

Verfassungsrecht

Wählbarkeit von Handelsrichtern

Es verletzt die Kantonsverfassung, wenn für Handelsrichter Voraussetzungen zur Wählbarkeit in einem Gesetz festgehalten werden, die über die Verfassung hinausgehen.

Sachverhalt:

Das im Mai 2010 verabschiedete kantonale Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich (GOG/ZH) regelt in § 36 Abs. 3 die Wählbarkeit der Handelsrichter wie folgt: «Wählbar ist, wer in einem Unternehmen als Inhaberin oder Inhaber oder in leitender Stellung tätig ist oder während mindestens zehn Jahren eine solche Stellung bekleidet hat.» Mit Beschwerde vom 14. September 2010 an das Bundesgericht beantragen Markus Bischoff, Kaspar Bütikofer und Judith Stofer, § 36 Abs. 3 GOG/ZH sei aufzuheben. Sie rügen die Verletzung von Art. 40 Abs. 1 der Zürcher Kantonsverfassung (KV/ZH) sowie des Wahlrechts (politische Rechte).

Aus den Erwägungen:

2. Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines kantonalen Erlasses im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts massgebend, ob der betreffende Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigegeben werden kann, der sich mit den angerufenen Verfassungsgarantien vereinbaren lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen (bzw. mit dem höherstufigen Bundesrecht vereinbaren) Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugäng-

lich bleibt (BGE 134 I 293 E. 2 S. 295; 133 I 77 E. 2 S. 79, 286 E. 4.3 S. 295; je mit Hinweisen).

3.3.2 Art. 40 Abs. 1 KV/ZH nennt als einzige Voraussetzung für die Wahl in die höchsten Ämter im Kanton (Kantonsrat, Regierungsrat, Richter an einem obersten kantonalen Gericht) die Stimmberechtigung in kantonalen Angelegenheiten. Von diesem klaren Wortlaut der Verfassungsbestimmung darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. [...] Die zusätzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen für Handelsrichter gemäss § 36 Abs. 3 GOG/ZH sind in der Kantonsverfassung nicht vorgesehen. Die in der Gesetzesbestimmung enthaltene Beschränkung der Wählbarkeit auf Personen, die in einem Unternehmen als Inhaberin oder Inhaber oder in leitender Stellung tätig sind oder während mindestens zehn Jahren eine solche Stellung bekleidet haben, schränkt den Kreis wählbarer Personen erheblich ein. Aus der Kantonsverfassung ergibt sich nicht, dass die Wählbarkeit zum Handelsrichter abweichend von der Wählbarkeit zu einem Mitglied eines anderen höchsten Gerichts geregelt werden sollte.

3.3.3 Die beschriebene Beschränkung der Wählbarkeit soll die fachliche Qualität der Handelsrichter gewährleisten. Die fachliche Qualität bei Mitgliedern eines Fachge-

richts hat besonderes Gewicht. Das Erfordernis eines grossen Fachwissens gilt indessen nicht nur für die Handelsrichter, sondern auch für die anderen hohen Ämter im Kanton, für welche weder das Gesetz noch die Kantonsverfassung zusätzliche Wählbarkeitsvoraussetzungen enthält. Ohne spezielle Wählbarkeitsvoraussetzungen gewählt werden im Kanton Zürich unter anderen die Mitglieder der übrigen obersten kantonalen Gerichte. Dazu gehören nach Art. 74 Abs. 2 KV/ZH das Obergericht, das Verwaltungsgericht und das Sozialversicherungsgericht.

Die Kantonsverfassung enthält wie erwähnt keinen Vorbehalt, wonach für die Handelsrichter strengere Wählbarkeitsvoraussetzungen als für die übrigen höchsten Richter im Kanton gelten sollten. Insbesondere sind sie aufgrund ihrer Stellung und Zuständigkeit innerhalb des Obergerichts nicht den «übrigen Behörden» im Sinne von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 KV/ZH gleichzusetzen, für die das Gesetz die Wählbarkeitsvoraussetzungen bestimmt.

3.3.4 Aus den Materialien zur Kantonsverfassung ergibt sich, dass der Kantonsrat bewusst darauf verzichtete, Wählbarkeitsvoraussetzungen für die obersten Gerichte zu formulieren (vgl. Walter Haller, a.a.O., N. 7 zu Art. 40 KV/ZH). Auch wenn der Verfassungsrat, wie die kantonalen Behörden darlegen, mit diesem generellen Verzicht auf Wählbarkeitsvoraussetzungen auf Verfassungsstufe primär die Erhaltung des Laienrichtertums an den Bezirksgerichten beabsichtigte, hat er für die Wählbarkeit zum Handelsrichter doch auf eine Sonderregelung in der Verfassung verzichtet und eine solche auch nicht der Gesetzgebung vorbehalten. Dies im Gegensatz zu den «übrigen Behörden» im Sinne von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 KV/ZH (Walter Haller, a.a.O., N. 8 ff. zu Art. 40 KV/ZH).

Sollte nach dem Willen des kantonalen Verfassungsgebers die Wählbarkeit zum Handelsrichter im Verhältnis zu Art. 40 Abs. 1 Satz 1 KV/ZH derart stark eingeschränkt werden, wie dies in § 36 Abs. 3 GOG/ZH vorgesehen ist, so müsste sich die Zulässigkeit einer entsprechenden Einschränkung aus dem Verfassungstext ergeben. Dies hätte nach dem Vorbild von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 KV/ZH mit einer Verweisung auf die Gesetzgebung oder mit einer Umschreibung abweichender Wahlvoraussetzungen in der Verfassung selbst geschehen können. Indem der Verfassungsgeber auf entsprechende Einschränkungsmöglichkeiten verzichtet hat, hat er die Wahlvoraussetzungen für sämtliche Mitglieder der höchsten kantonalen Gerichte gleich umschrieben und dem Gesetzgeber keinen Raum für Einschränkungen der Wählbarkeit im Sinne von § 36 Abs. 3 GOG/ZH belassen.

3.3.5 Die Qualität der Handelsrichter muss wie bei den übrigen Mitgliedern der Gerichte primär mit einem sorgfältigen, möglichst professionellen Auswahlverfahren gesichert werden. Die an diesem Verfahren beteiligten Akteure (politische Parteien, interfraktionelle Konferenz, kantonsrätliche Kommission) haben darauf zu achten, dass nur fachlich und menschlich qualifizierte Kandidatinnen und Kandidaten in ein Richteramt gewählt werden (vgl. Walter Haller, a.a.O., N. 7 zu Art. 40 KV/ZH).

Die fachliche Qualifikation zum Handelsrichter kann sich dabei nicht nur aus den in § 36 Abs. 3 GOG/ZH enthaltenen Kriterien ergeben. Die Wählbarkeitsvoraussetzungen gemäss § 36 Abs. 3 GOG/ZH würden zahlreiche qualifizierte Personen trotz ihres ausgewiesenen Sachverstands und ihrer grossen Erfahrung von der Tätigkeit als Handelsrichter ausschliessen,

Bemerkenswerte Urteile

Ein wegweisendes Urteil erwirkt? *plädoyer* veröffentlicht auch relevante Urteile unterer Instanzen.

Zusendungen an:

Redaktion *plädoyer*
Postfach 431, 8024 Zürich
redaktion@plaedoyer.ch

was im Lichte von Art. 40 Abs. 1 KV/ZH nicht zulässig ist.

3.4 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Wählbarkeitsvoraussetzungen für Handelsrichter gemäss § 36 Abs. 3 GOG/ZH mit Art. 40 Abs. 1 KV/ZH nicht vereinbar sind. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und § 36 Abs. 3 GOG/ZH aufzuheben.

Urteil 1C_415/2010 der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 2. Februar 2011

Verwaltungsverfahren

Soziale Bedürftigkeit bei Trennung

Beim Entscheid über die unentgeltliche Prozessführung darf die soziale Bedürftigkeit nicht ohne weiteres aufgrund einer provisorischen Zuteilung von Vermögensgegenständen durch das Eheschutzgericht verneint werden.

Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 31. März 2008 verneinte die IV-Stelle des Kantons Zürich den Anspruch des 1953 geborenen B. auf eine Rente der Invalidenversicherung. Dagegen erhob B. Beschwerde beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich. Gleichzeitig ersuchte B. um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung, was das Sozialversicherungsgericht mit Verfügung vom 15. April 2010 abwies. Gegen diese Verfügung erhob B. Beschwerde beim Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz hat die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels Bedürftigkeit ver-

weigert. Aufgrund der finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau gemäss Steuererklärung 2007, ausweisend ein steuerbares Vermögen in der Höhe von 669 842 Franken, und den Angaben im «Formular zur Abklärung der prozessualen Bedürftigkeit» sei nicht ersichtlich, weshalb er nicht in der Lage sein sollte, die Prozesskosten zu bestreiten. Zumindest dürfte er über genügend Vermögenswerte verfügen, mit denen innert nützlicher Frist hinreichend Liquidität zur Tilgung der Prozesskosten erhältlich gemacht werden könne.

4. Der Beschwerdeführer bringt vor, die von der Vorinstanz berücksichtigte Liegenschaft und die unverteilte Erbschaft seien alleiniges Eigentum seiner Ehefrau. Diese Vermögenswerte hätten bei der Berechnung des prozessualen Notbedarfs ausser Acht zu bleiben. Seine Ehefrau, von welcher er aufgrund der Verfügung des Eheschutzgerichts vom 21. Oktober 2009 getrennt lebe, sei nicht bereit, einen freiwilligen Beitrag an die Prozesskosten zu leisten. Die Vorinstanz habe aufgrund der schlechten Einkommensverhältnisse beider Ehegatten nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, die Liegenschaft sei hypothekarisch weiter belastbar. Schliesslich sei beiden Parteien im Eheschutzverfahren trotz des vorhandenen Vermögens der Ehefrau die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden, was ein gewichtiges Indiz für seine Bedürftigkeit sei. Die vorinstanzliche Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege beruhe auf einem infolge Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 61 lit. c ATSG ungenügend abgeklärten Sachverhalt.

5.1 Bei der Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit sind das Einkommen und das Vermögen beider Ehegatten zu berücksichti-

Gerichte des Bundes aktuell

Rückschaffung eines Homosexuellen in den Iran

Ein homosexueller Iraner muss nach sieben Jahren Partnerschaft mit einem Schweizer in seine Heimat zurückkehren. Das Bundesamt für Migration hatte seine Wegweisung angeordnet, nachdem er wegen Handels mit Heroin zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zwei Jahren verurteilt worden war. Das Bundesverwaltungsgericht wies seine Beschwerde ab. Der Iraner argumentierte, dass er als Homosexueller im Iran an Leib und Leben gefährdet sei. Das Gericht räumt ein, dass Homosexualität im Iran grundsätzlich illegal sei und die Scharia dafür formell die Todesstrafe vorsehe. Gleichwohl sei eine systematische Diskriminierung nicht feststellbar. Vielmehr werde Homosexualität von den Behörden im Alltag weitgehend geduldet. Es sei nicht davon auszugehen, dass ihm bei einer Rückkehr in den Iran eine menschenrechtswidrige Strafe oder Behandlung drohe.

C-2107/2010 vom 18.1.2011

laubt, nach ihrer Adoption durch eine eng verbundene «De-facto-Mutter» ihren bisherigen Namen zu behalten. Laut Sitzungsentcheid liegen wichtige Gründe für die Beibehaltung des Namens vor, vor allem wegen des Alters der Betroffenen. Einig waren sich alle Richter, dass bei Erwachsenenadoptionen kein freies Wahlrecht bezüglich der Namensführung besteht. Dafür würde es nach Ansicht des Gerichts einer Änderung der entsprechenden Bestimmungen im ZGB bedürfen. Die Richterminderheit wies erfolglos darauf hin, dass das Alter keine Rolle spielen dürfe und die betroffene Person mit der Adoption in der Regel auch in die Übernahme des neuen Namens einwillige. Übermässige Erleichterungen könnten zudem dazu führen, dass die Erwachsenenadoption zur Umgehung der Erbschaftssteuer missbraucht werde.

Öffentliche Beratung vom 27.1.2011 im Verfahren 5A_477/2010; schriftliche Begründung ausstehend

MwSt. auf Rega-Gönnerbeiträgen

Die Schweizerische Rettungsflugwacht (Rega) muss auf den erhaltenen Gönnerbeiträgen Mehrwertsteuern zahlen. Laut Bundesverwaltungsgericht steht den Gönnerbeiträgen mit dem Versprechen der Rega auf kostenfreie Rettung eine Gegenleistung in Form einer Art von Versicherung gegenüber. Damit finde ein steuerpflichtiger Leistungsaustausch statt, was bei einer Spende nicht der Fall sei. Keine Rolle spielt laut Gericht, dass die Kosten eines Rettungseinsatzes häufig, aber eben nicht immer, von der Versicherung der betroffenen Person übernommen werden.

A-8058/2008 vom 13.1.2011

Name trotz Adoption behalten

Das Bundesgericht hat einer 57-jährigen Appenzellerin er-

Keine PKK-Rechtshilfe an Frankreich

Das Bundesstrafgericht verwehrt Frankreich Rechtshilfe zu Ermittlungen gegen die kurdische Arbeiterpartei (PKK). Frankreich führt gegen eine heute 21-jährige Frau ein Strafverfahren wegen Verdachts auf Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung und der Vorbereitung terroristischer Handlungen. 2008 ersuchte Frankreich die Schweiz um Angaben zu einem Mann, der mit der Frau in Verbindung gestanden haben soll. Laut Urteil der Richter in Bellinzona ist das Rechtshilfe-Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit nicht erfüllt. Es werde nicht ausreichend dargelegt, inwiefern es sich bei der PKK um eine kriminelle Organisation nach Schweizer Recht handle. Dass die PKK in der EU als terroristische Organisation gelte und seit 2002 auf der EU-Terrorliste stehe, genüge nicht.

RR.2010.92 vom 19.1.2011

Bundesamt für Migration an die Leine genommen

Das Bundesverwaltungsgericht fordert das Bundesamt für Migration (BFM) auf, bei der Gefahrenbeurteilung für Wegweisungen in Risikoländer künftig den Vorgaben des Gerichts zu folgen. Laut den Richtern in Bern besteht für eine eigene Beurteilung der Zumutbarkeit durch das BFM kein Raum. Mit seiner Praxis provoziere das BFM eine Vielzahl unnötiger Rechtsmittelverfahren, die angesichts der klaren Lage allesamt mit Gutheissungen enden würden. Halte das BFM künftig die Vorgaben des Gerichts bei bestimmten Ländern oder Regionen für anpassungsbedürftig, könne es in Pilotverfahren mit einlässlicher Begründung eine Praxisänderung beantragen. Sollte das BFM die Länderpraxis des Bundesverwaltungsgerichts ausserhalb dieses Rahmens künftig missachten, werde das Gericht entsprechende Verfügungen des BFM im vereinfachten Verfahren unter Verweis auf das aktuelle Urteil aufheben. Vorbehalten bleibe zudem eine Aufsichtsbeschwerde gegen das BFM.

E-5929/2006 vom 20.12.2010

Betreiber von Portalseite als Gehilfe

Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts bestätigt die Verurteilung eines Informatikers wegen gewerbsmässiger Gehilfenschaft zur Verletzung von Urheberrechten, weil er auf seiner Homepage Links zum illegalen Tausch von Filmen und Spielen angeboten hat. Er informierte über aktuell verfügbare Film- und Spielangebote und bot sogenannte Hash-Links an, die zu Tauschbörsen (P2P-Netzwerke) beziehungsweise zu Rechnern führten, auf denen die Daten lagerten. Der Betroffene hatte argumentiert, dass die von ihm zur Verfügung gestellten Informationen als «harmlose Alltagshandlungen» zu verstehen seien. Sonst werde der Kreis möglicher Gehilfen ins Unermessliche ge-

öffnet. Für die Richter in Lausanne wurde sein Beitrag zum Down- und Upload von Raubkopien zu Recht als aktive Hilfe und damit als Gehilfenschaft bewertet.

