

1400

**Revue
de la société
des juristes bernois**

144. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat

2008



Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Heinz Hausheer
Prof. Dr. Jörg Schmid

Stämpfli Verlag AG Bern



B2/
130
144
B22
10
2008

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois
ZBJV / RJB



Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern, Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern, Fürsprecher PETER BECK, Bern,
Prof. Dr. Urs S. BEHNISCH, Zürich, **Verwaltungsgerichtsschreiberin** REGULA
BERCHTOLD EICHENBERGER, Luzern, Kantonsgerichtsschreiber ROLF BRUNNER,
St. Gallen, Obergerichtsschreiber FRANZ FELDER, Luzern, Dr. MANUEL JAUN, Bern,
Prof. Dr. WALTER KÄLIN, Bern, Prof. Dr. REGINA KIENER, Bern, Prof. Dr. ANDREAS
KLEY, Bern, Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER, Bern, Prof. Dr. THOMAS KOL-
LER, Bern, Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern, Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern, Dr. iur.
THERES OERTLI SCHMID, Zürich, Prof. Dr. HEINZ REY, Aristau, Prof. Dr. ROLAND
SCHAER, Bern, Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten, Prof. Dr. PIERRE
TSCHANNEN, Bern, Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern, Prof. Dr. ROLAND VON
BÜREN, Bern, Prof. Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern, Prof. Dr. HANS PETER WALTER,
Bern, Prof. Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern, Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun.

Bestellungen Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88

Bestellungen Abonnemente:

Stämpfli AG, Abonnementsmarketing, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90
E-Mail abonnemente@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Inserate

Stämpfli Publikationen AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach,
3001 Bern, Tel. 031 300 63 88, Fax 031 300 63 90
E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition

Stämpfli Publikationen AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 66, Fax 031 300 66 99
E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZBJV vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

**Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift
des Bernischen Juristenvereins**

Band 144 (2008)

Verfasst von Dr. THERES OERTLI

I. Systematischer Teil

1. Abhandlungen

1.1. Aufsätze

AEBI-MÜLLER REGINA E.: Persönlichkeitsschutz und Genetik. Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts. Vortrag zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer	144/82
WALTER HANS PETER: Die Praxis hat damit keine Mühe oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinären Gesetzesauslegung – wenn überhaupt? Vortrag zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer	144/126
REUSSER RUTH: Aktuelles aus dem Familienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Revisionstendenzen bei der elterlichen Sorge. Vortrag zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer	144/143
BERGER-STEINER ISABELLE, Dr. iur., Fürsprecherin, Bern/Zürich: Beweismass und Privatrecht	144/269
BADDELEY MARGARETA, Prof. Dr., Genf: Unterwerfungserklärungen von Athleten – ein Anwendungsfall allgemeiner Geschäftsbedingungen	144/357
WILDHABER ISABELLE, Dr., Berlin: Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen (Privatisierungen, verwaltungsinterne Umstrukturierungen, Verstaatlichungen)	144/525

MATHYS HEINZ WALTER, Staatsanwalt und Lehrbeauftragter, Bern: Eigenverantwortlichkeit und Verkehrssicherungsspflicht für Schneesportabfahrten	144/645
GEISER THOMAS, Prof. Dr., Bern und St. Gallen: Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht	144/817
KRAMER ERNST A., Prof. Dr. Dr. h.c., Basel: Der Stil eines zukünftigen europäischen Vertragsgesetzes – die schweizerische Privatrechtskodifikation als Vorbild?	144/901
HAUSHEER HEINZ, Bern, und STECK DANIEL, Greifensee: Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen – mehr Privatautonomie bei verstärkter Inhaltskontrolle ein dringendes Reformanliegen?	144/922
1.2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, veröffentlicht in den Jahren 2004, 2005, 2006, 2007 und 2008 publiziert in den Bänden 130, 131, 132, 133 und 134 oder im Internet abrufbar	
<i>1.2.1. Referenten</i>	
BOMMER FELIX, Prof. Dr. iur., Luzern: Strafrecht (2005, Band 131, ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen)	144/1
POPP PETER, Prof. Dr. iur., Locarno/Bern: Internationale Strafrechtshilfe (2004 und 2005, Bände 130 und 131)	144/38
LEUENBERGER CHRISTOPH, Prof. Dr. Dr. h.c., LL.M., St. Gallen: Zivilprozessrecht, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (2006, Band 132, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide)	144/185
WALTHER FRIDOLIN, Prof. Dr., Fürsprecher, Bern: Zivilprozessrecht, 2. Teil: Internationales Zivilprozessrecht (2006, Band 132, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide)	144/211
KELLERHALS FRANZ, Prof. Dr. und BERGER BERNHARD, Dr., LL.M., Bern: Zivilprozessrecht, 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit (2006, Band 132, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide)	144/223

WALTHER FRIDOLIN, Prof. Dr., LL.M., Fürsprecher, Bern: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (2006, Im Band 132 sowie weitere im Jahre 2006 veröffentlichte Entscheide)	144/236
KOLLER THOMAS, Prof. Dr., Bern: Arbeitsrecht (2006, Band 132)	144/318
BEHNISCH URS R., Prof. Dr., Zürich/Basel/Bern: Steuerrecht, 1. Teil (2006 und 2007, veröffentlicht in der amtlichen Sammlung und in Spezialzeitschriften, Bände 132 und 133)	144/393
BEHNISCH URS R., Prof. Dr., Zürich/Basel/Bern: Steuerrecht, 2. Teil (2006 und 2007, veröffentlicht in der amtlichen Sammlung und in Spezialzeitschriften, Bände 132 und 133)	144/445
AEBI-MÜLLER REGINA E., Prof. Dr. iur., Luzern: Privatrecht, Personenrecht und Erbrecht (2007, Band 133) ..	144/491
HAUSHEER HEINZ, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Familienrecht, Scheidungsrecht (2007, Band 133, ergänzt durch Internetveröffentlichungen)	144/553
AEBI-MÜLLER REGINA E., Prof. Dr. iur., Luzern: Privatrecht, Familienrecht, Kindesrecht (2007, Band 133) ..	144/585
WOLF STEPHAN, Prof. Dr., Fürsprecher und Notar, Bern und SCHMID DOMINIK, lic. iur., Rechtsanwalt, Bern: Privatrecht, Familienrecht, Ehe- und Vormundschaftsrecht (2007, Band 133)	144/600
WIEGAND WOLFGANG, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Obligationenrecht (2004 und 2005, Bände 130 und 131)	144/613
VON BÜREN ROLAND, WALTER HANS PETER, Proff., Bern: Wirtschaftsrecht (2007, Band 133)	144/675
KÄLIN WALTER, KIENER REGINA, LIENHARD ANDREAS, TSCHANNEN PIERRE, TSCHENTSCHER AXEL, Proff., Bern: Staatsrecht (2007 und 2008, Band 133 und 134) ..	144/733

sprechung zur Opferhilfe betrachtet das Bundesgericht Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht mehr als Schuldformen (sic!), sondern zählt sie zum typischerweise rechtswidrigen Verhalten.⁵¹ Dies würde äusserlich den referierten Entscheid stützen, bedarf aber augenfällig noch der Erläuterung, zumal die Opferhilfe im zitierten Entscheid gerade mangels Schuld, mangels Fahrlässigkeit des Täters, verneint wurde. Zum Mindesten liegt die dortige Argumentation kaum auf der Linie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach in der Schweiz von jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat.⁵² (4) Besonders heikel wird die referierte Rechtsprechung im Bereiche straf- und zivilrechtlicher Doppelnormen. So ist etwa bloss vorsätzlich begangener unlauterer Wettbewerb strafbar (Art. 23 UWG), Schadenersatz aber nach Massgabe des Obligationenrechts geschuldet (Art. 9 Abs. 3 UWG). Auch hier aber steht Verhaltensunrecht zur Diskussion. Schreibt man die jüngste Rechtsprechung konsequent fort, blieben fortan fahrlässig begangene Wettbewerbsverstösse haftpflichtrechtlich folgenlos. Dies aber widerspräche der bisher einheitlichen Lehre und Rechtsprechung⁵³ und wohl auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes.

51 BGE 134 II 33, E. 5.4.

52 BGE 67 II 70, 74.

53 Statt aller BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, 2001, N 196 zu Art. 9 UWG mit Praxishinweisen.

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2007 und 2008

Von Proff. WALTER KÄLIN, REGINA KIENER,
ANDREAS LIENHARD, PIERRE TSCHANNEN,
AXEL TSCHENTSCHER, Bern

Die Autoren sind Mitglieder des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Sie haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2007 und 2008 untereinander aufgeteilt; angestrebt wird eine Konzentration auf die wichtigsten Entscheide, insbesondere zu Grundsatzfragen.

