

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes bernois**

142. Jahrgang

Erscheint  
jeden Monat

B22  
10  
2006

~~B22  
130  
142~~

**2006**

ZBJV

Organ für schweizerische  
Rechtspflege  
und Gesetzgebung

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



Stämpfli Verlag AG Bern



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, Prof. Dr. ROLF BÄR, Bern, Fürsprecher PETER BECK, Bern, Prof. Dr. URS S. BEHNISCH, Zürich, Verwaltungsschreiberin 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 KOLLER, Bern, Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern, Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern, Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich, Prof. Dr. HEINZ REY, Aistau, 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](mailto:abonnemente@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://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](mailto:inserate@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com/zeitschriften](http://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](mailto:info@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://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](mailto:verlag@staempfli.com), Internet [www.staempfli.com](http://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.

© Stämpfli Verlag AG Bern 2006  
Printed in Switzerland  
ISSN 0044-2127

## Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

**Band 142 (2006)**

Verfasst von Dr. THERES OERTLI

**I. Systematischer Teil****1. Abhandlungen****1.1 Aufsätze**

- ABEGGLEN SANDRO, PD Dr., Fürsprecher, Zürich/Bern:  
Wissenszurechnung im Konzern? . . . . . 142/1
- STEINER ISABELLE, lic. iur., Fürsprecherin, Bern: Der  
Dualismus von öffentlichem und privatem Recht in der  
Arzthaftung und seine Auswirkungen auf die Prozess-  
führung . . . . . 142/101
- GUERY MICHAEL, Dr. iur., Zürich: Die Privatisierung  
der Sicherheit und ihre rechtlichen Grenzen. . . . . 142/273
- GAUCH PETER, Prof., Dr. iur. Dr. h.c., Freiburg/Luzern:  
Das Kündigungsrecht des Versicherers bei verletzter  
Anzeigepflicht des Antragstellers. Ein Kurzkommentar  
zu den am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Ände-  
rungen der Art. 6 und 8 VVG. . . . . 142/361
- MAUERHOFER MARC ANDRÉ, MLaw (Bern), Zürich:  
Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten  
aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer An-  
ordnung . . . . . 142/375
- EITEL PAUL, Prof. Dr., Rechtsanwalt, Solothurn: Die  
erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwen-  
dungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und  
Herabsetzung. . . . . 142/457

SCHWAB DIETER, Prof. Dr. Dr. h.c., Regensburg: Selbstbestimmung im Alter ..... 142/561

SENTI CHRISTOPH, Dr. iur.: Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst ..... 142/645

THURNHERR CHRISTOPH, lic. iur., Rechtsanwalt: Das Bauhandwerkerpfandrecht – eine aktuelle Übersicht unter Berücksichtigung der Baukreditüberwachungspraxis der Banken ..... 142/909

ROUILLER CLAUDE, professeur, ancien juge fédéral, et ROUSSIANOS LEILA, avocate à Lausanne: Le droit à la vie et le droit de mourir dignement. Esquisse d'une problématique relative aux actes médicaux pratiqués sur les patients en fin de vie ..... 142/938

## 1.2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in den Jahren 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 und 2006, veröffentlicht in den Bänden 127, 128, 129, 130, 131 und 132 oder im Internet abrufbar

### 1.2.1. Referenten

LEUENBERGER CHRISTOPH, Prof. Dr., LL.M., St.Gallen: 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (2004, Band 130, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide) ..... 142/25

JAMETTI GREINER MONIQUE, Dr., Fürsprecherin, Thun/Bern: 2. Teil: Internationales Zivilprozessrecht (2004, Band 130, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide) ..... 142/44

KELLERHANS FRANZ, Prof. Dr. und BERGER BERNHARD, Dr., Bern: 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit (2004, Band 130, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide) ..... 142/53

POPP PETER, Prof. Dr. iur., Locarno/Bern: Internationale Strafrechtshilfe (2002 und 2003, Bände 128 und 129) ..... 142/69

JENNY GUIDO, Prof. Dr. iur., Bern: Strafrecht (2004, Band 130, ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen) ..... 142/151

BEHNISCH URS R., Prof. Dr., Zürich/Bern: Steuerrecht (2004, veröffentlicht in der amtlichen Sammlung und in Spezialzeitschriften, Band 130) ..... 142/185

AEBI-MÜLLER REGINA A., Prof. Dr. iur., Luzern: Privatrecht, Personen- und Erbrecht (2005, Band 131) ..... 142/303

KOLLER THOMAS, Prof. Dr., Bern: Miet- und Arbeitsrecht (2005, Band 131, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide). ..... 142/404

HAUSHEER HEINZ, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Scheidungsrecht (2005, Band 131) ..... 142/495

AEBI-MÜLLER REGINA E., Prof. Dr., Luzern: Privatrecht, Kindesrecht (2005, Band 131) ..... 142/511

WOLF STEPHAN, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Ehe- und Vormundschaftsrecht (2005, Band 131) ..... 142/523

VON BÜREN ROLAND, WALTER HANS PETER, Proff., Bern: Wirtschaftsrecht (2005, Band 131) ..... 142/580

SCHAER ROLAND, Prof. Dr., Greng: Obligatorische Unfall- und Krankenversicherung (2001–2005, Bände 127–131) . 142/679

KÄLIN WALTER, KIENER REGINA, MÜLLER MARKUS, TSCHANNEN PIERRE, TSCHENTSCHER AXEL, Proff., Bern: Staatsrecht (2005 und 2006, Band 131 und 132) ..... 142/741

LOCHER THOMAS, Prof. Dr. iur., Bern, und GÄCHTER THOMAS, Prof. Dr. iur., Zürich und Luzern: Verfahrensrecht der Sozialversicherung (2001–2005, Bände 127–131) ..... 142/845

### 1.2.2. Kommentierte Entscheide

#### 1.2.2.1. Bände 127, 128, 129, 130, 131 und 132

*Amtliche Sammlung Bände 127 (2001), 128 (2002), 129 (2003), 130 (2004), 131 (2005) und 132 (2006). (Die kursiv fett gedruckte Zahl gibt die Seiten der Entscheide des Bundesgerichts an, die zweite Zahl die Seiten der Zeitschrift.)*

**10. Übrige Rechtsgebiete**

*Gerhard Ebner/Volker Dittmann/Bruno Gravier/Klaus Hoffmann/René Raggenbass:* Psychiatrie und Recht/Psychiatrie et Droit. Forum Gesundheitsrecht 10. Schult-hess Juristische Medien AG. Zürich 2005. 395 S. Brosch. Fr. 88.–.

*Bernhard Ehrenzeller/Revital Ludwig-Kedmi (Hrsg.):* Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwälten, Berufsschwierigkeiten und Bewältigungsstrategien. Dike Verlag, Lachen 2006. 140 S. Brosch. Fr. 67.–.

*Georg Müller:* Elemente einer Rechtssetzungslehre. Schulthess Juristische Medien AG. Zürich 2006. 326 S. Geb. Fr. 78.–.

*Patrick Sutter:* Wissenschaft und Ethik in der Rechtsetzung. Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR, Heft 722. Stämpfli Verlag AG. Bern 2006. 424 S. Brosch. Fr. 86.–.

**11. Sammelbände, Festschriften, Bibliographie, fachübergreifende Publikationen**

*Michael Stathopoulos/Kostas Beys/Phlippos Doris/Ioannis Karakostas (Hrsg.):* Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Stämpfli Verlag AG/N. Sakkoulas/C. H. Beck. Bern/Athen/München 2006. 1330 S. Geb. Fr. 180.–.

*Philipp Juchli/Marcel Würmli (Hrsg.):* Auswirkungen des Terrorismus auf Recht, Wirtschaft und Gesellschaft. Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen (HSG). Stämpfli Verlag AG. Bern 2006. 370 S. Brosch. Fr. 60.–.

**Korrigendum zu ZBJV 2006, S. 503**

Versehentlich ist die Signatur des auf S. 503 ff. besprochenen Bundesgerichts-entscheides mit 5C.171/2005 statt richtigerweise mit 5C.139/2005 vermerkt worden.

**Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2005 und 2006**

Von Proff. WALTER KÄLIN, REGINA KIENER, MARKUS MÜLLER, PIERRE TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER, Bern

Die Ordinarien des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2005 und 2006 untereinander aufgeteilt. Angestrebt wird eine vertiefte Auseinandersetzung mit den wichtigsten Entscheidungen, insbesondere zu Grundsatzfragen. Dabei soll besonderes Gewicht auf ihre Einordnung ins System der neuen Bundesverfassung gelegt werden.

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

**Inhaltsübersicht****I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (Markus Müller)**

1. Verhältnismässigkeitsprinzip
  - 1.1 Zwangsfusion von Einwohnergemeinden
  - 1.2 Bewilligungserfordernis für das Halten von «potenziell gefährlichen Hunden»
2. Handeln nach Treu und Glauben

**II. Allgemeine Grundrechtslehren (Walter Kälin)****III. Willkürverbot und Rechtsgleichheit (Walter Kälin)**

1. Verbot der Willkür und Wahrung von Treu und Glauben
2. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot
  - 2.1 Rechtsgleichheit
  - 2.2 Diskriminierungsverbot

**IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Walter Kälin)****V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)**

\* Für ihre Mitarbeit danken wir BEATRICE DURRER, RETO FELLER, SIMONE JAMPEN, ANNINA SCHNEIDER, SIMONE WYSS.

**VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)**

1. Medienfreiheit
2. Meinungsfreiheit
3. Versammlungsfreiheit

**VII. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) (Markus Müller)**

1. Gemeindereglement zur Benützung subventionierter Wohnungen
2. Blockierung von Aktiven aus dem Nachlass Mobutu
3. Materielle und formelle Enteignung

**VIII. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) (Markus Müller)**

1. Persönlicher und sachlicher Schutzbereich
2. Strafprozessuale Informationssperre
3. Verbot der Vereinbarung und Vermittlung von Prozessfinanzierungen
4. Gemeindereglement zur Benützung subventionierter Wohnungen
5. Wakeboarden auf dem Zuger- und Aegerisee
6. Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden
  - 6.1 Vergabe von Messeständen
  - 6.2 Stadtberner Reklamereglement

**IX. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)**

1. Politische Rechte (Art. 34 BV)
  - 1.1 Wahlverfahren
  - 1.2 Initiative
  - 1.3 Referendum
  - 1.4 Finanzreferendum
  - 1.5 Nachzählung
2. Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV)
  - 2.1 Zuständigkeit der Kantone im Mietwesen
  - 2.2 Zuständigkeit der Kantone im Steuerwesen
  - 2.3 Kurzhinweise auf weitere Entscheide
3. Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV)
  - 3.1 Autonomie der Zürcher Gemeinden in der Raumplanung
  - 3.2 Autonomie der Walliser Gemeinden bei Gemeindefusionen
4. Gewaltenteilung (Art. 51 Abs. 1 BV)

**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 und auf unentgeltlichen Rechtsbeistand
2. Gerichtliche Verfahren
  - 2.1 Garantie des verfassungsmässigen Richters
3. Garantien bei Freiheitsentzug und in Strafverfahren
  - 3.1 Anspruch auf obligatorische Verteidigung? – Richterliche Hilfs- und Aufklärungspflichten
  - 3.2 Anspruch auf unverzügliche Vorführung vor einen unabhängigen Richter
  - 3.3 Unschuldsvermutung
  - 3.4 Gehörsanspruch und Verteidigungsrechte
4. Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK

**I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (Markus Müller)**

In jenen seltenen Fällen, in denen das Bundesgericht die Verfassungsgrundsätze von Art. 5 BV anspricht, bewegt es sich weitgehend auf bereits begangenen Pfaden. Eine eingehende dogmatische Auseinandersetzung ist auch in der neuen Berichtsperiode unterblieben.

**1. Verhältnismässigkeitsprinzip****1.1 Zwangsfusion von Einwohnergemeinden**

BGE 131 I 91<sup>1</sup> hat die Zwangsfusion verschiedener Walliser Gemeinden zum Gegenstand: Die Einwohnergemeinden Ernen (412 Einwohner), Mühlebach (76 Einwohner) und Steinhaus (44 Einwohner) stimmten einem Gemeindezusammenschluss zu, während sich die Einwohnergemeinde Ausserbinn (41 Einwohner) diesem Fusionsprojekt widersetzte. Daraufhin beschloss der Grosse Rat des Kantons Valais den verbindlichen Zusammenschluss der vier Einwohnergemeinden

<sup>1</sup> Vgl. die Beiträge zu dieser Entscheidung von PIERRE TSCHANNEN, hinten, Ziff. VIII.3.2. und von REGINA KIENER, hinten, Ziff. X.1.2.

rechtlicher Vertrag der rechtsanwendenden Behörde wie hier (Art. 13 HEntfÜ) einen Ermessensspielraum einräumt. Die entsprechende Norm im HEntfÜ muss jedoch (wie das nationale Recht) grund- und menschenrechtskonform ausgelegt werden. Gemäss Art. 12 der Kinderrechtskonvention (SR 0.107) haben die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zuzusprechen, diese Meinung in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu äussern und ihm zuzusichern, dass diese Meinung in allen diesen Verfahren angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife berücksichtigt wird. Gleiches lässt sich m.E. aus dem Anspruch von Kindern auf besonderen Schutz und auf Ausübung ihrer Rechte (inklusive des in der persönlichen Freiheit mitgarantierten Selbstbestimmungsrechts) im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit gemäss Art. 11 BV ableiten.

In BGE 131 III 448 bekommt das Bundesgericht im Rahmen eines Konkursverfahrens die Gelegenheit, einmal mehr in Erinnerung zu rufen, dass es völkerrechtlich unzulässig ist, amtliche Verfügungen und Entscheide direkt per Post ins Ausland zuzustellen, es sei denn, ein Staatsvertrag würde dies ausdrücklich vorsehen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der territorialen Souveränität jedes Staats, welche verletzt wird, wenn ein anderer Staat dort ohne seine Zustimmung Hoheitsakte ausübt. Das im konkreten Fall massgebliche Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (SR 0.274.131) sieht in Konkretisierung dieses völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes vor, dass Schriftstücke grundsätzlich durch Vermittlung der von jedem Vertragsstaat zu bestimmenden Behörde zuzustellen sind. Zur im Vertrag vorgesehenen fakultativen Möglichkeit einer direkten postalischen Zustellung hat Deutschland (wie die Schweiz) einen Vorbehalt erklärt. Innerstaatlich bewirkt diese Regelung, dass die (direkte) postalische Zustellung einer Konkursandrohung an die Adresse eines in Deutschland wohnenden Gesellschafters nichtig ist.

## XI. Verfahrensgarantien (Regina Kiener)

### 1. Allgemeine Verfahrensgarantien

#### 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung

Zahlreiche Entscheide gaben dem Bundesgericht Gelegenheit, die Tragweite der verfassungsrechtlichen Fairnessgarantie (Art. 29 Abs. 1 BV) weiter zu konkretisieren.

Mit BGE 131 I 272 nimmt das Bundesgericht verschiedene Präzisierungen bezüglich des *Verwertungsverbots für unrechtmässig erlangte Beweise* vor. In der Sache ging es um eine strafrechtliche Verurteilung wegen Brandstiftung in einer Tiefgarage, unter anderem aufgrund von Videoaufnahmen durch Kameras, die ohne die erforderliche Bewilligung aufgestellt worden waren.<sup>75</sup> Das Bundesgericht setzt sich eingehend mit der einschlägigen Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auseinander. Als Folge wird das Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte, aber nicht an sich verbotene Beweismittel *neu* auf das *Gebot des fairen Verfahrens* (Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) abgestützt: Im vergangenen Jahr hatte das Bundesgericht noch Art. 31 Abs. 2 BV als verfassungsrechtliche Grundlage für ein Verwertungsverbot herangezogen.<sup>76</sup> Die gleichzeitige Anrufung der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 2 EMRK) und der Verteidigungsrechte des Angeklagten (Art. 32 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 3 EMRK) sei nicht von vornherein ausgeschlossen, weil namentlich die konventionsrechtlichen Bestimmungen auch beweisrechtliche Fairnessregeln verankerten (E. 3.2 S. 274 ff.).

In der Sache schreibt das Bundesgericht die *Grundsätze des Verwertungsverbots* weiter: Rechtswidrig erhobene Beweismittel seien erstens nur dann nicht verwertbar, wenn sie an sich unzulässig bzw. auf gesetzlichem Weg nicht erreichbar seien. – Dass ein Beweismittel unter Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK) erhoben wurde, genügt also in der Regel

<sup>75</sup> Vgl. auch PETER JOSI, Unkorrekte Verbrecherjagd, Jusletter 23. Mai 2005, die Zusammenfassung in SJZ 101/2005, 394 sowie die eingehende Besprechung durch WOLFGANG WOHLERS, AJP 5/2006, 627 ff.

<sup>76</sup> BGE 130 I 126, vgl. dazu die Besprechung in ZBJV 2005, 697 ff.

nicht, um ein absolutes Verwertungsverbot zu begründen; etwas anderes würde im Fall einer Kerngehaltsverletzung gelten. – Zudem müsse zweitens in einer Interessenabwägung das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung (welches umso stärker wiegt, je gravierender die zu beurteilende Straftat ist) das private Interesse des Betroffenen an der Integrität seiner Rechtsgüter (beispielsweise dem Recht auf Privatleben) überwiegen. Eine weitere Präzisierung der Kriterien, insbesondere die Beschränkung der Interessenabwägung auf sehr schwere Straftaten, wie etwa Mord, lehnt das Bundesgericht ausdrücklich ab, hält aber immerhin fest, die Verwertbarkeit dürfte zur Verfolgung einer «geringfügigen Straftat» wohl zu verneinen sein (E. 4.1.2 S. 278 f. und E. 4.5 S. 282). Das Bundesgericht weist auch jene Lehrmeinungen zurück, welche die Interessenabwägung an sich kritisieren (E. 4.3 S. 280 f.). Im Anschluss an die jüngere Praxis des Strassburger Gerichtshofs führt das Bundesgericht aber *neu* ein drittes Kriterium ein: Eine Abhörung oder Videoaufzeichnung sei – trotz allfälliger Verletzung des Rechts auf Privatsphäre bei der Beschaffung – mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren grundsätzlich so lange vereinbar, als Vorgänge aufgezeichnet werden, die der Angeschuldigte «aus eigenem Antrieb und ohne äussere Beeinflussung macht und ihm dabei keine Falle gestellt worden ist» (E. 4.2 S. 279 f.). Weiter wird die Frage geprüft – und verneint – ob sich ein absolutes Verwertungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 BÜPF<sup>77</sup> ergibt. Im Rahmen des BÜPF sei die Regelung des Einsatzes von technischen Überwachungsgeräten durch die Strafverfolgungsbehörden, d.h. ausserhalb der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, bewusst ausgeklammert worden. Vor diesem Hintergrund bestehe keine verfassungsrechtliche Pflicht, die Regelung des Verwertungsverbots von Art. 7 Abs. 4 BÜPF ausserhalb des Anwendungsbereichs dieses Erlasses zu übernehmen (E. 4.4 S. 281). Im vorliegenden Fall ergab sich das ausschlaggebende Beweismittel aus einer nicht bewilligten Videoüberwachung einer Tiefgarage. Diese

<sup>77</sup> Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, vom 6. Oktober 2000, SR 780.1. Gemäss Art. 7 Abs. 4 BÜPF dürfen Erkenntnisse aus einer Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, bei der die Genehmigung verweigert oder überhaupt nicht eingeholt wurde, weder für die Ermittlung noch zu Beweis Zwecken verwendet werden; es sind ausserdem in einem solchen Fall sämtliche entsprechenden Dokumente und Datenträger sofort aus den Strafverfahrensakten auszusondern und zu vernichten.

war nicht an sich verboten, und die Polizei hatte dem Betroffenen auch keine Falle gestellt. Deshalb war der Fall anhand der Interessenabwägung zu entscheiden. Das Bundesgericht hält fest, der Betroffene habe keinen schweren Eingriff in seine Rechtsgüter erfahren und die von den kantonalen Behörden vorgenommene Abwägung sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (E. 5 S. 282 f.).

