

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes bernois**

143. Jahrgang

Erscheint
jeden Monat

130
142
1322
10
2007

2007

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, Aristau, Prof. Dr. ROLAND SCHAER, Bern, Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten, Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern, Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern, Prof. Dr. ROLAND VON BÜREN, Bern, Prof. Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern, Prof. Dr. HANS PETER WALTER, Bern, Prof. Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern, Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun.

Bestellungen Einzelnummern und Rezensionsexemplare:
Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88

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

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

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

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

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

Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

Band 143 (2007)

Verfasst von Dr. THERES OERTLI

I. Systematischer Teil

1. Abhandlungen

1.1. Aufsätze

- DUCREY PATRIK, Dr., Rechtsanwalt, Bern, und TAGMANN CHRISTOPH, lic. iur., Fürsprecher: Die Anwendung des Kartellrechts auf KMU 143/69
- VEZ PARISMA, Dr., Rechtsanwältin, Bern: Thesen zu einem neuen Stiftungsverständnis 143/229
- WOLF STEPHAN, Prof. Dr., Bern: Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig? ... 143/301
- WIRTHLIN MARTIN, Verwaltungsrichter, Luzern: Kontinuität und Brüche in der Verwaltungsrechtspflege. Bemerkungen aus Anlass von 35 Jahren Luzerner Verwaltungsrechtspflegegesetz 143/373
- JAUN MANUEL, PD Dr., Fürsprecher, Bern: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung 143/457
- EMMENEGGER SUSAN, Prof. Dr., Bern: Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen ... 143/561
- TSCHANNEN PIERRE, Prof. Dr. Bern: Wem gehört die Verfassung? Neuer Streit um die Gewaltenteilung 143/793

1.2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, veröffentlicht in den Jahren 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 und 2007 publiziert in den Bänden 127, 128, 129, 130, 131, 132 und 133 oder im Internet abrufbar	
<i>1.2.1. Referenten</i>	
REY HEINZ, Prof. Dr. iur., Zürich: Privatrecht, Sachenrecht (2004, Band 130)	143/1
HAUSHEER HEINZ, Prof. Dr., Bern, und JAUN MANUEL, PD Dr., Fürsprecher, Bern: Haftpflichtrecht und Privatversicherungsrecht (2002–2005, Band 128–131)	143/103
LEUENBERGER CHRISTOPH, Prof. Dr., Dr. h. c., LL.M., St. Gallen: Zivilprozessrecht, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis (2005, Band 131, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide)	143/157
WALTHER FRIDOLIN, Prof. Dr., Fürsprecher, Bern: Zivilprozessrecht, 2. Teil: Internationales Zivilprozessrecht (2005, Band 131, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide)	143/183
KELLERHALS FRANZ, Prof. Dr., und BERGER BERNHARD, Dr., LL.M., Bern: Zivilprozessrecht, 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit (2005, Band 131, sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide)	143/198
WALTHER FRIDOLIN, Prof. Dr., LL.M., Fürsprecher, Bern: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (2005, Im Band 131, sowie weitere im Jahre 2005 veröffentlichte Entscheide)	143/248
AEBI-MÜLLER REGINA E., Prof. Dr. iur., Luzern: Privatrecht, Personen- und Erbrecht (2006, Band 132)	143/317
BEHNISCH URS R., Prof. Dr. iur., Zürich/Basel/Bern: Steuerrecht (2005, veröffentlicht in der amtlichen Sammlung und in Spezialzeitschriften, Band 131)	143/405
VON BÜREN ROLAND, WALTER HANS PETER, Proff., Bern: Wirtschaftsrecht (2006, Band 132)	143/495

HAUSHEER HEINZ, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Scheidungsrecht (2006, Band 132)	143/583
AEBI-MÜLLER REGINA E., Prof. Dr., Luzern: Privatrecht, Kindesrecht (2006, Band 132)	143/612
WOLF STEPHAN, Prof. Dr., Fürsprecher und Notar, Bern und STEINER ISABELLE, lic. iur., Fürsprecherin, Bern: Privatrecht, Ehe- und Vormundschaftsrecht (2006, Band 132)	143/623
KÄLIN WALTER, KIENER REGINA, MÜLLER MARKUS, TSCHANNEN PIERRE, TSCHENTSCHER AXEL, Proff., Bern: Staatsrecht (2006 und 2007, Band 132 und 133)	143/649
WALTER HANS PETER, Prof. Bern: Einleitungstitel des ZGB (2000–2006, Bände 127–132)	143/725
REY HEINZ, Prof. Dr. iur., Zürich: Privatrecht, Sachenrecht (2005, Band 131)	143/807
KOLLER THOMAS, Prof. Dr., Bern: Privatrecht, Mietrecht (2006, Band 132)	143/831

1.2.2. Kommentierte Entscheide

1.2.2.1. Bände 127, 128, 129, 130, 131, 132 und 133

Amtliche Sammlung Bände 127 (2001), 128 (2002), 129 (2003), 130 (2004), 131 (2005), 132 (2006) und 133 (2007). (Die kursiv fett gedruckte Zahl gibt die Seiten der Entscheide des Bundesgerichts an, die zweite Zahl die Seiten der Zeitschrift.)

