

plädoyer

MAGAZIN FÜR RECHT UND POLITIK

REVUE JURIDIQUE ET POLITIQUE

Kaufel

*Bz
137*

Versicherungsrecht
WAS DER BASLER
KOMMENTAR
VERSCHWEIGT

Droit pénal:
FAUT-IL
CRIER À LA
CORRUPTION?

Obergerichtspräsident Remo Bornatico:

"DER ANWALT IST STACHEL
IM FLEISCH DES RICHTERS"



Ausländerinnen für Poposex ab Fr. 70.–», «Hausfrauen spreizen die Beine im Bhf-WC») werden eindeutig von Art. 197 Ziff. 1 StGB erfasst.

2. Die Einwendung des A. ist sodann unbehelflich, die Inserate seien von den Mitarbeiterinnen der Zeitung kontrolliert und von diesen nicht als pornografisch empfunden worden. Es liegt auf der Hand, dass lohnabhängige Mitarbeiterinnen einer Zeitung wohl kaum beflissen sind, sich eine objektive Meinung über den zu publizierenden Text zu machen, steht doch das eigene Interesse an einem florierenden Betrieb – mit welchen grenzgängerischen Mitteln auch immer – eindeutig im Vordergrund. Dies gilt vor allem für eine Gratis-Zeitung, deren Einnahmen ausschliesslich von den Inserenten stammen.

Da solche Zeitungen sodann in den Haushaltungen herumliegen und von allen Hausbewohnern – also auch von Kindern – zur Kenntnis genommen werden können, ist der Tatbestand von Art. 197 Ziff. 1 StGB erfüllt.

3. In subjektiver Hinsicht ist bei Art. 197 StGB Vorsatz erforderlich, wobei auch der Eventualvorsatz ausreichend ist für eine Schuldigsprechung. Der Täter muss sich also des pornografischen Charakters des betreffenden Produktes bewusst sein (Rehberg, a. a. O., S. 27).

Dies kann im vorliegenden Fall ohne weiteres bejaht werden. Der A. betätigte sich einige Monate im genannten Sexgewerbe, woraus sich genügend Erfahrung ergibt, um unterscheiden zu können, was pornografisch ist und was nicht.

(Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Urteil vom 6. Dezember 1999; S1/U2/O/SB990488)

Kommentar:

Bei der Revision des StGB von 1991 verzichtete der Gesetzgeber nach wie vor auf eine Definition der Pornografie und begnügte sich mit einer Kodifizierung der Rechtsprechung. Geschützt wird die psychosexuelle Entwicklung der Jugend, der Anspruch, nicht ungewollt mit sexuellen Darstellungen konfrontiert zu werden und, in den abschliessend aufgezählten Fällen so genannter harter Pornografie (Art. 197 Abs. 3 StGB), das moralische Fundament der Gesellschaft. Es kann also mit Fug behauptet werden, dass nie die sexuelle Integrität derjenigen gemeint ist, um die es in der Pornografie doch recht augenfällig geht: der Frau. Mit seinem Entscheid vom 6. Dezember 1999 hat das Zürcher Obergericht nun einen Paradigmawechsel vollzogen bzw. rezipiert, der in der (vor allem angloamerikanischen) Literatur seit den achtziger Jahren gefordert wird. Danach wird Pornografie als eine Form von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts konzeptualisiert; beanstandet wird keineswegs der sexuelle Inhalt des Materials, sondern die von ihm vermittelte Botschaft über die Frau, die Sexualität und die Beziehungen zwischen den Geschlechtern. Sexuelle Darstellungen sind demnach – unabhängig von ihrem Explizitheitsgrad! – erst dann pornografisch, wenn sie die Frau auf ihre Sexualität und diese Sexualität auf die Erfüllung männlicher Wünsche reduzieren. Durch die Verbreitung dieses Frauenbildes trägt die Pornografie dazu bei, frauenfeindliche Gesellschaftsstrukturen zu festigen – ein Zusammenhang, der mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die verfassungsrechtliche Dimension der Pornografie in der schweizerischen Rechtsprechung wohl zum

ersten Mal mit dieser Klarheit erkannt worden ist.

