swisslex

Dokument	**ZBJV 140/2004 S. 633**
Autor	**Walter Kälin, Regina Kiener, Andreas Kley, Pierre Tschannen, Ulrich Zimmerli**
Titel	**Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2003 und 2004**
Publikation	**Zeitschrift des bernischen Juristenvereins**
Herausgeber	**Heinz Hausheer, Jörg Schmid**
ISSN	**0044-2127**
Verlag	**Stämpfli Verlag AG, Bern**

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2003 und 2004 (BE)

Von Proff. Walter Kälin, Regina Kiener, Andreas Kley, Pierre Tschannen, Ulrich Zimmerli, Bern

Die Ordinarien des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2003 und 2004 untereinander aufgeteilt. Angestrebt wird eine vertiefte Auseinandersetzung mit den wichtigsten Entscheiden, insbesondere zu Grundsatzfragen. Dabei soll besonderes Gewicht auf ihre Einordnung ins System der neuen Bundesverfassung gelegt werden.

Die Beiträge sind mit Initialen wie folgt gekennzeichnet: WK (Walter Kälin), RK (Regina Kiener), AK (Andreas Kley), PT (Pierre Tschannen), UZ (Ulrich Zimmerli).*

ZBJV 140/2004 S. 633, 635

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

1. Allgemeines

Zu den in Art. 5 BV verankerten rechtsstaatlichen Grundsätzen gehören das Legalitätsprinzip (Abs. 1), die Verpflichtung des Staates, im öffentlichen Interesse zu handeln und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Abs. 2), die Bindung

* Für ihre Mitarbeit danken wir Mirjam Baldegger, Katja Egger, Beatrice Glaser, Lukas Heim, Beatrice Herrmann, Andreas Hänzi, Florian Zihler und Christian Zuberbühler.

einen schlecht integrierten Italiener, der - ohne selbst süchtig zu sein - gut 1,6 kg Kokain verkauft hat und dessen Ehefrau die kinderlos gebliebene Ehe beenden will, auszuweisen (BGE 129 II 215).

B. gehört zu den Fahrenden in der Schweiz und pflegt deren traditionelle Lebensweise. Er möchte einen Teil seines ausserhalb der Bauzone gelegenen Grundstückes als Standplatz und Ort für eine Kirche für Fahrende benutzen. Die Ablehnung seines Gesuches ficht er beim Bundesgericht mit der Begründung an, die Grundrechte gäben ihm Anspruch auf die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 ff. Raumplanungsgesetz. Das Bundesgericht anerkennt, dass der Anspruch des Beschwerdeführers und seiner Familie auf Bewahrung der Lebensweise der Fahrenden gemäss der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Fall Chapman v. UK vom 18. Januar 2001) durch Art. 8 EMRK geschützt sei, dieser Anspruch aber unter den üblichen Voraussetzungen eingeschränkt werden könne. Es anerkennt auch, dass die Raumplanung den Bedürfnissen der Bevölkerung zu dienen hat und die Nutzungsplanung deshalb Zonen und geeignete Plätze vorsehen muss, welche für den Aufenthalt von Schweizer Fahrenden geeignet sind und deren traditionellen Lebensweise entsprechen, kommt aber zum Schluss, dass die Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 ff. RPG dafür nicht das geeignete Instrument sei. Die Beschwerde wird deshalb abgewiesen (BGE 129 II 321). Während sachliche und nachvollziehbare Gründe dafür sprechen, die Ausnahmebewilligung nicht für die Schaffung von Standplätzen für Fahrende zu verwenden, hat der vom

Bundesgericht eingeschlagene Weg den Nachteil, dass die Fahrenden auf den guten Willen der Planungsbehörden angewiesen sind, weil sie, wie dieser Entscheid deutlich macht, kaum je Anspruch darauf haben, dass ein bestimmtes Grundstück als Standplatz für Fahrende eingezont wird. Das Bundesgericht verpasst in diesem Entscheid die Chance, sich zum Anspruch von Mitgliedern von Minderheiten, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, zu äussern, obwohl die Garantie von Art. 27 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte direkt anwendbar und voll justiziabel ist und inhaltlich über den Schutz von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV hinausgeht.