BAND 127 (2001)

II. Teil: Verwaltungsrecht und Internationales Öffentliches Recht
BGE 127 II 69, ZBJV 143 S. 737.

III. Teil: Zivilrecht und SchKG

BGE 127 III 1, ZBJV 143 S. 754; **142**, 760; **248**, 761; **300**, 741; **310**, 735; **506**, 745 und 754.

les, l'épouse faisait valoir que son ex-conjoint avait été affilié durant le mariage à une seconde institution de prévoyance pour la prévoyance professionnelle plus étendue et que l'instruction du juge des assurances sociales devait également porter sur la prestation de sortie accumulée auprès de cette institution dont il y avait lieu de tenir compte pour le partage. Le Tribunal fédéral a retenu qu'il appartenait tout d'abord au juge du divorce de régler le sort de la prévoyance professionnelle des époux et d'examiner s'ils disposaient d'un droit à une prestation de sortie à l'égard d'une institution de prévoyance. Dans l'affirmative – soit si un conjoint au moins disposait d'un tel droit –, il devait fixer les proportions dans lesquelles les prestations de sortie devaient être partagées. L'exécution du partage revenait en revanche au juge administratif, qui était tenu d'examiner tous les aspects nécessaires pour le partage, telle l'étendue des prestations de sortie dont pouvaient se prévaloir les conjoints à l'égard de leurs institutions de prévoyance professionnelle, de calculer le montant à partager et décider quelle institution devra verser celui-ci. Ce faisant, le juge était lié par les proportions du partage fixées par le juge du divorce, mais n'était en revanche pas limité dans sa compétence de déterminer auprès de quelles institutions de prévoyance les ex-époux s'étaient constitué des avoirs de prévoyance. Aussi, était-il tenu, en présence d'indices sérieux que l'un ou l'autre des conjoints a droit à des expectatives de prévoyance qui n'avaient pas été prises en compte par le juge de divorce lorsque celui-ci a fixé la clé de répartition du partage, d'instruire ce point. Dans le cas particulier, la cause a été renvoyée au tribunal des assurances sociales pour qu'il complète l'instruction sur l'existence d'éventuels avoirs de prévoyance que l'ex-époux se serait constitués auprès d'une seconde institution de prévoyance et dont le jugement de divorce n'avait pas tenu compte.

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007

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 2006 und 2007 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 (Markus Müller)

1. Allgemeines
2. Handeln nach Treu und Glauben

II. Allgemeine Grundrechtslehren (Walter Kälin)

III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot (Walter Kälin)

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

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Walter Kälin)

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

* Für ihre Mitarbeit danken wir RETO FELLER, SAMUEL MATHYS, ANNINA SCHNEIDER, SIMONE WYSS, AMANDA WITTWER, JUDITH WYTENBACH.

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

1. Medienfreiheit
2. Versammlungsfreiheit
3. Arbeitskampffreiheit

VII. Eigentumsgarantie (Markus Müller)

1. Aufhebung altrechtlicher Taxikonzessionen
2. Änderung, Übertragung und Entzug einer Fernmeldekonzession
3. Parkverbot auf eigenem Grund

VIII. Wirtschaftsfreiheit (Markus Müller)

1. Nebenerwerbstätigkeit einer Bezirksgerichtsschreiberin als Rechtsanwältin
2. Rauchverbot in öffentlichen Räumen und Anlagen
3. Rechtliches Monopol für Elektrizitätsversorgung

IX. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)

1. Politische Rechte
 - 1.1 Behördliche Intervention in Abstimmungskämpfen
 - 1.2 Antragsrecht an Landsgemeinden
2. Vorrang des Bundesrechts
3. Gemeindeautonomie
4. Gewaltenteilung

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

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung
 - 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
2. Garantien in gerichtlichen Verfahren
3. Garantien bei Freiheitsentzug und in Strafverfahren
 - 3.1 Anspruch auf Urteil innert angemessener Frist
 - 3.2 Zulassung anonymer Zeugen – Verteidigungsrechte
4. Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Markus Müller)**1. Allgemeines**

Das Bundesgericht hat sich in der Berichtsperiode – wie schon in den vergangenen Jahren – meist nur knapp und beiläufig zu den einzelnen Teilgehalten von Art. 5 BV geäußert. Eine kurze Besprechung verdient daher einzig BGE 132 II 485; er widmet sich etwas eingehender dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. nachfolgend Ziff. 2).

2. Handeln nach Treu und Glauben

In BGE 132 II 485 E. 4¹ hatte das Bundesgericht die Rechtzeitigkeit einer Ausstandsrüge zu beurteilen: Konkret brachte die Beschwerdeführerin erstmals vor Bundesgericht vor, der Präsident der Vorinstanz (Eidg. Kommunikationskommission [ComCom]), sei befangen gewesen (Verletzung der Ausstandsregel von Art. 29 Abs. 1 BV i.V. mit Art. 10 VwVG²).

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein Ausstandsgrund so früh wie möglich, d.h. bei erster Gelegenheit nach dessen Kenntnisnahme, geltend zu machen. Wer einen solchen Einwand erst im Rechtsmittelverfahren vorbringt, obwohl der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können, verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV).

Im konkreten Fall hat die Beschwerdeführerin den angerufenen Befangenheitsgrund erst(mals) vor Bundesgericht geltend gemacht. Dies ist nach Ansicht des Bundesgerichts (treuwidrig) verspätet und der mögliche Anspruch auf Ausstand des Befangenen daher verwirkt. Zur Begründung führt das Gericht vor allem den Umstand an, dass die Beschwerdeführerin mit einer Mitwirkung des Präsidenten ernsthaft habe rechnen müssen, zumal die Zusammensetzung der ComCom öf-

¹ Vgl. zu diesem Entscheid unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie auch Ziff. VII.2; siehe ferner die Beiträge von WALTER KÄLIN, Ziff. III.2.2 und REGINA KIENER, Ziff. XI.1.1, XI.1.2 und XI.4.

² Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (SR 172.021).

anderen Staates durch die Ausdehnung seiner Jurisdiktion auf Hoheitsakte und Organe dieses Staates schmälert. Zur strafrechtlichen Verfolgung von schweren Fällen illegaler Bereicherung mit staatlichen Geldern wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Sinne der Bekämpfung der internationalen Korruption grundsätzlich Rechtshilfe geleistet, und zwar in der Regel an den direkt betroffenen Staat, nicht das indirekt betroffene Land. Dies müsse insbesondere vorliegend gelten, wo der direkt betroffene Staat selbst ein konkurrierendes Gesuch eingereicht habe, welches nicht von vornherein als rechtsmissbräuchlich erscheine. Nach den Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts soll laut Bundesgericht vermieden werden, dass eine innerstaatliche Strafjustiz in die Belange anderer Länder eingreife. Das Rechtshilferecht unterstützt keine unbeschränkte «extraterritoriale» Anwendung des innerstaatlichen Strafrechts auf die Tätigkeit hoher ausländischer Amtsträger (E. 3.4.3).

Vorliegend drängt sich nach Ansicht des Bundesgerichts Zurückhaltung auf. Die USA verlangen die Auslieferung eines ehemaligen Atomenergieministers und halten gegen den Willen Russlands daran fest. Im Zusammenhang mit der geplanten strafrechtlichen Untersuchung werden Fragen der wirtschafts-, nuklear- und sicherheitspolitischen Souveränität Russlands tangiert. Zudem tauchen bei Adamov als ehemaligem Kabinettsmitglied Probleme um die funktionale Immunität auf. Auch diese Umstände legen nach Ansicht des Bundesgerichts eine Auslieferung an Russland nahe (E. 3.4.4). Auch die allgemeinen internationalstrafrechtlichen Kriterien der Territorialität und der aktiven bzw. passiven Personalität sowie der zeitliche Eingang sprechen laut Bundesgericht für einen Vorrang des russischen Ersuchens. So könne namentlich sichergestellt werden, dass die untersuchten Straftaten am Deliktsschwerpunkt einer Gesamtbeurteilung unterzogen werden. Es stehe den USA frei, ein Ersuchen um stellvertretende Strafverfolgung an Russland zu stellen (E. 3.5).

In BGE 132 II 135 befasst sich das Bundesgericht mit der Frage der Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EuGH, die nach Abschluss des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999, FZA, ergangen ist. Ein Schweizer algerischer Herkunft ersuchte um Anerkennung seines in Algerien ausgestellten Diploms als Doktor der Medizin und eines Fachstudienzeugnisses für Nuklearmedizin, welches er in Paris abgelegt hatte. Die Anerkennung von ausländischen Arzt diplommen ist seit 1. Juni 2002 nur noch aufgrund eines Staatsvertrages möglich (E. 4). Zwischen der Schweiz und Algerien besteht kein Ab-

kommen zur Anerkennung. Der Beschwerdeführer macht aber geltend, dass die Schweiz seine Diplome anerkennen müsse, da sie in Frankreich anerkannt worden seien.

Das FZA sieht in Art. 9 vor, dass die Anerkennung ausländischer Diplome im Anhang (Anhang III) geregelt wird. Zu berücksichtigen ist auch die Rechtsprechung des EuGH vor dem 21. Juni 1999. Die Rechtsprechung nach dem 21. Juni 1999 ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ebenfalls zu berücksichtigen: Der Gemischte Ausschuss unterrichtet die Schweiz über Änderungen in der Rechtsprechung und entwirft auf Antrag einer Vertragspartei Anpassungen, wie er dies im Beschluss Nr. 1/2004 des Gemischten Ausschusses über die Änderung von Anhang III FZA getan hat. Die Schweiz ist nach diesem Beschluss nach Massgabe der Richtlinie 93/16/EWG verpflichtet, nicht aber im Umfang der weiter gehenden Rechtsprechung des EuGH (E. 5). Da das Arztdiplom in Frankreich nur als akademisches Diplom und nicht als Berechtigung zur Berufsausübung anerkannt worden ist, ist auch eine Anerkennung in der Schweiz nicht geboten (E. 7).

XI. Verfahrensgarantien (Regina Kiener)

In der Berichtsperiode sind im Vergleich zu den vergangenen Jahren nur wenige Entscheide zu den Verfahrensgrundrechten publiziert worden. Der auffällige Rückgang mag Zufall sein, allenfalls aber auch darin liegen, dass das Bundesgericht seit der Inkraftsetzung der nachgeführten Bundesverfassung auf den ersten Januar 2000 zahlreiche Urteile zum Anwendungsbereich und zur Tragweite der Verfahrensgrundrechte gefällt, seine Praxis zumindest punktuell verstetigt und damit die zentralen Punkte der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien erhärtet hat.

1. Allgemeine Verfahrensgarantien

1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung

In BGE 132 II 485³⁴ waren im Zusammenhang mit der Übertragung bzw. Änderung einer Fernmeldekonzession verschiedene Ver-

³⁴ Vgl. zu diesem Entscheid auch Ziff. X.1.2 und X.4. sowie die Beiträge von WALTER KÄLIN, Ziff. III.2.2, und MARKUS MÜLLER, Ziff. I.2 und VII.2.

fahrensrügen zu beurteilen. So machte die Beschwerdeführerin – 3G Mobile AG, eine Tochtergesellschaft der spanischen Telefónica Móviles S.A. – geltend, der *Präsident der ComCom sei befangen* gewesen, weil er vor dem 1. Januar 2005 Direktor des in der Sache zuständigen und später bei der ComCom antragstellenden Bundesamts gewesen sei. Auch habe er als neu gewählter Präsident der ComCom in einem Interview erklärt, die Beschwerdeführerin verletze Konzessionsauflagen. Seine Mitwirkung am Verfahren stelle eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV dar. Das Bundesgericht erklärt die Rüge als unbegründet. Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verlange, dass der Mangel bei erster Gelegenheit geltend gemacht werde; wer einen Mangel nicht unverzüglich vorbringe, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlasse, verwerke den Anspruch auf Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen. Die Beschwerdeführerin habe trotz Kenntnis der Sachlage vor der Vorinstanz nie den Ausstand des Präsidenten verlangt, ihre Rüge sei deshalb verspätet und die Geltendmachung der Befangenheit verwirkt (E. 4.3 bis 4.5).

