

AK IV 644

**Zeitschrift  
des Bernischen  
Juristenvereins**

**Revue  
de la société  
des juristes bernois**

138. Jahrgang  
Erscheint  
jeden Monat



B22  
10  
2002

**2002**

**ZBJV**

Organ für schweizerische  
Rechtspflege  
und Gesetzgebung

Redaktor  
Professor Dr.  
Heinz Hausheer

**Stämpfli Verlag AG Bern**



99 47 23

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins  
Revue de la société des juristes bernois  
ZBJV / RJB

### Verzeichnis der Mitarbeiter

Prof. Dr. KURT AMONN, Bern, Prof. Dr. ROLF BÄR, Bern, Fürsprecher PETER BECK, Bern, Dr. FELIX BENDEL, Pully, Obergerichtsschreiber FRANZ FELDER, Luzern, Prof. Dr. GUIDO JENNY, Bern, Prof. Dr. JÖRG PAUL MÜLLER, Bern, Prof. Dr. HEINZ REY, Aristau, Prof. Dr. PAUL RICHLI, Basel, Prof. Dr. ROLAND SCHAER, Bern, Prof. Dr. BERNHARD SCHNYDER, Freiburg, Prof. Dr. HANS SCHULTZ, Thun, Obergerichtsschreiber CHRISTOF SCHEURER, 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, Hallerstrasse 7, 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, Hallerstrasse 7, 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, Hallerstrasse 7, 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, Hallerstrasse 7, 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 2002  
Printed in Switzerland  
ISSN 0044-2127

## Inhaltsverzeichnis der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

### Band 138 (2002)

Verfasst von Dr. FELIX BENDEL, Pully

#### I. Systematischer Teil

##### 1. Abhandlungen

##### 1.1 Aufsätze

- Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern: Wohin mit der angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB? – oder: Von der Mühe der Zivilgerichte im Umgang mit vorsorgerechtlichen Fragen ..... 138/1
- Prof. Dr. URS R. BEHNISCH, Fürsprecher: Vom Gestrüpp unseres Steuerstrafrechts zu Beginn des 3. Jahrtausends . 138/77
- Prof. ass. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg: Art. 28 OR und kaufrechtliche Sachgewährleistung bei absichtlicher Täuschung des Käufers ..... 138/137
- Dr. iur. BERNHARD BERGER, Fürsprecher, Bern: Registrierung von Mobiliarsicherheiten – Vorschläge zu einer Reform des Kreditsicherungsrechts ..... 138/197
- JEANINE DE VRIES REILINGH, docteur en droit, avocate, Lausanne: La répression des infractions collectives et les problèmes liés à l'application de l'article 260<sup>ter</sup> CP relatif à l'organisation criminelle, notamment du point de vue de la préemption d'innocence ..... 138/285
- Fürsprecher THOMAS HÄBERLI, Bern und Lausanne: Das Opferhilferecht unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesgerichts ..... 138/361
- Prof. Dr. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Freiburg: Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge unter Berücksichtigung des Vorentwurfs für die Haftpflichtrevision ..... 138/433

	DANIEL JACOBI, Fürsprecher und Notar, Wahlendorf: Der Anspruch auf Wiedererwägung von Verfügungen in der Sozialversicherung .....	138/458
	Prof. Dr. GÜNTER HEINE, Bern: Korruptionsbekämpfung im Geschäftsverkehr durch Strafrecht? .....	138/533
	Prof. Dr. PETER BÖCKLI, Advokat, Basel: Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance .....	138/709
	Prof. Dr. FRANZ KELLERHALS, Fürsprecher, Bern und Dr. ANDREAS GÜNGERICH, Fürsprecher, Bern: Die Anpassungen der bernischen Zivilprozessordnung an das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen .....	138/814
<b>1.2</b>	<b>Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 1999, 2000 und 2001, veröffentlicht in den Bänden 126 und 127</b>	
<i>1.2.1</i>	<i>Referenten</i>	
	Prof. Dr. HEINZ REY, Zürich: Sachenrecht (2000, Band 126)	138/152
	Fürsprecher DOMINIK GASSER, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Bern: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (2001, Band 127) .....	138/257
	Prof. Dr. WOLFGANG WIEGAND, Bern: Obligationenrecht (1999 und 2000, veröffentlicht in Band 126) .....	138/316
	Prof. Dr. URS R. BEHNISCH und Prof. Dr. PETER LOCHER: Steuerrecht (2000, Band 126 und Spezialzeitschriften) ..	138/481
	Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen: Zivilprozessrecht – im internen Verhältnis (2001, Band 127) ....	138/557
	Dr. MONIQUE JAMETTI GREINER, Fürsprecherin Bern/Thun: Zivilprozessrecht – Internationales (2001, Band 127) ...	138/574
	WALTER KÄLIN, REGINA KIENER, ANDREAS KLEY, PIERRE TSCHANNEN und ULRICH ZIMMERLI, Ordinarien des Departementes für öffentliches Recht, Universität Bern: Staatsrecht (2000 und 2001, Band 126 und 127) .....	138/605
	Prof. Dr. ROLF BÄR, Bern: Handels- und Immaterialgüterrecht (2001, Band 127) .....	138/776

	Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern und Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Bern/Niederwangen:	
	– Personenrecht (2001, Band 127) .....	138/793
	– Erbrecht (2001, Band 127) .....	138/805

### *1.2.2 Kommentierte Entscheide*

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

#### BAND 126 (2000)

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

**BGE 126 I 1**, ZBJV 138 S. 626; **19**, 665 und 669; **26**, 672 und 674; **33**, 675; **76**, 680; **97**, 665; **112**, 630 und 635; **133**, 637 und 661; **153**, 674; **168**, 667; **172**, 674; **213**, 699; **228**, 670; **235**, 667 und 674; **240**, 694; **267**, 700.

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

**BGE 126 II 49**, ZBJV 138 S. 497; **97**, 611 und 620; **217**, 627; **249**, 512; **300**, 615; **316**, 696; **324**, 613, 691 und 697; **329**, 634; **348**, 612; **377**, 624 und 703; **425**, 629 und 633; **443**, 508; **473**, 486; **514**, 494; **522**, 652.

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

**BGE 126 III 20**, ZBJV 138 S. 336; **25**, 351; **59**, 327; **69**, 342; **75**, 320; **119**, 317; **124**, 352; **177**, 163; **182**, 176; **187**, 333; **189**, 350; **192**, 349; **223**, 152; **230**, 334; **309**, 181; **375**, 324; **382**, 345; **388**, 338; **452**, 156; **462**, 166; **467**, 168; **505**, 173; **512**, 185 und 638; **521**, 354.

##### *IV. Teil: Strafrecht*

**BGE 126 IV 236**, ZBJV 138 S. 646.

##### *V. Teil: Sozialversicherungen*

**BGE 126 V 244**, ZBJV 138 S. 663.

## ◆ Verschiedenes

### BERNISCHER JURISTENVEREIN

#### Vortragsprogramm 2002/2003

Freitag, 8. November 2002, 18.15 Uhr

#### HAUPTVERSAMMLUNG

Design Center, Langenthal

- Dr. Benoît Merkt, Genf  
«Das Binnenmarktgesetz zwischen Integration und Föderalismus: Erfahrungen und Lehren»

Montag, 18. November 2002

- Generalprokurator Bernard Bertossa, Genf  
«Blanchiment et entraide internationale»

Montag, 9. Dezember 2002

- Dr. Regina E. Aebi-Müller, Bern  
«Neuere Entwicklungen beim zivilrechtlichen Schutz der Persönlichkeit, unter besonderer Berücksichtigung des Privatsphärenschutzes»

Montag, 13. Januar 2003

- Dr. Gerold Steinmann, Lausanne  
«Die Gewährung der politischen Rechte durch die neue Bundesverfassung (Art. 34 BV)»

Montag, 10. Februar 2003

- Prof. Dr. Franz Werro, Freiburg  
«Die Haftung für falsche Information»

Montag, 24. Februar 2003

- Andreas Furrer, Luzern  
«Grundrechtskonflikte im UWG: Was lernen wir aus der Rechtsprechung Hertel?»

Die Vorträge finden jeweils – ausser am 8. November 2002 – im Restaurant zum Äusseren Stand, Zeughausgasse 17, Bern, statt und beginnen um 18.15 Uhr.

## Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001

Die Ordinarien des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2000 und 2001 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) und UZ (Ulrich Zimmerli).\*

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

1. Allgemeines
2. Gesetzmässigkeitsprinzip
3. Handeln nach Treu und Glauben

### II. Allgemeine Grundrechtslehren (WK)

1. Geltung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung
2. Bindung an die Grundrechte bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben
3. Verpflichtung, für die Geltung der Grundrechte unter Privaten zu sorgen

### 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. Verhältnis der Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes zueinander
2. Persönliche Freiheit
3. Schutz des Privat- und Familienlebens und Ausländerrecht

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

\* Für ihre Mitarbeit danken wir Mirjam Baldegger, Martin Buchli, Reto Feller, Valérie Gysi, Matthias Hürlimann und Mathias Kuhn, Assistentinnen und Assistenten am Departement für öffentliches Recht.