Der Entscheid bestätigt das prinzipielle Verwertungsverbot für unrechtmässig erlangte Beweismittel. Dabei ermöglicht die neu getroffene Abstützung auf Art. 29 Abs. 1 BV, die Garantie auch für Verfahren des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts heranzuziehen. Der Entscheid ist insofern zu begrüssen, als das Bundesgericht die Kriterien für die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel weiter konkretisiert. Stoff für weitere Diskussionen bietet die Interessenabwägung:<sup>78</sup> Zwar werden die in Frage stehenden Interessen weiter verdeutlicht und gewichtet (je gravierender die Straftat, so das Bundesgericht, umso eher ist die Verwertung zulässig, und gleichzeitig: je massiver die Rechtsgüterverletzung, umso eher erweist sich die Verwertung als unzulässig). Welchem Interesse der Vorrang gebührt, wenn eine schwere Straftat nur dank der Verwertung eines Beweismittels verfolgt werden kann, welches auf einer massiven Rechtsgüterverletzung beruht, bleibt nach wie vor offen. Je nach Handhabung kann die Praxis dazu führen, dass die rechtsstaatlichen Grundsätze der Strafverfolgung gerade in jenen Fällen stark relativiert werden, in denen schwere Tatvorwürfe erhoben werden.<sup>79</sup> Im vorliegenden Fall hat das im Ergebnis zugelassene Beweismittel *ex post* zur Identifikation eines Tatbeteiligten geführt. Es stellt sich die Frage, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Strafverfolgungsbehörden nicht ein Instrument in die Hand gibt, um schon beim vagen Verdacht auf gravierende Straftaten *ex ante* illegale Mittel einzusetzen – eine Befürchtung, die im Zusammenhang mit den weitreichenden Forderungen im «Kampf gegen den Terrorismus» nicht aus der Luft gegriffen ist. Erweist sich der Tatverdacht später als gerechtfertigt, wird es der bundesgerichtlichen Formel zufolge wohl auch das gewählte Mittel sein, wenn damit eine schwerwiegende Straftat aufgedeckt oder jedenfalls im Versuch erstickt werden konnte. Was aber, wenn sich der Tatverdacht nicht rechtfertigt?

<sup>78</sup> Vgl. dazu auch ZBJV 2005, 699, m.w.H.

<sup>79</sup> Zu diesem Argument auch WOLFGANG WOHLERS, AJP 5/2006, 632 m.w.H.

Ausdruck eines fairen Verfahrens ist der Anspruch auf *Beurteilung innert angemessener Frist*; dieser Teilgehalt wird in Art. 29 Abs. 1 BV sowie in Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausdrücklich garantiert. Der Entscheid BGE 131 III 334 gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, sich zur angemessenen Dauer eines Verfahrens über die *Rückführung von Kindern* zu äussern.<sup>80</sup> Die Schweizer Behörden hatten innerhalb von insgesamt 7 Monaten entschieden, wobei die jeweilige Instanz innert der Frist von sechs Wochen oder wenig mehr geurteilt hatte. Darin liege weder eine Verletzung des Beschleunigungsgebots gemäss HEntfÜ<sup>81</sup> noch des allgemeinen Beschleunigungsgebots gemäss Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK begründet (E. 2.3 S. 337).

### 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör

Die Verfassung garantiert den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör in Art. 29 Abs. 2 BV. Der Anspruch fächert sich in verschiedene Teilgehalte auf.

Im Entscheid BGE 131 I 91 äussert sich das Bundesgericht zur Tragweite dieser Garantie im Fall eines Beschlusses über die *Zwangsfusion von Gemeinden*.<sup>82</sup> Der Grosse Rat des Kantons Wallis beschloss den verbindlichen Zusammenschluss von vier Gemeinden. Die von der Fusion betroffene Gemeinde Ausserbinn erhebt Autonomiebeschwerde und rügt unter anderem die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Das Bundesgericht hält in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Praxis fest, dass im Rechtsetzungsverfahren kein Anspruch auf rechtliches Gehör bestehe. Beim angefochtenen Grossratsbeschluss handle es sich indessen nicht um einen Rechtsetzungsakt. Mit der Zwangsfusion liege eine konkrete Anordnung vor, d.h. eine Verfügung oder ein Verwaltungsakt. Die Beschwerdeführerin könne sich als Adressatin deshalb auf Art. 29 Abs. 2 BV berufen. Aufgrund der konkreten Umstände erwies sich die Rüge indessen als unbegründet (E. 3.1 S. 95 ff.).

<sup>80</sup> Vgl. auch den Beitrag von WALTER KÄLIN, vorne, Ziff. IX. Zum Entscheid in der Sache siehe überdies die kritische Würdigung durch ANDREAS BUCHER, AJP 6/2005, 744 ff.

<sup>81</sup> Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, vom 25. Oktober 1980, SR 0.211.230.02.

<sup>82</sup> Siehe dazu auch die Beiträge von MARKUS MÜLLER, vorne, Ziff. I.1.1., und PIERRE TSCHANNEN, vorne, Ziff. VIII.3.2. (materielle Besprechung).

Am vorliegenden Fall interessiert weniger die Frage der Gehörsverletzung als die *Rechtsnatur des Fusionsbeschlusses*. Hier hätte man sich eine eingehende Begründung gewünscht. Die Folgerungen des Bundesgerichts sind nämlich nicht zwingend, wie die einlässliche Diskussion des Entscheids durch Yvo Hangartner zeigt.<sup>83</sup> Dass die von einer Fusion betroffene Gemeinde – unbesehen der Rechtsnatur des angefochtenen Hoheitsakts – nicht ohne minimale Partizipationsrechte bleiben darf, liegt jedenfalls aus einer prozeduralen Optik auf der Hand. Die Gemeindefusion ist Ergebnis eines parlamentarischen Verfahrens, an dessen Ende eine Anordnung steht, die ein konkretes Rechtssubjekt in seiner Rechtsstellung zentral betrifft. Der Grundsatz der Gehörsverletzung kann deshalb nicht strittig sein, zu bestimmen ist bloss die Rechtsgrundlage. Ob er sich aus der Gemeindeautonomie oder dem Willkürverbot ergibt, oder – bei Vorliegen eines Rechtsetzungsaktes mit beschränktem Adressatenkreis – ausnahmsweise doch auf Art. 29 Abs. 2 BV beruht, wird zu klären sein.<sup>84</sup>

Eine Gehörsverletzung kann der bisherigen Rechtsprechung zufolge auch in einer *Beschränkung der Kognition* liegen.<sup>85</sup> Damit eng verbunden ist das Recht der Verfahrensbeteiligten auf Beweisofferte und Beweiswürdigung; hier bewegt sich die Rechtsprechung indessen in gewohnten Bahnen (BGE 131 I 153).

Bislang nicht entschieden war die Frage, ob die durch ein Departement erfolgte *Kognitionsbeschränkung im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle* einer Bundesratsverordnung ebenfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt. Im Entscheid BGE 131 II 271 wird diese Frage durch das Bundesgericht bejaht. In einer umweltrechtlichen Angelegenheit war unter anderem umstritten, ob die durchschnittlichen Ablagerungskosten bei der Untertagedeponie und der Reststoffdeponie vom Ordnungsgeber als Grundlage des Abgabtarifs richtig ermittelt worden waren. Auf die entsprechende Rüge der Beschwerdeführer ging das UVEK als Beschwerdeinstanz nicht ein. Darin, so das Bundesgericht, liege eine Verletzung des

<sup>83</sup> YVO HANGARTNER, AJP 11/2005, 1412 ff., insbes. Ziff. 3 bis 6.

<sup>84</sup> Die Problematik fehlender Gehörsmöglichkeit bei Erlass eines Einzelfallgesetzes durch die Bundesversammlung wird auch in einem Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 14. August 2003 angesprochen, VPB 2004 Nr. 68.49 S. 626 f.

<sup>85</sup> Zum Beispiel BGE 118 Ia 35 E. 2e S. 39.

rechtlichen Gehörs. Allgemeinen Grundsätzen zufolge sei die Gehörsverletzung im vorliegenden Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Prinzip heilbar, da die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung der Verfassungs- und Gesetzmässigkeit mindestens so weit reicht wie die des vorinstanzlichen Departements und die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen überprüft werden kann. Gleichwohl lässt das Bundesgericht die Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Fall nicht zu: Es könne nicht Aufgabe des Bundesgerichts sein, die notwendigen Ermittlungen durchzuführen; vielmehr sei die Sache zur Vornahme der erforderlichen Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausdrücklich betont wird die *Verpflichtung* des UVEK, eine *akzessorische Normenkontrolle* der einschlägigen Bundesratsverordnung durchzuführen (E. 11.7 S. 303 ff.).

Damit liegt im Ergebnis eine *Praxisänderung* vor, welche durch das Bundesgericht indessen nicht als solche bezeichnet und auch nicht inhaltlich begründet wird. Ob es den Departementen erlaubt ist – oder ob sie sogar verpflichtet sind – Verordnungen der ihnen hierarchisch übergeordneten Behörde zu überprüfen, war nämlich keineswegs klar. Im Entscheid BGE 100 Ib 13 E. 4b S. 17 hatte das Bundesgericht die Möglichkeit der akzessorischen Normenkontrolle einer Bundesratsverordnung durch den Chef der Bundespolizei verneint; eine Ausnahme wurde nur für den Fall offensichtlicher Rechtswidrigkeit gemacht.<sup>86</sup>

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör hat das Bundesgericht unter anderem auch den Anspruch auf rechtzeitige Vorladung zu einer gerichtlichen Verhandlung abgeleitet.<sup>87</sup> In BGE 131 I 185 nimmt es die verfassungsrechtliche Zuordnung des Anspruchs nach Massgabe der Bundesverfassung 1999 vor.<sup>88</sup> Demnach gründet der Anspruch auf *rechtzeitige Vorladung* zu einer gerichtlichen Verhandlung im Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Das Recht auf rechtzeitige Bekanntgabe des gerichtlichen Verhandlungstermins als Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sei als strafprozessuale Garantie auch in Art. 32 Abs. 2 BV enthalten. Der Anspruch

<sup>86</sup> Vgl. auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 11 Rz. 40.

<sup>87</sup> BGE 117 Ib 347 E. 2b/bb S. 350 f. m.w.H.

