

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes bernois**

139. Jahrgang

Erscheint
jeden Monat

01985

B22
10
2003



2003

132
130
139

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:

Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Bern, Prof. Dr. KURT AMONN, 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. JÖRG PAUL MÜLLER, Bern, Prof. Dr. HEINZ REY, Aristau, Prof. Dr. PAUL RICHLI, Luzern, Prof. Dr. ROLAND SCHAER, Bern, Prof. Dr. BERNHARD SCHNYDER, Freiburg, Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern, Prof. Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern, Prof. Dr. ULRICH ZIMMERLI, Gümliigen.

Bestellungen an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 8326, 3001 Bern:

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

Bestellungen Abonnemente:

Stämpfli AG, Abonnementsmarketing, Wölflistrasse 1, Postfach 8326,
3001 Bern

Tel. 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90

E-Mail abonnemente@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Inserate

Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 89, Fax 031 300 63 90

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition

Stämpfli AG, Publikationen, Wölflistrasse 1, Postfach 8326, 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 8326, 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.

©

Stämpfli Verlag AG Bern 2003

Printed in Switzerland

ISSN 0044-2127

Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

Band 139 (2003)

Verfasst von Dr. FELIX BENDEL, Pully

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

- Prof. Dr. Dr. h. c. mult. ALBIN ESER, Freiburg im Breisgau:
Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof:
Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts 139/2
- Prof. Dr. THOMAS COTTIER, Bern und Advokat ERIK EVTI-
MOV: Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der
EG: Anwendung und Rechtsschutz 139/77
- Dr. MANUEL JAUN, Fürsprecher, Bern: Der Gefahrensatz –
Gefahr oder Chance? 139/141
- Prof. Dr. iur. ROLF H. WEBER, Zürich und lic. iur. MARIN
SKRIPSKY, Zürich: Verfügungen zugunsten Dritter 139/249
- PD Dr. iur. PAUL EITEL, Rechtsanwalt, Solothurn: Lebens-
versicherungsansprüche und erbrechtliche Ausgleichung 139/325
- MARTIN WIRTHLIN, Verwaltungsrichter, Meggen: Die Be-
urteilung der Gemeingefährlichkeit durch Fachkommissio-
nen 139/415
- Dr. iur. GEROLD STEINMANN, Lausanne/Bern: Die Gewähr-
leistung der politischen Rechte durch die neue Bundes-
verfassung (Art. 34 BV) 139/481
- Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern: Die Familie im Wechsel-
spiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht 139/585
- Prof. Dr. iur. THOMAS GEISER, St. Gallen/Bern und Asses-
sor KAI-PETER UHLIG, St. Gallen: Arbeitsverhältnisse im
Konzern 139/757

- 1.2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 1999, 2000, 2001 und 2002, veröffentlicht in den Bänden 125, 126, 127 und 128**
- 1.2.1 Referenten**
- Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER und Dr. MANUEL JAUN, Fürsprecher, Bern: Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2001, Band 127) 139/43
- Fürsprecher PETER BECK, Bern und Prof. Dr. ROLAND SCHAER, Greng: Sozialversicherungsrecht (1999 und 2000, Band 125 und 126) 139/180
- Prof. Dr. HEINZ REY, Zürich: Sachenrecht (2001, Band 127) 139/265
- Prof. Dr. iur. GUIDO JENNY, Bern: Strafrecht (2000, Band 126) 139/363
- Fürsprecher DOMINIK GASSER, Bern: Schuldbetreibung und Konkurs (2002, Band 128) 139/442
- Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen: Zivilprozessrecht – im internen Verhältnis (2002, Band 128) 139/637
- Dr. iur. MONIQUE JAMETTI GREINER, Fürsprecherin, Thun/Bern: Zivilprozessrecht – im internationalen Verhältnis (2002, Band 128) 139/666
- Prof. WALTER KÄLIN, Prof. REGINA KIENER, Prof. ANDREAS KLEY, Prof. PIERRE TSCHANNEN, Prof. ULRICH ZIMMERLI, Ordinarien des Departementes für öffentliches Recht, Universität Bern: Staatsrecht (2002 und 2003, Band 128 und 129) 139/681
- Prof. Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern: Obligationenrecht (2001 und 2002, Band 127 und 128) 139/802
- Prof. Dr. URS R. BENISCH: Steuerrecht (2001, Band 127) . 139/865

1.2.2 Kommentierte Entscheide

Amtliche Sammlung Bände 125 (1999), 126 (2000), 127 (2001), 128 (2002) und 129 (2003). (Die *kursiv fett* gedruckte Zahl gibt die Seiten der Entscheide des Bundesgerichts an, die zweite Zahl die Seiten der Zeitschrift.)

BAND 125 (1999)

V. Teil: Sozialversicherungen

BGE 125 V 1, ZBJV 139 S. 194; 8, 199; **21**, 201; **80**, 189; **106**, 193 und 225; **146**, 213; **163**, 233; **171**, 192; **256**, 206; **297**, 228; **307**, 219; **312**, 221; **324**, 182; **339**, 244; **351**, 242; **401**, 243; **456**, 222.

BAND 126 (2000)

I. Teil: Staatsrecht

BGE 126 I 15, ZBJV 139 S. 386; **19**, 387; **26**, 388; **36**, 386; **50**, 387; **81**, 735; **86**, 390; **97**, 368 und 392; **153**, 388; **168**, 391; **194**, 389; **207**, 389.

IV. Teil: Strafrecht

BGE 126 IV 1, ZBJV 139 S. 367; **5**, 370 und 374; **13**, 366; **20**, 379; **30**, 381; **38**, 393; **42**, 392; **48**, 381; **53**, 366; **60**, 384; **65**, 378; **76**, 377; **84**, 367; **91**, 382; **95**, 384 und 392; **99**, 383; **107**, 392; **113**, 372; **121**, 376; **124**, 375; **131**, 377; **136**, 378; **141**, 369 und 379; **161**, 370; **165**, 373; **172**, 389; **176**, 379; **184**, 382; **192**, 382; **198**, 384; **203**, 391; **209**, 371; **216**, 374; **221**, 375; **225**, 377; **230**, 379; **236**, 380; **255**, 368; **269**, 383.

V. Teil: Sozialversicherungen

BGE 126 V 26, ZBJV 139 S. 191; **64**, 226; **70**, 202; **75**, 209; **93**, 235; **103**, 183; **116**, 225; **157**, 210; **193**, 232; **241**, 207; **258**, 214; **273**, 197; **283**, 203; **288**, 186; **303**, 190; **308**, 184; **314**, 215; **353**, 218; **435**, 196; **461**, 204; **468**, 238; **506**, 231.

BAND 127 (2001)

I. Teil: Staatsrecht

BGE 127 I 97, ZBJV 139 S. 898; **128**, 730.

