

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

149. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Oktober
2013

10 2013
www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Heinz Hausheer
Prof. Dr. Jörg Schmid

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012 und 2013

Von Proff. WALTER KÄLIN, JÖRG KÜNZLI, ANDREAS LIENHARD, PIERRE TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER, JUDITH WYTENBACH, 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 2012 und 2013 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 (JÖRG KÜNZLI)**
- 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. Anspruch auf Hilfe in Notlagen
 - 2. Persönliche Freiheit
 - 2.1 Anspruch auf Arbeitsbewilligung
 - 2.2 Bewegungsfreiheit – Fürsorgerische Freiheitsentziehung nach verbüsster Jugendstrafe
 - 3. Privatsphäre
 - 3.1 Telefonabhörung von Drittanschlüssen
 - 3.2 Verbotene Arbeitnehmerüberwachung

* Für substanzielle Mitarbeit danken wir PETER BIERI, JONAS LAAGER, STEFAN SCHLEGEL, JOHANNES SOKOLL.

4. Informationelle Selbstbestimmung
 - 4.1 Vollmacht für Auskünfte bei Sozialhilfebegehren
 - 4.2 Ungelöschtes DNA-Profil
5. Recht auf Ehe – Verweigerung bei Altersunterschied
6. Grundschulunterricht – Montessori gegen Schulphobie

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Schwimmunterricht
2. Yogaunterricht
3. Kopftuchverbot für Schülerinnen (Bürglen)

VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Meinungsfreiheit
 - 1.1 Leitkultur als «verbaler Rassismus»
 - 1.2 Tierversuche als «Massenverbrechen»
2. Medienfreiheit
 - 2.1 Gebührenverzicht beim journalistischen Zugang zu öffentlichen Dokumenten
 - 2.2 Geheimhaltungspflicht der Medienschaffenden
 - 2.3 Ergänzende Botox-Informationen im Internet
 - 2.4 Verhaftung von Pressefotografen
 - 2.5 Verantwortlichkeit der Tribune de Genève für Bloginhalte
 - 2.6 Medienöffentlichkeit der Justiz
3. Koalitionsfreiheit – gewerkschaftlicher Betriebszugang
4. Sprachenfreiheit – Schulversuch Rumantsch Grischun

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (ANDREAS LIENHARD)

1. Eigentumsgarantie
 - 1.1 Restwassersanierungen nach Gewässerschutzgesetz
 - 1.2 Sanierungsmassnahmen einer Pensionskasse
 - 1.3 Materielle Enteignung durch Nichteinzonung
 - 1.4 Bewirtschaftung von Kundenparkplätzen
 - 1.5 Beschlagnahme eines Hundes
2. Wirtschaftsfreiheit
 - 2.1 Staatliche Wirtschaftstätigkeit
 - 2.2 Wirtschaftliche Tätigkeit und Grundrechtsbindung
 - 2.3 Beschwerdelegitimation von Konkurrenten
 - 2.4 Anwältinnen und Anwälte unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit
 - 2.5 Submission

VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (PIERRE TSCHANNEN)

1. Politische Rechte
 - 1.1 Verhältniswahl
 - 1.2 Mehrheitswahl
 - 1.3 Volksinitiative
 - 1.4 Referendum
 - 1.5 Behördliche Einflussnahme
2. Vorrang des Bundesrechts
3. Gemeindeautonomie
4. Gewaltenteilung

IX. Staatsverträge und Konkordate (JÖRG KÜNZLI)**X. Verfahrensgarantien (JUDITH WYTTENBACH)**

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung
 - 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
2. Garantien in gerichtlichen Verfahren
3. Garantien beim Freiheitsentzug

**I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns
(AXEL TSCHENTSCHER)**

Auch in diesem Berichtszeitraum bekräftigte das Bundesgericht wiederum seine Rechtsprechung, nach der das Verhältnismässigkeitsprinzip des Artikels 5 BV nicht als selbständiges verfassungsmässiges Recht eingefordert werden könne.¹ Im Rahmen der nachfolgenden Willkürprüfung wurden beide Beschwerden abgewiesen, was einmal mehr zeigt, wie gering die Erfolgsaussichten bei dieser Verfahrenskonstellation sind.

¹ BGer 2C_902/2012 vom 5. Mai 2013 E. 2.1 – Bushaltestelle Oberwil; BGer 1C_592/2012 vom 7. März 2013 E. 3.3 – Parteientschädigung nach Wiedererwägung. Zur bisherigen Rechtsprechung siehe ZBJV 147 (2011), 749, und ZBJV 148 (2012), 679.

Vorabklärung (sog. «Ruling»), so begründet diese Stellungnahme nur bezüglich der direkten Bundessteuern einen Vertrauensschutz, nicht auch bezüglich der Kantons- und Gemeindesteuern (BGE 138 II 545). Gelangt die kantonale Steuerverwaltung bezüglich derselben Steuer-subjekte und derselben Veranlagungsperiode zu einer anderen Auffassung, ist für die Bemessung der Gemeinde- und Kantonssteuern allein diese massgebend. Die Aufsichtsfunktion der Eidgenössischen Steuerverwaltung bezieht sich nur auf die direkte Bundessteuer, und verbindlich sind ihre Äusserungen für die kantonale Steuerverwaltung selbst dort nicht, wo sie im Rahmen des Harmonisierungsrechts dazu befugt ist, sich in Verfahren zu Kantons- und Gemeindesteuern vor dem Bundesgericht vernehmen zu lassen (E. 2.2).

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (AXEL TSCHENTSCHER)

1. **Anspruch auf Hilfe in Notlagen**

Im Fall eines Berner Informatikers, der sich geweigert hatte, einen Testeinsatz als Parkreiniger zu absolvieren, hielt das Bundesgericht fest, dass eine zweimonatige Streichung der Sozialhilfe zulässig sei.³ Das Gericht betont, auch der Nothilfeanspruch sei nicht voraussetzungslos gewährleistet, sondern ausgeschlossen, wenn jemand objektiv in der Lage sei, sich durch zumutbare Arbeit aus eigener Kraft zu unterhalten, «solche Personen stehen nicht in jener Notsituation, auf die das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen zugeschnitten ist» (E. 3.3).