Der Entscheid liegt auf der Linie der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Gleichwohl erscheint der einseitige Rückgriff auf die prozeduralen Pflichten der *Parteien* (Treu und Glauben, Verbot des Rechtsmissbrauchs, Art. 5 Abs. 3 BV) unausgewogen. Bei Art. 5 Abs. 3 BV handelt es sich um eine allgemeine Handlungsmaxime. Demgegenüber erwächst den Behörden aus der Grundrechtsgarantie von Art. 9 BV eine *Verpflichtung* zum Handeln nach Treu und Glauben. Vor diesem Hintergrund mag nicht einleuchten, weshalb sich das Bundesgericht einseitig auf die prozeduralen Verpflichtungen der Parteien abstützt und die aus Art. 9 BV (und zudem auch aus Art. 29 Abs. 1 BV) fliessenden grundrechtsgebundenen Pflichten der Behörden, von sich aus für die Fairness des Verfahrens zu sorgen und im Zweifelsfall den Ausstand zu wählen, mit keinem Wort thematisiert.

1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör

Mehrere Entscheide gaben dem Bundesgericht Gelegenheit zur Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

In BGE 132 I 42 machte der Beschwerdeführer geltend, er sei durch *Nichtgewährung des Replikrechts* in seinen Rechten gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt worden. Das

Bundesgericht weist die Beschwerde ab. Zunächst korrigiert das Bundesgericht – ein in der Praxis äusserst seltener Fall – die Sachverhaltsdarstellung der gerichtlichen Vorinstanz wegen offensichtlicher Unrichtigkeit (Art. 105 Abs. 2 OG³⁵). Es stellt fest, dass der Beschwerdeführer auf die Wahrnehmung des Replikrechts verzichtet hatte und substituiert die Begründung des angefochtenen Entscheides (E. 3.2). Anschliessend wird allein die Frage geprüft, ob das Replikrecht absolut gilt oder verzichtbar ist. Dabei stellt das Gericht die einschlägige Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dar, welche einen Verzicht auf Verfahrensrechte zulässt, wenn die entsprechende Erklärung unzweideutig erfolgte und Mindestgarantien eingehalten werden, welche der Bedeutung der Sache entsprechen (E. 3.3.1). Weiter wird die Praxis des EGMR zum Recht auf Replik, welche eine Konkretisierung des Anspruchs auf Waffengleichheit darstellt, aufgearbeitet. Demnach sei es grundsätzlich Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Vernehmlassung neue Argumente enthalte und eine Stellungnahme erfordere. Diese Anforderungen würden missachtet, wenn das Gericht eine Vernehmlassung zwar zustelle, aber einen Antrag auf Replik abweise; wenn eine unaufgefordert eingereichte Stellungnahme des Beschwerdeführers zu einer solchen Vernehmlassung im Endentscheid aus den Akten gewiesen werde oder wenn das Gericht bei der Zustellung einer Vernehmlassung an die beschwerdeführende Partei zum Ausdruck bringe, der Schriftenwechsel sei geschlossen und so dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zur Stellungnahme abgeschnitten werde. Wenn das Verfahrensrecht allerdings einen einfachen Schriftenwechsel als Regelfall vorsehe, müsse es einem Gericht weiterhin gestattet sein, sich bei der Zustellung der Vernehmlassungen in einem ersten Schritt auf die entsprechende Information zu beschränken, ohne förmliche Aufforderung zur Stellungnahme. Dadurch werde der Beschwerdeführer hinreichend in die Lage versetzt, die Notwendigkeit einer Stellungnahme von seiner Seite zu prüfen und ein derartiges Anliegen wahrzunehmen; andernfalls sei davon auszugehen, dass er darauf verzichte. Dieses Vorgehen, so das Bundesgericht, setze die Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK pragmatisch um (E. 3.3.3). Anschliessend nimmt das Bundesgericht

³⁵ Vgl. nun Art. 97 Abs. 1 BGG: «Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist ... und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann.»

Bezug auf seine jüngst – allerdings in einem nicht amtlich publizierten Entscheid³⁶ – präzisierter Praxis, wonach die Stellungnahme zur Vernehmlassung unverzüglich zu beantragen bzw. einzureichen sei (E. 3.3.4). Im Ergebnis geht das Bundesgericht für den vorliegenden Fall davon aus, die Abgabe einer Stellungnahme sei dem Beschwerdeführer unter den gegebenen Voraussetzungen zumutbar gewesen und der zum Ausdruck gebrachte Verzicht auf die Replik sei als rechtswirksam zu betrachten (E. 3.4).

Der Entscheid ist im Kontext der zahlreichen Konventionsverletzungen durch die Schweiz zu sehen, die der EGMR in den vergangenen zehn Jahren festgestellt hat.³⁷ Die Verletzungen beruhen im Wesentlichen darauf, dass die Schweizer Rechtsordnung im Prinzip vom einmaligen Schriftenwechsel ausgeht und weitere Schriftenwechsel nur im Ausnahmefall zulässt.³⁸ Hier versucht das Bundesgericht – wie in E. 3.3.2 dargelegt – eine vermittelnde Position zu finden. Die Rechtsprechung bleibt allerdings im Fluss, nachdem der EGMR in der Zwischenzeit erneut eine Konventionsverletzung durch die Schweiz festgestellt hat.³⁹ Und zum Schluss noch milde Kritik: Verwirrend ist der Hinweis auf Art. 29 Abs. 2 BV in den Regesten; obwohl gemäss Erwägung 3 vom Beschwerdeführer als verletzt gerügt, nimmt das Bundesgericht zu entsprechenden Schutzgehalten der Verfassung nicht Stellung.