Nun müsste dieser Paradigmawechsel konsequenterweise dazu führen, dass über den Pornografieartikel hinaus das dem gesamten Sexualstrafrecht zugrunde liegende Sexualitäts- und Frauenbild hinterfragt und am Massstab von Art. 8 BV gemessen werden müsste; ein notorisches Beispiel stellt die systematisch diskriminierende Interpretation des Vergewaltigungstatbestandes in der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre.

Pierre-André Wagner

Staatsrecht

EINBÜRGERUNG VOM VOLK WILLKÜR- LICH ABGELEHNT

Auch wenn das Volk über Einbürgerung oder Nicht-einbürgerung entscheidet, ist dieser Beschluss ein Verwaltungsakt und an das Recht, insbesondere an die Grundrechte gebunden.

Sachverhalt:

An der Bürgergemeindeversammlung von Pratteln vom 4. Dezember 1997 wurden in geheimer Abstimmung alle Gesuche von schweizerischen, italienischen, spanischen und tschechischen Staatsangehörigen gutgeheissen. Von den 14 Gesuchstellern aus dem ehemaligen Jugoslawien wurden 10 nicht eingebürgert. Von den 30 türkischen Staatsangehörigen wurde 1 eingebürgert. Dagegen erhoben 6 Personen Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft. Der Regierungsrat wies die Beschwerde ab,

worauf die Beschwerdeführer ans Baselpbieter Verfassungsgericht gelangten.

Aus den Erwägungen:

4.3 Weiter ist aus den gesetzlichen Bestimmungen ersichtlich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers der Bürgergemeindeversammlung das letzte Wort zukommen soll und im Kanton Basel-Landschaft kein Anspruch auf Einbürgerung besteht (abgesehen von der in § 11 Abs. 4 BtG vorgesehenen Ausnahme). Es liegt somit im Ermessen der Bürgergemeinde, ob sie das Einbürgerungsgesuch ablehnt oder annimmt, dies selbst dann, wenn der Gesuchsteller alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Das heisst jedoch nicht, dass die Bürgergemeindeversammlung diese Entscheidung willkürlich treffen darf. Da die Bürgergemeindeversammlung beim Einbürgerungsentscheid kein auf dem Gedanken der Repräsentation beruhendes politisches Recht ausübt, sondern Verwaltungsfunktionen wahrnimmt, ist sie bei den Einbürgerungsbeschlüssen an die verfassungsrechtlichen Grundsätze gebunden (Georg Müller, Reserve staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 119f.; vgl. auch Jean-Françoise Aubert, *Traité de droit constitutionnel Suisse*, Neuchâtel 1967, S. 361, der die Einbürgerung ganz klar auch als «acte administratif» bezeichnet). Soweit das Volk staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist auch das Volk an die Verfassung und insbesondere an die Grundrechte gebunden (Andreas Auer, Einbürgerung durch Volksent-

scheid? Verfassungsrechtliche Grenzen der direkten Demokratie, Neue Zürcher Zeitung vom 27. März 2000, S. 13).

§ 7 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (KV) statuiert, dass alle Menschen vor dem Gesetze gleich sind und insbesondere niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Herkunft, seiner Rasse, seiner sozialen Stellung, seiner weltanschaulichen, politischen oder religiösen Überzeugung benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Daran hat sich auch die Bürgergemeindeversammlung zu halten, wenn sie Verwaltungsfunktionen wahrnimmt.

In diesem Sinne bestimmt auch § 14 Abs. 3 KV, dass niemand durch Missbrauch seiner Machtstellung Grundrechte beeinträchtigen darf. Auch die Tatsache, dass die kantonalen Stimmberechtigten der Bürgergemeindeversammlung das Recht, über Einbürgerungsgesuche abzustimmen, übertragen haben, vermag an der Rechtsgebundenheit der Bürgergemeindeversammlung bei Einbürgerungsentscheiden nichts zu ändern. Denn sowohl die im Vergleich zum BOG höherrangigen Bundesverfassungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (BV alt, Art. 4) und vom 18. April 1999 (BV neu, Art. 8f.) als auch die KV, welche vom kantonalen bzw. eidgenössischen Stimmvolk angenommen worden sind, enthalten das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot.