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

1. Informationsfreiheit
2. «Formvorbehalt» zur Meinungs- und Medienfreiheit
3. Werbeverbote und -beschränkungen
4. Redaktionsgeheimnis
5. Sprachenfreiheit
6. Demonstrationen

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

1. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)
  - 1.1 Allgemeines
  - 1.2 Schutzbereich der Eigentumsgarantie
  - 1.3 Tragweite der Eigentumsgarantie im Abgaberecht
  - 1.4 Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Eigentumsbeschränkungen
  - 1.5 Formelle Enteignung
2. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)
  - 2.1 Allgemeines
  - 2.2 Kantonale Monopole
  - 2.3 Nutzung des öffentlichen Grundes zu wirtschaftlichen Zwecken

**VIII. Verfahrensgarantien und Justiz (RK)**

1. Zuordnungen
  - 1.1 Teilgehalte von Art. 29 Abs. 1 BV
  - 1.2 Teilgehalte von Art. 29 Abs. 2 BV
  - 1.3 Abgrenzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 30 Abs. 1 BV
2. Neuerungen/Präzisierungen
  - 2.1 Anspruch auf Revision
  - 2.2 Ausprägungen des rechtlichen Gehörs
  - 2.3 Verfassungsrechtlicher Gerichts begriff
  - 2.4 Rechte bei Freiheitsentziehung
  - 2.5 Einschränkung von Verfahrensgrundrechten
3. Verfassungsrechtliche und konventionsrechtliche Verfahrensgarantien
  - 3.1 Abstützung allein auf die EMRK
  - 3.2 Zuschreibung identischer Gehalte
  - 3.3 Unmittelbarer Nachvollzug der Strassburger Praxis

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

1. Politische Rechte (Art. 34 BV)
  - 1.1 Pflicht zur Abgabe einer amtlichen Wahlanleitung
  - 1.2 Ansetzung einer Gemeindeversammlung
2. Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV)
3. Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV)
  - 3.1 Autonomie bei der Handhabung kantonaler Vorschriften über die minimale Grösse von Schulklassen
  - 3.2 Autonomie bei der Handhabung kantonaler Vorschriften über die Ausübung des Zugrechts

- 3.3 Autonomie bei der Handhabung kantonaler Vorschriften über den Spezialunterricht
4. Gewaltenteilung (Art. 51 Abs. 1 BV)
  - 4.1 Delegationsgrundsätze und Kompetenzaufteilung zwischen Kanton und Gemeinde
  - 4.2 Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im öffentlichen Dienstrecht

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

1. Rechtsquellenlehre
2. Allgemeine Lehren des völkerrechtlichen Vertragsrechts
3. Spezielle Verträge

**XI. Verfahren vor Bundesgericht: staatsrechtliche Beschwerde (RK)**

1. Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde
  - 1.1 Persönlicher Schutzbereich der Eigentumsgarantie; Legitimation des Anstössers
  - 1.2 Legitimation zur Willkürbeschwerde
2. Rechtsmittelwahl

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

Die neue Bundesverfassung verankert in Artikel 5 die «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns». Damit soll die «Rechtsstaatlichkeit» als Wesensmerkmal des schweizerischen Staatswesens in den allgemeinen Bestimmungen der Verfassung als Begrenzung der staatlichen Macht im Rechtsstaat prominent sichtbar gemacht werden<sup>1</sup>. 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 Völ-

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Verfassungsbotschaft vom 20. November 1996, BBl 1997 I 131 ff. sowie das Votum von Ständerat Inderkum (Sprecher der Verfassungskommission des Ständerates), Amtl. Bull. Ständerat, Sonderausgabe Reform der Bundesverfassung 1998, 28 f.

Diese Begründung überzeugt durchaus und belegt, dass es dem Bundesgericht mit seinen Bemühungen Ernst ist, der Wirtschaftsfreiheit auch bei Aktivitäten auf öffentlichem Grund und unter Respektierung der anerkannten Grundsätze des öffentlichen Sachenrechts zum Durchbruch zu verhelfen.

Als weit weniger gefestigt erscheint allerdings die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Praxis der Gemeinden, privaten Vereinigungen öffentlichen Grund zur Organisation und Durchführung von Anlässen aller Art zur Verfügung zu stellen. Im Rahmen der vorliegenden Berichterstattung zur Wirtschaftsfreiheit kann darauf aber nicht näher eingegangen werden<sup>124</sup>.

## VIII. Verfahrensgarantien und Justiz (RK)

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den grundrechtlichen Verfahrensgarantien sieht sich mit verschiedenen Problemen konfrontiert: Zum einen gilt es, die zahlreichen, bislang aus dem allgemeinen Gleichheitsgebot gemäss Art. 4 aBV bzw. aus der Garantie des «verfassungsmässigen Richters» gemäss Art. 58 aBV abgeleiteten Garantien den neu in Art. 29 bis 32 BV verankerten Grundrechten zuzuordnen. Dass die bundesrätliche Botschaft zur neuen Bundesverfassung<sup>125</sup> und das Bundesgericht selber<sup>126</sup> übereinstimmend davon ausgehen, die früher in Art. 4 aBV verankerten Grundsätze würden in Art. 29 und die bislang in Art. 58 aBV enthaltenen Garantien in Art. 30 Abs. 1 BV zusammengefasst und die einschlägige Rechtsprechung sei weiterhin massgebend, vermag nicht alle offenen Fragen zu klären. Jedenfalls Art. 29 Abs. 1 BV (die Norm

124 Vgl. dazu die Besprechung des BGE vom 8. Juni 2001 (2. P. 96/2000, Société romande des marchands forains c. Verwaltungsgericht des Kantons Neuenburg durch Yvo HANGARTNER in: AJP 2002 sowie BGE 126 I 250 ff., A.X. sowie B.X. c. Schweizer Mustermesse in Basel betreffend Standplatzbewerbung, besprochen von ANDREAS LIENHARD in AJP 2001, 713; vgl. dazu auch die Bemerkungen von WALTER KÄLIN zu den allgemeinen Grundrechtslehren, Ziff. II/2.

125 Botschaft über die neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., S. 181 f. betr. Art. 4 aBV, S. 183 f. betr. Art. 58 und Art. 59 aBV.

126 Vgl. etwa BGE 126 V 244 E. 3 S. 248 betr. Art. 4 aBV, BGE 126 I 168 E. 2b S. 170 betr. Art. 58 aBV sowie BGE 126 III 540 E. a/bb S. 542 betr. Art. 59 aBV.

verankert den «Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung» vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen) ist ausgesprochen offen formuliert und birgt deshalb etwelche Zuordnungs- und Abgrenzungsprobleme (nachfolgend Ziff. 1 und 2). Zum anderen hat sich das Bundesgericht mit dem – vom Verfassungsgeber nur ungenügend durchdachten – Verhältnis zwischen verfassungsrechtlichen und konventionsrechtlichen Verfahrensgarantien auseinander zu setzen (nachfolgend Ziff. 3).

### 1. Zuordnungen

#### 1.1 Teilgehalte von Art. 29 Abs. 1 BV

Verschiedene Entscheide der Berichtsperiode bieten dem Bundesgericht Gelegenheit, den offen formulierten Schutzbereich von Art. 29 Abs. 1 BV zu konkretisieren. Die Norm umfasst demnach folgende Garantien:

- das Verbot der *formellen Rechtsverweigerung*<sup>127</sup>;
- den Anspruch auf *Revision* als Teilgehalt des Verbots formeller Rechtsverweigerung<sup>128</sup>;
- das Verbot des *überspitzten Formalismus*<sup>129</sup>;
- den Anspruch auf innerlich *unabhängige*, d.h. unparteiische und unvoreingenommene *nichtgerichtliche Justizbehörden*<sup>130</sup>;
- das *Beschleunigungsgebot* als Teilgehalt des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist<sup>131</sup>;
- zumindest sinngemäss den Grundsatz der *Waffengleichheit*<sup>132</sup>.

Das Bundesgericht äussert sich nicht mit hinreichender Klarheit zur Frage, ob diese Garantien eigenständige (ungeschriebene) Gehalte von Art. 29 Abs. 1 BV oder eine Konkretisierung des Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung verkörpern. So hat das

127 BGE 127 I 133 E. 6 S. 138.

128 BGE 127 I 133 E. 7c S. 140.

129 BGE 127 I 31 E. 2a/bb S. 34.

130 BGE 127 I 196 E. 2b S. 198.

131 BGE 126 V 244 E. 4a S. 249; BGE vom 23. Oktober 2000, in: Pra 2001 Nr. 3, S. 12 ff. E. 4 S. 18.

132 BGE 126 V 244 E. 5c S. 250 mit Verweis auf BGE 122 V 157 E. 2c S. 164.

Bundesgericht den grundrechtlichen *Anspruch auf Revision* dem *Rechtsverweigerungsverbot* zugeordnet; unklar bleibt indessen, ob das Verbot der formellen Rechtsverweigerung seinerseits Teilgehalt des Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung oder aber einen eigenständigen Gehalt von Art. 29 Abs. 1 BV darstellt<sup>133</sup>.