II. Teil: Verwaltungsrecht und Internationales Öffentliches Recht

BGE 127 II 113, ZBJV 139 S. 890.

Verwaltungsrecht

- Urban Vincenz Hulliger*: Die Haftungsverhältnisse nach Art. 60 und 61 SVG. Universitätsverlag Freiburg Schweiz. Arbeiten aus dem juristischen Seminar des Universitätsverlages Freiburg, AISUF 218. XXXIV, 254 S. Brosch. Fr. 54.–.
- Hanna Muralt Müller/Andreas Auer/Thomas Koller* (Hrsg.): E-Voting. Tagung 2002 für Informatik und Recht. Stämpfli Verlag AG. Bern 2003. 400 S. Brosch. Fr. 72.–.
- Minh Son Nguyen*: Droit public des étrangers. Précis de droit Stämpfli PdS. Stämpfli Editions SA. Berne 2003. 816 p. Broché. 174 fr.
- Manfred Reh binder*: UFITA, Archiv für Urheber- und Medienrecht, Band 2003/I. Stämpfli Verlag AG. Bern 2003. 314 S. Geb. Fr. 189.–.
- Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel*: Droit des marchés publics. Editions Universitaires Fribourg Suisse. Fribourg 2003. XLVI, 666 p. Relié. 75 fr.

Übrige Rechtsgebiete

- Urs Scherrer* (Hrsg.): Sportlervermittlung & Sportlermanagement. 2., überarbeitete und ergänzte Auflage. Stämpfli Verlag AG. Bern 2003. 188 S. Brosch. Fr. 57.–.

Sammelbände, Festschriften, Bibliographie, fachübergreifende Publikationen

- Francesca Bullo/Bruno Ciola/Stefania Coluccia/Francesca Maganzi Giorni d'Angiò/Felix Mayer/Astrid Treiber/Leonard Voltmer*: Terminologisches Wörterbuch zum Vertragsrecht italienisch/deutsch/Dizionario terminologico del diritto dei contratti italiano/tedesco. Stämpfli Verlag AG/C.H. Beck/Athesia/Linde. Bern/München/Bozen/Wien. 2003. 240 S. Brosch. Fr. 54.–.
- Gebhard Eugster*: Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden. Verlag Paul Haupt AG. Bern 2003. 373 S. Brosch. Fr. 68.–.
- Urs Fasel*: Bahnbrecher Munzinger. Gesetzgeber und Führer der katholischen Reformbewegung (1830–1973). Verlag Paul Haupt AG. Bern 2003. XXXII, 332 S. Geb. Fr. 68.–.
- Isabelle Hänger* (Hrsg.): Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte: Beiträge für Alfred Kölz. Schulthess Juristische Medien AG. Zürich 2003. XVI, 358 S. Geb. Fr. 78.–.
- Roy Oppenheim/Matthias Steinmann/Franz A. Zölch* (Hrsg.): Journalismus als Leidenschaft. Oskar Reck – Ein Leben für das Wort. Beiträge zur Kommunikations- und Medienpolitik, Band 14. Stämpfli Verlag AG. Bern 2003. 222 S. Geb. Fr. 54.–.
- Walter H. Rechberger* (Hrsg.): Notarbild in Mitteleuropa. Center of Legal Competence. Verein zur Förderung der rechtlichen Ostkompetenz Österreichs. Neuer Wissenschaftlicher Verlag Wien. Wien 2003. 219 S. Brosch. Fr. 27.–.
- Schweizerischer Anwaltsverband SAV*: Mitgliederverzeichnis 2003/Tableau des membres 2003. Stämpfli Verlag AG. Bern 2003. 688 S. Brosch. Fr. 62.–.
- Hans Ulrich Walder-Richli* (Hrsg.): Rechtsschutz im Privatrecht. Symposium für Richard Frank. Schulthess Juristische Medien AG. Zürich 2003. 300 S. Brosch. Fr. 90.–.

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003

Die Ordinarien des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2002 und 2003 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).*

- I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (UZ)**
 1. Allgemeines
 2. Gesetzmässigkeitsprinzip
- II. Allgemeine Grundrechtslehren (WK)**
 1. Geltung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung
 2. 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
 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 Ehe und der Familie
- V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) (AK)**
 1. Partieller Kirchenaustritt
 2. Religionsausübung in einer Strafanstalt

* Für ihre Mitarbeit danken wir Mirjam Baldegger, Beatrice Durrer, Katja Egger, Andreas Hänzli, Beatrice Herrmann, Florian Zihler und Christian Zuberbühler.

VI. Grundrechte freier Kommunikation (Art. 16–18, 20–23 BV) (AK)

1. Informationsfreiheit und Akteneinsicht für Journalisten
2. Partielles Werbeverbot für Tabak und Alkohol

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (UZ)

1. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)
 - 1.1 Allgemeines
 - 1.2 Formelle Enteignung von Nachbarrechten
2. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)
 - 2.1 Allgemeines
 - 2.2 Nutzung des öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken (Werbung)
 - 2.3 Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden
 - 2.4 Zulässigkeit von Gewerbesteuern

VIII. Verfahrensgarantien und Justiz (RK)

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Anspruch auf unentgeltliche/n Rechtspflege/Rechtsbeistand im Massnahmenvollzug
 - 1.2 Unabhängige, unparteiische Beurteilung durch Administrativbehörden
2. Garantien in gerichtlichen Verfahren
 - 2.1 Garantie des verfassungsmässigen Richters
 - 2.2 Recht auf öffentliche Verhandlung
3. Garantien in Strafverfahren
4. Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

IX. Andere verfassungsmässige Rechte (PT)

1. Politische Rechte (Art. 34 BV)
 - 1.1 Wählbarkeit und Unvereinbarkeiten
 - 1.2 Wahlverfahren
 - 1.3 Initiative
 - 1.4 Referendum
2. Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV)
 - 2.1 Zuständigkeit der Kantone im Bereich der Raumplanung
 - 2.2 Zuständigkeit der Kantone im Bereich des Gewässerschutzes
 - 2.3 Zuständigkeit der Kantone im Bereich des Gesundheitswesens
3. Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV)
 - 3.1 Autonomie bei der Handhabung kantonaler Vorschriften im Bereich des Raumplanungs- und Baurechts
 - 3.2 Autonomie bei der Festsetzung des kommunalen Steuersatzes
4. Gewaltenteilung (Art. 51 Abs. 1 BV)

X. Staatsverträge und Konkordate (WK)

1. Rechtsquellenlehre
2. Verhältnis Völkerrecht–Landesrecht

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (UZ)**1. Allgemeines**

Wie bereits in der letztjährigen Rechtsprechungsübersicht einleitend erwähnt wurde¹, soll mit der Verankerung der «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» in der neuen Bundesverfassung die «Rechtsstaatlichkeit» als Wesensmerkmal des schweizerischen Staatswesens in den allgemeinen Bestimmungen der Verfassung als Begrenzung der staatlichen Macht im Rechtsstaat prominent sichtbar gemacht werden. Zu diesen 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)². In verschiedenen in der Berichtsperiode ergangenen Urteilen äussert sich das Bundesgericht – teilweise bloss in den Regesten – nur beiläufig zur verfassungsrechtlichen Bedeutung von Art. 5 BV. Abgesehen von grundsätzlichen Erwägungen zum Legalitätsprinzip³ ist der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung nichts zu entnehmen, was in der erst zaghaft in Gang kommenden verfassungsrechtsdogmatischen Diskussion zur Tragweite von Art. 5 BV hätte weiterführen können.

