

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007

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 2006 und 2007 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 den Namen der jeweiligen Autoren / der Autorin gekennzeichnet.*

Inhaltsübersicht

- I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Markus Müller)**
 - 1. Allgemeines
 - 2. Handeln nach Treu und Glauben
- II. Allgemeine Grundrechtslehren (Walter Kälin)**
- III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot (Walter Kälin)**
 - 1. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot
 - 1.1 Rechtsgleichheitsgebot
 - 1.2 Diskriminierungsverbot
 - 2. Willkürverbot und Wahrung von Treu und Glauben
 - 2.1 Willkürverbot
 - 2.2 Gebot von Treu und Glauben
- IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Walter Kälin)**
 - 1. Menschenwürde
 - 2. Persönliche Freiheit
 - 3. Privatsphäre und Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten
 - 4. Familienleben
 - 5. Grundschulunterricht

* Für ihre Mitarbeit danken wir RETO FELLER, SAMUEL MATHYS, ANNINA SCHNEIDER, SIMONE WYSS, AMANDA WITTWER.

- V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)**
- VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)**
 - 1. Medienfreiheit
 - 2. Versammlungsfreiheit
 - 3. Arbeitskampffreiheit
- VII. Eigentumsgarantie (Markus Müller)**
 - 1. Aufhebung altrechtlicher Taxikonzessionen
 - 2. Änderung, Übertragung und Entzug einer Fernmeldekonzession
 - 3. Parkverbot auf eigenem Grund
- VIII. Wirtschaftsfreiheit (Markus Müller)**
 - 1. Nebenerwerbstätigkeit einer Bezirksgerichtsschreiberin als Rechtsanwältin
 - 2. Rauchverbot in öffentlichen Räumen und Anlagen
 - 3. Rechtliches Monopol für Elektrizitätsversorgung
- IX. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)**
 - 1. Politische Rechte
 - 1.1 Behördliche Intervention in Abstimmungskämpfen
 - 1.2 Antragsrecht an Landsgemeinden
 - 2. Vorrang des Bundesrechts
 - 3. Gemeindeautonomie
 - 4. Gewaltenteilung
- X. Staatsverträge und Konkordate (Walter Kälin)**
- XI. Verfahrensgarantien (Regina Kiener)**
 - 1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung
 - 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
 - 2. Garantien in gerichtlichen Verfahren
 - 3. Garantien bei Freiheitsentzug und in Strafverfahren
 - 3.1 Anspruch auf Urteil innert angemessener Frist
 - 3.2 Zulassung anonymer Zeugen - Verteidigungsrechte
 - 4. Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

anderen öffentlichen Schule, wie in Art. 55 Abs. 1 VSG/SG vorgesehen, hätte ausgereicht, um der schweren Störung der persönlichen Verhältnisse zwischen dem Schüler und den betroffenen Lehrern zu begegnen. Das kantonale Recht sei so auszulegen, dass es den verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht auch in einem solchen Fall in einer „tauglichen Weise“ erfüllen könne (E. 2.5.4). Weil dies nicht geschah, sondern sofort der definitive Schulausschluss verfügt wurde, ist Art. 19 BV verletzt.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)

Im Fall des christlichen Kongresses "Explo 2000" in Lausanne⁸ findet das Bundesgericht einmal mehr Gelegenheit, die weitgehende Freiheit des Gesetzgebers bei der Besteuerung von Religionsgemeinschaften und -vereinen zu bekräftigen. Der beschwerdeführenden religiösen Vereinigung war für ihre mehrtätige Veranstaltung keine Befreiung von der Unterhaltungssteuer gewährt worden. Zwar ist eine Steuerbefreiung für Kultushandlungen in Lausanne gesetzlich vorgesehen, doch hatten die Behörden den steuerrechtlichen Kultusbegriff in enger Auslegung auf traditionelle kultische Handlungen beschränkt und den kostenpflichtigen internationalen Kongress der Beschwerdeführerin nicht unter die Ausnahmebestimmungen subsumiert. Das Bundesgericht sieht dadurch die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Artikels 15 BV zwar als betroffen, nicht aber als verletzt an (E. 2). Implizit geht es dabei von einem weiten verfassungsrechtlichen Kultusbegriff aus, dem gegenüber die steuerrechtliche Engführung als Einschränkung verstanden werden muss. Unter der neuen wie schon unter der alten Bundesverfassung bleibe der Gesetzgeber weitgehend frei, Religionsgemeinschaften und ihre Aktivitäten zu besteuern. Dieser generelle Gestaltungsspielraum ist im konkreten Fall des Kongresses umso mehr eröffnet, als die Steuerpflicht die Durchführung der Veranstaltung nicht unmöglich gemacht hat. Im Umkehrschluss wäre die Grenze der Rechtfertigung nach diesem Kriterium erst erreicht, wenn die Steuer nach Art und Höhe eine faktisch prohibitive Wirkung zeitigt.