So hat das Bundesgericht im Entscheid vom 27. November 1990 (Bundesgerichtsentscheid [BGE] 116 Ia 359) über das Appenzeller Frauenstimmrecht dem Grundsatz der Geschlech-

tergleichheit und damit auch demjenigen der Rechtsgleichheit gegenüber der kantonalen Souveränität den Vorrang gegeben und ist zum Schluss gekommen, dass gestützt auf Art. 4 BV alt den Frauen das Stimmrecht zu gewähren sei, obwohl das kantonale Gesetz das Frauenstimmrecht nicht vorsah (vgl. Auer, a. a. O.).

Auch der Umstand, dass die Gesuchsteller keinen Anspruch auf Einbürgerung haben, entbindet die Bürgergemeindeversammlung nicht davon, sich an die Grundrechte zu halten. So hat das Bundesgericht in BGE 105 Ia 275 festgehalten, dass die zuständige Behörde an das allgemeine Willkürverbot gebunden ist, auch wenn der Beamte keinen Anspruch auf Wiederwahl hat (vgl. dazu Häfelin/Haller, a. a. O., Rzs. 1731).

5.2 Der Regierungsrat kommt in seinen Entscheiden zum Schluss, dass die Bürgergemeindeversammlung bei den Einbürgerungsbeschlüssen an das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot gebunden, eine materielle Rechtskontrolle aber nicht durchführbar sei. Begründet wird die materielle Unüberprüfbarkeit damit, dass aufgrund der fehlenden Begründungspflicht und der Möglichkeit der geheimen Stimmabgabe im konkreten Anwendungsfall kaum feststellbar sei, welche Gründe die Mehrheit der Stimmentenden zu einer negativen bzw. positiven Stimmabgabe bewegen haben. Abgesehen davon, dass in den vorliegenden Fällen die Gründe, welche die Mehrheit der Stimmentenden zu den negativen Stimmabgaben bewegen haben, ersichtlich sind, kann dieses Argument höchstens dazu führen, in Frage zu stellen, ob die Bürgergemeindeversamm-

lung überhaupt die richtige Instanz für die Einbürgerungsentscheide ist und nicht dazu, dass die für die Einbürgerungen zuständige Instanz ohne Rechtsfolgen einen grundrechtsverletzenden Entscheid fällen kann.

Ist eine Entscheidinstanz rechtsgebunden, so müssen ihre Entscheide, die allenfalls Grundrechte verletzen, auch auf die Einhaltung derselben überprüft werden können. Der Mangel an Überprüfbarkeit führt zur Bildung einer Art von Reservaten allfälliger staatlicher Willkür. Die Verletzung eines Grundrechtes müsste dann einfach hingenommen werden. In einem Rechtsstaat darf es aber nicht ein rechtlich ungebundenes Handeln der Behörden geben. (Müller, a. a. O., S. 124f.).

6 Eine materielle Unüberprüfbarkeit ist überdies schon deshalb rechtlich angezeigt, weil die kantonalen und kommunalen Zuständigkeitsvorschriften, die den Stimmbürgern das Recht erteilen, letztinstanzlich und frei über Einbürgerungsgesuche von Ausländern zu befinden, verfassungsmässig höchst fragwürdig sind. Diese Normen verletzen, wie Auer in seinem bereits erwähnten Beitrag ausführt, sozusagen präventiv die grundrechtliche Ordnung, weil sie willkürliche und diskriminierende Volksentscheide ermöglichen, ja fördern, die ihrer Natur nach nicht nachvollziehbar sind und jeglicher Transparenz entbehren. Sie widersprechen insbesondere dem Gleichheitsgrundsatz, da gemäss Rechtsprechung ungleiche Behandlungen gleichgelagerter Situationen nur durch Angabe triftiger Gründe gerechtfertigt werden können, solche Gründe aber bei Volksentscheiden nicht nachweisbar sind (Auer, a. a. O.).

