

---

**Andreas Kley**

Prof. Dr. rer. publ., Professor an der Universität Bern, Bern

**Florian Zihler**

Lic. iur., LL.M.Eur., Assistent an der Universität Bern, Bern

## **Grundrechtspolitik und Grundrechte**

Sonderdruck aus / Tiré à part

**Aktuelle Anwaltspraxis 2003**  
**La pratique de l'avocat 2003**

Herausgegeben von / Edité par

**Walter Fellmann/Tomas Poledna**

Nicht im Handel / Hors commerce



**Stämpfli Verlag AG Bern • 2003**  
**Stämpfli Editions SA Berne • 2003**

## Grundrechtspolitik und Grundrechte

Andreas Kley / Florian Zihler\*

### I. Die Frage zur grundrechtspolitischen Entwicklung der Schweiz

Nach einer oberflächlichen Lektüre dieses Beitrags könnte der Leser den Eindruck gewinnen, der Autor wünsche eine Rücknahme der Grundrechte. Das ist nicht der Fall. Ich beschreibe vielmehr Symptome, die für diese – wie ich befürchte – sich im Gange befindliche Rücknahme stehen. Die Symptome sind zu dieser Entwicklung gegenläufig. Nämlich: Es werden quantitativ immer mehr Grund- und Menschenrechte eingeräumt, aber paradoxerweise könnte das der Ausdruck dafür sein, dass diese Rechte in der Substanz immer mehr zurückgedrängt werden. Es bedarf daher eines zweifachen Blickes, zuerst auf die Symptome (Abschnitt II) und dann auf die verborgenen Ursachen (Abschnitt III). Schliesslich werden einzelne bedeutsame Urteile im Sinne einer kritischen Kommentierung vorgestellt (Abschnitte IV. über das Bundesgericht und Abschnitt V. über den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte). Die nachfolgende Analyse der grundrechtspolitischen Entwicklung ist verkürzt und stichwortartig. Den mit dem Gegenstand täglich betrauten JuristInnen mögen die Gedanken fremd erscheinen. Es braucht eine gewisse Distanz, um die Subtilität der Vorgänge zu erkennen. Sollte sich meine Analyse als unzutreffend erweisen, so ist das um so besser.

Martin Walser lässt in seinem Reich-Ranicki- alias Ehrl-König-Roman „Tod eines Kritikers“ Professor Silberfuchs über Frau Julia Pelz, Dichterin und Verleger-Gattin, Folgendes sagen: „Wenn jemand schon Gedichte schreibe, dürfe er die auch gedruckt sehen. Das sei ein Menschenrecht. Gedichte zu schreiben sei sowieso Ausdruck einer weitreichenden, jedes Mitgefühl verdienenden Schwäche. Die könne, wenn überhaupt, dann nur durch Gedrucktwerden gelindert werden“.<sup>1</sup> Die Kritik hatte zwar Martin Walsers „obskurliterarische Rachebegierde“ an Reich-Ranicki ungnädig aufgenommen und einer rituellen Schelte unterworfen.<sup>2</sup> Der Roman bietet aber ungeachtet dieser Kritik ein lustvoll überspitztes Zerrbild der Gegenwart, das gesellschaftliche Tendenzen zutreffend anzeigt. Das gilt auch für das Thema der Grundrechte.

\* Prof. Dr. iur. ANDREAS KLEY, Professor an der Universität Bern (<http://www.cx.unibe.ch/oefre/abt-kley.htm>); lic. iur. FLORIAN ZIHLER, LL.M.Eur. Die Autoren zeichnen sich wie folgt verantwortlich: A. KLEY: Abschnitte I bis IV; F. ZIHLER: Abschnitte IV bis V.

<sup>1</sup> MARTIN WALSER, „Tod eines Kritikers“, Frankfurt a.M. 2002, 33.

<sup>2</sup> Vgl. NZZ vom 13.8.2002, Nr. 185, 45.