6B_757/2010 vom 7.2.2011

Einsicht in Abgangsregelung

Nach langjährigem Rechtsstreit erhält ein Journalist Einblick in die Abgangsregelungen des früheren EJPD-Generalsekretärs Walter Eberle und seines damaligen Stellvertreters Yves Bichsel (aus der Ära Blocher, einvernehmliche Trennung unter Eveline Widmer-Schlumpf). In einem ersten Urteil von 2009 hatte das Bundesverwaltungsgericht die Offenlegung verwehrt. Das Bundesgericht kam später zum Schluss, dass die Abgangsvereinbarungen nicht Teil des bundesrätlichen Mitberichtsverfahrens seien, das von Gesetzes wegen unter Verschluss gehalten werden dürfe. Es schickte die Sache zur Durchführung einer Interessenabwägung zurück ans Bundesverwaltungsgericht. Die Richter sind nun zum Schluss gekommen, dass das öffentliche Interesse an einer Offenlegung dem Recht auf Achtung der Privatsphäre der ehemaligen Chefbesamten vorgehen muss.

A-3609/2010 vom 17.2.2011

Suisa kassiert für Public Viewing

Uefa und SRG dürfen Veranstalter von Public-Viewing laut Bundesverwaltungsgericht nicht selber zur Kasse bitten. Vielmehr ist dies Sache der Urheberrechts-Verwertungsgesellschaften. SRG und Uefa waren mit der Genehmigung des von der Suisa und weiteren Gesellschaften zur Urheberrechts-Verwertung festgelegten Tarifs nicht einverstanden. Sie machten geltend, dass sie die Inhaber der Senderechte seien. Laut Gericht hat die Uefa indessen kein spezielles Vorführrecht. Public Viewing unterliegt somit der Kollektivverwertung.

B-2346/2009 vom 21.2.2011 PJ

gen (Urteil 9C_48/2010 vom 9. Juni 2010 E. 7.2.1 mit Hinweisen; SVR 2009 UV Nr. 12, 8C_530/2008, E. 4.1). Die familienrechtliche Verpflichtung des Ehegatten zur Bevorschussung von Prozesskosten geht der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich vor (BGE 119 Ia 11 E. 3a, S. 12; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 491/02 vom 10. Februar 2003 E. 3.2.1; Alfred Bühler, «Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum», in: AJP 2002, S. 644 ff., 658; vgl. auch BGE 127 I 202 E. 3b, S. 205 mit Hinweisen).

5.2.1 Die familienrechtliche Verpflichtung zur Bevorschussung von Prozesskosten des anderen Ehegatten gilt grundsätzlich auch bei Getrenntleben. In einem solchen Fall ist jedoch eine Einzelrechnung vorzunehmen und zunächst nur das Einkommen und das Vermögen der gesuchstellenden Person selbst sowie deren eigener Bedarf zu berücksichtigen. Nötigenfalls ist jener Anteil des Einkommens oder Vermögens des anderen Ehegatten hinzuzurechnen, den dieser entbehren kann, ohne selber prozessarm zu werden (Alfred Bühler, «Die Prozessarmut», in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung [und Modelle zur Beschränkung ihrer Kosten], 2001, S. 143 f. mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 713/01 vom 22. April 2002 E. 3b).

5.2.2 Bei den finanziellen Verhältnissen der gesuchstellenden Person ist ein allfälliger – vom Sozialversicherungsgericht grundsätzlich nicht selbständig zu prüfender (Heinz Hausheer und andere, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1999, N. 38 zu Art. 159 ZGB sowie N. 15 und 15a zu Art. 163 ZGB) – Unterhaltsanspruch gegenüber dem getrennt lebenden Ehegatten zu berücksichtigen. Hängt die prozes-

suale Bedürftigkeit vom Bestehen und der Höhe des Unterhaltsanspruchs ab, bieten sich die folgenden Vorgehensweisen an: Das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege und allenfalls auch im materiell streitigen Punkt kann sistiert und der gesuchstellenden Person Frist zur Anhebung des eherechtlichen Verfahrens betreffend Unterhalt angesetzt werden.

Möglich ist auch, die unentgeltliche Rechtspflege unter der Bedingung der Einleitung eines Eheschutzverfahrens zwecks Festsetzung des vom anderen Ehegatten zu erbringenden Prozesskostenvorschusses zu gewähren und deren rückwirkenden Widerruf nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens oder bei Verletzung der diesbezüglichen Meldepflicht vorzubehalten (Bühler, a.a.O., S. 145). In jedem Fall hat das Sozialversicherungsgericht einen bereits gefällten Entscheid der zuständigen eherechtlichen Instanz zu berücksichtigen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 491/02 vom 10. Februar 2003 E. 3.2.2). Schliesslich kann die unentgeltliche Rechtspflege bei Nachweis, dass der entsprechende Unterhaltsbeitrag vom anderen Ehegatten nicht erhältlich zu machen ist, bewilligt werden (Hausheer und andere, a.a.O., N. 15a zu Art. 163 ZGB; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I 713/01 vom 22. April 2002 E. 3d).

5.3 In der Steuererklärung des Ehepaares für das Jahr 2007 wurden beim Vermögen u.a. ein Anteil an einer unverteilten Erbschaft (275 000 Franken) und eine Liegenschaft (641 000 Franken) angegeben. Weder die Tatsache, dass die Ehegatten bei Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege gerichtlich getrennt waren und seit 1. April 2010 nicht mehr im selben Haushalt leben, noch der Umstand, dass diese Vermögenswerte zum Eigengut seiner

Ehegattin gehören, schliessen deren allfällige Berücksichtigung bei der Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit des Beschwerdeführers aus. Jedoch ist eine getrennte Berechnung des Notbedarfs vorzunehmen, wobei die familienrechtlichen Unterstützungsleistungen zu berücksichtigen sind.

Gemäss Verfügung des Ehechutzgerichts vom 21. Oktober 2009 hat der Beschwerdeführer spätestens ab 1. April 2010 für die beiden jüngeren Kinder Unterhaltsbeiträge von monatlich je 575 Franken zu bezahlen. Die Verfügung enthält aber – naturgemäss – nur eine provisorische Zuteilung von Vermögensgegenständen und sagt nicht, inwieweit die Ehefrau verpflichtet ist, aus ihrem Vermögen den Ehemann im Rentenstreit zu unterstützen. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz die prozessuale Bedürftigkeit nicht ohne weiteres verneinen, sondern hätte wie in E. 5.2.2 dargelegt vorgehen müssen. Die Sache ist daher zu diesem Zweck und allenfalls zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Urteil 9C_432/2010 der II. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 8. Juli 2010

Formelle Anforderungen an ein Gutachten

Hinweise auf frühere psychische Erkrankungen sind bei der Erstellung eines Gutachtens zu berücksichtigen. Wenn ein Gutachter darauf ohne Begründung verzichtet, ist das Gutachten unvollständig im Sinne von § 127 StPO / ZH.

Sachverhalt:

Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte den Beschwerde-

führer X. wegen versuchten Mordes und weiterer Delikte. Neben einer Freiheitsstrafe ordnete das Obergericht nach Einholung eines psychiatrischen Gutachtens die Verwahrung von X. an. Dagegen erhob X. Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht und machte unter anderem geltend, die Vorinstanz habe für die Anordnung der Verwahrung auf ein mangelhaftes psychiatrisches Gutachten abgestellt.