Würde man diesem Gedanken folgen, müsste das Gericht in den vorliegenden Fällen die Kompetenznorm, die statuiert, dass die Bürgergemeindeversammlung die Einbürgerungsentscheide fällt, als verfassungswidrig und somit allenfalls als nicht anwendbar erklären. Damit würde das Gericht die Existenz einer zu schliessenden so genannten unechten Lücke bejahen, welche dann vorliegt, wenn die gesetzliche Regelung – im vorliegenden Fall die Kompetenznorm – auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, zwar eine Antwort liefert, diese aber zu einem sachlich unbefriedigenden, insbesondere zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt.

Bei der Füllung von unechten Lücken sind die Recht anwendenden Behörden jedoch sehr zurückhaltend, da dies grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers ist. In der Praxis finden sich aber Fälle, in denen die Gerichte und andere Recht anwendende Behörden sich ausnahmsweise auch zur Schliessung einer unechten Lücke, das heisst zur Behebung eines rechtspolitischen Mangels des Gesetzes, als berechtigt erachten. Dies vor allem, wenn die Gesetzesanwendung sonst zu unannehmbaren, d. h. vor allem verfassungswidrigen Resultaten führen würde (Häfelin/Müller, a. a. O., Rzs. 195ff., mit weiteren Hinweisen; Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Basel-Landschaft vom 29. 4. 1998 i. S. H.-M.).

Das Gericht ist – der Lehrmeinung folgend – sehr zurückhaltend mit der Schliessung von unechten Lücken. Es vertritt die Meinung, dass es primär Aufgabe der Legislative sei, die aufgezeigten «Schwachstellen» oder die Verfassungswidrigkeit einer

Kompetenznorm zu beheben. In Anbetracht der Tatsache, dass die Einbürgerungsverfahren im Kanton Basel-Landschaft grundsätzlich verfassungskonform durchgeführt werden, sieht das Gericht im jetzigen Zeitpunkt davon ab, eine richterliche Normenkorrektur vorzunehmen.

7.2.2 [...] Diese Zusammenstellung zeigt, dass viele türkische Staatsangehörige, deren Gesuche abgelehnt wurden, sich bereits gleich lang in der Schweiz bzw. in Pratteln aufhalten wie die Gesuchsteller italienischer, spanischer, tschechischer oder jugoslawischer Herkunft.

Die Beschwerdeführer[in] ... (Jahrgang 1967) und ihr Ehemann ... (Jahrgang 1963) sowie ihre zwei Kinder (Jahrgang 1988 und 1992) leben seit 11 Jahren in Pratteln und seit 16 Jahren in der Schweiz. ... (Jahrgang 1977) lebt seit 15 Jahren und ... (Jahrgang 1977) seit 17 Jahren in Pratteln. Sie alle erfüllen die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen betreffend Wohnsitzdauer, Vertrautheit mit den hiesigen Verhältnissen, Leumund usw. Die Tatsache, dass von 22 Gesuchen türkischer Staatsangehöriger lediglich 1 Gesuch angenommen wurde, hingegen alle Gesuche der italienischen, spanischen und tschechischen Staatsangehörigen angenommen wurden, lässt eindeutig darauf schliessen, dass primär die Herkunft und die vermeintlichen religiösen Überzeugungen der abgewiesenen Gesuchsteller für die Entscheidung der Stimmenden ausschlaggebend waren. Dass in Einzelfällen allenfalls auch andere Gründe zu einer Ablehnung geführt haben können, die sachlich gerechtfertigt sein können, kann nicht ausgeschlossen wer-

den. Aufgrund der eindeutigen Zahlen (von 22 Gesuchen türkischer Staatsangehöriger wurde lediglich 1 Gesuch angenommen) liegt es aber auf der Hand, dass nicht in jedem der abgelehnten Gesuche spezielle Gründe vorliegen können, sondern dass die entscheiderelevanten Kriterien lediglich die Herkunft und allenfalls die vermeintliche religiöse Überzeugung der türkischen Gesuchsteller waren. Aus den Unterlagen sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, die eine derartige Ungleichbehandlung der verschiedenen Nationalitäten rechtfertigen. Die Beschwerdeführer sind somit eindeutig aufgrund ihrer Herkunft und vermeintlichen Religionszugehörigkeit anders als die italienischen, spanischen und tschechischen Gesuchsteller behandelt worden. Die Unterscheidung aufgrund der erwähnten Merkmale ist sachlich jedoch nicht zu rechtfertigen. Die Bürgergemeindeversammlung hat demzufolge gleichartige Fälle unterschiedlich beurteilt (vgl. Häfelin/Müller, a. a. O., Rzs. 410). Die Beschlüsse der Bürgergemeindeversammlung verletzen somit das in § 7 KV statuierte Rechtsgleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot.