⁸ BGer 2P.152/2005 vom 25. Oktober 2005 – Explo 2000.

Der Entscheid zum symbolischen Minarett in Wangen bei Olten⁹ betrifft einmal mehr die überschüssende Manifestation des einzelnen Glaubensbekenntnisses in der örtlichen Umgebung.¹⁰ Erneut hatten Nachbarn Beschwerde geführt, weil sie sich mit dem ihnen als Zumutung erscheinenden grossformatigen religiösen Symbolismus in ihrer unmittelbaren Nähe nicht abfinden wollten. Bedingt durch die unvollständigen Rügen der Beschwerdeführer kann das Bundesgericht dabei zu den materiellen Fragen gar nicht vordringen. Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts zur Zonenkonformität des symbolischen Minaretts waren nämlich nicht in Zweifel gezogen worden. Hätten die Beschwerdeführer mit ihren Rügen hier angesetzt, so wäre es durchaus fraglich gewesen, ob ein immerhin sechs Meter hoher Dachaufbau das türkische Kulturzentrum mit Gebetsräumen nicht von einem "mässig störenden Dienstleistungsbetrieb" zu einem zonenwidrigen Gebäude werden lässt. Das baurechtliche Eingliederungsgebot wäre dazu unter anderem auch im Lichte der Religionsfreiheit von Nachbarn auszulegen gewesen. Das führt zwar nicht automatisch zu einem Verbot, wohl aber zu einer Ausweitung der Argumentation von eigentlich sachfremden bautechnischen Erwägungen hin zu den im Kern liegenden religionsrechtlichen. Durch den inhaltlich stark eingeschränkten Entscheidungsgehalt fehlt leider nach wie vor ein treffender Leitentscheid zur Fallgruppe des aufgedrängten religiösen Symbolismus.

VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)

1. Medienfreiheit

Eine zehnjährige Affäre um die Verurteilung des Journalisten Dammann geht für das Bundesgericht mit der Revision seines Urteils BGE 127 IV 122 zu Ende, nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung von Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention festgestellt hatte.¹¹ Im Zusammenhang mit

⁹ BGer 1P.26/2007 vom 4. Juli 2007 – Minarett Wangen bei Olten.

¹⁰ Vgl. dazu auch BGer 1P.149/2004 vom 21. Juni 2004 – Dozulé-Kreuz Gerlafingen, mit Besprechung in ZBV 2006 S.763 f.

¹¹ BGer 6S.362/2006 vom 3. November 2006 – Revision Dammann; zuvor BGE 127 IV 122 – Fraumünster Postraub, EGMR Nr. 77511/01 vom 25. April 2006 – Dammann/Schweiz.