2. Gesetzmässigkeitsprinzip

In Bestätigung des bekannten Berner Falls BGE 127 I 60⁴ stellte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Beurteilung der gesetzlichen Grundlagen für die Entschädigung der Kindergartenstell-

¹ ZBJV 2002, 607.

² Vgl. zu Bedeutung und Geltungsbereich von Art. 5 BV nunmehr auch YVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, sowie PASCAL MAHON, Kommentar zu Art. 5 BV, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003.

³ Vgl. nachfolgend Ziff. 2.

⁴ Besprochen in ZBJV 2002, 609 f.

des Staatsvertragsrechts zur Benutzung offen steht. Werden nur für einen oder wenige Betreiber von Heliports Einsatzgebiete ausgeschieden und wird damit deren Betätigungsfeld eingeschränkt, während die übrigen Betreiber frei bleiben, läuft dies für die Betroffenen auf eine mit der Wirtschaftsfreiheit unvereinbare wirtschaftliche Benachteiligung hinaus. Das Urteil überzeugt nicht nur in verfassungsrechtlicher Hinsicht, sondern weist der Rekurskommission UVEK überdies mit Grund mehrfache Verletzungen des Luftfahrtrechts des Bundes nach. Das spricht nicht für die Qualität der Rechtsprechung dieser verwaltungsunabhängigen Instanz.

2.4 Zulässigkeit von Gewerbesteuern

Kantonale Gewerbesteuern verstossen gegen die Wirtschaftsfreiheit, wenn sie sich für den betroffenen Gewerbezweig prohibitiv auswirken, indem sie einen angemessenen Geschäftsgewinn verunmöglichen und die Ausübung des Gewerbes in Frage stellen oder zumindest erheblich erschweren. Weiter ist es den Kantonen untersagt, durch solche Steuern wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen, indem z.B. gewisse Gewerbeformen aus protektionistischen Gründen stärker belastet werden als andere. An diesen Grundsätzen hat sich mit der neuen Bundesverfassung nichts geändert, wie das Bundesgericht in einem Solothurner Fall im Rahmen der Überprüfung der gastgewerblichen Patentgebühr (abstrakte Normenkontrolle) unter Hinweis auf seine langjährige Rechtsprechung erkannt hat⁸⁴. Wenn das Gastgewerbe im Gegensatz zu den meisten Gewerbezeigen mit einer Sondersteuer belastet wird, entbehrt dies, wie sich das Bundesgericht ausdrückt, «nicht jeglicher sachlicher Begründung», und soweit es sich um Wirtschaften mit Alkoholausschank handelt, lassen sich für diese Sonderbelastung auch «gesundheitpolitische» Argumente anführen. Das ist nicht abwegig.

84 BGE 128 I 102 E. 6 S. 110 ff.

VIII. Verfahrensgarantien und Justiz (RK)

In der Berichtsperiode wurden nur wenige Entscheide zu den Verfahrensgarantien in der amtlichen Sammlung publiziert. Das heisst indessen nicht, dass das Bundesgericht nur punktuell mit entsprechenden Fragestellungen befasst gewesen wäre; ein Blick in die in elektronischer Form publizierten Urteile belegt, dass eine Verletzung von Verfahrensgarantien einen der häufigsten Rügegründe namentlich der staatsrechtlichen Beschwerde darstellt.

1. Allgemeine Verfahrensgarantien

Art. 29 BV verankert die in allen Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen geltenden, allgemeinen Verfahrensgarantien. Dazu zählen insbesondere der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung und auf Beurteilung innert angemessener Frist (Abs. 1), der Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 2) sowie der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand (Abs. 3).

1.1 Anspruch auf unentgeltliche/n Rechtspflege/Rechtsbeistand im Massnahmevollzug

Art. 29 Abs. 3 BV vermittelt unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand. Der Entscheid BGE 128 I 225 gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, seine reichhaltige Rechtsprechung zur Frage des sachlichen Geltungsbereichs der Garantie sowie deren Voraussetzungen zu bestätigen und weiter zu konkretisieren.

Der Sachverhalt: X. befindet sich seit Anfang 1994 im Vollzug einer gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB angeordneten Massnahme. Sein Rechtsvertreter beantragt die unentgeltliche Rechtsbeistandung für das konkrete Verfahren um Gewährung von begleiteten Tagesurlauben, für die weitere Dauer des verbleibenden Vollzugs und schliesslich für die Vollzugsplanung bzw. Ausgestaltung der Massnahme.

Das Bundesgericht erinnert vorab daran, dass sich der *sachliche Geltungsbereich* der verfassungsrechtlichen Minimalgarantie auf *jedes staatliche Verfahren* erstreckt, in das der Gesuchsteller einbezogen wird oder welches zur Wahrung seiner Rechte notwendig

ist. Der Grundsatz gilt nicht nur im Straf- und Zivilprozess, im Verwaltungsbeschwerde- und im Verwaltungsgerichtsverfahren, sondern auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren (E. 2.3)⁸⁵. Mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im *Massnahmevollzug* hat sich das Bundesgericht schon mehrmals befasst und dabei Verwaltungsverfahren um Prüfung der *Entlassung* aus einer Massnahme in den Schutzbereich von Art. 29 Abs. 3 BV mit einbezogen⁸⁶; im vorliegenden Fall dehnt das Bundesgericht den Schutzbereich ein weiteres Mal aus und bejaht einen Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung auch im Verwaltungsverfahren um Prüfung von *Vollzugslockerungen*, sofern die in Art. 29 Abs. 3 BV vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind (E. 2.4.1). Demgegenüber *verneint* das Bundesgericht einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung für *noch nicht eingeleitete, zukünftige Verfahren*: Ob die Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 3 BV für das Verfahren betreffend die jährliche Überprüfung der Massnahme und die weitere Vollzugsplanung gegeben sind, müsse im Einzelfall geklärt werden (E. 2.4.2 und E. 2.4.3).