2. **Persönliche Freiheit**

2.1 *Anspruch auf Arbeitsbewilligung*

In einem durch vorsichtige Formulierungen und Abweisung im Ergebnis sehr unauffälligen Entscheid des Bundesgerichts verbirgt sich eine prinzipiell bedeutungsvolle Praxisänderung beim asylrechtlichen

³ BGer 8C_962/2012 vom 29. Juli 2013 – Berner Citypflege; vorgesehen zur Publikation.

Arbeitsverbot (BGE 138 I 246). Ein Asylbewerber aus Bangladesch hatte seit 1995 erfolglos versucht, die Bereinigung seines Aufenthaltsstatus zu erreichen. Schliesslich beehrte er eine Arbeitsbewilligung, um sich von der Nothilfe lösen zu können. Das Bundesgericht bestand zwar darauf, dass das asylrechtliche Erwerbsverbot (Art. 43 Abs. 2 AsylG) grundsätzlich erforderlich sei, um die Wegweisung nicht zu gefährden (E. 3.2.2). Der Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK könne aber in Ausnahmesituationen auch bei einer bloss faktischen Anwesenheit ohne irgendwie geartetes Aufenthaltsrecht eine Arbeitserlaubnis erfordern. Bei einem 13-jährigen Arbeitsverbot sei die freie Gestaltung der Lebensführung in einem Mass eingeschränkt, die den Sinn und Zweck der Regelung infrage stelle (E. 3.3.2). Zwar wird das Begehren des Beschwerdeführers im Ergebnis abgewiesen. Das Gericht gibt dem Amt für Migration in Basel-Landschaft aber den Auftrag, beim nächsten Scheitern der Wegweisung eine (vorläufige) Arbeitsmöglichkeit und damit den Ausweg aus der Nothilfeabhängigkeit zu schaffen (E. 3.3.4).

2.2 *Bewegungsfreiheit – Fürsorgerische Freiheitsentziehung nach verbüsster Jugendstrafe*

Das wohl meistkritisierte Urteil des Bundesgerichts im Berichtszeitraum fällt die II. zivilrechtlichen Abteilung, indem sie die Fürsorgerische Freiheitsentziehung, die einen psychisch Kranken betraf, gut hiess, der als Jugendlicher eine Prostituierte ermordet hatte (BGE 138 III 593). Als Voraussetzung für eine solche Unterbringung sieht Art. 397a Abs. 1 ZGB vor, dass «die nötige persönliche Fürsorge» für die betroffene Person «nicht anders erwiesen werden kann». Das Bundesgericht argumentiert nun, dass aus dem Fremdgefährdungspotenzial zwangsläufig ein Fürsorgebedürfnis folge: «Wer die Sicherheit anderer bedroht, ist persönlich schutzbedürftig», denn zum Schutzauftrag gehöre auch, «eine kranke bzw. verwirrte Person davon abzuhalten, eine schwere Straftat zu begehen» (E. 5.2). Zudem gestattete das Gericht ausnahmsweise die Einweisung in eine Straf- statt in eine Therapieanstalt, weil «die wesentlichen Bedürfnisse» auch dort befriedigt werden könnten (E. 8.1). Im Ergebnis hat das Bundesgericht mit dieser Entscheidung eine Fürsorgerische Freiheitsentziehung wegen Fremdgefährdung zugelassen, wie sie im Gesetz nicht vorgesehen ist. Kombiniert mit der Unterbringung in der Jugendstrafanstalt wirkt sich diese für den Betroffenen wie eine unbefristete Fortsetzung der Jugendstrafe *contra legem* aus.

3. Privatsphäre

3.1 *Telefonabhörung von Drittanschlüssen*

Auf eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin hat das Bundesgericht die Abhörung von Drittanschlüssen in Grenzen für zulässig erklärt (BGE 138 IV 232). Das Zwangsmassnahmengericht hatte es abgelehnt, im Rahmen der Strafverfolgung wegen Raubdelikten den Telefonanschluss der Freundin eines Verdächtigen abhören zu lassen, die selbst nicht unter Tatverdacht stand. Das Gesetz sieht die Telefonüberwachung bei Drittpersonen vor, wenn der Beschuldigte den Anschluss benutzt (Art. 270 lit. b Ziff. 1 StPO). Strittig war nun, ob diese Benutzung wie die eines eigenen Anschlusses erfolgen müsse (ausgehender Anruf) oder ob es genüge, wenn der Beschuldigte mit hoher Wahrscheinlichkeit diesen Anschluss anrufe (eingehender Anruf, E. 2.2). Das Bundesgericht hält die weitere Interpretation für richtig und grundrechtlich gerechtfertigt, verlangt aber im Sinne eines milderen Mittels zur verfassungskonformen Anwendung, dass die Überwachung des Drittanschlusses abubrechen sei, sobald feststehe, von welchem Anschluss aus der Verdächtige die Gespräche führt (E. 6.3).

3.2 *Verbotene Arbeitnehmerüberwachung*

Mit einem gegen den Arbeitnehmer eingesetzten Spionageprogramm, das ohne seine Kenntnis über drei Monate dessen Computer überwachte, hat eine Tessiner Zivilschutzorganisation in grundrechtswidriger Weise Beweismittel erlangt, welche nicht verwertet werden dürfen, weshalb die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt war.⁴ Die mit dem Programm erstellten Bildschirmfotos (Screenshots) offenbarten dem Arbeitgeber unter anderem streng vertrauliche Tagebuchtexte, Familienkommunikationen, E-Banking-Vorgänge, private E-Mail-Inhalte und Inhalte, die dem als Stadtrat (Exekutive) tätigen Mitarbeiter unter Amtsgeheimnis anvertraut worden waren (E. 5.5.3). Damit waren der Schutzbereich des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) sowie, wegen der Aufzeichnung, das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 BV) berührt, wobei allerdings im privaten Arbeitsverhältnis die Grundrechte im Wege der mittelbaren Drittwirkung (Art. 35 Abs. 3 BV) über die zivilrechtliche Generalklausel zur Geltung zu bringen waren.

