

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005

VON PROFF. WALTER KÄLIN, REGINA KIENER, MARKUS MÜLLER, PIERRE TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER, Bern

Die Ordinarien des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2004 und 2005 untereinander aufgeteilt. Angestrebt wird eine vertiefte Auseinandersetzung mit den wichtigsten Entscheiden, 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), MM (Markus Müller), PT (Pierre Tschannen), AT (Axel Tschentscher).*

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (MM)

1. Garantie auf Rechtsschutz
2. Gesetzmässigkeitsprinzip
 - 2.1 Verfassungsgrundsatz
 - 2.2 Verhältnis zu Art. 164 Abs. 1 BV
3. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit
4. Handeln nach Treu und Glauben

II. Allgemeine Grundrechtslehren (WK)

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

* Für ihre Mitarbeit danken wir Mirjam Baldegger, Beatrice Durrer, Christoph Jenni, Mathias Kuhn, Nina Schrepfer, Daniela Wyss, Simone Wyss, Ursula Wyssmann

2. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot
 - 2.1 Rechtsgleichheit
 - 2.2 Diskriminierungsverbot
 - 2.3 Gleichheit der Geschlechter

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (WK)

1. Persönliche Freiheit
2. Schutz der Privatsphäre
3. Soziale Grundrechte

V. Kommunikationsgrundrechte (AT)

1. Informations- und Pressefreiheit
2. Meinungsfreiheit

VI. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) (MM)

1. Sachlicher Schutzbereich
2. Öffnung der letzten Meile
3. Beschlagnahme von Hanfpflanzen
4. Ablösung eines unentgeltlichen Wasserbezugsrechts
5. Konfiskatorische Besteuerung
6. Enteignung
 - 6.1 Formelle Enteignung
 - 6.2 Materielle Enteignung

VII. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) (MM)

1. Öffnung der letzten Meile
2. Tätigkeit im Bereich des Anwaltsmonopols
3. Gleichbehandlung der Konkurrenten
 - 3.1 Ladenöffnungszeiten
 - 3.2 Zulassungsstopp für Ärzte
 - 3.3 Entschädigung von Belegärzten

VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (PT)

1. Politische Rechte (Art. 34 BV)
2. Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV)
3. Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV)
4. Gewaltenteilung (Art. 51 Abs. 1 BV)

5.

IX. Staatsverträge und Konkordate (WK)**X. Verfahrensgarantien (RK)**

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Anspruch auf Rechtsschutz
 - 1.2 Verbot der Rechtsverzögerung
 - 1.3 Anspruch auf Akteneinsicht
 - 1.4 Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand
2. Garantien in gerichtlichen Verfahren
3. Garantien bei Freiheitsentziehung
 - 5.1. Anwendungsbereich von Art. 31 BV
 - 5.2. Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung
 - 5.3. Aufklärungspflicht über das Recht zur Aussageverweigerung
 - 5.4. Recht auf Haftprüfung
4. Garantien in Strafverfahren
5. Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK
6. Einschränkung von Verfahrensgrundrechten

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) (MM)

Das Bundesgericht hatte in der Berichtsperiode nur selten Gelegenheit, sich eingehender mit der *Grundsatznorm* von Art. 5 BV auseinander zu setzen. Dennoch finden sich in der neusten Rechtsprechung einige weiterführende und klärende Aussagen zu Normgehalt und Normbedeutung.

1. Garantie auf Rechtsschutz

In BGE 130 I 388 stellte sich die Frage, ob aus Art. 5 BV („Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns“), namentlich aus dessen Absatz 1 („Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht“) ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung von polizeilichen Realakten abgeleitet werden kann. Konkret ging es um die einem Journalisten anlässlich des Weltwirtschaftsforums 2001 polizeilich verwehrte Anreise nach Davos. Auf die Beschwerde gegen diese Anordnung der Kantonspolizei Graubünden trat das kantonale Justiz-

Nothilfe nur geleistet werde, wenn der Beschwerdeführer seinen ausländerrechtlichen Mitwirkungspflichten nachkomme, ziele nicht darauf ab, die Notlage zu beseitigen, sondern wolle den Vollzug der Wegweisung ermöglichen, und sei damit für die Nothilfe sachfremd, d.h. unzulässig. Die Nothilfe kann auch nicht wegen Rechtsmissbrauchs verweigert werden, weil der Beschwerdeführer auf sie angewiesen ist und sie bestimmungsgemäss verwendet. Art. 12 dient nicht der Sicherung ausländerrechtlicher Interessen, sondern dem Überleben, und damit beansprucht der Beschwerdeführer sie nicht zweckwidrig.