Aus den Erwägungen:

9. Der Beschwerdeführer kritisiert, im Gutachten seien ein im Zusammenhang mit dem Besuch der Rekrutenschule durch den Beschwerdeführer erstelltes psychiatrisches Gutachten und eine schulpsychologische Untersuchung des Beschwerdeführers erwähnt. Es werde im Gutachten aber nicht begründet, weshalb der Gutachter diese Unterlagen nicht beigezogen habe, obwohl der (...) Leitfaden zur Gutachtenerstellung der Fachkommission für psychiatrische Begutachtungen darauf hinweise, dass auf psychiatrische Erkrankungen des Exploranden in der Vergangenheit und auf psychiatrische Behandlungen einzugehen sei (KG act. 18, S. 7 f., Ziff. 25–32).

a) Der vom Beschwerdeführer erwähnte und eingereichte «Leitfaden zur Gutachtenerstellung» (KG act. 19/2; vgl. auch www.gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/themen/berufe/aerzte/downloads.html Leitfaden zur forensischpsychiatrischen Gutachtenerstellung) resultierte aus einem Auftrag der (vom Zürcher Regierungsrat gewählten; vgl. Verordnung über psychiatrische Gutachten im Strafverfahren; LS 321.4) Fachkommission für psychiatrische Begutachtung nach vorgängigen Diskussionen über Minimalstandards der psychiatrischen Begutachtung. Dieser Leitfaden versteht sich zwar als blosser Anregung und bezeichnet gutachterliche Darstellungen,

Zur Publikation vorgesehen

Von den kürzlich gefällten Urteilen hat das Bundesgericht unter anderem folgende Entscheide zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung (BGE) vorgesehen:

Staats-/Verwaltungsrecht

■ Ein Freiburger Musiklehrer erhält sein Lehrdiplom, obwohl er den Klaviervortrag bei der Abschlussprüfung vorschriftswidrig nicht vor Publikum absolviert hat (Art. 46 PrVK/FR). Er wird in seinem Vertrauen auf das Angebot der Prüfungskommission geschützt, nach einem ersten verpatzten Versuch vor Zuhörern den Vortrag unter Ausschluss der Öffentlichkeit wiederholen zu dürfen.

2C_120/2010 vom 16.12.2011

■ Tactilo-Automaten der «Loterie Romande» (und damit auch die vergleichbaren Touchlot-Geräte von Swisslos) dürfen ausserhalb von Casinos betrieben werden. Laut Bundesgericht fallen die Apparate unter das Lotterierecht und nicht unter das Spielbankengesetz, weil das Spiel planmässig abläuft.

2C_186/2010 vom 18.1.2011

■ Stimmrechtsbeschwerde gegen eine eidgenössische Abstimmung muss gemäss Art. 77 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die politischen Rechte auch dann zunächst bei der kantonalen Regierung erhoben werden, wenn die beanstandeten Unregelmässigkeiten über das Gebiet des fraglichen Kantons hinausgehen. Erst gegen den entsprechenden Nichteintretensentscheid kann ans Bundesgericht gelangt werden.

1C_514/2010 vom 16.2.2011

■ Die Durchführung eines Fernsehinterviews in einer Strafanstalt fällt unter die Medienfreiheit, unabhängig vom konkreten Inhalt des Beitrages (Art. 17 BV, SF-Interview mit Häftling in der Strafanstalt Pöschwies). Medienunternehmen darf der Zugang damit nicht a priori verwehrt werden und eine Interes-

sensabwägung ist vorzunehmen. Das Zürcher Verwaltungsgericht muss neu entscheiden.

1B_292/2010 vom 23.12.2010

■ Über die Beschwerden gegen die Herausgabe von UBS-Kontendaten an die USA hat richtigerweise das Bundesverwaltungs- und nicht das Bundesstrafgericht entschieden. Entscheidend für den Rechtsweg ist, dass die USA den Amts- und nicht den Rechtshilfsweg beschritten haben.

1C_485/2010 vom 20.12.2010

■ Das Schweizer Fernsehen kann sich auf den Quellenschutz von Art. 28a Abs. 1 StGB berufen, um die Identität des Verfassers von Einträgen auf dem Blog zu einer SF-Sendung zu schützen.

1B_44/2010 vom 10.11.2010

Zivilrecht

■ Eine Bank, die Vermögenswerte einer verbeiständeten Person verwahrt, ist grundsätzlich nicht legitimiert, gegen die vom Beistand angewiesene Kontensaldierung Beschwerde zu erheben. Bei blosser Konten- und Depotführung kann nicht von einem Näheverhältnis im Sinne von Art. 420 ZGB ausgegangen werden.

5A_645/2010 vom 27.12.2010

■ Für Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen aus vertragswidriger Körperverletzung (Asbestaussetzung am Arbeitsplatz) beginnt die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR im Zeitpunkt der Vertragsverletzung zu laufen – also mit der letzten Asbestaussetzung und nicht bei Schadenseintritt beziehungsweise dem Krankheitsausbruch.

4A_249/2010 vom 16.11.2010

■ Wer nur bei einem (qualitativ oder quantitativ) eng begrenzten Personenkreis für eine kollektive Kapitalanlage wirbt, untersteht nicht dem Kollektivanlagengesetz (KAG). Das Bundesgericht

widerspricht der Finma, die eine engere, vom KAG indessen nicht gedeckte Umschreibung der «öffentlichen Werbung» vertreten hatte.

2C_89/2010 vom 10.2.2011

■ Massenentlassung gemäss 335d OR, Bestimmung der Anzahl betroffener Arbeitnehmer im Hinblick auf die Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung: Betriebe mit weniger als 21 Mitarbeitern werden grundsätzlich nicht erfasst. Die in verschiedenen Tochterfirmen einer Unternehmensgruppe entlassenen Arbeitnehmer sind nicht zu addieren.

4A_449/2010 vom 2.12.2011

■ Der Schweizerische Hotelier-Verein kann kein Monopol für die Vergabe von Sternen zur Klassifizierung von Beherbergungsbetrieben beanspruchen. Die Sterne gelten markenrechtlich als Gemeingutzzeichen und sind damit nicht schutzfähig. Sterne werden vom Kunden ohne weiteres als Hinweis auf die Qualitätsstufe eines Beherbergungsbetriebs verstanden. Alternative Zeichen mit einer ähnlichen Aussagekraft gibt es nicht.

4A_385/2010 vom 12.1.2011

■ Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Anfechtung der Vaterschaft nach mehr als fünf Jahren seit Geburt des Kindes erfüllt (Art. 260c Abs. 3 ZGB, Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt), dürfen allenfalls entgegenstehende Kindsinteressen nicht als zusätzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage verstanden werden.

5A_492/2010 vom 13.12.2010

Strafrecht

■ Art. 57 Abs. 1 lit. a des Personenbeförderungsgesetzes (PBG) bietet keine Grundlage für die Bestrafung von Personen, die ohne Ticket in einem öffentlichen Verkehrsmittel auf einer Strecke unterwegs sind, auf der sie den

Fahrausweis selber hätten entwerfen müssen.

6B_844/2010 vom 25.1.2011

■ Der Strafrichter darf im Rahmen einer unbedingten Verurteilung wegen Verletzungen des SVG (hier: Fahren trotz Führerausweisenzug gemäss Art. 95 Ziff. 2 SVG) kein Fahrverbot gestützt auf Art. 67b StGB anordnen.

6B_632/2010 vom 25.11.2011

Sozialversicherungsrecht

■ Die Rückerstattungspflicht nach Art. 56 Abs. 2 KVG umfasst nur die direkten Kosten des Arztes inklusive der von ihm abgegebenen Medikamente, nicht aber die indirekten Kosten zum Beispiel für Medikamente, die ein Patient in der Apotheke selbst kauft (Änderung der Rechtsprechung).

9C_733/2010 vom 19.1.2011

■ Brustkrebs-Patientinnen, bei denen der Tumor brusterhaltend entfernt werden konnte, dürfen auf Kosten der IV eine Teilprothese beziehen. Nicht mehr zeitgemäss ist die gesetzliche Regelung von 1982, wonach die IV nur bei einer Voll-Amputation zahlen muss, da mittlerweile bei 75 Prozent aller betroffenen Frauen ein brusterhaltender Eingriff zur Anwendung komme.

9C_65/2010 vom 17.1.2011

■ Eine Insolvenzschiädigung darf nicht ausgerichtet werden für Überstunden, die der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht wie arbeitsvertraglich vorgesehen durch Freizeit kompensiert hat.

