

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes bernois**

141. Jahrgang

Erscheint  
jeden Monat

1585

BZ 22  
10  
2005

BZ  
120  
141

**2005**

**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, Bern, Prof. Dr. ROLF BÄR, Bern, Fürsprecher  
 PETER BECK, Bern, Prof. Dr. Urs S. BEHNISCH, Zürich, Dr. FELIX BENDEL, Pully, Kantons-  
 gerichtsschreiber ROLF BRUNNER, St. Gallen, Obergerichtsschreiber FRANZ FELDER, Luzern,  
 Dr. MANUEL JAUN, Bern, Prof. Dr. GUIDO JENNY, 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. JÖRG PAUL MÜLLER,  
 Bern, Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern, Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern, Prof. Dr. HEINZ  
 REY, Aristau, Prof. Dr. PAUL RICHLI, Luzern, Prof. Dr. ROLAND SCHAER, Bern, Prof. Dr.  
 BERNHARD SCHNYDER, Freiburg, 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, Prof. Dr.  
 ULRICH ZIMMERLI, Gümliigen.

#### 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 2005  
 Printed in Switzerland  
 ISSN 0044-2127

## Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

### Band 141 (2005)

Verfasst von Dr. THERES OERTLI

#### I. Systematischer Teil

##### 1. Abhandlungen

##### 1.1 Aufsätze

- EPINEY ASTRID, Prof., Freiburg: Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens . . . . . 141/1
- GEISER THOMAS, Prof. Dr. iur., St. Gallen: Schwerpunkte in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Arbeitsrecht . . . . . 141/77
- WENGER DAVID R., lic. iur. utr., Freiburg i. Ue./Frankfurt a. M.: Einbürgerung einrichten. Probleme und Kritik eines hybriden Verfahrens. . . . . 141/153
- FORSTER MARC, Prof. Dr. iur., Lausanne/St. Gallen: Zur Abgrenzung zwischen Terroristen und militanten «politischen» Widerstandskämpfern im internationalen Strafrecht. Am Beispiel des serbisch-kosovo-albanischen Bürgerkrieges . . . 141/213
- BOMMER FELIX, Prof. Dr., Luzern: Zur Strafverfolgungspflicht der Schweiz bei Kriegsverbrechen im Ausland . . . 141/213
- EMMENEGGER SUSAN, Prof. Dr., Bern: Haftungsbeschränkung und Haftungsausschluss im Vertrauenskontext . . . 141/417
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Prof. Dr., Luzern: Die Zweckänderung bei der Stiftung, nach der Stiftungsrechtsrevision vom 8. Oktober 2004 und nach In-Kraft-Treten des Fusionsgesetzes . . . . . 141/537

<b>1.2</b>	<b>Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 und 2005, veröffentlicht in den Bänden 127, 128, 129, 130 und 131 oder im Internet abrufbar</b>	
1.2.1	<i>Referenten</i>	
	LEUENBERGER CHRISTOPH, Prof. Dr., LL.M., St. Gallen: 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (2003, Band 129, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide) . . . . .	141/32
	JAMETTI GREINER MONIQUE, Dr., Fürsprecherin, Thun/Bern: 2. Teil: Internationales Zivilprozessrecht (2003, Band 129, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide) . . . . .	141/55
	AEBI-MÜLLER REGINA E., Ass.-Prof. Dr., Luzern: Privatrecht, Personen- und Erbrecht (2004, Band 130) . . . . .	141/101
	VON BÜREN ROLAND, Prof., Bern: Wirtschaftsrecht (2003, Band 129) . . . . .	141/239
	REY HEINZ, Prof. Dr. iur., Zürich: Privatrecht, Sachenrecht (2003, Band 129) . . . . .	141/281
	KOLLER THOMAS, Prof. Dr., Bern: Miet- und Arbeitsrecht (2004, Band 130, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide) . . . . .	141/309
	JENNY GUIDO, Prof. Dr. iur., Bern: Strafrecht (2003, Band 129, ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen) . . . . .	141/349
	BEHNISCH URS R., Prof. Dr., Zürich, Bern/Basel: Steuerrecht (2002 und 2003, veröffentlicht in der amtlichen Sammlung und in Spezialzeitschriften) . . . . .	141/441
	HAUSHEER HEINZ, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Scheidungsrecht (2001–2004, Bände 127–130) . . . . .	141/549
	AEBI-MÜLLER REGINA E., Prof. Dr., Luzern: Privatrecht, Kindesrecht (2001–2004, Bände 127–130) . . . . .	141/581
	WOLF STEPHAN, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Ehe- und Vormundschaftsrecht (2001–2004, Bände 127–130) . . . . .	141/603

KÄLIN WALTER, KIENER REGINA, MÜLLER MARKUS, TSCHAN-NEN PIERRE, TSCHENTSCHER AXEL, Prof., Bern: Staatsrecht (2004 und 2005) . . . . .	141/633
VON BÜREN ROLAND, WALTER HANS PETER, Prof., Bern: Wirtschaftsrecht (2004, Band 130) . . . . .	141/750
WALTHER FRIDOLIN, Prof. Dr., LL.M., Bern: Schuldbetrei-bungs- und Konkursrecht (2003 und 2004, Bände 129 und 130 sowie weitere in den Jahren 2003 und 2004 veröffent-lichte Entscheide) . . . . .	141/821

## 1.2.2 *Kommentierte Entscheide*

### 1.2.2.1 *Bände 127, 128, 129, 130 und 131*

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

#### BAND 127 (2001)

##### *I. Teil: Staatsrecht*

**BGE 127 I 6**, ZBJV 141 S. 617; **202**, 590.

##### *III. Teil: Zivilrecht und SchKG*

**BGE 127 III 1**, ZBJV 141 S. 615; **46**, 607; **65**, 562; **68**, 592; **136**, 558; **289**, 562; **295**, 587; **383**, 600; **474**, 613; **503**, 596.

#### BAND 128 (2002)

##### *I. Teil: Staatsrecht*

**BGE 128 I 63**, ZBJV 141 S. 585; **102**, 521; **155**, 523; **240**, 451; **317**, 517.

##### *II. Teil: Verwaltungsrecht und Internationales Öffentliches Recht*

**BGE 128 II 97**, ZBJV 141 S. 605; **112**, 520; **311**, 478.

Aufgrund dieser Daten und der konkreten Umstände hätte der Viehhalter seinen Tieren einen Witterungsschutz anbieten müssen: Da die Tiere während der fraglichen – z.T. sehr heissen – Sommertage ununterbrochen auf einer schattenlosen Weide gehalten wurden, ist nach Ansicht des Bundesgerichts die Annahme zulässig, sie seien wiederholtem Hitzestress ausgesetzt gewesen.

Nicht gelten liess das Bundesgericht die Einwände des Viehhalters, die Aberdeen-Angus-Rasse sei besonders widerstands- und anpassungsfähig<sup>14</sup>, bzw. die Windexposition der fraglichen Weide führe zu einer Temperaturreduktion. Ebenso wenig liess das Bundesgericht einen Vergleich mit der Tierhaltung auf Alpweiden gelten. Vielmehr hat der Viehhalter konkret die in Bezug auf die Wärmeabsorption ungünstig gefärbten schwarzen Rinder sowohl vor hohen Temperaturen als auch vor starker Sonneneinstrahlung zu schützen. Indem er seine Tiere bei den genannten hohen Temperaturen auf einer Weide ohne Witterungsschutz belies, hat er sie nicht tiergerecht gehalten, weil er ihnen das Aufsuchen von Schatten als Schutz vor grosser Hitze und direkter Sonneneinstrahlung verunmöglichte. Ebenso hatte er damit auch seine Pflicht nach Art. 3 Abs. 2 TSchV verletzt, Mängel an den Einrichtungen, die das Befinden der Tiere beeinträchtigen, unverzüglich zu beheben oder andere geeignete Schutzmassnahmen zu treffen. Im vorliegenden Fall waren deshalb die Tiere des Viehhalters zumindest zeitweise in ihrem Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt.

