung der Unabhängigkeit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, so, wie dies in den vergangenen 100 Jahren bereits der Fall war.

Zusammenfassend kann konstatiert werden, dass das Bernische Verwaltungsgericht sowohl von den Betrachtern von ausserhalb (Aussensicht, öffentlicher Bereich, *Gruppe 1.1*, d.h. ganz überwiegend hauptberuflich akademisch tätige Personen, sowie Aussensicht, privater Bereich, *Gruppe 1.2*, d.h. Anwälte, Medienvertreter und Kunstschaffende) wie innerhalb des Verwaltungsgerichts (Innensicht, *Gruppe 2*, am bernischen Verwaltungs- wie Sozialversicherungsgericht oder Bundesverwaltungsgericht tätige Personen) gute Noten bekommt – ein wahrlich würdiger Jubilar mit tatsächlich weisser „Weste“ unter blauer Robe. Wenn

¹⁵³ Hiess es doch im Verwaltungsrechtspflegegesetz von 1909, dass das Gericht in seinem jährlichen Tätigkeitsbericht auf beobachtete Mängel in der Gesetzgebung hinzuweisen habe (Art. 44).

ihm auch die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit dazu verholfen hat, zum Glanzstück zu werden, ist ihm doch Sorgfalt und Umsicht, Tüchtigkeit und Einsicht, Bemühen um Tauglichkeit und Weitblick in seiner über 100 jährigen Tätigkeit zu attestieren. Dass es wenig (aber ernstzunehmende!) Verbesserungsvorschläge gibt, nicht nur für Verfahrensgestaltung, Vereinheitlichung der Verwaltungsrechtsprechung (Rechtseinheit), Hochhaltung des Berufsethos, Wahrung innerlicher Unabhängigkeit des Richters (dem künstlichen aber doch glitzernden Diamanten in der Krone!) zeugt nicht von Unmut, sondern davon, dass sämtliche Wehklagen auf hohem Niveau angetragen werden müssen, will man denn überhaupt etwas beklagen. In Zukunft dürfte das Bernische in der Masse der kantonalen Verwaltungsgerichte nicht mehr sonderlich hervorstechen – es sei denn, es breche wiederum die Lanze für neue Rechtssprechungstendenzen – , darf sich dann aber getrost auf seine Glanzleistungen zurückbesinnen. Wünschen wir dem Jubilaren weiterhin eine solche Schaffenskraft und vergessen dabei nicht, dass hinter jedem Richterghremium eine Vielzahl von Richter- aber auch Gerichtsschreiberpersönlichkeiten steht, die ihre verantwortungs- und anspruchsvolle Arbeit tagtäglich gewissenhaft erfüllen. Sie sollten sich immer wieder bewusst machen, dass das, was sie entscheiden, schlussendlich das Wesen des Rechts ausmacht: Recht ist schliesslich, was die Gerichte bereit sind, als Recht zu anerkennen.