Diese beiden gut begründeten Entscheide tragen wesentlich zur Konsolidierung der Praxis zum umstrittenen Grundrecht von Art. 12 BV bei und sind geeignet, einen guten Ausgleich zwischen der notwendigen Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auf ein vernünftiges Mass und der Wahrung grundrechtlicher Prinzipien zu finden. Insbesondere ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht am Kerngehaltscharakter von Art. 12 BV festhält und die notwendige Eingrenzung des Anspruchs über die Beschränkung des sachlichen Geltungsbereichs vornimmt.

Zum Recht auf Grundschulunterricht nach Art. 19 BV im Zusammenhang mit der Nichteinschulung eines schwer behinderten Knaben in die Einführungsklasse der Regelschule siehe vorne Ziff. III 2.1 zu BGE 130 I 352. Zum Recht auf Bildung gemäss Art. 13 UNO-Pakt I hinten, Ziff. X zu BGE 130 I 113.

V. Kommunikationsgrundrechte (AT)

1. Informations- und Pressefreiheit

Die Rechtsprechung zu den Kommunikationsgrundrechten wurde im Berichtszeitraum von späten Entscheiden zum Weltwirtschaftsforum Davos 2001 beherrscht.¹⁰ Das Bundesgericht hatte über die staatsrecht

¹⁰ BGE 130 I 369 – WEF-Journalist I; 130 I 388 – WEF-Journalist II. Die im Text referenzierten Erwägungen gehören zum ausführlicher begründeten ersten Entscheid. Zu BGE 127 I 164 – WEF 2001 (Verweigerung der Demonstrationsbewilligung) siehe bereits ANDREAS KLEY, Grundrechte freier Kommunikation (Art. 16-18, 20-23 BV), in: Walter Kälin u.a., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, in: ZBJV 138 (2002), S. 605-704 (638 ff., 648 f.).

lichen Beschwerden zweier Journalisten zu befinden, die gemeinsam mit Demonstranten im Postauto nach Davos fahren wollten. Sie waren von der Polizei mit den übrigen Passagieren an der Weiterfahrt gehindert worden, obwohl sie ihren Presseausweis vorgelegt und darauf hingewiesen hatten, dass sie im Rahmen journalistischer Recherchen anreisen wollten. Mit ihren Beschwerden blieben die Journalisten beim Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement, beim Verwaltungsgericht und bei der Regierung des Kantons Graubünden erfolglos. Auch das Bundesgericht wies beide Beschwerden ab und folgte in der Argumentation weitgehend der Bündner Regierung. Dabei standen vier miteinander verwobene Probleme im Mittelpunkt: die Gewährleistung von Grundrechtsschutz gegenüber Realakten, die besondere Schutzbedürftigkeit der journalistischen Informationsfreiheit, die Sicherstellung effektiven Rechtsschutzes im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Zulässigkeit polizeilichen Einschreitens aufgrund der polizeilichen Generalklausel.

Hinsichtlich der Grundrechtsbeeinträchtigung sah das Bundesgericht die Schutzbereiche mehrerer Grundrechte als betroffen an. Zunächst sei „klarerweise“ die Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) berührt, wenn ein Grundrechtsberechtigter daran gehindert werde, „auf öffentlicher Strasse mit einem öffentlichen Verkehrsmittel nach Davos zu gelangen“ (E. 2 S. 373). Die in diesem Punkt bekundete Entschiedenheit ist erstaunlich, handelt es sich hier doch um ein örtlich eng begrenztes Zugangshindernis, das die Bewegungsfreiheit im übrigen nicht behindert. Die Sachlage stellt sich bei der Davoser Zugangsbeschränkung nur unwesentlich anders dar als in den Seennutzungsfällen, bei denen das Gericht die Bewegungsfreiheit als nicht betroffen ansah.¹¹ Einen parallelen Schutz über Artikel 8 EMRK hat das Gericht denn auch mangels Schwere der Massnahme verneint (E. 2 S. 373 f.). Für die betroffenen Journalisten liegt das Hauptgewicht der Beeinträchtigung in solchen Fällen nicht in der räumlichen Beschränkung, sondern bei dem dadurch mittelbar bewirkten Recherche- und Publikationshindernis. Demgemäss sah das Bundesgericht auch die Informations- und Pressefreiheit als berührt an – und zwar sowohl als bundesverfassungsrechtliche Grundrechtsgarantie (Art. 16 Abs. 1 und 3, Art. 17 Abs. 1 BV) wie auch als internationale Menschenrechtsgarantie (Art. 10 EMRK, Art. 19 UNO-Pakt II). Die besondere grundrechtliche

¹¹ Insbesondere in dem (vom Gericht auch erwähnten) Entscheid BGE 108 Ia 59 E. 4a S. 60 f. – Zürichsee.