4 BGer 8C_448/2012 vom 17. Januar 2013 – Tessiner Arbeitsplatztrojaner.

Von einer zumutbaren Einschränkung des Arbeitnehmers bei bestehendem Verdacht konnte schon deshalb keine Rede sein, weil mildere Mittel (Webseitensperren, Kontrolle von E-Mail-Randdaten) anstelle der direkten Inhaltskontrolle hätten eingesetzt werden können (E. 5.5.4).

4. Informationelle Selbstbestimmung

4.1 Vollmacht für Auskünfte bei Sozialhilfebegehren

In einer abstrakten Normenkontrolle zur Novellierung des kantonalbernerischen Sozialhilfegesetzes (SHG) hatte das Bundesgericht über mehrere Grundsatzfragen der informationellen Selbstbestimmung zu entscheiden und musste dabei teilweise zum Mittel der verfassungskonformen Auslegung greifen (BGE 138 I 331).

Die beschwerdeführenden sozialpolitischen Organisationen hatten zunächst gerügt, dass die *existenznotwendige Nothilfe* von einer nur unfreiwillig erteilten Vollmacht zur Informationsbeschaffung abhängig gemacht würde (E. 7.1). Das Gericht gestand zwar zu, dass die Sozialbehörden neu bereits bei Gesuchseinreichung auf der Gewährung einer Vollmacht zur Informationseinholung bestehen müssen (Art. 8b Abs. 3 SHG), vertrat aber die Interpretation, dass eine Weigerung lediglich zur Kürzung des Anspruchs auf nicht weniger als den absoluten Existenzbedarf führen dürfe (E. 7.3).

Kritisiert wurde weiter, dass statt einer auf den Zweck der Sozialhilfedaten beschränkten Vollmacht eine *Generalvollmacht* zur Auskunfterteilung durch zahlreiche Organe und Personen verlangt würde (Behörden, sonstige Erfüller staatlicher Aufgaben, Angehörige der Hausgemeinschaft, Unterstützungspflichtige, Arbeitgeber, Vermieter; Art. 8c Abs. 1 SHG). Hierzu räumt das Gericht zwar ein, dass im Gegensatz zu den Regelungen anderer Kantone in Bern eine ausdrückliche Zweckbindung für die Vollmacht fehle, doch ergebe sich diese Beschränkung interpretatorisch aus der Systematik des Abklärungsprozederes (E. 7.4.2.3 und 7.4.3).

Was die *Freiwilligkeit* der Vollmachterteilung angeht, so betont das Gericht zunächst, dass diese in der Tat zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen gehöre (E. 7.4.1). Der blosser Umstand, dass eine Verweigerung mit nachteiligen Folgen verknüpft sei, beseitige aber die Freiwilligkeit der Erklärung nicht. Vielmehr fehle es daran – wie im

Datenschutzrecht allgemein – nur in solchen Fällen, in denen der Nachteil sachfremd oder unverhältnismässig sei (E. 7.4.1). Letztlich bedeutet dies, dass die Autonomie des Grundrechtsträgers so lange als gewahrt gilt, wie er vertretbaren Abwägungen und nicht unbedingtem Zwang ausgesetzt ist. Auch insoweit zeigt sich, dass an der Grenze der Existenznot (Art. 12 BV) nicht mehr von einer freiwilligen Vollmachterteilung die Rede sein kann.

Mit zwei Bemerkungen spricht das Bundesgericht Fragen an, die grundrechtsdogmatisch bisher noch weitgehend ungeklärt sind. Zum einen wird behauptet, die privatautonome Vollmacht ersetze die gesetzliche Ermächtigung (E. 7.4.2.2); zum anderen wird die Einwilligung in die Datenerfassung als Grundrechtsverzicht eingestuft (E. 6.1). Beides hängt eng zusammen. Indem der Gesuchsteller beim Sozialhilfebegehren eine Vollmacht zur Informationserfassung erteilt, verzichtet er tatsächlich auf die grundrechtliche Abwehr gegenüber dieser staatlichen Handlung. Grundrechtsverzicht bedeutet, dass der Zwangscharakter der Beeinträchtigung entfällt, man also jedenfalls nicht mehr von einem «Eingriff» sprechen kann, denn dieser setzt schon begrifflich voraus, dass der Staat «mit Zwang», d. h. gegen den Willen des Grundrechtsberechtigten, handelt. Weil das informationelle Selbstbestimmungsrecht gerade die Entscheidungsfreiheit schützt, liegt hier sogar ein tatbestandsausschliessendes Einverständnis des Grundrechtsträgers vor: Die Datenerfassung für die Sozialhilfe entspricht seinem Willen über die Verwendung der persönlichen Daten, sodass die informationelle Selbstbestimmung gerade verwirklicht, nicht beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten: Wer in die Datenerfassung einwilligt, beseitigt bereits die Betroffenheit des sachlichen Schutzbereichs. Insoweit hat das Bundesgericht jedenfalls teilweise recht mit der Aussage, dass die Vollmacht eine gesetzliche Ermächtigung ersetze. Denn wenn es schon an der Schutzbereichsbeeinträchtigung fehlt, jedenfalls aber am Eingriffscharakter, dann kommt es gar nicht mehr zur Prüfung der gesetzlichen Grundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV. Allerdings bedarf es einer Einschränkung. Entbehrlich wird nämlich nur die Grundlage für die *Rechtfertigung* von Eingriffen, nicht hingegen die *Grundlage für die Einwilligungsregelung selbst*. Dass der Gesetzgeber im SHG wie auch sonst überall im Datenschutz die Einwilligung explizit in das Gesetz aufnehmen muss, folgt schon aus dem allgemeinen Legalitätsprinzip des Art. 5 Abs. 1 BV. Die Verwaltung dürfte ohne Grundlage im Gesetz auch mit dem Willen der Betroffenen gar nicht tätig werden.