Im Folgenden befasst sich der Entscheid mit den *allgemeinen Voraussetzungen* zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. Verbeiständung. Nach ständiger Rechtsprechung gilt eine Person als *bedürftig*, wenn sie nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind (E. 2.5.1). Die Frage, ob eine unentgeltliche Verbeiständung sachlich *notwendig* ist, stellt das Bundesgericht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls und die Besonderheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften ab. Ein Anspruch auf Verbeiständung besteht allgemein dann, wenn Individualinteressen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen (E. 2.5.2, mit weiteren Hinweisen auf die Praxis). Mit Blick auf den Entscheid über die erstmalige Bewilligung eines begleiteten Urlaubs wird dies bejaht: Eine objektive Würdigung der Stellungnahmen zu seinem Gesundheitszustand und eine

⁸⁵ Vgl. auch Urteil 1P. 457/2001 vom 22. Januar 2002, betr. Verbeiständung von Geschädigten im Verfahren der Strafuntersuchung.

⁸⁶ Urteil 1P. 622/1999 vom 19. Januar 2000.

Wahrung seiner Interessen seien dem Betroffenen kaum möglich, und mit der Interessenabwägung und der Verhältnismässigkeitsprüfung würden sich schwierige Rechtsfragen stellen (E. 2.5.2). Ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung setzt schliesslich voraus, dass das Begehren *nicht von vornherein aussichtslos* erscheint. Ausschlaggebendes Kriterium ist hier, dass eine Partei, die über die notwendigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; massgebend sind die Verhältnisse zur Zeit der Gesuchseinreichung. Auch dieses Kriterium wird im vorliegenden Fall bejaht; daran vermag nichts zu ändern, dass psychiatrisches Gutachten und Stellungnahme der Fachkommission zur Frage der Gewährung begleiteter Tagesurlaube zu unterschiedlichen Einschätzungen gelangen (E. 2.5.3).

Das Bundesgericht hat in der Berichtsperiode weitere, nicht in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gefällt.

Für den Bereich des *Strafverfahrens* unterscheidet das Bundesgericht drei Fälle: (1) Für offensichtliche *Bagatelldelikte*, bei denen nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe in Frage kommt, besteht von vornherein *kein* verfassungsrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Vielmehr setzt der Anspruch nach ständiger Praxis (2) das Vorliegen eines *schweren Falls* voraus; der angeschuldigten Person muss konkret eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder eine Strafe drohen, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzugs ausschliesst⁸⁷. Ist kein solcher Fall gegeben, müssen (3) *besondere tatsächliche oder rechtliche Probleme* vorliegen, denen der Betroffene auf sich allein gestellt nicht gewachsen wäre (insbesondere: Kompliziertheit der Rechtsfragen, Unübersichtlichkeit des Sachverhalts, besondere verfahrensrechtliche Schwierigkeiten, aber auch in der Person des Angeschuldigten liegende Gründe wie etwa die Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden)⁸⁸.

Das Vorliegen von besonderen *tatsächlichen oder rechtlichen Problemen* hat das Bundesgericht in verschiedenen Fällen zu untersuchen: Dass ein Angeschuldigter die *Gerichtssprache* nicht oder nur

⁸⁷ Zur Frage der Nebenstrafen vgl. den unten, S. 728 dargestellten Entscheid 1P. 365/2002 vom 31. Juli 2002.

⁸⁸ Urteil 1P. 726/2001 vom 16. Januar 2002, E. 2.3.

mangelhaft beherrscht, begründet nicht ohne weiteres einen Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung; dieses Problem ist durch die Beigabe eines Dolmetschers zu beheben⁸⁹. Gleiches gilt für den Umstand, dass sich eine allfällige Verurteilung auf den *ausländerrechtlichen Status* oder auf *versicherungsrechtliche Ansprüche* auswirken kann, denn der verfassungsrechtliche Anspruch richtet sich nach den Schwierigkeiten des konkret in Frage stehenden Verfahrens und nicht nach allenfalls möglichen späteren Verfahren⁹⁰.

Bezüglich des Kriteriums der *Schwere des Falles* liegt ein interessanter Fall vor, der eine weitere Konkretisierung bzw. Änderung der Rechtsprechung einleiten könnte: Das Bundesgericht hat sich mit dem Gesuch eines ausländischen Angeschuldigten auseinander zu setzen, dem bloss eine bedingte Gefängnisstrafe, dazu aber drei Jahre *Landesverweisung* drohten⁹¹. Mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofes zu Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK hält das Bundesgericht – soweit ersichtlich zum ersten Mal – fest, dass ein «schwerer Fall» nicht nur bei Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen, sondern auch bei *Nebenstrafen* in Frage kommen kann. Allerdings stelle eine Landesverweisung im Sinne von Art. 55 StGB nicht per se einen schweren Eingriff in die Rechte des Betroffenen dar; gleichwohl sei nicht auszuschliessen, dass die Umstände des konkreten Einzelfalls den Schluss nahe legen könnten, die Massnahme wiege für den Betroffenen schwerer als selbst ein länger als 18 Monate dauernder Freiheitsentzug (E. 3.1). Im konkreten Fall eines zwanzigjährigen, seit elf Jahren in der Schweiz wohnhaften Ausländers hält das Bundesgericht nicht für ausgeschlossen, dass die drohende Landesverweisung einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellt; die Frage wird aber letztlich offen gelassen und die Notwendigkeit einer amtliche Verteidigung aufgrund der übrigen Umstände bejaht (E. 3.2).

89 Urteil 1P. 726/2001 vom 16. Januar 2002, E. 4.2.

90 Urteil 1P. 726/2001 vom 16. Januar 2002, E. 4.3.

91 Urteil 1P. 365/2002 vom 31. Juli 2002.

1.2 *Unabhängige, unparteiische Beurteilung durch Administrativbehörden*

Der konstanten Praxis zufolge ergibt sich die Ausstandspflicht der Mitglieder von Gerichten aus Art. 30 Abs. 1 BV, jene von nicht-richterlichen Justizpersonen richtet sich nach den aus Art. 29 Abs. 1 BV herzuleitenden Grundsätzen. Nach ständiger Praxis sind die beiden Garantien bezüglich Anspruch auf unabhängige, unparteiische Beurteilung weitestgehend deckungsgleich. Besondere Regeln gelten indessen, wenn die Ausstandspflicht der Mitglieder von *Administrativbehörden* in Frage steht. Hier geht das Bundesgericht davon aus, dass Behördemitglieder gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV nur dann in den Ausstand treten müssen, wenn sie an der zu behandelnden Sache ein *persönliches Interesse* haben; nimmt das Behördemitglied jedoch *öffentliche Interessen* wahr, so besteht grundsätzlich keine Ausstandspflicht⁹².