Für das Bundesgericht war offensichtlich<sup>15</sup>, dass die Tiere des Viehhalters auf der fraglichen Weide ohne jeglichen Witterungsschutz im heissen Sommer 2003 völlig unrichtig gehalten wurden. Unter den gegebenen Umständen durften die Vorinstanzen darauf verzichten, die Hitzestress-Indikatoren bei den einzelnen Herdentieren individuell zu überprüfen. Umgekehrt kann aus der Abwesenheit eines einzelnen Indikators zu einem bestimmten Zeitpunkt – das vom Viehhalter geltend gemachte Fehlen eines schweiss-nassen Fells – nicht geschlossen werden, die Tiere würden eine beliebig grosse Hitze stressfrei überstehen.

Als verhältnismässig beurteilte das Bundesgericht auch die dem Viehhalter gemachte Auflage, den Tieren bei extremer Witterung einen Witterungsschutz anzubieten, denn sie lässt ihm die freie Wahl der Mittel (mobiler Schutz mit Zelt oder Wagen, feste Installation, langfristig natürlicher Schutz durch Bepflanzung, Ausweichen auf eine andere Weide etc.).

<sup>14</sup> Dass die Aberdeen-Angus-Rasse hitzeresistenter ist als andere Bos-aurus-Rassen (europäische Rinder), ist aufgrund der klimatischen Bedingungen im Herkunftsland der Angusrinder (Schottland) auch nicht zu erwarten. Vielmehr ist anzunehmen, dass bei Robustrindern die Anpassungsbreite bei höheren Temperaturen deutlich niedriger ist als bei tieferen Temperaturen.

<sup>15</sup> Aufgrund der nach Art. 105 Abs. 2 OG verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen und der Akten.

## Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005

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 2004 und 2005 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 Initialen wie folgt gekennzeichnet: WK (Walter Kälin), RK (Regina Kiener), MM (Markus Müller), PT (Pierre Tschannen), AT (Axel Tschentscher).\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (MM)

1. Garantie auf Rechtsschutz
2. Gesetzmässigkeitsprinzip
  - 2.1 Verfassungsgrundsatz
  - 2.2 Verhältnis zu Art. 164 Abs. 1 BV
3. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit
4. Handeln nach Treu und Glauben

#### II. Allgemeine Grundrechtslehren (WK)

#### III. Willkürverbot und Rechtsgleichheit (WK)

1. Verbot der Willkür und Gebot von Treu und Glauben
  - 1.1 Willkürverbot
  - 1.2 Gebot von Treu und Glauben

\* Für ihre Mitarbeit danken wir MIRJAM BALDEGGER, BEATRICE DURRER, CHRISTOPH JENNI, MATHIAS KUJIN, NINA SCHREPPER, DANIELA WYSS, SIMONE WYSS, URSULA WYSSMANN.

- 2. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot
  - 2.1 Rechtsgleichheit
  - 2.2 Diskriminierungsverbot
  - 2.3 Gleichheit der Geschlechter
- IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (WK)**
  - 1. Persönliche Freiheit
  - 2. Schutz der Privatsphäre
  - 3. Soziale Grundrechte
- V. Kommunikationsgrundrechte (AT)**
  - 1. Informations- und Pressefreiheit
  - 2. Meinungsfreiheit
- VI. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) (MM)**
  - 1. Sachlicher Schutzbereich
  - 2. Öffnung der letzten Meile
  - 3. Beschlagnahme von Hanfpflanzen
  - 4. Ablösung eines unentgeltlichen Wasserbezugsrechts
  - 5. Konfiskatorische Besteuerung
  - 6. Enteignung
    - 6.1 Formelle Enteignung
    - 6.2 Materielle Enteignung
- VII. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) (MM)**
  - 1. Öffnung der letzten Meile
  - 2. Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols
  - 3. Gleichbehandlung der Konkurrenten
    - 3.1 Ladenöffnungszeiten
    - 3.2 Zulassungsstopp für Ärzte
    - 3.3 Entschädigung von Belegärzten
- VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (PT)**
  - 1. Politische Rechte (Art. 34 BV)
    - 1.1 Wahlverfahren
    - 1.2 Initiative
    - 1.3 Einheit der Form und Einheit der Materie
    - 1.4 Finanzreferendum
    - 1.5 Behördliche Einflussnahme
  - 2. Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV)
    - 2.1 Zuständigkeit der Kantone im Asylwesen
    - 2.2 Zuständigkeit der Kantone bei der Besteuerung der Bundesbahnen
    - 2.3 Zuständigkeit der Kantone im Bereich des Arbeitnehmerschutzes
  - 3. Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV)
  - 4. Gewaltenteilung (Art. 51 Abs. 1 BV)

**IX. Staatsverträge und Konkordate (WK)****X. Verfahrensgarantien (RK)**

- 1. Allgemeine Verfahrensgarantien
  - 1.1 Anspruch auf Rechtsschutz
  - 1.2 Verbot der Rechtsverzögerung
  - 1.3 Anspruch auf Akteneinsicht
  - 1.4 Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand
- 2. Garantien in gerichtlichen Verfahren
- 3. Garantien bei Freiheitsentziehung
  - 3.1 Anwendungsbereich von Art. 31 BV
  - 3.2 Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung
  - 3.3 Aufklärungspflicht über das Recht zur Aussageverweigerung
  - 3.4 Recht auf Haftprüfung
- 4. Garantien in Strafverfahren
- 5. Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK
- 6. Einschränkung von Verfahrensgrundrechten

**I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (MM)**

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode nur selten Gelegenheit, sich eingehender mit der *Grundsatznorm* von Art. 5 BV auseinander zu setzen. Dennoch finden sich in der neusten Rechtsprechung einige weiterführende und klärende Aussagen zu Normgehalt und Normbedeutung.

**1. Garantie auf Rechtsschutz**

In BGE 130 I 388 stellte sich die Frage, ob aus Art. 5 BV («Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns»), namentlich aus dessen Absatz 1 («Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht»), ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung von polizeilichen Realakten abgeleitet werden kann. Konkret ging es um die einem Journalisten anlässlich des Weltwirtschaftsforums 2001 polizeilich verwehrte Anreise nach Davos. Auf die Beschwerde gegen diese Anordnung der Kantonspolizei Graubünden trat das kantonale Justiz-

einem weiten Auseinanderklaffen zwischen dem Freizügigkeitsbegriff des FZA und des EG-Rechts führt, was sowohl der Zielsetzung des Freizügigkeitsabkommens als auch den auf Dynamik ausgerichteten Auslegungsregeln des allgemeinen Völkerrechts (Art. 31–32 Wiener Vertragsrechtskonvention) widersprechen würde.

Im Bereich des Freizügigkeitsabkommens stellen sich auch Probleme des Verhältnisses zum ANAG. Punktuelle Klärung bringt BGE 130 II 176 zur Frage der Ausweisung des schwer straffällig gewordenen italienischen Gatten einer spanisch-schweizerischen Doppelbürgerin. Das Bundesgericht führt in einem insgesamt überzeugenden Urteil aus, die Ausweisung von Ehegatten von EU-Staatsangehörigen müsse wegen des Diskriminierungsverbotes den strengeren Anforderungen folgen, wie sie für die Ausweisung von ausländischen Ehegatten schweizerischer Staatsangehöriger gelten, zurückhaltend Anwendung finden und auf einer sorgfältigen Interessenabwägung beruhen. Im konkreten Fall bejaht es angesichts der Schwere und Skrupellosigkeit der verübten Straftaten die Zulässigkeit der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegen eines Ausweisungsgrundes.

Es kommt immer wieder vor, dass auf den gleichen Sachverhalt mehrere völkerrechtliche Verträge Anwendung finden, die sich widersprechen. Welcher Vertrag in solchen Fällen Vorrang hat, bestimmt sich grundsätzlich nach den Maximen der *lex posterior* und der *lex specialis*, lässt sich aber nicht immer nach einer fixen Regel entscheiden. In BGE 130 III 410 befasst sich das Bundesgericht mit dem Verhältnis zwischen dem schweizerisch-persischen Niederlassungsabkommen vom 25. April 1934, der Flüchtlingskonvention von 1951 und dem Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen aus dem Jahre 1961. Gemäss dem laut Niederlassungsabkommen anwendbaren iranischen Recht müsste das Sorgerecht für die Kinder nach der Ermordung der Mutter dem der Tat verdächtigten, aber (noch) nicht verurteilten Vater übertragen werden, das gemäss Flüchtlingskonvention anwendbare ZGB sieht demgegenüber in solchen Fällen die Bestellung eines Vormundes vor. Das zeitlich jüngste Minderjährigenübereinkommen entscheidet den Konflikt nicht, weil es im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits bestehende Vertragspflichten nicht berühren will. In dieser Situation gibt das Bundesgericht der im Verhältnis zum Niederlassungsvertrag zeitlich

jüngeren Flüchtlingskonvention den Vorrang und hält gleichzeitig fest, dass alle Behörden und Gerichte so lange an die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch den Bund gebunden seien, als die zuständige Behörde diese nicht förmlich aberkannt habe.