dem spektakulären Fraumünster Postraub hatte der Journalist im Jahr 1997 eine besonders hilfsbereite Verwaltungsassistentin der Staatsanwaltschaft durch telefonische Befragung dazu bewegt, ihm die Vorstrafen von Verdächtigten mitzuteilen. Seine Verurteilung wegen Anstiftung zur Verletzung des Amtsgeheimnisses war vom Bundesgericht aufrechterhalten worden, weil der Anstiftungstatbestand keine besonders intensive Einflussnahme voraussetze. Dem hielt Dammann entgegen, es gehöre zu seinen journalistischen Recherchepflichten, ungehemmt Fragen zu stellen, und die Behördenmitarbeiter müssten selbst wissen, was sie beantworten dürften und was nicht. Das Bundesgericht liess die Besonderheit des Medienkontextes ursprünglich unberücksichtigt: Es sei "nicht ersichtlich, weshalb ein Journalist unter dem Gesichtspunkt des Anstiftungsvorsatzes anders beurteilt werden sollte als irgendeine andere Person, die einen Beamten um Auskunft ersucht" (E. 4). Auch der Umstand, dass die vom Geheimnis geschützten Dritten konkret nicht beeinträchtigt waren, weil Dammann die Informationen nicht publiziert hatte, führte nicht zum Freispruch.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte die Verurteilung als eine Massnahme gerügt, die im konkreten Fall unverhältnismässig und darum in einer demokratischen Gemeinschaft nicht nötig sei. Es gehe nicht einfach um das Verbot einer Publikation, sondern vielmehr um die Frage, ob die Pressefreiheit im Vorfeld der Recherche generell beschränkt werden dürfe, was wegen der damit verbundenen besonderen Freiheitsgefährdung strikter Prüfung unterliege (E. 52). Selbst der geringe Betrag einer Busse ändere nichts an der Tatsache der Bestrafung und berge die Gefahr, dass Journalisten sich in der Sachaufklärung und damit in ihren Beiträgen zur öffentlichen Diskussion zukünftig zurückhalten könnten (E. 57). Statt die freie Recherchetätigkeit durch abschreckende Strafurteile zu belasten, sei es eine Obliegenheit des Staates, die öffentlichen Bediensteten selbst zu kontrollieren.

Inhaltliche Regulierungen der Medienfreiheit müssen weitgehend unterbleiben, wenn eine abschreckende Wirkung für die Zukunft (*chilling effect*) vermieden werden soll – diese Erkenntnis des internationalen Menschenrechtsschutzes hebt der Strassburger Entscheid treffend hervor. Das bundesgerichtliche Urteil konnte nicht einmal die legitimierende Kraft eines mehrpoligen Grundrechtsverhältnisses für sich in Anspruch nehmen, denn die Personen, deren

Daten vertraulichkeitswidrig offenbart worden waren, fanden sich dank des Publikationsverzichts im Ergebnis nicht geschädigt. Und selbst wenn es zu einer Publikation gekommen wäre, müsste man die Verantwortung dafür bei den Behörden verorten, nicht bei den Medienschaffenden. Schlichtes Fragen ohne Täuschung oder Drohung gehört zum Aufgabekern des Journalisten und muss im Interesse der Medienfreiheit straffrei bleiben. Sogar bei Nichtjournalisten könnte man sich fragen, ob nicht die allgemeine Meinungsäusserungsfreiheit eine vorgängige Erkundigung entsprechend schützt.¹²

Das Bundesgericht zieht im Revisionsentscheid die Konsequenzen aus der Strassburger Feststellung, hebt sein eigenes Urteil auf und verweist die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht des Kantons Zürich zurück. Nicht befriedigen kann dabei der Kostenentscheid (E. 2). Die aufgelaufenen Gerichts- und Anwaltskosten des innerstaatlichen Rechtszugs, insgesamt fast 34'000,- Franken, hatte der Europäische Gerichtshof nicht gemäss Artikel 41 EMRK zugesprochen, sondern sich auf eine Pauschale von 5'000,- Franken allein für das Konventionsverfahren beschränkt. Dies nimmt das Bundesgericht zum Anlass, um auch die Rückleistung im Revisionsverfahren (Art. 144 Abs. 1 OG) zu versagen, obgleich deren *ratio* eine ganz andere ist als die der subsidiären Billigkeitsentschädigung nach Artikel 41 EMRK. Die Konvention will einen Mindeststandard an Wiedergutmachung sicherstellen, das Revisionsrecht hingegen einen nicht hinnehmbaren Fehlentscheid beheben, also die nachteiligen Folgen für den Gesuchsteller möglichst ganz beseitigen.¹³ Dazu gehört auch die Rückleistung von fehlerurteilsbedingten Kosten, selbst wenn diese, wie im Fall Dammann, zunächst von dem Arbeitgeber getragen worden waren. Mit dem schematischen Ausschluss einer über den Strassburger Entscheid hinausgehenden Entschädigung kann sich das Bundesgericht weder auf frühere Entscheide stützen, bei denen die Pauschale vom Europäischen Gerichtshofs jeweils auch für das innerstaatliche Verfahren ausge-

¹² Dafür GREGOR T. CHATTON/STÉPHANE GRODECKI, Anmerkung zu EGMR Nr. 77511/01 vom 25. April 2006 – Dammann/Schweiz, in: AJP/PJA 2006, S. 745-749 (748).