Im konkreten Fall⁹³ hatte der Gemeinderat (Exekutive) der Gemeinde Bätterkinden gestützt auf einen Antrag der kommunalen Planungskommission die Überbauungsordnung Dorfzentrum West beschlossen. Sowohl die Gemeinde selber wie ein Mitglied der kommunalen Planungskommission sind Eigentümer von Grundstücken im Planungserimeter. In einem auf einer ähnlichen Konstellation beruhenden Entscheid aus dem Jahr 1979 hatte das Bundesgericht erkannt, aus Art. 4 aBV (heute: Art. 29 Abs. 1 BV) ergebe sich keine allgemeine Pflicht eines Gemeinderatsmitglieds, in einem Planungs- und Einspracheverfahren schon deswegen in den Ausstand zu treten, weil es im Bezugsgebiet über Land verfüge und deswegen ein besonderes Interesse am Ausgang des Verfahrens habe⁹⁴. Diese Rechtsprechung ist in der Lehre auf Kritik gestossen⁹⁵. Unbesehen der Rechtsnatur des Genehmigungsaktes (verfügungsgleiche Wirkungen liegen nahe): Dass niemand an einem hoheitlich-staatlichen Verfahren mitwirken soll, der an dessen Ausgang ein unmittelbares Eigeninteresse hat, gehört zum gesicherten Verständnis von Rechtsstaatlichkeit.

92 Urteil vom 14. Februar 1997, ZBl 1998, 289 ff., m.w.H.

93 Urteil vom 20. Juni 2000, ZBl 2002, 36 ff.

94 Urteil vom 9. Mai 1979, ZBl 1979, 488 f.

95 REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, 92, und MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2002, 537.

Das Bundesgericht hat das Verbot des Entscheidens in eigener Sache früh schon als «Fundamentalsatz jeder geordneten Rechtspflege» bezeichnet, der für alle Justizbehörden Geltung beansprucht⁹⁶.

Der vorliegende Fall gibt dem Bundesgericht allerdings keinen Anlass, seine Rechtsprechung zur Frage der Ausstandspflicht von Administrativbehörden zu ändern; Art. 29 Abs. 1 BV sei im vorliegenden Fall nicht verletzt worden (E. 2a und b). In der Folge überprüft das Bundesgericht nurmehr die verfassungskonforme Handhabung der kantonalrechtlichen Regeln zur Ausstandspflicht von Behördemitgliedern. Die kantonalen Behörden hatten ein unmittelbares Eigeninteresse und damit eine Ausstandspflicht bejaht, den angefochtenen Hoheitsakt jedoch nicht aufgehoben, da die Verletzung der Ausstandspflicht keinen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt habe. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, die kantonalen Behörden hätten willkürfrei annehmen dürfen, dass die Verletzung der Ausstandspflicht das Ergebnis des Planungsprozesses nicht massgeblich beeinflusst hatte (E. 2c). Dieses Ergebnis ist erstaunlich⁹⁷: Zum einen lässt sich den einschlägigen Normen nicht entnehmen, dass der Verfahrensmangel das Ergebnis entscheidend beeinflusst haben muss; eine entsprechende Auslegung über den klaren Wortlaut hinaus erscheint als nicht nachvollziehbar. Zum anderen ist der Anspruch auf unabhängige Beurteilung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge *formeller Natur*; deshalb kann keine Rolle spielen, ob sich der Fehler auf das Urteil ausgewirkt hat oder nicht⁹⁸.

2. Garantien in gerichtlichen Verfahren

Die Verfahrensgarantien von Art. 30 BV finden Anwendung, wenn die Angelegenheit in einem *gerichtlichen Verfahren* beurteilt werden muss; andernfalls gelten die allgemeinen Garantien von Art. 29 BV. Diese Zuordnung ist von besonderer Bedeutung, wenn

⁹⁶ BGE 33 I 143 E. 2 S. 146; vgl. auch Urteil vom 21. September 1966, ZBI 1967, 53 S. 55.

⁹⁷ Ebenso die Kritik von GEORG MÜLLER, ZBI 2002, 40 f.; kritisch auch BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, 99, Anm. 517.

⁹⁸ BGE 127 I 128 E. 4d S. 132; Urteil vom 14. Februar 1997, ZBI 1998, 289 E. 4 S. 293, je m.w.H.; vgl. auch REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, 369.

Garantien in Frage stehen, die allein in gerichtlichen Verfahren, nicht aber in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen gelten (beispielsweise der Anspruch auf öffentliche Parteiverhandlung), oder für die unterschiedliche Regeln gelten (beispielsweise der Anspruch auf unabhängige und unparteiische Beurteilung⁹⁹). Ob im konkreten Einzelfall ein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung besteht, ergibt sich in der Regel aus Normen des einfachgesetzlichen Verfahrensrechts, welche entsprechende Zuständigkeiten begründen. Ein Anspruch kann aber auch direkt aus der Verfassung folgen (beispielsweise der Anspruch auf ein gerichtliches Rechtsmittel in Strafsachen, Art. 32 Abs. 3 BV) oder auf internationaler Konvention beruhen (beispielsweise der Anspruch auf gerichtliche Beurteilung in Zivil- und Strafsachen gemäss Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II).

2.1 Garantie des verfassungsmässigen Richters

Art. 30 Abs. 1 BV vermittelt dem Einzelnen einen Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Dem Entscheid BGE 128 V 82 ff.¹⁰⁰ liegt folgender Sachverhalt zu Grund: In einer sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeit hebt die kantonale Rekurskommission den Entscheid des zuständigen Amtes auf und weist das Amt an, ein für die Angelegenheit wesentliches Gutachten der Stelle für medizinische Abklärung der Invalidenversicherung (MEDAS) vom Italienischen ins Französische übersetzen zu lassen. Im Rubrum des Entscheides ist die Zusammensetzung der Kommission aufgeführt:

«Für die Kommission: Rechtsanwalt A., Präsident
B., C., Rechtsanwalt D. abwesend, E.,
Mitglieder
F., Schreiberin»

Das Amt erhebt Verwaltungsgerichtsbeschwerde und rügt eine Verletzung der Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts. Es macht geltend, Kommissionsmitglied D. hätte in den Ausstand treten müssen. Er habe in einem vergleichbaren Fall als Vertreter eines Versicherten den Entscheid des Amtes bei der Kommission

⁹⁹ Vgl. dazu oben, Ziff. VIII 1.2.