Problematisch erscheint BGE 129 V 323, in welchem das Eidgenössische Versicherungsgericht zum Schluss kommt, Art. 47 UVG, welcher dem Versicherer eine Pflicht zur Sachverhaltsabklärung auferlegt, ohne die Beweismittel zu beschränken, bilde eine genügende Grundlage für die SUVA, als Beweismittel Überwachungsberichte und ein Videoband eines Privatdetektivs zuzulassen und damit in Art. 13 BV einzugreifen. Tatsächlich stellen solche Überwachungen bzw. ihre Verwertung als Beweismittel in einem Verwaltungsverfahren einen schweren Eingriff in die Privatsphäre dar und brauchen ohne Zweifel eine klarere gesetzliche Grundlage als Art. 47 UVG sie darstellt; zudem ist festzuhalten, dass wohl eine einfache ärztliche Abklärung als verhältnismässigeres Mittel für den Nachweis genügt hätte, dass die Versicherungsnehmerin ihr Knie beugen und ohne Krücken gehen kann.

3. Soziale Grundrechte

Zum Anspruch auf Grundschulunterricht siehe vorne Ziff. II/3.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) (AK)

1. Religiöses Erziehungsrecht als Bestandteil der Glaubens- und Gewissensfreiheit

Gemäss Art. 49 Abs. 3 der Bundesverfassung von 1874 verfügte der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt über die religiöse Erziehung seiner Kinder bis zu deren erfülltem 16. Altersjahr. Diese Bestimmung wurde jedoch nicht in

die Bundesverfassung von 1999 übertragen, da Art. 303 ZGB (SR 210) auf formell-gesetzlicher Ebene diesen Gehalt fortführt. In BGE 129 III 689 sieht sich das Bundesgericht zur Feststellung veranlasst, dass das religiöse Erziehungsrecht der Eltern trotzdem in der Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV enthalten ist. Art. 303 ZGB hat demnach Anteil an der verfassungsrechtlichen Garantie. Einer Frau, der die elterliche Obhut nach Art. 310 ZGB, nicht jedoch die elterliche Sorge (früher: Gewalt) nach Art. 311 ff. ZGB entzogen wurde, kann sich in einem solchen Fall auf Art. 15 BV berufen. Sie ist also bei Streitigkeiten betreffend die religiöse Erziehung ihrer Kinder materiell beschwert (BGE 129 III 689, E. 1.2, S. 692). Die praktischen Folgen dieses Urteils werden sich für die Rechtsanwendung in Grenzen halten. Gleichwohl kann man sich die Frage stellen, ob Art. 303 ZGB nun zu einem Bestandteil der Verfassung im materiellen Sinne geworden ist. Das würde bedeuten, dass für die Änderung oder Abschaffung von Art. 303 ZGB nicht mehr der gewöhnliche Gesetzgeber, sondern der Verfassungsgeber zuständig ist[25]. Diese Konsequenz scheint zu weitreichend, denn Art. 49 Abs. 3 aBV wurde aus der Verfassung verbannt, weil die Modalitäten der Grundrechtsmündigkeit in Glaubensfragen dem Gesetzgeber bzw. der Rechtsanwendung überlassen werden sollten. Insofern müsste man festhalten, dass Art. 303 ZGB nur temporär Anteil an der Garantie des Art. 15 BV hat.

ZBJV 140/2004 S. 633, 659

2. Religionsfreiheit bei der Errichtung von Bauten

Ein Gerlafinger Hauseigentümer errichtete auf seinem Grundstück ein 7,38 m hohes, blau-weiss gestrichenes Aluminiumkreuz, das nachts beleuchtet wurde. Die Solothurner Behörden verlangten dafür ein nachträgliches Baugesuch und verweigerten darauf die nachträgliche Baubewilligung. Das angerufene Bundesgericht hatte unter anderem die behauptete Verletzung der Religionsfreiheit nach Art. 15 BV zu prüfen. Es hielt im nicht amtlich veröffentlichten Entscheid 1P.149/2004 vom 21.6.2004 in E. 2.1 fest, dass das Errichten eines religiösen Symbols in dessen sachlichen Schutzbereich fällt. Die damit verbundene Verbreitung der eigenen Glaubensansicht wird jedoch nicht vom unantastbaren Kerngehalt nach Art. 36 Abs. 4 BV erfasst, da dieser (nur) den innersten Bereich der religiösen und ethischen Selbstverantwortung, das *forum internum*, als Kernbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit vor staatlichem Zwang schützt[26]. Das Aufstellen und Beleuchten eines Kreuzes zum Zweck der Kundgabe einer religiösen Überzeugung zählt nicht zum *forum internum* (E. 3.1). Bei der Anwendung der Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1-3 BV stützte das Bundesgericht alle Erwägungen des Solothurner Verwaltungsgerichts als letzter kantonaler Instanz, indem es die Zonenkonformität (Wohnzone, maximale Bauhöhe: 7,5 m) verneinte, da mit dem Kreuzaufstellen kein positiver funktionaler Zusammenhang zum Wohnen hergestellt werden konnte (E. 3.4). Auch die Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Ästhetikklausel war zulässig, weil ein beleuchtetes Kreuz von dieser Grösse nicht zum herkömmlichen Inventar der Wohnzone gehört, sondern am aktuellen Platz fremd ist und das Quartierbild stört (E. 3.3). Die Zonenkonformität und die Ästhetikklausel wurden als zulässige öffentliche Interessen an der Verweigerung der Baubewilligung eingestuft und die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs damit ohne grössere Begründung bejaht (E. 3.5 und 3.6).