8C_603/2010 vom 25.11.2011

■ Das Bundesgericht kritisiert ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Dieser hatte 2009 die Beschwerde einer Transsexuellen gutgeheissen, der die Übernahme der Kosten für eine Geschlechtsumwandlung verwehrt worden war, weil sie die von der Rechtspre-

chung verlangte zweijährige Beobachtungsphase nicht eingehalten hatte. Der EGMR hatte unter anderem eine Verletzung ihres Anspruchs auf Achtung des Privatlebens festgestellt. Laut dem BG-Urteil hat der EGMR mit seiner Forderung nach einer Einzelfall-Betrachtung eine Frage entschieden, deren Beantwortung von nationalen Rechtsnormen abhängt. Man könne sich deshalb fragen, «ob der EGMR damit nicht seine Zuständigkeiten überschritten habe». Das Bundesgericht wies die Sache zur Neuerteilung an die Kasse zurück.

9F_9/2009 vom 15.9.2010

■ Wollen die Krankenkassen einen Arzt wegen Überbehandlung zur Rechenschaft ziehen, müssen sie ihm zur Gewährung des rechtlichen Gehörs die Namen seiner Kollegen aus der Vergleichsgruppe bekannt geben. In anonymisierter Form ist ihm zudem die Kostenstruktur jedes einzelnen Arztes aus der Referenzgruppe mitzuteilen.

Urteil 9C_968/2009 vom 15.12.2010

■ Grundsatzurteil zur Kostenübernahme durch die Krankengrundversicherung für ein Medikament, welches nicht auf der Spezialitätenliste geführt ist: Einem einzelnen Versicherten dürfe «nur so hohe Leistung erbracht werden, wie sie in verallgemeinerungsfähiger Weise für alle anderen Personen in vergleichbarer Situation auch erbracht werden könnten».

9C_334/2010 vom 23.11.2010

■ Zur Kürzung einer IV-Rente der zweiten Säule (wegen Überentschädigung) gegenüber Ausländern, die in ihre Heimat zurückgekehrt sind, darf auf das hypothetische Resteinkommen nach Schweizer Verhältnissen abgestellt werden. Anders kann entschieden werden, wenn der Betroffene unabhängig von seiner Invalidität in sein Heimatland zurückgekehrt wäre.

Urteil 9C_538/2010 vom 30.12.2010

PJ

die mit guten Gründen einem anderen Aufbau folgen oder nicht alle darin dargestellten Elemente umfassen, als möglich. Fallweise Abweichungen davon sollten aber begründet sein (Leitfaden S. 1).

Wenn sich dieser Leitfaden auch als blosser Anregung versteht, so verleiht er doch der Auffassung der Fachkommission für psychiatrische Begutachtung über Minimalstandards der psychiatrischen Begutachtung Ausdruck und kann als Stand der Lehre dafür gelten, welche dem Richter zur Überprüfung eines psychiatrischen Gutachtens in formeller Hinsicht dient (vgl. Norbert Nedopil / Volker Dittmann / Martin Kiesewetter, «Qualitätsanforderungen an psychiatrische Gutachten», in: ZStrR 123 [2005], S. 127 ff., S. 134 ff.). Wesentliche Abweichungen davon sollten begründet werden, um ein Gutachten nicht als formell mangelhaft im Sinne von § 127 StPO erscheinen zu lassen.

b) Laut Leitfaden ist, wie der Beschwerdeführer zutreffend betont, in einem Abschnitt zur psychiatrischen Anamnese auf frühere psychiatrische Erkrankungen des Exploranden («welche Symptome, in welchem Zeitraum, in welcher Form und Ausprägung etc.?)» und auf psychiatrische Behandlungen («wann, wie oft, in welcher Form, bei wem, aus welchem Grund, mit welchem Erfolg etc.?)» einzugehen (Leitfaden S. 4).

c) Gemäss dem Handbuch von Ulrich Venzlaff / Klaus Foerster sind frühere Gutachten über den Probanden «unbedingt beizuziehen». Ebenfalls zu berücksichtigen seien Berichte über frühere psychiatrische Behandlungen (unter dem Vorbehalt des Einverständnisses des Probanden). Das sei auch dann sinnvoll, wenn solche Behandlungen länger zurücklägen, da auf diese Weise eine Längsschnittbetrachtung des Krankheitsverlaufes bzw. des Lebenslaufes des Probanden möglich sei



Handbuch zum Migrationsrecht

«Ein gelungenes und äusserst nützliches Buch! Ich habe es meinen Studierenden wärmstens empfohlen.»

Christin Achermann

Assistenzprofessorin am Zentrum für Migrationsrecht der Universität Neuenburg

«Das Buch ist sehr leserfreundlich präsentiert und eignet sich hervorragend, um inmitten der zahlreichen Teilrevisionen die grossen Linien im Auge zu behalten.»

Bernhard Waldmann

Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

«Ein höchst gelungenes Werk, das für Praktiker und Wissenschaftler, Laien und Experten gleichermaßen von Nutzen ist und auch von mir regelmässig konsultiert wird.»

Peter Uebersax

Privatdozent für öffentliches Recht und Gerichtsschreiber am Bundesgericht

«Als Anwaltssekretärin begegne ich dem Thema seit Jahren. Erst nach der Lektüre des Handbuchs habe ich aber endlich den Überblick gewonnen, den ich mir seit Jahren wünschte.»

Susanne Brugger

Anwaltssekretärin, Zürich

Marc Spescha / Antonia Kerland / Peter Bolzli
343 Seiten, gebunden
Fr 64.–
ISBN 978-3-280-07257-8

orell füssli Verlag
www.ofv.ch

(Venzlaff / Foerster, Psychiatrische Begutachtung, 4. Auflage, München 2007, S. 22, Ziff. 2.4.1). Die fehlende Beachtung von früheren Behandlungen könne diagnostisch in die Irre führen. Sofern der Proband seine Einwilligung gebe, sollte daher der Sachverständige die entsprechenden Unterlagen beiziehen (Venzlaff / Foerster, a.a.O., S. 45, Ziff. 4.2.3). Bei Nedopil wird der Umstand, dass wesentliche Vorerkrankungen nicht erhoben, frühere Krankenakten oder Gutachten nicht beigezogen wurden, als Fehlermöglichkeit bei der Begutachtung bezeichnet (Nedopil, Forensische Psychiatrie, 3. Auflage, Stuttgart 2007, S. 350).

Mario Gmür verweist in zustimmendem Sinne auf Venzlaff, wonach eine erschöpfende Sachaufklärung erst durch Hinzuziehung weiterer Quellen, wie Krankengeschichten oder Befundberichte früher behandelnder Ärzte, möglich sei (Mario Gmür, «Die Anforderungen an psychiatrische Gutachten», in: *plädoyer* 4/99, S. 28 ff.; diesbezüglich ohne Widerspruch seitens Arnulf Möller / Philipp Maier / Frank Urbaniok in: *plädoyer* 5/99), S. 2 ff.

So sieht es wohl auch Ronald Furger, gemäss welchem die Darlegung der Entstehung und des bisherigen Verlaufs des seelischen Gestörtseins mit zur Diagnose gehöre und sich der pathologische Stellenwert von Befunden am besten an Art und Ausmass der Auswirkungen von Krankhaftem in verschiedenen Lebensbereichen des Exploranden messen lasse (Ronald Furger, «Hinweise zum kritischen Umgang mit psychiatrischen Gutachten», in: *ZStrR* 105 [1988], S. 385 ff., S. 398).

d) Gemäss, soweit ersichtlich, einhelliger Lehre zur Erstellung forensisch-psychiatrischer Gutachten sind Hinweise auf frühere (evtl. weit frühere) psychische Erkrankungen des Exploranden zu beachten und diesbezüglich angelegte Krankengeschichten, Befund- und Verlaufsberichte, Gutachten etc. soweit möglich (d.h. wenn überhaupt bekannt und insbesondere unter dem Vorbehalt der zu erfragenden Einwilligung des Exploranden) beizuziehen, weil sie für die aktuelle Beurteilung wesentliche Aspekte enthalten können. Ist dem psychiatrischen Gutachter die Existenz solcher früheren Unterlagen bekannt

bzw. werden sie ihm gegenüber erwähnt, muss er deshalb erklären, d.h. begründen, wenn er im konkreten Fall trotzdem auf deren Beizug und Studium verzichtet. Verzichtet er darauf, unterlässt er aber eine Begründung für diesen Verzicht, ist das Gutachten unvollständig im Sinne von § 127 StPO (vgl. Donatsch / Schmid, a.a.O., N 11 zu § 127).