BGE 132 I 196 gibt dem Bundesgericht ein weiteres Mal Gelegenheit, sich zur *Tragweite der Begründungspflicht von negativen Einbürgerungsentscheiden* zu äussern.⁴⁰ Aufgrund der durchgeführten Erhebungen befürwortete und beantragte der Gemeinderat die Zusicherung des Gemeindebürgerrechts an A. und deren Familie. Anlässlich der Gemeindeversammlung stellte sich die Familie kurz vor und beantwortete einige Fragen. Ein Stimmbürger äusserte sich posi-

36 BGE-E 1A.276/2004 vom 12. Juli 2005.

37 EGMR-E *Niederöst-Huber c. Schweiz*, vom 18. Februar 1997; *F.R. c. Schweiz*, vom 28. Juni 2001 (No 37 292/97); *S. Ziegler c. Schweiz*, vom 21. Februar 2002 (No 33 499/96); *Contardi c. Schweiz*, vom 12. Juli 2005 (No 7020/02); *Spang c. Schweiz*, vom 11. Oktober 2005 (No 45 228/99).

38 Vgl. zum Beispiel Art. 102 BGG.

39 *Ressegatti c. Schweiz*, vom 13. Juli 2006 (No 17 671/02). Weiterführend zur Thematik STÉPHANE GRODECKI, *Strasbourg et le droit à la réplique*, plädoyer 2 (2007) 52 ff.

40 Vgl. BGE 129 I 217, 129 I 232, 130 I 140, 131 I 18.

tiv zum Gesuch von A. Ein anderer Stimmbürger äusserte sich kritisch zum Umstand, dass A. eine Invalidenrente bezieht, ein zweiter, ehemaliger Arbeitgeber von A., stellte ihr Arbeitsverhalten in Frage. Ein formeller Antrag auf Abweisung des Gesuchs wurde nicht gestellt, und es fand auch keine Diskussion vor der Abstimmung statt. In der anschliessenden offenen Abstimmung lehnten die Stimmberechtigten den Antrag von A. ab, den Kindern wurde das Bürgerrecht erteilt. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde einstimmig gut: Die beiden intervenierenden Stimmbürger hätten keine gegen die Einbürgerung sprechenden Motive vorgebracht, sondern lediglich ein gewisses Missbehagen bekundet und die Wortmeldungen persönlich gehalten. Sie hätten kaum zum Ausdruck gebracht, dass eine Einbürgerung für sie nicht in Frage komme und demnach auch nicht sinngemäss die Abweisung des Gesuchs vorgeschlagen. Aus den unausgesprochenen und im Unbestimmten verbliebenen Motiven könne nicht auf verallgemeinerungsfähige Gründe geschlossen werden, daher auch nicht gesagt werden, dass die Vorbringen von den Teilnehmenden oder einer Mehrheit der Einwohnergemeindeversammlung wirklich geteilt und übernommen worden wären und aus ihrer Sicht die Abweisung des Gesuchs belegen würden. Von den Stimmberechtigten habe sich niemand offen gegen den Einbürgerungsantrag gewendet oder die Gründe und Abklärungen des Gemeinderates in Frage gestellt. Das Bundesgericht unterstellt das Ergebnis seiner Erwägungen anschliessend der Gegenprobe und fragt danach, ob sich aufgrund der Diskussion im Nachhinein eine Art. 29 Abs. 2 BV genügende Begründung erstellen lasse; diese Frage wird verneint (E. 3.3).

Mit Blick auf die bisherige Praxis zur Begründung von negativen Einbürgerungsentscheiden ist das vorliegende Urteil folgerichtig. Es ist auch materiell überzeugend. Soll die Begründungspflicht ihre Geltungskraft auch bei Einbürgerungen in der Gemeindeversammlung entfalten, dürfen keine prinzipiellen Abstriche an der Begründungsdichte gemacht werden. Das Bundesgericht macht klar, dass einzelne negative Äusserungen bzw. Suggestionen zur Person der Gesuchstellenden keine rechtsgenügende Begründung bedeuten.

Im bereits punktuell besprochenen BGE 132 II 485⁴¹ wurde neben der Rüge der Befangenheit auch die Verletzung des rechtlichen

41 Vgl. auch die Beiträge zu diesem Entscheid von MARKUS MÜLLER, Ziff. I.1. und I.2., und WALTER KÄLIN, Ziff. III.2.2.

Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vorgebracht. Die Vorinstanz (Kommunikationskommission, ComCom) hatte die *Einsicht in die Akten* eines anderen von ihr gefällten und auszugsweise auch publizierten Entscheides betreffend Übertragung einer WLL-Konzession (Wireless Local Loop) verweigert. Das Bundesgericht erinnert daran, dass Art. 29 Abs. 2 BV Einsicht in die «massgeblichen» Akten garantiert; die betreffenden Akten betrafen indessen eine andersartige Konzession und damit anders gelagerte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, was der Beschwerdeführerin aufgrund der publizierten Falldarstellung auch ersichtlich gewesen sei. Vor diesem Hintergrund verneint das Bundesgericht einen Anspruch auf Einsicht (E. 3.1 bis 3.4). Auch die nicht näher belegte Rüge, die Beschwerdeführerin habe sich nicht vollständig zur Sache äussern können, wird mit Blick auf die in langjähriger Rechtsprechung verfestigten Grundsätze zum Geltungsbereich des Gehörsanspruchs zurückgewiesen (E. 3.4).

Ebenfalls mit dem Recht auf Akteneinsicht befasst sich BGE 132 V 387. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hatte – ohne dass eine entsprechende Rüge vorgelegen hätte – eine Verletzung des rechtlichen Gehörs festgestellt, weil die IV-Stelle *im Einspracheverfahren* dem Dossier neue Akten beigefügt hatte, ohne den Versicherten darüber informiert zu haben. Dies stelle einen schwerwiegenden, eine Heilung ausschliessenden Verfahrensmangel dar. Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut, ohne die materiell streitigen Leistungsansprüche zu prüfen, hob den Einspracheentscheid auf und wies die Sache an die Verwaltung zurück, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare und neu verfüge. Die vor Bundesgericht Beschwerde führende IV-Stelle machte demgegenüber geltend, die Akten hätten keine neuen Tatsachen und Beweismittel enthalten.