Die Beiträge sind mit den Namen der jeweiligen Autoren/der Autorin gekennzeichnet.*

Inhaltsübersicht

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)

II. Allgemeine Grundrechtslehren (Walter Kälin)

III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot (Walter Kälin)

1. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot
 - 1.1 Rechtsgleichheitsgebot
 - 1.2 Diskriminierungsverbot
2. Willkürverbot und Wahrung von Treu und Glauben
 - 2.1 Willkürverbot
 - 2.2 Gebot von Treu und Glauben

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)

1. Menschenwürde und Folterverbot
2. Persönliche Freiheit
3. Privatsphäre
4. Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten
5. Familienleben
6. Grundschulunterricht

* Für ihre Mitarbeit danken wir MELANIE AEBLI, SABIHA AKAGÜNDÜZ, CLAUDIA BENZ, DOMINIKA BLONSKI, JAN GRUNDER, RAFAEL HÄCKI, MIRIAM FREY HÄSLER, DANIELA IVANOV, SIMONE JAMPEN, ROLAND SARBACH, ANNINA SCHNEIDER.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)**VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)**

1. Meinungs- und Informationsfreiheit
2. Medienfreiheit

VII. Eigentumsgarantie (Andreas Lienhard)

1. Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche infolge Fluglärms sowie von Abwehrrchten gegen den direkten Überflug
2. Prozessgeschichte
3. «Leading case»
4. Liegenschaft im Sinne des BGGB
5. Schwere Schaden auch bei 17% Entwertung
6. Bewertung des Schadens bei Mietobjekten
7. Grundstück vor 1961 erworben, aber erst später bebaut
8. Gemischte Nutzung einer Liegenschaft
9. Verwaltungs- oder Finanzvermögen
10. Baurechtliegenschaft
11. Zuständigkeitsregelung
12. Kommentar

VIII. Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)

1. Vorbemerkung
2. Persönlicher Schutzbereich
3. Gleichbehandlung der Konkurrenten
4. Verhältnismässigkeit
5. Wirtschaftsfreiheit und Eheschutz

IX. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)

1. Politische Rechte
 - 1.1 Anforderungen an Titel und Begründung einer Volksinitiative
 - 1.2 Ungültigerklärung von Volksinitiativen
 - 1.3 Einheit der Materie
 - 1.4 Behördliche Einflussnahme
 - 1.5 Stimmrechtsbeschwerde wegen Verletzung von Unvereinbarkeitsregeln?
2. Vorrang des Bundesrechts
 - 2.1 Zuständigkeit der Kantone in Fragen der Tierhaltung
 - 2.2 Zuständigkeit der Kantone im Strafvollzug
3. Gemeindeautonomie
4. Gewaltenteilung

X. Staatsverträge und Konkordate (Walter Kälin)**XI. Verfahrensgarantien (Regina Kiener)**

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung
 - 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
 - 1.3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
2. Rechtsweggarantie
3. Garantien in gerichtlichen Verfahren
4. Garantien bei Freiheitsentzug und im Strafverfahren
 - 4.1 Anspruch auf Urteil innert angemessener Frist
 - 4.2 Recht auf Verteidigung und Appellation
 - 4.3 Verwertbarkeit anonymer Zeugnisaussagen (Art. 6 EMRK)

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)

Worin die eigenständige Bedeutung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) liegen könnte – eine Bedeutung, die neben dem konkretisierenden Wiederaufgreifen dieser Grundsätze im Grundrechtsteil¹ und im Staatsorganisationsteil der Verfassung² rele-

¹ Art. 9 BV (Treu und Glauben), Art. 31 Abs. 1 BV (Legalitätsprinzip), Art. 35 Abs. 3 BV (Bindung Privater), Art. 36 BV (Legalitätsprinzip, Gemeinwohlprinzip, Verhältnismässigkeitsprinzip).

² Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) wird von zahlreichen Normen der Bundesverfassung ausdrücklich zur Grenzziehung aufgegriffen (Vorrang des Gesetzes), beispielsweise, um nur einige zu nennen, in der Begrenzung der kantonalen Konkordatsfreiheit (Art. 48 Abs. 3 Satz 1 und Art. 56 Abs. 2 Satz 1 BV), in der Konkretisierung der Normenhierarchie (Art. 49 BV), in der Umgrenzung der Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) und in der Bedingung für die Gewährleistung von Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2 Satz 2 BV). Prominente Ausgestaltung erhält das Legalitätsprinzip ausserdem an den Stellen, an denen jenseits des Grundrechtsteils (Art. 31 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) die formellgesetzliche Grundlage vorge-schrieben ist (Vorbehalt des Gesetzes), also in Art. 127 Abs. 1 BV (Steuern) sowie – für den Bereich der Bundesgesetzgebung – in Art. 164 BV (grundlegende Bestimmungen zu Schlüsselmaterialien). Die Völkerrechtsbindung (Art. 5 Abs. 4 BV) wird ebenfalls an mehreren Stellen bekräftigt: Art. 139 Abs. 2, Art. 190, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV. Sogar das öffentliche Interesse (Gemeinwohlprinzip) findet sich ausserhalb von Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 BV wiederholt: Art. 78 Abs. 2 Satz 2 BV (Natur- und Heimatschutz) und Art. 180 Abs. 2 BV (Öffentlichkeit des Regierungshandelns).

Gerichtshof für Menschenrechte, welcher im Gegensatz zum Bundesgericht nicht an die UNO-Charta gebunden ist.

In einigen Urteilen bestätigt das Bundesgericht Grundsätze des völkerrechtlichen Vertragsrechts, so in BGE 133 V 303: Wenn Art. 14 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Schweiz und Mazedonien über Soziale Sicherheit vorsieht, dass ein in der Schweiz wohnhaftes mazedonisches Kind, das «in der Schweiz invalid geboren wurde», Anspruch auf Sonderschulung hat, kann ihm diese nicht mit dem Argument verweigert werden, die angeborene Behinderung habe eine solche Massnahme erstmals nötig gemacht, als es im Ausland wohnte. Dieses Argument widerspricht dem Grundsatz der Auslegung der relevanten Norm nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, ihren Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung, wie er in den Auslegungsregeln von Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK, SR0.111) festgehalten ist (E. 7 S. 307).

In BGE 133 V 233 wollte sich ein UNO-Beamter in Genf freiwillig der schweizerischen Arbeitslosenversicherung anschliessen, was gemäss Briefwechsel zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Organisation der Vereinten Nationen vom 26. Oktober/19. Dezember 1994 nicht möglich ist. Das Bundesgericht bestätigt, dass ein völkerrechtlicher Vertrag in der Form des Briefwechsels abgeschlossen werden kann. Im Weiteren weist es das Argument des Beschwerdeführers zurück, Art. 6 des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit gebe ihm einen Anspruch auf Anschluss an die Arbeitslosenversicherung. Als *lex specialis* findet der Briefwechsel und nicht das Abkommen Nr. 168 Anwendung. Dies ist im Lichte der Tatsache, dass Art. 33 Abs. 1 und 4 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen die Nichtunterstellung von Diplomaten unter das Sozialversicherungsrecht des Gaststaates vorsieht, sachlich gerechtfertigt und damit rechtsgleich.

XI. Verfahrensgarantien (Regina Kiener)

Die amtlich publizierten Entscheide zu den Verfahrensgarantien geben ein buntes Bild ab: Es finden sich die üblichen Präzisierungen der Rechtsprechung; dazu kommen einzelne wichtige Neue-

rungen sowie eine Praxisänderung. Daneben stehen Entscheide, deren Signifikanz eher auf der Besonderheit des zugrunde liegenden Sachverhalts oder der gestellten Anträge und weniger auf den entscheidtragenden Erwägungen des Bundesgerichts beruht. Insgesamt führt das Bundesgericht die schon früher beobachtete Praxis weiter, die bundesverfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien nach Möglichkeit im verfassungsrechtlichen Kontext und damit losgelöst von den entsprechenden Gehalten namentlich der EMRK zu konkretisieren. Auf eine Auffälligkeit bleibt hinzuweisen: Das Bundesgericht kritisiert in mehreren Fällen (namentlich in Strafsachen) die kantonalen Vorinstanzen wegen offensichtlicher Verfahrensverstöße mit deutlichen Worten. Die Versäumnisse der kantonalen Behörden erscheinen jedenfalls dort umso bemerkenswerter, wo eine ständige publizierte Praxis des Bundesgerichts besteht, der ohne Weiteres zu folgen gewesen wäre.

1. Allgemeine Verfahrensgarantien

1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung

In BGE 133 I 49⁵⁵ beurteilt das Bundesgericht die Beschwerde eines abgewiesenen Asylbewerbers, der sich gegen die Hausordnung seines – als privatrechtliche Stiftung organisierten – Wohnheims zur Wehr setzte und die Aufhebung mehrerer Bestimmungen verlangte. Das Verfassungsgericht des Kantons Waadt war auf die Beschwerde nicht eingetreten. Vor Bundesgericht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines «*droit fondamental à un tribunal*»; der Kanton entziehe ihm das einzige Rechtsmittel, mit dem er vor einem Gericht die behauptete Verletzung von Grundrechten wirksam rügen könne. Mit Urteil vom 13. November 2006 – d.h. vor Inkrafttreten der Justizreform und damit insbesondere auch der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV – weist das Bundesgericht die Beschwerde ab. Art. 29 BV verleihe «keinen unbeschränkten und bedingungslosen Zugang zu einem Richter», und auch aus Art. 13 EMRK ergebe sich kein solcher Anspruch. Dies ist nichts Neues;⁵⁶ interessanter sind deshalb die Ausführungen zum *Anspruch auf Rechtsschutz im Bereich delegierten Staatshandelns*. Eine früher eingeschlagene Rechtsprechungsli-

55 Übersetzung in Pra 96 (2007) Nr. 112. Vgl. dazu auch den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. II. und Ziff. III.2.1.