In seiner *bisherigen Rechtsprechung* hat das Bundesgericht zahlreiche Verfahrensgarantien unter das Verbot der formellen Rechtsverweigerung gefasst, diese Garantien methodisch aber nicht als ungeschriebene Grundrechte, sondern als Konkretisierungen der Rechtsgleichheit anerkannt<sup>134</sup>. Gleich ist der Befund, wenn man die bundesrätliche *Botschaft* zur neuen Bundesverfassung zu Rate zieht: Aus dem Gebot gleicher und gerechter Behandlung soll demnach insbesondere das Verbot der (formellen) Rechtsverweigerung folgen, welches wiederum in verschiedene Teilgehalte aufgefächert ist (Verbot der Rechtsverzögerung, Verbot des überspitzten Formalismus). Der Teilaspekt der Rechtsverzögerung wurde allein deswegen gesondert im Verfassungstext aufgeführt, um seine grosse Bedeutung in der Rechtspraxis zu dokumentieren – und weil sich «die angemessene Verfahrensdauer sprachlich nicht ohne weiteres der «gleichen und gerechten Behandlung» zuordnen lässt»<sup>135</sup> (ein Argument, das allerdings für die anderen Teilgehalte dieser Garantie ebenso stichhaltig ist).

Vor diesem Hintergrund erscheint folgende Zuordnung sachgerecht: Der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung fächert sich in verschiedene Teilgehalte auf, insbesondere in das Verbot der formellen Rechtsverweigerung (mit weiteren Konkretisierungen wie das im Verfassungstext ausdrücklich genannte Verbot der Rechtsverzögerung oder – neu – den Anspruch auf Revision), in das Verbot des überspitzten Formalismus und in den Anspruch auf unabhängige und unparteiische nichtgerichtliche Justizbehörden. Daneben zeigt sich der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung für weitere Konkretisierungen offen; zu denken ist hier insbesondere an jene durch die EMRK garantierten Fairnessgehalte, die in der Bundesverfassung keine Erwähnung gefunden haben (z.B. das Gebot der Waffen-

133 BGE 127 I 133 ff.

134 Vgl. RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, 213 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, 493 f., 495 ff.

135 BBl 1997 I 1 ff., 181 f.

gleichheit<sup>136</sup>, der Anspruch auf Entschädigung bei ungerechtfertigter Haft oder die bislang aus Art. 4 aBV abgeleiteten strafprozessualen Grundsätze wie «ne bis in idem» oder «nulla poena sine lege»).

## 1.2 Teilgehalte von Art. 29 Abs. 2 BV

Art. 29 Abs. 2 BV verankert den Anspruch auf rechtliches Gehör. Auch in diesem Zusammenhang erklärt das Bundesgericht, dass die bislang durch Art. 4 aBV geschützte Gehörsgarantie nun durch Art. 29 Abs. 2 BV Sicherung erfährt und die Rechtsprechung zu Art. 4 aBV weiterhin massgebend ist<sup>137</sup>. In der Folge wird beispielsweise der anerkannte *Anspruch auf Begründung* ohne weiteres dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zugeordnet<sup>138</sup>. Weiter hält das Bundesgericht fest, dass sich aus Art. 29 Abs. 2 BV unter bestimmten Voraussetzungen ein *Recht des Beschuldigten auf persönliche Teilnahme an der Verhandlung* ergibt<sup>139</sup>.

## 1.3 Abgrenzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 30 Abs. 1 BV

Art. 29 BV enthält allgemeine Verfahrensgarantien, die in *allen Justizverfahren* gelten; Art. 30 BV weist spezifische Ansprüche für *gerichtliche* Verfahren aus. Das Bundesgericht hält verschiedentlich fest, dass die bislang in Art. 4 aBV verankerten Grundsätze in Art. 29 BV überführt wurden, während die Gehalte von Art. 58 aBV nun in Art. 30 Abs. 1 BV zu finden sind<sup>140</sup>. Diese Unterscheidung ist insbesondere bezüglich jener Ansprüche bedeutsam, die sowohl in gerichtlichen wie in nichtgerichtlichen Justizverfahren Geltung verlangen und in einer langjährigen Rechtsprechung einerseits aus Art. 4

136 Die EMRK garantiert den Grundsatz der Waffengleichheit als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren (vgl. etwa MARK E. VOLLIGER, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 480 ff.); der Bezug zum Anspruch auf «gleiche und gerechte Behandlung» ist offenkundig.

137 BGE 127 V 431 E. 2b/cc S. 435, BGE 126 I 19 E. 2a S. 21 f.

138 BGE 126 I 97 E. 2b S. 102 f.

139 BGE 127 I 213 E. 3a S. 215.

140 Betr. Art. 4 aBV/Art. 29 BV vgl. etwa BGE 126 V 244 E. 3 S. 248; betr. Art. 58 aBV/Art. 30 Abs. 1 BV vgl. etwa BGE 126 I 168 E. 2b S. 170.

aBV, andererseits aus Art. 58 aBV entwickelt worden sind. Dies gilt namentlich für das Recht auf unabhängige und unparteiische Beurteilung, das Recht auf die zuständige Justizbehörde und das Recht auf richtige Zusammensetzung der Entscheidbehörde. In diesen Fällen stellt Art. 30 Abs. 1 BV eine *Konkretisierung* der allgemeinen, in Art. 29 BV verankerten Grundsätze dar, die für spezifisch richterliche Behörden Anwendung finden und mitunter auch strenger ausgestaltet sind. Für die Zuordnung ausschlaggebend ist dabei, ob die Angelegenheit «in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss» (Art. 30 Abs. 1 BV)<sup>141</sup>. Verschiedene Entscheide der Berichtsperiode bieten dem Bundesgericht Gelegenheit zur Umsetzung dieser Grundsätze.

a) *Anspruch auf unabhängige, unparteiische Beurteilung:* Gegenüber einem wegen Betruges Angeschuldigten soll der Untersuchungsrichter folgende Äusserung gemacht haben: «Sie waren immer gut, nicht nur als Betrüger, sondern auch als Zahntechniker.» In dieser Äusserung sieht das Bundesgericht zu Recht einen Umstand, der objektiv geeignet ist, Zweifel an der Unbefangenheit des Untersuchungsrichters zu begründen<sup>142</sup>.

Das Bundesgericht nimmt diesen Entscheid zum Anlass, seine Rechtsprechung zur grundrechtlichen *Zuordnung* der (inneren) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gerichtlicher bzw. nichtgerichtlicher Justizbehörden zu festigen<sup>143</sup>: Demnach finden Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK Anwendung, wenn die Ablehnung von Justizpersonen in Frage steht, die in *richterlicher Funktion* tätig sind. Die (innere) Unabhängigkeit von *Untersuchungsrichterinnen und -richtern* und von Mitgliedern der *Staatsanwaltschaft* wird demgegenüber durch Art. 29 Abs. 1 BV geschützt. Auf entsprechende Funktionsträger sind Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK nur dann anwendbar, wenn diese Personen «ausnahmsweise in richterlicher Funktion tätig werden und die Rolle eines eigentlichen Richters einnehmen»; üben sie demgegenüber «ihre Funktion als Strafuntersuchungs- oder Anklagebehörde» aus, ist die Ausstandspflicht ausschliesslich aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV zu beurteilen (E. 2b).

141 Zur Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gerichtsbegriffs vgl. unten Ziff. 2.3.

142 BGE 127 I 196 ff.

143 Vgl. BGE 125 I 119 E. 3 S. 122 ff.

Zur nahe liegenden Frage, nach welchen Kriterien sich diese spezifisch richterliche Funktion bestimmt, äussert sich das Bundesgericht in diesem Entscheid bedauerlicherweise nicht, vielmehr prüft es die Angelegenheit stillschweigend unter dem Gesichtspunkt von Art. 29 Abs. 1 BV. Einem älteren Entscheid zufolge handelt ein Mitglied der Untersuchungsbehörden jedenfalls dann in richterlicher Funktion, wenn ein Strafbefehl erlassen oder das Verfahren durch eine Einstellungsverfügung abgeschlossen wird<sup>144</sup>.

b) *Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Entscheidbehörde:* Das Bundesgericht hat die Frage zu beantworten, ob ein in Unterzahl getroffener Entscheid der Rekurskommission der Evangelisch-Reformierten Landeskirche des Kantons Aargau den verfassungsrechtlichen Anspruch auf richtige Besetzung der Entscheidbehörde verletzt<sup>145</sup>. Das Bundesgericht stellt für die Beantwortung dieser Frage mit Recht darauf ab, ob es sich bei dieser Behörde um ein Gericht handelt, und folgert aus der positiven Beantwortung zutreffend, dass an die Zusammensetzung dieser Behörde die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie an ein Gericht (E. 4a).