e) Dem im vorliegenden Strafverfahren beauftragten psychiatrischen Gutachter Dr. med. P. war, wie der Beschwerdeführer zutreffend darlegt (KG act. 18, S. 7, Ziff. 25 f.), bekannt, dass der Beschwerdeführer erklärt hatte, es sei ein psychiatrisches Gutachten über ihn erstellt worden, als er in der Rekrutenschule gewesen sei (OG act. HD 25/8, S. 6). Ferner hatte Dr. P. eine Aussage des Beschwerdeführers erwähnt, dass die Schulpflege nach schulpyschologischer Untersuchung seine Einweisung in ein Schulheim verfügt habe (OG act. HD 25/8, S. 22). Bei diesen Umständen handelt es sich um Hinweise auf frühere psychische Erkrankungen des Beschwerdeführers oder diesbezügliche psychiatrische und psychologische Abklärungen. Nach dem vorstehend Gesagten hätte der psychiatrische Gutachter diesen Hinweisen nachgehen oder zumindest erklären müssen, weshalb er ihnen nicht nachgegangen sei.

Im psychiatrischen Gutachten vom 25. Juni 2007 sind indes keine Erläuterungen dazu vorhanden, weder dazu, dass und mit welchem Ergebnis der Gutachter diesen Hinweisen nachgegangen wäre, noch weshalb er darauf verzichtet hat. Das psychiatrische Gutachten erweist sich insofern als unvollständig im Sinne von § 127 StPO. Leidet das Gutachten an einem solchen formellen Mangel, wird dadurch das Parteirecht auf ein formell mangelfreies Gutachten tangiert, dessen wesentliche Beeinträchtigung eine Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO bedeutet (ZR 104 [2005] Nr. 7 mit Verweisung auf Donatsch / Schmid, a.a.O., N 19 zu § 127 und N 22 zu § 430 sowie auf Kass.-Nr. 2000/033 vom 28. Februar 2001 Erw. 11.6c). Diese Rüge ist begründet.

Urteil AC080031 des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 6. September 2010, rechtskräftig

Persönlichkeitsrecht

Berichtigung in Mediendatenbank

Eine Mediendatenbank ist verpflichtet, abgespeicherte und zugängliche Inhalte zu berichtigen, um eine Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen.

Sachverhalt:

Die Schweizer Mediendatenbank (SMD) archivierte mehrere Zeitungsartikel, in welchen über ein drohendes Strafverfahren gegen den Luzerner Polizeikommandanten berichtet wurde. Dieser stellte beim Amtsgericht Luzern-Land den Antrag, die Zeitungsartikel im Archiv im Sinne des Datenschutzgesetzes (DSG) zu berichtigen: Bei den Ursprungstexten sollte ein Vermerk auf ein entlastendes Gutachten sowie auf das schliesslich nicht eröffnete Strafverfahren angebracht werden.

Aus den Erwägungen:

4.1 Auch der Inhaber einer Datensammlung fällt unter das DSG. Inhaber einer Datensammlung ist derjenige, der über Zweck und Inhalt, das heisst über die Existenz und die wesentliche Ausgestaltung der Sammlung entscheidet. Passiv legitimiert bezüglich Berichtigungsanspruch und Bestreitungsvermerk ist derjenige, der die betreffenden Daten bearbeitet oder bearbeiten lässt oder über ihre Bearbeitung bestimmt und ihre Berichtigung (bzw. das Anbringen eines Vermerks) anordnen oder durchführen kann oder können sollte (Meili, a.a.O., N 37 zu Art. 28 ZGB; Maurer-Lambrou, Basler Kommentar zum DSG, 2006, N 38 zu Art. 3 DSG und N 6 zu Art. 15 DSG; Rosenthal / Jöhri, a.a.O., N 17–19 zu Art. 15 DSG). Das DSG versteht unter dem Begriff «bearbeiten» auch das Archivieren von Akten und unter

dem Begriff «bekannt geben» das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichung (Art. 3 lit. e und f DSG).

5.2 Verletzung der Persönlichkeit:

Der Kläger führt aus, die Meldungen im Datenbestand der Beklagten seien zwar zur Zeit der Veröffentlichung richtig gewesen. Aus aktueller Sicht sei der Archivbestand der Beklagten jedoch nicht mehr richtig. Es müsse die sogenannte «Richtigkeit in der Zeit» hergestellt werden. Dazu müsse eine dynamische Archivierung praktiziert werden, welche auch Nachführungen und Bestreitungen enthalte. Das Bundesgericht habe entschieden, dass aus der Gesamtheit der Informationen die Richtigkeit hervorgehen müsse. Gestützt darauf lasse sich argumentieren, dass kein Anspruch auf vollständige Vernichtung von Daten, jedoch ein solcher auf Verfügbarkeit der den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechenden Informationen bestehe.

Die Beklagte bestreitet, dass ein Institut der «Archivnachschiebung» in der Schweiz gesetzlich verankert bzw. allgemein anerkannt sei. Die damals verbreitete Meldung sei richtig gewesen. Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, der Kläger habe sich strafbar gemacht bzw. einen Vorwurf «erhoben». Eine nachträgliche Entwicklung des Sachverhaltes sei nicht durch Veränderung eines Archivbestandes und seiner Inhalte nachzuzeichnen. Eine Verpflichtung des Inhabers einer Datenbank mit historischen Dokumenten, deren Inhalt auf dem aktuellen Stand zu halten oder nach dem Gutdünken irgendwelcher Kläger zu löschen, bestehe nicht. Die inhaltliche Richtigkeit eines Archivinhalts sei stets nur auf den Zeitpunkt seiner Entstehung bzw. Datierung beschränkt: Was am 21.5.2008 rich-

tig gewesen sei, möge später durch andere Ereignisse überholt worden sein, deshalb werde es aber nicht nachträglich «unrichtig». Es liege keine «Unrichtigkeit in der Zeit» vor, was immer der Kläger damit meine.

5.2.1 Die von der Beklagten im Sinne des DSG bearbeiteten Medienberichte (...) sind geeignet, bei Dritten den Eindruck zu erwecken, es bestehe ein Verdacht gegen den Kläger bzw. es sei allenfalls tatsächlich ein Verfahren gegen diesen eingeleitet worden. Da die Medien über die erfolgte Entlastung des Beklagten – mit einer Ausnahme – nicht berichtet haben, ist diese Entlastung auch in der Mediendatenbank der Beklagten nicht bzw. nicht hinreichend klar dokumentiert. Damit wird durch die bei der Beklagten bearbeiteten Daten – hinsichtlich des erwähnten Vorfalles – aus heutiger Sicht ein falsches und einseitig belastendes Bild über den Beklagten verbreitet. Damit ist die Persönlichkeit des Klägers verletzt.

5.3 Jede Persönlichkeitsverletzung ist grundsätzlich widerrechtlich, sofern sie nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt ist. Der Kläger führt in diesem Zusammenhang aus, er sei allein schon durch die Tatsache der Unrichtigkeit in der Zeit in seiner Persönlichkeit verletzt. Ausserdem übe er ein exponiertes Amt aus, in welchem ein überdurchschnittliches Mass an persönlicher Integrität erwartet werde. Unter Berufung auf den sogenannten Polis-Entscheid des Bundesgerichts (Urteil BGer 1C_51/2008 vom 30.9.2008) führt er aus, insbesondere Personen in exponierten, sensiblen Positionen wie er selbst dürften nicht über längere Zeit einer Straftat verdächtig werden.

5.3.2 Bei der Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, dass

die Beklagte ihre Mediendatenbank der Firma Swissdox AG und damit beliebigen Dritten, welche ein Abonnement lösen können, zur Verfügung stellt. Sie vermarktet ihre Daten damit an eine dritte Person, welche diese wiederum entgeltlich einer unbestimmten Anzahl von Personen weitergibt. Ferner besteht ein tatsächliches Interesse der Beklagten an der unveränderten Beibehaltung der Medienberichte, da eine Verpflichtung zur Aktualisierung bzw. Berichtigung mit Aufwand und Kosten verbunden ist.

