

855

856 857

Rechtsanwälte (Richtlinie 77/249/EWG vom 22.3.1977; ABl. 1977 Nr. L 78 vom 26.3.1977, 17). Auch diese Richtlinie gehört im EWR zum *acquis* (Art. 30 EWRV; BBl 1992 IV 260 f., 1301). Die Richtlinie verlangt nicht die Kenntnisse des fremden Rechtes. Gemäss Art. 5 kann ein Mitgliedstaat dem Rechtsanwalt aber die Bedingung auferlegen, nur mit einem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt zu handeln.

7. Unklar bleibt, welche *Kategorie von Ausländern* mit diesem Entscheid gemeint ist. Das Bundesgericht hatte

lit. iur. Bruno Mascello, Gossau

**(4) Nichtbestehen der Anwaltsprüfung. Aktuelles, praktisches Interesse an der staatsrechtlichen Beschwerde nach dem Bestehen der Wiederholungsprüfung. BGE 118 Ia 488**

Bundesgericht, II. öffentlichrechtliche Abteilung, 26.11.1992, B. gegen Anwaltsprüfungskommission des Kantons Luzern (2P.322/1991), staatsrechtliche Beschwerde.

*Zusammenfassung des Entscheides:*

Der Beschwerdeführer erhebt beim Bundesgericht eine staatsrechtliche Beschwerde (wegen Verletzung von Art. 4 BV) gegen eine Nichterteilung des Anwaltspatentes durch die Anwaltsprüfungskommission. Gegen das Nichtbestehen der Anwaltsprüfung existiert kein innerkantonales Rechtsmittel. Im Verlaufe des Verfahrens vor Bundesgericht tritt der Beschwerdeführer erfolgreich zur Wiederholungsprüfung an, worauf ihm das Luzerner Obergericht das Anwaltspatent erteilt. Der Beschwerdeführer hält dennoch an seiner staatsrechtlichen Beschwerde fest, da er nach wie vor ein aktuelles Interesse an der Beschwerde habe.

*Bemerkungen:*

1. Das Urteil fasst die bisherige Rechtsprechung zum Erfordernis des aktuellen Interesses für eine staatsrechtliche Beschwerde zusammen. In der besonderen Konstellation dieses Sachverhalts stellen sich dabei mehrere interessante Fragen.

2. Nach ständiger Praxis zu Art. 88 OG muss ein Beschwerdeführer ein aktuelles praktisches Interesse an der Überprüfung der von ihm erhobenen Rügen haben, damit auf die Beschwerde eingetreten werden kann (vgl. W. KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1985, 244 ff. und z. B. BGE 116 Ia 150, 116 II 729). Ein aktuelles praktisches Interesse fehlt insbesondere dann, wenn der Nachteil auch bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr behoben werden kann. Da der Beschwerdeführer seit der Einreichung seiner Beschwerde die Anwaltsprüfung bestanden hat, fragt es sich, ob er noch über ein aktuelles praktisches Interesse an der staatsrechtlichen Beschwerde verfügt.

Der Beschwerdeführer begründet sein nach wie vor bestehendes aktuelles praktisches Interesse damit, dass er seine Tätigkeit als Anwalt erst fünf Monate später habe aufnehmen können; wegen des Verdienstauffalls habe er einen Schaden erlitten. Ausserdem habe er die *Prüfungsgebühr* erneut bezahlen müssen.

3. Die Frage des Schadens müsste in einem Haftungsprozess gegen den Kanton Luzern festgestellt werden. Die Staatshaftung ist regelmässig nur gegen *widerrechtliche* Akte des Staats gegeben. Hier kann sich nun durchaus ein praktisches Interesse ergeben, wenn die Frage der Widerrechtlichkeit im Haftungsprozess selbst nicht mehr gestellt werden darf. Die Haftungsgesetze des Bundes und der Kantone gestatten nämlich die Überprüfung rechtskräftiger Entscheide auf ihre Rechtmässigkeit *nicht mehr* (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 des hier anwendbaren Luzerner Haftungsgesetzes vom 13.9.1988, syst. Rechtssammlung des Kantons Luzern Nr. 23). Die staatsrechtliche Beschwerde könnte den Entscheid auf Nichterteilung des Anwaltspatentes kassieren und damit seine Rechtskraft hemmen. Nur dann wäre der Beschwerdeführer nach Luzerner Haftungsrecht überhaupt in der Lage, erfolgreich einen Haftungsprozess einzuleiten. Das Bundesgericht führt dagegen zwar zu Recht an, dass im Verfahren der staatsrechtli-