¹³ So bisher auch das Bundesgericht in BGE 120 V 150 E. 3c bb – Geschlechtsdiskriminierende Invalidenrente (*restitutio in integrum*); BGE 124 II 480 E. 4 – Revision nach EGMR-Entscheid (regelmässiger Anspruch auf Verzinsung).

sprochen worden war, noch trägt es der Kritik in der Literatur hinreichend Rechnung.¹⁴

Eine geradezu klassische Konstellation hatte das Bundesgericht in BGE 132 III 641 zu beurteilen. Der Chefarzt für Chirurgie am Kantonsspital St. Gallen hatte eine Persönlichkeitsverletzung geltend gemacht, nachdem eine Patientenorganisation seinen übervollen Operationsplan der Presse zugespielt hatte. Während das Kantonsgericht eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung bejaht hatte, lehnt das Bundesgericht nunmehr eine solche ab. Dies geschieht, wie typischerweise in solchen Fällen, durch verfassungskonforme Auslegung des Artikels 28 ZGB, mithin unter Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung des Kommunikationsgrundrechts. Interessanterweise stellt das Gericht dabei vorwiegend auf die Medienfreiheit ab, nicht auf die allgemeine Meinungsäusserungsfreiheit. Die Weitergabe der Information an Journalisten wird so in den weiteren Kreis der Medienpublikationstätigkeit einbezogen, wodurch auch den Informanten der weitgehende Schutz zugute kommt, den die Medienfreiheit nach bisheriger Rechtsprechung genießt. Fallentscheidend ist dabei, ob die Kontaktaufnahme mit Medienschaffenden, die zu einer hinsichtlich Wahrheits- und Richtigkeitsgehalt umstrittenen Publikation geführt hat, trotz der nachteiligen Wirkung auf das Persönlichkeitsrecht des Chefarztes durch ein überwiegendes Interesse gerechtfertigt war. Das Bundesgericht hält fest, die Präsidentin der Patientenvereinigung müsse sich in der Wahl der Mittel nicht länger auf die Information von öffentlichen und fachlichen Stellen verweisen lassen, da diese seit fast zwei Jahren informiert gewesen seien. Sie habe zudem bei der Weitergabe der Daten darauf vertrauen dürfen, dass die Medienschaffenden vor der endgültigen Verarbeitung der Informationen mit dem Chefarzt zum Zwecke einer Stellungnahme Kontakt aufnehmen würden, was in der Tat auch geschah. Unter solchen Umständen rechtfertigt nach Ansicht des Bundesgerichts das öffentliche Interesse eine Weitergabehandlung, selbst wenn diese das Handeln des Betroffenen

¹⁴ Dazu BGE 123 I 283 E. 3b – Walter Sturm (Festsetzung von 10'000,- Franken durch das Ministerkomitee für das innerstaatliche und Strassburger Verfahren); BGE 125 III 185 E. 3 – Mikrowellen (40'000.- Franken für die innerstaatlichen und die Konventions-Verfahren); MARTIN PHILIPP WYSS, EMRK-Verletzung und bundesrechtliche Revision nach Art. 139a OG, in: recht 1999, S. 92-103 (97, 101, 103); ROK BEZGOVSEK, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und das steuerrechtliche Verfahren, Zürich 2002, S. 29 f.

in einem falschen oder jedenfalls verzerrten Licht erscheinen lässt. Im vorliegenden Fall ist der Operationsplan mit der in ihm verkörperten Aussage eine wahre Tatsachenbehauptung, doch über die Korrektheit der daraus abgeleiteten Folgerung, der Chefarzt habe nicht "persönlich operiert", bestand Streit.¹⁵ Das bundesgerichtliche Urteil stellt nun klar, dass solche Unsicherheiten nicht zu Lasten der Medienfreiheit und damit auch nicht zu Lasten der die Medien informierenden Personen führen dürfen. Die verfassungskonforme Auslegung von Artikel 28 Absatz 1 ZGB gebietet darum, davon auszugehen, dass die Präsidentin der Patientenvereinigung nicht an einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung im Sinne der Norm mitgewirkt hat.