¹⁰⁰ Deutsche Übersetzung in: Pra 2002 Nr. 102.

angefochten, nachdem sich das Amt geweigert habe, ein Gutachten der MEDAS ins Französische übersetzen zu lassen. Selbst wenn Rechtsanwalt D. im Zeitpunkt der Entscheidung abwesend gewesen sei, könne nicht ausgeschlossen werden, dass er eine bereits gewonnene oder gar geäusserte Ansicht in das Verfahren eingebracht habe.

In der Sache *heisst* das Bundesgericht den Antrag der Beschwerdeführerin *gut*. Es folgt damit seiner Praxis, wonach ein Ablehnungsgrund vorliegt, wenn ein Anwalt als nebenamtlicher Richter an einem Urteil mitwirkt, das die *gleichen Rechtsfragen* aufwirft wie ein anderer *hängiger Fall*, in dem er als Anwalt auftritt (E. 2a und E. 3d)¹⁰¹. Rechtsanwalt D. hätte deshalb am Verfahren vor der Kommission nicht teilnehmen dürfen. Dass er dem Rubrum des Kommissionsentscheides zufolge «abwesend» war, vermag daran nichts zu ändern. Das Bundesgericht folgt hier mit Recht einer *formalen Betrachtungsweise*: Ein Richter ist als Mitglied einer Behörde zu betrachten, sofern er im Rubrum des Entscheides aufgeführt ist. Dies gilt selbst dann, wenn sein Name mit der Bemerkung «abwesend» genannt wird. Daraus folgt: Bestehen Ausstandsgründe, hat der Richter *förmlich* in den Ausstand zu treten; ein blosses Fernbleiben von der Urteilsberatung oder Urteilsfällung genügt nicht.

2.2 *Recht auf öffentliche Verhandlung*

Sowohl Art. 30 Abs. 3 BV wie auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK vermitteln unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung. Der Entscheid BGE 128 I 288¹⁰² gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, das Verhältnis zwischen verfassungsrechtlichem und konventionsrechtlichem Schutzbereich zu klären.

X war an der Universität Lausanne eingeschrieben; wegen Nichtbestehens eines Examens wurde sie exmatrikuliert. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wurden zuerst von einer kantonalen Verwaltungsbehörde, anschliessend auch durch das kantonale Verwaltungsgericht abgewiesen. Vor Verwaltungsgericht hatte X ein Gesuch um Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestellt, das mit Verfügung des Instruktionsrichters abgewiesen wurde. Vor Bundes-

¹⁰¹ Vgl. BGE 124 I 121.

¹⁰² Deutsche Übersetzung in: Pra 2003 Nr. 80.

gericht rügt X eine Verletzung des Rechts auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung vor einer richterlichen Behörde.

Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Demgegenüber vermittelt Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung, soweit es sich um Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder aber um strafrechtliche Anklagen handelt. Die Garantien folgen unterschiedlichen Anknüpfungspunkten: Die *Verfassung* geht von einem rein *formalen Kriterium* aus: der Tatsache nämlich, dass ein Verfahren nach Massgabe der einschlägigen Verfahrenserlasse, der Verfassung oder internationaler Konvention zufolge vor ein Gericht gewiesen wird. Demgegenüber folgt die EMRK einem *materiell-rechtlichen Kriterium*: der Tatsache nämlich, dass die Streitigkeit eine bestimmte Sachmaterie beschlagen muss. Die Unterschiede zeigen sich insbesondere bei genuin verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, die nicht zugleich zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinn der EMRK darstellen (beispielsweise betreffend Prüfungsnoten): Weist die anwendbare einfachgesetzliche Verfahrensordnung diese Streitigkeiten vor ein Gericht, findet Art. 30 Abs. 1 BV Anwendung, nicht aber Art. 6 EMRK. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass der Schutzbereich von Art. 30 Abs. 1 BV *weiter gefasst* ist als jener von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Insoweit ist den Ausführungen des Bundesgerichts (E. 2.2) zuzustimmen.

Heikler ist die Bestimmung der Tragweite von Art. 30 Abs. 3 BV. Demnach sind Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich, sofern das Gesetz keine Ausnahme vorsieht. Bedeutet dies, dass auch bei verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung besteht, sobald die Angelegenheit durch ein Gericht zu beurteilen ist? Das Bundesgericht stellt zwei Betrachtungsweisen zur Diskussion: Art. 30 Abs. 3 BV verpflichtet nicht in allen gerichtlich zu beurteilenden Fällen zur Abhaltung einer öffentlichen (mündlichen) Verhandlung, sondern wolle vorbehältlich einer anders lautenden gesetzlichen Regelung nur garantieren, dass solche Verhandlungen, wenn sie überhaupt stattfänden, öffentlich seien. Art. 30 Abs. 3 BV garantiere den Parteien mithin keinen Anspruch, vor einem Gericht im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung mündlich angehört zu werden, dies im Gegensatz zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

Andererseits sei auch eine Auslegung von Art. 30 Abs. 3 BV denkbar, wonach in allen von Art. 30 Abs. 1 BV erfassten Fällen (d.h., sobald ein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung vorliegt) ein Recht auf eine öffentliche (mündliche) Gerichtsverhandlung bestehe, wie in den Fällen nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Diese letztere Betrachtungsweise hätte zur Folge, dass die Tragweite von Art. 30 Abs. 3 BV grösser sei als jene von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 2.3).

Die Zuordnung ist für das Verfahren vor Verwaltungsgerichten von erheblicher Bedeutung, und die Problematik wird sich mit Inkraftsetzung der – selbstverständlich auch in Verwaltungssachen geltenden – Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) noch verstärken. Würde der zweiten Variante der Vorzug gegeben, hätte dies zur Folge, dass auch in allen genuin verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten eine öffentliche Verhandlung vor Verwaltungsgericht durchgeführt werden muss, es sei denn, das Gesetz sehe eine Ausnahme vor.

Wie löst das Bundesgericht die Frage? Es folgt einer primär historischen Auslegung und hält fest, dass eine Ausweitung des Grundsatzes der Öffentlichkeit im Sinne einer Anerkennung eines gewissermassen allgemeinen Anspruchs auf eine öffentliche Verhandlung in allen gerichtlichen Verfahren mit der historischen Auslegung im Widerspruch stünde (E. 2.5). Es sei der vom Verfassungsgeber klar kundgegebene Wille gewesen, die aus der alten Verfassung und der EMRK abgeleiteten Rechtsprechungsgrundsätze ohne Neuerung in der neuen Bundesverfassung zu verankern. Art. 30 Abs. 3 BV räume dem Betroffenen deshalb *kein Recht auf eine öffentliche Verhandlung* ein, sondern beschränke sich auf die Gewährleistung, dass – *sofern überhaupt eine Verhandlung abgehalten werde* – diese öffentlich sei, es sei denn, das Gesetz sehe eine Ausnahme vor (E. 2.6). Mit anderen Worten: In Verfahren der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege besteht kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung. Anderes gilt nur, wenn das Gericht eine Verhandlung durchführt. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen.