4.2 *Ungelöschtes DNA-Profil*

Wird ein DNA-Profil trotz fälliger Löschung nicht vernichtet, sondern stattdessen in einem späteren Strafverfahren verwendet, so ist dies nach Auffassung des Bundesgerichts ein gerechtfertigter Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung, wenn wegen hinreichenden Tatverdachts ohnehin ein neues DNA-Profil hätte erstellt werden können.⁵ Die umgehende Löschung des DNA-Profiles war nach der 2001 noch geltenden Zürcher Verordnung über DNA-Analysen vorgesehen und hätte nach dem damaligen Freispruch der Beschwerdeführerin erfolgen müssen (E. 1.2), was jedoch nicht geschah. Das Bundesgericht sah in der späteren Verwertung keinen Verstoss gegen Art. 141 StPO, wohl aber eine Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung, weil die Daten zum Verwertungszeitpunkt gar nicht mehr hätten existieren dürfen (E. 1.3.2). Der Abgleich mit den aktuellen Tatortspuren (Folgebeweis) sei aber trotz rechtswidrigem Primärbeweis (altem DNA-Profil) verwertbar, wenn er auch ohne diesen in gleicher Weise erhoben worden wäre. Weil die Staatsanwaltschaft die Profildaten angefordert hatte, schloss das Bundesgericht, dass die Beschwerdeführerin bereits hinreichend tatverdächtig war. Darum habe «ohne weiteres» ein neues DNA-Profil erstellt werden können (E. 1.4.2). Unter solchen Umständen dürfe der Folgebeweis trotz rechtswidrigem DNA-Profil verwertet werden.

5. **Recht auf Ehe – Verweigerung bei Altersunterschied**

Es gehört zu den ganz seltenen Konstellationen, dass die Eheschliessung unter Hinweis auf den Altersunterschied verweigert und dies vom Bundesgericht gutgeheissen wird. Schon im ersten Jahresband der bundesgerichtlichen Entscheidungssammlung (1875) findet sich die erfolgreiche Beschwerde des 27-jährigen Solothurners Kamber, dem die Regierung die Ehebewilligung verweigert hatte, weil die Frau mit 40 Jahren zu alt sei, was «keineswegs zur Förderung des Hausfriedens beitragen dürfte» (BGE 1, 92 – Kantonale Ehehindernisse). Im Berichtszeitraum sah sich das Bundesgericht nun aber gezwungen, die mit dem Altersunterschied begründete Abweisung eines Heiratsgesuchs gutzuheissen.⁶

5 BGer 6B_299/2012 vom 20. September 2012 – Ungelöschtes DNA-Profil.

6 BGer 5A_901/2012 vom 23. Januar 2013 – Altersunterschied.

Eine 35-jährige Cabaret-Tänzerin aus Marokko hatte vor dem definitiven Auslaufen ihrer Aufenthaltsbewilligung die Heirat mit einem 41 Jahre älteren Schweizer begehrt. Das Waadtländer Zivilstandsamt verweigerte das Eintreten, weil die Brautleute «offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen» wollten (Art. 97a Abs. 1 ZGB). Dies wurde nun von den Heiratswilligen als altersbezogenes Eheverbot angesehen. Das Bundesgericht würdigte diese Rüge mit dem Hinweis, dass es sich in der Tat um einen schwerwiegenden Eingriff handle (E. 3.1), hier aber neben dem Altersunterschied noch andere Indizien für ein nicht ernst gemeintes Heiratsersuchen bestünden, sodass die Weigerung der Behörden im konkreten Fall gerechtfertigt sei.

6. Grundschulunterricht – Montessori gegen Schulphobie

Die Kostenübernahme für eine Montessori-Privatschule lehnte das Bundesgericht im Fall eines 11-jährigen Mädchens mit mehrjähriger Schulphobie ab.⁷ Obgleich die von zwei Wohnortkantonen nacheinander angebotenen Massnahmen allesamt fruchtlos blieben und das Kind erst in der Privatschule seine Angst überwinden konnte, blieb das Gericht bei der bisherigen Rechtsprechung, dass der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht keinen Anspruch auf die geeignetste Schulung eines Kindes bilde (E. 2.1).

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Schwimmunterricht

Einmal mehr sah sich das Bundesgericht veranlasst, seine 2008 vorgenommene Praxisänderung zum *obligatorischen Schwimmunterricht* für Kinder aus Familien mit strenger muslimischer Glaubensrichtung zu bekräftigen.⁸ Der grundsätzliche Vorrang der schulischen

⁷ BGer 2C_528/2012 vom 2. November 2012 – Schulphobie Schwyz.

⁸ BGer 2C_1079/2012 vom 11. April 2012 – Schwimmunterricht Aargau. Zum Leitentscheid BGE 135 I 79 – Schwimmunterricht Schaffhausen siehe ZBJV 145 (2009), 748 f.

Pflichten vor den religiösen Geboten einzelner Bevölkerungsteile (E. 3.3) bildete wiederum den Kern der Begründung, ergänzt um Hinweise auf die mögliche Ganzkörperbadekleidung (sog. Burkini) und die getrennten Umkleidekabinen (E. 3.4). Von früheren Fällen wich die neue Konstellation insoweit ab, als es einerseits (eingriffsmildernd) um getrenntgeschlechtlichen Schwimmunterricht ging, andererseits der beschwerdeführende Vater (eingriffsschwerend) geltend machte, dass seine 14-jährige Tochter bereits die Geschlechtsreife erlangt habe, durch privaten Schwimmunterricht für muslimische Mädchen gar nicht mehr ertrinkensgefährdet sei, der Unterricht von einem Mann erteilt werde, das Hallenbad von aussen einsehbar sei und das obligatorische Schulschwimmen ohnehin nur etwa alle fünf Wochen stattfinde. Für das Bundesgericht änderte dies nichts an der Entscheidung, dass im Interesse der Integration ein Anspruch auf Dispens abzulehnen sei.