Das Bundesgericht wiederholt zunächst seine Praxis zur Tragweite des Akteneinsichtsrechts. Die Akteneinsicht beziehe sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet seien, Grundlage des Entscheides zu bilden. Die Akteneinsicht sei demnach auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Rechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermöge. Die Einsicht könne demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos, vielmehr müsse die Beurteilung der Relevanz den Betroffenen überlassen werden (E. 3.2). Das Bundesgericht erachtet die Gehörsverletzung insgesamt als leicht, weshalb die Aufhebung des Einspracheentscheides durch das kantonale

Verwaltungsgericht ohne materielle Beurteilung der Sache Bundesrecht verletze (E. 5).

Soweit die Rezensentin diesen Entscheid richtig versteht, gilt in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren eine besondere Regelung betreffend Heilung des rechtlichen Gehörs: Wird eine Gehörsverletzung auf Rüge hin oder von Amtes wegen festgestellt, hat die Beschwerdeinstanz diese jedenfalls dann von Amtes wegen zu heilen, wenn es sich um eine leichte Beeinträchtigung handelt. In den Worten des Bundesgerichts: «Das kantonale Gericht hätte somit über die Akteneinsicht mit der Möglichkeit der betroffenen Partei, sich zu den fraglichen Unterlagen zu äussern, selber befinden müssen und die Sache nicht zu deren Vollzug an die Verwaltung zurückweisen dürfen» (E. 6.4). Diesem Ansatz mag man aus Gründen der Verfahrensökonomie zustimmen; ob auch der Disziplin und der verfahrensrechtlichen Sensibilisierung der verfügenden Behörden und damit letztlich der Verfahrensfairness gedient ist, bleibt eine andere Frage.

2. Garantien in gerichtlichen Verfahren

Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Eine vergleichbare Garantie vermittelt im Rahmen des spezifischen Anwendungsbereichs der Norm Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

In BGE 132 I 134⁴² war die Frage zu entscheiden, ob die der Klägerin auferlegte Verpflichtung zur *Sicherstellung der Parteientschädigung* der Gegenpartei in der Höhe von 400 000 Franken den verfassungsrechtlichen bzw. konventionsrechtlichen *Anspruch auf Zugang zu einem Gericht* verletzt. Das Bundesgericht weist die (staatsrechtliche) Beschwerde mit folgender Begründung ab: Das Recht auf Zugang zu einem Gericht verlange der Strassburger Praxis zufolge nach Ausgestaltung durch die Signatarstaaten der Konvention, welche dabei über einen Ermessensspielraum verfügten; Einschränkungen der Garantie seien zulässig, sofern diese den Kerngehalt des Rechts auf Gerichtszugang nicht beeinträchtigten, auf einen rechtmässigen Zweck gerichtet und verhältnismässig seien. Insbe-

42 Übersetzung in Pra 96 (2007) Nr. 15.

sondere sei zulässig, von einem Berufungskläger eine *cautio iudicatum solvi* zu verlangen, denn damit werde sichergestellt, dass die beklagte Partei im Fall der Abweisung der Berufung ihre Prozesskosten eintreiben könne (E. 2.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien vergleichbare Grundsätze auf das von der Bundesverfassung gewährleistete Recht auf Zugang zu den Gerichten anwendbar; bei der gesetzlichen Konkretisierung der Garantie sei Art. 36 BV analog auf allenfalls vorgesehene Einschränkungen zu übertragen (E. 2.1). In der Folge prüft und bejaht das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit des einverlangten Kostenvorschusses: Auch wenn die Sicherstellung unterschiedslos sowohl bereits erwachsene als auch zukünftige Kosten garantiere, entspreche sie einem legitimen Zweck. Indem die kantonalen Behörden bei der Festsetzung der Sicherstellung alle im Prozess erhobenen Vorbringen unter Einschluss der Verrechnungseinrede berücksichtigten, sei der Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht verletzt worden (E. 2.3).

Aus der grundrechtlichen Optik ist der Entscheid deswegen interessant, weil das Bundesgericht den Unterschied zwischen der Konkretisierung von Verfahrensgrundrechten und deren Einschränkung zieht («ce droit [Zugang zum Gericht] nécessite d'être concrétisé par la législation»). Dies würde bedeuten, dass es sich beim Recht auf Zugang zu einem Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV nicht um eine justiziable Grundrechtsnorm handelt, und das ist falsch. Grundrechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie verfassungsunmittelbar gelten, d.h. direkt anwendbar sind und keiner zusätzlichen Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen, oder umgekehrt: Grundrechte sind justizierbar, wenn sie aufgrund der Eindeutigkeit der Norm oder einer gefestigten Praxis normativ hinreichend bestimmt sind, sodass für die Umsetzung im Rahmen der Rechtsanwendung keine zusätzliche Konkretisierung durch den Gesetzgeber erforderlich ist.⁴³ Dies trifft für das Recht auf Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz ohne Weiteres zu, wie ein Blick in die reichhaltige Praxis des EGMR und der vorliegende Entscheid beweisen. Richtig wäre deshalb (entsprechend der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte), von einer *Einschränkung* und nicht von einer gesetzlichen Konkretisierung des grundrechtlichen Anspruchs auszugehen, soweit sich eine grundrechtliche (bzw. kon-

43 Vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 31.

ventionsrechtliche) Verfahrensgarantie überhaupt als einschränkbar erweist.⁴⁴ Nicht zu beanstanden ist das Vorgehen des Bundesgerichts insoweit, als für die Zulässigkeit der Einschränkung Art. 36 BV herangezogen und analog angewendet wird.