Keine neuen Wege schlägt das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Frage der direkten Anwendbarkeit des UNO-Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Pakt I) ein. In BGE 130 I 113 bestätigt das Bundesgericht, dass im Zusammenhang mit der Erhöhung von Studiengebühren an Universitäten das Recht auf Bildung gemäss Art. 13 des UNO-Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte nicht angerufen werden kann, weil es sich dabei um eine Norm handelt, die sich an den Gesetzgeber richtet und damit nicht direkt anwendbar (*non-self-executing*) ist. Immerhin ist es nun bereit, bei der Auslegung und Anwendung des einschlägigen Verfassungsrechts den Gehalt von Art. 13 Abs. 2 lit. c Pakt I mitzuberücksichtigen. Wie die aufschlussreichen Besprechungen von HANGARTNER und BAUMANN in der AJP (11/2004, S. 1250 ff. und 1402 ff.) zeigen, genügt dies aber wohl nicht, die berechtigte Kritik der Lehre verstummen zu lassen.

Beim Abschluss von Konkordaten sind die Kantone nicht verpflichtet, aus Gründen der Rechtsgleichheit eine Regelung zu treffen, welche die Adressaten gleich gut wie das analoge Bundesrecht stellt (siehe dazu vorne Ziff. III 2.1, Urteil 2P.74/2004).

## X. Verfahrensgarantien (RK)

Auch in der diesjährigen Berichtsperiode sind zahlreiche, teilweise weit reichende Urteile im Bereich der Verfahrensgarantien (Art. 29 bis 32 BV, Art. 5 und 6 EMRK) ergangen. Besondere Beachtung verdienen BGE 130 I 369 und 130 I 388, wo das Bundesgericht Regeln über den Rechtsschutz gegen Realakte aufstellt, sowie BGE 130 I 126 zur behördlichen Aufklärungspflicht über das Schweigerecht der festgenommenen Personen. Generell lässt sich feststellen, dass das Bundesgericht die Schutzgehalte der Verfahrensgrundrechte weiter ausdifferenziert; insgesamt verstärkt sich die schon in der letzten Besprechung festgestellte Tendenz, die Garantien der Bundesverfassung unabhängig von den konventionsrechtlichen Verfahrensgarantien zu konkretisieren und ihnen eigenständige Gehalte zuzusprechen.

## 1. Allgemeine Verfahrensgarantien

### 1.1 Anspruch auf Rechtsschutz

Das Verhalten der Behörden anlässlich des World Economic Forum (WEF) Davos 2001 hat zu zahlreichen Beschwerden geführt; auch im Berichtsjahr war das Bundesgericht mit der rechtlichen Aufarbeitung dieser Vorgänge befasst. Zwei Fälle gaben dem Bundesgericht Gelegenheit zur Klärung der Frage des *Rechtsschutzes gegen Realakte*.

Der als freier Journalist tätige G. versuchte am 27. Januar 2001, mit dem Postauto von Chur über Lenzerheide nach Davos zu gelangen, von wo er über die internationale Konferenz «The Public Eye on Davos» berichten wollte. Unterwegs wurde das Postauto von der Polizei angehalten, die Insassen wurden kontrolliert und an der Weiterreise nach Davos gehindert. Der in zweiter Instanz angerufene Regierungsrat des Kantons Graubünden hielt fest, die beanstandeten Polizeimassnahmen stellten Realakte dar, gegen die eine Beschwerde grundsätzlich ausgeschlossen sei. Ausgehend von Art. 13 EMRK sei indessen auch gegen verfügungsfreies Staatshandeln Rechtsschutz zu gewähren, der im vorliegenden Fall in analoger Anwendung der Regeln über die Anfechtung von Verfügungen erfolge; wegen Nichteinhaltung der entsprechenden Beschwerdefrist vor unterer Instanz wurde deren Nichteintretensentscheid bestätigt.

Vor Bundesgericht war unter anderem der Anspruch von G. auf *effektiven Rechtsschutz* strittig (BGE 130 I 369)<sup>41</sup>. Im Wesentlichen machte der mit dem Vorwurf der Fristversäumnis konfrontierte Beschwerdeführer geltend, bei der polizeilichen Kontrolle und Rückweisung handle es sich um eine Verfügung und nicht um einen Realakt, weshalb das Verwaltungsverfahrensgesetz integral und unter Einbezug der ausserordentlichen Beschwerdefrist von zwei Monaten hätte angewendet werden müssen.

Das Bundesgericht knüpft in allgemeiner Weise an den – ebenfalls im Zusammenhang mit dem WEF 2001 ergangenen – BGE 128 I 167 an, dem zufolge für die Beurteilung genügenden Rechtsschutzes von Art. 13 EMRK auszugehen sei. Im vorliegenden Fall zähle das

<sup>41</sup> Vgl. dazu auch die Darstellung des Entscheides durch MARKUS FELBER, SJZ 100 (2004) 568 f.

umstrittene Handeln der Polizei (Kontrolle der Passagiere und Rückweisung) formal zu den Realakten und damit zum verfügungsfreien Staatshandeln, und stelle folglich keine Verfügung dar; daran ändere auch der Umstand nichts, dass die polizeilichen Massnahmen den Beschwerdeführer in verfassungsmässigen Rechten berührten. Bei Realakten sei der einzuschlagende Rechtsweg nicht immer einfach und klar vorgegeben, vielmehr sei im Einzelfall zu prüfen, welche Form der Beanstandung in Betracht komme. Dabei sei so weit als möglich von der bestehenden Rechtsordnung auszugehen, wozu sich das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht anbiete; da dieses aber an der Verfügung als Anfechtungsobjekt anknüpfe, sei eine *analoge Anwendung des Verfahrenserlasses* sachgerecht, die Erwägungen der Vorinstanz mithin nicht zu beanstanden (E. 6, S. 376 ff.).

Damit erweisen sich Realakte im Grundsatz als anfechtbar. Dieser Schritt mag erstaunen, hatte das Bundesgericht im Entscheid BGE 128 I 167 die (sinngemässe) Anwendung der einschlägigen Verwaltungsrechtspflegeerlasse doch implizit noch ausgeschlossen, da diese regelhaft einen förmlichen Rechtsakt als Anfechtungsobjekt voraussetzen würden, und stattdessen «verschiedene Wege» als denkbar bezeichnet, insbesondere die Einforderung von Schadenersatz oder Genugtuung oder das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung, mit Einschränkungen auch die Aufsichtsbeschwerde. Im Fall des Journalisten G. hatten die Bündner Behörden alle vom Bundesgericht abstrakt vorgeschlagenen Varianten durchgespielt und schliesslich die analoge Anwendung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes als einzige konventionskonforme Lösung erachtet. Das Bundesgericht hat diese Vorgehensweise nun geschützt. Wie weit die Analogie in der Heranziehung der Verwaltungsrechtspflegeerlasse reicht, wird im Einzelnen noch zu klären sein; nicht disponibel sind jedenfalls die allgemeinen Verfahrensgrundrechte, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV).

Dazu ein Hinweis: Für Realakte, denen öffentliches Recht des Bundes zugrunde liegt, sieht der im Zusammenhang mit der Revision der Bundesrechtspflege geänderte Art. 25a VwVG nun vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen von der durch Realakt handelnden Behörde eine Verfügung verlangt werden kann.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Die Referendumsvorlage findet sich in BBl 2005, 4093 ff.

