

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes bernois**

140. Jahrgang

Erscheint  
jeden Monat

4105

B2  
130  
140  
1322  
10  
2004



**2004**

**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, Dr. FELIX BENDEL, Pully, Kantonsgerichtsschreiber 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. 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. WOLFGANG WIEGAND,  
Bern, 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 AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern  
Tel. 031 300 63 89, 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 AG, Publikationen, 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 2004  
Printed in Switzerland  
ISSN 0044-2127

## Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

**Band 140 (2004)**

Verfasst von Dr. FELIX BENDEL, Pully

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

- Dr. BEAT HESS, Rechtsanwalt und Notar, Sursee: Das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA) und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern . . . . . 140/89
- Lic. iur. ROLF BRUNNER, Gerichtsschreiber am Kantonsgericht St. Gallen: Vorsorgeausgleich und BVG-Mindestzinssatz . . . . . 140/135
- Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern: Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken. Ein Plädoyer für mehr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung . . . . . 140/161
- Fürsprecher PETER SPORI und Fürsprecher MARTIN MOSER, Bern: Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht . . . . . 140/301
- Prof. Dr. THOMAS GEISER, Bern/St. Gallen: Die Deckungsvorschriften und die Rechtsfolgen der Unterdeckung bei der beruflichen Vorsorge . . . . . 140/377
- Dr. UELI KIESER, Zürich: Auswirkungen des ATSG (Allgem. Teil zum Sozialversicherungsrecht) auf die Rechtsanwendung . . . . . 140/453
- Prof. Dr. iur. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Dr. iur. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Dr. iur. MARKUS KRAPF, Freiburg: Kapitalisieren im Zivilrecht . . . . . 140/545

- Prof. Dr. iur. PAUL RICHLI, Luzern: Staatsziele, Staatsaufgaben und Staatsverwaltung – Streifzug durch neue Kantonsverfassungen und durch den Luzerner Verfassungsentwurf ..... 140/801
- 1.2 **Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 2000, 2001, 2002, 2003 und 2004, veröffentlicht in den Bänden 126, 127, 128, 129 und 130**
- 1.2.1 *Referenten*
- Prof. Dr. iur. GUIDO JENNY, Bern: Strafrecht (2001, Band 127) ..... 140/1
- Prof. Dr. iur. PETER POPP, Zug/Bern: Internationale Strafrechtshilfe (2000 und 2001, Band 126 und 127) ..... 140/145
- Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Bern/Niederwangen: Personenrecht und Erbrecht (2002 und 2003, Band 128 und 129) ..... 140/237
- Prof. Dr. iur. HEINZ REY, Zürich: Sachenrecht (2002, Band 128) ..... 140/403
- Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern: Miet- und Arbeitsrecht (2003, Band 129) ..... 140/483
- Prof. Dr. ROLF BÄR, Bern: Handels- und Immaterialgüterrecht (2002, Band 128) ..... 140/598
- Prof. WALTER KÄLIN, Prof. REGINA KIENER, Prof. ANDREAS KLEY, Prof. PIERRE TSCHANNEN, Prof. ULRICH ZIMMERLI, Bern: Staatsrecht (2003 und 2004, Band 129 und 130) .. 140/633
- Prof. Dr. iur. GUIDO JENNY, Bern: Strafrecht (2002, Band 128) ..... 140/713
- Prof. Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern: Obligationenrecht (2003, Band 129) ..... 140/828
- 1.2.2 *Kommentierte Entscheide*
- Amtliche Sammlung Bände 126 (2000), 127 (2001), 128 (2002), 129 (2003) und 130 (2004). (Die kursiv fett gedruckte Zahl gibt die Seiten der Entscheide des Bundesgerichts an, die zweite Zahl die Seiten der Zeitschrift.)*

## BAND 126 (2000)

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

**BGE 126 II 212**, ZBJV 140 S. 153; **258**, 151; **316**, 154; **324**, 145; **462**, 146; **495**, 149.

## BAND 127 (2001)

*I. Teil: Staatsrecht*

**BGE 127 I 1**, ZBJV 140 S. 26; **38**, 28; **54**, 28; **73**, 28; **133**, 27; **196**, 27; **202**, 30; **213**, 30.

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

**BGE 127 II 104**, ZBJV 140 S. 152; **151**, 149; **174**, 21; **198**, 156.

*IV. Teil:*

**BGE 127 IV 1**, ZBJV 140 S. 9; **10**, 12; **20**, 19; **27**, 21; **34**, 22; **46**, 31; **49**, 11; **59**, 13; **62**, 4; **68**, 14; **79**, 15; **86**, 17; **91**, 23; **97**, 4 und 10; **101**, 10; **106**, 11; **110**, 17; **115**, 18; **119**, 18; **122**, 5 und 20; **135**, 30; **141**, 33; **145**, 7; **148**, 8; **154**, 8; **163**, 13; **166**, 6; **172**, 23; **178**, 24; **185**, 32 und 33; **189**, 32; **193**, 6; **198**, 17; **203**, 9 und 33; **209**, 19; **215**, 34; **220**, 24, 31 und 32; **229**, 24; **236**, 32 und 33.

## BAND 128 (2002)

*I. Teil: Staatsrecht*

**BGE 128 I 81**, ZBJV 140 S. 737; **129**, 737; **149**, 739; **177**, 737 und 740; **184**, 737; **215**, 740; **218**, 743; **223**, 740; **225**, 738; **237**, 739; **346**, 737.

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

**BGE 128 II 259**, ZBJV 140 S. 738.

*III. Teil: Zivilrecht und SchKG*

**BGE 128 III 18**, ZBJV 140 S. 422; **29**, 600; **92**, 601; **96**, 613; **124**, 428; **129**, 601; **137**, 602; **142**, 603; **146**, 610; **163**, 275; **169**, 415; **178**, 605;

leme Stellung, so etwa zur Innentheorie (Art. 2 N. 13), zum sog. Materialienproblem (Art. 1 N. 144 ff.), zur Präjudizienbindung (Art. 1 N. 49 ff.), zu den Voraussetzungen einer Praxisänderung (Art. 1 N. 56 ff.), zur Bedeutung der Rechtsvergleichung als Hilfsmittel der Rechtsfindung (Art. 1 N. 276 ff.) sowie zur EMRK-Widrigkeit bundesrechtlicher Normen (Art. 1 N. 261 f.). Als besonders innovativ sind zudem die Ausführungen zur Rechtsfindung *contra verba legis* (Art. 1 N. 232 ff.) zu bezeichnen, wobei die Auseinandersetzung mit der so genannt teleologischen Reduktion den eigentlichen Höhepunkt bildet (Art. 1 N. 263 ff.). Die beiden Autoren stufen diese Argumentationsfigur als fragwürdig und als eine «verfassungsrechtlich bedenkliche Verwischung der Grenze zwischen (noch) zulässiger Auslegung *contra verba legis* und grundsätzlich unzulässiger Normkorrektur» (Art. 1 N. 265) ein und rücken sie in ihrer Tragweite in die Nähe der Freirechtsschule (Art. 1 N. 268).

Ebenfalls breit angelegt ist die Behandlung von Art. 2 ZGB. Die beiden Kommentatoren gehen dabei davon aus, «dass die Gebotsnorm des ersten und die Verbotsnorm des zweiten Absatzes auf ganz unterschiedliche Anwendungsbereiche mit je eigenen Gesetzmässigkeiten zugeschnitten sind» (Art. 2 N. 14). Sie vertreten weiter die Meinung, dass aus der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben grundsätzlich «keine eigenständige, von der konkreten Eigenart der ausgeübten Rechte und der erfüllten Pflichten unabhängige Widerrechtlichkeit» abgeleitet werden kann (Art. 2 N. 63). Ausführlich äussern sie sich ausserdem zur Rechtsfigur der Vertrauenshaftung (Art. 2 N. 76 ff.), wobei sie hinsichtlich der einzelnen Haftungsmodalitäten für ein differenziertes, fallgruppenweises Vorgehen plädieren (Art. 2 N. 86). Eingehend kommentiert wird auch die *clausula rebus sic stantibus* (Art. 2 N. 105 ff.). Beachtenswert sind weiter die Bemerkungen zum so genannt unredlichen Rechtserwerb (Art. 2 N. 123 ff.). Als besonders nützlich muss zudem die Zusammenstellung der Elemente der Vertragsauslegung bezeichnet werden (Art. 2 N. 30 ff.).

