

## **Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009**

VON PROFF. WALTER KÄLIN, ANDREAS LIENHARD, PIERRE  
TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER, Bern

Die Autoren sind Mitglieder des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Sie haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2008 und 2009 untereinander aufgeteilt; angestrebt wird eine Konzentration auf die wichtigsten Entscheide, insbesondere zu Grundsatzfragen.

Die Beiträge sind mit den Namen des jeweiligen Autors gekennzeichnet.

### **Inhaltsübersicht**

- I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns  
(Axel Tschentscher)**
- 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  
(Axel Tschentscher)**
  - 1. Menschenwürde
  - 2. Persönliche Freiheit
  - 3. Privatsphäre
  - 4. Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten
  - 5. Familienleben
- V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)**

---

· Für ihre Mitarbeit danken wir MELANIE AEBLI, SARA BAREŠIC, DOMINIKA  
BLONSKI, IRENE GROHSMANN, DAVID IANNELLI, ROLAND SARBACH, ANNINA  
SCHNEIDER FELLMANN, MICHAËL WEBER.

**VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)**

1. Demonstrationsfreiheit
2. Meinungs- und Informationsfreiheit
3. Streikfreiheit

**VII. Eigentumsgarantie (Andreas Lienhard)**

1. Sachlicher Schutzbereich (wohlerworbene Rechte)
2. Öffentliches Interesse

**VIII. Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)**

1. Sachlicher Schutzbereich
2. Verhältnismässigkeit sowie Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe

**IX. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)**

1. Politische Rechte
  - 1.1 Verfahren
  - 1.2 Ungültigerklärung von Volksinitiativen
  - 1.3 Mediale Einflussnahme
2. Vorrang des Bundesrechts
3. Gemeindeautonomie
4. Gewaltenteilung

**X. Staatsverträge und Konkordate (Walter Kälin)****XI. Verfahrensgarantien (Walter Kälin)**

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
  - 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung
  - 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
  - 1.3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
2. Rechtsweggarantie
3. Garantien in gerichtlichen Verfahren
  - 3.1 Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht
  - 3.2 Anspruch auf Beurteilung am Wohnsitz des Beklagten
  - 3.3 Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung
4. Garantien beim Freiheitsentzug
5. Garantien im Strafverfahren

## I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)

Die Verhältnismässigkeit als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) war bereits durch den Beschluss der Vereinigung sämtlicher Abteilungen des Bundesgerichts für nicht isoliert rügefähig erklärt worden.<sup>1</sup> Ausserhalb der Rüge konkreter Grundrechtsverletzungen prüft das Gericht die Verhältnismässigkeit darum nur mit geminderter Prüfungsdichte, statt sie der «strengeren Variante von Art. 36 Abs. 3 BV»<sup>2</sup> zu unterwerfen. Konsequenterweise wird in BGE 134 II 235<sup>3</sup> nur noch davon gesprochen, dass die verhängte Disziplinarbusse in Höhe von CHF 1500.– nach der Gesamtheit der Umstände «nicht offensichtlich unverhältnismässig» («pas manifestement disproportionnée») sei.<sup>4</sup> Dem gebüsten Osteopathen wird damit einiges zugemutet, denn die Verurteilung durch die Berufsvereinigung (Société Vaudoise de Médecine) erfolgte aus einem aus seiner Sicht kaum vorhersehbaren Grund. Die Mutter einer 13-jährigen Patientin hatte zunächst eine Behandlung gewünscht, später dann aber geltend gemacht, der Mediziner hätte ihre Meinung ignorieren und allein auf den Protest der Minderjährigen abstellen müssen. Geprüft wird dieser Fall vom Bundesgericht anhand von Art. 16 ZGB, ohne auf die einschlägige Garantie der Bundesverfassung (Art. 11 Abs. 2 BV) oder auf das möglicherweise beeinträchtigte Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) einzugehen.

Unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) bestätigte das Bundesgericht in BGE 134 I 199<sup>5</sup> seine frühere Rechtsprechung, nach der den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen dürfen. Der Regierungsrat des Kantons Zürich hatte es versäumt, auf die neuerdings bei kommunalen Kreditbeschlüssen bestehende Beschwerdemöglichkeit zum kantonalen Verwaltungsgericht hinzuweisen. Die nicht anwaltlich vertre-

<sup>1</sup> BGE 134 I 153 – Schulausschluss St. Gallen; siehe dazu hinten in Ziff. III.2.1 sowie ZBJV 144 (2008), 733-764 (735 ff.); ausführliche Kritik ausserdem bei YVO HANGARTNER, Besprechung von BGE 134 I 153, in: AJP 2008, S. 1592-1596 (1593 ff.), mit dem Ansatzpunkt (S. 1594), es handle sich um eine «Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes».

<sup>2</sup> Formulierung bei YVO HANGARTNER, Besprechung von BGE 133 I 110, in: AJP 2007, S. 1583-1585 (1584).

<sup>3</sup> Siehe hinten Ziff. III.2.1.