<sup>88</sup> Für eine eingehende Besprechung des Entscheids aus der Optik des Strafrechts WOLFGANG WOHLERS, AJP 5/2006 S. 621 ff.

des Angeschuldigten auf *ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung* gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK sei ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 2.1 S. 187 f.). Im Anschluss an diese allgemeinen Ausführungen prüft das Bundesgericht eingehend, ob die verfassungs- bzw. konventionsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Weil in der Sache ein Strafverfahren vorliegt, das Bundesgericht neben Art. 29 Abs. 2 BV insbesondere auch auf die Geltung der strafprozessualen Garantien verweist und im Entscheid zusätzlich auch die Verletzung von Verteidigungsrechten behandelt wird, erfolgt die weitere Darstellung unter dem Titel der Garantien in Strafverfahren.<sup>89</sup>

Verschiedene Entscheide der Berichtsperiode betreffen den als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs garantierten *Anspruch auf Entscheidungsbegründung*.<sup>90</sup>

Ablehnende *Einbürgerungsentscheide* unterliegen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Begründungspflicht.<sup>91</sup> Es existiert allerdings keine gefestigte Praxis zur Frage, wie dieser Pflicht bei Einbürgerungsbeschlüssen der *Gemeindeversammlung* nachzukommen ist.<sup>92</sup> Hier bringt BGE 131 I 18 eine gewisse Klärung. Das Einbürgerungsgesuch der aus Kroatien stammenden Eheleute A. wurde durch die Gemeindeversammlung Oberrohrdorf-Staretschwil/AG in Übereinstimmung mit dem negativen Antrag des Gemeinderats abgelehnt. Laufen – wie im vorliegenden Fall – der Antrag des vorbereitenden Gremiums und der Entscheid der Gemeindeversammlung parallel, könne daraus in der Regel, d.h. «sofern abweichende Voten nicht etwas anderes nahe legen», davon ausgegangen werden, dass die Gemeindeversammlung dem Antrag und seiner Begründung zustimme. In Anwendung dieses Grundsatzes wurde im vorliegenden Fall die Begründung des negativen, ohne grosse Diskussion erfolgten Beschlusses der Gemeindeversammlung der Antragsbegründung des

<sup>89</sup> Vgl. dazu hinten, Ziff. X.3.4.

<sup>90</sup> Vgl. neben dem anschliessend dargestellten BGE 131 I 18 insbes. auch BGE 131 II 200 betr. Anforderungen an ein Gesuch und an die Begründung eines Entscheids betr. Sonntagsarbeit.

<sup>91</sup> BGE 129 I 217 E. 3.3 S. 230; 129 I 232 E. 3.3 und 3.4 S. 237 ff. und 130 I 140 E. 4.2 S. 146.

<sup>92</sup> Vgl. aber BGer-E 1P.523/2003 und 1P.572/2003 vom 12. Mai 2004, ZBl 105 (2004) 437 ff. E. 5.3.6 S. 450 f.

Gemeinderats entnommen (E. 3.1 S. 20 f.). Diese Begründung erwies sich indessen jedenfalls für Frau A. als materiell *ungenügend*: Begründet wurde nämlich einzig die Ablehnung des Einbürgerungsgesuchs des Ehemanns, obwohl die Ehefrau ein eigenes Einbürgerungsgesuch gestellt hatte, in dem sie in eigenem Namen als Gesuchstellerin auftrat. Das Bundesgericht hält fest, dass die Einbürgerungsvoraussetzungen bei verheirateten Gesuchstellern grundsätzlich individuell zu beurteilen und – im Fall der Ablehnung – auch individuell zu begründen seien. Weil die Ehefrau nicht auf eine (individuelle) Begründung ihres Gesuchs verzichtet habe, bleibe ihr verfassungsrechtlicher Begründungsanspruch intakt (E. 3.4 S. 22 f.).

In die Mottenkiste gehört das *obiter dictum* des Bundesgerichts, eine Begründung einzig des Gesuchs des Ehemanns wäre «verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn tatsächlich ein gemeinsames Einbürgerungsgesuch der Eheleute A. vorgelegen hätte, das nur gesamthaft gutgeheissen oder abgelehnt werden konnte» (E. 3.3 S. 22).<sup>93</sup>

### 1.3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und auf unentgeltlichen Rechtsbeistand

Im Entscheid BGE 131 I 350 hält das Bundesgericht fest, dass sich aus Art. 29 Abs. 3 BV wohl unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, *nicht aber ein Anspruch auf obligatorische Verbeiständung* ableiten lässt (E. 3.1 S. 355 f.). In Strafverfahren kann sich ein solcher Anspruch aber unter Umständen aus Art. 31 und 32 BV ergeben.<sup>94</sup>

Der Entscheid BGE 131 II 306 gibt dem Bundesgericht Gelegenheit zu einer zusammenfassenden Darstellung seiner (verfassungsrechtlichen?) Rechtsprechung zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege *juristischer Personen*. Eine GmbH wurde durch die Eidgenössische Bankkommission aufsichtsrechtlich in Liquidation gesetzt, kurz darauf wurde gegen sie der Konkurs eröffnet. Die entsprechenden Beschwerden wurden vom Bundesgericht abgewiesen, ebenso das damit einhergehende Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Das Bundesgericht hält fest, die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung (kein aussichtsloser Prozess, Bedürf-

<sup>93</sup> Siehe auch die Kritik von YVO HANGARTNER, AJP 9/2005, 1151 f.

<sup>94</sup> Vgl. dazu einlässlich hinten, Ziff. X.3.1.

tigkeit der ersuchenden Partei und Notwendigkeit ihrer anwaltlichen Verbeiständung) seien auf natürliche Personen zugeschnitten. Juristische Personen könnten grundsätzlich weder die unentgeltliche Prozessführung noch eine Verbeiständung beanspruchen; sie seien nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet, und hätten in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Demzufolge verfügten juristische Personen – wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse – über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Für eine juristische Person könne ausnahmsweise dann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die «wirtschaftlich Beteiligten» (neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger) mittellos sind (E. 5. S. 325 ff.). Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht gegeben waren, wurde das Gesuch abgewiesen.

Das Bundesgericht stützt sich formell auf die einschlägige Gesetzesbestimmung (Art. 152 OG)<sup>95</sup>. Die als Beleg herangezogenen (in der amtlichen Sammlung publizierten) Entscheide verweisen indes auf den verfassungsrechtlichen Anspruch (Art. 4 aBV),<sup>96</sup> was darauf schliessen lässt, dass das Bundesgericht auch die Schranken von Art. 29 Abs. 3 BV abgesteckt hat.

## 2. Gerichtliche Verfahren

### 2.1 Garantie des verfassungsmässigen Richters

Das Bundesgericht hat die Tragweite des Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) weiter konkretisiert.

Im Entscheid BGE 131 I 24 ging es um die Frage, ob der gleiche Richter über die Bewilligung des *Rechtsvorschlags* (Art. 265a Abs. 1 SchKG)<sup>97</sup> und anschliessend über die *Klage* auf Bestreitung oder

<sup>95</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 16. Dezember 1943, SR 173.110.

<sup>96</sup> BGE 119 Ia 337 E. 4a S. 338 f.; 116 II 651 E. 2 S. 652.

<sup>97</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, SR 281.1.

Feststellung des neuen Vermögens (Art. 265a Abs. 4 SchKG) entscheiden darf, oder ob diese Ämterkumulation den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht verletzt. Das Bundesgericht hält an einer einzelfallweisen Beurteilung der Ämterkumulation fest. Die Beurteilung, ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegt, könne nicht generell vorgenommen werden, sondern es sei im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als offen und nicht vorbestimmt erscheint (E. 1.2 S. 26). Diese Offenheit sei im vorliegenden Fall nicht gegeben: Der Richter habe im gleichen Betreibungsverfahren und über den gleichen Gegenstand entschieden, dies aufgrund der gleichen Beweismittel, und es habe sich beide Male um ein kontradiktorisches Verfahren gehandelt; dies allein genüge, um objektiv berechtigte Zweifel an der Offenheit des Verfahrens zu wecken. Dazu komme, dass die Klage zwar formell kein Rechtsmittel gegen den Rechtsvorschlag darstelle, wohl aber funktional zu einer erneuten Prüfung derselben Frage führe. Aus diesen Gründen kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Anspruch auf unabhängige und unparteiische Beurteilung im vorliegenden Fall verletzt worden ist (E. 2 S. 27 ff.).

Eine im Verfahrensalldag häufige Funktionenkumulation ist gegeben, wenn der Richter ein *Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege* wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abweist und anschliessend in der Sache urteilt. Im Entscheid BGE 131 I 113 nimmt das Bundesgericht die Klärung dieser – in der Lehre umstrittenen – Mehrfachbefassung für den *Zivilprozess* vor, nachdem diese Konstellation bislang einzig für Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entschieden worden war.<sup>98</sup> Das Ergebnis vorweg: Das Bundesgericht erachtet diese Form von Vorbefassung als *zulässig*. Es hält in allgemeiner Weise fest, ein Richter erscheine nicht allein aufgrund des Umstands als voreingenommen, dass er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abgewiesen hat; vielmehr müssten zur Annahme von Befangenheit weitere Gründe hinzutreten. Auch hier verlangt das Bundesgericht konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich der Richter bei der Beurtei-

<sup>98</sup> Vgl. den Hinweis auf die – nicht amtlich publizierten – Entscheide in E. 3.7.1 S. 120.

lung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege bereits in einer Art festgelegt hat, dass er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich ist und der Verfahrensausgang deswegen nicht mehr offen erscheint. In Anbetracht der verfahrensrechtlichen Situation sieht das Bundesgericht im vorliegenden Fall keinen Grund zur Annahme, der Amtsgerichtspräsident erscheine wegen seiner Vorbefassung mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bei der Beurteilung der Hauptsache als voreingenommen. Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten *ex ante*, wie es im erstinstanzlichen Verfahren die Regel darstelle, handle es sich stets um eine vorläufige, aufgrund des jeweiligen Aktenstands vorgenommene Beurteilung der Sach- und Rechtslage. Wie bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen sei der Richter nicht an seine Hauptsachenprognose gebunden; weiter sei in Betracht zu ziehen, dass der Richter die Erfolgsaussichten der gesuchstellenden Partei nur deshalb einschätze, damit diese nicht auf Kosten des Staats einen Prozess anstrengt, weil es sie nichts kostet. Ebenfalls gewichtet werden die Interessen der Gegenpartei und der Allgemeinheit an einem geordneten Ablauf des Prozessverfahrens. Mit einer Annahme der Befangenheit aufgrund der vorgängigen Mitwirkung am Verfahren um unentgeltliche Prozessführung würde die Rechtsprechung erheblich erschwert; ein Risiko, welches insbesondere in denjenigen Kantonen bestehe, deren Zivilprozessordnungen ein Quorum von 3 Richtern vorsehen. Die Bejahung einer Ausstandspflicht könnte mit dem Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) in Konflikt geraten, sodann würde die ordentliche Besetzung des Spruchkörpers, je nach Grösse des Gerichts und Anzahl der verfügbaren Richter, unter Umständen erhebliche Mühe bereiten (E. 3.7 S. 120 ff.).