ZBJV 140/2004 S. 633, 660

---

25 Vgl. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz. Fassung von 1967. Neu bearbeiteter Nachtrag bis 1990, Bd. I, Basel-Frankfurt a.M. 1991, Rz. 312. Zur Diskussion vgl. Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 3 Rz. 20-22.

26 Vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 87 ff.

VI. Grundrechte freier Kommunikation, insb. Vereingungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 23, 28 BV) (AK)

Im Berichtszeitraum hatte sich das Bundesgericht wenig mit den Grundrechten freier Kommunikation beschäftigt. In Bezug auf die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit der Art. 23 bzw. 28 BV nahm das Bundesgericht in einem Entscheid BGE 129 I 113 (= Pra 2004 Nr. 20 S. 88) wie folgt Stellung.

Im Zusammenhang mit der Modernisierung der Waadtländer Verwaltung, u.a. der Neugestaltung der Personalpolitik, machte eine Gewerkschaft geltend, der Staatsrat habe ihr bei der Überarbeitung der entsprechenden rechtlichen Bestimmungen keine ausreichende Mitwirkung zugestanden und damit ihre Koalitionsfreiheit nach Art. 28 BV verletzt. Es stellte sich für das Bundesgericht nun die Frage, ob und inwieweit sich Gewerkschaften des *öffentlichen* Dienstes bei der Überarbeitung der rechtlichen Bestimmungen durch den Gesetzgeber auf die Koalitionsfreiheit berufen können. Anhand der Botschaft des Bundesrats zur neuen Bundesverfassung, einem Rechtsvergleich mit Art. 11 EMRK und der Darlegung der einschlägigen, aber nicht besonders umfangreichen Literatur (E. 3.1-3.3, S. 121 ff.) kam das Bundesgericht zu folgendem Schluss: In der Rechtsetzung haben die Gewerkschaften kein eigentliches Mitwirkungsrecht. Jedoch können sie beanspruchen, in angemessener Form angehört zu werden, wenn Gesetze und Reglemente geändert werden, welche die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder wesentlich beeinflussen. Die Gewerkschaften müssen aber repräsentativ konstituiert sein und dürfen sich während den Verhandlungen nicht treuwidrig verhalten (E. 3.4, S. 123 f.). Im konkreten Fall bestand für die Gewerkschaften die Möglichkeit, sich zur Verwaltungsreform adäquat äussern zu können (E. 3.5, S. 124). Jedoch stellte das Bundesgericht eine diskriminierende Behandlung der klagenden Gewerkschaft fest, da sie aufgrund kritischer Aussagen, die vom Staatsrat als Ausdruck mangelnden Kooperationswillens ausgelegt wurden, im weiteren Verfahren im Vergleich zu anderen Gewerkschaften schlechter gestellt wurde. Das Bundesgericht hielt fest, dass es gerade Sinn und Zweck der Koalitionsfreiheit sei, die Interessen der Gewerkschaftsmitglieder zu verteidigen und andere Standpunkte zu vertreten (E. 5, S. 125 ff.). Das Urteil des Bundesgerichts ist überzeugend. Je mehr die Festlegung der

Arbeitsbedingungen im Bereich öffentlicher Aufgaben dem privatwirtschaftlichen Wettbewerbs- und Leistungsprinzip unterstellt wird (Stichwort: New Public Management), desto grössere Bedeutung erlangen die Koalitionsfreiheit nach Art. 28 BV und andere Grundrechte zur Wahrung der Interessen der betroffenen Angestellten[27].

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (UZ)

1. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)

1.1 Allgemeines

Die im Jahre 2003 veröffentlichte staatsrechtliche Rechtsprechung enthält keine Grundsatzurteile zur Eigentumsgarantie, über die an dieser Stelle besonders zu berichten wäre.

---

27 Vgl. Jörg Paul Müller (Fn. 26), 360.