Zur verfassungsrechtlichen Abstützung seiner Argumentation zieht das Gericht aber nicht etwa Art. 30 Abs. 1 BV heran, sondern den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 4 aBV (E. 3d). Es erkennt damit seine langjährige und unbestrittene Praxis zu Art. 58 aBV, die nun – anderen Entscheiden zufolge – in Art. 30 Abs. 1 BV Aufnahme gefunden hat<sup>146</sup>. Gemäss Art. 58 aBV garantierte der Anspruch auf den «verfassungsmässigen Richter» nicht nur den gesetzlichen Richter, sondern ebenso den Anspruch auf richtige Besetzung des Gerichts<sup>147</sup>; dieser Anspruch ist nach der einschlägigen Praxis unter anderem dann verletzt, wenn nicht die gesetzlich vorgesehene Anzahl Richterinnen und Richter am Verfahren teilnimmt<sup>148</sup>. Am zutreffenden Ergebnis – der Entscheid in Unterzahl stellt eine Verfassungsverletzung dar – ändert die fehlerhafte Zuordnung allerdings nichts.

144 BGE 112 Ia 142 E. 2 S. 143 ff.

145 BGE 127 I 128 ff.

146 BGE 126 I 168 E. 2b S. 170, BGE 126 I 235, E. 2a S. 236.

147 Statt anderer: BGE 115 V 257 E. 2a S. 260; 113 Ia 412 E. 2a S. 416; 91 I 399, E. b S. 401. Vgl. dazu auch ALFRED KÖLZ in: Kommentar BV, Art. 58 Rz. 7; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a. M. 1996, Rz. 144.

148 BGE 117 Ia 166 E. 6c S. 169 f.



## 2. Neuerungen/Präzisierungen

Die skizzierten Zuordnungsschwierigkeiten haben das Bundesgericht nicht daran gehindert, seine seit jeher schöpferische Rechtsprechung zu den Verfahrensgrundrechten weiter voranzutreiben.

### 2.1 Anspruch auf Revision

Das Bundesgericht anerkennt neu einen *in allen Verfahren geltenden* grundrechtlichen Anspruch auf Revision<sup>149</sup>. An seine einschlägige Rechtsprechung zu Art. 4 aBV anknüpfend<sup>150</sup> hält das Bundesgericht zunächst fest, dass jedenfalls Verwaltungsbehörden auch gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV beim Vorliegen eines Revisionsgrundes (neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel) verpflichtet sind, auf einen rechtskräftigen Entscheid zurückzukommen und eine neue Prüfung vorzunehmen. Über diese Überführung eines anerkannten Gehaltes von Art. 4 aBV in die neue Bundesverfassung hinaus entnimmt das Bundesgericht dem Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV) neu eine in allen Prozessverfahren gleichermaßen Geltung beanspruchende Verfahrensgarantie: Den Anspruch nämlich, ein materiell und formell rechtskräftiges Urteil, das mit der materiellen Wahrheit nicht übereinstimmt, unter bestimmten Voraussetzungen (Vorliegen von Revisionsgründen) korrigieren zu können (E. 6). Die in einen Nichteintretensentscheid mündende Weigerung der kantonalen Vorinstanz, sich mit dem substantiierten Wiederaufnahmebegehren des Beschwerdeführers auseinander zu setzen, stellt deshalb eine *formelle Rechtsverweigerung* dar, die Art. 29 Abs. 1 BV verletzt (E. 7c).

### 2.2 Ausprägungen des rechtlichen Gehörs

Punktuelle Neuerungen ergeben sich beim Anspruch auf *rechtliches Gehör* (Art. 29 Abs. 2 BV).

a) Das Eidgenössische Versicherungsgericht erklärt, dass das rechtliche Gehör dann *verstärkte Geltung* verlangt, wenn die einem

149 BGE 127 I 133 ff.

150 Zuletzt: BGE 120 Ib 42 E. 2b S. 46 f.

Entscheid zugrunde liegenden Rechtssätze unbestimmt gehalten sind<sup>151</sup>. Je offener und unbestimmter die gesetzliche Grundlage sei, desto stärker müssten die Verfahrensgarantien als Schutz vor unrichtiger Anwendung der unbestimmten Rechtssätze ausgebaut werden; die Unbestimmtheit der Norm sei durch verfahrensrechtliche Garantien gewissermassen zu kompensieren, und dem rechtlichen Gehör komme in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu. Dieser Anspruch sei verletzt, wenn die Betroffenen nur in abstrakter, allgemeiner Weise zu einer Massnahme Stellung nehmen könnten, deren konkrete Begründung ihnen nicht bekannt sei. In Anwendung dieser Grundsätze hält das Gericht fest, dass die verfügende Behörde im Verfahren über die Zulassung von Heilbädern zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung der Beschwerdeführerin (einem Heilbad) die Gelegenheit hätte bieten müssen, zur vorgesehenen Auslegung der einschlägigen, unbestimmt gehaltenen Normen Stellung zu nehmen. – Diese Konkretisierung erscheint auf den ersten Blick als neu, erweist sich aber bei genauerem Hinsehen als folgerichtige – quasi spiegelbildliche – Weiterführung der Praxis, wonach die Anforderungen an die *Entscheidbegründung* umso höher sind, je offener die dem Entscheid zugrunde liegende Norm formuliert ist<sup>152</sup>.

b) Eine *Präzisierung* der Rechtsprechung erfolgt im Zusammenhang mit dem Recht des Angeschuldigten auf rechtliches Gehör bei einer von der Anklage *abweichenden rechtlichen Würdigung* im Strafurteil<sup>153</sup>. In der bisherigen Rechtsprechung wurde ein Gehörsanspruch nur dann bejaht, wenn die abweichende rechtliche Würdigung eine Erhöhung der Strafe zur Folge hatte oder sich das Gericht auf neue juristische Argumente stützte, mit deren Heranziehung nicht zu rechnen war<sup>154</sup>. Neu spielt die Frage der Straferhöhung keine Rolle mehr: Musste der Angeschuldigte aufgrund aller Umstände des konkreten Einzelfalls nicht damit rechnen, aufgrund eines anderen Straftatbestandes, als in der Anklage beantragt, verurteilt zu werden, besteht ein Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Gehörsgewährung darf in solchen Fällen nur ausnahmsweise unterbleiben, dann nämlich, wenn die Anhörung zur veränderten rechtlichen Würdigung

151 BGE 127 V 431 E. 2b/cc S. 434 f.

152 BGE 112 Ia 107 E. 2b S. 110.

153 BGE 126 I 19 E. 2d/bb S. 24.

154 Vgl. BGE 116 Ia 455 ff.

überhaupt keine Auswirkungen auf die Verteidigungsrechte haben kann.

### 2.3 Verfassungsrechtlicher Gerichts begriff

Das Bundesgericht nimmt zum ersten Mal eine *Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gerichts begriffs* (Art. 30 Abs. 1 BV) vor<sup>155</sup>. Das Bundesgericht hat bislang keinen genuin bundesverfassungsrechtlichen Gerichts begriff entwickelt, sondern in einschlägigen Fällen jeweils auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgestellt. Ein Disziplinentscheid der Zürcher *Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte* gibt dem Bundesgericht Gelegenheit, seine Rechtsprechung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 30 Abs. 1 BV zu präzisieren: «Als Gericht im Sinne der Menschenrechtskonvention bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein; sie muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein» (E. 2a/bb). Aufgrund der spezifischen Kompetenzen der Anwaltskommission wird die Eigenschaft als Gericht im konkreten Fall (gleich wie auch schon bezüglich der Bündner Notariatskommission<sup>156</sup>) verneint. – Interessant wird sein, wie das Bundesgericht aufgrund dieser Umschreibung die Gerichtseigenschaft der (in einzelnen Kantonen auch als Justizbehörden eingesetzten) Parlamente beurteilen wird.

### 2.4 Rechte bei Freiheitsentziehung

Wer von einer Freiheitsentziehung betroffen ist, hat unter anderem den Anspruch, über seine Rechte unterrichtet zu werden (Art. 31 Abs. 2 BV). Diese «Rechte» sind dem Bundesgericht zufolge gleich-

<sup>155</sup> BGE 126 I 228 E. 2a/bb S. 230 f.