Fragen zum *Geltungsbereich von Art. 30 Abs. 1 BV* (bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) stellten sich auch in BGE 132 I 140.⁴⁵ Zum Sachverhalt: Zwischen der Gemeinde Bioggio und der Ente per lo smaltimento dei rifiuti del Sottoceneri (ESR) ergab sich eine Streitigkeit über die Tragweite eines die Abfallentsorgung betreffenden verwaltungsrechtlichen Vertrags. In der Folge entschied die ESR einseitig über den umstrittenen Vertragsinhalt und forderte die Gemeinde Bioggio zur Bezahlung der entsprechenden Vertragsschuld auf. Der Gemeinde stand als Rechtsmittel einzig die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung; sie machte geltend, das Fehlen einer Beschwerdemöglichkeit auf kantonaler Ebene stelle eine Verletzung sowohl von Art. 6 Ziff. 1 EMRK als auch von Art. 30 Abs. 1 BV dar.

Unter Verweis auf Lehre und Praxis zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK hält das Bundesgericht vorweg die Unanwendbarkeit dieser Bestimmung für den vorliegenden Fall fest. Der Anspruch auf einen gerichtlichen Entscheid bestehe von Beginn weg nur bei Streitigkeiten zivilrechtlicher Natur und bei strafrechtlichen Anklagen. Streitigkeiten auf dem Gebiet der Gebühren und Steuern gehörten nicht in diese Kategorie, daran ändere auch die Behauptung der Beschwerdeführerin nichts, dass der streitige Anspruch vermögensrechtlicher Natur sei (E. 2.1). Ein Anspruch auf Gerichtszugang sei auch nicht aus Art. 30 Abs. 1 BV abzuleiten, weil diese Garantie einzig die Erfordernisse festlege, welche eine gerichtliche Behörde erfüllen müsse, soweit ein Recht anerkannt sei, von einer gerichtlichen Instanz beurteilt zu werden. Aus Art. 30 BV lasse sich indessen keine Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes ableiten. Im Ergebnis wurde die Beschwerde wegen Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) gutgeheissen.

Diesem Entscheid ist nicht viel hinzuzufügen. Dies umso weniger, als entsprechende Konstellationen im kantonalen Recht weitgehend der Vergangenheit angehören, nachdem auf den 1. Januar 2007

44 Vgl. dazu auch BGE 132 V 368 E. 4.3 373 f. betr. Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

45 Übersetzung in Pra 96 (2007) Nr. 40. Vgl. dazu auch den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. III.2.1.

die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) in Kraft getreten ist. Diese Garantie vermittelt einen grundrechtlichen Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in grundsätzlich allen Rechtsstreitigkeiten und damit neu auch in jenen Verwaltungssachen, welche vom Schutzbereich des Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausgenommen sind.⁴⁶

3. Garantien bei Freiheitsentzug und in Strafverfahren

3.1 Anspruch auf Urteil innert angemessener Frist

Ein des Menschenhandels, der mehrfachen Förderung der Prostitution sowie weiterer Delikte Angeklagter befand sich seit gut einem Jahr in strafprozessualer Haft. Vor Bundesgericht rügte er eine Verletzung seines Anspruchs auf richterliche Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 31 Abs. 3 BV). Das Bundesgericht erachtet diese Rüge als unbegründet (BGE 132 I 21⁴⁷): Im Fall einer Verurteilung drohe dem Beschwerdeführer aufgrund des aktuellen Verfahrensstandes eine mehrjährige Freiheitsstrafe, womit die bisherige Haftdauer von gut einem Jahr noch nicht in grosse Nähe der freiheitsentziehenden Sanktion gerückt würde, die bei einer Verurteilung konkret zu erwarten wäre (E. 4).

Der Entscheid bedeutet materiell keine Neuerung, vielmehr bekräftigt das Bundesgericht seine in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelte, langjährige Praxis zur Frage der Angemessenheit bzw. Übermässigkeit der Haftdauer (vgl. die Hinweise in E. 4.1).

3.2 Zulassung anonymer Zeugen – Verteidigungsrechte

X. wurde wegen mehrfacher grober Verletzung von Verkehrsregeln und Nötigung zu sechs Monaten Gefängnis unbedingt und zu einer Busse verurteilt. Das Gericht stützte sich im Wesentlichen auf die Aussagen von zwei – im Verfahren als «x1» und «x2» bezeichneten – anonymen Zeugen. Die Untersuchungsbehörden hatten den

⁴⁶ Weiterführend ESTHER TOPHINKE, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBI 2006, 88 ff.

⁴⁷ Vgl. auch den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. IV.2.

Zeugen Anonymität zugesichert, weil diese aus Angst vor X. nur unter dieser Voraussetzung zur Aussage bereit waren. Vor Bundesgericht rügt der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV sowie von Art. 6 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK.