Das Interesse des Klägers an einer – nach dem heutigen Erkenntnisstand – richtigen Berichterstattung ist als hoch einzustufen. Er ist in seiner Funktion als (...) eine Person des öffentlichen Lebens im Sinne von Art. 13 Abs. 2 lit. f DSG. In den genannten Funktionen hat er ein überdurchschnittlich hohes Interesse daran, als integre und gesetzestreue Person zu gelten und nicht unter Verdacht zu stehen, bei der (...) mitgewirkt zu haben. Sein Interesse, dass neben der früheren Verdachtslage auch die spätere Entlastung aus der Mediendatenbank klar ersichtlich ist, ist erheblich und schützenswert.

5.3.3 Unter Abwägung der genannten Interessen kommt das Gericht zum Schluss, dass das Interesse des Klägers an einer Richtigstellung höher zu gewichten ist als die Interessen der Beklagten an der unveränderten Vermarktung ihrer Datenbank. Der Kläger ist in Bezug auf sein berufliches Ansehen dringend darauf angewiesen, von einem Verdacht wie dem vorliegend betroffenen klar entlastet zu werden. Die beantragte Anbringung eines ergänzenden Vermerks belastet die Beklagte nicht übermässig.

In die Mediendatenbank der Beklagten wird nicht in dem Sinne eingegriffen, dass diese nicht mehr vollständig ist; vielmehr bleiben

alle bisher vorhandenen Berichte bestehen und werden lediglich ergänzt. Für sämtliche Nutzer der beklagten Mediendatenbank ist damit inskünftig sofort ersichtlich, dass die im Jahr (...) noch bestehende Verdachtslage gegen den Kläger inzwischen entfallen ist. Die bestehende Persönlichkeitsverletzung wird damit behoben. Damit ist erstellt, dass die beantragte Berichtigung verhältnismässig, geeignet und erforderlich ist, um die erfolgte Persönlichkeitsverletzung des Klägers zu beseitigen.

Urteil 11/2009/100 des Amtsgerichts Luzern-Land vom 26. November 2010, rechtskräftig

Verwaltungsrecht

Rechtliches Gehör bei Stromsperre

Ein Stromanbieter kann den Allgemeinstrom in einem Mehrfamilienhaus sperren, wenn der Vermieter im Zahlungsrückstand ist. Die geplante Lieferunterbrechung muss er jedoch mittels Verfügung anordnen, wozu auch die Anhörung der betroffenen Mieter gehört.

Sachverhalt:

Der Vermieter von X. bezahlte während zwei Jahren keine Rechnungen für Allgemeinstromlieferungen der Industriellen Werke Basel (Industriellen Werke). Nach Ablauf einer Mahnfrist für den Vermieter und einer Ankündigung an die Mieter wurde der Strom für den Warmwasserboiler und den Lift vom 23. April bis zum 30. Mai 2008 abgeschaltet.

X. erhob dagegen Beschwerde beim damaligen Baudepartement des Kantons Basel-Stadt und verlangte unter anderem die Feststellung, dass die verhängte Liefer Sperre rechtswidrig sei. Das Bau-

departement wies das Begehren ab. Ein Rekurs beim Regierungsrat und beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt blieb erfolglos, worauf sich X. an das Bundesgericht wandte.

Aus den Erwägungen:

5.1 Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (nach Art. 29 Abs. 2 BV), weil die Liefersperre nicht in der Form einer Verfügung ergangen sei und ihm als Mieter der betroffenen Liegenschaft nicht vorweg die Gelegenheit eingeräumt worden sei, sich zur vorgesehenen Massnahme zu äussern.

5.2 Strittig ist ein Lieferunterbruch der Industriellen Werke, weil der Vermieter der Liegenschaft, in welcher der Beschwerdeführer wohnt, die Gebühren für die Lieferung von Strom im Allgemeinbereich des Miethauses während rund zwei Jahren nicht begleichen hatte. Die Vorinstanz ging davon aus, bei der Liefersperre von Versorgungsleistungen der Industriellen Werke handle es sich um einen reinen Realakt, dem keine Verfügung voranzugehen habe, weshalb dem Beschwerdeführer auch nicht vorweg das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen. Das erscheint allerdings fraglich.

5.3 Gemäss dem hier noch anwendbaren § 5 Abs. 2 aIWBG handelt es sich bei den Industriellen Werken um eine Anstalt des öffentlichen Rechts mit selbständiger Verwaltung, aber ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Neurechtlich stellen sie ein Unternehmen des Kantons in der Form einer selbständigen, öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener juristischer Persönlichkeit dar (§ 2 Abs. 1 IWBG). Nach § 5 Abs. 1 aIWBG bzw. neu gemäss § 1 Abs. 3 IWBG sind die Industriellen Werke mit der Energie- und

Strassburg aktuell

Kein Recht auf rezeptfreies Suizid-Medikament

In einem Leiturteil hat die 1. Kammer des EGMR die Beschwerde eines 1953 geborenen, suizidwilligen Schweizer einstimmig abgelehnt. Wegen einer schwer behandelbaren psychischen Krankheit hat er bereits zwei Suizidversuche hinter sich. Der Mann bemüht sich seit 2004 beim Verein Dignitas um eine Freitodbegleitung, doch konnte er das dafür erforderliche rezeptpflichtige Medikament nicht beziehen, weil ihm das nötige Gutachten fehlte. Beim Bundesgericht hatte er sich auf den Anspruch berufen, sein Leben als handlungsfähiger Mensch risiko- und schmerzfrei zu beenden. Dieses verneinte jedoch am 3. November 2006 im Urteil 2A.48/2006 eine Pflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass Sterbehilfeorganisationen oder Suizidwillige dieses Betäubungsmittel rezeptfrei beschaffen können.

Der Gerichtshof verwarf den schweizerischen Einwand, die verweigerte Abgabe des Medikaments tangiere den Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) nicht. Der EGMR prüfte den Fall unter dem Blickwinkel der positiven Verpflichtung des Staates, die für einen würdigen Suizid notwendigen Massnahmen zu ergreifen: Die Interessen seien gegeneinander abzuwägen, wobei der Staat einen grossen Ermessensspielraum habe, zumal man im Europarat weit von einem Konsens über die Suizidbeihilfe entfernt sei.

Das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) verletzlicher Personen hat der Staat nach der Strass-

burger Rechtsprechung auch gegen deren Willen zu schützen, falls ihr Entscheid nicht frei und in voller Kenntnis der Umstände erfolgt. Die Rezeptpflicht für das tödliche Medikament – mit dem Erfordernis einer vollständigen psychiatrischen Begutachtung – diene dem berechtigten Interesse, überstürzte Entscheidungen und Missbräuche zu verhindern. Diese Risiken dürften gerade in Ländern wie der Schweiz nicht unterschätzt werden, deren Gesetzgebung und Praxis recht geringe Hürden für die Suizidbeihilfe aufstellen.

Der Gerichtshof anerkannte zwar den Willen des Beschwerdeführers, in Würde und ohne überflüssiges Leiden aus dem Leben zu scheiden. Der EGMR war aber nicht überzeugt, dass es dem Beschwerdeführer unmöglich war, einen spezialisierten Arzt zu finden, der zur Hilfe bereit gewesen wäre. Sein Recht, den Zeitpunkt und die Art des Ablebens zu bestimmen, habe daher nicht nur in theoretischer und illusorischer Weise bestanden. Selbst wenn ein Staat Massnahmen ergreifen müsste, um einen würdigen Suizid zu ermöglichen, hätten die schweizerischen Behörden diese Verpflichtung im vorliegenden Falle nicht verletzt.