<sup>4</sup> BGE 134 II 235 E. 4.4 S. 242 – Minderjährige Patientin = Entscheid 2C.5/2008 vom 2. April 2008 = Pra 2009 Nr. 31 S. 176-184 (183).

<sup>5</sup> Siehe hinten Ziff. III.2.2.

tene Beschwerdeführerin konnte diese Beschwerdemöglichkeit nicht ohne weiteres erkennen. Das Bundesgericht überwies die Beschwerde darum dem Verwaltungsgericht, ohne dass eine Verfristung anzunehmen wäre.

## II. Allgemeine Grundrechtslehren (Walter Kälin)

Auch in diesem Berichtsjahr hat sich das Bundesgericht wiederholt mit der Tragweite von Art. 35 BV befasst.

Grundrechte begründen nicht nur subjektiv-rechtliche Ansprüche von Personen, sondern schaffen auch objektives Recht, das den Staat und seine Organe unabhängig davon bindet, ob Private im konkreten Fall direkt durchsetzbare Grundrechtsansprüche besitzen. Dies ergibt sich aus Art. 35 Abs. 1 BV, wonach die Grundrechte «in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen». Im Fall von negativen Einbürgerungsentscheiden, welche mit dem Hinweis auf das (islamische) Kopftuch der Gesuchstellerinnen begründet wurden, wird dies relevant. Die Religionsfreiheit gemäss Art. 15 BV ist, wie das Bundesgericht festhält «nicht nur ein individuelles Abwehrrecht, sondern enthält auch einen objektivrechtlichen Gehalt, an dem sich gemäss Art. 35 Abs. 1 BV die gesamte Staatstätigkeit auszurichten hat [...] und der auch im Einbürgerungsverfahren ungeachtet der Natur und der Stufe des entscheidenden Organs zu beachten ist. In diesem Sinne verbietet Art. 8 Abs. 2 BV Diskriminierungen, die an religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen und ihren Manifestationen anknüpfen» (BGE 134 I 49, E. 2.4 S. 52 und 134 I 56, E. 4.4 S. 61. Näheres zu diesen Urteilen hinten Ziff. III.1.2). Während der Hinweis auf den (bloss) objektivrechtlichen Charakter von Art. 15 BV im konkreten Kontext richtig ist, da die Glaubens- und Gewissensfreiheit keinerlei Ansprüche im Einbürgerungsverfahren verleiht, ist die Verknüpfung dieser Aussage («in diesem Sinne») mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV zumindest höchst missverständlich. Wie das Bundesgericht seit BGE 129 I 217 anerkennt, gewährt das Diskriminierungsverbot zwar keinen Anspruch auf Einbürgerung, aber immerhin auf Schutz vor negativen Einbürge-

zukommen, das sich daraus die begründete Erwartung einer Einweisung von Land in eine Bauzone ergebe. Indessen würden die Vorgeschichte und der Vertrauensschutz einem Grundeigentümer keinen unbedingten Anspruch auf Zuteilung seiner Parzelle zu einer RPG-konformen Bauzone verleihen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts anerkenne, dass die Verwirklichung der Raumplanungsgrundsätze der Beständigkeit eines altrechtlichen Plans vorgehe. Es sei vorderhand erheblich, ob die Vorgeschichte eine Abfolge von Ereignissen beinhalte, welche auf die Einzonung des Gebiets ausgerichtet gewesen seien. Weiter werde für die Berufung auf Vertrauensschutzinteressen vorausgesetzt, dass eine Kollision mit dem Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts, vorliegend einer RPG-konformen Nutzungsplanung, nicht absehbar gewesen sei (E. 7.1). Im konkreten Fall kommt das Bundesgericht auf der Basis der Vorgeschichte zum Schluss, es seien keine Zusicherungen erkennbar. Mit der Annahme der Volksinitiative habe sich zudem die Situation im Juni 2004 für die Gemeinde geändert. Die Beschwerdeführer könnten keine Zusicherungen auf Beibehaltung der Bauzone im Gebiet Blözen aus den früheren Absichten des Gemeinderats, das Gebiet Blözen entsprechend dem Planungskonzept der Überbauung zuzuführen, ableiten. Zur Festsetzung der Nutzungsplanung sei nicht der Gemeinderat, sondern der Einwohnerrat zuständig. Die Beschwerdeführer würden den kommunalen Behörden zudem zu Unrecht widersprüchliches Verhalten vorwerfen. Vielmehr hätten sich mit der Annahme der Initiative die Planungsabsichten der Gemeinde in Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht und den darin zum Ausdruck gebrachten öffentlichen Interessen in sachlich begründeter Weise geändert. Ein derartig sachlich begründeter Meinungsumschwung sei mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar. (E. 7.4).