7.3 Die Beschwerdeführer machen auch die Verletzung des Willkürverbotes geltend. Willkür liegt vor, wenn ein Entscheid einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (Häfelin/Müller, a. a. O., Rzs. 426). Das in § 7 KV statuierte Gebot, dass niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Herkunft, seiner Rasse, seiner sozialen Stellung, seiner weltanschaulichen, politi-

schen oder religiösen Überzeugung benachteiligt oder bevorzugt werden darf, wird durch die Bürgergemeindeversammlungsbeschlüsse in krasser Weise verletzt, basiert doch die Ablehnung der Einbürgerungsgesuche der Beschwerdeführer, wie oben dargelegt, primär auf ihrer Herkunft und ihrer vermeintlichen religiösen Überzeugung. Die Beschlüsse der Bürgergemeindeversammlung sind somit als willkürlich zu qualifizieren.

(Verfassungsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Urteil vom 29. März 2000; 98/324–98/328, Nr. 69–73)

Kommentar:

In einem heiklen politischen Umfeld hat sich das Verfassungsgericht Basel-Landschaft als erste Justizbehörde der Schweiz über die Verfassungskonformität von Einbürgerungsverfahren durch Volksentscheid ausgesprochen. Das Gericht hat seine Aufgabe als Hüter der Verfassung ernst genommen und ein mutiges, wegweisendes und im Ergebnis überzeugendes Urteil gefällt.

a) Mit Recht wird festgehalten, dass die Erteilung oder Verweigerung einer Einbürgerung einen Verwaltungsakt darstellt und die verfügende Behörde dabei an das Recht, insbesondere an die Grundrechte gebunden ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 35 BV). Dass es sich bei der Einbürgerung um einen Ermessensentscheid handelt und der Entscheid vom Volk anlässlich einer Gemeindeversammlung oder Urnenabstimmung getroffen wird, vermag daran nichts zu ändern; auch solche Einbürgerungsverfahren begründen keine Reservate demokratischer Willkür (E. 4.3).

b) Aufgrund der besonderen Natur des Einbürgerungsverfahrens durch Volksentscheid können die

Entscheidgründe nicht offen gelegt werden; dies vermag die verfassungsrechtlichen Ansprüche der Betroffenen indessen nicht in Frage zu stellen. Vor diesem Hintergrund argumentiert das Verfassungsgericht mit Recht vom Ergebnis der Abstimmung her; dieses legt die Vermutung nahe, dass der ethnisch-kulturelle Hintergrund der Betroffenen und damit ein verfassungsrechtlich verpöntes Merkmal für die Abweisung ausschlaggebend war. Die pauschale Ablehnung der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller aus einem bestimmten Kulturkreis verletzt nicht nur das verfassungsrechtlich gesicherte Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV, § 7 KV-BL). Werden Antragstellerinnen und Antragsteller, die alle formellen und materiellen Voraussetzungen der anwendbaren Einbürgerungsordnung erfüllen, ohne triftigen und verfassungsrechtlich haltbaren Grund, sondern vermutungsweise aufgrund ihres ethnisch-kulturellen Hintergrunds abgelehnt, liegt gleichzeitig eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV, § 14 KV-LU) vor (E. 7).

c) Der Entscheid zeigt mit aller Deutlichkeit, dass das Volk zum Entscheid über Einbürgerungen funktional nicht geeignet ist: Weder der Anspruch auf rechtsgleiches, diskriminierungsfreies und willkürfreies Verhalten der Entscheidbehörde noch der Anspruch auf ein faires Verfahren und einen begründeten Entscheid (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV – ein Punkt, der eine vertiefte Erörterung verdient hätte) sind sichergestellt. Es obliegt nun dem Gesetzgeber, für grundrechtskonforme Einbürgerungsverfahren zu sorgen (vgl. E. 6).

Regula Kiener