Aus der Sicht der Praxis besonders hervorzuheben ist die gelungene Kommentierung der Art. 8–10 ZGB auf insgesamt 45 Seiten. Zentrale Bedeutung kommt dabei Art. 8 ZGB zu. Eingehend behandelt werden nicht nur die Folgen der Beweislosigkeit (Art. 8–10 N. 26 ff.), sondern auch das Recht auf Beweis (Art. 8–10 N. 76 ff.) sowie das vom Bundesgericht vor kurzem neu geschöpfte bundesrechtliche Verbot, einen ungenügenden Beweis als hinreichend zu erachten (Art. 8–10 N. 36). Lesenswert sind in diesem Zusammenhang auch die Hinweise zum bundes(privat)rechtlichen Regelbeweismass (Art. 8–10 N. 34 f.; siehe dazu neustens auch BGE 130 III 321 ff. [zum Beweis des Eintritts eines Versicherungsfalls]). Besonderer Beachtung wert sind weiter die Ausführungen zur Unterscheidung von Behauptungs- und Substanziierungslast (Art. 8–10 N. 42 f.), zur Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung (Art. 8–10 N. 87 ff.) sowie zur so genannten Normentheorie (Art. 8–10 N. 30 und Fussnote 48).

Alles in allem erweist sich der Handkommentar als ein überaus aktuelles und handliches Nachschlagewerk, welches auf vorbildliche Weise ein hohes wissenschaftliches Niveau mit dem Bedürfnis der Praxis nach raschen und klaren Antworten vereinigt.

Prof. Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern

## Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2003 und 2004

Von Proff. WALTER KÄLIN, REGINA KIENER, ANDREAS KLEY, PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI, Bern

Die Ordinarien des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2003 und 2004 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), AK (ANDREAS KLEY), PT (PIERRE TSCHANNEN), UZ (ULRICH ZIMMERLI).\*

### Inhaltsübersicht

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

1. Allgemeines
2. Gesetzmässigkeitsprinzip
3. Öffentliches Interesse
4. Verhältnismässigkeit
5. Handeln nach Treu und Glauben

#### II. Allgemeine Grundrechtslehren (WK)

1. Grundrechtsträgerschaft
2. Verwirklichung der Grundrechte
3. Einschränkungen von Grundrechten

#### 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, Katja Egger, Beatrice Glaser, Lukas Heim, Beatrice Herrmann, Andreas Hänni, Florian Zihler und Christian Zuberbühler.

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. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) (AK)

1. Religiöses Erziehungsrecht als Bestandteil der Glaubens- und Gewissensfreiheit
2. Religionsfreiheit bei der Errichtung von Bauten

#### VI. Grundrechte freier Kommunikation, insb. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 23, 28 BV) (AK)

#### VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (UZ)

1. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)
  - 1.1 Allgemeines
  - 1.2 Formelle Enteignung
  - 1.3 Materielle Enteignung
2. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)
  - 2.1 Allgemeines
  - 2.2 Gleichbehandlung der Konkurrenten
  - 2.3 Kartellrecht

#### VIII. Verfahrensgarantien (RK)

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
  - 1.1 Begründungspflicht
  - 1.2 Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines Verfahrens
  - 1.3 Rechtsfolgen bei Verletzung grundlegender Verfahrensrechte
2. Garantien in Strafverfahren
  - 2.1 Unschuldsumutung als Beweiswürdigungsregel
  - 2.2 Verteidigungsrechte, rechtliches Gehör
  - 2.3 Verteidigungsrechte, Grundsätze der Verwertbarkeit von Verfahrensakten
3. Garantien bei Freiheitsentziehung
4. Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK
5. Staatsrechtliche Beschwerde
  - 5.1 Legitimation
  - 5.2 Rügegründe, Noven
  - 5.3 Kognition
  - 5.4 Kassatorische Natur

#### IX. Andere verfassungsmässige Rechte (PT)

1. Politische Rechte (Art. 34 BV)
  - 1.1 Einbürgerungen an der Urne
  - 1.2 Wahlverfahren
  - 1.3 Initiative
  - 1.4 Einheit der Materie
2. Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV)
  - 2.1 Zuständigkeit der Kantone im Bereich der Notariatstarife
  - 2.2 Zuständigkeit der Kantone im Bereich der Raumplanung
  - 2.3 Zuständigkeit der Kantone im Bereich des Strafrechts
3. Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV)
  - 3.1 Autonomie der Gemeinden bei der Festsetzung von Abfallentsorgungsgebühren
  - 3.2 Autonomie der Gemeinden im Submissionswesen
4. Gewaltenteilung (Art. 51 Abs. 1 BV)

#### X. Staatsverträge und Konkordate (WK)

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

##### 1. Allgemeines

Zu den in Art. 5 BV verankerten rechtsstaatlichen Grundsätzen gehören das Legalitätsprinzip (Abs. 1), die Verpflichtung des Staates, im öffentlichen Interesse zu handeln und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Abs. 2), die Bindung des Staates und der Privaten an das Prinzip von Treu und Glauben (Abs. 3) sowie der Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht (Abs. 4).

Wie in den Vorjahren äusserte sich das Bundesgericht in seinen in der Berichtsperiode publizierten Urteilen – meistens in den Regesten – nur beiläufig zur verfassungsrechtlichen Bedeutung von Art. 5 BV. Abgesehen von einigen bloss ansatzweise grundsätzlichen Erwägungen zum Legalitätsprinzip<sup>1</sup>, zum Erfordernis eines öffentlichen Interesses für staatliches Handeln<sup>2</sup>, zum Verhältnismässigkeit

1 Vgl. nachfolgend Ziff. 2.

2 Vgl. nachfolgend Ziff. 3.

schon deshalb unzulässig, weil sie gewisse Reflexwirkungen auf den Wettbewerb habe. Zulässige öffentliche Interessen vermöchten demnach auch verhältnismässige Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen. Zu vermeiden seien einzig spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen. Dabei sei zu beachten, dass der Zugang zu staatlich administrierten knappen Gütern eben naturgemäss beschränkt und eine strikte Gleichbehandlung daher kaum je möglich sei. In solchen Fällen folge aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten, dass beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürften, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhielten und andere gar nichts; anzustreben sei demnach eine Regelung, die abwechslungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gibt, am Wettbewerb teilzunehmen, wobei aber jeweils auch dem aus der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben fliessenden Prinzip des Schutzes getätigter Investitionen Rechnung zu tragen sei. Deshalb wäre eine dauernde vollständige Abschottung des Marktes gegenüber neuen Konkurrenten mit der Wirtschaftsfreiheit nicht zu vereinbaren. Eine zeitlich beschränkte Bevorzugung der bestehenden Arztpraxen lasse sich aber rechtfertigen<sup>41</sup>.

Das überzeugt durchaus, lässt aber erkennen, wie schwierig es bisweilen sein kann, dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach dem Geist unserer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung zum Durchbruch zu verhelfen.

### 2.3 Kartellrecht

In BGE 129 II 497 ff. (Entreprises Electriques Fribourgeoises, EEF) hatte sich das Bundesgericht mit der wettbewerbsrechtlichen Situation auf dem Gebiet des schweizerischen Strommarktes zu befassen<sup>42</sup>. Auf Anzeige der Watt Suisse AG und der Migros wegen Verweigerung der Stromdurchleitung hatte sich die Wettbewerbskommission mit dem Einwand der EEF auseinander zu setzen, wegen des öffentlich-rechtlich begründeten Versorgungsmonopols sei das Kartellgesetz nicht anwendbar. Es verneinte den Einwand, und das Bundesgericht bestätigte auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde der

41 BGE 130 I 26, E. 6.3.3, S. 53 ff.

42 Vgl. dazu die Besprechung von ROLF H. WEBER in SZW 2004, 147 ff.

EEF hin diesen Entscheid. Es bezeichnete das heute geltende Versorgungsmonopol als faktisches Monopol und meldete mit Grund erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel gegen das im Kanton Freiburg geplante Gesetz an, das ein *rechtliches* Versorgungsmonopol schaffen soll. Ein solches dürfte mit der Wirtschaftsfreiheit in der Tat kaum vereinbar sein<sup>43</sup>.

## VIII. Verfahrensgarantien (RK)

Die Rechtsprechung des vergangenen Jahres bringt die zentrale Funktion der Verfahrensrechte klar zum Ausdruck; das Bundesgericht macht deutlich, dass die Legitimität staatlicher Entscheide wesentlich auch auf der Legitimität und Fairness des vorangehenden Verfahrens beruht. Formell lässt sich die erfreuliche Tendenz beobachten, dass Entscheide vermehrt auf die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung (und nicht mehr ausschliesslich auf die entsprechenden Garantien der EMRK) gestützt werden, und sich das Bundesgericht auch dann mit der Rüge der Verfassungsverletzung auseinander setzt, wenn parallel dazu eine Verletzung der EMRK geltend gemacht wird<sup>44</sup>.