Schutzbedürftigkeit der Journalisten wird hervorgehoben, wenn das Gericht ihnen im Grundsatz zugesteht, sie könnten „aufgrund der Informationsfreiheit beanspruchen, eine allenfalls stattfindende unbewilligte Demonstration mitzuverfolgen.“ (E. 2 S. 375).

Die beeindruckende Phalanx grundrechtlicher Abwehransprüche, der die Wirtschaftsfreiheit noch hätte hinzugefügt werden können, blieb jedoch im Falle der WEF-Journalisten weitgehend wirkungslos. Das Bundesgericht teilte die Auffassung der Vorinstanz, dass auf die Rüge der Grundrechtsverletzung nicht einzutreten sei. Dem schweizerischen Recht sei ein allgemeiner Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz bisher fremd und werde ihm – wegen der Möglichkeit von Ausnahmen zur neuen Rechtsweggarantie (Art. 29a nBV) – auch künftig fremd bleiben.¹² Weil ausserdem keine Beeinträchtigung von „civil rights“ im Sinne von Artikel 6 EMRK vorliege, sei das Nichteintreten des Verwaltungsgerichts richtig gewesen. Das kantonale Recht Graubündens sieht eine Beschwerde gegen Realakte nicht vor und gewährt den Betroffenen – anders als das Verwaltungsverfahrenrecht im Bund und in einzelnen Kantonen¹³ – auch keinen Rechtsanspruch darauf, mit einem Antrag auf nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit zu einer anfechtbaren Verfügung zu gelangen¹⁴. Da ausserdem Artikel 29a BV noch nicht in Kraft ist, sah das Bundesgericht den Rechtsschutz auf das unbedingt erforderliche Mindestmass nach Artikel 13 EMRK beschränkt.¹⁵ Diese Argumentation, mit der das Bundesgericht sich die Rechtsauffassung der Bündner Regierung zueigen machte, hat zwei Konsequenzen. Erstens bleiben alle betroffenen Grund- und Menschenrechte ausser Artikel 10 EMRK funktionslos, weil der Rechtsschutz gegenüber Realakten nur im Wege konventionskonformer Analogie zum kantonalen Verwaltungsverfahrenrechts erfolgt.¹⁶ Und zweitens kommt es grundrechtlich betrachtet zu einem Wertungswiderspruch, weil die polizeilichen Realakte mangels schriftlicher Begründung besonders rechtfertigungsbedürftig

¹² BGE 130 I 369 E. 3 und 4 S. 376; BGE 130 I 388 E. 2 bis 4 S. 390 ff.

¹³ Art. 25 Abs. 2 VwVG; zum Beispiel des kantonalen Rechts in Zürich vgl. § 19 Abs. 1 und § 21 VRPG ZH sowie BGE 121 I 87 E. 1.b S. 91 f. – Staatliche Publikationen.

¹⁴ Vgl. Art. 15 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 VVG GR.

¹⁵ BGE 130 I 369 E. 6.1 und 7.1 S. 377 ff., 380.

¹⁶ BGE 130 I 369 E. 6.1 S. 377 ff. (379): im Ergebnis sei die polizeiliche Anordnung von Rückweisungen keine "eigentliche Verfügung"; dies führe zu einer nur *analogen* Anwendung des VVG mit verringerter Rechtsschutzdichte.

sind, sich aber je nach kantonalem Recht einer Prüfung weitgehend entziehen, während die schriftlich begründeten Verfügungen mit Rechtsmitteln angreifbar und an den Massstäben der Bundesverfassung kontrollierbar sind. Der Entscheid verdeutlicht, dass mit dem Inkrafttreten der Justizreform (Art. 29a nBV, Art. 25a nVwVG) in den Fällen verfügungsfreien Staatshandelns eine Rechtsschutzverbesserung gegenüber der bisherigen Rechtslage eintreten wird, sofern die Ausnahmen in engen Grenzen gehalten werden.¹⁷