Urteil der 1. Kammer N° 31322/07 «Haas c. Schweiz» vom 20. Januar 2011

Plakatverbot in Neuchâtel gerechtfertigt

Aufgrund eines Schweizer Falles hatte sich der Gerichtshof erstmals mit der Frage zu befassen, inwiefern der Staat private Plakate auf öffentlichem Grund erlauben muss. Mit 5 gegen 2 Stimmen wies die 1. EGMR-Kammer eine Beschwerde des 1977 gegründeten «Mouvement Raélien» ab, welche gemäss Vereinsstatuten die Kontaktnahme und die guten Beziehungen zu Ausserirdischen bezweckt. Die Behörden der Stadt Neuenburg hatten den Raëlisten 2001 den öffentlichen Aushang eines

Publikation der Entscheide

Die Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) finden sich im Internet auf folgender Webseite:

www.echr.coe.int

Plakats mit der Aufschrift «Le Message donné par les Extra-Terrestres – La science remplace enfin la religion» sowie der Angabe der Website www.rael.org und einer französischen Telefonnummer verweigert. Sie begründeten das auf das städtische Polizeireglement gestützte Plakatverbot damit, die raëlistische Bewegung habe unmoralische und gegen die öffentliche Ordnung verstossende Aktivitäten gezeigt.

Das Bundesgericht akzeptierte das Verbot im Urteil 1P.336/2005 vom 20. September 2005. Das Plakat selber beinhaltet zwar nichts Anstössiges, sei aber eine Einladung zum Besuch der Website. Dort finde sich ein Link auf die Raëlisten-Gesellschaft Clonaid, welche gegen Entgelt das nach Art. 119 der Bundesverfassung verbotene Klonen von Menschen anbiete. Auf der Website werde auch die «Geniokratie» (eine Weltregierung von Genies, gewählt von Menschen mit hohem Intelligenzquotienten) propagiert, was demokratische Überzeugungen verletze. Zudem könnten verschiedene auf der Website empfohlene Buchpassagen als Anleitung zum sexuellen Missbrauch Minderjähriger verstanden werden. Mitglieder der Bewegung seien bereits wegen Sexualstrafaten verurteilt worden.

Eine Mehrheit des Gerichtshofs bezeichnete die Beschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) als gerechtfertigt. Sie teilte die schweizerische Auffassung, die Zulassung einer solchen privaten Plakatkampagne könne den Eindruck erwecken, das Gemeinwesen billige oder toleriere die fraglichen Auffassungen und Handlungen. Der Staat verfüge daher über einen grossen Beurteilungsspielraum, den die sorgfältig begründeten schweizerischen Urteile respektierten. Als besonders beunruhigend bezeichnete der EGMR die Vorwürfe sexueller Handlungen mit Minderjährigen. Das Verbot sei verhältnismässig, denn es betreffe bloss den öffentlichen

Grund und hindere die Bewegung nicht daran, ihre Überzeugungen auf anderen Kommunikationskanälen zu artikulieren.

In ihrem abweichenden Sondervotum bezeichneten es zwei Gerichtsmitglieder als problematisch, dass die schweizerischen Behörden die Bewegung erlaubten, ihr aber die neutrale Werbung für ihre Aktivitäten verböten. Es sei schwer verständlich, weshalb der öffentliche Raum nicht für den Hinweis auf eine nicht verbotene Website benützt werden dürfe.

Urteil der 1. Kammer N° 16354/06 «Mouvement Raëlien Suisse c. Schweiz» vom 13. Januar 2011

Berechtigte Reaktion auf beleidigendes Transparent

Während des Cupfinals zwischen Paris Saint-Germain (PSG) und Lens entrollten die PSG-Fans 2008 ein Transparent mit dem Text «pédophiles, chômeurs, consanguins, bienvenue chez les ch'tis». Per Dekret ordnete der Premierminister die Auflösung des Fanclubs «Association Nouvelle Des Boulogne Boys» an, dessen rund 600 Mitglieder seit 2006 immer wieder durch Gewalttätigkeiten und Aufrufe zu Hass und Diskriminierung aufgefallen waren.

Eine Beschwerde wegen Missachtung der Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) bezeichnet der Gerichtshof mehrheitlich als offensichtlich unbegründet. Mitglieder des Fanclubs waren für schwere Ausschreitungen verantwortlich, bei denen es zu Beschädigungen, rassistischen Beschimpfungen und schweren Gewalttaten gekommen war. Zudem sei die Formulierung des Transparents für einen Teil der Bevölkerung besonders beleidigend gewesen.

Zulässigkeitsentscheid der 5. Kammer N° 6468/09 «Association Nouvelle Des Boulogne Boys c. Frankreich» vom 22. Februar 2011

FZ

Trinkwasserversorgung betraut. Dazu verfügen sie, wenigstens vorerhand, über ein entsprechendes Monopol (Philippe Spitz, «Das kantonale Recht und seine Berührungspunkte mit dem Privatrecht», in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 2008, S. 937), dessen Zulässigkeit hier nicht strittig ist (vgl. dazu BGE 132 I 282 E. 3.2 ff., S. 287 ff.; zur künftigen Entwicklung der Strommarktliberalisierung vgl. BGE 132 I 282 E. 3.8, S. 290 f.).

5.5 Es trifft zwar zu, dass es sich bei der eigentlichen Unterbrechung der Lieferung, d.h. insbesondere beim Abschalten des Stromzuflusses, um einen Realakt handelt. Diesem hat aber die korrekte Anordnung voranzugehen, dass die rechtliche Verpflichtung der Industriellen Werke zur Erbringung der Versorgungsleistung bzw. der entsprechende Anspruch des Benützers als zumindest vorübergehend aufgehoben gelte, weil die gesetzlichen Voraussetzungen einer Liefersperr erfüllt seien.

Dabei handelt es sich um einen individuell-konkreten Hoheitsakt, dem die Rechtsnatur einer Verfügung zukommt und der in der entsprechenden Form zu ergehen hat. Eine Liefersperr nach § 24 lit. a aIWBG ist ohne weiteres planbar und nicht von vornherein zeitlich beschränkt, weshalb sie aufgrund ihrer Rechtswirkungen einer vorausgehenden Verfügung bedarf. Dabei ist das entsprechende Verfahren unter Einschluss der Anhörung der betroffenen Personen einzuhalten.

5.6 Direkter Adressat dieser Verfügung ist der Benützer, das heisst bei der Lieferung von Allgmeinstrom der Grundeigentümer bzw. Vermieter. Von der Verfügung betroffen sind aber auch die in § 24 lit. a aIWBG ausdrücklich ge-

nannten Dritten; sie müssen insbesondere die Gelegenheit haben, den im Gesetz vorgesehenen rechtlichen Einwand vorzubringen, die Liefersperr bedeute für sie eine unzumutbare Härte. Bei Mehrfamilienhäusern hat sich daher die Verfügung betreffend den Allgmeinstrom nicht nur an den Vermieter, sondern auch an die mitbetroffenen Mieter zu richten.

Dass dies uferlos und nicht mehr kontrollierbar wäre, wie das Appellationsgericht in seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht anzudeuten scheint, ist nicht ersichtlich. Verlangt ist nicht ein Einbezug aller sonst noch theoretisch möglichen Betroffenen, sondern nur der für die Industriellen Werke in voraussehbarer Weise berührten Drittpersonen, für die sich die Liefersperr möglicherweise als unzumutbare Härte auswirken kann, wozu in erster Linie die Mieter zählen.

Die Industriellen Werke Basel dürften im Übrigen regelmässig ohne weiteres Kenntnis davon haben, wer Mieter einer Liegenschaft ist, da sie auch mit diesen in einem Benützungsverhältnis stehen. Den Mietern ist daher Gelegenheit einzuräumen, sich vor der Anordnung der Liefersperr dazu zu äussern und ihre Einwände vorzubringen.

5.8 Da der angefochtene Entscheid die Rechtslage zur Gewährung des rechtlichen Gehörs verkennt, ist er unter Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Im Übrigen muss es allerdings bei einer entsprechenden Feststellung sein Bewenden haben, da die fragliche Liefersperr inzwischen längst wieder aufgehoben worden ist und sich die Anhörung daher auch nicht mehr mit Rechtswirkungen nachholen lässt.

Urteil 2C_450/2010 der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 15. Dezember 2010