2. Yogaunterricht

Ohne Erfolg blieb im Ergebnis auch das Dispensgesuch christlicher Eltern, die ihren Sohn von Yogaübungen in einem Zürcher Kindergarten frei halten wollten.⁹ Die Eltern verstanden die Übungen, die einen kleinen Teil der Tagesroutine ausmachten, nicht als bloss säkulare Entspannung, sondern als ein Bekenntnis zu östlichen Religionen, das sie für sich und ihren Sohn ablehnten. Während die Vorinstanz ungeachtet der Ansichten der Eltern von einem nicht religiösen Handeln ausserhalb des grundrechtlichen Schutzbereichs ausgegangen war, blieb das Bundesgericht auch hier seiner Rechtsprechung treu, nach der es nicht Sache des Staates sei, über den religiösen Charakter eines Handelns zu entscheiden. Vielmehr komme es auf das Selbstverständnis der Grundrechtsträger an (E. 4.2).¹⁰ Wie schon beim Singen christlicher Weihnachtslieder¹¹ führe das aber keinesfalls zu einem Dispensations-

9 BGer 2C_897/2012 vom 14. Februar 2012 – Yoga im Kindergarten.

10 Grundlegend dazu MARTIN MORLOK, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen 1993, 49 ff., 78 ff.; in der Schweiz PETER KARLEN, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zürich 1988, 203 ff. (allerdings zurückhaltend als «Hilfsmittel der Interpretation»); WALTER KÄLIN, *Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, Bern 2000, 112 f. (Selbstverständnis als primäres Kriterium).

11 BGer 2C_724/2011 vom 11. April 2012 – Kirche der Karmeliter.

anspruch, sondern sei vielmehr hinzunehmen, solange das Handeln nicht als bekenntnishafter Akt erscheint (E. 4.3.1). Das Bundesgericht rechtfertigt den Eingriff damit, dass es um das öffentliche Interesse an dem (gesetzlich vorgesehenen) pädagogischen Gestaltungsspielraum und die soziale Integration aller Kinder in einer Gruppe gehe (E. 4.3.2). Solange die motorischen Übungen nicht durch religionsspezifische Ausdrucksformen wie Gesänge oder Räucherstäbchen begleitet würden, sei den Beschwerdeführern der Eingriff zuzumuten.

3. **Kopftuchverbot für Schülerinnen (Bürglen)**

Ob die Religionsfreiheit ein Kopftuchverbot für Schülerinnen im Ergebnis als unverhältnismässig ausschliesst, konnte das Bundesgericht in seiner Entscheid zur Volksschulgemeinde Bürglen offenlassen.¹² Jedenfalls bildet ein solches Verbot für religiös motivierte Kopftuchträgerinnen einen Eingriff in den Schutzbereich der Glaubensfreiheit. Darum genügt es nicht, wenn es ohne formellgesetzliche Grundlage allein in der Schulordnung einer Gemeinde vorgesehen wird. So hatte es vorinstanzlich bereits das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau gesehen, wohingegen die Gemeinde Bürglen auf ihrer Regelungsautonomie beharren wollte.

VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)

1. **Meinungsfreiheit**

1.1 Leitkultur als «verbaler Rassismus»

Einmal mehr anerkannte das Bundesgericht im Ehrenschutz eine wirksame Grenze der freien Meinungsäusserung (BGE 138 III 641). Dem Präsidenten der Jungen SVP Thurgau, Benjamin Kaspar, war im Internet von der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA) der Vorwurf des «verbalen Rassismus» gemacht worden. Das Bundesgericht qualifizierte diese Bezeichnung als gemischtes Werturteil, in dem Sachbehauptungskern und Wertung zusammentreffen.

¹² BGer 2C_794/2012 vom 11. Juli 2013 – Kopftuchverbot Bürglen.

In der Rede zum Minarettverbot hatte der Präsident der Jungen SVP zwar eine «Schweizer Leitkultur» gegenüber dem «Fremden» eingefordert. Darin sah das Gericht allerdings keine pauschale Geringschätzung von Muslimen, sodass der Sachbehauptungskern als falsch anzusehen sei. Obgleich das Bundesgericht betont, dass der wertende Gehalt unter Umständen auch falsche Sachbehauptungselemente mit zu schützen vermag (E. 4.1.3), sah es in diesem Fall die Grenze des Vertretbaren bereits als überschritten an.

An dem Entscheid ist von GIUSEP NAY mit Recht kritisiert worden, dass er die Grenze zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil falsch zieht.¹³ Ein Durchschnittsadressat würde angesichts der hinlänglich bekannten Definitionsschwierigkeiten¹⁴ gar nicht erwarten, dass in der Behauptung eines «verbalen Rassismus» ein beweisbarer Kern stecken könnte. Vielmehr handelt es sich erkennbar insgesamt um ein negatives Werturteil im politischen Meinungskampf, für dessen Äusserung in einer freiheitlichen Demokratie der grösstmögliche Freiraum gewährt werden muss. Würde man die jetzige Rechtsprechung des Bundesgerichts noch einen kleinen Schritt weitertreiben und einen solchen Freiraum konsequent verneinen, dann wäre wohl zukünftig in allen vergleichbaren Fällen entweder die Strafbarkeit wegen Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB)¹⁵ oder umgekehrt die Ehrverletzung wegen unberechtigten Rassismusvorwurfs zu konstatieren – wahrlich keine kommunikationsfördernde Rechtslage.

1.2 *Tierversuche als «Massenverbrechen»*

Während die II. zivilrechtliche Abteilung in dem soeben erwähnten Entscheid den Ehrenschatz zulasten der Meinungsfreiheit stärkte, gab die strafrechtliche Abteilung selbst überspitzter Kritik in der demokratischen Öffentlichkeit Raum und hob eine Verurteilung

13 GIUSEP NAY, Entscheidbesprechung zu BGer 5A_82/2012, in: AJP 2012, 1809–1812 (1811 f.). Zu anderen kritischen Aspekten siehe REGINA AEBI-MÜLLER, Anmerkungen, in: medialex 2012, 206–210 (209 f.).

14 Dazu ausführlich TAREK NAGUIB, Wenn der Antirassismus staatlich sanktioniert wird. Urteil «GRA gegen Kaspar» (5A_82/2012): Rassismus benennen als Persönlichkeitsverletzung, in: recht 2013, 13–27 (18 ff.).