Der Entscheid bringt die Klärung einer wichtigen, in der Lehre kontrovers diskutierten und bislang offen gebliebene Frage. Er ist einlässlich und differenziert begründet (und offenbar einstimmig gefällt worden)<sup>99</sup>. Man möge es der Schreibenden nachsehen, wenn sie gleichwohl nicht vollständig überzeugt ist. Zum einen scheint das Bundesgericht vorab aus der Optik des (idealen) Richters zu argumentieren, der sich der Vorläufigkeit seiner Feststellungen jederzeit bewusst ist und sich bei umfassender Kenntnis der Sach- und Rechtslage auch von einmal getroffenen Entscheidungen lösen kann. Ver-

<sup>99</sup> Vgl. PETER JOSI, Kein Ausstand nach Prognose, Jusletter vom 30. Mai 2005.

langt ist jedoch eine objektive Betrachtungsweise, die sich wesentlich auch der Sicht der Parteien als den Trägern des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf richterliche Unabhängigkeit widmet. Was zählt, ist nicht die innere Haltung des Richters oder der Richterin, sondern der objektive Anschein der Befangenheit. Dass der Betroffene jedenfalls dann an der Offenheit des Hauptverfahrens zweifeln mag, wenn der Richter sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit des Begehrens abgelehnt hat, erscheint objektiv nachvollziehbar. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil der Betroffene das Gericht nicht nur – wie in irgendeiner anderen Zivilsache – von seinem Anliegen überzeugen muss, sondern zusätzlich noch das richterliche Vorverständnis der Aussichtslosigkeit überwinden muss. Man kann sich auch fragen, ob im Zweiparteienprozess der Grundsatz der Waffengleichheit gewahrt ist, wenn sich die Richterin oder der Richter vorgängig zu den Begehren der einen Partei – wenn auch erst im Grundsatz und provisorisch – ausgesprochen hat. Zum anderen führt das Bundesgericht Praktikabilitätsüberlegungen in die Argumentation ein; bei der Diskussion um die Tragweite eines grundrechtlichen und damit verfassungsunmittelbaren Anspruchs eine heikle Sache. Denn allein das Interesse am Entscheid eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts ist verfassungsrechtlich ausdrücklich geschützt, nicht aber das vom Bundesgericht vorgebrachte allgemeine Interesse am geordneten Ablauf des Verfahrens. Wenig hilfreich erscheint in diesem Zusammenhang der Verweis auf die kantonalen Verfahrensordnungen, welche die Mitwirkung von mehreren Richtern am Entscheid über die unentgeltliche Prozessführung vorsehen; dies nur schon deshalb, weil der verfassungsrechtliche (bzw. der konventionsrechtliche) Anspruch nicht durch die Besonderheiten einer kantonalen Zivilprozessordnung relativiert werden kann. Und selbst wenn das Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) als ebenbürtiges Verfassungsinteresse herangezogen wird, darf dieser Grundsatz nicht dazu führen, dass dem Einzelnen der Anspruch auf ein faires Verfahren versagt wird.

Der Anspruch auf den verfassungsmässigen Richter stand auch im Entscheid BGE 131 I 31 zur Diskussion. Das Kantonsgericht Waadt urteilte in einer zivilrechtlichen Streitigkeit in der gesetzlich vorgesehenen Besetzung mit 3 Richtern; personell bestand der Spruchkörper aus zwei Kantonsrichtern J. und B. sowie aus der Präsidentin des Mietgerichts (im Rang einer Bezirksgerichtspräsidentin)

R., welche nicht Suppleantin am Obergericht war.<sup>100</sup> Das Bundesgericht erachtet den Anspruch auf rechtmässige (gesetzeskonforme) Zusammensetzung des Gerichts als gewahrt. Zwar vermittele Art. 30 Abs. 1 BV gleich wie die in ihrem Gehalt nicht weiter reichende Konventionsgarantie (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) die Mindestansprüche der Parteien auf richtige Zusammensetzung des Spruchkörpers. In erster Linie seien aber die Regeln des kantonalen Verfahrens- und Gerichtsorganisationsrechts ausschlaggebend; diese sehen die Möglichkeit des ausserordentlichen Beizugs von Bezirksgerichtspräsidenten vor. Auch die verfassungsrechtlichen Mindeststandards seien im konkreten Fall nicht verletzt worden: Zwar stehe R. in einem Unterordnungsverhältnis zum Kantonsgericht, welches die Richterinnen und Richter nominiert und ihnen gegenüber Disziplinarbefugnisse besitzt. Allerdings sei R. nicht durch die beiden im Spruchkörper mitwirkenden Kantonsrichter, sondern durch das Gesamtgericht gewählt worden. Es sei nicht einzusehen, dass R. aufgrund der Art und Weise ihrer Nomination dazu verleitet werden könnte, den Ansichten der Kantonsrichter diskussionslos zuzustimmen, um diese nicht zu verärgern. Zudem sei Richter J. nicht als Instruktionsrichter tätig gewesen, er habe deswegen im Vergleich zu Richterin R. nicht über eine massgebend vertiefte Dossierkenntnis verfügt, so dass auch nicht zu befürchten sei, R. habe in den Beratungen von Beginn weg über eine schwache Stellung verfügt (E. 2.1.2 S. 34 ff.).

Der Entscheid überzeugt nicht. Obwohl sich aufgrund der äusseren Konstellation die Frage der Unabhängigkeit aufdrängt, ist die Verfassungskonformität überaus knapp und lapidar begründet.<sup>101</sup> Eine dem Fall angemessene Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Anspruch auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht findet – anders als in den übrigen Entscheiden zur Frage der richterlichen bzw. hafrichterlichen Unabhängigkeit – nicht statt. In seiner ständigen Rechtsprechung anerkennt das Bundesgericht, dass bei der Beurteilung der Unabhängigkeit auch die äusseren Umstände sowie Fragen funktioneller Natur und der innern Organisation des Verfahrens von Bedeutung sein

<sup>100</sup> Vgl. für eine Übersetzung des Entscheids Die Praxis 2006 Nr. 24.

<sup>101</sup> Vgl. zum Anspruch auf Entscheidungsbegründung aus der Berichtsperiode zum Beispiel BGE 131 II 200 E. 4.2 und 4.3 S. 205 f.

können und in dieser Hinsicht schon dem blossen Anschein der Befangenheit Gewicht zukommen kann.<sup>102</sup> Es hätte interessiert, warum die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien im vorliegenden Fall erfüllt sind. So bleibt die Verfassungskonformität blosser Behauptung.

### 3. Garantien bei Freiheitsentzug und in Strafverfahren

#### 3.1 Anspruch auf obligatorische Verteidigung? – Richterliche Hilfs- und Aufklärungspflichten

A., im kantonalen Strafverfahren wegen Betäubungsmittel delikten schuldig gesprochen und zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 12 Monaten verurteilt, macht vor Bundesgericht geltend, er hätte während der Untersuchungshaft und der Durchführung der Strafuntersuchung notwendig durch einen amtlichen Rechtsbeistand vertreten sein müssen. Der Umstand, dass er nicht anwaltlich vertreten gewesen sei, mache die während der Untersuchung gemachten Aussagen unverwertbar. Der Entscheid BGE 131 I 350 dient dem Bundesgericht als Anlass, die Tragweite eines Anspruchs auf notwendige oder obligatorische Verteidigung in differenzierter Weise auszu-leuchten.

Als Erstes prüft das Bundesgericht die Verankerung des Anspruchs in Art. 29 Abs. 3 BV (Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand). Ausgehend von der Funktion der Garantie – der Gewährleistung einer gewissen Waffengleichheit – hält das Bundesgericht fest, bei gegebenen Voraussetzungen könne eine *amtliche Verbeiständung* (d.h. eine vom Staat bestellte und bezahlte Verteidigung) geboten sein. In Anbetracht der Entstehung und der Entwicklung des Instituts der unentgeltlichen Verteidigung unter der Herrschaft von Art. 4 aBV und im Lichte des Wortlauts von Art. 29 Abs. 3 BV könne aber *nicht* angenommen werden, dass Art. 29 Abs. 3 BV unter gewissen Voraussetzungen auch eine *obligatorische Verteidigung* verlange (d.h. ohne entsprechendes Ersuchen oder gar gegen den Willen des Betroffenen). Verfassungsrechtlich stehe es dem Betroffenen vielmehr frei, sich in den unterschiedlichen Stadien des Strafverfahrens

102 So schon BGE 114 Ia 50 E. 3b S. 53 ff.

selber zu verteidigen oder ein Gesuch um Gewährung einer amtlichen Verteidigung zu stellen. Daran vermöge der Umstand nichts zu ändern, dass das Recht auf Selbstverteidigung eingeschränkt werden kann und der Gesetzgeber in gewissen Fällen im Interesse des Beschuldigten und zur Wahrung eines geordneten Verfahrens und einer optimalen Wahrheitssuche eine obligatorische Verteidigung vorsehen darf. Im Ergebnis hält das Bundesgericht fest, dass sich aus Art. 29 Abs. 3 BV kein Anspruch auf obligatorische Verbeiständung ableiten lässt (E. 3.1 S. 355 f.). Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK verankere zwar das Recht auf Beizug eines Verteidigers, verlange aber grundsätzlich keine obligatorische Verteidigung, ebenso wenig Art. 14 Ziff. 3 lit. d UNO-Pakt II (E. 3.2 und 3.3 S. 356 ff.).

Damit ist die verfassungsrechtliche Diskussion für das Bundesgericht aber nicht abgeschlossen. Vielmehr wird geprüft, ob sich ein Anspruch auf obligatorischen Rechtsbeistand aus den Garantien strafprozeduraler Fairness (Art. 31 und 32 BV) bzw. aus der allgemeinen konventionsrechtlichen Fairnessgarantie (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ergibt. Das Bundesgericht hält fest, in allgemeiner Weise garantiere Art. 32 BV einen Anspruch auf ein faires Strafverfahren und verpflichte die Behörde zu entsprechendem Verhalten; gemäss Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV müsse die angeklagte Person insbesondere die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte tatsächlich, d.h. konkret und wirksam wahrzunehmen. Nach Art. 31 Abs. 2 BV seien Beschuldigte im Falle von Freiheitsentzug in wirksamer Weise über ihre Rechte zu unterrichten; sie müssten die Möglichkeit haben, ihre Rechte effektiv geltend zu machen. In diesem Sinne hätten die mit der Strafverfolgung betrauten Behörden aufgrund ihrer *Fürsorge- und Aufklärungspflicht* nach Art. 32 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 BV für die Voraussetzungen eines fairen Strafverfahrens zu sorgen und allenfalls auch ohne entsprechendes Zutun des Betroffenen um eine hinreichende Rechtsvertretung besorgt zu sein. Dies könne gebieten, dass einem Beschuldigten aufgrund der Verfassung auch ohne entsprechendes Ersuchen von Amtes wegen ein Rechtsvertreter beigegeben wird (E. 4.2 S. 361).