chen Beschwerde *nur die Frage nach der Verletzung verfassungsmässiger Rechte* gestellt werden kann, nicht aber diejenige nach gewöhnlicher Widerrechtlichkeit. Daher könne das Ergebnis des staatsrechtlichen Verfahrens nicht schon den gänzlichen Ausschluss der Widerrechtlichkeitsfrage im Haftungsprozess bewirken. Sodann fügt das Bundesgericht die bemerkenswerte Aussage bei: "Es erscheint weiter als zweifelhaft, ob eine allfällig vorgesehene Einschränkung der Überprüfbarkeit im Haftungsprozess auch dann gelten kann, wenn die ursprüngliche Verfügung rechtskräftig wurde, weil sie aus prozessualen Gründen gar nicht mehr angefochten werden konnte". Dabei wird auf einen völlig anders gelagerten BGE 110 Ia 142 f. verwiesen: Danach entfällt das aktuelle praktische Interesse an der Behandlung einer Haftbeschwerde, wenn der Beschwerdeführer während der Hängigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens aus der Haft entlassen wird. Dadurch werde das daran anschliessende Haftentschädigungsverfahren nicht beeinträchtigt, weil die Kantone die Entschädigung widerrechtlicher wie auch rechtmässiger Untersuchungshaft – z. B. im Falle eines Freispruches – vorsähen. Art. 5 Ziff. 5 EMRK gebiete diese Ordnung. Im vorliegenden Sachverhalt wird eine Staatshaftung weder durch eine Norm der EMRK noch der Bundesverfassung gefordert – oder deutet hier das Bundesgericht ein solches Grundrecht an? Nach gemeinhin geltendem Staatshaftungsrecht (und im besondern nach Luzerner Recht) hätte ein Beschwerdeführer bei der Sonderkonstellation des negativen Prüfungsentscheides ohne Rechtsmittelmöglichkeit stets ein aktuelles Interesse an einem Sachurteil, selbst wenn das Bundesgericht bloss eine allfällige Grundrechtsverletzung prüft. Es wäre ein leichtes gewesen, diese Tatsache im Luzerner Haftungsgesetz bestätigt zu finden.

4. Die Frage stellt sich in dieser Materie besonders, weil bei Anwaltsprüfungen vielfach keine Rechtsmittel zur Verfügung stehen: Der Entscheid geht meist von den oberen kantonalen Zivilgerichten aus. Auch wenn spezielle Anwaltsprüfungskommissionen im Auftrage der oberen Gerichte diese Prüfung vornehmen und das Kantons- oder Obergericht das Patent auf Antrag erteilt bzw. nicht erteilt, erscheint ein Rechtsmittel nicht von vorneherein unnötig. Das Ergebnis als solches ist zwar nicht anfechtbar; dagegen stellen sich bei der Anwendung des Prüfungsverfahrensrechts gewöhnliche Rechtsfragen, die – angesichts des ganz erheblichen Interesses der Kandidaten (Einkommensverlust, Prüfungsgebühr) – durchaus einer Rechtspflege wert sind. Es stellt sich einzig die praktische Frage, welche Instanz diese Überprüfung vornehmen soll. Das Problem ist indes durchaus lösbar (problematisch wäre eine Beschwerdemöglichkeit an die Kantonsregierung, vgl. aber so in Genf gemäss BGE 99 Ia 591).

5. Der Beschwerdeführer rügt ferner, dass er die *Prüfungsgebühr* habe erneut bezahlen müssen; auch aus diesem Grunde habe er ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Das Bundesgericht hat es nicht für nötig befunden, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Noch deutlicher als in der Fra-

ge eines allfälligen Haftungsprozesses zeigt sich hier, dass der Beschwerdeführer durchaus ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung des Entscheides hat. Jedenfalls handelt es sich bei diesen Prüfungsgebühren nicht um vernachlässigbare Bagatellgebühren; sie betragen in der Regel einige hundert bis über tausend Franken. Das Bundesgericht hätte die Beschwerde daher nicht als erledigt abschreiben dürfen, sondern in der Sache entscheiden müssen.

6. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, er habe jedenfalls insofern ein aktuelles Interesse an der Behandlung der Beschwerde, als er eine formelle Rechtsverweigerung rüge. Diese sah er darin, dass in den mit "ungenügend" beurteilten Fächern ihm eine eigentliche Begründung vorenthalten worden sei. Das aus Art. 4 BV abgeleitete Recht auf eine genügende Begründung eines Entscheides bezweckt, dass der Betroffene den Entscheid in voller Kenntnis der Sache weiterziehen kann (BGE 117 Ia 3 f.). Infolge des fehlenden aktuellen Interesses kommt nach den bundesgerichtlichen Ausführungen der Frage der genügenden Begründung keine Bedeutung mehr zu. Auch diese apodiktische Aussage ist fragwürdig; sie verkennt die besondere Prüfungssituation. Bei Examen hat die Gerichtspraxis zwar stets eine richterliche Nachprüfung des Examensentscheides in der Sache abgelehnt, weil eben eine Nachbewertung der Examensleistung unmöglich und der Fachbeurteilungsspielraum der Experten zu wahren ist. Der Rechtsschutz in der Sache findet in der Tat nicht durch eine Gerichtskontrolle, sondern durch die Möglichkeit einer Prüfungswiederholung statt. Faktisch übernimmt die Wiederholungsprüfung die Aufgabe dieses stets fehlenden, inhaltlichen Rechtsmittels. Für den Prüfungskandidaten ist es dabei aber ganz entscheidend zu wissen, warum er die Prüfung nicht bestanden hat, damit er sich besser auf die Wiederholung vorbereiten kann. Der Beschwerdeführer hat allerdings die Wiederholungsprüfung trotz der (nach seiner Ansicht) ungenügenden Begründung des ersten Entscheides bestanden, damit ist das aktuelle Interesse in der Tat weggefallen. Es handelt sich hier aber gerade um einen Bereich, wo auf das Erfordernis des aktuellen Interesses verzichtet werden muss (vgl. BGE 117 Ia 194). Entsprechende Überlegungen liessen sich auch beim Recht auf Akteneinsicht anstellen; negative Prüfungsentscheide können nicht richtig begründet werden, wenn nicht in die schriftlichen Prüfungen Einsicht genommen werden kann.