In BGE 130 I 388 hatte das Bundesgericht – ausgehend vom gleichen Sachverhalt wie in BGE 130 I 369, diesmal aber mit dem Journalisten K. als Akteur – die Frage zu überprüfen, ob ein (grundrechtlicher) Anspruch auf *gerichtliche* Überprüfung von Realakten besteht.<sup>43</sup> Das kantonale Verwaltungsgericht war auf die Beschwerde von K. mit der Begründung nicht eingetreten, dass sich in diesem Fall weder dem Bundesverfassungsrecht noch der EMRK ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung entnehmen lasse; insbesondere seien keine zivilrechtlichen Ansprüche im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Spiel.

Im Verfahren vor Bundesgericht war als Erstes die Frage zu beantworten, ob sich aus der *Bundesverfassung* ein genereller Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz ergibt, wie dies der Beschwerdeführer geltend machte. Diese Frage wird vom Bundesgericht in einer schrittweisen Prüfung – und mit Recht – verneint: Zwar zähle zur Rechtsstaatlichkeit auch der Rechtsschutz, doch lasse sich aus dem *allgemeinen Verfassungsgrundsatz der Rechtsstaatlichkeit* (Art. 5 BV, «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns») kein Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz ableiten. Auch aus den *materiellen Grundrechtsgarantien* (Art. 7 bis 34 BV) ergebe sich keine entsprechende Garantie. Weiter fehlten auch die Voraussetzungen, diesen Anspruch als *ungeschriebenes Grundrecht* zu anerkennen, gehöre doch zum Rechtsschutz nach schweizerischer Tradition sowohl der verwaltungsinterne wie auch der gerichtliche Rechtsschutz<sup>44</sup>, und effektiver Rechtsschutz könne auch durch verwaltungsinterne Justizbehörden geleistet werden, was sich nicht zuletzt aus Art. 13 EMRK ergebe. Für eine Anerkennung des gerichtlichen Rechtsschutzes als ungeschriebenes Grundrecht bestehe umso weniger Anlass, als mit Art. 29a BV eine entsprechende geschriebene Grundrechtsgarantie auf Verfassungsstufe angenommen worden sei, welche zwar ein Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz, aber auch Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz vorsieht. Und schliesslich gehe auch die *Bundesverfassung selber* vom Bestand verwaltungsinternen Rechtsschutzes aus, gälten doch die allgemeinen Verfahrensgarantien des Art. 29 BV so-

43 Die materiellrechtlichen Aspekte dieses Entscheids werden vorne in Ziff. I/1 besprochen.

44 Vgl. zur Problematik auch MARKUS MÜLLER, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken, ZBJV 140 (2004) 161 ff., 177.

wohl für gerichtliche wie für nicht gerichtliche Verfahren, während Art. 30 BV auf Verfahren vor Gerichtsinstanzen beschränkt sei (E. 4, S. 391 ff.).

Breiten Raum nimmt die Prüfung der Frage ein, ob der Journalist K. durch die umstrittene polizeiliche Anordnung in *zivilrechtlichen Ansprüchen im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK* betroffen ist und eine gerichtliche Überprüfung deshalb konventionsrechtlich geboten gewesen wäre (E. 5, S. 394 ff.). Die differenzierten Ausführungen des Bundesgerichts können hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Interessant sind aber folgende Erwägungen: Im Gegensatz zu den Ausführungen der kantonalen Vorinstanz hält das Bundesgericht fest, dass die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht allein deswegen ausgeschlossen werden könne, weil *Massnahmen der inneren Sicherheit* in Frage stünden. Mit dieser eigenständigen, über den aktuellen Stand der Strassburger Rechtsprechung hinausgehenden Auslegung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK knüpft das Bundesgericht an die mit BGE 125 II 417 (aus Staatsschutzgründen erfolgte Einziehung von Propagandamaterial der PKK) begründete Rechtsprechung an (E. 5.2, S. 396 f.). In der Folge wird die Frage geprüft, ob ein civil right im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK betroffen ist. Die vom Beschwerdeführer ins Feld geführte *Beeinträchtigung des guten Rufes* erreicht dem Bundesgericht zufolge den Grad der Erheblichkeit jedoch nicht, um den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu aktivieren (E. 5.3, S. 397 f.). Vorsichtiger formuliert und klar auf den zu beurteilenden Fall bezogen, sind die Erwägungen zur Frage, ob sich die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit und der Meinungsfreiheit auf die *berufliche Stellung* und damit auf ein civil right auswirken. Zwar hält das Bundesgericht im Ergebnis fest, dass die Auswirkungen der staatlichen Massnahme zu wenig konkret seien, um eine hinreichende Betroffenheit im civil right «Berufsausübung» zu begründen (E. 5.3, S. 398 f.). Das Bundesgericht scheint den Konnex indessen nicht per se zu verneinen, nehmen die in der Entscheidungsgründung gewählten Formulierungen doch stark Bezug auf die offenbar nur allgemein gehaltenen und teilweise nicht belegten Ausführungen des Beschwerdeführers; jedenfalls scheint nicht ausgeschlossen, dass eine differenziertere Beschwerdebegründung allenfalls zu einem anderen (oder jedenfalls weniger klaren) Ergebnis geführt hätte.



## 1.2 Verbot der Rechtsverzögerung

Auffällig zahlreich sind die Entscheide zum Verbot der Rechtsverzögerung, wie es für das Verfassungsrecht in Art. 29 Abs. 1 BV und konventionsrechtlich in Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantiert ist.<sup>45</sup>

Zwei Entscheide befassen sich – aus jeweils unterschiedlicher Optik – mit der Bedeutung des Rechtsverzögerungsverbots für den Gesetzgeber.

Im August 2003 beschloss der Zürcher Kantonsrat eine Teilrevision des kantonalen Steuergesetzes; das Änderungsgesetz ist mit keiner Bestimmung über das Inkrafttreten versehen. Im Dezember des gleichen Jahres legte der Regierungsrat des Kantons Zürich das Inkrafttreten auf den 1. Januar 2006 fest. Dagegen wurde beim Bundesgericht Beschwerde unter anderem wegen Rechtsverzögerung erhoben (BGE 130 I 174)<sup>46</sup>. Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass sich das Verbot der Rechtsverzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) auf Rechtsanwendungsverfahren, nicht aber auf *Rechtsetzungsverfahren* bezieht. In Anlehnung an die Lehre zieht das Bundesgericht in Erwägung, eine Anrufung des Verfassungsrichters auch gegenüber dem Gesetzgeber zuzulassen, sofern es um die Nichterfüllung einer präzise umschriebenen verfassungsrechtlichen Rechtsetzungspflicht gehe. Im Ergebnis wird die Frage aber offen gelassen, da im vorliegenden Fall nicht die Untätigkeit des Gesetzgebers, sondern das Datum der Inkraftsetzung einer beschlossenen Regelung zur Debatte stand (E. 2.2, S. 177 f.).

Ganz anders präsentiert sich die Ausgangslage im zweiten Entscheid: Der Grosse Rat des Kantons Genf beschloss eine dringliche Änderung des Gerichtsorganisationsgesetzes, welche dem kantonalen Sozialversicherungsrecht erlaubt, bis zur Wahl der gesetzlich erforderlichen Beisitzer ausnahmsweise mit drei Richtern und ohne die erforderlichen zwei Beisitzer zu urteilen (BGE 130 I 226). Dieser Erlass wurde wegen Verletzung der politischen Rechte beim Bundesgericht angefochten. Aus einer verfahrensrechtlichen Optik ist vor

<sup>45</sup> Für eine Zusammenfassung der Rechtsprechung zu den Beurteilungskriterien und allfälligen Sanktionen vgl. etwa BGE 130 I 312 E. 5, S. 331 ff., für die prozessuale Durchsetzung der Rüge fehlender Berücksichtigung bei der Strafzumessung vgl. BGE 130 IV 54 E. 3.3.2, S. 55 f.

<sup>46</sup> Vgl. zu diesem Entscheid auch vorne III/1.1 sowie die Besprechung durch Yvo HANGARTNER, AJP/PJA 2004, 1545 ff.

allem eine Erwägung interessant: Nach Massgabe des kantonalen Rechts setzt die – auf die gesetzliche Dringlichkeitsklausel gestützte – Abweichung vom fakultativen Referendum eine Dringlichkeitssituation voraus. Das Bundesgericht legt die Dringlichkeitsklausel implizit im Licht des verfassungsrechtlichen Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsverbots aus; die Massnahme diene offensichtlich der Verhinderung von Rechtsverzögerungen und damit dem Funktionieren der Rechtspflege (E. 3, S. 231 f.).