<sup>156</sup> BGE 123 I 87 ff.

bedeutend mit den Ansprüchen, welche bei Freiheitsentziehungen nach der Bundesverfassung, den internationalen Abkommen und der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung geltend gemacht werden können<sup>157</sup>. Dazu zählt insbesondere das *Schweige- oder Aussageverweigerungsrecht*; die Untersuchungsbehörden sind demnach gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV *verpflichtet*, festgenommene Beschuldigte über ihr Aussageverweigerungsrecht zu unterrichten (E. 3b). Dazu ein Hinweis: Das Schweigerecht selber folgt nicht aus Art. 31 Abs. 2 BV; vielmehr ergibt es sich als grundrechtlicher Anspruch aus Art. 14 Ziff. 3 Bst. g UNO-Pakt II sowie – der Strassburger Rechtsprechung zufolge – aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK<sup>158</sup>. Das Bundesgericht hat sich in einem aktuellen Entscheid<sup>159</sup> nicht zur Frage geäussert, ob und inwieweit sich auch der Bundesverfassung eine entsprechende Garantie entnehmen lässt.

Weiter äussert sich das Bundesgericht zu den *Rechtsfolgen einer unterlassenen Rechtebelehrung*: Die unter Verletzung des Schweigerechts erstellten Protokolle sind nicht etwa für nichtig zu erklären (E. 3c); es besteht mithin kein absolutes Verwertungsverbot. Vielmehr ist als Ergebnis einer *Interessenabwägung* darüber zu entscheiden, ob die mangelbehafteten Einvernahmeprotokolle als Beweismittel zuzulassen sind. Diese Erwägung vermag nicht vollständig zu überzeugen: Zum einen: Welche Interessen stehen bei der Interessenabwägung im Spiel, und welches ist ihre Wertigkeit? Sind die Protokolle umso eher zuzulassen, je schwerwiegender die Anschuldigung lautet – oder eben gerade nicht? Zum anderen: Das Bundesgericht bezeichnet den Informationsanspruch – im Anschluss an die Botschaft zur revidierten Bundesverfassung – als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs (E. 3b/bb). Dies hätte nahe gelegt, auch hier von der grundsätzlich formellen Natur des Anspruchs auszugehen, und in gewissen – durch die Rechtsprechung zu entwickelnden – Ausnahmefällen eine Heilung der Gehörsverletzung zuzulassen.

<sup>157</sup> BGE vom 29. März 2001, in: Pra 2001 Nr. 94.

<sup>158</sup> Vgl. statt anderer EGMR-E Murray c. Vereinigtes Königreich, Rec. 1996 Rz. 45 S. 30.

<sup>159</sup> BGE vom 24. April 2001, in: Pra 2001 Nr. 110 E. 3 S. 642 f.

## 2.5 Einschränkung von Verfahrensgrundrechten

Zum Schluss eine Bemerkung zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einschränkung von Verfahrensgrundrechten: Allgemeiner Ansicht zufolge ist die Schrankennorm von Art. 36 BV auf Freiheitsrechte zugeschnitten; Verfahrensgrundrechte folgen ihrem je eigenen Prüfprogramm<sup>160</sup>.

Das Bundesgericht lebt diesem Grundsatz bei der Prüfung der Verfassungskonformität von prozessualen Massnahmen in der Regel ohne grosse Worte nach. Es gibt allerdings auch Ausnahmen: So hat das Bundesgericht die Zulässigkeit einer haftrichterlichen Anordnung, während dreier Monate nicht auf Haftentlassungsgesuche des Inhaftierten einzutreten, nach Massgabe der Schrankennorm von Art. 36 BV geprüft<sup>161</sup>. Dies mit der Begründung, das Recht des Untersuchungshäftlings auf Haftprüfung (Art. 31 Abs. 4 BV) stelle einen spezifischen Aspekt der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) dar; «Einschränkungen eines Grundrechts und damit der zu seiner Durchsetzung dienenden Verfahrensgarantie» seien unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig (E. 2 S. 28 f.). Diese Begründung verkennt, dass das Recht auf Haftprüfung zwar die verfahrensrechtliche Seite des (klassisch freiheits- oder abwehrrechtlichen) Anspruchs auf Bewegungsfreiheit darstellt, damit aber gleichzeitig ein *eigenständiger prozeduraler* (Leistungs-)Anspruch vermittelt wird. Die ihrer dogmatischen Struktur nach auf Freiheitsrechte zugeschnittene Schrankennorm kann hier nicht direkt angewendet werden.

## 3. Verfassungsrechtliche und konventionsrechtliche Verfahrensgarantien

Die Verfassung von 1876 enthielt nur wenige geschriebene Verfahrensgarantien. Dazu zählten insbesondere das Recht auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 58 aBV) und die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes (Art. 59 aBV). Zahlreiche weitere Garantien hat

<sup>160</sup> Botschaft neue BV, BBl 1997 I 1, 194 f.; vgl. auch RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, 154; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. Zürich 2001, Rz. 303.

<sup>161</sup> BGE 126 I 26 ff.

das Bundesgericht in einer schöpferischen Praxis aus Art. 4 aBV abgeleitet. Die Ratifikation der EMRK durch die Schweiz im Jahr 1974 hatte zur Folge, dass die Verfahrensgarantien der EMRK (insbesondere Art. 5 und 6 EMRK) unmittelbar anwendbar wurden; in weniger weitgehendem Masse haben sie auch die Auslegung der nationalen Verfassungsnormen beeinflusst. Mit der Nachführung der Bundesverfassung fanden nun zahlreiche Verfahrensgarantien Eingang in den Verfassungstext, die bislang einzig durch die EMRK gesichert waren; entsprechend nahe lehnen sich einzelne Formulierungen denn auch an die entsprechenden Konventionsgarantien an. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Abgrenzung zwischen verfassungsrechtlich und konventionsrechtlich gewährleisteten Verfahrensgarantien als komplex.

Die Rechtsprechung lässt vermuten, dass das Bundesgericht dieser – zugegebenermassen anspruchsvollen – Aufgabe nach Möglichkeit ausweicht. Dabei werden unterschiedliche Strategien befolgt: Das Bundesgericht stützt seine Argumentation allein auf die EMRK ab, obwohl parallel ebenfalls Normen der Bundesverfassung als verletzt gerügt werden (nachfolgend 3.1); oder aber es wird ohne eingehende Analyse erklärt, dass einzelne Garantien der Bundesverfassung im Vergleich zu den Konventionsnormen keine weiter gehenden Ansprüche vermitteln. Beide Vorgehensweisen haben zur Folge, dass die Rechtsprechung der Strassburger Organe möglichst unmittelbar nachvollzogen und Konturierungen der Verfassungsnormen über den aktuellen Schutzbereich der EMRK weitgehend vermieden werden (nachfolgend 3.2 und 3.3). Eine allein auf die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gestützte Argumentation lässt sich kaum je finden. Offenkundiger Nachteil dieser Praxis ist, dass über die Tragweite der spezifisch verfassungsrechtlichen Garantien weiterhin Unklarheit herrscht – mit der Folge, dass sich jeder Beschwerdeführer sicherheitshalber zuerst auf die Konventionsnormen berufen wird, was dem Bundesgericht wiederum die Möglichkeit bietet, den Fall allein nach Massgabe der EMRK zu behandeln ...

### 3.1 Abstützung allein auf die EMRK

Wie seit Inkrafttreten der EMRK üblich, entscheidet das Bundesgericht auch in der Berichtsperiode zahlreiche Fälle allein nach Massgabe der einschlägigen Konventionsnorm – und dies selbst

dann, wenn sowohl eine Verletzung der Bundesverfassung wie auch eine Verletzung der EMRK gerügt wird.

Exemplarisch für diese Vorgehensweise ist ein Entscheid, in dem ein Ungleichgewicht zwischen privaten und amtlichen Sachverständigen zur Diskussion steht: Während sich die amtlichen Sachverständigen zu den Vorbringen des privaten Gutachters äussern können, wird diesem kein Recht auf «Replik» eingeräumt<sup>162</sup>. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK), des Grundsatzes der Waffengleichheit (Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK), des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und der Rechte des Angeschuldigten (Art. 32 Abs. 2 BV). Das Bundesgericht behandelt die Problematik materiell nach Massgabe der konventionsrechtlichen Normen und der einschlägigen Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs; eine differenzierte Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Verfassungsfragen findet nicht statt.

### 3.2 Zuschreibung identischer Gehalte

Von einer inhaltlichen Übereinstimmung zwischen Bundesverfassung und EMRK geht das Bundesgericht bezüglich folgender Garantien aus:

- Anspruch auf ein *unabhängiges und unparteiisches Gericht* (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK)<sup>163</sup>;
- *Beschleunigungsgebot* (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK)<sup>164</sup>;
- *Recht auf Verteidigung* (Art. 4 aBV bzw. Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK)<sup>165</sup>;
- *Recht auf Haftprüfung* (Art. 31 Abs. 4 BV und Art. 5 Ziff. 4 EMRK)<sup>166</sup>;
- *Recht auf persönliche Teilnahme am Verfahren* (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK)<sup>167</sup>;

162 BGE 127 I 73 ff.

163 BGE 126 I 235 E. 2a S. 236.

164 BGE vom 23. Oktober 2000 in Pra 2001 Nr. 3 S. 12 ff. E. 4 S. 18 ff.

165 BGE 126 I 153 ff.

166 BGE 126 I 172 ff., BGE 126 I 26 ff.

167 BGE 127 I 213 E. 3 S. 215 ff.

- *Unschuldsvermutung* (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK)<sup>168</sup>.