2. Versammlungsfreiheit

Zum Versammlungsbegehren des "Bündnisses für ein buntes Brunnen" bestätigt das Bundesgericht in BGE 132 I 256 im wesentlichen seine bisherige Rechtsprechung. Die vom Bündnis begehrte ganztägige "antifaschistische Kundgebung" war für den 1. August 2006 bewusst als Abwehrmassnahme gegen das Auftreten rechtsextremer Kreise gedacht. In kluger Rücksichtnahme darauf, dass nach bisheriger Rechtsprechung die konkurrierenden Nutzungsbedürfnisse der Öffentlichkeit und allfällige Sicherheitsgefährdungen jeweils durch Auflagen berücksichtigt werden können und müssen, hatte das Bündnis von vorneherein keine fixen Modalitäten für die Kundgebung vorgesehen, sondern lediglich beantragt, dass der genaue Ort nach Absprache mit den Behörden an einer zentralen, für öffentliche Appellwirkung geeigneten Stelle festgelegt werden sollte. Trotz dieser Offenheit und Gesprächsbereitschaft der Veranstalter hatte der zuständige Gemeinderat das Begehren abgewiesen. Das Bundesgericht stützt diesen Entscheid im Ergebnis, nicht aber in der Begründung. Mit erfreulicher Klarheit hebt es zunächst hervor, dass es nicht Sache der Behörde sei, die Intentionen der Demonstrationsveranstalter zu bewerten. Entsprechend stand es der Vorinstanz nicht zu, über die Erforderlichkeit eines Gegenpols zum Aufmarsch rechtsradikaler

¹⁵ Vgl. Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 25. August 2005, in: Medialex 2006 S. 46-53 (49 f.).

Kreise zu spekulieren (E. 4.2). Das normtextlich unbenannte Freiheitsrecht der *Demonstrationsfreiheit* – vom Bundesgericht nach wie vor terminologisch vermieden – lässt zwar weitgehende Regulierungen und Auflagen zu Zeit, Ort und Umständen der Kundgebung zu, nicht aber inhaltlichen Dirigismus. Als Menschenrecht steht es den Antragstellern im übrigen unabhängig davon zu, ob sie zum Veranstaltungsort Brunnen eine besondere Beziehung haben oder nicht. Auch in diesem Punkt musste das Bundesgericht die Vorinstanz korrigieren (E. 4.1). Damit bleibt als Basis für das Verbot lediglich die Gefährdung, die unmittelbar oder mittelbar von der beantragten Demonstration ausgehen könnte. Zu möglichen unmittelbaren Gefährdungen der Öffentlichkeit durch die Demonstrierenden selbst hatte der Veranstalter beteuert, gegenüber rechtsradikalen Gegendemonstranten nur mit Worten, nicht mit Gewalt reagieren zu wollen. Diese Beteuerung war den Behörden indes nicht genug, zumal die Antragsteller kein konkretes Sicherheitsdispositiv vorlegen konnten. Betreffend die indirekten Gefährdungen wird vom Bundesgericht zweierlei als relevant gewürdigt. Einerseits sei nach übereinstimmender Einschätzung sämtlicher Sicherheitsbehörden aufgrund bisheriger Erfahrung mit einem Aufmarsch rechtsradikaler Gegendemonstranten zu rechnen. Andererseits verunmögliche das gleichzeitig in Brunnen stattfindende Fest zum Nationalfeiertag einen effizienten Einsatz der Polizeikräfte zur Trennung von Demonstranten und Gegendemonstranten. Auf der Basis dieser beiden Komponenten für die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass sogar ein generelles Demonstrationsverbot für den 1. August gerechtfertigt gewesen wäre. In einem Schluss *a maiore ad minus* sieht das Gericht dadurch auch die einzelne Verweigerung des Bewilligungsgesuchs gegenüber dem Bündnis als gerechtfertigt an (E. 4.6). Unbefriedigend ist an dieser Beurteilung, dass sie die weitgehende Bereitschaft der Antragsteller zu einer Kooperation mit den Behörden nicht angemessen in Rechnung stellt. Wenn sogar die Wahl des Versammlungsortes den Behörden anheimgestellt wird, dann dürfte es selbst bei angespannter Einsatzlage der Polizeikräfte und engen räumlichen Verhältnissen stets eine noch vertretbare Realisierungsmöglichkeit für die Demonstration geben. Mit der pauschalen Versagung der Versammlung hingegen nehmen die Behörden den Antragstellern jede Gestaltungsmöglichkeit für eine politische Versammlung undbürden ihnen damit im Ergebnis eine Last auf, die rechtsradikale

Kreise mit ihrem unkooperativen Verhalten in der Vergangenheit erzeugt haben.