Die Grundrechte schützen nach verbreiteter Definition die grundlegenden Rechte des Menschen gegenüber dem Staat.<sup>3</sup> Sie wehren staatliche Eingriffe in die Freiheitssphäre ab und sprechen negative Kompetenznormen des Gemeinwesens aus. Das Thema der Grundrechte bilden geschichtliche Erfahrungen des Menschen im Umgang mit der Staatsmacht, wie etwa die Meinungs- und Religionsfreiheit zeigen. In der Tat *erscheint* das aufklärerische Projekt der Menschenrechte von Erfolg gekrönt zu sein und heute gelten Grund- und Menschenrechte ausserhalb einer jeden Disposition des Staates. Ist dies wirklich so?

Die Grund- und Menschenrechte haben – betrachtet man die staatsrechtliche Literatur und die Rechtsprechung der obersten Gerichte – einen derartigen Siegeszug und literarische Anerkennung gefunden, dass fast Zweifel aufkommen, ob das wirklich ein Sieg ist. Es ist ja aus der Psychologie bekannt, dass die vielfach bekundete hehre Haltung für irgend etwas ein Indiz für ein hintergründiges Problem darstellt: „... Hehres Streben ist Sache auserwählter Seelen. Bei unsereinem aber habe ich stets zwei Dinge in besonders engem Zusammenspiel gesehen: überhimmlisches Denken und unterweltliches Tun“.<sup>4</sup> Der Verfassungsgeber, die Politik und die Gerichte rufen überhimmlisches Denken in Form von Menschen- und Grundrechten an; aber wie steht's im politischen und rechtlichen Alltag damit?

## II. Inflation der Grund- und Menschenrechte

Martin Walser deutet im Bereich des „Überhimmlischen“ eine Inflation an. Das Menschenrecht auf alles und jedes und auch auf Buchdruck für Gedichte ist Legion dafür. Zunächst sind die Symptome des „Sich-Aufblasens“ oder „Anschwellens“ (lat. *Inflatio*) der Menschen- und Grundrechte auszumachen. Die neue Bundesverfassung steht im Zentrum der Betrachtung. Sie ist Ausdruck der erfolgten juristischen und politischen Entwicklung und eignet sich infolge ihrer Aktualität besonders zum Aufzeigen der Symptome (Ziff. 1-6). Sodann erfolgen Überlegungen über Einwirkungen seitens der internationalrechtlichen Ebene (Ziff. 7-8). Diese verstärken die in der Bundesverfassung ausgemachten Tendenzen nur.

### 1. Problem der Menschenwürde

Die neue Bundesverfassung hatte nicht nur Lücken im bestehenden Katalog der Rechte gefüllt, sondern die Ansprüche gleich verdoppelt und mehrfach

<sup>3</sup> Vgl. z.B. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, 1 f.

<sup>4</sup> MICHEL DE MONTAIGNE, Essays, III.13. Über Erfahrung, aus der Übersetzung von Hans Stille, Frankfurt a.M. 1998, 565. Montaigne berichtet über dieses Problem an mehreren Stellen.

überschneidende Garantien verankert: Die Menschenwürde des Art. 7 BV ist im Unterschied zu den meisten europäischen Verfassungen nicht nur ein staatsleitendes Prinzip, sondern auch ein subjektiv anwendbares Menschenrecht des Grundrechtskataloges.<sup>5</sup> Es kann in jedem erdenklichen Zusammenhang angerufen werden und verdoppelt die Grundrechtsansprüche.<sup>6</sup> Beim Recht auf Hilfe in Notlagen, Art. 12 BV, wird das „menschenswürdige Dasein“ noch speziell als Zweck hervorgehoben. Damit noch nicht genug. Der Verfassungsgeber hat die Menschenwürde bei zwei Bundeskompetenzen wiederholt<sup>7</sup> und in Art. 120 Abs. 2 BV steigert er sie sogar zu einer „Würde der Kreatur“. Die französische Fassung spricht von der „l'intégrité des organismes vivants“, was die Sache nicht verständlicher macht.<sup>8</sup> Die Bedeutung der gewählten Ausdrücke ist offen, ihr Steigerungspotential ist aber eindrucklich. Wenn man Vertrauen in die Menschen- und Grundrechte haben könnte, so liesse sich die Menschenwürde als ein überdachendes Prinzip allen Grundrechten voranstellen (am besten in Art. 5 BV). Aber offenbar besteht dieses Vertrauen nicht. Es erfolgt vielmehr ein Wiederholungs- und Steigerungszwang bis hin zur Superlative: Der Aufblähung der Menschenwürde bis in das Reich der Kreaturen.