### 1. Allgemeine Verfahrensgarantien

#### 1.1 Begründungspflicht

Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör leitet das Bundesgericht in ständiger Praxis die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Zwei Beschwerden geben dem Bundesgericht Anlass, sich mit der Begründungspflicht von (negativen) *Einbürgerungsentscheiden* zu befassen. Die Beantwortung dieser Frage ist unter zwei Aspekten interessant: Zum einen sind Entscheide in Einbürgerungs-

43 BGE 129 II 497, E. 5.7, S. 535.

44 Vgl. die entsprechende Kritik in den Rechtsprechungsübersichten der vergangenen Jahre, ZBJV 138 (2002) 672 ff.

verfahren durch weite Ermessensspielräume geprägt; in der Vergangenheit wurden solche Entscheide denn auch überwiegend als «politisch» verstanden, weshalb in vielen Gemeinden und Kantonen auch die Parlamente oder die Stimmberechtigten für Einbürgerungen zuständig sind. Die Problematik der Begründungspflicht spitzt sich zu, wenn die *Stimmberechtigten an der Urne* über die Einbürgerung entscheiden.

Das Ergebnis der bundesgerichtlichen Erwägungen ist hinlänglich bekannt, so dass hier eine Kurzfassung genügen mag: Das Bundesgericht hält fest, dass sich Einbürgerungsverfahren nicht im (grund)rechtsfreien Raum abspielen und ablehnende Entscheide deshalb der Begründungspflicht unterstehen. Daran ändere selbst dann nichts, wenn die Zuständigkeit bei den Stimmberechtigten liegt und diese an der Urne über ein Einbürgerungsgesuch entscheiden. Der pragmatischen Argumentation des Bundesgerichts zufolge wird in Einbürgerungsverfahren über den rechtlichen Status von Einzelpersonen entschieden. Die Gesuchsteller hätten im Verfahren Parteistellung und das Verfahren ende mit einer individuell-konkreten Anordnung, die alle Elemente einer Verfügung aufweise. Und weil die Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV den Parteien in allen Verfahren und unbesehen ihrer Berechtigung in der Sache zustehen, schliesse auch das Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Einbürgerung die Begründungspflicht nicht aus. Da das Ergebnis von Urnenabstimmungen systembedingt nicht in verfassungsgenügender Weise begründet werden könne, erwiesen sich entsprechende Zuständigkeiten bzw. die darauf beruhenden Entscheide als verfassungswidrig (einstimmlich BGE 129 I 232, E. 3.2 und 3.3, S. 237 ff. [SVP Zürich]; folgerichtig BGE 129 I 217, E. 3.3, S. 230 [Emmen]).

In der Zwischenzeit hat sich das Bundesgericht auch mit der Frage befasst, ob die Einbürgerung durch eine *Gemeindeversammlung* den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungspflicht genügt. Im Anschluss an die beiden Bundesgerichtsentscheidungen hat der Schwyzer Regierungsrat eine Übergangsverordnung erlassen; diese sieht vor, dass die Gemeindeversammlung in offener Abstimmung über Einbürgerungsgesuche entscheidet. Der positive Antrag des Gemeinderats gilt als angenommen, falls in der Versammlung kein begründeter Gegenantrag gestellt wird. Das Bundesgericht bezeichnet diese Lösung als grundsätzlich zulässig, lässt zwischen den Zeilen aber erkennen, dass die Zuständigkeit der Gemeindever-

sammlung wohl nicht die verfassungsrechtlich optimale Lösung darstellt: Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass es unter der Übergangsverordnung zu grundrechtswidrigen Einbürgerungsentscheiden kommen könne; die (mit Stimmrechtsbeschwerde abstrakt angefochtene) Verordnung sei jedoch nicht von vornherein ungeeignet, verfassungskonforme Einbürgerungsentscheide zu ermöglichen. Würden an der Gemeindeversammlung selber Gründe für die Ablehnung eines konkreten Gesuchs genannt und werde darüber unmittelbar im Anschluss an die Diskussion abgestimmt, so könne angenommen werden, dass die ablehnenden Gründe von der Mehrheit der Abstimmenden mitgetragen würden. In der Regel werde damit ein ablehnender Gemeindeversammlungsbeschluss hinreichend begründet werden können, so dass die Betroffenen wüssten, weshalb ihr Gesuch abgelehnt worden sei, und der Entscheid gegebenenfalls in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden könne (BGE vom 12. Mai 2004, in ZBl 105 (2004) 437 ff., E. 5.3.6).

Es wird sich zeigen, ob die vom Bundesgericht abstrakt bejahete Verfassungskonformität eines solchen Verfahrens sich auch in konkreten Anwendungsakten umsetzen lässt. Das letzte Wort zu Einbürgerungen durch die Gemeindeversammlung ist offensichtlich noch nicht gesprochen<sup>45</sup>.

## 1.2 Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines Verfahrens

1979 hatte das Bundesstrafgericht verschiedene Personen (darunter auch den späteren Beschwerdeführer), die dem «Divine Light Zentrum» angehörten, eines Bombenattentats auf die Liegenschaften des damaligen Zürcher Polizeidirektors und eines Rechtsanwalts schuldig gesprochen und zum Teil langjährige Zuchthausstrafen verhängt. Später wurde seitens der Betroffenen, aber auch in den Medien die Auffassung vertreten, die Anschuldigungen beruhten auf einem Komplott, in das auch die Behörden involviert seien. In der Folge wurde im Auftrag des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements eine umfangreiche Administrativuntersuchung durchgeführt. Der Beauftragte kam in seinem Bericht aus dem Jahr 2000 zum Schluss, es gebe keinerlei Anhaltspunkte für ein polizeiliches Komplott; die

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch die Entscheide des Bezirksrats Hinwil (vom 14. Januar 2003, in ZBl 105 (2004) 428 ff.) und des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau (vom 3. Dezember 2003, in ZBl 105 (2004) 432 ff.).

Untersuchung habe aber neue Tatsachen von relativer Wichtigkeit ergeben, die dem Bundesstrafgericht zum Urteilszeitpunkt nicht bekannt gewesen waren, aber allenfalls geeignet gewesen wären, sich auf die Beurteilung im Schuldspruch und in der Strafzumessung auszuwirken. Die Bundesanwaltschaft prüfte den Bericht, verzichtete aber auf ein Revisionsbegehren. Einer der seinerzeit Verurteilten ersuchte das EJPD um vollständige Einsicht in den Schlussbericht und die Akten der Administrativuntersuchung. Das Bundesgericht heisst die gegen den abweisenden Entscheid des EJPD erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gut (BGE 129 I 249).

Das Bundesgericht bestätigt seine ständige Rechtsprechung, wonach die Gehörsgarantie (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht nur eine allgemeine Verfahrensgarantie der Parteien und Betroffenen auf Akteneinsicht enthält, sondern ebenso einen grundrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht *ausserhalb eines hängigen Verfahrens* begründet, dieser Anspruch jedoch nicht voraussetzungslos besteht, sondern von der Glaubhaftmachung eines besonders schutzwürdigen Interesses abhängt. Die einschlägige Praxis war schrittweise entwickelt worden und nicht in allen Punkten kohärent. Der vorliegende Entscheid bietet Anlass für verschiedene Klärungen und Verdeutlichungen: Ohne dies ausdrücklich zu betonen, präzisiert das Bundesgericht seine Praxis dahin gehend, dass sich das schutzwürdige Interesse aus einem spezifischen Freiheitsrecht *oder* einer sonstigen besonderen Sachnähe ergeben kann. Bestätigt wird in diesem Zusammenhang, dass sich das Einsichtsinteresse jedenfalls so lange nicht aus der Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV) ergibt, als die Verwaltung dem Geheimhaltungsprinzip unterstellt ist. Weiter klärt das Bundesgericht das Verhältnis von verfassungsrechtlicher und konventionsrechtlicher Gehörsgarantie und hält fest, dass der verfassungsrechtliche Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens weiter reicht als die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Und schliesslich wird bestätigt, dass das Einsichtsrecht seine Grenzen an überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder an berechtigten Interessen Dritter findet (E. 3, S. 253 f.).