#### **IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)**

##### *1. Menschenwürde*

Dürfen Sozialhilfeabhängigkeit und Behinderung als Gründe angeführt werden, um einer seit mehr als zehn Jahren in der Schweiz lebenden Entmündigten die Einbürgerung zu versagen? Das Bundesge-

richt hat in einer subsidiären Verfassungsbeschwerde zu dieser Frage treffend herausgestellt, dass bei Verwendung der Fürsorgeabhängigkeit als Rechtskriterium allgemein eine Stigmatisierung, Herabsetzung und Stereotypisierung droht, die mit dem Diskriminierungsverbot und der Menschenwürdegarantie in Konflikt gerät.<sup>15</sup> Ob die Gruppe der Fürsorgeabhängigen als ungeschriebene Fallgruppe unter den allgemeinen Diskriminierungstatbestand (Art. 8 Abs. 2 BV) fällt,<sup>16</sup> lässt das Gericht allerdings offen, weil in erster Linie eine indirekte Diskriminierung wegen der Behinderung vorliege (E. 6.1).<sup>17</sup> Bei der Rechtfertigungsfrage wird zunächst das Fiskalinteresse der Gemeinde als ein möglicherweise hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse angesprochen. Entscheidend abgestellt wird allerdings auf den Gedanken, dass es unter dem Gesichtspunkt des Menschenwürdeschutzes (Art. 7 BV) stossend wäre, die für die Behinderte wichtige Einbürgerung allein deshalb zu verweigern, weil damit die (unbestrittene) staatliche Unterstützungspflicht von der eidgenössischen Asylfürsorge auf die gemeindliche Sozialhilfe überginge (E. 6.3). In der Tat: Wenn Schicksalsentscheidungen für eine Person bloss nach kassentechnischen Kriterien getroffen werden, ist die jedem Menschen als solchem gebotene Achtung gefährdet – und zwar ganz unabhängig von der Gruppenzugehörigkeit des betroffenen Menschen. Das Urteil des Bundesgerichts, mit dem die Beschwerde gutgeheissen und die Einbürgerungsfrage zurückverwiesen wurde, ist darum eine begrüssenswerte Grenzziehung gegenüber undurchdachten Ablehnungsentscheidungen.

## 2. *Persönliche Freiheit*

Fällt die Freiheit des Rauchens in öffentlich zugänglichen Räumen unter den Grundtatbestand der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)? Dieser naheliegenden Frage weicht das Bundesgericht in BGE 134 I 322 wie schon in BGE 133 I 110 wiederum kunstvoll aus.

---

<sup>15</sup> BGE 135 I 49 E. 5 – Einbürgerung Behinderter = Entscheid 1D.19/2007 vom 16. Dezember 2008.

<sup>16</sup> Befürwortend YVO HANGARTNER, Besprechung von BGE-E 1D.19/2007, in: AJP 2009, S. 505-509 (508), insbesondere für die Fallgruppe «Fürsorgeabhängigkeit wegen Behinderung».

<sup>17</sup> Zur Diskriminierungsproblematik siehe die Besprechung von WALTER KÄLIN, Ziff. III.1.2.

Beim ursprünglichen Entscheid zur Genfer Volksinitiative «Fumée passive et santé» war die Grundrechtsbetroffenheit offen geblieben, weil die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, insbesondere die Verhältnismässigkeit, ohnehin gegeben sei.<sup>18</sup> Im neuen Entscheid hebt das Gericht die Vollziehungsverordnung des Genfer Staatsrats zum Rauchverbot in öffentlichen Räumen mangels gesetzlicher Grundlage auf, ohne dabei die präzise Grundrechtszuordnung nachzuholen. Dabei hätte es nahe gelegen, die Wichtigkeit der Regelung, mit der eine formellgesetzliche Grundlage für unabdingbar erklärt wurde, grundrechtlich herzuleiten. Gerade aus der neuartigen und breiten Betroffenheit der Raucherinnen und Raucher folgt das Gewicht des Rauchverbots, nicht nur aus der punktuell betroffenen Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber.<sup>19</sup> Zutreffend kritisiert HANGARTNER, dass es grundrechtsdogmatisch unsauber sei, bei der Rauchfreiheit von einem präformierten Schutzbereich auszugehen, aus dem die Betätigung im öffentlichen Raum von vornherein herausfalle.<sup>20</sup> Das Rauchen als solches, also zunächst unabhängig von örtlichen Beschränkungen, ist eine hinreichend persönlichkeitsnahe Tätigkeit, um dem Grundtatbestand der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) zugeordnet zu werden. Diese klärende Feststellung hätte das Bundesgericht treffen können, ohne damit gleichzeitig eine Bagatellisierung der Grundrechte zu betreiben.

Klarere Worte finden sich in BGE 134 I 214<sup>21</sup>, mit dem die Bettetei dem Grundtatbestand der persönlichen Freiheit zugeordnet wird, weil sie Teil des persönlichkeitsnahen Rechts sei, andere Menschen um Hilfe ohne Gegenleistung anzugehen.<sup>22</sup> Zur Berufsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) zählt das Gericht die Bettetei plausiblerweise nicht, denn diese schütze nur die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die als Gegenleistung den Einsatz von Arbeit oder Kapital

---

<sup>18</sup> BGE 133 I 110 E. 5.2.4 S. 121 und E. 6 ff. S. 121 ff. – Genfer Volksinitiative «Fumée passive et santé» = Entscheid 1P.541/2006 vom 28. März 2007 = Pra 2007 Nr. 123 S. 829-844 (838 ff.).