Erstens äussert sich die bundesrätliche Botschaft nicht mit hinreichender Klarheit zur konkreten Fragestellung; Gleiches gilt für das im Entscheid zitierte Votum des Berichterstatters der ständerätlichen Kommission. An dieser Stelle sei in Erinnerung gerufen, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Frage nach der selbständigen Geltung des verfassungsrechtlichen Willkürverbots hohe Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad von Äusserungen des historischen

Gesetzgebers gestellt hat¹⁰³. Zweitens sind auch die als Beleg angeführten Lehrmeinungen (E. 2.6 am Ende) bei genauer Lektüre für die umstrittene Fragestellung nicht einschlägig, äussern sie sich doch nur in allgemeiner Weise zum Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren. Drittens anerkennt das Bundesgericht ausdrücklich, dass der verfassungsrechtliche Schutzbereich weiter gefasst ist als jener der Konvention. Vor diesem Hintergrund will nicht einleuchten, weshalb sich der Schutzbereich von Art. 30 BV just bezüglich der Frage der Öffentlichkeit sachlich auf den Geltungsbereich von Art. 6 EMRK beschränken soll. Oder anders gewendet: Warum soll sich das Öffentlichkeitsprinzip nicht auf den gesamten Anwendungsbereich von Art. 30 BV erstrecken, sondern nur auf jene Streitigkeiten, in denen auch der EMRK zufolge ein Anspruch auf öffentliche Verhandlung besteht? Gilt dies auch für die übrigen, sowohl der Verfassung als auch der Konvention zufolge für gerichtliche Verfahren geltenden Garantien? Und letztens trägt der Entscheid des Bundesgerichts der Funktion des Öffentlichkeitsprinzips – der Sicherstellung eines fairen Gerichtsverfahrens – nicht Rechnung. Es ist nicht einzusehen, weshalb sich der verfassungsrechtliche Anspruch auf öffentliche Verfahren auf Streitigkeiten aus dem Zivil- und Strafrecht beschränken soll; massgebend muss das Rechtsschutzinteresse der Rechtsunterworfenen sein und nicht die dem Entscheid zugrunde liegende Sachmaterie: Ein Eingriff in die Rechtsstellung wiegt bei einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit nicht per se weniger schwer als bei einer zivil- oder strafrechtlichen Angelegenheit, und das Bedürfnis nach einem fairen Verfahren ist nicht geringer. Es leuchtet nicht ein, weshalb bei einer Forderungsstreitigkeit über einen geringen Betrag oder bei einer geringfügigen Busse ein Anspruch auf ein öffentliches Verfahren besteht, nicht aber bei einer Exmatrikulation oder einer Streitigkeit um Erhalt einer ausländerrechtlichen Bewilligung.

3. Garantien in Strafverfahren

Gemäss Art. 32 Abs. 3 BV hat jede verurteilte Person das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Ausgenommen sind die Fälle, in denen das Bundesgericht als einzi-

¹⁰³ BGE 126 I 81.

ge Instanz urteilt. Im Entscheid BGE 128 I 237 nimmt das Bundesgericht eine Konkretisierung dieses Anspruchs vor.

X wurde zu einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten verurteilt, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Das von X angerufene Appellationsgericht forderte den Appellanten auf, einen Kostenvorschuss von Fr. 800.– zu leisten. X stellte daraufhin das Gesuch, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren; dieses Gesuch wurde wegen Aussichtslosigkeit der Appellation abgewiesen. Mit staatsrechtlicher Beschwerde rügt X neben der Verletzung der Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) auch eine Verletzung des Anspruchs auf gerichtliche Überprüfung von Strafurteilen (Art. 32 Abs. 3 BV); sein verfassungsrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Überprüfung bestehe unbesehen des Umstands, ob er die Kosten des Verfahrens selber tragen könne oder aber bedürftig sei.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde wegen Verletzung der Begründungspflicht gut. Mit Blick auf die zweite Rüge des Beschwerdeführers erwartet die Berichterstatterin nun die Formulierung «vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ...» – und nimmt erfreut zur Kenntnis, dass das Bundesgericht sich auch mit der zweiten Rüge auseinandersetzt und damit die Gelegenheit benützt, den Geltungsbereich von Art. 32 Abs. 3 BV zu konkretisieren¹⁰⁴.

Das Bundesgericht hält fest, dass die Norm *keinen Anspruch auf Unentgeltlichkeit* des zweitinstanzlichen Verfahrens vermittelt. Zum einen ergebe sich aus den entsprechenden Garantien des internationalen Rechts (Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK; Art. 14 Abs. 5 UNO-Pakt II), dass die Voraussetzungen für das Recht auf ein zweitinstanzliches Gerichtsverfahren von den nationalen Gesetzen umschrieben würden. Zum anderen besage Art. 32 Abs. 3 BV lediglich, dass Rechtsmittelinstanzen für die Überprüfung von erstinstanzlichen Strafurteilen zur Verfügung gestellt werden müssten. Die Ausgestaltung des Rechtsmittels erfolge durch die Strafprozessordnungen der Kantone. Den Materialien zu dieser Vorschrift lasse sich klar entnehmen, dass der Bund die Kantone nicht zur Einrichtung eines kostenlosen Rechtsmittelverfahrens verpflichtet habe (E. 3). Dies ist umso einleuchtender, als Art. 29 Abs. 3 BV unter bestimmten Voraussetzungen einen verfassungsrechtlichen Mindestanspruch auf unentgeltliche Rechtspflege garantiert.

¹⁰⁴ Dieses Vorgehen findet sich übrigens auch in BGE 128 I 346 E. 4 S. 351.

4. Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Art. 6 Ziff. 1 EMRK vermittelt jeder Person einen Anspruch auf ein faires Justizverfahren. Dies insoweit, als Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage in Frage stehen. Die Tragweite dieser Garantie ist Gegenstand steter Fortentwicklung. In der Berichtsperiode hat das Bundesgericht verschiedene Entscheide zur Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gefällt.

Im Entscheid BGE 128 I 59 betreffend *Bau einer Mobilfunk-sendeanlage* erklärt das Bundesgericht Art. 6 Ziff. 1 EMRK für anwendbar, wenn ein Beschwerdeführer geltend macht, auf seinem Grundstück seien Immissions- oder Anlagegrenzwerte überschritten, oder wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ernsthafte Auswirkungen auf die Gesundheit oder die körperliche Integrität der Beschwerdeführer zu befürchten wären. Im vorliegenden Fall lagen die Wohnungen der Beschwerdeführer mindestens 280 Meter vom geplanten Antennenstandort entfernt; das Bundesgericht verneint eine derartige Gefahr und schützt damit den Entscheid der kantonalen Vorinstanz, welche von der Durchführung eines öffentlichen Verfahrens abgesehen hatte (E. 2).