Die besondere Schutzbedürftigkeit der journalistischen Informationsfreiheit wird vom Bundesgericht anerkannt, indem es mehrfach zwischen den betroffenen Journalisten und den übrigen zurückgewiesenen Personen unterscheidet (E. 7.4 S. 384, E. 7.5 S. 385) und auch betont, dass es nicht Sache der Behörden sei, über den geeigneten Zeitpunkt von Recherchen zu befinden (S. 386). Auch könne der blosser Hinweis auf fehlende Akkreditierung nicht genügen, um eine Rückweisung von Journalisten zu rechtfertigen (S. 387) – eine Feststellung, die sich eigentlich von selbst versteht, solange die Journalisten keinen Zugang zu privaten Räumen, sondern zum Ort Davos begehren. Im Ergebnis der Abwägung schlägt sich die Differenzierung zwischen journalistischem und allgemeinem Informationsinteresse jedoch nicht nieder. Das Bundesgericht anerkennt die Befugnis der Polizei, Personenkontrollen in angespannter Lage „in etwas schematischer Weise“ vorzunehmen – das heisst auch ohne die Berücksichtigung vorgezeigter Journalistenausweise. Das Gericht dehnt damit seine Argumente zur Rückweisung von Teilnehmerinnen einer nicht bewilligten Demonstration auf die Rückweisung der Journalisten aus. Bezeichnenderweise findet dazu keine Erforderlichkeitsprüfung statt. Hätte sich das Gericht eindringlich gefragt, ob es zur Gefahrvermeidung wirklich nötig war, auch die Journalisten zurückzuweisen, so wäre die Entscheidung anders zu treffen gewesen.

Schliesslich hatte das Gericht aktuell Stellung zu einem Sonderproblem zu beziehen, das sich seit der Entscheidung zum *numerus clausus* für das Medizinstudium in Zürich stellt. Die Anwendung der polizei

¹⁷ Zu den Auswirkungen der neuen Rechtsschutzgarantie etwa WALTER KÄLIN, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, in: ZBl 1999, S. 49-63 (52 f., 57); YVO HANGARTNER, Recht auf Rechtsschutz, in: AJP 2002, S. 131-155 (135 f.); MARKUS MÜLLER, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken, in: ZBJV 140 (2004), S. 160-197 (174 f.).

lichen Generalklausel wurde damals vom Gericht ausgeschlossen, weil eine typische und erkennbare Gefährdungslage trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert worden war.¹⁸ Auch in den aktuellen Entscheiden zur Rückweisung von Journalisten hielt das Bundesgericht an diesem zusätzlichen Kriterium jedenfalls nominell fest, obgleich bereits in den Jahren 1999 und 2000 unfriedliche Demonstrationen anlässlich des Weltwirtschaftsforums stattgefunden hatten, so dass die Gefährdungen beim WEF 2001 nicht ganz untypisch und jedenfalls im Grossen und Ganzen auch vorhersehbar waren. Die Behörden waren in ihren Lagebeurteilungen zudem durchweg von einer solchen Gefährdungslage ausgegangen. Das Bundesgericht konnte unter diesen Umständen nur dadurch den Ausschluss der polizeilichen Generalklausel verhindern, dass es verschärfend verlangte, die Gefährdungslage müsse „seit längerer Zeit voraussehbar oder im Einzelnen in typischer Form erkennbar gewesen“ sein (E. 7.2 S. 383). Ergänzend wird die Schwierigkeit der Materie als Rechtfertigung für die Untätigkeit des Gesetzgebers angesehen. Nimmt man diese Argumente gesamthaft in den Blick, so zeigt sich, dass das Gericht das Zusatzkriterium der typischen und erkennbaren Gefährdungslage zu einem blossen *Rechtsmissbrauchsverbot* zurückstuft. Statt einer Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel kommt ihm zukünftig die Stellung eines Ausschlussgrundes für speziell gelagerte Ausnahmefälle zu.

2. Meinungsfreiheit

Der im Ausgangspunkt strafrechtliche Entscheid zur Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB), mit dem das Bundesgericht ausdrücklich eine Rechtsprechungsänderung vornahm (BGE 130 IV 111), zeigt gleich doppelte Grundrechtsrelevanz: einerseits als Rechtfertigung eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit und andererseits als Beispiel für die objektivrechtliche Wirkung der Menschenwürdegarantie.