<sup>19</sup> So aber BGE 134 I 322 E. 2.6.3 S. 330 – Genfer Rauchverbotsverordnung = Entscheid 1C.155, 1C.156 und 1C.181/2008 vom 5. September 2008 = Pra 2009 Nr. 62 S. 403-412 (412). Siehe zum Entscheid hinten Ziff. IX.4.

<sup>20</sup> HANGARTNER (Fn. 2), S. 1585, anknüpfend an E. 5.2.3 und 5.2.4.

<sup>21</sup> Siehe hinten Ziff. VIII.1.

<sup>22</sup> BGE 134 I 214 E. 3 S. 216 und E. 5.3 S. 216 f. – Genfer Verbot der Bettetei = Entscheid 6C.1/2008 vom 9. Mai 2008 = Pra 2009 Nr. 2 S. 5-13 (8 f.).

voraussetze (E. 3). Schwer nachzuvollziehen ist, warum das Bundesgericht ein absolutes Betteleiverbot des Kantons gutheisst, statt dieses Verbot grundrechtskonform auf einzelne Formen des aggressiven, objektiv-belästigenden oder bereits aus anderen Gründen (z.B. Kindesausbeutung) rechtswidrigen Bettelns zu beschränken. Hintergrund der radikalen gesetzgeberischen Massnahme sind die politischen Emotionen im Genfer Grossen Rat, in denen sich die öffentliche Empörung über stark zunehmende Zahlen vorwiegend rumänischer Bettler niederschlug und die zu einer überschüssenden Legislatur führten. Statt diese kantonalen Gefühlswallungen mit rechtsstaatlicher Rationalität in moderate Bahnen zurückzuführen, zieht sich das Bundesgericht auf die neuartige Figur einer innenpolitischen *political question doctrine* zurück, indem es trotz freier Kognition «eine gewisse Zurückhaltung» gegenüber der «politischen Dimension» übt.

### 3. *Privatsphäre*

Um den Persönlichkeitsschutz gegenüber Realakten ging es am Rande des Kulturgüterstreits zwischen St. Gallen und Zürich, bei dem die Bundesregierung vermittelnd tätig wurde.<sup>23</sup> Nachdem vertrauliche Informationen aus einem Gutachtauftrag durch eine unglückliche Verkettung von Umständen nach aussen gelangt waren, hatte die St. Galler Kantonsregierung sich gegenüber dem Vorsteher des Eidgenössischen Departements des Innern von den Vorgängen schriftlich distanziert und angekündigt, dem Gutachter, einem Professor an der Universität St. Gallen, werde ein Disziplinarverfahren angedroht. Das Bundesgericht bekräftigt, die persönliche Ehre sei als Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) grundrechtlich geschützt (E. 3.1). Ausserdem wird das Schreiben, das mangels Verfügungscharakters einen Realakt darstellt, als faktischer Eingriff qualifiziert, weil es geeignet ist, eine tatsächliche Beeinträchtigung des Ansehens einer Person herbeizuführen. Betont wird dabei der Vorrang des Ehrschutzes nach Art. 13 BV gegenüber dem ebenfalls denkbaren Schutzanspruch aus dem Grundtatbestand der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Implizit wird dem Ehrschutz nach Art. 13 BV ausserdem ein Primat gegenüber dem Schutz

---

<sup>23</sup> BGer-E 1C.448/2008 vom 13. März 2009 – Kulturgüterstreit.



der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) eingeräumt, denn das Gericht unterscheidet nicht zwischen demjenigen verdienten Achtungsanspruch, der als gesellschaftliches Ansehen besteht, und demjenigen, der das berufliche Ansehen ausmacht. Die «berufliche Ehre» gehört demnach wegen ihres engen Persönlichkeitsbezugs zu Art. 13 Abs. 1 BV, nicht zu Art. 27 BV. Im Ergebnis hat der Beschwerdeführer keinen Erfolg, weil das Gericht den Eingriff nach den besonderen Umständen als gerechtfertigt ansieht. Immerhin ist mit dem Urteil festgehalten, dass informelle ehrenrührige Schreiben von Behörden an Dritte im Einzelfall der Rechtfertigung bedürfen.

#### 4. *Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten*

Zur gesetzlichen Grundlage für Schulregister und zur Verwendung solcher Register in Einbürgerungsverfahren hat sich das Bundesgericht eher zurückhaltend geäußert.<sup>24</sup> Einem Schüler war die Einbürgerung unter anderem deshalb im Ergebnis versagt worden, weil sich in den Schulakten 66 Einträge zu seinem Arbeits- und Sozialverhalten fanden, von denen einer einen mehrtätigen Schulausschluss betraf und andere das aggressive und schikanöse Verhalten gegenüber Schulkollegen belegten. Analog zu erkennungsdienstlichen Registern und Krankenakten werden auch die Schulakten vom Gericht dem Schutzbereich des Grundrechts zugeordnet (Art. 13 Abs. 2 BV). Als gesetzliche Grundlage für die Anlage solcher Verzeichnisse soll bereits genügen, wenn das Schulreglement die Beurteilung durch Lehrer vorsieht, weil eine solche zwingend erfordert, dass persönliche Daten festgehalten werden (E. 4.3). Ähnlich grosszügig überspielt das Gericht die Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 und 4 DSGVO), indem es die allgemeinen Bestimmungen des Einbürgerungsrechts über die Prüfung von Leumund und Integration genügen lässt, um Schuldaten für das Einbürgerungsverfahren beizuziehen (E. 4.4). Nicht überzeugen kann die Hilferwägung des Gerichts, dass der Antragsteller mit seinem Einbürgerungsgesuch konkludent in die Beiziehung der Schulakten einwilligt (Art. 4 Abs. 5 Satz 1 DSGVO). Eine Beiziehung war in diesem Fall weder aus den gesetzlichen Regelungen ersichtlich noch war der Schüler bei Gesuchstellung darüber informiert worden.