### 3.3 Unmittelbarer Nachvollzug der Strassburger Praxis

Die Problematik des unmittelbaren Nachvollzugs zeigt sich anhand von zwei Entscheiden, in denen das Bundesgericht eine Praxisänderung des Strassburger Gerichtshofs zur Frage des *Geltungsbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK* umsetzt. Streitigkeiten aus dem *öffentlichen Personalrecht* waren dem Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bislang weitgehend entzogen (insbesondere: Begründung und Beendigung des Dienstverhältnisses, Fragen der LohnEinstufung und Beförderung). Gleichzeitig wurden dienstrechtliche Streitigkeiten über vermögensrechtliche (insbesondere: sozialversicherungsrechtliche) Ansprüche als zivilrechtlich betrachtet. In einem kürzlich ergangenen Entscheid<sup>169</sup> hat der Europäische Gerichtshof seine einschlägige Praxis geändert; neu wird nicht mehr auf die *Natur der ausgeübten Funktion*. Massgebendes Kriterium ist demnach, ob eine Aufgabe im allgemeinen Interesse wahrgenommen wird bzw. ob es um die Ausübung der öffentlichen Gewalt geht; insbesondere Angehörige der Streitkräfte und der Polizei unterstehen demzufolge – mit Ausnahme pensionsrechtlicher Ansprüche – nicht den Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Andere öffentliche Angestellte können sich demgegenüber auf diese Bestimmung berufen.

Das Bundesgericht hat diese Praxisänderung in zwei Entscheiden unmittelbar nachvollzogen; im einen Fall ging es um die Neufestsetzung der Differenzzulage für die Angehörigen der Zürcher Stadtpolizei<sup>170</sup>, im anderen um die Entlassung eines Mitglieds der Neuenburger Sicherheitspolizei<sup>171</sup>. Das Bundesgericht hat in beiden Fällen die staatsrechtliche Beschwerde der Betroffenen abgewiesen. Der Begründung des Zürcher Entscheides lässt sich entnehmen, dass

168 BGE 127 I 38 E. 2a S. 40, E. 2b S. 41 f.; BGE vom 24. April 2001 in: Pra 2001 Nr. 110 E. 2 S. 110.

169 Pellegrin c. Frankreich vom 8. Dezember 1999, Rec. 1999-VIII Rz. 59–67.

170 BGE vom 7. Februar 2000, in: Pra 2000 Nr. 80.

171 BGE 126 I 33 ff.

das Bundesgericht selber der Praxisänderung nicht unkritisch gegenüber steht (E. 2b)<sup>172</sup>. In der Tat werden die neu eingebrachten Kriterien neue Abgrenzungsprobleme schaffen. Den Ausweg aus diesem Dilemma wird wohl erst die Inkraftsetzung der Rechtsweggarantie in Art. 29a BV (Justizreform) bringen; und ist eine Streitigkeit einmal in ein gerichtliches Verfahren gewiesen, greifen die Garantien gemäss Art. 30 BV (und damit auch der Anspruch auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung).

## IX. Andere verfassungsmässige Rechte (PT)

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

#### 1.1 Pflicht zur Abgabe einer amtlichen Wahlanleitung

Im Urteil 1P.298/2000, 1P374/2000, 1P390/2000 der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 31. August 2000, veröffentlicht in ZBl 2000, 188, befasst sich das Bundesgericht mit der Pflicht zur Abgabe einer amtlichen Wahlanleitung. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Grosse Rat und die Stimmberechtigten des Kantons Freiburg leiten 1998/1999 die Totalrevision der Staatsverfassung von 1857 ein. Die Ausarbeitung des Verfassungsentwurfs wird einem besonderen Verfassungsrat anvertraut. Die Wahlen zum Verfassungsrat finden am 12. März 2000 statt. Nach der Wahl erheben verschiedene Stimmbürger Beschwerde. Sie bringen vor, das Fehlen einer amtlichen Wahlanleitung habe die freie politische Meinungsbildung und Willensäusserung beeinträchtigt. Sowohl der Staatsrat als auch im Anschluss daran das Bundesgericht weisen die Beschwerden ab.

Unter der Herrschaft der alten BV galt die Wahl- und Abstimmungsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht. Mit Art. 34 BV ist dieses Grundrecht nunmehr in die geschriebene Verfassung überführt worden. Eine Änderung der Rechtslage war damit aber nicht beabsichtigt. Für die Auslegung von Art. 34 BV «kann demnach an die frühere Rechtsprechung zur ungeschriebenen Garantie

172 Vgl. auch die Kurzkritik von PETER KARLEN in: Pra 2000 Nr. 80 S. 487.

der Wahl- und Abstimmungsfreiheit angeknüpft werden» (E. 3a S. 190).

Im Weiteren resümiert das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen (E. 3 b–d S. 190 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf einzelne Urteile). Vor Wahlen sei mangels Beratungsmandat der Behörden besondere Zurückhaltung geboten. Immerhin könne sich bei «ungewöhnlichen Konstellationen eine Information über das Vorgehen und das Verfahren» aufdrängen; insofern bestehe von Verfassung wegen eine entsprechende Informationspflicht. Zu bedenken sei auf der anderen Seite die Organfunktion der Stimmberechtigten: Diese hätten nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten – unter anderem die Pflicht, sich in zumutbarem Rahmen über die geltenden Wahlregeln in Kenntnis zu setzen. Dies scheint im vorliegenden Fall der entscheidende Punkt gewesen zu sein. Tatsächlich erfolgte die Wahl des Verfassungsrats nach dem üblichen Grossratswahlverfahren. Dieses Verfahren, so das Gericht, sei im freiburgischen Gesetz über die Ausübung der bürgerlichen Rechte geregelt, werde seit längerer Zeit regelmässig angewendet und könne daher als bekannt vorausgesetzt werden. Zudem bestünden bei allfälligen Unsicherheiten zahlreiche Möglichkeiten, sich über das Wahlverfahren zu informieren (E. 4c S. 192). Dass das Freiburger Recht das Kumulieren von Kandidaten verbiete, sei zwar bei Proporzahlen eher die Ausnahme. Gewisse Verfälschungen des politischen Willens jener Wähler, die im Unwissen um das Verbot Kumulationen vorgenommen haben, seien darum nicht ausgeschlossen. Es könne aber nicht gesagt werden, dass sich allfällige Unregelmässigkeiten zu Ungunsten ganz bestimmter Parteien ausgewirkt hätten (E. 4f S. 194 ff.). Zudem habe die zuständige Direktion des Innern und der Landwirtschaft eine Pressemitteilung mit Hinweisen auf die wichtigsten Regeln der Proporzwahl herausgegeben (E. 4g S. 196). Bei dieser Sachlage könne den Behörden nicht vorgeworfen werden, die politischen Rechte dadurch verletzt zu haben, dass den Stimmberechtigten keine Wahlanleitung zur Verfügung gestellt wurde (E. 4h S. 197).

Zu Recht geht das Bundesgericht von der Pflicht der Stimmberechtigten aus, sich über die Wahlregeln zu informieren, wenn sie an der Zulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen (wie Panaschieren, Kumulieren usw.) im Zweifel sind. Was aber ist mit dem Stimmbürger, der sich sicher fühlt und deshalb keinen Anlass sieht, sich bei Behörden näher über das Wahlsystem zu erkundigen? Was mit

einer gewissen Zurückhaltung zu fällen sei. Deshalb müsse der Beschwerdeführer selbst zumindest glaubhaft machen, dass in seinem Fall die Menschenrechte missachtet würden (E. 4a S. 326 und E. 4d S. 328).

## XI. Verfahren vor Bundesgericht: staatsrechtliche Beschwerde (RK)

Die Rechtsprechung zum Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 ff. OG) hat in der Berichtsperiode nur wenige bedeutsame Änderungen erfahren. Hervorzuheben sind zwei Entschiede betreffend Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde sowie ein Entscheid zur Rechtsmittelwahl.