Das Departement hatte die Akteneinsicht abgelehnt, weil ein Teil der Akten aus dem Herrschaftsbereich des Bundesstrafgerichts bzw. des Kantons Zürich stammte. – Das Bundesgericht verzichtet hier auf grundsätzliche Überlegungen und wählt eine pragmatische Lösung, die an den Grundrechtsinteressen des Beschwerdeführers

ausgerichtet ist: Bezüglich Einsichtnahme in die Gerichtsakten seien keine Gründe ersichtlich, warum dem Beschwerdeführer die Einsicht in die ihn selber betreffenden Akten des Strafverfahrens verweigert werden könnten. Bezüglich kantonaler Akten dürfe das Departement über die einschlägigen Dokumente verfügen, denn mit Anordnung der Administrativuntersuchung seien alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Zürich ausdrücklich vom Amtsgeheimnis entbunden worden; bezüglich Akten der Bundeskanzlei liege eine ausdrückliche Ermächtigung des Bundesrates vor (E. 4, S. 254 ff.).

Breiten Raum nimmt die Interessenabwägung ein. Zurückgewiesen wird das Argument des Departements, die durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers erfolgte Akteneinsicht vermöge das Einsichtsinteresse des Beschwerdeführers zu mindern. Dieses Interesse wird vom Bundesgericht *materiell bejaht*: Zum einen wird dem Betroffenen ein gewichtiges persönliches Interesse an der *Auseinandersetzung mit der eigenen Vergangenheit* zugestanden, war er doch seinerzeit in einem öffentlichen und medienwirksamen Verfahren, dessen Fairness durch die Administrativuntersuchung teilweise in Frage gestellt wurde, zu einer mehrjährigen Zuchthausstrafe verurteilt worden. Zudem könnten die Erkenntnisse zur *Vorbereitung von Justizverfahren* dienen (E. 5.1 und 5.2, S. 257 ff.). In diesem Punkt nimmt das Bundesgericht seine bisherige Praxis auf: Die Absicht, ein Verfahren anzustrengen, stellt nach der Rechtsprechung per se ein schutzwürdiges Interesse für eine Akteneinsicht dar<sup>46</sup>.

Bezüglich Geltung und Wertung der einer Einsicht entgegenstehenden Interessen stellt das Bundesgericht mit Recht hohe Anforderungen auf; es misst damit auch hier den *grundrechtlich* geschützten Einsichtsinteressen des Beschwerdeführers besonderes Gewicht zu: Ein pauschaler Verweis auf Geheimhaltungsinteressen der Auskunftspersonen genüge nicht, um das Einsichtsinteresse zu verneinen; vielmehr wird eine *konkrete Prüfung* der Frage verlangt, ob in Bezug auf einzelne Auskunftspersonen oder Kategorien von Auskunftspersonen überwiegende private Interessen einer Einsichtnahme entgegenstehen. Weil solche Interessen im vorliegenden Fall kaum ersichtlich seien, würden im Ergebnis die Einsichtsinteressen des Beschwerdeführers überwiegen (E. 5.3, S. 261 ff.).

46 BGE 95 I 103, E. 2a, S. 108.

Auch in einem zweiten Fall aus der Berichtsperiode hat das Bundesgericht ein überwiegendes Einsichtsinteresse in die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens bejaht: Eine Kundgebung in der Stadt Zürich hatte einerseits zu einem Strafverfahren gegen einen Journalisten und verschiedene Polizeibeamte, andererseits zu einer Interpellation im Stadtparlament zur Frage des Polizeieinsatzes geführt. In der Antwort zur Interpellation fand sich ein Hinweis auf zwei interne Dienstanweisungen, welche den Umgang der Polizei mit den Medien regeln. Der betroffene Journalist und die comedia-Mediengewerkschaft verlangten in der Folge vergeblich Einsicht in die Dienstanweisungen, was ihnen mit Blick auf den *internen Charakter* dieser Papiere versagt wurde (BGE vom 18. Oktober 2002, in EuGRZ 2003, 45 ff. und in ZBl 104 [2003] 203 ff.).

Das Bundesgericht hält fest, dass der Journalist von den Dienstanweisungen betroffen ist, und zwar in seiner – verfassungsrechtlich durch Art. 17 BV geschützten – Tätigkeit als Medienschaffender, aber auch konkret durch Massnahmen, welche mit diesen Dienstanweisungen in einem klaren Zusammenhang stehen (Festnahme, Beschlagnahmung und Visionierung des Foto- und Videomaterials). Vor diesem Hintergrund wird ein schutzwürdiges Einsichtsinteresse in mehrfacher Hinsicht bejaht: Zum einen bestehe ein Interesse des Journalisten daran, das Vorgefallene nachträglich beurteilen zu können, zum anderen habe er ein Interesse daran, sich in Zukunft bei entsprechenden Gelegenheiten «regelkonform» verhalten zu können. Er selber wie auch die Gewerkschaft hätten zudem ein schutzwürdiges Interesse an der Kenntnis der Dienstanweisungen, um diese allenfalls anfechten zu können (E. 3.2.1). Da auf der anderen Seite keine besonderen öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen namhaft gemacht wurden und es sich bei den Dienstanweisungen auch nicht um verwaltungsinterne Akten (wie Notizen, Mitberichte und Mitteilungen, Gutachten, Meinungsäusserungen etc.) handelt, in die nach der Rechtsprechung keine Einsicht gewährt werden muss, stelle die Verweigerung der Einsicht eine Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf Akteneinsicht ausserhalb eines Verfahrens dar (E. 3.3.2 und 3.2.3).

Der Vollständigkeit halber bleibt anzuführen, dass die – ausserhalb eines Verfahrens erfolgende – Akteneinsicht nicht nur durch Art. 29 Abs. 2 BV geschützt ist: Ein Recht auf *Einsicht in eigene Daten* folgt aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung

(Art. 13 Abs. 2 BV)<sup>47</sup>, während sich der (nach der Rechtsprechung absolute) Anspruch auf Einsicht in *Akten über die eigene Abstammung* aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 7 Abs. 1 des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes ergibt<sup>48</sup>. Schliesslich lässt sich unter gewissen Voraussetzungen aus der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) ein Anspruch auf Einsicht in *archivierte Akten* ableiten<sup>49</sup>.

### 1.3 Rechtsfolgen bei Verletzung grundlegender Verfahrensrechte

1994 fand vor dem Amtsgericht Thun ein Vaterschaftsprozess statt. In Abwesenheit des Beklagten X. wurde festgestellt, dass dieser Vater des Kindes ist; zudem wurde X. zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen verurteilt. Das Urteil wurde X. – gleich wie die Vorladung – durch Publikation im Amtsblatt eröffnet, dies obwohl X. unbestritten im Kanton Bern angemeldet und wohnhaft war und hätte ausfindig gemacht werden können. 2002 leitete die Einwohnergemeinde Thun gegen den im Kanton Bern wohnhaften X. die *Betreibung* für bevorschusste Alimente ein und verlangte später definitive Rechtsöffnung. X. wendet ein, der vorgelegte Rechtsöffnungstitel sei in Verletzung des rechtlichen Gehörs zustande gekommen und deshalb *nichtig*. Sein Begehren wurde von allen kantonalen Instanzen abgewiesen; zwar wurde anerkannt, dass die Ladung zum Vaterschaftsprozess fehlerhaft gewesen war und das rechtliche Gehör tatsächlich verletzt wurde. X. habe jedoch seit 2001 vom Urteil gewusst; da er die Möglichkeit der Wiedereinsetzung nicht ergriffen habe, liege ein Grundrechtsverzicht vor. X. gelangt mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht; dieses heisst die Beschwerde gut (BGE 129 I 361).

Der ständigen Praxis des Bundesgerichts zufolge sind Entscheide nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer und dabei offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit durch Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe anerkannt sind die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensmängel. Mit Blick auf die vorliegend gerügte *Gehörsverletzung* führt das Bundesgericht aus, diese

47 BGE 126 I 7, E. 2a, S. 10.

48 BGE 128 I 63, E. 3, S. 68 ff.

49 BGE 127 I 145, E. 4d, S. 156 ff.

könne grundsätzlich geheilt werden und führe in der Regel nur zur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Entscheids; handle es sich aber um einen besonders schwerwiegenden Verstoss gegen grundlegende Parteirechte, hätten auch Verletzungen des Gehörsanspruchs Nichtigkeit zur Folge (E. 2.1, S. 363 f.). Diese Voraussetzungen sieht das Bundesgericht im vorliegenden Fall als gegeben an: Es hält fest, dass das Urteil des Thuner Amtsgerichts ergangen war, ohne dass der Beklagte Kenntnis vom Prozess erhalten hatte und ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Säumnisurteil erfüllt waren. Angesichts dieser Umstände sei das Urteil mit einem derart schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet, dass es als nichtig erscheine (E. 2.2, S. 364). Ein nichtiges Urteil könne *keine Rechtsfolgen* begründen und deshalb auch nicht als Rechtsöffnungstitel dienen. Der Betroffene dürfe sich deshalb jederzeit auf die Nichtigkeit des Urteils berufen, auch im Rechtsmittel- und selbst im Vollstreckungsverfahren; ein Zuwarten sei deshalb nicht rechtsmissbräuchlich (E. 2.3, S. 364 f.).