Die durch den Untersuchungsrichter angeordnete *Vernichtung der Pflanzen- und Warenbestände einer Hanfgärtnerei* stellt eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen dar¹⁰⁵.

In BGE 128 I 346 sowie in verschiedenen, nicht amtlich publizierten Entscheiden¹⁰⁶ spricht sich das Bundesgericht über die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in *Disziplinarverfahren* aus. Die Anwaltskammer des Kantons St. Gallen hatte gegen einen Rechtsanwalt eine Disziplinarbusse in der Höhe von Fr. 5000.– ausgesprochen. Der Beschwerdeführer rügt unter anderem eine Verletzung von Art. 6 EMRK: Zwar handle es sich im vorliegenden Fall um ein Disziplinarverfahren; aufgrund der *Höhe* der gegen ihn ausgesprochenen Busse liege aber eine strafrechtliche Anklage im Sinn der EMRK vor. In einem einlässlich und differenziert begründeten Entscheid

¹⁰⁵ Urteil vom 10. April 2001, ZBl 2002, 150 E. 4 S. 156.

¹⁰⁶ Entscheide vom 12. März 2002, 2P. 312/2000; vgl. auch 1P. 29/2002 vom 24. April 2002 betr. gerichtliche Ordnungsbusse von Fr. 300.–.

weist das Bundesgericht diese Betrachtungsweise zurück. Nach der Praxis würden einzig Disziplinarbussen, welche bei ihrer Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden könnten, als strafrechtlich behandelt. Einfache disziplinarrechtliche Bussen seien seit jeher nicht als Strafen im Sinn der Konvention zu betrachten, dies im Unterschied zum disziplinarrechtlichen Freiheitsentzug, welcher je nach Dauer und Art der Vollstreckung zur Anwendbarkeit der Konventionsnorm führen könne. Ob allenfalls eine empfindliche Busse allein ihrer Höhe wegen die strafrechtliche Natur der Widerhandlung zu begründen vermag, lässt das Bundesgericht offen: Die Strassburger Organe hätten auch bei Disziplinarbussen bis zu DM 12 000.– die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK verneint. Die streitige Sanktion stellt damit *keine Strafe im Sinn der Konvention* dar (E. 2).

IX. Andere verfassungsmässige Rechte (PT)

1. Politische Rechte (Art. 34 BV)

1.1 Wählbarkeit und Unvereinbarkeiten

Die Stimmberechtigten des Amtsbezirks Saanen wählen im November 2000 Erwin Walker zum Regierungstatthalter. Walker amtiert zugleich als Regierungstatthalter des Bezirks Obersimmental und wohnt auch dort. Der unterlegene Kandidat, Rudolf Hausherr, gelangt mit Wahlbeschwerde an den Regierungsrat des Kantons Bern mit dem Begehren, der Wahl von Erwin Walker sei die Validierung durch den Grossen Rat zu versagen, sofern Walker nicht auf sein Amt als Regierungstatthalter des Amtsbezirks Obersimmental verzichte und seinen Wohnsitz in den Amtsbezirk Saanen verlege. Zur Begründung führt der Rekurrent im Wesentlichen an, den Regierungstatthalter treffe eine gesetzliche Wohnsitzpflicht. Der Grosse Rat weist die Wahlbeschwerde ab. Mit Stimmrechtsbeschwerde gelangt Hausherr an das Bundesgericht, welches die Beschwerde gutheisst (BGE 128 I 34).

Das Bundesgericht hält fest, auch Wählbarkeits- und Unvereinbarkeitsbestimmungen zählten zum Schutzbereich der politischen Rechte im Sinn von Art. 85 Bst. a OG. Das Stimmrecht schliesse den Anspruch ein, dass die durch das Volk gewählten Behörden nicht mit Personen besetzt werden, welche ein bestimmtes Amt aufgrund einer

Unvereinbarkeit nicht übernehmen dürfen. Zwar zähle die Wohnsitzpflicht nicht zu den klassischen Unvereinbarkeitsbestimmungen. Residenzpflichten könnten allerdings ohne weiteres als Wählbarkeitsanfordernis ausgestaltet sein; in einem solchen Fall liege die Schutzbereichsberührung auf der Hand. Gleiches müsse aber auch dort gelten, wo die Wohnsitzpflicht lediglich als Voraussetzung eines Amtsantritts ausgestaltet sei. Auf die Stimmrechtsbeschwerde sei darum einzutreten (E. 1 S. 36 ff.).

Im Folgenden befasst sich das Bundesgericht mit der Wohnsitzpflicht und der Frage, ob Doppelmandate (das Innehaben des Regierungstatthalteramts in zwei Amtsbezirken durch eine Person) zulässig seien. Art. 2 Abs. 2 des einschlägigen kantonalen Gesetzes bestimmt: «Die Regierungstatthalterin oder der Regierungstatthalter wohnt im Amtsbezirk.» Der Grosse Rat war zum Schluss gekommen, dass sich das Gesetz zur Frage der Doppelmandate nicht äussert, und hatte eine Gesetzeslücke angenommen. Das Bundesgericht verwirft diese Sicht. Die Wohnsitzpflicht sei beim Erlass des Regierungstatthaltergesetzes im Jahre 1995 bewusst beibehalten worden; die ausnahmslose Wohnsitzpflicht für Regierungstatthalter sei keineswegs unhaltbar, vielmehr sei sie sachlich gerechtfertigt und entspreche dem Willen des historischen Gesetzgebers. Unbehelflich war schliesslich der Einwand des Kantons, der angefochtene Validierungsentscheid dürfe aus Achtung vor dem demokratisch zustande gekommenen Wahlergebnis nicht aufgehoben werden. Das Gericht gibt in dürren Worten zu bedenken, auch die demokratische Mehrheit sei an das Gesetz gebunden (E. 3e S. 44 f.). Weil der fragliche Gesetzespassus den Inhalt des Stimm- und Wahlrechts bei Regierungstatthalterwahlen normiert, konnte das Bundesgericht die Auslegung des kantonalen Rechts mit freier Kognition überprüfen (E. 1g S. 39).

1.2 Wahlverfahren

Die Evangelische Volkspartei des Kantons Freiburg wendet sich gegen das revidierte Gesetz über die Ausübung der politischen Rechte. Sie bringt u.a. vor, das Verbot der Listenverbindung verletze das durch die Staatsverfassung garantierte Proporzwahlverfahren. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab (Urteil 1P. 563/2001 der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung vom 26. Februar 2002, veröffentlicht in ZBl 2002, 537).