3. Arbeitskampffreiheit

In BGE 132 III 122 – einem Entscheid zum Lausanner Medienunternehmen Presses Centrales – hatte das Bundesgericht Gelegenheit, den weiten Schutzbereich des Artikels 28 BV zu bekräftigen. Bei der Arbeitskämpfungsmassnahme hatten Mitglieder der Gewerkschaft Comedia den Zugang zum Betrieb vorübergehend blockiert. Unter den Akteuren befand sich kein Arbeitnehmer des Unternehmens selbst, weshalb das Bundesgericht die Massnahme nicht unter die Definition des Streiks subsumieren konnte (E. 4.3). Es handelt sich aber um eine Arbeitskämpfungsmassnahme mit dem Ziel, das Presseunternehmen zur Unterzeichnung eines neuen Gesamtarbeitsvertrags zu bewegen. Solche Massnahmen stehen, selbst wenn sie nicht im engeren Sinn als Streik und Aussperrung gelten, unter dem Schutz des kollektiven Grundrechts aus Artikel 28 BV. Durch die zivilrechtliche Einbindung des Falles bietet der Entscheid gleichzeitig ein Anwendungsbeispiel für die mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte, wie sie neu durch Artikel 35 Absatz 3 BV ausdrücklich geboten ist. Insofern obliegt es den richterlichen Behörden, die zivilrechtlichen Bestimmungen über entschädigungspflichtige unerlaubte Handlungen im Lichte des Grundrechts auf Arbeitskampffreiheit auszulegen. Über diese dogmatische Brücke hatte das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung zum Streikrecht auf die Arbeitskämpfungsmassnahme der Comedia zu übertragen. Es lehnt sich im Ergebnis ohne Abstriche an die bisherige vierstufige Prüfung an (E. 4.4.2). Das ist deshalb nicht unproblematisch, weil der als vierte Bedingung geforderte Gewerkschaftsbezug in der neuen Formulierung des Artikels 28 Absatz 2 BV nicht enthalten ist. Damit böte sich die Möglichkeit, die Arbeitskampffreiheit im Interesse eines weiten Schutzbereiches gleichzeitig als individuelles Grundrecht zu verstehen. Die sogenannten "wilden Streiks", die ohne gewerkschaftliche Koordination vonstatten gehen, könnten dann jedenfalls in solchen Fällen als geschützt angesehen werden, in denen sie sich der Anlässe und Formen des traditionellen gewerkschaftsgeführten Streiks bedienen. Dem ist das Bundesgericht in einem *obiter dictum* indes nicht gefolgt, sondern hat auch für die zukünftige Anwendung des Artikels 28 BV einen Gewerkschaftsbezug zwingend gefordert.