---

<sup>24</sup> Vgl. BGer-E 1D.17/2007 vom 2. Juli 2008 – Schulregister Schwyz.

## 5. *Familienleben*

Das Grundrecht auf Familie (Art. 14 BV) führt gemäss BGE 134 I 105<sup>25</sup> mittelbar zu einem Anspruch auf staatliche Leistung für eine behinderungsgerechte Ausstattung einer zweiten Wohnung, wenn anders der Kontakt des Behinderten zu beiden (geschiedenen) Eltern nicht verwirklicht werden kann. Dies geschieht in verfassungskonformer Anwendung des Sozialrechts. Allerdings rechtfertigt sich dabei keine Vollaussattung für zwei Wohnungen, sondern die sozialrechtliche Schadenminderungspflicht beschränkt den Anspruch auf die einfachsten, gerade noch zumutbaren Anpassungen.

Eine postmortale Komponente gewinnt das Grundrecht auf Familie durch BGE 135 I 153. Die dort behandelte Fallgruppe des «umgekehrten Familiennachzugs»<sup>26</sup> kennzeichnet Konstellationen, in denen Eltern die Aufenthaltsbewilligung erteilt oder verlängert wird, weil ihr Kind über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (typischerweise das Schweizer Bürgerrecht) verfügt. Bisher allerdings hatte das Bundesgericht auch ein Kind mit Schweizer Pass, wenn es noch keine eigenen sozialen Bindungen begründet hatte und in einem anpassungsfähigen Alter war, zur Ausreise mit dem ausländischen Elternteil gezwungen. Diese Rechtsprechung wird jetzt begrüssenswerterweise aufgegeben – und zwar mit einer grundrechtsdogmatisch aussergewöhnlichen Begründung: Der Tod des schweizerischen Vaters habe derart schicksalhaft in die bestehende Familienbeziehung eingegriffen, dass «aus Pietätsgründen» die Ausreise des Kindes nicht ohne besondere Gründe erzwungen werden solle (E. 2.2.3 und 2.3). Der Sache nach ist dies eine grundrechtliche Nachwirkung der Familienbande über den Tod hinaus, mithin ein Sonderfall des postmortalen Persönlichkeitsrechts, wie es eigentlich vom Bundesgericht abgelehnt wird.

## V. **Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)**

Unter den im Berichtszeitraum wiederum zahlreichen Entscheidungen mit Religionsbezug betrafen zwei das Kopftuch im Einbürgerungs-

---

<sup>25</sup> BGE 134 I 105 E. 7 S. 110 f. – Behinderungsgerechte Wohnungsausstattung = Entscheid I 725/06 vom 6. März 2008, siehe vorne Ziff. III.1.2.

<sup>26</sup> BGE 135 I 153 – Postmortaler Familienschutz = Entscheid 2C.353/2008 vom 27. März 2009.

verfahren,<sup>27</sup> dessen Problematik im früheren Entscheid des Gerichts wegen fehlender Integration der Beschwerdeführerin noch ungelöst bleiben konnte.<sup>28</sup> In den neu zu entscheidenden Fällen hatten das Gemeindeparlament von Buchs und die Gemeindeversammlung von Birr den Beschwerdeführenden vorgehalten, das Kopftuchtragen sei Ausdruck eines mangelnden Respekts vor der Gleichstellung von Mann und Frau. In der Folge war einem Mann und einer Frau allein aus diesem Grund die Einbürgerung versagt worden. Demgegenüber beriefen sich die Betroffenen darauf, das Kopftuchtragen sei für sie Ausdruck ihrer Religionszugehörigkeit und ein daran geknüpfter Entscheid folglich religiös diskriminierend. Das Gericht stützt diese Auffassung. Zwar liege keine Beeinträchtigung der Religionsfreiheit selbst vor (Art. 15 BV), weil diese nach dem Entscheid unverändert weiter praktiziert werden könne, wohl aber sei es diskriminierend (Art. 8 Abs. 2 BV), die Einbürgerung allein wegen des Kopftuchs abzulehnen.<sup>29</sup>