Vor diesem Hintergrund prüft das Bundesgericht, ob A. hinreichend über die Möglichkeit des Beizugs eines Anwalts während der Haft aufgeklärt worden ist und ob ihm von Amtes wegen ein Rechtsvertreter hätte bestellt werden müssen. Aus den Akten ergab sich, dass A. auf seine Rechte und insbesondere auch auf die Möglichkeit des

Beizugs eines Anwalts hingewiesen worden war. Aufgrund der gesamten Umstände könne davon ausgegangen werden, dass A. auf die Bestellung eines Anwalts verzichtet habe; in Anbetracht der konkreten Strafsache könne von den Strafverfolgungsbehörden nicht verlangt werden, den Beschwerdeführer ausdrücklich auf seinen Verzicht zu behaften, und sie seien insbesondere nicht verpflichtet gewesen, von Amtes wegen einen (obligatorischen) Verteidiger zu bestellen. Die Strafsache sei wenig komplex, und schon früh sei eine bedingte Strafe in Betracht gezogen worden; Sprachschwierigkeiten seien durch den Beizug eines Dolmetschers behoben worden, und der Beschwerdeführer habe in den Befragungen in sachgerechter Weise geantwortet. Das Verfahren genüge gesamthaft gesehen den Anforderungen an einen fairen Prozess im Sinne von Art. 32 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 BV (E. 4.3 und 4.4 S. 361 ff.). Aus diesem Grund dürften die ohne Beistand eines Rechtsvertreters gemachten Aussagen verwertet werden (E. 4.5 S. 365).

### 3.2 Anspruch auf unverzügliche Vorführung vor einen unabhängigen Richter

Gemäss Art. 31 Abs. 3 BV hat jede Person, die in Untersuchungshaft genommen wird, Anspruch auf unverzügliche Vorführung vor eine Richterin oder einen Richter. Dass diese Garantie insofern über den konventionsrechtlichen Anspruch (Art. 5 Ziff. 3 EMRK) hinausgeht, als der Verfassungsgeber die Haftanordnung und nicht bloss die Haftprüfung ausdrücklich in die Hände des Haftrichters legt, hatte das Bundesgericht schon in einem früheren Entscheid festgehalten.<sup>103</sup> Bislang nicht beantwortet war die Frage, ob Art. 31 Abs. 3 BV einen unabhängigen Richter im engeren Sinne als haftanordnende Behörde voraussetzt oder ob eine Justizperson im Sinne der bisherigen Praxis zu Art. 5 Ziff. 3 EMRK und damit insbesondere auch ein Untersuchungsrichter diese Funktion erfüllen kann.

In BGE 131 I 36 machte der Beschwerdeführer geltend, bei der Anordnung der Untersuchungshaft sei sein Anspruch auf unverzügliche Vorführung vor eine unabhängige Richterin oder einen Richter verletzt worden. Der *luzernische Amtsstatthalter*, der die Haft gegen ihn angeordnet habe, habe in der gleichen Strafsache auch gegen ihn

<sup>103</sup> BGE 126 I 172 E. 3 S. 174 ff.

ermittelt, eine Strafverfügung erlassen und (nach unterbliebener Annahme der Strafverfügung durch den Angeschuldigten) die Überweisung an das Strafgericht vorgenommen. Der Amtsstatthalter erfülle daher die Anforderungen an einen unabhängigen Haftrichter im Sinne von Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK nicht. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut. Es legt einlässlich die Anforderungen an den haftanordnenden Richter gemäss Art. 5 Ziff. 3 EMRK dar (insbesondere unter Verweis auf die Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs) und bestätigt daran anschliessend seine Praxis, wonach der Wortlaut des Art. 31 Abs. 3 BV über Art. 5 Ziff. 3 EMRK hinausgeht. Indem der Inhaftierte «unverzüglich einer Richterin oder einem Richter vorgeführt» werden muss, sei die Haftanordnung nach Art. 31 Abs. 3 BV (und nicht bloss die Haftprüfung nach Art. 31 Abs. 4 BV) ausdrücklich in die Hände des Haftrichters bzw. einer unabhängigen richterlichen Behörde gelegt (E. 2.3 und 2.4 S. 40 ff.). Im konkreten Entscheid ging es um die Frage, ob der (grundsätzlich gegenüber Staatsanwaltschaft bzw. den hierarchisch übergeordneten Regierungs- und Verwaltungsinstanzen weisungsgebundene) luzernische Amtsstatthalter, welcher im Strafprozess Untersuchungs- und teilweise auch Anklagefunktionen erfüllt, den Anforderungen an den haftanordnenden Richter genügt. Das Bundesgericht konnte die Frage offen lassen, ob Art. 31 Abs. 3 BV in der Weise ausgelegt werden könnte, dass (unter den Voraussetzungen der bisherigen Praxis zu Art. 5 Ziff. 3 EMRK) nach wie vor auch Untersuchungsrichter ausnahmsweise als haftanordnende Magistratspersonen walten können. Denn im vorliegenden Fall waren bereits die – weniger strengen – Voraussetzungen von Art. 5 Ziff. 3 EMRK (personelle Funktionenteilung) nicht erfüllt. Das Bundesgericht erachtet im konkret zu beurteilenden Fall als entscheidend, dass der haftanordnende Amtsstatthalter in der gleichen Strafsache sowohl mit *Untersuchungs-* als auch mit *Anklagefunktionen* betraut war. Vor diesem Hintergrund sei nicht nur Art. 5 Ziff. 3 der Konvention verletzt; die Voraussetzung der personellen Trennung würde sich auch direkt aus dem *kantonalen Strafprozessrecht* ergeben (E. 2.5 S. 42 f.). Auch der *Entscheid des Obergerichts* könne nicht als ausreichende richterliche Haftanordnung angesehen werden; die Verfügung des Amtsstatthalters lasse sich nicht als blosser Haftantrag interpretieren, und zudem sei der Entscheid des Obergerichts erst 13 Tage später erfolgt und damit nicht «unverzüglich» im Sinne von Art. 31 Abs. 3 BV gefällt worden (E. 2.6 S. 44).

Im Entscheid BGE 131 I 66 hatte sich das Bundesgericht zur Frage zu äussern, ob die *eidgenössischen Untersuchungsrichterinnen und -richter* (Eidg. UR) den Anforderungen von Art. 31 Abs. 3 BV genügen; mithin zur Frage, ob Art. 31 Abs. 3 BV «einen unabhängigen Richter im engeren Sinne als haftanordnende Behörde» voraussetzt oder ob – im Sinne der bisherigen Praxis – auch Untersuchungsrichter oder Untersuchungsrichterinnen diese Funktion erfüllen können. Es hält fest, jedenfalls ein *gegenüber der Anklagebehörde weisungsgebundener Untersuchungsrichter* genüge den Anforderungen von Art. 31 Abs. 3 BV nicht. Weiter geht das Bundesgericht nicht. Zwar werde von einem Teil der Lehre die Anpassung von Strafprozessordnungen gefordert, welche noch Untersuchungsrichter als haftanordnende Justizpersonen vorsehen, und auch im Entwurf StPO<sup>104</sup> sei eine richterliche Instanz (Zwangsmassnahmengericht) als haftanordnende Behörde vorgesehen. Doch lasse sich den Materialien nicht entnehmen, dass Bundesrat und Parlament mit dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 BV eine neue Rechtslage schaffen wollten. Es sei lediglich klar, dass für die Richterinnen und Richter gemäss Art. 31 Abs. 3 BV mindestens die Anforderungen der Praxis zu Art. 5 Ziff. 3 EMRK gelten müssten. Damit bestehe kein sachlich begründeter Anlass, von der bisherigen bewährten Rechtsprechung abzugehen. Sinn und Zweck von Art. 31 Abs. 3 BV bestehe darin, den Haftentscheid einer objektiv als befangen erscheinenden Justizperson zu vermeiden. Dieser Anschein der Befangenheit sei gegeben, wenn ein haftanordnender Untersuchungsrichter Weisungen von Seiten der Anklagebehörde zu befolgen hätte oder in der Folge in der gleichen Sache Anklagefunktionen ausüben könnte. Dies sei beim Eidg. UR nicht der Fall (E. 4.8 S. 73 f.).

Ein dritter Entscheid zu Art. 31 Abs. 3 BV wird mit BGE 131 I 436 publiziert. Hier geht es um die Kumulation der Zuständigkeiten des *Bundesanwalts* zum Entscheid über ein Haftentlassungsgesuch und zur Vertretung der Anklage, wie sie in Art. 47 und 52 BStP<sup>105</sup> vorgesehen ist. Das Bundesgericht knüpft unmittelbar an den Feststellungen in BGE 131 I 66 an. Vor diesem Hintergrund schaffe das

104 Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom Juni 2001.

105 Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, vom 15. Juni 1934, SR 312.0.

System des BStP Schwierigkeiten, weil es zulasse, dass der Bundesanwalt in der gleichen Angelegenheit das Haftentlassungsgesuch ablehne und anschliessend die Anklage vertrete. Eine *verfassungskonforme Auslegung* des Bundesrechts sei aber denkbar, wenn die Funktionen der Haftprüfung und der Anklage nicht durch die gleiche Person ausgeübt würden. Dabei zeigt das Bundesgericht zur Sicherheit auch gleich die verfassungskonforme Regelung auf: Wolle sich der Bundesanwalt dem Haftentlassungsgesuch widersetzen, müsse er die Sache dem eidgenössischen Untersuchungsrichter zum Entscheid überweisen (E. 1.4 S. 441).