Die Angeklagten hatten etwa 40 bis 50 Personen aus der Skinhead-Szene zu einem Vortrag mit dem Titel „Die Entstehung der SS und der Waffen-SS“ in eine Waldhütte persönlich und schriftlich ein

¹⁸ Vgl. BGE 121 I 22 E. 4.b.aa S. 28 – *numerus clausus* beim Medizinstudium; bestätigend aufgegriffen unter anderem in BGE 126 I 112 E. 4.b S. 118 – Zwangsmedikation Bern.

geladen. Von der Anschuldigung der Rassendiskriminierung waren sie vor den kantonalen Gerichten freigesprochen worden, wogegen der Generalprokurator des Kantons Bern eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde führte, die das Bundesgericht im Ergebnis guthiess. Im Kern ging es um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „öffentlich“ im Sinne von Artikel 261^{bis} StGB. Das Gericht rekapitulierte seine frühere Rechtsprechung¹⁹ und stellte fest, dass es bisher auf die Grösse des Adressatenkreises, auf die persönliche Beziehung zwischen Äusserndem und Adressaten und auf das Risiko der Weiterverbreitung abgestellt hatte, ohne dass ein „Grenzwert“ festgelegt worden wäre (E. 3.2 S. 114 ff.). Das Gericht ging sodann – im Gegensatz zur Lehre²⁰ – davon aus, dass es keine zwingenden Gründe gebe, einen einheitlichen Öffentlichkeitsbegriff innerhalb des Strafgesetzbuches anzunehmen (E. 4.2 S. 117). Der spezifische Begriff der Öffentlichkeit in Artikel 261^{bis} StGB sei mit Blick auf das geschützte Rechtsgut der Menschenwürde dahin auszulegen, dass alle Äusserungen umfasst werden, die „nicht auf das engere private Umfeld beschränkt“ blieben (E. 5.2.1 S. 119). Die Öffentlichkeit im Sinne von Nicht-Privatheit sei „inskünftig ungeachtet der Zahl der Adressaten“ zu beurteilen (E. 5.2.2 S. 119). Das Bundesgericht begründet diese Abwendung von einer quantitativen Konkretisierung des Öffentlichkeitskriteriums damit, dass sich die Zahl der Adressaten oft durch Zufall ergebe und darum kein taugliches Kriterium sein könne.²¹ Die Adressatenzahl werde allenfalls als Indikator relevant, um den privaten Charakter von Äusserungen zu bestimmen, der sich auf Äusserungen beschränke, „die im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen“ (E. 5.2.2 S. 119).

¹⁹ Insbesondere BGE 111 IV 151 E. 2 und 3 S. 153 f. – Tessinerplatz; 123 IV 202 E. 4.c S. 210 – Universale Kirche.

²⁰ Für einen einheitlichen und dabei weiten Öffentlichkeitsbegriff etwa GERHARD FIOILKA/MARCEL A. NIGGLI, Das Privat und das Politische. Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht am Beispiel der Bundesgerichtsentscheide vom 21. Juni 2000 und vom 23. August 2000 betreffend Rassendiskriminierung, in: AJP 2001, S. 533-547 (535 f., 538).

²¹ Ähnlich bereits Fiolka/Niggli, Das Private und das Politische (Fn. 20), S. 540 f.: "Öffentlichkeit ist keine Zahl".

Der Entscheid, der von einem kritischen Presseecho begleitet war,²² vergrössert die Reichweite der Strafrechtsnorm und erhöht damit deren Wirksamkeit. Dieser Effekt tritt weniger durch die Abwendung von den früheren Zahlenspielen ein als vielmehr durch den Wechsel von einer positiven zu einer negativen Öffentlichkeitsdefinition. Wurde früher nach Indikatoren gesucht, die auf eine ausreichend breite und intensive Wirkung der rassistischen Äusserung hindeuteten (viele Adressaten, hohes Risiko der Weiterverbreitung), gilt künftig jede Äusserung als öffentlich, die nicht nachweislich privat ist. Das ist zwar keine Umkehrung der Beweislast und auch kein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung, aber doch ein Wechsel in der Argumentationslast bei der interpretativen Ausdeutung von Artikel 261^{bis} StGB zu verschiedenen Fallgruppen der strafbaren rassistischen Äusserung. Diese Verschärfung des Interpretationsrahmens ist vom Gericht gewollt und wird offensiv befürwortet. Es gehe um „die Menschenwürde jedes Einzelnen der betroffenen Gruppe“ (E. 5.1 S. 118). Aussagen, die andere Menschen in ihrer Würde unmittelbar oder mittelbar verletzt seien „in einem Rechtsstaat inakzeptabel und an sich schon strafwürdig“ (E. 5.2.1 S. 118). Lediglich aus Rücksicht auf die Vertraulichkeit im engen privaten Rahmen habe der Gesetzgeber die Strafbarkeit durch das Öffentlichkeitskriterium zurücknehmen wollen.