15 Vgl. dazu ADRIAN BUSSMANN, Entscheidbesprechung von 5A_82/2012, in: AJP 2013, 286–292 (288 f.), der allerdings den Unterschied zwischen Rassismus und Rassendiskriminierung betont.

wegen Verleumdung auf.¹⁶ Der Präsident des Vereins gegen Tierfabriken Schweiz (VgT), Erwin Kessler, hatte der Novartis AG und auch persönlich dessen ehemaligem Verwaltungsratspräsidenten und CEO, Daniel Vasella, vorgeworfen, mit Tierversuchen an «Massenverbrechen» schuld zu sein. Bundesgericht und Vorinstanzen gehen ohne Weiteres davon aus, dass mit dieser Bezeichnung ein Werturteil und nicht etwa eine juristische Sachaussage in Rede steht (E. 3.6.1). Angesichts der hinlänglich bekannten Zuspitzungen in den Publikationen des VgT und bei ausdrücklicher Anerkennung des Bedürfnisses nach einer kontroversen Diskussion über Tierversuche war der Freispruch vom Vorwurf der Verleumdung zulässig (E. 3.6.3).

2. Medienfreiheit

Aussergewöhnlich aktiv hat das Bundesgericht in diesem Berichtsjahr zur Medienfreiheit judiziert:

2.1 *Gebührenverzicht beim journalistischen Zugang zu öffentlichen Dokumenten*

Von grösster praktischer Bedeutung dürfte der zur Publikation vorgesehene Entscheid des Bundesgerichts sein, nach welchem Medienschaffende zwar keinen direkt durchsetzbaren Anspruch auf Gebührenbefreiung haben, die Ausstrahlungswirkung der Medienfreiheit aber einen Gebührenverzicht im Einzelfall gebieten kann (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV).¹⁷ Dem Redaktor einer Konsumentenzeitschrift war ein teilweise geschwärzter Projektbericht zur Marktüberwachung von Energieetiketten mit einer Gebührenrechnung über 250 Franken zugestellt worden. Während das Bundesverwaltungsgericht einen Gebührenverzicht nicht als gerechtfertigt ansah, weil es sich nicht um eine Informationsbeschaffung von existenzieller Bedeutung handle, war das Bundesgericht grosszügiger. Die Medien seien unabhängig von der Bedeutung der einzelnen Recherche zur seriösen Wahrnehmung ihrer Funktion auf amtliche Dokumente angewiesen, sodass

¹⁶ BGer 6B_412/2012 vom 25. April 2013 – «Massenverbrechen».

¹⁷ BGer 1C_64/2013 vom 26. April 2013 – BFE-Gebühren; zur Publikation vorgesehen.

sich kumulierende Gebühren als tatsächliche Zugangsbeschränkung auswirken könnten (E. 4.3). Zwar bleibe den Behörden noch ein Ermessensspielraum hinsichtlich des Gebührenansatzes oder -verzichts, doch sei bei geringem Aufwand jedenfalls von einem besonders günstigen Gebührenansatz für Medienschaffende auszugehen (E. 4.4). Im Ergebnis bedeutet dies, dass Journalisten zukünftig auch ohne gesetzliche Grundlage direkt gestützt auf die Medienfreiheit einen besonders günstigen Zugang zu öffentlichen Dokumenten beanspruchen können.

2.2 *Geheimhaltungspflicht der Medienschaffenden*

Die ersatzlose Streichung des Straftatbestandes über «Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen» (Art. 293 StGB) regte das Bundesgericht in dem Urteil an, mit dem es die Bestrafung eines Zeitungsjournalisten bestätigte.¹⁸ Dieser hatte wörtlich aus dem geheimen Protokoll einer Parlamentskommission zitiert. Der Straftatbestand enthält zwar eine Geringfügigkeitsklausel (Absehen von Strafe, «wenn das an die Öffentlichkeit gebrachte Geheimnis von geringer Bedeutung ist»). Der Journalist hatte sich aber weder auf diese Geringfügigkeit berufen noch den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen geltend gemacht (E. 2.5), sondern vielmehr unter Berufung auf den Fall Stoll¹⁹ darauf bestanden, dass die Medienfreiheit dem Staat nur ganz ausnahmsweise gestatte, eine Geheimhaltung von der Presse zu verlangen. Die Vorinstanz hatte gegenüber diesem Anliegen spitzfindig zwischen dem (gewichtigen) Interesse der Öffentlichkeit an Information und dem (geringen) Interesse am genauen Wortlaut unterschieden (E. 1.4). Das Bundesgericht stützte diese Abwägungsdifferenzierung im Ergebnis und betonte, dass entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nach dem EGMR-Entscheid zum Fall Stoll ein formeller Geheimnisbegriff für Art. 293 StGB zugrunde zu legen sei, weshalb ein Interesse der Öffentlichkeit die Vertretbarkeit der Geheimhaltungserklärung gar nicht berühren könne (E. 2.1). Veröffentlichungen aus vertraulichen Kommissionssitzungen erfüllen also immer den Straftatbestand, und die Medienfreiheit werde erst auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe relevant.

18 BGer 6B_186/2012 vom 11. Januar 2013, E. 2.4 – «Schelte für die Bundesanwaltschaft».

19 BGE 126 IV 236 – Journalistischer Quellenschutz; dazu EGMR 69698/01 vom 10. Dezember 2007 – Stoll v. Switzerland.

Implizit deutet das Bundesgericht an, dass diese gesetzliche Konstruktion verfassungswidrig sein könnte. Unter Hinweis auf Art. 190 BV erwägt es die verfassungskonforme Auslegung der Strafnorm. Dem Gericht sei es aber verwehrt, den Anwendungsbereich «für Medienschaffende beispielsweise auf Veröffentlichungen zu beschränken, die geeignet sind, die staatlichen Interessen erheblich zu beeinträchtigen oder das Funktionieren der staatlichen Organe empfindlich zu stören» (E. 2.4). Das wäre laut Bundesgericht nicht mehr einschränkende Auslegung, sondern Rechtsetzung.