Ergänzend kann man sich die Frage nach dem zutreffenden *Rügrund* stellen; sie erlangt Bedeutung, wenn die Nichtigkeit im Verfahren der Verfassungsbeschwerde vorgebracht wird, mithin die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts geltend gemacht werden muss. Beim Nichtigkeitsgrund der funktionellen oder sachlichen Unzuständigkeit der Entscheidbehörde liegt eine Berufung auf die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 30 Abs. 1 BV) nahe, bei krassen Verfahrensfehlern die einschlägige Grundrechtsgarantie (wie beispielsweise im vorliegenden Fall der Anspruch auf rechtliches Gehör), subsidiär verbleibt die Willkürüge.

## 2. Garantien in Strafverfahren

### 2.1 Unschuldsvermutung als Beweiswürdigungsregel

In einem Strafverfahren wegen Vergewaltigung einer Angestellten wurde Hotelier X. im Wesentlichen gestützt auf ein *Glaubhaftigkeitsgutachten* verurteilt, welches mit Blick auf das Verfahren vor der zweiten kantonalen Instanz eingeholt worden war. Vor Bundesgericht macht X. geltend, die Vorinstanz habe ihren Schuldspruch auf ein Fehlgutachten abgestützt und damit den Grundsatz *in*

*dubio pro reo* verletzt. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut (BGE 129 I 49).

Vorweg hält das Bundesgericht mit der notwendigen Klarheit fest, dass die Prüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen in erster Linie *Sache der Gerichte* ist und sich entsprechende Begutachtungen nur bei Vorliegen besonderer Umstände rechtfertigen (E. 4, S. 57). Es bringt damit zum Ausdruck, dass sich die Gerichte nicht vorschnell der anspruchsvollen Aufgabe der Beweisaufnahme und -würdigung entziehen dürfen und erinnert – zumindest implizit – an die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 30 Abs. 1 BV). Weiter führt das Bundesgericht aus, dass Glaubhaftigkeitsgutachten grundsätzlich der *freien Beweiswürdigung* unterliegen. In Fachfragen dürfe jedoch nur bei Vorliegen triftiger Gründe vom Gutachten abgewichen werden; liegen solche Gründe vor, d.h., wird die Überzeugungskraft des Gutachtens durch gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien ernsthaft erschüttert, dürfe das Gericht nicht darauf abstellen. Eine Verletzung dieser Grundsätze verstosse gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV), zudem gelte die Unschuldsvermutung. Im vorliegenden Fall beschränkt sich das Bundesgericht jedoch darauf, die einschlägigen Normen (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMKR) zu nennen und einen jüngeren Entscheid (BGE 127 I 38) zu zitieren (E. 4, S. 57 f.).

Das Verhältnis von Willkürverbot und Unschuldsvermutung bleibt unklar. Im zitierten Entscheid findet sich die Erwägung, wonach der Grundsatz *in dubio pro reo* nicht nur eine Beweislast-, sondern auch eine Beweiswürdigungsregel enthält und das Bundesgericht die Rüge der Verletzung der Beweiswürdigungsregel nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft<sup>50</sup>. Eine kritische Anmerkung sei hier deshalb erlaubt: Im Kontext von Beweisfragen im Strafverfahren ist der Verweis auf das Willkürverbot jedenfalls dann verwirrend, wenn keine Unterscheidung zwischen materieller Willkürüge und Willkürkognition bei der Prüfung spezifischer Grundrechtsgarantien vorgenommen wird. Zwar entspricht es Sinn und Zweck der staatsrechtlichen Beschwerde als Verfassungsbeschwerde, Fragen der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung nur dann zur Überprüfung anzunehmen, wenn die entsprechenden Festlegungen der kantonalen Instanzen willkürlich sind und damit Art. 9 BV *materiell* verletzen. Wo aber eine *spezifische Verfahrensgarantie* betroffen ist,

<sup>50</sup> BGE 127 I 38, E. 2a, S. 41, siehe auch BGE 128 I 81.

die als Teilgehalt eigene Beweismaximen enthält (wie insbesondere die Unschuldsvermutung), geht diese als grundrechtliche Sondernorm der Willkürfrage vor. Daran ändert auch dann nichts, wenn das Bundesgericht den entsprechenden Teilgehalt der Unschuldsvermutung nur mit Willkürkognition überprüft. Prozessual ist diese Unterscheidung durchaus von Bedeutung: Bei einer Berufung auf die Unschuldsvermutung entfallen nämlich die Einschränkungen, welche das Bundesgericht bei der *Legitimation* zur Willkürbeschwerde aufgestellt hat<sup>51</sup>.

In der Sache demonstriert das Bundesgericht den kantonalen Instanzen, wie sorgfältig die Würdigung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens sogar bei beschränkter Kognition erfolgen kann. Dabei wird in eindrücklicher Weise gezeigt, dass Willkürkognition keine oberflächliche Prüfung bedeutet: An die frühere Rechtsprechung anknüpfend<sup>52</sup> setzt sich das Bundesgericht eingehend mit der Literatur zu den methodischen Anforderungen an aussagenpsychologische Gutachten auseinander und wendet diese Grundsätze in differenzierter Weise auf das umstrittene Gutachten an (E. 5 und 6, S. 58 ff.). Trotz beschränkter Kognition trägt es mit dieser Vorgehensweise der Besonderheit Rechnung, dass die Beweiswürdigung in Strafverfahren vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung und damit spezifischer Fairnessansprüche der Angeschuldigten zu erfolgen hat.

## 2.2 Verteidigungsrechte, rechtliches Gehör

A. wurde wegen sexueller Handlungen mit dem Kind B. zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt. Das Bezirksgericht stützte sich bei der Feststellung des Sachverhalts auf Teilgeständnisse des Angeschuldigten sowie die im Ermittlungsverfahren durch die Kantonspolizei gemachte Videoaufnahme des Opfers bzw. Zeugen B. Gegen das Urteil legte A. Berufung ein und verlangte unter anderem, das Kind sei in geeigneter Form durch das Gericht selber zu befragen. Der Aufforderung des Obergerichts, schriftlich Ergänzungsfragen zu stellen, kam der Anwalt von A. nach, nachdem ihm die Videoaufnahme vorgeführt worden war. Die Beantwortung der von der Vertei-

<sup>51</sup> Zum Beispiel in BGE 126 I 81.

<sup>52</sup> Im Entscheid erfolgt ein Verweis auf BGE 127 I 38, richtig wohl 128 I 81, wo die fachlichen Standards für die Abklärung des Wahrheitsgehalts der Zeugenaussagen von Kindern aufgearbeitet werden.

digung vorgeschlagenen Ergänzungsfragen erachtete das Obergericht jedoch als nicht notwendig. Die Berufung von A. wurde abgewiesen, die gleichzeitig ergangene Berufung des Staatsanwalts gutgeheissen und dem Angeklagten die Gewährung des bedingten Strafvollzugs verwehrt. A. erhebt staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des verfassungsmässigen Rechts auf Befragung von Belastungszeugen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut (BGE 129 I 151).

Das Bundesgericht hält vorab fest, dass der Anspruch des Angeschuldigten auf ein faires Verfahren auch das Recht umschliesst, den Belastungszeugen Fragen zu stellen. Diese Garantie ergibt sich ausdrücklich aus Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK, ist aber der Praxis zufolge auch in Art. 32 Abs. 2 BV (Wahrnehmung der Verteidigungsrechte) mit enthalten; das Bundesgericht geht von einem *materiell identischen Schutzbereich* der beiden Garantien aus. Unter Verweis auf die einschlägige Praxis des Strassburger Gerichtshofs wird ausgeführt, dass dem Anspruch auf Befragung von Belastungszeugen jedenfalls dann absoluter Charakter zukommt, wenn das streitige Zeugnis *ausschlaggebende* Bedeutung hat, dieses also den einzigen oder jedenfalls einen wesentlichen Beweis darstellt (E. 3.1, S. 154)<sup>53</sup>.