56 BGE 131 II 169 E. 2.2.3 S. 173.

nie weiterverfolgend⁵⁷ hält das Bundesgericht fest, jedenfalls bei Grundrechtsverletzungen eines gewissen Schweregrads habe der Staat auch in solchen Fällen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten.⁵⁸ Bei entsprechenden faktischen Beeinträchtigungen seiner Rechte müsse dem Beschwerdeführer deshalb offenstehen, bei den kantonalen Behörden eine Feststellungsverfügung zu erwirken und anschliessend mittels vorfrageweiser Normenkontrolle die Hausordnung anzufechten.

Um *Rechtsfolgen bei Verletzung des Beschleunigungsgebots* ging es in BGE 133 IV 158. X wurde im Zusammenhang mit einem Helikopterabsturz vom Bundesstrafgericht im Oktober 2006 – sieben Jahre nach dem Unfall – der schweren Körperverletzung schuldig gesprochen; das Gericht sah zwar von einer Strafe, nicht aber von der Kostenauflegung ab. Vor Bundesgericht machte X unter anderem geltend, er hätte auch von den Kosten befreit werden müssen, da das Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) in schwerer Weise verletzt worden sei. Das Bundesgericht argumentiert in Bestätigung seiner ständigen Praxis wie folgt: Das Beschleunigungsgebot habe im Strafverfahren den Sinn, den Angeklagten nicht unnötig lange in der Angst um sein Schicksal zu belassen. Eine Verletzung dieser Garantien sei mit einer Strafmilderung oder dem Absehen von Strafe zu kompensieren, als ultima ratio komme eine Verfahrenseinstellung in Betracht. Im vorliegenden Fall habe der Richter der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK bejaht und im Absehen von Strafe eine verhältnismässige Wiedergutmachung gesehen. Das Bundesgericht erachtet dies als genügend und zeigt an, dass zur Bejahung einer Verfahrenseinstellung ein aussergewöhnlich schwerer Schaden («*préjudice particulièrement grave*») erforderlich wäre; da ein solcher im vorliegenden Fall nicht ausgewiesen war, weist es die Beschwerde ab.

1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör

Gleich zwei Entscheide betreffen die *Nichtgewährung des Replikrechts* (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Zur Erinnerung: Die Schweizer Rechtsordnung geht im Prinzip vom einmaligen

⁵⁷ BGE 128 II 156.

⁵⁸ Vgl. zur erforderlichen Schwere der Verletzung die Besprechung des Entscheids durch WALTER KÄLIN, Ziff. III.2.1.

Schriftenwechsel aus und lässt weitere Schriftenwechsel nur im Ausnahmefall zu. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fasst die aus dem konventionsrechtlichen Gebot der Waffengleichheit fließenden Ansprüche indessen weiter.⁵⁹ So erstaunt denn nicht, dass der EGMR in den vergangenen Jahren zahlreiche Verletzungen des Replikrechts durch die Schweiz festgestellt hat.⁶⁰ Entsprechend gespannt ist man auf die jüngste Reaktion des Bundesgerichts.

In BGE 133 I 98 hält das Bundesgericht zunächst fest, dass Art. 29 Abs. 2 BV die Anwendung des Replikrechts auch ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gebiete. Das ist mit Blick auf den weiten Schutzbereich dieser allgemeinen Verfahrensgarantie richtig. Das Bundesgericht lässt aber offen, inwieweit die Verfassung ein Replikrecht auch im Verwaltungsverfahren (Verfahren auf Erlass einer Verfügung) verleiht. Zur Wahrung des Replikrechts in einem Gerichtsverfahren genügt dem Bundesgericht, wenn die Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten den Parteien *zur (blossenen) Kenntnisnahme*, d.h. ohne förmliche Fristansetzung, zugestellt werden (anderes soll im Haftrecht gelten, wo die – freigestellte – Vernehmung regelmässig unter förmlicher Fristansetzung erfolgen muss). Die Verfahrensbeteiligten könnten dazu nach Bedarf Stellung nehmen, nach Massgabe von Treu und Glauben seien sie indessen gehalten, dies *umgehend* zu tun (hier nimmt das Bundesgericht die mit BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47 lancierte Rechtsprechung auf). Diese Grundsätze seien auch anwendbar, wenn die Replikmöglichkeit schon in der Beschwerdeschrift beantragt werde. Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführer vom Bundesgericht die eingegangenen Stellungnahmen der Beschwerdegegnerin und der involvierten Behörden erhalten, darauf aber nicht reagiert. Dies wertet das Bundesgericht als Verzicht auf weitere Äusserungen, und es gesteht ihnen keine nachträgliche Gewährung des Replikrechts zu.

Auch im Entscheid BGE 133 I 100 rügten die Beschwerdeführer die *Nichtgewährung des Replikrechts*. Im Verfahren der Bewilligung

⁵⁹ Vgl. dazu die Besprechung von BGE 132 I 42 in ZBJV 2007, 705 f.

⁶⁰ EGMR-E *Niederöst-Huber c. Schweiz*, vom 18. Februar 1997; *F.R. c. Schweiz*, vom 28. Juni 2001 (No 37 292/97); *S. Ziegler c. Schweiz*, vom 21. Februar 2002 (No 33 499/96); *Contardi c. Schweiz*, vom 12. Juli 2005 (No 7020/02); *Spang c. Schweiz*, vom 11. Oktober 2005 (No 45 228/99); *Ressegatti c. Schweiz*, vom 13. Juli 2006 (No 17 671/02); vgl. zudem den Nichtzulassungsentscheid *Bernadette Schaller-Bossert c. Schweiz*, vom 24. Mai 2007 (No 41 718/05).

einer Mobilfunk-Antennenanlage war den Beschwerdeführern vor dem kantonalen Verwaltungsgericht keine Möglichkeit eingeräumt worden, sich zur umfangreichen Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin zu äussern, da diese keine neuen rechtlichen oder faktischen Gesichtspunkte einbringe. Dies war die Praxis unter Art. 4 aBV; nach der langjährigen und ständigen Praxis des EGMR spiele es indessen gerade keine Rolle, ob eine Eingabe neue Gesichtspunkte enthalte und ob sie das Gericht tatsächlich beeinflussen könne. Art. 29 BV nehme nun aber nicht nur die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 aBV auf, sondern ebenso die in Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II verankerten Grundsätze der Verfahrensfairness und – das ist in dieser Klarheit soweit ersichtlich neu – auch die diesbezügliche Rechtsprechung. Präzisierend hält das Bundesgericht fest, dass dies auch für Gerichtsverfahren gelte, die nicht unter den Schutzbereich von Art. 6 EMRK fallen. Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführer Antrag auf Replik gestellt, allerdings erst rund sechs Monate nach Zustellung der Vernehmlassung. Angesichts der besonderen Umstände des Falles verneint das Bundesgericht indessen eine Verspätung, sodass weder eine Verwirkung noch ein Verzicht auf die Stellungnahme anzunehmen sei. Eine Heilung der Gehörsverletzung war nicht möglich, da auch Sachverhaltsrügen erhoben wurden, die das Bundesgericht nicht mit freier Kognition beurteilen kann.

Die vom Bundesgericht in den beiden Entscheiden formulierten Grundsätze lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Empfänger haben auf alle Unterlagen, welche ihnen eine Behörde in einem hängigen Verfahren zustellt, umgehend zu antworten – man könnte (besondere Umstände vorbehalten) sonst seines Replikrechts verlustig gehen. Umgekehrt haben die involvierten Behörden alle entsprechenden Eingaben als Replik oder Duplik entgegenzunehmen und den involvierten Parteien wiederum zuzustellen, unbeschadet des Umstands, ob darin neue Gesichtspunkte geltend gemacht werden oder nicht. Letzte Grenze für das Hin und Her bildet wohl der Rechtsmissbrauch – wann ein solcher aber vorliegt, wird erst die künftige Rechtsprechung zeigen.

Auch die *nicht korrekte Eröffnung einer Verfügung* kann den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen. Gemäss dem BGE 133 I 201⁶¹ zugrunde liegenden Sachverhalt wurde die Verfügung bezüg-

61 Vgl. zu diesem Entscheid auch den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. III.2.1.

lich Kinderzulagen nicht der betroffenen Arbeitnehmerin, sondern einzig ihrer Arbeitgeberin mit dem Hinweis zugestellt, das Doppel sei dem Bezüger auszuhändigen. Darin sieht das Bundesgericht mit Recht eine Gehörsverletzung; die Verfügung hätte zwingend auch der Arbeitnehmerin ausgehändigt werden müssen, der Hinweis zur Weiterleitung der Verfügung vermöge eine formelle Eröffnung nicht zu ersetzen. Weil auch hier eine Heilung der Gehörsverletzung nicht möglich war, vermochte die Verfügung und die sie bestätigenden Entscheide keine Rechtswirkungen gegenüber der Beschwerdeführerin zu entfalten.