Dass eine Haftrichterin oder ein Haftrichter im gleichen Fall nicht gleichzeitig auch die Anklagefunktion übernehmen darf, haben Strassburger Gerichtshof und Bundesgericht schon früh entschieden.<sup>106</sup> Im vorliegenden Fall versucht das Bundesgericht, die Norm über die verfassungskonforme Auslegung zu retten. Vorgehen und Lösungsvorschlag stehen im Einklang mit der Bundesverfassung. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Lösung auch den Anforderungen der EMRK genügt, denn die Konventionswidrigkeit wird bejaht, sobald aufgrund der gesetzlichen Regelung die blosser Möglichkeit besteht, dass der Haftrichter zu einem späteren Zeitpunkt die Anklage vertreten könnte.<sup>107</sup>

### 3.3 *Unschuldsvermutung*

Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig (Art. 32 Abs. 1 BV). Die Verurteilung eines Fahrzeuglenkers oder einer Fahrzeuglenkerin wegen *Vereitelung einer Blutprobe* gemäss Art. 91 Abs. 3 SVG<sup>108</sup> stellt gemäss Bundesgericht keine Verletzung der Unschuldsvermutung dar. Sie laufe nicht auf eine Verdachtsstrafe hinaus, die gegen die Unschuldsvermutung verstösst; so werde der Fahrzeuglenker nicht aufgrund des Verdachts bestraft, dass er angetrunken war, sondern aufgrund der vorsätzlichen Vereitelung einer

106 Vgl. zuletzt die oben dargestellten BGE 131 I 36 E. 2.3 S. 40 f.; 131 I 66 E. 4.3 S. 69, E. 4.6.1 S. 71 und E. 4.8 S. 74, je m. w. H. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs vgl. EGMR-E Jutta Huber c. Schweiz, A/188 (1990) Rz. 42 f. (EuGRZ 1990, 502).

107 EGMR-E Brincat c. Italien, A/249-A (1992) Rz. 20 f. (EuGRZ 1993, 389).

108 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01.

amtlich angeordneten oder nach den massgeblichen Umständen sehr wahrscheinlichen Blutprobe (BGE 131 IV 36 E. 4 S. 47).

Im vorliegenden Fall stand indessen nicht die Unschuldsvermutung im Mittelpunkt, sondern die Rüge, die Verurteilung wegen Verurteilung einer Blutprobe verstosse gegen das Recht zu schweigen und sich nicht selber belasten zu müssen.<sup>109</sup> Das Bundesgericht weist auch diese Rüge zurück. Die Verurteilung eines Fahrzeuglenkers wegen Vereitelung einer Blutprobe (Art. 91 Abs. 3 SVG), begangen durch die Verletzung bestimmter Verhaltenspflichten nach einem Unfall mit Drittschaden sowie Nachtrunk, erachtet das Bundesgericht nicht als Verstoß gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs. Es stützt sich dabei allein auf die menschenrechtlich garantierten Ansprüche (Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und die einschlägige Rechtsprechung namentlich des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (E. 3 S. 40 ff.).

Die verfassungsrechtliche Verankerung des Schweigerechts bleibt weiterhin unklar. Für die Bundesverfassung hat das Bundesgericht das Schweigerecht bislang aus Art. 4 aBV abgeleitet. In BGE 130 I 126 hatte das Bundesgericht angedeutet, dass sich aus der Bundesverfassung 1999 eine entsprechende Garantie ergibt, dabei aber offen gelassen, ob das Aussageverweigerungsrecht Ausfluss der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV) ist oder sich aus den Verteidigungsrechten der angeschuldigten Person (Art. 32 Abs. 2 BV) ergibt.

### 3.4 Gehörsanspruch und Verteidigungsrechte

In BGE 131 I 185 äussert sich das Bundesgericht einerseits zum *Recht auf rechtzeitige Vorladung* resp. *Bekanntgabe des gerichtlichen Verhandlungstermins* und andererseits zu den *Verteidigungsrechten im Strafverfahren*.

Bezüglich Rechtzeitigkeit der Vorladung hält es einleitend fest, neben Art. 29 Abs. 2 BV enthalte auch Art. 32 Abs. 2 BV das Recht auf rechtzeitige Bekanntgabe des gerichtlichen Verhandlungstermins.<sup>110</sup> Welche *Zeitspanne zur Vorbereitung einer Verhandlung in*

<sup>109</sup> Für eine einlässliche Besprechung vgl. YVAN JEANNERET, AJP 7/2005, 879 ff.

<sup>110</sup> Zur Besprechung aus strafprozessualer Optik WOLFGANG WOHLERS, AJP 5/2006, 621 ff.

*Strafsachen* verfassungsrechtlich geboten ist, lasse sich nicht abstrakt bestimmen. Die in der Lehre geforderte Vorbereitungsfrist von mindestens 7 Werktagen in einfachen Fällen lehnt das Bundesgericht als in ihrer Formulierung zu absolut ab. Massgebend seien die konkreten Umstände des Einzelfalls, zu berücksichtigen etwa Umfang und Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage, die Art des Verfahrens sowie das Verfahrensstadium und die Lage der Verteidigung (E. 2.1 S. 188; auch E. 2.3.2 S. 190). Im vorliegenden Fall war die Berufungsverhandlung für ein Verkehrsdelikt kurzfristig angesetzt worden. Die Vorladung an die Beschwerdeführerin erging 6, jene an den Verteidiger 7 Tage vor dem Termin; es verblieb eine Vorbereitungszeit von 3 bzw. 4 Werktagen. Diese Frist erachtet das Bundesgericht für die Vorbereitung einer Berufungsverhandlung auch in einfachen Straffällen als eher knapp bemessen. Unter den besonderen Umständen des konkreten Falls sei sie aber für die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte ausreichend. Das Gericht berücksichtigte dabei verschiedene Kriterien, so die *drohende Verjährung*, die das Strafgericht zu Recht als Grund für eine dringliche Behandlung in Betracht ziehen durfte (dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin und ihr Anwalt mit wiederholten Fristerstreckungs- und Verschiebungsgesuchen in den vorangehenden Verfahrensstadien massgeblich zu deren Verlängerung beigetragen hatten). Mit einbezogen wurde auch der *Vorbereitungsaufwand* (an der Verhandlung war die Gegenüberstellung mit den beiden Belastungszeugen vorgesehen), der geringe *Umfang der Akten* (die Staatsanwaltschaft hatte auf Anschlussberufung wie auch auf Berufungsantwort in der Sache verzichtet). Auch der Umstand, dass der Verteidiger die vom Gericht angebotenen *Ersatztermine* ausgeschlagen hatte, fiel ins Gewicht; und nicht zuletzt zog das Bundesgericht den Schluss, dass der Verteidiger beruflich nicht anderweitig belastet war, dies angesichts der Vielzahl von Eingaben in der kurzen Zeitspanne vor der Verhandlung. Eine Verfassungs- oder Konventionsverletzung liege deshalb nicht vor (E. 2.3 und 2.4 S. 189 ff.).

Streitig war auch der Anspruch der Beschwerdeführerin auf *Teilnahme ihres privat bestellten Verteidigers an der gerichtlichen Verhandlung*. Im vorliegenden Fall ging es um die Verurteilung aufgrund eines Strassenverkehrsdelikts. Für das Berufungsverfahren wurde die Angeklagte X vom Kantonsarzt als nicht verhandlungsfähig erachtet; es sei ihr aber möglich, an einer rund einstündigen Verhandlung – in Begleitung einer ihr nahe stehenden Vertrauensperson – teilzunehmen.

Zur dieser Verhandlung erschienen dann aber weder die Beschwerdeführerin noch ihr Anwalt. Das Gericht stellte unentschuldigtes Fernbleiben fest und schrieb – entsprechend der Androhung in der Vorladung – das Verfahren zufolge Rückzugs der Berufung ab. Vor Bundesgericht rügt X eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie ihrer Verteidigungsrechte, weil die vom Verteidiger beantragte Verschiebung der Verhandlung abgelehnt worden sei. Nicht verhandlungsfähig, wäre sie gezwungen gewesen, ohne Rechtsbeistand an der Verhandlung teilzunehmen. Ihr hätte deshalb ein amtlicher Verteidiger zugeordnet werden müssen.

Aus dem Recht des Beschuldigten auf Beizug eines Rechtsbeistands (Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. c EMRK) leitet die Rechtsprechung den Anspruch des Angeschuldigten auf Teilnahme des privat bestellten Verteidigers an der Haupt- bzw. Berufungsverhandlung ab (E. 3.1 S. 191). Unter Verweis auf einen nicht amtlich publizierten Entscheid aus dem Jahr 1993 hält das Bundesgericht fest, bei einer *fakultativen Verteidigung* sei die Durchführung der *Hauptverhandlung* ohne Anwesenheit des Verteidigers nicht zwingend verfassungswidrig, eine Abwägung zwischen dem Interesse an einer zeitgerechten Verfahrensabwicklung einerseits und dem Anspruch des Angeklagten auf Verteidigung durch den selbst gewählten Rechtsbeistand andererseits sei zulässig. Unter Hinweis auf die Lehre erklärt das Bundesgericht weiter, grundsätzlich sei auch eine Durchführung des Strafverfahrens bei *ingeschränkter Prozessfähigkeit* des Angeschuldigten erlaubt, weil bei eingeschränkter Verhandlungsfähigkeit die Prozessgesetze entsprechende Kautelen wie insbesondere die notwendige Verteidigung vorsehen würden (E. 3.2.1 und 3.2.2 S. 191). Im Fall einer *notwendigen Verteidigung* stelle die Durchführung der *Berufungsverhandlung* ohne Anwesenheit des Rechtsbeistands jedoch einen Verstoss gegen die Verteidigungsrechte des Angeklagten dar; das Recht auf eine wirksame anwaltliche Verteidigung dürfe dem Angeklagten auch dann nicht verunmöglicht werden, wenn er trotz ordnungsgemässer Vorladung und ohne Entschuldigung nicht zur Verhandlung erschienen sei. Auch in einer solchen Konstellation gebe es ein Recht auf amtliche Verteidigung (E. 3.2.3 S. 191 f.). Weiter erwägt das Bundesgericht, dass im untätigen Dulden von schwerwiegenden Vernachlässigungen der anwaltlichen Berufs- und Standespflichten zum Schaden des Angeschuldigten durch einen privat bestellten Verteidiger (im Falle notwendiger Verteidigung) eine Verletzung der grundrechtlich gewährleisteten

Verteidigungsrechte liegen kann. Schliesslich umschreibt es die *Handlungspflichten der verfahrensleitenden Behörde* bei Abwesenheit des Verteidigers: Es genüge nicht, dem Angeklagten einen amtlichen Verteidiger zu bestellen, wenn der Wahlverteidiger an der Verhandlung fehlt, vielmehr müsse auch eine genügende Vorbereitungszeit für den amtlichen Verteidiger gewährt werden. Falls bereits im Voraus absehbar sei, dass ein privat bestellter Verteidiger nicht in der Lage oder nicht gewillt sei, innert vernünftiger und zumutbarer Frist einen verbindlichen Verhandlungstermin zu vereinbaren, sei die Verfahrensleitung verpflichtet, die vertretene Partei vor die Wahl zu stellen, einen anderen selbst gewählten Parteivertreter innert angemessener Frist zu beauftragen oder aber durch einen amtlich bestellten Officialverteidiger vertreten zu werden (E. 3.2.3 S. 192). Selbst bei notwendiger Verteidigung verdiene allerdings eine *missbräuchliche Berufung* auf Verteidigungsrechte keinen Schutz (E. 3.2.4 S. 193). Obwohl die Beschwerdeführerin ohne Rechtsbeistand an der Berufungsverhandlung hätte teilnehmen müssen, erachtet das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Verteidigungsrechte nicht als verletzt. Ob es sich vorliegend um einen Fall notwendiger Verteidigung handelt, lässt das Bundesgericht ausdrücklich offen, legt aber einlässlich dar, weshalb die Berufung auf die Verteidigungsrechte *rechtsmissbräuchlich* ist (E. 3.4 und 3.5 S. 194 ff.).