Grundrechtsdogmatisch zeigen die beiden Entscheide exemplarisch die unterschiedlichen *Dimensionen der Grundrechte* auf. Während der erste Entscheid die subjektiv-rechtliche, anspruchsbegründende Dimension anspricht (und die Frage beantwortet, ob der Einzelne im Gesetzgebungsverfahren einen justiziablen Anspruch auf Geltung des Rechtsverzögerungsverbots hat), berührt der zweite Entscheid allein die objektiv-rechtliche Dimension. Ohne ausdrücklich auf die Norm hinzuweisen, legt das Bundesgericht seinem Entscheid Art. 35 BV zugrunde: Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist gehalten, zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen. Der Gesetzgeber ist folglich durch die Grundrechte bei der Gestaltung des Gesetzesrechts in die Pflicht genommen, schon bevor dieses Recht für den Einzelnen zu konkreten Beeinträchtigungen führt. Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte bindet aber nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch die Gerichte und andere rechtsanwendenden Behörden; sie sind – unabhängig von subjektiv-rechtlichen Ansprüchen – zu einer grundrechtsfreundlichen Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts verpflichtet. Dieser Aspekt umfassender Grundrechtsverwirklichung zeigt sich auch in BGE 130 III 42; hier hat das Bundesgericht das in Art. 8a SchKG<sup>47</sup> garantierte Einsichtsrecht einstiger Parteien des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu Recht auch im Licht von Art. 29 Abs. 2 BV (Recht auf Akteneinsicht) ausgelegt.

X. war 1991 vom Strafgericht des Kantons Zug unter anderem zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 18 Monaten verurteilt worden, zudem wurde ein im Jahr 1990 gewährter bedingter Vollzug einer zehntägigen Haftstrafe widerrufen. Der Vollzug beider Freiheitsstrafen wurde indessen zugunsten einer ambulanten Behandlung aufgeschoben und der Verurteilte unter Schutzaufsicht gestellt. Im Jahr 2003 wurde die ambulante Behandlung endgültig als gescheitert eingestellt, worauf das

<sup>47</sup> SR 281.1.

kantonale Obergericht den Vollzug anordnete. Vor Bundesgericht rügte X. eine Verletzung des Beschleunigungsgebots (BGE 130 I 269).

Während die Vorinstanz die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und – da die Verfassungsnorm keinen weitergehenden Gehalt entfalte – auch von Art. 29 BV verneint hatte, lässt das Bundesgericht die Frage der Anwendbarkeit der Konventionsbestimmung letztlich offen, hält aber mit Blick auf die verfassungsrechtliche Garantie fest, das in Art. 29 Abs. 1 BV verankerte Beschleunigungsgebot gelte in sämtlichen Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden und damit auch im *Strafvollzug* (E. 2, S. 271 ff.). Für die Festlegung der angemessenen Frist könnten indessen die für die Strafverfolgung geltenden Grundsätze nicht unbesehen übernommen werden. Vielmehr gelte es abzuwägen zwischen den Anliegen der beförderlichen Behandlung von rechtlichen Angelegenheiten einerseits und dem rechtsstaatlichen Anliegen der Vollstreckung von Strafurteilen andererseits; diese Abwägung sei durch den Gesetzgeber mit Festlegung der Vollstreckungsverjährung (Art. 73 ff. StGB) getroffen worden. Bis zum Ablauf dieser Frist könne eine rechtskräftige Strafe deshalb vollstreckt werden, und das Beschleunigungsgebot sei jedenfalls nicht bereits dann verletzt, wenn eine Strafe erst kurz vor Ablauf der Vollstreckungsverjährung vollzogen werde. Gleiches gelte, wenn der Vollzug zugunsten einer ambulanten Massnahme vorerst aufgeschoben, dann aber innerhalb derjenigen Verjährungsfrist angeordnet werde, die ohne Strafaufschub gelten würde. Unzumutbar lange könne allenfalls die Dauer einzelner Verfahrensschritte im Rahmen der Vollzugsanordnung sein (E. 3, S. 273 ff.). Im vorliegenden Fall war die absolute Vollstreckungsverjährung noch nicht eingetreten. Da kein besonderes Fehlverhalten der Behörden vorlag, für die Anordnung des Strafvollzugs vielmehr das Verhalten des Beschwerdeführers selber kausal war, erachtet das Bundesgericht das Beschleunigungsverbot nicht als verletzt (E. 4, S. 275 ff.).

### 1.3 Anspruch auf Akteneinsicht

Im Verfahren der militärischen Personensicherheitsprüfung wurde die Befragung auf Tonträger (Minidisc) aufgenommen; das Ergebnis der Befragung wurde in der Verfügung zusammengefasst, welche sich zum Ergebnis der Prüfung äusserte. Die Rekurskommission VBS hielt fest, die in den Akten liegende Tonaufzeichnung stelle eine unzulässige Art der Protokollierung dar; das Protokoll müsse in

schriftlicher Form vorliegen und von den Parteien unterzeichnet sein. Das vom Departement mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufene Bundesgericht heisst die dagegen erhobene Beschwerde gut (BGE 130 II 473).

Im vergangenen Jahr hatte das Bundesgericht den als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) garantierten Anspruch auf Akteneinsicht um eine Facette erweitert und einen Anspruch auf *Aktenvollständigkeit* begründet (BGE 129 I, 85): Im Strafverfahren müssen die Beweismittel in den Untersuchungsakten vorhanden sein und es muss aktenmässig belegt sein, wie diese produziert wurden.<sup>48</sup> Im vorliegenden Entscheid hält das Bundesgericht nun klärend fest, dass sich dieser Anspruch auf *alle Verfahrensarten* erstreckt und deshalb auch im Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommt (E. 4.1, S. 477). Der Anspruch hat zur Folge, dass entscheidrelevante Tatsachen und Ergebnisse *schriftlich* festzuhalten sind. Früher schon hatte das Bundesgericht entschieden, dass eine Protokollierungspflicht für *Gerichtsverhandlungen* besteht, die sich auf die für die Entscheidungsfindung im konkreten Fall wesentlichen Punkte beschränken könne;<sup>49</sup> für das *Strafverfahren* müssen mindestens die wesentlichen Zeugenaussagen im Protokoll schriftlich festgehalten werden.<sup>50</sup> Im *Verwaltungsverfahren*, so der vorliegende Entscheid mit Verweis auf die Lehre, ergebe sich eine Protokollierungspflicht im Sinn einer Niederschrift der mündlichen Äusserungen nach ihrem wesentlichen Inhalt. Der Umfang der Protokollierungspflicht sei dabei mit Rücksicht auf die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu beurteilen (E. 4.2 bis 4.4, S. 477 ff.). Bei Sicherheitsüberprüfungen sei aufgrund der besonderen Umstände den Anforderungen des rechtlichen Gehörs Genüge getan, wenn der *wesentliche Inhalt des Gesprächs* schriftlich festgehalten werde, wenn der Betroffene im Rahmen des Akteneinsichtsrechts Gelegenheit erhalte, neben den Schriftstücken auch die unter anderem als Beweismittel verwendbaren Tonbänder im ganzen Umfang und im Original zu hören, und er sich dazu uneingeschränkt äussern könne. Das rechtliche Gehör sei bei solchem Vorgehen nur dann verletzt, wenn lediglich die schriftliche Zusammenfassung des Gesprächs und nicht auch die Original-Tonaufzeichnungen desselben zu

48 BGE 129 I 85 E. 4.1, S. 88 f., vgl. dazu die Besprechung in ZBJV 140 (2004) 678 f.

49 BGE 124 V 389 E. 4, S. 390 f.

50 BGE 126 I 15 E. 2a/bb, S. 17 f.

den Akten gelegt würden. Eine nachträgliche und vollständige schriftliche Übertragung des auf Tonträger gespeicherten Gesprächs sei nicht erforderlich (E. 4.5 und E. 5, S. 479 ff.).