Mehrere Grundsatzertwägungen zur *Rolle des Haftrichters* enthält BGE 133 I 270⁶². Der wegen gewerbsmässigen Betrugs, mehrfacher Veruntreuung sowie mehrfacher Misswirtschaft angeklagte X. verlangte vor Bezirksgericht Zürich erfolglos die umgehende Entlassung aus der Untersuchungshaft, eventualiter seien Haft- und Vollzugsmodalitäten zu veranlassen, die dem Strafzweck der Resozialisierung gerecht würden. Im vorzeitigen Strafantritt stehend, rügt er vor Bundesgericht neben anderen Verfassungsverstössen auch Verletzungen des rechtlichen Gehörs und insbesondere der daraus resultierenden Begründungspflicht. Der Untersuchungsrichter hatte die *Prüfung der Haftungs- und Vollzugsmodalitäten pauschal verweigert*. Darin erblickt das Bundesgericht aufgrund der Funktion des vorzeitigen Strafantritts eine formelle Rechtsverweigerung und hebt den Entscheid schon aus diesem Grund auf. Eine weitere Gehörsverletzung stellt das Bundesgericht fest, weil der Haftrichter zu den von X. vorgeschlagenen Ersatzmassnahmen zur Eindämmung der Wiederholungsgefahr überhaupt nicht Stellung genommen hatte; dieser Umstand sei besonders gravierend, da der Beschwerdeführer bereits sehr lange in Haft sei, die möglichen Ersatzmassnahmen ausführlich geschildert habe und der Haftrichter im Kanton Zürich die einzige Haftprüfungsinstanz sei. Im Zusammenhang mit der *Rüge überlanger Haft* machte X. zudem geltend, der Richter habe bei seiner Schätzung des voraussichtlichen Strafmasses wichtige Kriterien nicht miteinbezogen. Hier stellte das Bundesgericht eine Verletzung der Begründungspflicht fest, da die nötigen Akten zur Feststellung der voraussichtlichen Freiheitsstrafe nicht erhoben worden waren. Schliesslich

62 Vgl. zu diesem Entscheid auch Ziff. XI.4.1 sowie den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. III.1.1 und Ziff. III.2.2.

spricht das Bundesgericht Klartext (vgl. E. 3.5). Bei der Beurteilung der strafprozessualen Haft müsse der Haftrichter den Sachverhalt umfassend erheben, seinen Entscheid ausführlich begründen sowie mögliche Vollzugserleichterungen oder Ersatzmassnahmen berücksichtigen; dazu habe er sich ein vollständiges und eigenes Bild zu machen und nötigenfalls die Staatsanwaltschaft anzuhalten, entsprechend zu berichten. All dies sei im angefochtenen Entscheid nicht geschehen. Zudem sei das Haftrichtersystem im Kanton Zürich (welches *kein Rechtsmittel* vorsieht) zwar «trotz schwerer Bedenken (...) verfassungsrechtlich nicht geradezu unhaltbar», für die Zukunft dränge sich aber eine andere Lösung auf. Dies verlange nicht nur Art. 80 Abs. 2 BGG (einschränkend: die Übergangsfrist gemäss Art. 130 Abs. 1 BGG). Auch aufgrund der parlamentarischen Beratungen zur eidg. StPO sei zumindest bei längerer Haftdauer mit der Einführung einer kantonalen Rechtsmittelmöglichkeit zu rechnen.

In BGE 133 IV 335 äussert sich das Bundesgericht zum *Gehörsanspruch beim einzelfallweisen Entzug des Anwaltsmandats*. A. stellte gegen ihren Ehemann Strafklage wegen Körperverletzung und erhielt auf ihr Begehren hin einen Pflichtverteidiger zugeteilt. Ohne A. und ihren Anwalt vorgängig anzuhören, entzog der Präsident der Strafkammer des Kantonsgerichts Freiburg dem Anwalt das Mandat, da der Ehemann der A. gegen sie sowie ihren Verteidiger Strafanzeige wegen übler Nachrede und Verleumdung eingereicht hatte. Gegen den Entscheid erhoben A. sowie ihr Verteidiger subsidiäre Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht. Sie rügten unter anderem eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil sie weder um Stellungnahme angegangen worden waren noch in Kenntnis der Klage gesetzt wurden. Wie vorauszusehen heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut. Namentlich auch im Hinblick auf die Gewährung der Anforderungen von Art. 29 Abs. 3 BV (Recht auf unentgeltliche Prozessführung) sei ein Anwaltswechsel nur nach einer Thematisierung des möglichen Interessenkonflikts zulässig.

Im Entscheid BGE 133 V 196 geht es um eine Beschwerde der Winterthur-Versicherung, welche eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügte. Das Berner Verwaltungsgericht hatte ihre verspätet eingereichte Beschwerdeantwort aus den Akten gewiesen, obwohl mit der dafür angesetzten Frist *keine Säumnisfolgen angedroht* worden waren. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab: Zwar werde in der Lehre die Auffassung vertreten, im Verfahren vor kantonalen (Versi-

cherungs-)Gerichten müssten Säumnisfolgen explizit angedroht werden, wie dies beispielsweise Art. 23 VwVG für Verfahren vor Bundesbehörden vorsehe.⁶³ Allerdings sei Art. 23 VwVG gemäss Art. 1 Abs. 3 VwVG im kantonalen Verfahren nicht anwendbar, und auch die Mindestanforderungen von Art. 61 Bst. a–i ATSG enthielten keine solche Pflicht. Die Säumnisfolgen würden dadurch gemildert, dass im Verfahren vor Versicherungsgericht nachträglich die Möglichkeit bestehe, Tatsachen und Beweismittel von Amtes wegen zu berücksichtigen sowie zweifelhafte Sachbehauptungen von Amtes wegen abzuklären. Seien – wie im vorliegenden Fall – einzig Rechtsfragen streitig, gelte ohnehin der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. – Der Entscheid betont die Eigenverantwortung der Parteien und ihrer Anwälte; wem eine gerichtliche Fristansetzung eröffnet wird, muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung damit rechnen, dass der unbenutzte Fristablauf verfahrensrechtliche Konsequenzen haben wird. Dogmatisch lässt sich die Verpflichtung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess ableiten, der nicht nur für die Behörden, sondern gemäss Art. 5 Abs. 3 BV auch für die Parteien gilt. Man muss sich allerdings fragen, ob der statuierte Grundsatz nicht zu differenzieren wäre. Im Fall einer anwaltlich vertretenen oder über einen eigenen Rechtsdienst verfügenden Partei ist die bundesgerichtliche Praxis richtig. Ist eine Partei jedoch ohne rechtlichen Beistand – wie dies in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren die Regel ist –, liegen die Gewichte des Vertrauensschutzes anders. Die Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben trifft hier vor allem die Behörde. Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung festgehalten, dass den Justizbehörden jedenfalls in sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten die Verpflichtung erwachsen kann, die rechtsunbewohnten, anwaltlich nicht vertretenen Parteien aufzuklären, wenn diese sich anschicken, einen Verfahrensfehler zu begehen, der eine Verschlechterung ihrer Rechtsstellung zur Folge haben kann.⁶⁴

63 Vgl. namentlich UELI KIESER, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003, N. 70 zu Art. 61.

64 Vgl. die Nachweise bei REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 423 f.

1.3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

BGE 133 III 614 gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, sich zur *unentgeltlichen Rechtspflege bei der Konkurseröffnung auf eigenes Begehren* zu äussern. X. war einziger Verwaltungsrat einer Arbeitsvermittlungsunternehmung, die im Juni 1997 den Konkurs erklärte; mangels Aktiven wurde der Konkurs aufgeschoben. Am 27. September 2006 verlangte X. im Hinblick auf die Konkurseröffnung auf eigenes Begehren (Art. 191 SchKG) die unentgeltliche Rechtspflege. Die kantonalen Behörden lehnten das Gesuch ab: Das Verfahren sei aussichtslos, da X. weder Immobilien noch sonstige Aktiven besitze. Vor Bundesgericht beantragt X. die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die umgehende Bezahlung der Gerichtskosten von Fr. 3590.–. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab. Mit Art. 191 SchKG habe der Gesetzgeber kein Verfahren zur Entschuldung von überschuldeten Privaten schaffen wollen, die den Kostenvorschuss für das Verfahren gemäss Art. 169 Abs. 2 SchKG nicht mehr leisten könnten. Von der unentgeltlichen Rechtspflege profitieren könne deshalb nur, wer über verwertbare Aktiven, nicht aber über die Mittel für den Kostenvorschuss verfüge. Eine mittellose Person habe kein schützenswertes Interesse an unentgeltlicher Rechtspflege, da das Verfahren sogleich wieder eingestellt würde (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Im vorliegenden Fall habe der Beschwerdeführer selber erläutert, dass er über keine Vermögenswerte in der Schweiz oder im Ausland verfüge. Die Ablehnung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege war deshalb wegen Aussichtslosigkeit des Verfahrens rechtmässig. – Ohne dies ausdrücklich so festzuhalten, legt sich das Bundesgericht mit diesem Urteil dahin gehend fest, dass Art. 29 Abs. 3 BV grundsätzlich auch im erstinstanzlichen Konkursverfahren gilt. In der Sache erscheint der Entscheid auf den ersten Blick paradox: In den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege gelangt nur, wer über gewisse Eigenmittel verfügt; wer völlig mittellos ist, dem wird das prozessuale Armenrecht versagt. Im Ergebnis liegt der Entscheid jedoch klar auf der Linie der langjährigen Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wonach dieser Anspruch nur bei Erfolgsaussicht des Verfahrens gewährt werden kann – und diese war im vorliegenden Fall gerade nicht gegeben.