Entscheidungsprobleme boten sich dem Gericht nur hinsichtlich zweier Voraussetzungen. Zunächst war die Einhaltung der Friedenspflicht problematisch, weil nach neuester Rechtsprechung des Gerichts¹⁶ auch nach einem Austritt der Arbeitgeberin aus dem Arbeitgeberverband der Gesamtarbeitsvertrag bis zum Ende seiner Geltungsdauer weiterhin für die Parteien verbindlich bleibt. Durch die Neuheit dieser Rechtsprechung war der Umstand allerdings beiden Parteien verborgen geblieben, weshalb sie sich hinsichtlich der Friedenspflicht übereinstimmend in einem Irrtum befanden. In diesem besonderen Kontext, der sich nicht so leicht wiederholen dürfte, beurteilt das Bundesgericht die Ignorierung der Friedenspflicht als entschuldbar (E. 4.5.3). Die Fortgeltung des Gesamtarbeitsvertrags führt also in diesem Fall nicht dazu, dass Arbeitskämpfmassnahmen von vorneherein als unzulässig beurteilt werden müssten. Damit bleibt streitentscheidend allein die Frage, ob die Massnahmen der Gewerkschaft Comedia dem arbeitsrechtlichen Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprachen. Die Linie wird hier gezogen zwischen unzulässigen Gewaltanwendungen gegen Personen und Sachen einerseits und zulässigen Streikposten andererseits, mit denen die Arbeitnehmer auf friedliche Weise am Zugang zum Unternehmen gehindert werden sollen (*peaceful picketing*). Die Massnahmen der Gewerkschaft waren damit im Grundsatz zulässig und dürften selbst dann nicht zu einem Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung führen, wenn dem Presseunternehmen nachweislich ein Einnahmeausfall entstanden wäre. Dies galt allerdings nicht mehr für die nachfolgenden Eskalationshandlungen, die das Bundesgericht insgesamt als unverhältnismässig einordnet. So waren von den Akteuren Schäden an der Absperrvorrichtung des Presseunternehmens, an einzelnen Fenstern und an den Reifen eines Lastwagens verursacht worden. Ausserdem kam es zu tätlichen Auseinandersetzungen mit einem Lastwagenfahrer und mit einzelnen Arbeitnehmern des Presseunternehmens. Das Gericht lässt sich bei dieser Beurteilung auch nicht dadurch beeindrucken, dass die Gewerkschafter ihre Hilflosigkeit gegenüber Solidarisierungsaktionen der Lausanner Alternativszene bekundeten. Es verlangt vielmehr, eine Arbeitnehmerorganisation müsse für ihre Kämpfmassnahmen einen hinreichend leistungsfähigen Ordnungsg-

¹⁶ BGer 4C.7/1999 vom 13. Juni 2000, E. 4 b) – Garagisten in Genf.

dienst einrichten, um Eskalationen selbst zu verhindern. Trotz ihrer Erfolglosigkeit im Ergebnis bleibt die Beschwerde ein Meilenstein auf dem Weg zu einem weiten Verständnis der Arbeitskampffreiheit in Artikel 28 BV.

VII. Eigentumsgarantie (Markus Müller)

1. Aufhebung altrechtlicher Taxikonzessionen

Im Urteil vom 18. Mai 2006 (2P.315/2005)¹⁷ prüft das Bundesgericht die Vereinbarkeit des neuen Stadtluzerner Taxireglements¹⁸ mit der Eigentumsgarantie. In den Übergangsbestimmungen (Art. 26 Abs. 1) ist die entschädigungslose Aufhebung altrechtlicher Taxikonzessionen nach Ablauf einer 10-jährigen Übergangsfrist vorgesehen. Dagegen legten 17 Inhaber altrechtlicher Taxikonzessionen Beschwerde beim Bundesgericht ein. Sie machten sinngemäss geltend, die altrechtlichen Nutzungsrechte stellten *wohlerworbene Rechte* dar und könnten ihnen daher nur gegen Entschädigung entzogen werden.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis fällt die Benutzung öffentlicher Standplätze (sog. A-Taxibewilligungen) unter den Begriff des *gesteigerten Gemeindegebrauchs*, der zwar Gegenstand einer Bewilligung bildet, nicht aber eine eigentliche (Sondernutzungs-)Konzession voraussetzt. Dementsprechend hat es das Bundesgericht in solchen Fällen stets abgelehnt, wohlerworbene Rechte anzunehmen¹⁹. Angesichts dieser Rechtslage sieht das Gericht in der angefochtenen Vorschrift, welche der Weitergeltung der strittigen Nutzungsrechte eine zeitliche Grenze setzt, keinen Verstoss gegen die Eigentumsgarantie. Daran würde sich seiner Ansicht nach selbst dann nichts ändern, wenn die Nutzungsrechte ihrer Bezeichnung entsprechend als *Taxikonzessionen* einzustufen wären. Durch das Einräumen «ewiger» Nutzungsrechte würde sich das Gemeinwesen sonst in unzulässiger Weise hoheitlicher Befugnisse berauben (E. 3.3)²⁰.

¹⁷ Publiziert in: ZBl 2007, S. 226 ff.

¹⁸ Reglement vom 12.6.2003 über das Taxiwesen (Städt. Rechtssammlung Nr. 6.2.1.1.1).

¹⁹ BGE 108 Ia 135 E. 5a mit weiteren Hinweisen.

²⁰ Vgl. auch BGE 127 II 69 E. 4c; 125 I 300 E. 3b/bb; 97 II 392 E. 10.