Eine viel beachtete Rechtsprechungsänderung nahm das Bundesgericht in BGE 135 I 79 hinsichtlich der religionsbedingten Dispensation vom Schwimmunterricht vor. Im Jahre 1993 hatte das Gericht einer muslimischen Schülerin auf Begehren ihrer Eltern noch den grundrechtlichen Anspruch auf Dispensation vom gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht der Primarschule zugebilligt.<sup>30</sup> Im neuen Entscheid stützt das Gericht demgegenüber den ablehnenden Bescheid des Stadtschulrats Schaffhausen hinsichtlich des Dispensbegehrens für zwei muslimische Schüler.<sup>31</sup> Das öffentliche Interesse an effizientem Unterricht, kohärenten Schulklassen und einer Erziehung zur Gleichbehandlung war schon in der früheren Rechtsprechung angedeutet, im Ergebnis aber nicht als gewichtig erachtet worden. Auch der grosse Ausländeranteil an der damals involvierten

---

<sup>27</sup> BGE 134 I 49 – Kopftuch in Buchs = BGer-E 1D.12/2007 vom 27. Februar 2008; BGE 134 I 56 – Kopftuch in Birr = BGer-E 1D.11/2007 vom 27. Februar 2008.

<sup>28</sup> BGE 132 I 167 – Einbürgerungsdiskriminierung; dazu die Besprechung von WALTER KÄLIN in ZBJV 143 (2007), S. 656 f.

<sup>29</sup> Zur Diskriminierungsproblematik siehe die Besprechung von WALTER KÄLIN, Ziff. III.1.2.

<sup>30</sup> BGE 119 Ia 178 E. 8 S. 194 ff. – Schwimmunterricht.

<sup>31</sup> BGE 135 I 79 – Schwimmunterricht Schaffhausen = Entscheid 2C.149/2008 vom 24. Oktober 2008.

Primarschule Dietikon kam bereits zur Sprache (E. 8c), so dass es nicht überzeugt, wenn im neueren Entscheid die von der Vorinstanz behaupteten «soziokulturellen Veränderungen» durch Zahlenspiele zum Ausländeranteil aufgegriffen werden (E. 7.2). Auch das Kindeswohl findet sich bereits an mehreren Stellen in der früheren Entscheidung (E. 2b, 7d, 8a) und ist kein Novum des jetzigen Urteils.<sup>32</sup> Vielmehr ähneln sich alte und neue Rechtsprechung darin, dass sie das Kindeswohl zu einseitig beachten, weil der mögliche innerfamiliäre Loyalitätskonflikt, der aus der Teilnahme am unterwünschten Schwimmunterricht resultieren kann, in keiner Entscheidung zur Sprache kommt.<sup>33</sup>

Der wahre Grund für die Rechtsprechungsänderung liegt in der gewandelten Auffassung über die Integrationspflicht von Muslimen. Hatte das Gericht noch 1993 betont, Integration sei hinsichtlich der Rechtsordnung, aber nicht darüber hinaus hinsichtlich der Gebräuche und Lebensweise zu fordern (E. 8d), so steht jetzt die «Integration von Angehörigen anderer Länder» ohne weitere Relativierung in den Erwägungen (E. 7.1) und wird direkt mit den Aussagen zum Kindeswohl verknüpft. Über die «Einbindung der Kinder und Jugendlichen aus anderen Kulturen» soll unter anderem der «soziale Frieden» gesichert werden (E. 7.2 S. 88). Wer in die Schweiz komme, müsse «Änderungen seiner Lebensgewohnheiten in Kauf nehmen» (E. 7.2 S. 89). Abgesehen von diesem erklärtermassen integrationspolitischen Duktus ist die Rechtsprechungsänderung im Ergebnis zu begrüßen. Soweit Mädchen betroffen sind, leistet geeignete Ganzkörperbadekleidung ohne weiteres Abhilfe; soweit Jungen betroffen sind, gilt die Überlegung, dass sie auch sonst in der Schweiz nicht vom Anblick weiblicher Körper verschont bleiben (E. 7.2). In jeder dieser Konstellationen ist die Beeinträchtigung der religionsgeprägten Lebensweise durch gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht so gering, dass das Schulobligatorium gerechtfertigt werden kann.

Einen Dispens von der Maturitätsprüfung hatte das Bundesgericht in BGE 134 I 114 zu würdigen, obwohl der Beschwerdeführer, ein Angehöriger der Freikirche der Adventisten, während des hängigen Verfahrens bereits gezwungen war, auf die Beachtung seines

---

<sup>32</sup> A.A. HELEN KELLER/NICOLE BÜRLI, Religionsfreiheit in der multikulturellen Schulrealität, in: recht 2009, S. 100-108 (104).

<sup>33</sup> Zurecht kritisch KELLER/BÜRLI, Religionsfreiheit (Fn. 32), S. 106.

Sabbats zu verzichten, um an der Prüfung teilnehmen zu können.<sup>34</sup> Eine gesetzliche Grundlage für samstägliche Maturitätsprüfungen am Kantonsgymnasium Lugano bestand zwar (E. 4.2) und auch das öffentliche Interesse an der Vermeidung von Prüfungsmehraufwand wurde vom Gericht im Grundsatz anerkannt (E. 5.1). Weil sich gelegentliche Dispense aber in anderen Fällen (Krankheit, Unfall, Todesfall in der Familie) bereits als praktikabel erwiesen hatten, war die Schule verpflichtet, zur Wahrung der Verhältnismässigkeit für die seltenen Fälle der religionsbedingten Prüfungsverschiebungen ebenfalls eine Lösung anzubieten (E. 6.3 bis 6.6).

## VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)

### 1. Demonstrationsfreiheit

Das normtextlich unbenannte Freiheitsrecht der Demonstrationsfreiheit – vom Bundesgericht nach wie vor terminologisch gemieden – steht gegenwärtig unter dem Druck kommunaler Verbotsbestrebungen in Ortspolizeireglementen, worunter dasjenige von Thun wohl nicht das letzte bleiben wird, das zum Bundesgericht gelangt.<sup>35</sup> Das Gericht hat sich die Begründung leicht gemacht, indem es in allen Teilen die Argumentation des Regierungsrats paraphrasiert, ja sogar noch inhaltlich verkürzt hat.<sup>36</sup> Damit wird ein kryptisch unsystematischer Reglementstext, statt der verdienten Aufhebung anheim zu fallen, mit intransparenten Korrekturen vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit bewahrt. Die breite Kluft zwischen ursprünglichem Normtext und nachträglicher Auslegung lässt sich exemplarisch an Art. 11f OPR darstellen:

<sup>1</sup> Die Teilnahme an einer unbewilligten Kundgebung nach Art. 11b ist untersagt. Das Erscheinen am Besammlungsort gilt bereits als Teilnahme.

---

<sup>34</sup> BGE 134 I 114 – Dispens Maturitätsprüfung = Entscheid 2D.45/2007 vom 1. April 2008 = Pra 2008 Nr. 114 S. 717-725.

<sup>35</sup> BGer-E 1C.140/2008 vom 17. März 2009 – Ortspolizeireglement Thun.

<sup>36</sup> Die systematischeren Erwägungen der Vorinstanz sind – im Gegensatz zum nicht als BGE übernommenen Bundesgerichtsentscheid – amtlich publiziert: Entscheid des Regierungsrates vom 13. Februar 2008 i.S. Teilrevision des Ortspolizeireglements der Stadt Thun (RRB 0198; RA JGK 32.23-07.66 / 32.23-07.79), in: BVR 2009, S. 193-219.

<sup>2</sup> Die Teilnehmenden bleiben straffrei, wenn die Kundgebung friedlich verläuft, wenn sie sich freiwillig von der Kundgebung entfernen oder wenn sie einer Aufforderung nach Abs. 3 Folge leisten.

<sup>3</sup> An einer Kundgebung teilnehmende Personen haben sich unverzüglich zu entfernen, wenn sie von den Polizeiorganen dazu aufgefordert werden.

Laut Gesetzestext gilt das Teilnahmeverbot («Teilnahme ... ist untersagt»), das durch die Stadt neu mit dem Übertretungsstrafrecht sanktioniert wird (Art. 31 Abs. 1 OPR), gesetzesunmittelbar und unbedingt für alle Demonstrationen, denen die nach Art. 11b OPR erforderliche Bewilligung fehlt. Nach verfassungskonformer Auslegung (BGer: E. 7.2; Regierungsrat: BVR S. 211) soll das automatische Verbotensein allerdings nur gelten, wenn ein Demonstrationsgesuch gestellt und abgelehnt wurde. Liegt hingegen gar kein Gesuch vor, so ist die Demonstration zwar formell rechtswidrig, aber materiell unter Umständen bewilligungsfähig. Nur wenn sie in summarischer nachträglicher Prüfung nicht hätte bewilligt werden können, ist die Demonstration auch materiell verboten und entsprechend die Teilnahme untersagt.

Laut Gesetzestext macht sich ein Teilnehmer bereits dadurch strafbar, dass er sich am Besammlungsort einfindet, wenn nachher (von ihm kaum je vorhersehbar) die Demonstration einen unfriedlichen Verlauf nimmt. Schlimmer noch: Teilnehmer sind immer ab Besammlungszeitpunkt strafbar, es sei denn die Strafbarkeit entfällt nachträglich durch einen nachweisbar friedlichen Verlauf (Abs. 2). Nach verfassungskonformer Auslegung (E. 7.3, BVR S. 215) soll hingegen die Besammlung und sogar die objektive Unfriedlichkeit des Verlaufs allein gar nicht zu einer Sanktion führen. Bevor nicht die Polizei explizit zur Entfernung auffordere (Abs. 3), könnten alle Teilnehmenden darauf vertrauen, sich nicht strafbar zu machen. Von den drei Alternativen in Absatz 2 hat also nur eine Rechtsfolgen; die anderen laufen leer.

Laut Gesetzessystematik gilt die Entfernungspflicht nach Absatz 3 nur für die in Absatz 1 als Gegenstandsbereich des Artikels identifizierten Demonstrationen, mithin nur für unbewilligte. Die Auslegung des Regierungsrats (BVR S. 215 f.) sieht hingegen vor, dass die strafbewehrte Entfernungspflicht nach diesem Absatz auch bei bewilligten und friedlich verlaufenden Demonstrationen entstehen kann.