#### 1.4 Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand

X. (Mutter von Y.) verlangte, es sei ihr die – zu einem früheren Zeitpunkt entzogene – elterliche Obhut wieder zu übertragen, und stellte in diesem Zusammenhang den Antrag, es sei ihr für das eingeleitete Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr Anwalt sei zum unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen. Dieses Begehren wurde letztinstanzlich durch das Obergericht des Kantons Aargau abgewiesen. Das Bundesgericht befasst sich sowohl mit dem Anwendungsbereich der Verfassungsnorm als auch mit deren Bedeutung für den vorliegenden Fall und heisst die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV gut (BGE 130 I 180).

In Bestätigung seiner bisherigen Praxis hält das Bundesgericht fest, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich in *allen staatlichen Rechtsanwendungsverfahren* in Betracht fällt;<sup>51</sup> damit ist die in BGE 111 Ia 5 geäusserte Ansicht *überholt*, für das Verfahren zur Entziehung der elterlichen Gewalt vor der erstinstanzlichen vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde bestehe generell kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (E. 2.2, S. 182 ff. und E. 3.3, S. 184 f.). In der Sache werden die materiellen Voraussetzungen als gegeben erachtet: In Anbetracht der komplexen, von einem juristischen Laien nur schwer überblickbaren Verhältnisse verbiete sich die Annahme, eine anwaltliche Vertretung sei nicht notwendig; im Gegenteil seien die sich stellenden Fragen heikel und vielschichtig, und ihre Beantwortung sei für Mutter, Tochter und Pflegemutter von erheblicher persönlicher Bedeutung (E. 3.3.2, S. 185).

## 2. Garantien in gerichtlichen Verfahren

Im Gegensatz zu anderen Jahren finden sich in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtentscheide kaum Urteile zur Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 30 BV).<sup>52</sup>

51 Zuletzt BGE 128 I 225.

52 BGE 130 I 366 betr. Anspruch auf den gesetzlichen Richter, BGE 130 III 285 mit Erwägungen zum Anspruch auf den Wohnsitzgerichtsstand.

## 3. Garantien bei Freiheitsentziehung

### 3.1 Anwendungsbereich von Art. 31 BV

Die in Art. 31 BV verankerten Rechte sind von ihrer Schutzrichtung her auf Freiheitsentziehungen zugeschnitten, auf blosser Freiheitsbeschränkungen finden sie keine Anwendung. Das Bundesgericht stellt denn auch fest, dass eine polizeiliche Zugangsverweigerung und Wegweisung zwar eine Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit, aber keinen Freiheitsentzug im Sinn von Art. 31 BV (bzw. Art. 5 EMRK) darstellt (BGE 130 I 369 E. 2, S. 372 ff.).

### 3.2 Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung

A. stellte unter falscher Identität ein Asylgesuch, das letztinstanzlich abgewiesen wurde. In der Folge galt A. als verschwunden. Ein Jahr später wurde er angehalten und in Ausschaffungshaft genommen. A. gab an, er habe die Schweiz nach dem Asylverfahren verlassen, um in seiner Heimat die für die Heirat mit der Schweizer Bürgerin C. erforderlichen Papiere zu beschaffen. Seit anderthalb Jahren habe er bei seiner Verlobten gelebt und in der Schweiz das Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet. Das Haftgericht bestätigte die Ausschaffungshaft und genehmigte später auch eine Haftverlängerung. Die Ausschaffung von A. scheiterte zweimal an seiner Weigerung, das Flugzeug zu besteigen. A. gelangt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, unter anderem mit dem Antrag, er sei aus der Haft zu entlassen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut (BGE 130 II 56).

Das Bundesgericht stellt fest, dass die freiwillige Rückkehr von A. nach Mali jederzeit möglich wäre. Der Wegweisungsvollzug scheitere allein an der Weigerung des A. und jener seines Heimatstaates Mali, die zwangsweise Rückführung seiner Staatsangehörigen zu dulden. Das Bundesgericht beurteilt den Fall in erster Linie nach Massgabe des Gesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG<sup>53</sup>). Aber auch aus der menschenrechtlichen Optik von Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK erscheine die Fortsetzung der Ausschaffungshaft als *unzulässig*. Sinn und Zweck der Ausschaffungshaft sei

53 SR 142.20.

es, die zwangsweise Ausschaffung sicherzustellen und nicht in erster Linie, den Ausländer durch eine Beugehaft dazu anzuhalten, freiwillig auszureisen, auch wenn darin ein erwünschter Nebeneffekt der Festhaltung liegen möge. Zwar sei unter engen Voraussetzungen eine Haft auch «zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung» (Art. 5 Ziff. 1 Bst. b EMRK) zulässig; doch müsse eine solche *verhältnismässig* sein. Je länger die Haft andauere, desto gewichtiger müssten die öffentlichen Interessen an ihrer Aufrechterhaltung sein, und desto sorgfältiger seien diese – auch bei der Weigerung des Ausländers zu kooperieren – abzuwägen (E. 4.2.3, S. 62 f.). A. sei mit einer Schweizerin liiert und habe sich – mit Ausnahme der illegalen Einreise und dem bislang unbewilligten Aufenthalt in der Schweiz – nichts zuschulden kommen lassen. Da er sich mittlerweile mehr als vier Monate in Haft befinde und eine zwangsweise Ausschaffung nicht realistisch sei, dürfe seine Festhaltung nicht allein in der vagen Hoffnung aufrechterhalten werden, dass er das Land doch noch freiwillig verlassen werde (E. 4.2.4, S. 63 f.).

Im Ergebnis erweist sich die Ausschaffungshaft also jedenfalls dann als unverhältnismässig, wenn die Ausweisung in absehbarer Zeit nicht vollzogen werden kann. Wie der vorliegende Fall zeigt, kann die Unmöglichkeit der Ausschaffung auch darauf beruhen, dass sich ein Ausländer einer an sich möglichen Ausschaffung gewaltsam widersetzt. Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung sind dem Bundesgericht offensichtlich bewusst (E. 4.2.4, S. 63 f.): «Es wird gegebenfalls am Gesetzgeber liegen zu prüfen, ob und inwiefern das bestehende gesetzliche Instrumentarium zu ergänzen ist, um Fällen der vorliegenden Art künftig angemessener Rechnung tragen zu können.»

Auch in BGE 130 II 377 war die Verfassungsmässigkeit einer Ausschaffungshaft zu beurteilen. Der nach eigenen Angaben aus Guinea-Bissau stammende X. stellte in der Schweiz ein Asylgesuch, auf das nicht eingetreten wurde; X. habe ohne entschuld bare Gründe keine Reisepapiere oder andere Dokumente abgegeben, die seine Identifikation erlauben würden. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Einen Monat später stellte X. ein Gesuch um Nothilfe und erklärte, sich den Behörden in der ihm zugewiesenen Notunterkunft zur Verfügung halten zu wollen. Er wurde gleichentags verhaftet, wegen illegalen Verbleibs verurteilt und in Ausschaffungshaft genommen. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde machte X. unter anderem eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK geltend. Das Gericht weist die Beschwerde ab.

Auch dieser Entscheid wird im Wesentlichen gestützt auf das einschlägige Gesetzesrecht entschieden. Aus menschenrechtlicher Optik wird festgehalten, Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK setze nicht voraus, dass für einen rechtmässigen Freiheitsentzug eine *konkrete* Untertauchgefahr bestehen müsse. Zwar habe das Bundesgericht rein passives Verhalten bei der Papierbeschaffung zur Annahme einer Untertauchungsgefahr im Sinn von Art. 13b Abs. 1 Bst. c ANAG bislang nicht genügen lassen, doch habe der Gesetzgeber die entsprechenden Voraussetzungen nun gerade in Reaktion hierauf verschärft und eine verstärkte Mitwirkungspflicht vorgesehen, welche das passive Verhalten einer aktiven Vereitelung gleichsetze (Art. 13b Abs. 1 Bst. c und Art. 13f ANAG [E. 3.2.2, S. 382 f.]). Im vorliegenden Fall sei nun konkret zu befürchten, dass X. sich der Ausschaffung entziehen werde. Gestützt wird diese Annahme auf den Umstand, dass X. sich trotz rechtskräftiger Ausweisungsverfügung geweigert habe, in seine angebliche Heimat zurückzureisen; seinen Angaben zufolge stamme er aus Guinea-Bissau, kenne aber kein Wort der dortigen Amtssprache und könne keine substanziellen Aussagen zu diesem Land machen; auch habe er zu seinem Reiseweg widersprüchliche Aussagen gemacht. Vor diesem Hintergrund bestehe keine Gewähr dafür, dass er sich – wie von ihm behauptet – nunmehr den Behörden zur Verfügung halten und im Rahmen des zwangsweisen Vollzugs mit diesen zusammenarbeiten werde. Dass er sich zwecks Nothilfe freiwillig bei den Behörden gemeldet hatte, ändere daran nichts (E. 3.3.3, S. 386 f.).