2. Rechtsweggarantie

Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ist erst auf den 1. Januar 2007 zusammen mit den Erlassen der revidierten Bundesrechtspflege in Kraft getreten. Die Verfahrensordnung namentlich auch im Bereich des öffentlichen Rechts ist damit am Primat des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgerichtet. Die Kantone haben während einer Übergangsfrist Bestimmungen über die Vorinstanzen des Bundesgerichts zu erlassen, welche zur Gewährleistung der Rechtsweggarantie erforderlich sind. Wie BGE 133 IV 267 zeigt, gibt es indessen Rechtsbereiche, in denen das Regime der *Übergangsfristen* nicht greift. Die zur Tatzeit 17-jährige X. wurde am Flughafen Zürich mit 5 kg Kokain im Gepäck aufgegriffen und in Untersuchungshaft gesetzt. Das Zürcher Recht sieht kein kantonales Rechtsmittel gegen diesen Entscheid vor; X. erhob gegen die Verfügung des Haftrichters deshalb direkt Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses trat auf die Beschwerde indessen nicht ein, weil die kantonalen Rechtsmittel nicht ausgeschöpft waren. Gemäss Art. 41 des Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht (SR 311.1) müssen die Kantone ein Rechtsmittel an eine gerichtliche Instanz vorsehen. Aufgrund der Materialien zur Revision der Bundesrechtspflege sowie einer teleologischen Auslegung kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass Art. 41 JStG unmittelbar anwendbar ist, mithin in den Kantonen schon heute ein Rechtsmittel gegen eine Haftanordnung oder -verlängerung zur Verfügung stehen muss. – Im Zusammenhang mit der Inhaftierung Jugendlicher stehen die Kantone folglich heute schon in der Pflicht. Sieht das kantonale Recht (wie im Kanton Zürich der Fall) einen kantonalen Rechtsmittelweg noch nicht vor, ist der Rechtsschutz auf andere Weise sicherzustellen. Dies kann auf dem Weg der Verordnung geschehen, aber auch durch Bestimmung der zuständigen Rechtsmittelinstanz im Einzelfall.

Eine weitere für den kantonalen Gesetzgeber wichtige Richtungsbestimmung nimmt das Bundesgericht in einem nicht amtlich veröffentlichten Entscheid (1P.338/2006 und 1P.582/2006 vom 12. Februar 2007, ZBI 2007 313) vor.⁶⁵ Gemäss Art. 88 Abs. 2 BGG sehen die Kantone gegen behördliche Akte, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten in kantonalen Angelegenheiten verletzen können, «ein Rechtsmittel» vor. Das Gesetz lässt die Frage

⁶⁵ Vgl. dazu den Beitrag von PIERRE TSCHANNEN, Ziff. IX.1.1.

nach der *Qualität der Rechtsmittelinstanz bei Stimmrechtsbeschwerden* aber offen. In der Lehre ist umstritten, ob es sich um eine gerichtliche Behörde handeln muss oder ob eine nicht gerichtliche Justizbehörde den gesetzlichen Anforderungen genügt. Das Bundesgericht nimmt eine staatsrechtliche Beschwerde zum Anlass, um die Frage in einem *obiter dictum* vorsorglich zu klären. Zunächst hält es gestützt auf die Materialien fest, dass die strittige Frage ausdrücklich dem Bundesgericht zur Beantwortung überlassen wurde. In der Sache stellt es auf die Zielsetzung der neuen Bundesrechtspflege ab: Die Rechtsuchenden sollen einerseits ein Gericht mit voller Sachverhaltskognition anrufen können, und andererseits soll das Bundesgericht nicht mehr als erste Instanz entscheiden. Vor diesem Hintergrund sei zu schliessen, dass es sich bei der von Art. 88 Abs. 2 BGG geforderten Rechtsmittelinstanz um ein Gericht handeln müsse, wie dies auch die überwiegende Lehre fordere. – Unbesehen des doch eher unkonventionellen Vorgehens: Die vom Bundesgericht getroffene vorsorgliche Klarstellung ist zu begrüssen. Den Kantonen erspart sie einiges an Arbeit, in der Sache ist sie richtig.

In jeder Hinsicht einen Sonderfall stellt die in BGE 133 II 450 behandelte Problematik dar.⁶⁶ Der Entscheid behandelt den Fall des ägyptischen Geschäftsmannes Youssef Nada. Sein Name ist im *Anhang zur sog. Talibanverordnung* (SR 946.203) aufgeführt, der eine Liste mit mutmasslichen Anhängern von Osama bin Laden, der Gruppierung al-Kaida oder der Taliban enthält. Die Liste ist Teil der innerstaatlichen Durchsetzung der von der UNO in mehreren Resolutionen des Sicherheitsrats beschlossenen Sanktionen gegen Anhänger der zuvor genannten Gruppierungen. Entsprechend gelistete Personen werden namentlich durch Einfrieren ihrer Gelder sowie ein Einreise- und Durchreiseverbot für die Schweiz sanktioniert. Der in der italienischen Exklave Campione lebende Youssef Nada steht seit rund sechs Jahren faktisch unter Hausarrest; ein gegen ihn eingeleitetes

⁶⁶ Vgl. dazu die Beiträge von STEPHANIE EYMANN, Embargomassnahmen – UNO-Sanktionen – Rechtsschutz. Zur Zuständigkeit des Bundesgerichts in der Beurteilung der Rechtmässigkeit von UNO-Kontosperren sowie zum verbleibenden Handlungsspielraum der Schweiz in diesem Bereich, in AJP 2008, 244 ff. sowie KATRIN ROSENBERG/JULIA BUSCHOR, Das Listing- und De-Listing-Verfahren von Terrorverdächtigen durch den Sanktionsausschuss des UN-Sicherheitsrates: Die Rolle der Schweiz, in Jusletter 14. April 2008. Vgl. auch den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. X.

Ermittlungsverfahren der Bundesanwaltschaft war eingestellt worden. Er verlangte deshalb die Streichung von der Liste. Das Staatssekretariat für Wirtschaft *seco* wies das Gesuch ab, im Wesentlichen mit der Begründung, die Schweiz dürfe keine Namen aus dem Anhang der Verordnung streichen, solange diese auf der vom Sanktionsausschuss des UN-Sicherheitsrates herausgegebenen Liste figurierten.

Im Rahmen der vorliegenden Besprechung interessiert vorab, ob ein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung der Streitigkeit besteht, schliessen die Verfahrenserlasse doch für Anordnungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes und der auswärtigen Angelegenheiten die Zuständigkeit des Bundesgerichts grundsätzlich aus, es sei denn, das Völkerrecht räume einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung ein (Art. 100 Abs. 1 Bst. a OG, Art. 83 Bst. a BGG; vgl. auch Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG). Das Bundesgericht bejaht seine Zuständigkeit ohne Weiteres: Weil die TalibanV zu einer Sperrung der gesamten Gelder und wirtschaftlichen Ressourcen des Beschwerdeführers führe, sei dieser in vermögenswerten Rechten gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK betroffen, die Zuständigkeit des Bundesgerichts mithin zu bejahen. In der Sache stellt das Bundesgericht fest, die Resolutionen des Sicherheitsrats seien gemäss Art. 25 UNO-Charta für Mitgliedstaaten verbindlich und gingen gemäss Art. 103 UNO-Charta auch dem nationalen Recht sowie anderen internationalen Übereinkünften vor. Einzig eine Verletzung von *ius cogens* könnte die Anwendungspflicht der Resolutionen aufheben. Jedoch hätten weder Art. 6 Ziff. 1 EMRK noch Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II *ius cogens*-Geltung. Die autonome Streichung des Namens durch die Schweiz sei folglich nicht zulässig, sondern nur über das offizielle Delisting-Verfahren beim Sanktionsausschuss der UNO zu erreichen. Damit fehle dem Beschwerdeführer eine effektive Beschwerdemöglichkeit; das Delisting-Verfahren genüge deshalb weder Art. 29a BV noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II, ebenso wenig Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II. Dieses Problem könne jedoch allein durch Einführung eines Kontrollmechanismus auf Ebene der UNO behoben werden, wofür sich der Bundesrat sowie die schweizerische UN-Vertretung auch einsetzen. Die Schweiz müsse Betroffene jedoch beim Delisting-Verfahren unterstützen, beispielsweise also die erfolgte Verfahrenseinstellung der UNO melden. – Internationale Terrorismusbekämpfung in der Form, wie sie nament-