Nun könnte man intransparente Diskrepanzen zwischen gesetzter Norm und beabsichtigter Normanwendung als irrelevant ansehen, solange die nachträgliche Rechtskontrolle im Einzelfall noch Gelegenheit bietet, die Demonstrationsfreiheit zu schützen. Doch wird damit eine wichtige Funktion des abstrakten Normenkontrollverfahrens ignoriert. Es soll den präventiven Grundrechtsschutz gerade deshalb bewirken, weil sonst eine latente Verunsicherung droht, die im Bereich der Kommunikationsgrundrechte besonders schwer wiegt, weil sie den berichtigten Abschreckungseffekt (*chilling effect*) verursacht. Das Bundesgericht ist darum in diesem Fall seinem Auftrag, die Grundrechte auch präventiv zu gewährleisten, nicht hinreichend nachgekommen.

## 2. *Meinungs- und Informationsfreiheit*

In einem Entscheid, der es mittelbar selbst betraf, rechtfertigte das Bundesgericht die Beschlagnahme von justizkritischen Flugblättern und erteilte damit im Ergebnis einer präventiven Inhaltskontrolle durch Polizeibehörden nachträglich seinen Segen.<sup>37</sup> Der Postenchef der Kantonspolizei Graubünden in Scuol war anonym gewarnt worden und fing daraufhin am 31. Dezember 2005 eine Gruppe von drei Mitgliedern des «Appel au peuple» am Bahnhof ab, unterzog sie einer Befragung, beschlagnahmte ihre Flugblätter, verfügte eine Wegweisung und setzte sie nach rund zweieinhalb Stunden wieder in den Zug nach Chur. Die Aktivisten wollten die justizkritischen Flugblätter in einer Ferienanlage verteilen, in der ein Bundesrichter seinen Urlaub verbrachte. Die beschlagnahmten Flugblätter wurden dreieinhalb Wochen später zurück-erstattet. Bereits zwei Wochen nach der Beschlagnahme waren gleichartige Flugblätter in Scuol verteilt worden. Es ging folglich um die vorübergehende Verhinderung des Flugblattverteils während der Urlaubsperiode zum Jahreswechsel. In dieser Zeit wurde die Gruppe effektiv daran gehindert, ihre kritische Meinung in Scuol öffentlich zu äussern. Dass die Gruppe auch andernorts Gelegenheit fand, ihre Kritik zu verbreiten (E. 3.4), spielt entgegen der Auffassung des Bundesgericht für die Beurteilung des konkreten

---

<sup>37</sup> BGer-E 1C.434/2007 vom 29. August 2008 – Flugblätter Scuol.

Eingriffs keine Rolle. Auch dass das Flugblatt aus damaliger Sicht der Polizei «den Tatbestand der Ehrverletzung erfüllen könnte» rechtfertigt keinen präventiven Eingriff. Insgesamt handelt es sich um eine grundrechtlich verbotene Inhaltskontrolle, die einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält.

### 3. *Streikfreiheit*

In BGE 134 IV 216 hatte das Bundesgericht die am 4. November 2002 von der Gewerkschaft Bau und Industrie (GBI) als «Streikaktion» durchgeführte Blockade am Bareggunnel zu würdigen. Vier Mitglieder der GBI-Geschäftsleitung waren wegen Nötigung zu Bussen verurteilt worden. Auf den Grundrechtsschutz des Streikrechts kam es mittelbar deshalb an, weil beim weit umschriebenen Nötigungstatbestand jeweils eine besondere Begründung der Rechtswidrigkeit erforderlich ist. Das Bundesgericht argumentiert nachvollziehbar, dass nicht jede von einer tariffähigen Organisation als Arbeitskämpfmassnahme beschlossene Aktion rechtfertigend wirken könne.<sup>38</sup> So sei es den Streikenden zwar erlaubt, arbeitswillige Kollegen friedlich vom Sinn des Streiks zu überzeugen (*peaceful picketing*); sie dürften allerdings nicht durch Sperren am Zugang zum Arbeitsplatz gehindert werden. Um so weniger lässt es sich als Arbeitskämpfmassnahme rechtfertigen, wenn gänzlich unbeteiligte Personen durch eine Autobahnblockade an der Weiterfahrt gehindert werden.

## VII. Eigentumsgarantie (Andreas Lienhard)

### 1. *Sachlicher Schutzbereich (wohlerworbene Rechte)*

Das Bundesgericht befasst sich im Entscheid BGE 134 I 23<sup>39</sup> insbesondere mit der Frage des sachlichen Schutzbereiches (wohlerworbene Rechte) in Bezug auf die Sanierung von Vorsorgekassen.

---

<sup>38</sup> BGE 134 IV 216 E. 5.1.2 S. 224 – Blockade Bareggunnel = Entscheid 6B.498/2007 vom 3. April 2008.

<sup>39</sup> Ebenso besprochen vorne in Ziff. III.1.1, III.2.1, III.2.2 und hinten Ziff. IX.2.