### 3.3 Aufklärungspflicht über das Recht zur Aussageverweigerung

Eine weitere Klärung der Rechte der von einer Freiheitsentziehung Betroffenen bringt BGE 130 I 126. X. war durch die Justizbehörden des Kantons Aargau unter anderem des Betrugs und der Vergewaltigung für schuldig und zu einer Zuchthausstrafe von 18 Monaten unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs verurteilt worden. Vor Bundesgericht macht er geltend, er sei bei seinen Einvernahmen nicht umfassend über seine Verteidigungsrechte informiert worden, insbesondere nicht über sein Schweigerecht. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Dass der Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen, ist

in Art. 14 Ziff. 3 Bst. g UNO-Pakt II anerkannt. Das Recht, zu schweigen und sich nicht selber belasten zu müssen, wird in Lehre und Rechtsprechung auch aus Art. 6 Ziff. 1 EMKR abgeleitet. Das Bundesgericht deutet an, dass sich auch aus der Bundesverfassung eine entsprechende Garantie ergibt, lässt aber offen, ob das Aussageverweigerungsrecht Ausfluss der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV) ist oder sich aus den Verteidigungsrechten der angeklagten Person (Art. 32 Abs. 2 BV) ergibt. Mit dem vorliegenden Entscheid hält das Bundesgericht aber fest, dass sich direkt aus Art. 31 Abs. 2 BV die *Pflicht* der Behörden ergibt, die *festgenommene Person* unverzüglich über ihr Aussageverweigerungsrecht *aufzuklären* (E. 2, S. 128 ff.).

Ausgehend von der *formellrechtlichen Natur* der Aufklärungspflicht untersucht das Bundesgericht die Frage nach den Rechtsfolgen einer Unterlassung. Es hält fest, dass die in Unkenntnis des Schweigerechts gemachten Aussagen *grundsätzlich nicht verwertbar* seien. Allerdings bestehe *kein absolutes Verwertungsverbot*; ausnahmsweise könnten auch die in Verletzung der Aufklärungspflicht gemachten Aussagen verwendet werden. Eine Ausnahme sei insbesondere dann zu machen, wenn die festgenommene Person ihr Schweigerecht gekannt habe; davon sei beispielsweise auszugehen, wenn der Beschuldigte in Anwesenheit seines Anwalts angehört worden sei. Je schwerer die zu beurteilende Straftat sei, umso eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten; dabei sei mitzuberücksichtigen, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg hätte erreicht werden können (E. 3.1 bis 3.3, S. 131 ff.). Im vorliegenden Fall hatten die umstrittenen Einvernahmen ohne Beisein eines Anwalts stattgefunden; damit erweise sich der grundrechtliche Informationsanspruch als verletzt. Da keine überwiegenden öffentlichen Interessen geltend gemacht worden seien, gelte das Verwertungsverbot. Dieses sei durch den Angeschuldigten auch nicht etwa durch Zuwarten verwirkt worden (E. 3.4, S. 133).

Der Entscheid auferlegt den Behörden eine prinzipielle Aufklärungspflicht; er ist von daher klar zu begrüssen. Nicht durchdacht ist die – aus der konkreten Haftsituation heraus erfolgte – systematische Einordnung der Garantie bei Art. 31 Abs. 2 BV<sup>54</sup>. Es lässt sich kaum

<sup>54</sup> Kritisch auch die Besprechung durch HANS VEST/ANDREAS EICKER, AJP/PJA 7 (2005) 883 ff.

halten, dass die Aufklärungspflicht einzig in Fällen des Freiheitsentzugs gegeben ist. Dem Schutzziel der Aufklärungspflicht entsprechend, muss die Garantie vielmehr *in allen Strafverfahren* gegeben sein, und damit auch in Situationen, die nicht mit einer Verhaftung der beschuldigten Person einhergehen. Richtig erscheint die Zuordnung der Aufklärungspflicht bei Art. 32 Abs. 2 BV, wonach jede angeklagte Person Anspruch darauf hat, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden, und sie die Möglichkeit haben muss, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen.

Nicht zu überzeugen vermag der Entscheid auch mit Blick auf die Tragweite der Ausnahmen zum Verwertungsverbot. Hier wird den Behörden ein grosser Ermessensspielraum belassen.<sup>55</sup> Bezüglich der *Gewichtung* der einem Verwertungsverbot entgegenstehenden öffentlichen Interessen lässt es der Entscheid mit einer vagen Formulierung bewenden («Je schwerer die zu beurteilende Straftat, ...»). Es würde doch interessieren, welche Straftaten, oder welcher Typus von Straftaten, oder jedenfalls welche Maximalstrafe die Integrität des im Spiel stehenden Verfahrensgrundrechts zu relativieren vermögen.

Mit Blick auf das – relativierende – Kriterium der hinreichenden individuellen *Kenntnis des Schweigerechts* stellt sich die Frage, ob es im Rechtsstaat tatsächlich dem Angeschuldigten bzw. seinem Anwalt obliegt, für die Einhaltung der Verfahrensgrundrechte besorgt zu sein, oder ob der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 9 BV) nicht vielmehr bedeutet, dass sich der Angeschuldigte auf die Einhaltung der Standards minimaler Fairness durch die Behörden verlassen darf. Im Übrigen kann die vom Bundesgericht vorgenommene Relativierung der Aufklärungspflichten nur dann verfassungskonform sein, wenn sichergestellt ist, dass dem Angeschuldigten umgehend ein Anwalt zur Seite gestellt wird und vorher keine Befragungen stattfinden.

<sup>55</sup> Der Entscheid wird in der Lehre kritisch besprochen, vgl. ausführlich JEANINE DE VRIES REILINGH, AJP/PJA 11 (2004) 1432 ff., sowie LAURENT MOREILLON, Quelques récents aspects des droits de la défense dans l'enquête pénale, RJJ 2004, 77 ff., 82 f. und MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern 2005, 30.

Verwirrung stiftet die Aussage, wonach bei der Interessenabwägung mitzuberücksichtigen sei, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig sei und auf gesetzmässigem Weg hätte erreicht werden können. Diese «Heilung» mag im Zusammenhang mit Telefonabhörungen allenfalls angehen,<sup>56</sup> macht im Zusammenhang mit Verletzungen der Aufklärungspflicht indessen keinen Sinn: Nachdem die Verfassung ein Schweigerecht mit einem prinzipiellen Verwertungsverbot rechtswidrig erlangter Aussagen statuiert, hätten die umstrittenen Aussagen rechtmässig ja nur dann erlangt werden können, wenn der Betroffene auf sein Schweigerecht hingewiesen worden wäre. Soll die Ausnahme vom Verwertungsverbot zur Anwendung kommen, ist dies aber gerade nicht der Fall, setzt die Interessenabwägung doch logisch voraus, dass der Hinweis auf das Schweigerecht unterblieben ist. Nimmt man die Aussage des Bundesgerichts zum Nennwert, hat sie folgende Konsequenzen: Wäre der Betroffene auf sein Schweigerecht hingewiesen worden, wären allfällige Aussagen rechtmässig gewesen und hätten darum verwendet werden dürfen; folglich dürfen alle Aussagen verwendet werden, da sie ja rechtmässig hätten erlangt werden können. Die Klärung dieser Widersprüchlichkeit bleibt das Bundesgericht vorderhand schuldig.