Mit Blick auf den vorliegenden Fall hält das Bundesgericht fest, das Obergericht habe den grundsätzlich absoluten Charakter des Anspruchs auf Befragung des Belastungszeugen verkannt. Es habe die Beantwortung der vorgeschlagenen Fragen im Ergebnis mittels antizipierter Beweiswürdigung für nicht notwendig erklärt; dieses Vorgehen halte indessen dann bei einem Belastungszeugen nicht stand, wenn dessen Aussagen als einziges Beweismittel Grundlage des Urteils bildeten. Durch die ausführliche Würdigung der Aussagen im Lichte einiger der gestellten Fragen sei die Vorinstanz jedenfalls implizit davon ausgegangen, dass diese nur teilweise völlig irrelevant seien; sie hätten deshalb nicht gesamthaft für unzulässig erklärt werden dürfen. Das Bundesgericht will dieses klare Verdikt aber nicht als Schmälderung des Opferschutzes verstanden wissen, sondern anerkennt ausdrücklich auch das Anliegen namentlich minderjähriger Opfer, nicht durch den Angeklagten befragt zu werden. Allerdings dürften die Folgen solcher Beschränkungen nicht zu Lasten der Verfahrensfairness

<sup>53</sup> Zur Kritik an dieser Relativierung siehe die Urteilsbesprechung durch DORRIT SCHLEIMINGER, AJP/PJA 2003, 860 ff.

gehen; schliessen es die berechtigten Anliegen des Opfers aus, dass ihm der Angeklagte Fragen stellen lässt, dürfe auf die entsprechenden Zeugenaussagen nicht abgestellt werden (E. 4.3, S. 157 f.).

In einer letzten Erwägung klärt das Bundesgericht in Form eines *obiter dictum* die Frage der Verfassungskonformität von schriftlichen Ergänzungsfragen (E. 5, S. 158 f.). Dies ist insofern von Belang, als das Opferhilfegesetz die Videoeinnahme als Ersatzmassnahme für eine direkte Konfrontation vorsieht<sup>54</sup>; dieses Vorgehen vermeidet die direkte Konfrontation zwischen Opfer und Angeschuldigten, erlaubt diesen aber, die Befragung von einem anderen Raum aus mitzuverfolgen und ihre Befragungsrechte mittelbar, durch die befragende Person, auszuüben. Das Bundesgericht hält fest, dass die Kantone verpflichtet sind, die entsprechende Infrastruktur zur Verfügung zu halten, da diese in gewissen Konstellationen Voraussetzung für ein verfassungskonformes Verfahren ist. Die Möglichkeit der Videoeinnahme schliesse aber nicht aus, dass die Verteidigungsrechte auch durch Einsicht in das Befragungsprotokoll und die Möglichkeit schriftlicher Ergänzungsfragen gewahrt bleibe. Dabei sei in jedem Einzelfall zu prüfen, welche Vorgehensweise und Ersatzmassnahmen in Frage kommen, um sowohl den Interessen des Opferschutzes als auch den Verteidigungsrechten der Angeschuldigten gerecht zu werden. Die Wahl der Ersatzmassnahme sei daher gegebenenfalls gesondert zu begründen.

### 2.3 Verteidigungsrechte, Grundsätze der Verwertbarkeit von Verfahrensakten

Ein weiterer Entscheid (BGE 129 I 85) gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die *gerichtliche Verwertbarkeit der Überwachung fremdsprachiger Telefongespräche* zu formulieren. Es kompensiert damit Mängel des Gesetzgebungsverfahrens, enthalten doch weder das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs noch die zugehörige Verordnung entsprechende Vorschriften<sup>55</sup>. Darüber hinaus ist der Entscheid von Bedeutung, weil eine weitere *Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gehörsanspruchs* erfolgt.

<sup>54</sup> Art. 10c Abs. 2 Opferhilfegesetz (OHG, vom 1. Oktober 2002, SR 312.5).

<sup>55</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1) und Verordnung vom 18. Dezember 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, SR 780.11).

Das Bundesgericht zitiert zunächst seine Praxis, wonach sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK) für den Angeklagten das grundsätzlich uneingeschränkte Recht ergibt, in alle wesentlichen Verfahrensakten Einsicht zu nehmen. Im vorliegenden Entscheid hält das Bundesgericht nun ausdrücklich fest, dass diese Akten auch *vollständig* sein müssen<sup>56</sup>. Für Strafverfahren bedeutet dieser Vollständigkeitsanspruch, dass die vor der gerichtlichen Hauptverhandlung erhobenen Beweismittel in den Untersuchungsakten vorhanden sind und aktenmässig belegt ist, wie sie produziert wurden (E. 4.1, S. 88 f.). Im anstehenden Fall war nicht ersichtlich, wer die ins Deutsche übersetzten Telefonabhörprotokolle erstellt hatte, ob es Beamte oder beauftragte Dritte waren, ob die Übersetzerin oder der Übersetzer auf die Straffolgen falscher Übersetzung oder Begutachtung hingewiesen worden und auf welche Art und Weise die Übersetzung erfolgt war (direkt ab Tonband oder ab Niederschrift). Vor diesem Hintergrund erachtet das Bundesgericht die Erhebung der entsprechenden Beweismittel als *nicht nachvollziehbar*; sie hätten deshalb auch nicht verwertet werden dürfen (E. 3.2, S. 87 f.).

Im vorliegenden Fall wurde in erster Linie der sich aus der Garantie des rechtlichen Gehörs ergebende Aktenvollständigkeitsanspruch verletzt. Ob die anschliessende *Verwertung* der Telefonabhörprotokolle durch die Vorinstanz zusätzlich den Grundsatz der *Unschuldsvermutung* verletzt, wie dies der Beschwerdeführer vorgebracht hatte, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen. Im Ergebnis ist das Urteil klar zu begrüssen; es darf wohl angenommen werden, dass der formulierte Aktenvollständigkeitsanspruch sich nicht nur auf Strafverfahren, sondern generell auf alle Justizverfahren erstreckt, gilt doch die dem Anspruch zugrunde liegende Garantie des rechtlichen Gehörs in allen Justizverfahren.

### 3. Garantien bei Freiheitsentziehung

Der Entscheid 129 I 139 bietet dem Bundesgericht Gelegenheit, die Voraussetzungen für eine *Genugtuungsforderung* für eine *durch den Haftrichter nicht genehmigte Ausschaffungshaft* zu klären: Nach einem negativen Entscheid über sein Asylgesuch war X. unter

<sup>56</sup> Ein erster Ansatz findet sich in BGE 115 Ia 97, E. 4c, S. 99.

sofortigem Vollzug des Entscheids aus der Schweiz weggewiesen worden. In der Folge wurde X. zweimal in Ausschaffungshaft genommen, deren Genehmigung der Haftrichter jedes Mal verweigerte. X. machte für die von ihm ausgestandene Haft eine Genugtuungsforderung geltend; alle kantonalen Rechtsmittelinstanzen verneinten jedoch eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit des fremdenpolizeilichen Vorgehens.

Das mit staatsrechtlicher Beschwerde angerufene Bundesgericht stützt seine Erwägungen ausschliesslich auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK; die Bundesverfassung enthält keine entsprechende Garantie. Art. 5 Ziff. 5 EMRK gibt jeder von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffenen Person einen Anspruch auf Schadenersatz, falls dabei materielle oder formelle Vorschriften verletzt worden sind, wie sie sich aus Art. 5 Ziff. 1–4 EMRK ergeben. Der einschlägigen Praxis zufolge handelt es sich bei Art. 5 Ziff. 5 EMRK um eine *konventionsrechtliche Haftungsnorm*, die unbeschden des nationalen Staatshaftungsrechts anwendbar ist. Das Bundesgericht stellt indessen klar, dass die Bestimmung auch auf das innerstaatliche Recht Bezug nimmt, denn gemäss Art. 5 EMRK muss die Freiheitsentziehung auf die «gesetzlich vorgeschriebene Weise» erfolgt sein (E. 2, S. 141).

Der vorliegende Entscheid enthält zwei *zentrale Aussagen*. Erstens: Der in Staatshaftungsverfahren allgemein geltende Grundsatz der *Einmaligkeit des Rechtsschutzes* findet in Haftentschädigungsverfahren betreffend Ausschaffungshaft keine Anwendung; eine vorfrageweise Überprüfung der Widerrechtlichkeit der Ausschaffungshaft ist folglich im Staatshaftungsverfahren ausnahmsweise zulässig. Und zweitens: Eine *rechtskräftige Haftentlassungsanordnung* begründet für sich allein genommen noch *keine Widerrechtlichkeit* der Haft. Die Begründung dieser Aussagen ist komplex und erschliesst sich erst nach mehrmaliger Lektüre.