### 2. Problem des Kerngehalts

Die Regelung des Kerngehaltes der Menschen- und Grundrechte in Art. 36 Abs. 4 BV wirft Fragen auf, nachdem es der Verfassungsgeber unterlassen hat, dessen Inhalt zu definieren. Ist der Kerngehalt der Menschen- und Grundrechte die Menschenwürde oder etwas anderes? Selbst das Bundesgericht und die Praxis scheinen damit ihre lieben Mühen zu haben.<sup>9</sup>

### 3. Auffangfunktion des Diskriminierungsverbots und der persönlichen Freiheit

Nicht nur die Menschenwürde und der Kerngehalt, sondern auch das Diskriminierungsverbot lässt sich definitorisch nicht von den gewöhnlichen Grundrechten abgrenzen. Man kann eine Verletzung des Diskriminierungsverbots

<sup>5</sup> Vgl. BGE 127 I 6 E. 5, 13 ff.

<sup>6</sup> Oder ist sie Teil der persönlichen Freiheit des Art. 10 BV, wie das Bundesgericht singulär geltend machte: BGE 124 I 40 E. 3a, 42?

<sup>7</sup> Art. 119 Abs. 2 (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie) und Art. 119a Abs. 1 (Transplantationsmedizin).

<sup>8</sup> Siehe zur daraus entstandenen Debatte: ANDREAS LÖTSCHER, „Würde der Kreatur“ – „l'intégrité des organismes vivants“, LeGes 2000/2, 137 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Urteil vom 20.9.2002 (6P.91/2002; 6S.274/2002) und dazu nachstehend Abschnitt IV.1; vgl. auch MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, 5 ff., der richtigerweise vorschlägt, die Menschenwürde als Basis der Kerngehalte zu nehmen.

stets als Verletzung eines speziellen Rechts begreifen: So verletzt eine religiös motivierte Diskriminierung Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 15 BV.<sup>10</sup> Auch damit noch nicht genug. Das Bundesgericht hat die (beschränkte) Auffangfunktion der persönlichen Freiheit in Art. 10 Abs. 2 BV im bisherigen Umfang<sup>11</sup> anerkannt, d.h., alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen werden weiterhin geschützt.<sup>12</sup> Dieses inhaltlich offene Recht ist zwar zu allen andern subsidiär, aber es ist stets bereit und wird in der Praxis richtigerweise auch immer angerufen. Dazu kommt noch das Willkürverbot des Art. 9 BV, das der Gerechtigkeit seine Stimme leiht. Schliesslich gilt der Grundrechtskatalog als nicht abschliessend, d.h., bei Bedarf können auch weitere ungeschriebene Grundrechte anerkannt werden.<sup>13</sup> Es besteht kein Mangel an grundrechtlichem Schutz; je nach Situation ist eine Handlung vielfach grundrechtlich geschützt. Für Frau Julia Pelz und ihre Gedichte besteht menschenrechtlich Hoffnung. Allerdings ist daraus keine positive Schlussfolgerung zu ziehen, wie das bereits schon THOMAS HOBBS für gewöhnliche Gesetze festgestellt hat: „Denn alle Wörter unterliegen der Zweideutigkeit, und deshalb bedeutet eine Multiplikation von Wörtern im Gesetzestext eine Multiplikation von Zweideutigkeiten“.<sup>14</sup>

#### 4. Weitere Grundrechte ausserhalb der Art. 7-36 BV

Viele Grundrechte werden nicht einfach an einer Stelle genannt, sondern in fast typischer Redundanz hat sie der Verfassungsgeber auch ausserhalb des Grundrechtskataloges wiederholt oder dort sogar neue Grundrechte geschaffen.<sup>15</sup> Der umfassende Grundrechtskatalog ist also wiederholungs- und sogar ergänzungsbedürftig. Das Bundesgericht anerkennt ferner eine Reihe von Grundsätzen als „verfassungsmässige Rechte“ im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. a OG, so etwa die derogatorische Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1