Das Bundesgericht bejaht den Rechtsmissbrauch aufgrund verschiedener, im Verhalten der Beschwerdeführerin und ihres Anwalts liegender Umstände. Dieser Befund ist anhand der vorgebrachten Argumente schlüssig, was das Verhalten des *Anwalts* betrifft. Allerdings ist das Verhalten des Anwalts für die hier interessierende Frage des Rechtsmissbrauchs von Verfahrensrechten unerheblich, weil der Anwalt selber nicht Träger der Verfahrensgrundrechte ist,<sup>111</sup> sich diesbezüglich also auch nicht rechtsmissbräuchlich verhalten kann. Es stellt sich die Frage, ob das Verhalten der X rechtsmissbräuchlich war bzw. ob ihr das Verhalten ihres Anwalts angerechnet werden kann. Laut Sachverhalt stellte der Kantonsarzt bei X eine schwere Depression fest; offenbar schwer genug, um die Verhandlungsfähigkeit zu verneinen. Hätten die vom Bundesgericht anerkannten richterlichen Fürsorge- und Aufklärungspflichten<sup>112</sup> jedenfalls angesichts dieser besonde-

111 Vgl. BGE 130 I 65.

112 E. 3.2.2 S. 191 f.; vgl. insbesondere auch den kurze Zeit später und in gleicher Zusammensetzung ergangenen BGE 131 I 350 E. 4.1 und 4.2 S. 360 f.

ren Umstände nicht zu einer weiter gehenden Verpflichtung der Vorinstanz führen müssen?<sup>113</sup>

In einem anderen Fall befasste sich das Gericht mit einem weiteren Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren. Der Beschwerdeführer X wurde der sexuellen Handlungen mit Abhängigen schuldig gesprochen und zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 8 Monaten verurteilt. Vor Bundesgericht rügt er eine Verletzung seines Anspruchs, dem *Belastungszeugen Fragen zu stellen*. Mit BGE 131 I 476 heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut.

Das Bundesgericht hält fest, dass der Anspruch des Angeschuldigten, den Belastungszeugen Fragen zu stellen (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK), ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ist. Es solle damit ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wurde, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen. Dieser Anspruch werde als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) auch durch Art. 32 Abs. 2 BV gewährleistet (E. 2.2 S. 480). Weiter bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach dieser Anspruch grundsätzlich absolut gilt, wenn dem streitigen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung für den Schuldspruch zukommt. In der bisherigen Praxis hat das Bundesgericht ebenfalls den Konflikt zwischen den Interessen mutmasslicher Opfer und jenen mutmasslicher Täter herausgearbeitet. Falls es die legitimen Interessen des Opfers dem Angeschuldigten verunmöglichen, sein Befragungsrecht wahrzunehmen, dürfe dies nicht zu Lasten des Anspruchs auf ein faires Verfahren gehen; vielmehr dürfe in diesem Fall nicht auf die frühere Aussage des Opfers abgestellt werden, wenn sie einziges und ausschlaggebendes Beweismittel sei.<sup>114</sup> Im vorliegenden Fall hatte die erste Befragung des Belastungszeugen ohne Mitwirkung des Angeklagten stattgefunden. In der zweiten Befragung, mehr als 4 Jahre später, weigerte sich der Zeuge, auf Ergänzungsfragen des Angeschuldigten zu antworten. Der Angeschuldigte konnte also den Beweiswert der ersten Aussage nicht in Frage stellen. Das Bundesgericht anerkennt durchaus, dass eine gleichmässige Beachtung

113 In diese Richtung auch WOLFGANG WOHLERS, AJP 5/2006, 627.

114 Vgl. BGE 129 I 151 und 125 I 127.

der Interessen von mutmasslichen Opfern wie Tätern und die Harmonisierung dieser Interessen mit den Zielen des Strafverfahrens Schwierigkeiten bieten kann, beharrt aber darauf, dass diese nicht dazu führen dürfen, dem Angeschuldigten ein faires Verfahren zu versagen (E. 2.3 S. 483 ff.). Dem ist nichts hinzuzufügen.

#### 4. Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK

Art. 6 Ziff. 1 EMRK vermittelt jeder Person Anspruch auf ein faires Verfahren, wenn Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage in Frage stehen. Mehrere Entscheide boten dem Bundesgericht Gelegenheit, den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK weiter zu konkretisieren.

In BGE 131 I 12 war vom Bundesgericht zu beurteilen, ob der *Streit um bestimmte Verkehrsbeschränkungen* eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellt. Die Frage ist von Bedeutung, weil das Bundesgericht mit BGE 126 I 213 eine Praxisänderung vollzogen und den Schutzbereich der Eigentumsgarantie ausgedehnt hatte: Strassenanstösserinnen und -anstösser können sich unter Berufung auf die Eigentumsgarantie gegen ein Verkehrsregime zur Wehr setzen, das die bestimmungsgemässe Nutzung ihres Grundstücks verunmöglicht oder übermässig erschwert.

Vorab fasst das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK zusammen. Die Garantie beschränke sich nicht auf zivilrechtliche Streitigkeiten i.e.S. (d.h. Streitigkeiten zwischen Privaten oder zwischen Privaten und dem Staat in seiner Eigenschaft als Subjekt des Privatrechts), sondern gelte auch für Verwaltungsakte einer hoheitlich handelnden Behörde, sofern diese massgeblich in Rechte und Verpflichtungen privatrechtlicher Natur eingreifen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei, dass Existenz, Inhalt, Umfang oder Art der Ausübung von aus dem innerstaatlichen Recht ableitbaren Ansprüchen oder Verpflichtungen privatrechtlicher Natur im Streit liegen. Die Streitigkeit müsse echt und ernsthafter Natur sein und deren Ausgang sich für den zivilrechtlichen Anspruch als unmittelbar entscheidend erweisen. Als zivilrechtlich gelte insbesondere eine sich im Schutzbereich der Eigentumsgarantie von Art. 26 BV abspielende Streitigkeit über die Ausübung von Ei-

gentumsrechten (E. 1.2 S. 14 f.). Einwände eines Strassenansthossers gegen Verkehrsregelungen, welche die *bestimmungsgemässe Nutzung des Grundeigentums* weder *verunmöglichen* noch *in unzumutbarer Weise erschweren*, sind dem Bundesgericht zufolge keine zivilrechtlichen Ansprüche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Eigentums-garantie (Art. 26 Abs. 1 BV) schütze den Strassenansthossler nicht vor jeder ihm lästigen Änderung des Verkehrsregimes, sondern nur vor einer solchen, die ihm die bestimmungsgemässe Nutzung seines Grundeigentums faktisch verunmöglicht (E. 1.3.2 und 1.3.3 S. 15 f.). Im Ergebnis wurde die Streitigkeit über das konkret umstrittene Verkehrsregime als reine *Verwaltungsangelegenheit* qualifiziert; der Beschwerdeführer könne aus der Eigentums-garantie daher nichts zu seinen Gunsten ableiten und habe damit auch keinen konventionsrechtlichen Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung des Falls (E. 1.3.5 S. 17).

In BGE 131 I 467 ging es um die Natur der Zulassungsprüfung zum Anwaltsberuf.<sup>115</sup> X war wegen ungenügender Leistungen in den schriftlichen Arbeiten nicht zum mündlichen Advokaturexamen zugelassen worden. Vor Bundesgericht machte er eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geltend, weil gegen den negativen Prüfungsentscheid kein Rechtsmittel an ein unabhängiges Gericht offen stehe. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab. Zwar könnten zivilrechtlichen Charakter auch jene Entscheidungen haben, mit denen einer Person die Erlaubnis zur Ausübung eines Berufs verweigert oder entzogen wird. Unter den Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche falle insbesondere auch der Widerruf oder der disziplinarische Entzug einer Berufsausübungsbewilligung (E. 2.5 S. 469 f.). Bei Berufszulassungsprüfungen unterscheidet das Bundesgericht in Anlehnung an die Praxis des Strassburger Gerichtshofs zwischen formellen Fragen der Rechtmässigkeit des Verfahrens einerseits und materiellen Fragen zur Beurteilung notwendiger (Fach-)Kenntnisse und Erfahrungen andererseits. Letztere seien nur bedingt justiziabel, weshalb keine justiziable «Streitigkeit» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gegeben sei (E. 2.6 bis 2.9 S. 470 ff.).

115 Vgl. auch die Besprechung durch PHILIPP SCHAUB, ZBJV 2006, 94 ff.

Demgegenüber stellt ein Verfahren betreffend aufsichtsrechtliche Liquidation eines überschuldeten Finanzintermediärs eine zivilrechtliche Streitigkeit dar, die in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fällt (BGE 131 II 306 E. 2.1 S. 313).

Zum Schluss ein Hinweis: Das Bundesgericht erinnert in BGE 131 I 467 daran, dass der Anspruch auf gerichtliche Beurteilung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK bereits *im kantonalen Verfahren geltend gemacht werden muss*, andernfalls ein Verzicht auf diese Rüge angenommen wird. Dies gelte selbst dann, wenn das kantonale Recht die Zuständigkeit eines Gerichts nicht vorsehe (E. 2.2 S. 469).