Mit BGE 132 I 127 heisst das Bundesgericht die Beschwerde jedenfalls teilweise gut. Das Bundesgericht erörtert zunächst die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Zulässigkeit von anonymen Belastungszeugen. Im Anschluss an die in der Lehre erhobene Kritik findet das Bundesgericht eine differenzierte Lösung der Frage: Der Strassburger Gerichtshof lasse anonyme Zeugen in Verfahren zu, allerdings nur, wenn ihren Aussagen nicht ausschlaggebende Bedeutung zukomme, d.h. sie nicht den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellten. Dieser Massstab führe dazu, dass anonyme Zeugenaussagen letztlich nur zugelassen würden, wenn sie für die Beweisführung überflüssig seien. Entscheidend – so das Bundesgericht – sei indessen nicht das formale Kriterium, ob dem dadurch erlangten Beweis eine ausschlaggebende Bedeutung zukomme. Vielmehr sei im Licht der konventions- und verfassungsmässigen Verfahrensgarantien in einer *Gesamtwürdigung* zu prüfen, ob die durch die Zulassung des anonymen Zeugen bewirkte Beschneidung der Verteidigungsrechte durch schutzwürdige Interessen gedeckt sei und, wenn ja, ob sich der Beschuldigte trotzdem wirksam verteidigen konnte und mithin einen fairen Prozess hatte (E. 2). Im vorliegenden Fall sei nicht zu beanstanden, dass den Zeugen Anonymität zugesichert worden sei. X. sei ein ungewöhnlich gewaltbereiter Einzeltäter, bei dem aufgrund seiner Vorstrafen und des Therapieberichts damit gerechnet werden müsse, dass er sich an den beiden Belastungszeugen rächen könnte (E. 4.2). Die durch die Anonymität der Zeugen bewirkte Einschränkung der Verteidigungsrechte müsse aber so weit wie möglich *kompensiert* werden. Dies könne – wie es im Fall von «x2» vorgesehen gewesen sei – beispielsweise durch indirekte Konfrontation geschehen. Weil der Angeschuldigte nicht zum Termin erschienen sei und sich durch seinen Verteidiger vertreten liess, der den Zeugen direkt befragen konnte, habe X. sein eigenes Konfrontationsrecht verwirkt, sodass die Verwertung der Aussagen zulässig sei. Mit Blick auf den Zeugen «x1» hätten weder der Angeschuldigte noch sein Verteidiger Gelegenheit erhalten, den Zeugen wenigstens in einer indirekten Konfrontation zu befragen, obwohl sie

dies in rechtsgültiger Weise verlangt hätten. Die Verwertung der Aussagen sei folglich mit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien nicht zu vereinbaren (E. 4.3). Zum Schluss weist das Bundesgericht die kantonalen Behörden mit hinreichender Deutlichkeit darauf hin, dass der Angeschuldigte ganz oder teilweise freigesprochen werden muss, wenn es nicht möglich sein sollte, «x1» unter Wahrung seiner Identität mit dem Angeschuldigten zu konfrontieren und die Verurteilung allein gestützt auf die Aussagen von «x2» nicht aufrechterhalten werden kann (E. 4.4).

Beim besprochenen Entscheid handelt es sich um einen jener seltenen Fälle, in denen das Bundesgericht Kritik an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte übt. In der Sache leuchtet die vom Bundesgericht gewählte materielle Betrachtungsweise ein. Der Gefahr einer Schmälerung der Verteidigungsrechte ist indessen jederzeit Rechnung zu tragen. Bei der vorgesehenen Gesamtwürdigung ist den Verteidigungsrechten der beschuldigten Person spezifisches Gewicht beizumessen, und gleichzeitig sind die für eine Anonymisierung sprechenden Gründe klar auszuweisen. Das Bundesgericht hat seine Praxis mittlerweile im BGE 133 I 33 weiter fortgeschrieben und präzisiert.

4. Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Art. 6 Ziff. 1 EMRK vermittelt jeder Person Anspruch auf ein faires Verfahren, wenn Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage in Frage stehen. Der Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen und der strafrechtlichen Anklagen ist dabei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entsprechend der Praxis der Strassburger Organe und unabhängig vom Landesrecht auszulegen. Mehrere Entscheide boten dem Bundesgericht Gelegenheit, den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK weiter zu konkretisieren.

Im weiter oben schon angesprochenen BGE 132 I 140⁴⁸ betreffend Streitigkeiten aus einem *verwaltungsrechtlichen Vertrag betreffend die Abfallentsorgung* verneint das Bundesgericht die Anwend-

barkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK: Streitigkeiten auf dem Gebiet der Gebühren und Steuern gehörten nicht in diese Kategorie (E. 2.1). In BGE 132 II 485 bejaht das Bundesgericht die Anwendbarkeit der konventionsrechtlichen Fairnessgarantie beim *Entzug einer Fernmeldekonzession*; dabei sei unerheblich, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung der Konzession bestehe (E. 1.4). In BGE 132 V 6 ging es um die *Nichtaufnahme* (bzw. die Aufnahme mit weniger als der beantragten Bettenzahl) *eines Krankenhauses in die kantonale Spitalliste*. In einem ausführlich und differenziert begründeten Entscheid kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die Nichtaufnahme ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK liege. In einem ähnlichen Kontext steht BGE 132 V 299; hier ging es um die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK im Zusammenhang mit der *Festsetzung des Spitaltarifs* (bzw. einzelner Tarifpositionen) *durch die Kantonsregierung*. Die Fragestellung ist insofern bedeutsam, als die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK dazu geführt hätte, dass der entsprechende Beschwerdeentscheid des Bundesrates – entgegen der landesrechtlichen Verfahrensordnung – nicht letztinstanzlich wäre, sondern der Anfechtung bei einem unabhängigen und unparteiischen Gericht unterliegen würde. Das Gericht erwägt, dass die EMRK eine gerichtliche Anfechtbarkeit des Tarifs als solchem im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht verlange und im konkreten Anwendungsfall die Möglichkeit einer vorfrageweisen richterlichen Überprüfung der von der Beschwerdeführerin bemängelten Tarifposition offenstehe. Vor diesem Hintergrund konnte das Bundesgericht die Frage der Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK letztlich offenlassen (E. 4.3).

Auch in diesem Kontext wird die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) zu grossen Vereinfachungen führen; der dort vermittelte Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz umfasst sämtliche Rechtsgebiete und damit insbesondere auch verwaltungsrechtliche Streitigkeiten. Solange sie sich auf die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie berufen, wird die schwierige Abgrenzung zwischen zivilrechtlichen und nicht zivilrechtlichen Streitigkeiten im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK die um gerichtlichen Rechtsschutz Ersuchenden nicht mehr zu kümmern brauchen.

48 Übersetzung in Pra 96 (2007) Nr. 40.