7. Es ist zu bedauern, dass erst bei den Erörterungen zu den *Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens* (sic Ziff. 4!) gemäss Art. 40 OG i. V. m. Art. 72 BZP eine summarische Beurteilung der Sachlage erfolgt und nicht im Sachurteil, das hier hätte gefällt werden müssen. Es ist richtig, dass das Bundesgericht als Staatsgerichtshof die Examensleistungen nur äusserst zurückhaltend nachprüft, und zwar selbst dann – wie im vorliegenden Fall – wenn es zu einer weitergehenden Überprüfung in der Lage wäre (BGE 113 Ia 290). Nur wenn das Examensverfahren einen geradezu unübersehbaren und in die Augen springenden

Fehler aufweist, könnte eine Verletzung des materiellen Willkürverbotes bzw. der Verfahrensgarantien des Art. 4 BV angenommen werden. "Dies trifft im vorliegenden Fall indessen nicht zu". Warum hat das Bundesgericht diese Ausführungen nicht im Sachurteil gemacht und die wenig überzeugenden Ausführungen zum Erfordernis des aktuellen Interesses nicht ganz einfach weggelassen?

8. Das vorliegende Urteil überzeugt in der Begründung nicht. Der Beschwerdeführer könnte allerdings auch nicht in "Strassburg" Trost finden. Der hier vor allem fragliche Art. 6-1 EMRK wird auf Ergebnisse von Schul-, Maturitäts- oder Universitätsexamen als nicht anwendbar angesehen (vgl. die negativen Zulassungsentscheide der Europäischen Kommission für Menschenrechte, VPB 1991 Nr. 45, 1986 Nr. 96 m. w. H.). Der Gerichtshof hat im Urteil *van Marle* (Publications of the European Court of Human Rights, Vol. 101, § 35; deutsche Übersetzung EuGRZ 1988, 35 ff.) allerdings festgehalten, dass eine Rechtsmittelkommission, die Examensentscheide (von Buchprüfern) der Prüfungskommission nachkontrolliert, "zu Fragen wie Willkür, Ermessensüberschreitung oder Verfahrensfehlern Stellung zu nehmen hat. Fragen dieser Art sind ihrer Natur nach einer gerichtlichen Entscheidung zugänglich und ein Streit über solche Fragen ist als ein zivilrechtlicher Anspruch im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu umschreiben". Nachdem das Bundesgericht im Kostenspruch festgehalten hat, dass keine Willkür und keine groben Verfahrensfehler vorliegen, ist auch dieser Urteil der Boden entzogen.

Dr. rer. publ. Andreas Kley-Struller,  
Rechtsanwalt, St. Gallen

#### 1.7. Ausländer- und Asylrecht / Droit des étrangers et droit d'asile

##### (5) Bestätigung der Praxis hinsichtlich des Verhältnisses zwischen (älteren) Niederlassungsverträgen und dem (jüngeren) ANAG.

Bundesgericht, Kassationshof, 12.1.1993, M. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (6S.490/1992), Nichtigkeitsbeschwerde.

##### *Zusammenfassung des Sachverhaltes:*

Der französische Staatsangehörige M. wurde vom Obergericht des Kantons Zürich wegen mehrfacher Übertretung des Art. 23 Abs. 6 i. V. mit Art. 3 Abs. 3 ANAG gebüsst. Ihm wird vorgeworfen, zeit- und stundenweise in Zürich als Computerfachmann gearbeitet zu haben, ohne im Besitz der dazu notwendigen Arbeitsbewilligung zu sein. M. verfügte über eine Aufenthalts-, nicht aber über eine Niederlassungsbewilligung.

In seiner Nichtigkeitsbeschwerde macht M. geltend, Art. 1 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23.2.1882 habe Vorrang vor dem Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26.3.1931. Seine Verurteilung gestützt auf die zitierten Bestimmungen des ANAG verstosse daher gegen den Grundsatz "nulla poena sine lege", Art. 1 StGB.