lich von den USA forciert wird, ist offenbar ohne Verletzung zentralster Verfahrensgarantien nicht zu haben. Ob diese Relativierung zentralster Werte der Völkergemeinschaft zielführend (und auf längere Zeit konsensfähig) ist, darf bezweifelt werden. Auch wenn die Schweiz zum Nachvollzug der Resolutionen des Sicherheitsrats verpflichtet ist, verlieren die in der Schweiz wohnhaften Personen den Schutz ihrer Grundrechte nicht. Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Zumindest auf der objektivrechtlichen Geltungsebene bleibt die Verpflichtung zum Grundrechtsschutz damit bestehen. Diesen Ansatz scheint auch das Bundesgericht – wenn auch nur implizit – zu verfolgen. Zunächst tritt es ohne zu zögern auf die Beschwerde ein. Weiter legt es den zuständigen Schweizer Behörden nahe, von sich aus beim Sanktionsausschuss der UNO für eine Streichung der Betroffenen von der Liste einzutreten. Schliesslich zeigt es dem Bundesamt für Migration auf, wie der Ermessensspielraum bezüglich Einreise des Beschwerdeführers in die Schweiz in verfassungs- und menschenrechtskonformer Weise zu handhaben ist.⁶⁷ Ein Nachtrag: In der jüngsten Liste (vom 23. Juni 2008) ist der Name von Youssef Nada nicht mehr zu finden.

3. *Garantien in gerichtlichen Verfahren*

Um den Anspruch auf *richterliche Unabhängigkeit* (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) geht es in BGE 133 I 1. Der Beschwerdeführer hatte vor Bezirksgericht Zürich die zuständige Einzelrichterin mit der Begründung abgelehnt, sie erwecke den Anschein der Befangenheit, da der *Gegenanwalt gleichzeitig Vizepräsident des Zürcher Kassationsgerichts* – und damit einer allfälligen Rechtsmittelinstanz – sei, also in Drittverfahren über Entscheide der betroffenen Richterin urteile. Das Bundesgericht lehnt die Beschwerde ab. Zurück weist es zunächst die Rüge, die Thematik der Befangenheit

⁶⁷ Interessant in diesem Zusammenhang auch die Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro an den EuGH in den ähnlich gelagerten Rechtssachen Kadi bzw. Al Barakaat, in EuGRZ 2008, 103 ff. und 113 ff., wo der Generalanwalt des EuGH die Nennung auf Terroristen-Verdachtslisten des EU-Rates und die unkritische Übernahme der Geheimverfahren des UN-Sicherheitsrates kritisiert und eine Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile sowie die Nichtigerklärung der einschlägigen Verordnungen verlangt, soweit sie die Beschwerdeführer betreffen.

sei zusätzlich auch unter dem Aspekt der Waffengleichheit zu betrachten. Es stehe den Parteien frei, unter den zugelassenen Anwälten jene Person zu mandatieren, die ihnen am besten geeignet erscheine; zudem sei der Anwalt des Beschwerdeführers durchaus selbstbewusst aufgetreten und habe keine Einschüchterung erkennen lassen. Die gerügte Voreingenommenheit wird vom Bundesgericht verneint: Die Bezirksrichterin habe nicht den Anschein erweckt, sich vom Rechtsvertreter der Gegenpartei beeinflussen zu lassen. Zudem komme dem Kassationsgericht keine Aufsichtsfunktion über das Bezirksgericht zu, und es habe auch keinen Einfluss auf die Besoldung und Beförderung der Bezirksrichter. Die Möglichkeit kollegialer Gefühle reiche für den Anschein der Befangenheit jedenfalls noch nicht aus. Hinzu komme vorliegend der Umstand, dass der Gegenanwalt in Drittverfahren bei einer Rechtsmittelinstanz und nicht am gleichen Gericht tätig sei, und er könne zudem weder im Rechtsmittelverfahren noch in Drittverfahren im gleichen Rechtsgebiet mit sachverwandten Streitfragen mitwirken. Die Tatsache, dass der Gegenanwalt als Kassationsrichter Urteile der Einzelrichterin überprüfe, reiche für die Befragung einer Befangenheit nicht aus. Immerhin stuft das Bundesgericht die gesamte Problematik als nicht ganz unbedenklich ein, weil die Verknüpfung des Kassationsrichters mit dem Prozess über immerhin zwei untere Instanzen in den Akten ersichtlich bleibe und er damit einen prägenden Einfluss im Prozess ausübe. Diese Bedenken relativiert das Gericht umgehend dadurch, dass die Rechtsprechungsgrundsätze des Kassationsgerichts «grosszügig» veröffentlicht würden, was der Gefahr eines verpönten Insiderwissens entgegenstehe. Zum Schluss dann doch noch ein deutlicher Wink an den Gesetzgeber: Das latente Risiko von Interessenkollisionen erschwere die Vereinbarkeit von Anwaltsberuf und kantonale höchstrichterliche Amt; ob jedenfalls der Präsident und der Vizepräsident die nötige Kontinuität in der Rechtsprechung des Kassationsgerichts sicherstellen könnten, wenn sie wiederholt wegen Interessenkollisionen in den Ausstand treten müssten, erscheine als fraglich. – Vorliegend entscheidet das Bundesgericht im Verfahren der vorfrageweisen Normenkontrolle; dabei prüft es die umstrittene Norm praxisgemäss nur unter dem Gesichtswinkel der Anwendung auf den konkreten Fall. Gleichwohl erscheinen der (zugegeben nicht ganz unbefangenen) Leserin einzelne Erwägungen nicht zwingend. Zunächst: Auch beim Anspruch auf Waffengleichheit ist der äussere Anschein von Belang, und es stellt

sich die Frage, ob der Richter, der auch Anwalt ist, nicht die Symmetrie verschiebt, die zwischen den je anwaltlich vertretenen Parteien einerseits und der urteilenden Behörde andererseits herrschen muss. Das Argument des Bundesgerichts, dass die Parteien ihre Rechtsvertreter frei wählten, ist ohne Belang; die verschobene Symmetrie wäre nur dann ins Gleichmass gebracht, wenn auch die andere Partei die Möglichkeit hätte, einen Anwalt mit besonderer Nähe zum Gericht zu mandatieren – was allerdings nichts an der grundlegenden Problematik ändern würde. Kommt dazu, dass das Bundesgericht mit seiner Argumentation zumindest implizit den Wettbewerbsvorteil von Anwälten anerkennt, der mit einer Nebenbeschäftigung als Kassationsrichter verbunden ist – mit Blick auf das Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität (Art. 27 BV, Art. 94 BV) nicht ganz unproblematisch. Nicht zu überzeugen vermag auch das Argument der «grosszügigen Publikationspraxis», welche allfälliges Insiderwissen des Richters, der auch Anwalt ist, oder generell unlautere Einflüsse auf die Entscheidungsfindung aufzudecken vermöchte. Befangenheit ist ein innerer Zustand, eben deshalb stellen der EGMR und im Anschluss daran auch das Bundesgericht auf den äusseren Anschein als ausschlaggebendes Kriterium ab. In Konstellationen wie der vorliegenden spricht der äussere Anschein eher für als gegen das Vorliegen einer Befangenheit (wie dies die Lehre wiederholt und mit zunehmendem Nachdruck vertritt, die Nachweise finden sich im zitierten Entscheid). Es ist dem Bundesgericht zugutezuhalten, den kantonalen Gesetzgeber mit hinreichender Klarheit auf diese Beeinträchtigung der Verfahrensfairness hingewiesen zu haben. Dass das Zürcher Kassationsgericht nur bedingt mit den bundesrechtlichen Anforderungen an die kantonale Justizorganisation zu vereinbaren ist, zeigen im Übrigen auch die Bestrebungen im Kanton Zürich zur Abschaffung dieser Justizbehörde.⁶⁸

In BGE 133 IV 171 wird der Fall eines in der Schweiz zu einer Zuchthausstrafe verurteilten Österreicherers mit Wohnsitz in Litauen behandelt. Das Kreisgericht Altotgenburg-Wil hatte der kantonalrechtlichen Regelung entsprechend adhäsionsweise auch die Zivil-

⁶⁸ Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 21. Mai 2008 Nr. 749 (Anpassung der kantonalen Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Straf- und Zivilsachen an die neuen Prozessgesetze des Bundes).

klagen behandelt. Vor Bundesgericht rügte der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 30 Abs. 2 BV (*Wohnsitzgerichtsstand in Zivilsachen*). Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab. Die Handlungs- und Erfolgsorte lägen zwar nicht im fraglichen Gerichtskreis, gestützt auf Art. 129 IPRG lasse sich die Zuständigkeit des Kreisgerichts also nicht begründen. Gemäss ständiger Praxis zu Art. 59 aBV könne sich der einer Straftat Beschuldigte aber nicht auf die Garantie des Wohnsitzrichters (heute Art. 30 Abs. 2 BV) berufen, weil die Verfassungsgarantie einzig den selbstständigen Zivilprozess betreffe und nicht auch den Adhäsionsprozess. Das Schweigen des IPRG zum Adhäsionsprozess lasse sich nicht dahin verstehen, dass von dieser in der Schweiz geltenden Ordnung internationalrechtlich abgewichen werden sollte. Damit hatte das Bezirksgericht seine Zuständigkeit zu Recht bejaht.