Das Bundesgericht hält fest, dass der *Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes bzw. Instanzenzugs* im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommt, weil die Zürcher Behörden und damit eine am Verfahren beteiligte Partei zur Beschwerde gegen die umstrittene Haftentlassungsanordnung nicht legitimiert war. Folglich lässt das Bundesgericht eine vorfrageweise Überprüfung der Widerrechtlichkeit der Ausschaffungshaft zugunsten des beklagten Kantons zu (E. 3.1, S. 142 f.).

Bei der anschliessenden Prüfung der *Widerrechtlichkeit* untersucht das Bundesgericht in einem ersten Schritt und anhand des ANAG, ob der Entscheid des Haftrichters anders als auf die «*gesetzlich vorgeschriebene Weise*» im Sinn von Art. 5 EMRK erfolgt ist. Art. 13c Abs. 2 ANAG verlangt vom Haftrichter obligatorisch nicht nur eine Prüfung der Rechtmässigkeit der Haft, sondern auch ihrer Angemessenheit. Da der Haftrichter im Rahmen der Angemessenheitskontrolle auch die Handhabung der – weiten – Ermessensspielräume der haftanordnenden Behörde überprüfen kann, könne in der Verweigerung der Haftgenehmigung nicht notwendigerweise auch die Feststellung einer Rechtsverletzung bzw. einer entschädigungsauslösenden Widerrechtlichkeit gesehen werden. Folglich dürfe aus einer Haftentlassung nicht automatisch auf deren Widerrechtlichkeit geschlossen werden (E. 4.1.1, S. 144 f.). In einem zweiten Schritt prüft das Bundesgericht deshalb weiter, ob ein Anspruch auf Schadenersatz deshalb zu bejahen ist, weil der Freiheitsentzug unter *Verletzung von Art. 5 Ziff. 1–4 EMRK* erfolgte. Auch hier hält das Gericht fest, dass eine solche Verletzung nicht bereits dann vorliegt, wenn der haftanordnende Entscheid durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird; in Bereichen, in denen den staatlichen Behörden ein qualifizierter Ermessensspielraum zukomme, könne es zu unterschiedlichen Einschätzungen kommen, ohne dass eine Rechtsbeugung oder -verletzung vorliegen würde (Art. 4.1.2, S. 145).

Eine Überprüfung der Rechtmässigkeit im konkreten Fall führt das Bundesgericht zum Schluss, dass die kantonale Fremdenpolizei das Vorliegen der Haftvoraussetzungen gemäss ANAG bezüglich beider Haftanordnungen in vertretbarer Weise bejaht hatte und diese deshalb nicht widerrechtlich waren (E. 4.2 und 4.3). Und selbst wenn die Haftanordnungen rechtswidrig gewesen wären – so das Bundesgericht in seiner letzten Erwägung –, hätte dies keine Zusprechung von Schadenersatz zur Folge, weil die mit der Haft verbundenen Freiheitsbeschränkungen *nicht hinreichend schwer* gewesen seien; sie hätten den Beschwerdeführer nämlich nicht wesentlich anders getroffen als die (von ihm selber zu verantwortende) rechtmässige Festhaltung im Transitbereich des Flughafens (E. 4.4).

#### 4. Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankert den Anspruch auf ein faires Justizverfahren, dies insoweit, als Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen in Frage stehen. Die Tragweite dieser Garantie ist Gegenstand steter Fortentwicklung; wie zu erwarten, hat das Bundesgericht auch in dieser Berichtsperiode verschiedene Entscheide zum Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gefällt.

Nachdem das Bundesgericht in einem früheren Entscheid die Vernichtung der Pflanzen- und Warenbestände einer Hanfgärtnerei als Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bezeichnet hatte<sup>57</sup>, gilt mit Entscheid BGE 129 I 103 nun auch die vorläufige Beschlagnahme von Hanfpflanzen als solche Streitigkeit: Der prinzipielle Ausschluss bloss vorläufiger Regelungen vom Geltungsbereich des Art. 6 Ziff. 1 EMRK greife in diesem Fall ausnahmsweise nicht, da die Beschlagnahme der Pflanzen bis zum Abschluss des Strafverfahrens ihre zweckgemässe Verwendung verhindere, sie entwerte und damit die Erwerbstätigkeit des Eigentümers einschränke. In einem solchen Fall komme die Beschlagnahme – ähnlich einer Vernichtungsanordnung – einem Eingriff in einen zivilrechtlichen Anspruch gleich, und der Betroffene müsse deshalb Zugang zu einer gerichtlichen Instanz haben.

Bezüglich Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK im öffentlichen Dienstrecht führt das Bundesgericht im Entscheid 129 I 207 den mit BGE 126 I 33 eingeschlagenen Weg fort. Im Anschluss an den Entscheid Pellegrin c. Frankreich<sup>58</sup> wird neu nicht mehr primär auf die Natur der Streitsache, sondern auf die vom Bediensteten ausgeübte Funktion abgestellt. Massgebendes Kriterium ist demnach, «ob dem Stelleninhaber eine Aufgabe zukommt, die charakteristisch für die spezifische, auf die Wahrung der allgemeinen Interessen ausgerichteten Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung ist, und ob er dabei an der Ausübung der öffentlichen Gewalt teilhat» (E. 4.2, S. 212). Eine sorgfältige Analyse der Rechtsprechung sowohl des Europäischen Ge-

57 BGE vom 10. April 2001, in: ZBl 103 (2002) 150 ff.

58 Pellegrin c. Frankreich, vom 8. Dezember 1999, Rec. 1999-VIII Rz. 59–67, bestätigt in Frydlander c. Frankreich, vom 27. Juni 2000, Rec. 2000-VII Rz. 31–34.

richtshofs für Menschenrechte als auch des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (zum Begriff der «öffentlichen Verwaltung») führt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass *Mittelschullehrerinnen und -lehrer* keine spezifischen Staatsaufgaben und keine hoheitlichen Befugnisse im Sinn des einschlägigen europäischen Rechts wahrnehmen. Sie können sich deshalb in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche (im vorliegenden Fall: Neufestlegung des Beschäftigungsgrades und der Besoldung) aus ihrem Dienstverhältnis auf Art. 6 EMRK berufen (E. 4 und 5, S. 211 ff.).

Dazu nur eine Bemerkung: Die Ausdehnung des Schutzbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat auch Folgen für das innerstaatliche Recht: Gilt eine Streitigkeit als zivil- oder strafrechtlich im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, muss sie in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden. Dann aber greifen nicht nur die in Art. 6 EMRK selber, sondern auch die in Art. 30 BV genannten Verfahrensgarantien, gewährt Art. 30 BV einer Person doch nur dann Schutz, wenn «deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss».

#### 5. Staatsrechtliche Beschwerde

Die Rechtsprechung zu den Verfahrensregeln der staatsrechtlichen Beschwerde bewegt sich weitgehend in den gewohnten Bahnen.

##### 5.1 Legitimation

Fünf Personen, deren Einbürgerungsgesuche anlässlich einer *Urnenabstimmung* in der Gemeinde Emmen abgelehnt worden waren, erhoben gegen den bestätigenden Entscheid des Luzerner Regierungsrates staatsrechtliche Beschwerde, unter anderem wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots, des Willkürverbots und des Anspruchs auf Entscheidungsbegründung (BGE 129 I 217). Im Verfahren vor Bundesgericht stellte sich als Erstes die Frage nach ihrer Beschwerdelegitimation.

Zur staatsrechtlichen Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Hoheitsakt in eigenen Rechten oder rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt ist (Art. 88 OG). Der ständigen Praxis zufolge müssen die von den Beschwerdeführern geltend ge-

machten Interessen entweder durch eidgenössisches oder kantonales Gesetzesrecht oder durch die Bundesverfassung selber rechtlich geschützt sein. Im vorliegenden Verfahren unbestritten war die Tatsache, dass die anwendbare Bürgerrechtsordnung den Beschwerdeführern keinen Rechtsanspruch auf Einbürgerung vermittelt. Das Bundesgericht hatte deshalb zu prüfen, ob sich das rechtlich geschützte Interesse unmittelbar aus der Bundesverfassung ergibt.

In konsequenter Fortführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gleichstellung von Frauen und Männern<sup>59</sup> bejaht das Bundesgericht diese Frage mit Blick auf das *Diskriminierungsverbot* (Art. 8 Abs. 2 BV); weil im vorliegenden Fall eine Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft geltend gemacht worden war, sorgt das Bundesgericht mit Bejahung der Legitimation auch für die Erfüllung der Rechtsschutzverpflichtungen, welche der Schweiz durch das Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung<sup>60</sup> auferlegt sind (E. 1.1, S. 220 f.). – Für die Zukunft darf wohl davon ausgegangen werden, dass sich die geschützte Rechtsstellung auch für die weiteren in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Diskriminierungsstatbestände direkt aus der Verfassungsnorm ergibt.