<sup>10</sup> HAUSHEER (Fn. 32), Abschnitt III.e, macht auf die gegenteiligen Auffassungen aufmerksam, wonach Art. 14 BV als Schutz der Institutionen von Ehe und Familie verstanden, oder aber im Verbund mit Art. 8 Abs. 2 BV eine Öffnung für gleichgeschlechtliche Paare postuliert wird. Beide Auffassungen lassen sich gut begründen, aber die Idee der Grundrechte erträgt schlecht eine derartige Gegensätzlichkeit.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. BGE 97 I 45.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 127 I 6 E. 5a, 12 und dazu: ANDREAS KLEY/RETO FELLER, Grundrechte, in: WALTER FELLMANN/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2001, Bern 2002, 341-351, insb. 341 f.

<sup>13</sup> Vgl. ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung, ZBJV 1999, 395 ff.

<sup>14</sup> Leviathan, übersetzt von JUTTA SCHLÖSSER, Hamburg 1996, 264.

<sup>15</sup> Vgl. Art. 17 und 93 Abs. 3 BV (Medienfreiheit), Art. 27 und 94 Abs. 1 BV (Wirtschaftsfreiheit), Art. 13 Abs. 2 und Art. 119 Abs. 2 lit. g BV (Datenschutz und Kenntnis der persönlichen Abstammungsdaten).

BV),<sup>16</sup> das Verbot der Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3) oder den Grundsatz der Gewaltenteilung. Es gibt zwar bundesstaatliche und verfahrensmässige Gründe für diese Praxis des Bundesgerichts, aber im Ergebnis wird der grundrechtliche Schutz damit ausgedehnt.

#### 5. Grundrechte als institutionelle Garantien

Die Grundrechte werden zunehmend in ein institutionelles Gefüge von entsprechender Rechtsetzung gebracht. Sie erfahren ihre Gestalt erst in der Hand des Gesetzgebers. Diese Situation ist bei den Institutsgarantien (des Privatrechts) ohnehin gegeben.<sup>17</sup> Die expansive Kraft des öffentlichen Rechts führt nun dazu, dass auch die übrigen Grundrechte zunehmend institutionell eingebunden, d.h. zu institutionellen Garantien werden.<sup>18</sup> Das lässt sich am Beispiel der Wissenschaftsfreiheit des Art. 20 BV gut zeigen. Die Forschung und Lehre ist in den allermeisten, vor allem geisteswissenschaftlichen Bereichen existenziell auf die staatliche Unterstützung angewiesen. Diese Unterstützung zeigt sich in der Schaffung von Infrastruktur (Universitäten, Fachhochschulen), an welcher der Bund schon von Verfassungs wegen (Art. 63) beteiligt ist. Ferner betreibt der Bund zu einem grossen Teil Forschungsförderung (Art. 64 BV). Die wissenschaftliche Betätigung findet heute im Ergebnis weitestgehend in staatlich betriebenen Anstalten statt. Sie wird begleitet von einem Geflecht gesetzlicher Vorschriften, welche notwendigerweise mit der staatlichen Leistungsverwaltung einhergehen. Diese Normen können oft nicht als „Schranken“ der Wissenschaftsfreiheit angesprochen werden, da sie erst die Voraussetzungen von Wissenschaftsfreiheit schaffen. Diese wird zunehmend zu einer institutionellen Garantie, d.h., das Freiheitsrecht kann nur in den Formen des notwendigen regulatorischen Geflechts, aber nicht mehr natürlich ausgeübt werden. Auf diese Art und Weise wird es schwierig, wenn nicht unmöglich, die institutionelle Ausgestaltung von der Schrankenziehung zu unterscheiden. Es liegt mit andern Worten eine ähnliche Situation vor wie bei den (privatrechtlich orientierten) Institutsgarantien. Das Gemeinwesen könnte in der erforderlichen Wissenschaftsgesetzgebung versucht sein, in

<sup>16</sup> Vgl. BGE 114 Ia 164 E. 3a, 165 f.

<sup>17</sup> Dies sind etwa Art. 14 BV (Ehe und Familie), Art. 23 BV (Vereinigungsfreiheit, soweit Rechtsformen des Zivilrechts benützt werden), Art. 26 BV (Eigentumsgarantie), Art. 28 BV (Koalitionsfreiheit). Als institutionelle Garantien des öffentlichen Rechts gelten die Art. 29-32 BV (Verfahrensgarantien) und Art. 34 BV (politische Rechte). Diese bedürfen ohnehin einfachgesetzlicher Normen, damit sie überhaupt Konturen annehmen und gebraucht werden können.