### 3.4 *Recht auf Haftprüfung*

Im Rahmen fürsorglicher Freiheitsentziehung (FFE) wurde X. in eine psychiatrische Klinik eingewiesen. Ihr Entlassungsgesuch wurde im August 2003 abgelehnt, zuletzt durch das Bundesgericht im Dezember 2003. Nach Erhalt des bundesgerichtlichen Urteils stellte X. ein weiteres Gesuch um sofortige Aufhebung des FFE und Entlassung aus der Klinik; dieses wurde im Juni 2004 kantonale letztinstanzlich abgewiesen, das Bundesgericht wies die dagegen eingebrachten Rechtsmittel im November 2004 ebenfalls ab. Im Juni 2004 verlangte X. wiederum ihre Entlassung; auf dieses Gesuch wurde nicht eingetreten, im August 2004 wies das kantonale Verwaltungsgericht auch die gegen den Nichteintretensentscheid erhobene Beschwerde ab. X. gelangt ein drittes Mal an das Bundesgericht. Dieses weist die Beschwerde ab (BGE 130 III 729).

<sup>56</sup> Vgl. BGE 120 Ia 314.

Mit Blick auf die Garantien von Art. 31 Abs. 4 BV und Art. 5 Ziff. 4 EMRK und die einschlägige Praxis und Lehre hält das Bundesgericht fest, dass die in eine Anstalt Eingewiesenen das Recht auf Stellung von Haftentlassungsgesuchen hätten. Dieses Recht gelte aber nicht absolut; sondern bestehe in «angemessenen» bzw. «vernünftigen» Abständen. Es sei somit haltbar, bei offensichtlich unzulässigen Beschwerden deren Häufigkeit zu begrenzen. Für die Frage, welche Abstände als angemessen anzusehen seien, komme es auf die Verhältnisse des konkreten Einzelfalls und auf die Besonderheiten der anwendbaren Verfahrensordnung an (E. 2.1.2, S. 731). Aufgrund der konkreten, vom Bundesgericht einlässlich dargelegten Umstände sei der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden, welche erst wieder über die Entlassung der Patientin befinden wolle, wenn Massnahmen getroffen seien, welche der Patientin zu einem menschenwürdigen Dasein und einem selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Leben ausserhalb des Klinikrahmens verhelfen würden (E. 2.2, S. 732 f.).

## 4. **Garantien in Strafverfahren**

In BGE 130 I 65 hält das Bundesgericht die – dem beschwerdeführenden Anwalt offenbar nicht bekannte – Selbstverständlichkeit fest, dass der grundrechtliche Anspruch auf freien Verkehr mit dem Verteidiger (Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK) einzig den Angeschuldigten schützt. Der Verteidiger, der sich beim Besuch seines Klienten in einer Strafanstalt einer Sicherheitskontrolle unterziehen muss, ist nicht Grundrechtsträger und kann sich deshalb auf die genannten Verfahrensgarantien nicht berufen.<sup>57</sup>

## 5. **Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK**

Die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Ansprüche auf ein faires Verfahren setzen das Vorliegen einer Streitigkeit in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen beziehungsweise eine strafrechtliche Anklage voraus. Die Tragweite der Garantie ist Gegenstand steter Fortentwicklung; wie zu erwarten, hat das Bundesge-

<sup>57</sup> Vgl. zu diesem Entscheid vorne Ziff. IV/1.

richt auch in der Berichtsperiode verschiedene Entscheide zur Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gefällt.

Generell keine Anwendung findet Art. 6 EMRK der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge in *Rechtsetzungsverfahren* (BGE 130 I 174 E. 2.2, S. 178). In BGE 130 I 312 stand das Vorliegen einer zivilrechtlichen «Streitigkeit» im Zusammenhang mit der *Einsetzung eines Schiedsgerichts* in Frage. Dem Fall zugrunde liegt eine Auseinandersetzung zwischen einer in der Schweiz ansässigen internationalen Organisation (CERN) und verschiedenen Werkunternehmern. Das Bundesgericht bejaht das Vorliegen einer zivilrechtlichen Streitigkeit (E. 3, S. 323 f.). Im Entscheid BGE 130 II 425 war folgendes zu beurteilen: Eine *private Unternehmung* hatte in den Fahrzeugen ihrer Ausendienstmitarbeiter ein satellitengestütztes *Überwachungssystem* (GPS) installieren lassen. Gestützt auf die Verordnung (3) zum Arbeitsgesetz<sup>58</sup> wurde diese Massnahme durch die kantonalen Behörden, letztinstanzlich das kantonale Verwaltungsgericht, untersagt. Das Bundesgericht bejaht das Vorliegen zivilrechtlicher Ansprüche. Zwar stehe das Verbot im Dienst sozialer Interessen (Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer, öffentliche Gesundheit) und beruhe auf einer Grundlage im öffentlichen Arbeitsrecht; es beeinflusse aber direkt den Inhalt des zivilrechtlichen Arbeitsverhältnisses (E. 2.3, S. 430 f.).

Demgegenüber stellen *polizeiliche Realakte* (Zugangsverweigerung) gegen Journalisten, die über eine Veranstaltung berichten wollen, keine Eingriffe in deren civil rights im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar; jedoch könne die Anwendung dieser Norm nicht allein deswegen ausgeschlossen werden, weil *Massnahmen der inneren Sicherheit* in Frage stünden (BGE 130 I 388 E. 5, S. 394 ff.)<sup>59</sup>.

Strafrechtliche Anklagen im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind nach Lehre und Rechtsprechung einzig im Rahmen von Strafverfahren gegeben, nicht jedoch im *Strafvollzug*. Das Bundesgericht verweist in BGE 130 I 269 auf die Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte betreffend Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Rahmen eines Disziplinarverfahrens gegen Strafgefangene, lässt aber offen, ob die nachträgliche Anordnung des Strafvollzugs bei einer ursprünglich bedingt ausgesprochenen Gefängnisstrafe von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfasst wird (E. 2.2 und 2.3, S. 271 f.).

58 SR 822.113.

59 Vgl. dazu im Einzelnen vorne Ziff. X/1.1 sowie I/1.

## 6. Einschränkung von Verfahrensgrundrechten

Zum Schluss – wieder einmal – eine Bemerkung zur Einschränkung von Verfahrensgrundrechten<sup>60</sup>. Anlass bietet eine Passage in BGE 130 I 312 (E. 4.2, S. 327): «Par ailleurs, comme n'importe quel autre droit fondamental, le droit d'accès au tribunal est soumis aux restrictions prévues à l'art. 36 Cst.; plus particulièrement ces dernières sont admissibles lorsqu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi (...)» Mit Verlaub: Nein. Die Schrankennorm des Art. 36 BV ist unbestritten auf Freiheitsrechte zugeschnitten;<sup>61</sup> einzig dieser Typus von Grundrechten verfügt über einen – sachlich mehr oder weniger klar konturierten – Schutzbereich, in den Eingriffe in gewissem Umfang möglich, aber rechtfertigungspflichtig sind. Verfahrensgrundrechte sind per se *Minimalgarantien* zur Gewährleistung fairer Verfahren und von daher im Grundsatz eingriffresistent. Eine verhältnismässige Einschränkung des Verbots von überspitztem Formalismus ist ebenso wenig denkbar wie das durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigte Urteil eines befangenen Richters oder die auf gesetzlicher Grundlage beruhende Ungleichbehandlung der Parteien. Dogmatisch können sich Verfahrensrechte im Ergebnis auf unterschiedliche Verhaltensweisen der Behörden richten. Sie können eine Gleichbehandlung aller Verfahrensbeteiligten erfordern (z.B. Waffengleichheit im Prozess), sie können sich auf individuelle Schutzmöglichkeiten richten (z.B. die Berechtigung, einen Anwalt mit der Vertretung zu betrauen) und schliesslich können sie auch Leistungen des Staates erfordern (z.B. der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bei Bedürftigkeit). Die einzelnen Schutzgehalte verwirklichen sich nach je spezifischen Kriterien; dabei sind gewisse (aber gewiss nicht alle) Verfahrensgrundrechte – wie beispielsweise das Recht auf Akteneinsicht – einer punktuellen Relativierung zugänglich; diesfalls können einzelne Elemente der Schrankennorm (namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip) verfassungsrechtlich massgeblich sein.<sup>62</sup>

60 Vgl. schon die Besprechung in ZBJV 138 (2002) 672.

61 Vgl. nur Botschaft neue BV, BB1 1997 I 1, 194 f.; aus der Lehre statt vieler JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 § 39 Rz. 52.

62 Vgl. zum Beispiel BGE 130 III 42 E. 3.2.1, S. 44.