Mit der *Veröffentlichung von Bundesgerichtsentscheiden* befasst sich BGE 133 I 106. Der X. AG war durch das BAFU und anschliessend durch die REKO/INUM verboten worden, 50 Tonnen Altbatterien nach Frankreich auszuführen. Diesen Entscheid focht die X. AG beim Bundesgericht an und verlangte dabei, die Publikation des bundesgerichtlichen Urteils dürfe nur mit ihrer Zustimmung erfolgen und es sei ihr Gelegenheit zu geben, die Abdeckung von Textpassagen zu verlangen, welche Rückschlüsse auf ihre Identität erlaubten oder ihren privaten Geheimhaltungsinteressen zuzuordnen seien. Das ist zwar originell, das Bundesgericht lehnt die Beschwerde aber trotzdem ab. Es erinnert daran, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz im Dienst der Transparenz der Verfahren stehe (und also die Regel bildet) und ein Ausschluss der Öffentlichkeit folglich die Ausnahme darstelle, welche nur als Ergebnis einer entsprechenden Interessenabwägung greife. Im vorliegenden Fall gewichtet das Bundesgericht das Interesse an Öffentlichkeit und Transparenz des Verfahrens stärker als die privaten Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdeführerin, denen durch die Anonymisierung der Namen genügend Rechnung getragen werde. Zudem seien die Presse sowie weitere Kreise ohnehin bereits über die umweltrechtlichen Probleme der Beschwerdeführerin informiert. – Der Entscheid gibt dem Bundesgericht die Möglichkeit, die eigenen Publikationsgrundsätze aufzuarbeiten und in der amtlichen Sammlung zu kommunizieren. Die Erwägungen zur verwaltungsrechtlichen Problematik, an deren Geheimhaltung der X. AG so sehr gelegen ist, sind in BGE 133 II 35 amtlich publiziert.

4. Garantien bei Freiheitsentzug und im Strafverfahren

4.1 Anspruch auf Urteil innert angemessener Frist

In BGE 133 I 168⁶⁹ äussert sich das Bundesgericht *erstmalig* zur Frage, inwieweit die *Auslieferungshaft im Ausland* im Zusammenhang mit der *zulässigen Dauer der Untersuchungshaft* zu berücksichtigen ist. Der wegen verschiedener Straftaten angeklagte A. wurde nach mehrmonatiger Auslieferungshaft von Frankreich in die Schweiz überführt und befand sich seither in Untersuchungshaft. Er rügte beim Bundesgericht eine Verletzung von Art. 31 Abs. 3 BV sowie Art. 5 Ziff. 3 EMRK. In der Sache weist das Bundesgericht die Beschwerde ab; das ist angesichts der grundsätzlichen Erwägungen aber nur von untergeordnetem Interesse. Nach ständiger Praxis ist die Dauer der Untersuchungshaft unverhältnismässig, wenn sie die mutmassliche Dauer der zu erwartenden Freiheitsstrafe übersteigt. Die Frage, ob die Auslieferungshaft bei der Dauer der Untersuchungshaft zu berücksichtigen ist, hatte das Bundesgericht bislang nicht zu entscheiden. Es zieht in Erwägung, dass Art. 5 Ziff. 3 EMRK die Auslieferungshaft gemäss Rechtsprechung des EGMR nicht abdecke. Nach Sinn und Zweck von Art. 31 Abs. 3 BV sei indessen *jede anrechenbare Haftdauer und damit auch die Auslieferungshaft zu berücksichtigen*; dies ergebe sich auch aus Art. 14 IRSG und Art. 51 StGB. – Der Entscheid ist klar zu begrüssen. Zum einen in der Sache: Die Verfassung schützt den Einzelnen vor übermässigem Freiheitsentzug; für den Betroffenen spielt keine Rolle, aufgrund welchen Etiketts er seiner Freiheit verlustig geht. Zudem schützt die Norm zumindest mittelbar auch vor übermässiger Strafe, weil verhindert werden soll, dass der Strafrichter die Dauer der anrechenbaren Haft bei der Strafzumessung implizit mit berücksichtigt und folglich geneigt sein könnte, diese an die Dauer der Vorhaft anzupassen und tendenziell zu verschärfen. Zum anderen aufgrund der Vorgehensweise des Bundesgerichts: Es beschränkt sich nicht – wie früher oft der Fall – darauf, die (hier restriktive) Rechtsprechung des EGMR zu den Minimalgarantien der EMRK nachzuziehen und die entsprechenden Gehalte in die Bundesverfassung hineinzulesen, sondern geht von einem eigenständigen Gehalt der Verfassungsgarantie aus, welche im landesrechtlichen Kontext konkretisiert wird.

⁶⁹ Übersetzung in Pra 96 (2007) Nr. 133.

Im bereits angesprochenen BGE 133 I 270 kündigt das Bundesgericht eine *wichtige Praxisänderung* an. Art. 46 Abs. 1 BGG sieht unter anderem für den Zeitraum vom 15. Juli bis zum 15. August einen *Fristenstillstand* vor, welcher vom Beschwerdeführer auch zur Einreichung seiner (Haft-)Beschwerde genutzt wurde. Zwar formuliere das BGG gewisse Ausnahmen vom Fristenstillstand, Beschwerden gegen Entscheide in Haftsachen seien dabei aber nicht ausdrücklich erwähnt. Die unter dem OG geltende Praxis, welche den Fristenstillstand noch zuliesse, sei unter der Herrschaft des BGG nicht mehr tragbar. Vielmehr könne mit Rücksicht auf die betroffenen Grundrechte – namentlich die persönliche Freiheit, Art. 10 Abs. 2 BV – und die verfassungs- und konventionsrechtlich verankerten Verfahrensgarantien – insbesondere Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK – in allen Fällen, in denen die strafprozessuale Haft umstritten sei, der Fristenstillstand gemäss Art. 46 Abs. 1 BGG nicht Platz greifen. Diese neue Praxis entspreche im Übrigen auch dem Entwurf zu einer einheitlichen Strafprozessordnung. Da der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 9 BV) nicht mit dieser Praxisänderung rechnen musste, wurde die Beschwerde als rechtzeitig akzeptiert. – Kurz: Das Bundesgericht verweigert Art. 46 Abs. 1 BGG auch wegen seiner Verfassungswidrigkeit die Anwendung. In der Sache entspricht dieser Entscheid Sinn und Zweck des Beschleunigungsgebots und deckt sich mit dem sich abzeichnenden politischen Konsens. Dass das Bundesgericht dem Gesetzgeber ab und zu die Verfassungswidrigkeit von Normen in mehr oder weniger deutlichen Worten vor Augen führt, ist nichts Neues. Aber dass es einer Norm in einem Bundesgesetz schlankweg die Anwendung versagt, weil diese gegen übergeordnetes (Bundes-)Recht verstösst, ist doch aussergewöhnlich. Zur Erinnerung: Gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Die bundesgesetzliche bzw. die völkerrechtliche Norm muss folglich auch dann angewendet werden, wenn sie der BV widerspricht. Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass im Konfliktfall zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz im Prinzip das Völkerrecht vorgeht; dies hat das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden mit differenzierter Begründung bestätigt (prominent: BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 f., PKK). Konsens schien bis anhin bezüglich der Frage zu herrschen, dass im Konfliktfall zwischen Bundesgesetzrecht und Bundesverfassungsrecht das Mass-

geblichkeitsgebot von Art. 190 BV gilt: «Die Korrektur einer allfälligen verfassungswidrigen bundesgesetzlichen Regelung ist nach dem Willen des Verfassungsgebers allein Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte» – dies liest man in BGE 131 V 256 E. 5.3 S. 259. Hätte das Bundesgericht den vorliegenden Fall allein anhand des konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebots gelöst, würde der Entscheid an die – in der Lehre soweit ersichtlich begrüßte – PKK-Rechtsprechung anschliessen und keinen Anlass für eingehendere Kommentierung bieten. Vorliegend packt das Bundesgericht aber auch das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot gleich mit ein und erklärt im Ergebnis Art. 46 Abs. 1 BGG auch aufgrund seiner Bundesverfassungswidrigkeit als nicht anwendbar. Das ist umso erstaunlicher, als das Bundesgericht jeden Hinweis auf Art. 190 BV unterlässt. Gleichwohl werden sich die Reaktionen der politischen Behörden wohl in Grenzen halten, sieht der Entwurf zur eidgenössischen Strafprozessordnung doch im Strafverfahren generell keine Gerichtsferien und keinen Stillstand der Fristen mehr vor.