Ebenfalls bejaht wird die Legitimation zur Rüge, der Anspruch auf Entscheidungsbegründung sei verletzt worden. Nach ständiger Rechtsprechung muss dazu grundsätzlich die Legitimation in der Sache gegeben sein, «weil die Beurteilung dieser Frage nicht von der Prüfung in der Sache selber getrennt werden kann». Vorliegend kam diese Einschränkung jedoch nicht zur Anwendung, denn die Beschwerdeführer hatten nicht eine mangelhafte, sondern das *Fehlen jeglicher Begründung* gerügt. Mit Recht hält das Bundesgericht fest, dass sich die Beurteilung dieser Frage von der Prüfung in der Sache trennen lässt; die Legitimation der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer zur Rüge einer gänzlich fehlenden Begründung ergibt sich damit schon aufgrund ihrer Parteistellung im kantonalen Verfahren (E. 1.4, S. 222).

Schliesslich hatten die Beschwerdeführer eine Verletzung des *Willkürverbots* (Art. 9 BV) geltend gemacht. Nach der ständigen Praxis verschafft das Willkürverbot für sich allein keine geschützte

59 BGE 114 Ia 329, E. 2b, S. 330 f.

60 Art. 6 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, RDÜ, vom 21. Dezember 1965, SR 0.104.

Rechtsstellung im Sinn von Art. 88 OG. Vielmehr ist zur Willkürüge nur legitimiert, wer die willkürliche Anwendung von Rechtsnormen rügt, die ihm einen Rechtsanspruch einräumen oder dem Schutz seiner – angeblich verletzten – Ansprüche dienen. Trotz zunehmend heftiger Kritik aus der Lehre hält das Bundesgericht auch nach Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung an dieser Rechtsprechung fest<sup>61</sup>, und es nimmt auch den vorliegenden Fall nicht zum Anlass für eine Praxisänderung (E. 1.3, S. 221).

Das ist schade, hätte der Fall Emmen doch Gelegenheit zu einer differenzierten Betrachtung der Problematik oder doch zumindest Anlass für ein entsprechendes *obiter dictum* geboten. Die Beschwerdeführer hatten vorgebracht, die Willkürbeschwerde sei jedenfalls dort voraussetzungslos zuzulassen, wo der Entscheid die Rechtsstellung des Einzelnen betrifft, das Gesetz aber weite Ermessensspielräume öffnet und gerade keine Rechtsansprüche bestehen. Das leuchtet ein: Hat der umstrittene Entscheid die Rechtsstellung des Einzelnen zum Gegenstand (und nicht bloss seine faktischen Interessen), sind die Betroffenen aber von Gesetzes wegen «rechtlos» – was aufgrund fehlenden Rechtsanspruchs und weiten Ermessens gerade bei Einbürgerungen zutrifft – ist die Gefahr willkürlicher Belastungen besonders gross. Von seiner Zielsetzung her will das Willkürverbot die Betroffenen gerade in solchen Fällen vor staatlichen Schikanen schützen, und dies unabhängig davon, ob ihnen das anwendbare Gesetz Rechte einräumt oder nicht<sup>62</sup>. Auf dieser Linie argumentiert das Bundesgericht übrigens bei der Frage nach der Begründungspflicht von Einbürgerungsentscheiden, wenn es ausführt, der weite Ermessensspielraum bei Einbürgerungsentscheiden spreche nicht gegen, sondern im Gegenteil für eine Begründungspflicht, und an die Begründung seien umso strengere Anforderungen zu stellen, je grösser der Ermessensspielraum der Behörde sei<sup>63</sup>.

Man könnte nun einwenden, diese Erwägungen seien bloss theoretischer Natur, da die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller ohnehin durch das Diskriminierungsverbot geschützt worden seien. Dem

61 BGE 126 I 81; Hinweise auf die Kritik in der letztjährigen Urteilsbesprechung (ZBJV 138 (2002) 699 ff.).

62 Vgl. WALTER KÄLIN, Die Bedeutung der neuen BV für das öffentliche Verfahrensrecht, in: ULRICH ZIMMERLI (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, BTJP 1999, Bern 2000, 267 ff., hier 282 f.

63 BGE 129 I 232, E. 3.3, S. 239.

ist aber nicht so: Eine willkürliche Nichteinbürgerung, die nicht *gleichzeitig* auch diskriminierend ist, wird nach wie vor nicht gerügt werden können. Wer keiner durch das Diskriminierungsverbot geschützten Gruppe angehört, bleibt bei willkürlicher Behandlung im Einbürgerungsverfahren auch weiterhin ohne verfassungsrechtlichen Schutz.

## 5.2 Rügegründe, Noven

Der bundesgerichtlichen Praxis zufolge können mit staatsrechtlicher Beschwerde grundsätzlich keine Tatsachen und Beweismittel und auch keine rechtlichen Argumente vorgebracht werden, die nicht schon im kantonalen Verfahren geltend gemacht worden sind. Hingegen bleiben neue Vorbringen erlaubt, zu deren Geltendmachung erst die Begründung des angefochtenen Hoheitsaktes Anlass gibt; ebenfalls zulässig sind Gesichtspunkte, die sich in einer Weise aufdrängen, dass sie von der kantonalen Instanz von Amtes wegen hätten berücksichtigt werden müssen<sup>64</sup>.

Dem Entscheid 129 I 49 ff. liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Das erstinstanzlich zuständige Bezirksgericht hatte den Angeschuldigten vom Vorwurf der Vergewaltigung einer Angestellten freigesprochen. Gegen dieses Urteil wurde Berufung beim Kantonsgericht St. Gallen eingereicht, welches die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Frau durch eine Diplompsychologin überprüfen liess. Wesentlich gestützt auf die Ergebnisse dieses Gutachtens wurde der Angeschuldigte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Vor diesem Hintergrund erachtet es das Bundesgericht als *zulässig*, Argumente gegen die Qualität des Gutachtens erst im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht geltend zu machen (E. 3, S. 57).

## 5.3 Kognition

Hinzuweisen ist auf eine *Praxisänderung*, die wohl kaum grössere Wellen schlagen wird: In seiner früheren Praxis hat das Bundesgericht bei der Staatsvertragsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 Bst. C OG) sowohl den Sachverhalt frei geprüft als auch Noven zugelassen. Das Novenverbot wurde mit dem Entscheid BGE 128 I 354 eingeführt.

<sup>64</sup> Vgl. die Nachweise bei WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage Bern 1994, 369 ff.

Mit dem Entscheid BGE 129 I 110 überprüft das Bundesgericht bei Staatsvertragsbeschwerden den Sachverhalt jedenfalls dann bloss mit Willkürkognition, wenn eine gerichtliche Behörde als Vorinstanz eingesetzt war<sup>65</sup>.

## 5.4 Kassatorische Natur

Eine *Präzisierung* der Rechtsprechung erfolgt schliesslich zum Grundsatz der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde. In der Regel kann die staatsrechtliche Beschwerde nur zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes führen; eine Ausnahme gilt der ständigen Praxis zufolge dann, wenn der verfassungsmässige Zustand mit der blossen Aufhebung nicht wieder hergestellt werden kann, sondern dafür eine positive Anordnung erforderlich ist<sup>66</sup>. Mit BGE 129 I 129 stellt das Bundesgericht klar, dass Beschwerden gegen die *Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege* nicht zu diesen Ausnahmen zählen: Weder mit Blick auf die amtliche Verteidigung noch auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege können im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren positive Anordnungen verlangt werden (E. 1.2.3 und 1.2.4, S. 132 f.).

## IX. Andere verfassungsmässige Rechte (PT)

### 1. Politische Rechte (Art. 34 BV)

#### 1.1 Einbürgerungen an der Urne

In die Berichtsperiode fallen zwei Entscheide zur Zulässigkeit von Urnenabstimmungen über Einbürgerungsgesuche:

- BGE 129 I 217 (Emmen): Die pauschale Ablehnung aller aus Ex-Jugoslawien stammenden Bewerber verletzt das Diskriminierungsverbot und die Pflicht zur Begründung von Verfügungen;
- BGE 129 I 232 (Volksinitiative der Stadtzürcher SVP): Eine Initiative, welche Einbürgerungsgesuche der Urnenabstim-

<sup>65</sup> Dieser Entscheid wird eingehender besprochen durch YVO HANGARTNER, in AJP/PJA 2003, 1104 f.

<sup>66</sup> Vgl. zum Beispiel BGE 124 I 327, E. 4b, S. 332 f., mit weiteren Hinweisen.