Richtig ist daran, dass dem Bundesgericht mangels umfassender Normverwerfungskompetenz eine verfassungskonforme *Korrektur* von Bundesgesetzen nicht zusteht.²⁰ Das Gericht darf aber sehr wohl eine verfassungskonforme Auslegung bis zur Grenze des Wortlauts vornehmen, könnte also die Tatbestandsbegriffe «geheim» (Art. 293 Abs. 1 StGB) und «Geheimnis» (Abs. 3) in materieller Lesart auf die notwendigerweise in einer Demokratie geheimhaltungsbedürftigen Inhalte beschränken.²¹ Zwar meint das Bundesgericht, auch ein materieller Geheimnisbegriff hätte zum gleichen Ergebnis geführt (E. 3). Das dürfte aber unzutreffend sein, denn abstrakte Überlegungen zur Vertraulichkeit der Kommissionsarbeit (E. 3.1) sind bei einem materiellen Geheimnisbegriff nicht unmittelbar relevant. Die blosses zusätzliche Belastung des konfliktbeladenen Verhältnisses zwischen Bundesrätin und Bundesanwalt (E. 3.4) ist allein nicht gewichtig genug, um ein mediales Publikationsverbot inhaltlich zu tragen. Die Bedeutung und damit der materielle Geheimnischarakter sind bei solchen atmosphärischen Fragen weit geringer als bei der diplomatischen Vertraulichkeit, die im Fall Stoll auf dem Spiel stand.²² Unter diesen Umständen muss bezweifelt werden, dass die Verurteilung des Journalisten «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» im Sinne von Art. 10 Ziff. 2 EMRK ist, wie das Bundesgericht abschliessend knapp behauptet (E. 3.6).

20 SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar, N. 260 ff. (271) zu Art. 1 ZGB m. w. N.

21 Vgl. EGMR 69698/01 vom 10. Dezember 2007 – Stoll v. Switzerland, wo bei Nr. 129 der Vorrang der materiellen Betrachtung («content») vor der formellen Betrachtung («nature and form») betont wird.

22 Siehe dazu EGMR 69698/01 vom 10. Dezember 2007 – Stoll v. Switzerland, insbesondere Nr. 22 ff., 113 ff., 126.

2.3 *Ergänzende Botox-Informationen im Internet*

Einmal mehr war der Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) vor Bundesgericht erfolgreich.²³ Das Schweizer Fernsehen hatte in einer Sondersendung über medizinische und kosmetische Anwendungen des Nervengifts «Botox» berichtet, ohne auf die mit dessen Produktion verbundenen Tierversuche hinzuweisen. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz stellte eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots fest, was durch das Bundesgericht bestätigt wurde (E. 2.2.5). Die weitreichende Bedeutung des Entscheids besteht darin, dass das Bundesgericht zwei grundsätzliche Rechtfertigungsversuche des Fernsehens nicht hat gelten lassen: Weder die ergänzende kritische Information in einer anderen Sendung noch die Ergänzung auf den Internetseiten des Fernsehsenders genügen zur Herstellung der journalistischen Vollständigkeit.

2.4 *Verhaftung von Pressefotografen*

Die wertsetzende Bedeutung der Medienfreiheit in der gesamten Rechtsordnung (Art. 35 Abs. 1 BV) wird in dem Entscheid des Bundesgerichts deutlich, der einem Pressefotografen die weitere Strafuntersuchung gegen zwei Zürcher Stadtpolizisten zugesteht.²⁴ Der Fotograf war beim Polizeieinsatz zur Beendigung der Besetzung des Hardturmstadions verhaftet und dabei verletzt worden. Das Bundesgericht hält fest, dass die Medienfreiheit ein enges Verständnis des Tatbestandes «Hinderung einer Amtshandlung» (Art. 286 StGB) erfordere (E. 2.2.1). Es dürfe darum keine Verfahrenseinstellung einfach mit dem weiten Ermessen der Polizeibehörden begründet werden, solange Zweifel darüber blieben, ob die Festnahme und die damit verbundene Gewaltanwendung rechtmässig gewesen seien (E. 2.4).

2.5 *Verantwortlichkeit der Tribune de Genève für Bloginhalte*

Wer Dritten im Internet eine Plattform für Blogs anbietet, ist nicht vollständig von der Verantwortlichkeit für die medialen Inhalte befreit. Mit diesem Ergebnis stützte das Bundesgericht eine Verurteilung der Tribune de Genève zur Zahlung von Anwaltskosten.²⁵ Zwar sei für An-

23 BGer 2C_1246/2012 vom 12. April 2013 – Botox-Sondersendung.

24 BGer 1B_534/2012 vom 7. Juni 2013 – Räumung Hardturmstadion.

25 BGer 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013 – Blogbetrieb Tribune de Genève.

sprüche auf Schadenersatz und Genugtuung ein eigenes Verschulden des Blogbetreibers nötig, doch für die Anwaltskosten für die Durchsetzung von Beseitigungs- und Feststellungsansprüchen muss der Löschungspflichtige, hier also die Zeitung als Blogbetreiberin und damit objektiv Mitwirkende an der Persönlichkeitsverletzung (E. 6.2), verschuldensunabhängig haften. Ein Haftungsprivileg für Internetanbieter (host provider), wie es in der EU durch die E-Commerce-Richtlinie begründet wurde, besteht im schweizerischen Recht bisher nicht. Auch eine entsprechende Auslegung des Zivilrechts lehnt das Bundesgericht ab und appelliert an den Gesetzgeber, den Missstand zu beheben (E. 6.3).

Die problematischen Konsequenzen dieser Rechtslage sind offensichtlich: Bloganbieter in der Schweiz müssen zur Vermeidung ihrer Haftung schon im Vorfeld die bei ihnen publizierten Inhalte kontrollieren, also letztlich eine private Vorzensur betreiben. Weil eine vollständige Inhaltskontrolle angesichts des Blogvolumens faktisch unmöglich ist, wird es zudem einen Trend zur diskriminierenden Kontrolle geben, der gerade die kontroverseren Blogautoren trifft. Beide Aspekte, systematische Vorzensur und inhaltsbezogene Diskriminierung, wären den staatlichen Behörden aus gutem Grund verboten. Es kann nicht im Sinne der Medienfreiheit sein, den privaten Betreibern solche Handlungsweisen im Ergebnis aufzudrängen.