4.2 Recht auf Verteidigung und Appellation

In BGE 133 I 127⁷⁰ behandelt das Bundesgericht die Frage, ob *im Appellationsprozess eine Anwesenheitspflicht des Angeklagten* besteht oder ob die Vertretung durch seinen Verteidiger genügt. Der in Deutschland wohnhafte Beschwerdeführer X. zog das erstinstanzliche Strafurteil an das Luzerner Obergericht weiter. Ein Gesuch um Dispensation vom persönlichen Erscheinen wurde abgelehnt. Zur Berufungsverhandlung erschien X. nicht, sondern liess sich wie angekündigt durch seinen Verteidiger vertreten. In der Folge schrieb das Gericht das Appellationsverfahren als erledigt ab, da X. nicht persönlich erschienen war. Vor Bundesgericht rügt X. eine Verletzung seines grundrechtlichen Anspruchs auf Verteidigung und Appellation (Art. 32 Abs. 2 und 3 BV). Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut. Art. 32 Abs. 3 BV (wie auch Art. 14 Ziff. 5 UNO-Pakt II) vermittele strafrechtlich verurteilten Personen das Recht auf Urteilsüberprüfung durch ein höheres Gericht. Zudem bestehe gemäss Art. 32 Abs. 2 BV ein Anspruch der Angeschuldigten auf Teilnahme ihrer Verteidiger an der Haupt- bzw. Berufungsverhandlung. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts, des Kassationsgerichts des Kantons Zü-

⁷⁰ Vgl. zu diesem Entscheid auch den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. III.2.2.

rich, der neuen Zürcher Strafprozessordnung, dem Entwurf zur schweizerischen Strafprozessordnung sowie der Praxis des EGMR bedürfe es zur Verwirkung des Anspruchs auf Berufung (Art. 32 Abs. 3 BV) einer «Totalversäumnis»; von einer solchen sei aber allein dann auszugehen, wenn sowohl der Verteidiger wie auch der Angeklagte dem Prozess unentschuldig fernblieben. Der in tatsächlicher Hinsicht voll geständige Beschwerdeführer hatte – *nota bene* in einem Verfahren mit notwendiger Verteidigung – ein mit einer Einreisesperre begründetes Dispensationsgesuch eingereicht. Das Bundesgericht betont die Wichtigkeit der persönlichen Teilnahme im Strafverfahren; gleichwohl dürfe das Grundrecht auf Appellation und Verteidigung nicht ausgehöhlt werden und das Verfahren deshalb nur bei Totalversäumnis eingestellt werden. Die Beschwerde war somit gutzuheissen (E. 8.1). Zum Schluss rügt das Bundesgericht das prozessuale Vorgehen des Obergerichts auch aus zusätzlichen Gründen als «unfair, überspitzt formalistisch und unverhältnismässig», weil aus dem Verzicht auf persönliche Anwesenheit sogleich auf den Verzicht auf Appellation geschlossen worden war (E. 8.2). Das sind starke Worte. Ihnen ist allerdings nichts hinzuzufügen.

4.3 Verwertbarkeit anonymer Zeugenaussagen (Art. 6 EMRK)

Mit BGE 133 I 33 ist zum Schluss ein Entscheid anzuzeigen, den das Bundesgericht allein nach Massgabe konventionsrechtlicher Bestimmungen begründet, mit dem es aber eine jüngst eingeleitete eigenständige Verfassungspraxis bestätigt.⁷¹ Zum Sachverhalt: X. hatte im Oktober 2001 seinen Landsmann A. mit einem Genickschuss getötet und wurde deswegen vom Zürcher Geschworenengericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Das Zürcher Kassationsgericht hiess seine Beschwerde gut, weil ein Zeuge sowohl optisch wie akustisch vom Angeschuldigten wie auch von seinem Verteidiger abgeschirmt worden war; dies stelle eine Verletzung der Verteidigungsrechte (Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK) dar. Weil sich das Geschworenengericht massgeblich auf die Aussagen des anonymisierten Zeugen habe stützen müssen, sei zudem das Fairnessgebot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verletzt. Das Urteil wurde vom Zürcher Oberstaatsanwalt angefochten, das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut. Das angefochtene Ur-

⁷¹ Vgl. zu diesem Thema die Besprechung von BGE 132 I 127 in ZBJV 2007, 712 ff.

teil verletze den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, weil der anonymisierten Zeugenaussage generell die Beweiseignung abgesprochen werde. In Konstellationen wie der vorliegenden müsste nach dem Urteil des Kassationsgerichts ein Zeuge ohne Zeugnisverweigerungsrecht nämlich unter Lebensgefahr aussagen; dies könne keine realistische Form von Zeugenbeweis sein (E. 2.5). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung sei zudem durch die Anforderung des Kassationsgerichts verletzt, wonach vollständig anonymisierte Zeugenaussagen nur dann zulässig seien, wenn ihnen kein massgebender Beweiswert zukomme, denn damit – so das Bundesgericht – würden diese als Beweismittel faktisch ausgeschlossen. Nach Bejahung der prinzipiellen Zulässigkeit anonymisierter Zeugenaussagen prüft das Bundesgericht die Frage deren Verwertbarkeit. Nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK sei die Geheimhaltung der Identität des Zeugen ausnahmsweise zulässig, sofern sich das Gericht der richtigen Identität des Zeugen gewiss sein könne und die mittels anonymer Zeugenaussage erlangten Beweise nicht den einzigen oder nicht einen wichtigen Beitrag zum Schuldspruch leisten. Wie schon in BGE 132 I 127 kritisiert das Bundesgericht auch hier die zweischneidige Praxis des EGMR, der zwar eine anonymisierte Zeugenaussage erlaube, diese dann aber nicht verwerten lasse, wenn sie zu einem Schuldspruch führen würde. Mit Recht merkt das Bundesgericht an, dass der Massstab des Gerichtshofs dazu führe, anonyme Zeugen nur in Verfahren zuzulassen, in denen sie für die Beweisführung letztlich überflüssig seien. In der Folge bestätigt das Bundesgericht seine mit BGE 132 I 127 (insbes. E. 2 S. 130) begründete Praxis, wonach es bezüglich der Zulässigkeit von anonymisierten Zeugenaussagen nicht um das formale Kriterium geht, ob dem anonymen Beweis eine ausschlaggebende Bedeutung zukommt oder nicht, sondern eine Abwägung zwischen den Interessen des Zeugenschutzes und der Beschneidung von Verteidigungsrechten des Angeklagten erforderlich ist. Im vorliegenden Fall genügten die übrigen Beweise (namentlich einer Reihe nicht anonym aussagender Zeugen) zumindest für einen schweren Tatverdacht, sodass die anonymisierte Zeugenaussage ohnehin nur als weiterer Mosaikstein zum Schuldspruch gewertet werden könne und die Abschirmung somit nicht im Widerspruch zu Art. 6 EMRK stehe. – Der Entscheid bewegt sich in einem heiklen Spannungsfeld. Berücksichtigung verlangen neben den Grundrechtsinteressen des Angeschul-

digten auch jene des Zeugen, die sich für den Staat zu grundrechtlichen Schutzpflichten verdichten. Vor diesem Hintergrund ist ein Abwägungsvorgang unumgänglich; dessen Ziel muss sein, die widerstreitenden Positionen – getreu des von KONRAD HESSE formulierten Prinzips – in praktische Konkordanz zu bringen.⁷² Das Bundesgericht verlangt, dass das Recht auf faire Verteidigung auch bei einer Anonymisierung von Zeugen gewahrt bleiben muss. Gleichzeitig bringt es zum Ausdruck, dass dem Staat dieses Mittel in Ausnahmefällen offenstehen muss, um Zeugen vor potenzieller Gewalt durch den Angeeschuldigten oder dessen Umfeld zu schützen. Zieht man die Erwägungen des Bundesgerichts zusammen, bemisst sich die Zulässigkeit anonymer Zeugenaussagen nach folgenden *Kriterien*: Erstens muss die mit Zulassung eines anonymen Zeugen einhergehende Beschneidung der Verteidigungsrechte durch ein legitimes (Schutz-)Interesse gedeckt sein. Zweitens ist verlangt, dass das Gericht den Zeugen selber befragt und dessen Identität und allgemeine Glaubwürdigkeit überprüft. Drittens schliesslich muss die Verfahrensfairness, namentlich das Recht auf wirksame Verteidigung, gewahrt bleiben, insbesondere indem der Angeklagte und sein Verteidiger dem anonymen Zeugen Fragen stellen können. Offen und der künftigen Rechtsprechung überlassen bleibt vorderhand die Frage, ob überhaupt und unter welchen Bedingungen eine anonymisierte Zeugenaussage für einen Schuldspruch genügt, wenn keine anderen Beweismittel zur Verfügung stehen, die Aussage mithin einzige oder entscheidende Voraussetzung für eine Verurteilung bildet.

⁷² KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Heidelberg 1999, Rz. 72.