### 1. Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde

#### 1.1 Persönlicher Schutzbereich der Eigentumsgarantie; Legitimation des Anstössers

Zur staatsrechtlichen Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Hoheitsakt in seinen Rechten oder rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt ist (vgl. Art. 88 OG). Nach der langjährigen Praxis des Bundesgerichts schützt die *Eigentums-garantie* nur rechtlich anerkannte, nicht aber sogenannt *faktische* Interessen. Demzufolge hat der Anstösser grundsätzlich kein besseres Recht auf Benutzung einer im Gemeingebrauch stehenden Strasse als andere Personen; er verfügt mithin nur über eine tatsächliche Vorzugsstellung, nicht aber über ein – unter dem Schutz der Eigentums-garantie stehendes – Recht auf Zugang und Benützung einer an sein Land angrenzenden Strasse. Aus diesem Grund hat das Bundesgericht bislang die *Legitimation des Anstössers* verneint, sich unter Berufung auf die Eigentums-garantie gegen die Aufhebung oder Einschränkung des Gemeingebrauchs einer Strasse mit staatsrechtlicher Beschwerde zur Wehr zu setzen.

Diese Unterscheidung zwischen bloss faktischen und rechtlichen Interessen ist in der Lehre seit längerer Zeit kritisiert wor-

den<sup>182</sup>. Das Bundesgericht nimmt eine Beschwerde im Zusammenhang mit der Aufhebung einer Zufahrt zu einer Privatparzelle zum Anlass einer entsprechenden Änderung seiner Praxis<sup>183</sup>: «An der Rechtsprechung, die Anstössern von vornherein das Recht abspricht, sich gegenüber einer Aufhebung oder Einschränkung des Gemeingebrauchs einer öffentlichen Sache auf die Eigentums-garantie zu berufen, kann daher nicht festgehalten werden. Auf diese Weise wird der Tatsache Rechnung getragen, dass sich der Schutzbereich der Eigentums-garantie nicht nur auf die unmittelbar aus dem Eigentum fließenden rechtlichen Befugnisse, sondern auch auf gewisse faktische Voraussetzungen zur Aufhebung dieser Befugnisse erstreckt. Das Interesse an deren Erhaltung ist insoweit nicht bloss faktischer Natur, sondern auch rechtlich geschützt» (E. 1b/cc).

#### 1.2 Legitimation zur Willkürbeschwerde

Die Legitimation zur Willkürbeschwerde (Art. 88 OG) hat das Bundesgericht in seiner langjährigen Praxis nur bejaht, wenn die willkürliche Auslegung einer Norm gerügt wird, die dem Beschwerdeführer einen Rechtsanspruch einräumt oder dem Schutz seiner Interessen dient; der Rechtsschutz muss sich in solchen Fällen folglich aus jener Gesetzesbestimmung ableiten lassen, deren Anwendung umstritten ist<sup>184</sup>. Diese Praxis ist von der Lehre seit langer Zeit kritisiert worden<sup>185</sup>. Nachdem die Bundesverfassung in Art. 9 BV neu einen selbstständigen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz vor staatlicher Willkür verankert (mit dem ausdrücklichen Ziel, das Bundesgericht zu einer Änderung seiner Legitimationspraxis zu

182 Vgl. insbesondere GEORG MÜLLER, Kommentar BV, Art. 22<sup>ter</sup>, Rz. 5; *ders.*, Die Rechtsstellung von Anstössern an öffentlichen Strassen, recht 1996, 218, 223 f.

183 BGE 126 I 213 ff.; vgl. die Besprechung bei UZ Ziff. VII/1.2.

184 Vgl. statt vieler BGE 123 I 279 E. 3c/aa S. 280.

185 WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. Bern 1994, 239 f.; GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, 109 ff., 122 ff.; *ders.*, Kommentar BV, Art. 4 Rz. 15 und 58; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996 Rz. 1776; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, 478 ff.

zwingen<sup>186</sup>), konnte man auf den ersten einschlägigen Entscheid gespannt sein. Die Erwartungen waren allerdings nicht allzu hoch gesteckt, war doch das Bundesgericht in einem Entscheid zum selbstständigen Willkürverbot der Berner Verfassung (Art. 11 KV-BE) nicht von seiner bisherigen Praxis abgewichen<sup>187</sup>.

Die Beschwerde eines haitianischen Staatsangehörigen, der eine willkürliche Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung gerügt hatte, gibt dem Bundesgericht Gelegenheit zur Klärung der Frage<sup>188</sup>. Das Ergebnis: Das Bundesgericht hält an seiner bisherigen Praxis fest und tritt auf die Beschwerde mangels Legitimation nicht ein. Die Begründung: Zwar handle es sich beim Willkürverbot um ein Grundrecht; die Garantie besitze indessen kein spezielles Schutzobjekt, das an einen bestimmten menschlichen Lebensbereich anknüpfe, sondern gelte als allgemeines Prinzip für alle Bereiche staatlicher Tätigkeit. Entsprechend reiche der Inhalt der Garantie nicht aus, um ein rechtlich geschütztes Interesse im Sinn von Art. 88 OG zu begründen (E. 3b). Die Verankerung einer ausdrücklichen Garantie in Art. 9 BV ändere daran nichts; andernfalls wäre es inskünftig möglich, auf dem Umweg über das allgemeine Willkürverbot staatsrechtliche Beschwerde zu erheben, um bloss tatsächliche Interessen geltend zu machen, was gegen Art. 88 OG verstossen würde (E. 5a). Das Parlament hätte Art. 9 BV entsprechend präzisieren oder zumindest hätte der Wille zur Änderung der Tragweite von Art. 88 OG deutlicher dargelegt werden müssen; der – undiskutiert gebliebene – Beitrag des Berichterstatters genüge für die Verankerung einer derart wichtigen Neuerung nicht. Zudem verlange selbst Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) keinen unbeschränkten Zugang zum Bundesgericht (E. 5b). Schliesslich müsse eine Praxisänderung auf wichtigen Gründen beruhen; im Zweifelsfalle sei es angebracht, sich an die bestehende Rechtsprechung zu halten (E. 6a). Und letztlich könne die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde nicht ohne

186 Siehe das Votum des Berichterstatters der ständerätlichen Kommission, Amtl. Bull. S 1998, 40.

187 BGE 121 I 267 ff. Kritik bei WALTER KÄLIN, Legitimation zur Willkürbeschwerde und kantonales Verfassungsrecht, in: recht 1996, 76 ff.; ders., Die Bedeutung der neuen Bundesverfassung für das öffentliche Verfahrensrecht, in: ULRICH ZIMMERLI, Die neue Bundesverfassung, BTJP 1999, 267 ff., 278 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999.

188 BGE 126 I 81 ff.; vgl. die Besprechung bei WK, Ziff. III/1.1.

Gesamtbetrachtung ausgedehnt werden, denn dies würde in einzelnen Rechtsgebieten zu unlogischen, gar widersprüchlichen Ergebnissen führen (E. 6c). Aus diesen Gründen erachtet es das Bundesgericht als unangebracht, seine bisherige Praxis zu Art. 88 OG zu ändern. Immerhin könne der Beschwerdeführer ständiger Praxis zufolge die Verletzung seiner Parteirechte rügen, die einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommen (E. 7b).

Dieser Entscheid ist in der Lehre erwartungsgemäss kritisiert worden<sup>189</sup>. Im Vordergrund der Kritik steht die Frage, wie klar sich der Verfassungsgeber denn äussern muss und welche Anforderungen inskünftig an «schlüssige» Materialien zu stellen sind, damit das Bundesgericht den Willen des Verfassungsgebers anerkennt. In der Sache wird – einmal mehr – kritisiert, dass das Bundesgericht durch die restriktive Legitimationspraxis die Tragweite des Willkürverbots verkennt und ihm damit den Charakter als eigenständiges verfassungsmässiges Recht entzieht. Dieser Kritik ist nichts hinzuzufügen.

## 2. Rechtsmittelwahl

Eine (wenn auch marginale) *Praxisänderung* hat das Bundesgericht demgegenüber im Zusammenhang mit dem *Rechtsmittelweg gegen abschlägige fremdenpolizeiliche Bewilligungsentscheide* vorgenommen<sup>190</sup>.

Die Gesuche des Beschwerdeführers und seiner Familie um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligungen werden durch alle kantonalen Instanzen abgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, der Invaliditätsgrad des Beschwerdeführers betrage 100%, eine Erwerbsaufnahme werde aus diesem Grund nicht mehr erfolgen; da der Aufenthalt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bewilligt worden sei, müsse der Aufenthaltswitz nun als erfüllt gelten. In den Entscheid werden auch die Familienangehörigen miteinbezogen, die ihre Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs

189 RENÉ RHINOW, Von der Mühe des Bundesgerichts mit der Verfassung, NZZ Nr. 101 vom 2. Mai 2000, 15; ders., Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, 149 ff.; ANDREAS KLEY/RETO FELLER, Grundrechte in: WALTER FELLMANN/THOMAS POLEDNA, Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, 333 ff., 337 ff.; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. Zürich 2001, Rz. 815 ff.