2.6 *Medienöffentlichkeit der Justiz*

Um die Öffentlichkeit der Justiz (Art. 30 Abs. 3 BV) speziell für Recherchen von Journalisten ging es in dem Urteil, mit dem das Bundesgericht den Anspruch auf Bekanntmachung des Spruchkörpers für ein besonders umstrittenes Urteil festhielt.²⁶ Die Asylrekurskommission hatte in einem Grundsatzentscheid vom Dezember 2005 die Verfolgung wegen Desertion als Fluchtgrund für Asylsuchende aus Eritrea anerkannt. Im Jahr 2012 wollten Journalisten der «Weltwoche» die persönliche Verantwortlichkeit der Richter recherchieren, was der Generalsekretär des Bundesverwaltungsgerichts unter Hinweis auf das Archivierungsreglement ablehnte. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass die Kenntnisnahme von Urteilen von der (anspruchsvolleren) Einsicht in die Prozessakten unterschieden werden müsse

²⁶ BGer 1C_390/2012 vom 26. März 2013 – Spruchkörper Eritreaentscheid, zur Publikation vorgesehen.

(E. 3.5). Zwar sei auch der Kenntnisnahmeanspruch nicht absolut, doch die kritische Kontrolle der Justiz durch die Rechtsgemeinschaft werde massgeblich beeinträchtigt, wenn die beteiligten Gerichtspersonen unbekannt blieben (E. 3.6). Ein Schutz des Vertrauens der Richter auf die Anonymität ihrer Tätigkeit nach damaliger Praxis lehnte das Bundesgericht unter Hinweis auf den schon damals geltenden Verfassungsgrundsatz der Justizöffentlichkeit ab (Art. 30 Abs. 3 BV). Schliesslich betonte das Gericht die Kontrollfunktion der Medien, um den Anspruch auf Kenntnisnahme auch ohne besonders schutzwürdige Informationsinteressen zu bejahen (E. 3.6 a. E.). Im Ergebnis muss das Bundesverwaltungsgericht die Namen der Richter bekannt geben.

Um die Medienöffentlichkeit als Teil der Justizöffentlichkeit ging es ausserdem in dem Urteil über die Einstellung der Strafverfolgungsuntersuchungen gegen Fifa-Funktionäre.²⁷ Das Bundesgericht betont hier seine bisherige Rechtsprechung, nach der die Medien als Bindeglied zwischen Justiz und Bevölkerung wirken,²⁸ sodass sie das Interesse der Öffentlichkeit für ihr Auskunftsbegehren über die Einstellungsverfügungen geltend machen können (E. 4.3).

3. Koalitionsfreiheit – gewerkschaftlicher Betriebszugang

Zur Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) entschied das Bundesgericht, dass aus ihr ausserhalb legitimer Streiksituationen nicht automatisch ein Anspruch auf Zugang zum Betriebsgelände folge.²⁹ Zwar führe das Grundrecht zu einer mittelbaren Drittwirkung bei der Auslegung des Privatrechts (E. 1.3.2). Doch sei die Einschränkung des Hausrechts des Hotelbesitzers keine zwingende interpretatorische Folge der Koalitionsfreiheit (E. 1.3.4). Auch als Wahrnehmung berechtigter Interessen könne die Verteilung von Flugblättern auf dem Betriebsgelände nicht gerechtfertigt werden (E. 2). Im Ergebnis bestätigt das Gericht darum die gegen die Gewerkschaftsmitarbeiter ergangenen Verurteilungen wegen Hausfriedensbruchs. Das Gericht hat damit eine bisher umstrittene Fra-

27 BGer 1B_68/2012 vom 3. Juli 2012 – Fifa-Korruptionsverfahren.

28 E. 3.1 unter Hinweis auf BGE 137 I 16 – Akteneinsicht Nef; siehe dazu JUDITH WYTTENBACH, Verfahrensgarantien, in: ZBJV 148 (2012) 744–757 (752 f.).

29 BGer 6B_758/2011 vom 24. September 2012 – Genfer Hotelprotest.

ge im Sinne eines Primats der Grundrechte auf Eigentum, Wohnung und Privatsphäre gegenüber der Koalitionsfreiheit entschieden.³⁰

4. Sprachenfreiheit – Schulversuch Rumantsch Grischun

In einem Entscheid zur Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) verwehrt das Bundesgericht den beschwerdeführenden Eltern aus der Surselva und dem Münstertal einen Wechsel der Schulsprache nach Beginn der 1. Primarschulklasse.³¹ Die Kantonsregierung hatte 2007 den Primarschulunterricht mit der Einheitssprache Rumantsch Grischun als Schulversuch bewilligt. Nachdem in mehreren kommunalen Volksinitiativen die Rückkehr zum lokalen Idiom verlangt worden war, beschloss die Kantonsregierung, dass ein solcher Sprachwechsel zur Schonung der Schüler grundsätzlich nicht während der obligatorischen Schulzeit erfolgen dürfe. Das Bundesgericht stützte diesen Beschluss unter anderem mit dem Argument, es sei der Schutzbereich der Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) gar nicht berührt, weil die Form des Rätomanischen weder in der Bundesverfassung noch in der Kantonsverfassung definiert sei. Eine derart formalistisch enge Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzbereichs wirkt künstlich, ist doch das Verständnis, was eine eigenständige Sprache ausmacht, gemeinhin nach der Wahrnehmung in der Sprachgruppe selbst zu entscheiden.³² Diese empfindet, wie die Volksinitiativen der jüngeren Vergangenheit beweisen, die Kunstsprache als fremd und will sie mit Ausnahme einiger Mittelbündner Gemeinden als Schulsprache wieder abschaffen. Erkennt man das lokale Idiom als eigenständige Sprache im Sinne des Art. 18 BV an, so kann das Gewicht der geltend gemachten Kantonsinteressen (pädagogischer Umstellungsschutz und Praktikabilität im Schulbetrieb) wohl allein nicht genügen, um eine absolute Sperrwirkung für die gesamte Schulzeit zu rechtfertigen, die bei den jetzigen Zweitklässlern immerhin weitere acht Schuljahre ausmachen wird.

30 Vgl. MICHEL HOTTELIER, Besprechung von BGer 6B_758/2011, in: AJP 2013, 450–457 (455 f.).

31 BGer 2C_806/2012, 2C_807/2012 vom 12. Juli 2013 – Schulversuch Rumantsch Grischun.

32 Zum Selbstverständnis als Rechtskriterium siehe oben V.2 mit Fn. 10.