Die extensive Ausdeutung des Öffentlichkeitsbegriffs erweist sich damit als eine Rechtsanwendungshandlung, bei der die wertsetzende Bedeutung der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie für die ganze Rechtsordnung ihren Ausdruck findet (Art. 7, 35 BV). Der Entscheid ist ein Beispiel dafür, auf welchen Wirklinien die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte zum Tragen kommt. Er zeigt ein für grundrechtliche Schutzwirkungen nicht untypisches Problem auf. Für das Gericht ergibt sich ein Zwiespalt, bei dem der Grundrechtsschutz der Einen (hier: der rassistisch Herabgesetzten) gleichzeitig die Eingriffser Rechtfertigung gegenüber den Anderen bedeutet (hier: den ihre Meinung äussernden Skinheads). In einem wenig später ergangenen Entscheid zur Rassendiskriminierung hat das Gericht die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die Strafrechtsnorm denn auch genau umgekehrt thematisiert:

„Bei der

²² Zusammenfassend GERHARD FIOKA, Wann sind rassistische Äusserungen öffentlich? Bundesgerichtsentscheid vom 27. Mai 2004 (6S.318/2003; BGE-Publikation vorgesehen), in: *medialex* 2004, S. 218-222 (221).

Auslegung von Art. 261^{bis} StGB ist der Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK; Art. 19 UNO-Pakt II) Rechnung zu tragen“ (BGE 131 IV 23 E. 3.1 S. 27). Im Ergebnis wurde daraufhin das Strafurteil gegen den FPS-Präsidenten Jürg Scherrer vom Bundesgericht aufgehoben (E. 3.5 S. 32). Wenn die wertsetzende Bedeutung der Grundrechte eine solche Janusköpfigkeit aufweist, dass sie mal für und mal gegen die Strafbarkeit angeführt werden kann, dann muss sich das Bundesgericht fragen lassen, ob es nicht dem Gesetzgeber besser anstünde, hier die Konkretisierungen vorzunehmen. Politisch und rechtspolitisch verdienen martialisch auftretende Ausländerfeinde wenig Schonung; die Strafrechtsverschärfung kraft richterlicher Grundrechtsdeutung ist indes nicht der beste Weg.

VI. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) (MM)

1. Sachlicher Schutzbereich

BGE 126 I 213 stellt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie eine wichtige Wegmarke dar. Mit dieser Entscheid gab das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung auf, wonach ein Strassenanstösser kein besseres Recht auf Benützung einer im Gemeingebrauch stehenden Strasse hat als jedermann, sondern lediglich über eine tatsächliche Vorzugsstellung verfügt. Es anerkannte in jenem Entscheid erstmals, dass der Schutzbereich der Eigentumsgarantie sich nicht nur auf unmittelbar aus dem Eigentum fliessende rechtliche Befugnisse, sondern auch auf gewisse faktische Voraussetzungen zu deren Ausübung erstreckt (E. 1b/bb, S. 215).²³ Mit dieser Schutzbereichserweiterung wollte das Gericht Strassenanstösser allerdings nicht vor jeder ihnen lästigen Änderung des Verkehrsregimes schützen. Es liess in jenem Entscheid jedoch noch offen, welches die hierfür *relevanten Abgrenzungskriterien* sein könnten. In BGE 131 I 12 hat nun das Gericht hierauf eine erste Antwort geliefert. Danach soll sich ein Eigentümer nur gegen eine Änderung im Verkehrsregime zur Wehr setzen können, die ihm „die bestimmungsgemässe Nutzung seines Eigentums
verunmöglicht
oder

²³ Vgl. die Besprechung in ZBJV 2002, S. 650 f.