190 BGE 127 II 161 ff.

erhalten hatten. Der Beschwerdeführer und seine Familie erheben staatsrechtliche Beschwerde. Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 4 ANAG), es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich auf eine besondere Norm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrages berufen. Diesfalls kommt der Ausschlussgrund gemäss Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG (Ausschluss auf dem Gebiete der Fremdenpolizei gegen Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt) nicht zum Zug; zulässiges Rechtsmittel ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die staatsrechtliche Beschwerde entfällt aufgrund ihrer absoluten Subsidiarität (Art. 84 Abs. 2 OG). So weit die bestehende Praxis.

Im vorliegenden Fall wurde die staatsrechtliche Beschwerde damit begründet, der angefochtene Entscheid verstosse gegen verschiedene Garantien der Bundesverfassung (Art. 8, 9, 11 und 13 BV) sowie gegen Art. 8 EMRK; treffen diese Rügen zu, besteht ein Rechtsanspruch auf die Bewilligungen. Das Bundesgericht führt aus, dass zur Erhebung solcher Einwände grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen stehe, da sich der angefochtene Entscheid auf Bundesverwaltungsrecht stütze und kein Ausschlussgrund nach Art. 99 ff. OG vorliege. Dass dieses Rechtsmittel gemäss Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG vom Vorliegen eines Rechtsanspruchs abhängige und diese Voraussetzung als Eintretensfrage geprüft werden müsse, ändere am Ausschluss der staatsrechtlichen Beschwerde nichts. Massgebend sei, dass eine allfällige Verletzung des behaupteten Rechtsanspruchs auf die angeforderte Bewilligung im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht werden könne. Auf die staatsrechtliche Beschwerde wird deshalb nicht eingetreten, ohne dass das Bundesgericht in diesem Verfahren noch prüfen würde, ob der Rechtsanspruch tatsächlich besteht (E. 1b, Praxisänderung gegenüber BGE 123 II 145 E. 1c S. 147 f.).

Weiter erwägt das Bundesgericht, vor Erhebung der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde müsse ein Entscheid der nach Art. 98a OG zuständigen kantonalen Gerichtsinstanz erwirkt werden; dies gelte auch in jenen Kantonen – wie vorliegend im Kanton Zürich – bei denen die Zulässigkeit des kantonalen Rechtsmittels gleich wie im Bund vom Vorliegen eines Anspruchs auf die streitige

Bewilligung abhängt (sog. «anspruchsabhängiges Rechtsmittel», E. 2a und b). Auf die Anrufung der kantonalen Gerichtsinstanz könne nur dann verzichtet (und statt dessen gegen den Entscheid einer Verwaltungsbehörde staatsrechtliche Beschwerde geführt) werden, wenn die Verweigerung der Bewilligung nicht wegen Verletzung eines Rechtsanspruchs angefochten, sondern einzig die Missachtung von Verfahrensgarantien gerügt wird (E. 2c).

Was geschieht, wenn die zuständige kantonale Gerichtsinstanz auf das Rechtsmittel nicht eintritt, weil sie einen Rechtsanspruch auf die streitige Bewilligung verneint? Das Bundesgericht hält fest, dass dem Rechtssuchenden daraus kein Nachteil erwachsen darf. Gegen den kantonalen Nichteintretensentscheid sei deshalb Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht zu erheben und dabei nicht nur die Verneinung des Rechtsanspruchs anzufechten, sondern es seien auch allfällige Verfahrensrügen zu erheben, soweit sie sich auf Bundesrecht stützen. Ob der behauptete Rechtsanspruch tatsächlich besteht, prüft das Bundesgericht als Eintretensvoraussetzung (E. 3a). Fehle es an diesem Erfordernis, bleibe dem Rechtssuchenden wiederum die staatsrechtliche Beschwerde. Dabei könne – unabhängig vom Vorliegen eines Rechtsanspruchs und damit auch ohne Legitimation in der Sache (Art. 88 OG) – die Verletzung von Verfahrensgarantien gerügt werden, deren Missachtung eine formelle Rechtsverweigerung darstelle. In *Präzisierung der Praxis* gegenüber BGE 126 II 377 E. 8e S. 397 könne darüber hinaus auch noch der *kantonale Sachentscheid mitangefochten* werden, falls die kantonale Gerichtsinstanz einzig wegen Fehlens des behaupteten Rechtsanspruchs nicht auf die Beschwerde eingetreten ist (E. 3b). Viel mehr als die Willkürüge wird der beschwerdeführenden Partei dabei nicht offen stehen – und dazu wird nach der bundesgerichtlichen Praxis (siehe oben Ziff. II/2) regelmässig die Legitimation fehlen.

Bedeutung und Tragweite dieses Entscheids sind unklar. So viel jedenfalls lässt sich sagen: Er trägt nicht zu einer Vereinfachung der verfahrensrechtlichen Zuständigkeitsordnung im Ausländerrecht bei. Jedenfalls kann den Rechtssuchenden nicht verargt werden, wenn sie in Kantonen mit anspruchsabhängigen Rechtsmitteln sowohl die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Rüge der Verletzung eines Rechtsanspruchs) wie auch die Verwaltungsbeschwerde (Rüge der Verletzung von Verfahrensgarantien) erheben und im Falle eines Nichteintretens der Gerichtsbehörde im Bund sowohl die Verwaltungsge-



richtsbeschwerde wie die staatsrechtliche Beschwerde mit ihren je spezifischen Rügemöglichkeiten erheben.

Immerhin: Die Tragweite dieser Rechtsprechung ist angesichts des *bilateralen Freizügigkeitsabkommens* begrenzt, begründet dieses doch echte Rechtsansprüche, weil die Bewilligungserteilung nicht mehr im Ermessen der Behörde steht (wie dies heute Art. 4 ANAG für den Normalfall vorsieht)<sup>191</sup>.

191 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA) vom 21. Juni 2001, BB1 1999, 7027 ff.; vgl. dazu WALTER KÄLIN, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: THOMAS COTTIER (Hrsg.), BTJP 2002, Bern 2002, 11 ff., zur Durchsetzbarkeit 23 ff.

## ▲ Aktuell aus dem Bundesgericht

### Die Anwendung von Art. 6 EMRK auf anwaltsrechtliche Disziplinarverfahren

Berichterstatter: THOMAS HÄBERLI, Fürsprecher, Bern und Lausanne

In einem zur Publikation in der amtlichen Sammlung bestimmten Urteil (2P.27/2002) hat das Bundesgericht am 8. August 2002 entschieden, eine **Disziplinarbusse von Fr. 5000.–** führe nicht per se zur Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK. Es hatte die staatsrechtliche Beschwerde eines Zürcher Anwalts zu beurteilen, der wegen verschiedener Verstösse gegen das St. Galler Standesrecht zur Bezahlung einer «Geldleistung» in entsprechender Höhe verpflichtet worden war. In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügte der Betroffene, die kantonalen Behörden hätten mehrfach Art. 6 EMRK verletzt. Er war sich bewusst, dass diese Konventionsbestimmung nur auf zivil- und strafrechtliche Verfahren Anwendung findet (vgl. BGE 127 I 44 E. 2a S. 45, mit Hinweisen), vertrat jedoch den Standpunkt, beim ihn betreffenden Disziplinarverfahren handle es sich um eine **strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK**. Was als solche zu gelten hat, beurteilt sich nach drei Kriterien: Zunächst wird geprüft, ob die (angeblich) verletzte Regelung landesintern dem Strafrecht zugeordnet wird. Handelt es sich nach der entsprechenden rechtstechnischen Qualifikation nicht um ein Strafverfahren, so ist – angesichts der autonomen Definition der strafrechtlichen Anklage in der Konvention – die «wahre Natur» des Tatbestands unter Berücksichtigung von Art und Ziel der Sanktion zu ermitteln. Erscheint das Verfahren auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als strafrechtlich, so bleibt aufgrund der **Schwere der Sanktion** zu beurteilen, ob diese eine Strafe darstellt (vgl. BGE 125 I 104 E. 2a S. 107 f.). Der Beschwerdeführer berief sich – zu Recht (vgl. BGE 125 I 417 E. 2a S. 419) – nicht auf die ersten beiden Kriterien, sondern argumentierte mit der Höhe der ihm auferlegten Busse.

Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass eine **Umwandlung** der streitigen Busse **in Haft** unbestrittenermassen nicht möglich sei. Aus dieser Tatsache schliesst es unmittelbar, dass – auch wenn die Summe von Fr. 5000.– keinen unbedeutenden Betrag mehr darstellt – nicht eine derart schwere Sanktion vorliegt, dass Art. 6 EMRK schon allein wegen deren Gewicht zur Anwendung gelangen müsste. Es verweist auf die Praxis, die bisher einzig Disziplinarbussen, welche bei Uneinbringlichkeit in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden können, als strafrechtlich behandelt hat. **Einfache disziplinarrechtliche Bussen** gelten seit jeher nicht als Strafen im Sinne der Konvention, dies im Unterschied zum disziplinarrechtlichen