<sup>18</sup> Ich verwende hier die grundlegende Terminologie von CARL SCHMITT, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, 1931, enthalten in: C.S., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 3. Aufl., Berlin 1985, 140-171, insb. 149, 160.

einem institutionellen Nebel die Wissenschaftsfreiheit so auszugestalten, dass das Publikum vor unliebsamer Wissenschaft geschützt wird.<sup>19</sup>

## 6. Übergreifen von Art. 36 BV

Die politisch fast völlig unbestrittene Ausdehnung des Grundrechtskataloges (wer kann denn schon „gegen“ Menschen- und Grundrechte sein?) geht mit einem an sich erwünschten, weiteren Schutzbereich von Individualfreiheit einher. Die politische Mehrheit, die ebendiese Grundrechte schafft, will gleichzeitig das weit verstandene öffentliche Interesse wahrnehmen, regulierend Gerechtigkeit schaffen, präventiv Unglück verhindern, Schäden im Falle von persönlichen Unglücken (Krankheit, Unfall) ausgleichen. Sie schafft die Voraussetzungen für den effektiven Gebrauch der Grundrechte, gestaltet diese notwendigerweise inhaltlich und setzt dadurch „immanente Schranken“. Die Ausweitung der Grundrechte wird von der institutionellen Ausgestaltung ihres Inhalts mithin auch mit einer explosionsartigen Ausdehnung der Grundrechtsschranken erkauft: Art. 36 Abs. 1-3 BV wird damit zu einem zentralen Artikel des Kataloges der Freiheitsrechte und droht auch auf die andern (nicht Freiheits-) Rechte überzugreifen.<sup>20</sup>

Für diesen Übergriff des Art. 36 BV kann ein Beispiel gegeben werden: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schliessen Konkretisierungen von Sozialrechten „zwangsläufig auch gewisse Einschränkungen mit ein“. Dabei seien im Einzelfall in sinngemässer Anwendung von Art. 36 BV auch dessen Anforderungen zu prüfen, wobei der Kernbereich des Verfassungsanspruches „in jedem Fall gewahrt bleiben muss“. Es liegt damit nahe, Art. 36 BV nicht nur auf die Sozialrechte, sondern auch auf die übrigen Grundrechte anzuwenden, die auf eine Gesetzgebung angewiesen sind (z.B. die Verfahrensgarantien<sup>22</sup>).

Macht dieses Beispiel Schule, so schrumpft der aufgeblähte Grundrechtskatalog zu einem einzigen Artikel zusammen: Art. 36 BV. Er enthält aber mit Ausnahme der Kerngehaltsgarantie nichts anderes als die Rechtsstaaterfordernisse des Art. 5 Abs. 1-2 BV. Nachdem seit dem Zweiten Weltkrieg und

<sup>19</sup> Die medizinische und biologische Forschung wird zur Zeit stark reguliert. Die drei Verfassungsartikel zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV), zur Transplantationsmedizin (119a BV) und zur Gentechnologie im Ausserhumanbereich (Art. 120 BV) wurden bzw. werden gegenwärtig gesetzgeberisch umgesetzt.

<sup>20</sup> Nach dem Bundesgericht ist Art. 36 BV auf die Freiheitsrechte zugeschnitten, aber es will nun in „sinngemässer (Teil-)Anwendung“ Art. 36 Abs. 2 und 3 BV auch bei Sozialrechten (Art. 19 BV) in Betracht ziehen, BGE 129 I 12 E. 6.4, 20; 129 I 35 E. 8.2, 42.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 129 I 35 E. 8.2, 42 (beide Zitate).

<sup>22</sup> Wie das in der Literatur schon vorgeschlagen wird, SABINE KOFMEL, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992, 135 ff.

vor allem seit den 1960er Jahren das Verfassungsrecht das Verwaltungsrecht zu überstrahlen begonnen hat, scheint sich das Verwaltungsrecht über Art. 36 BV seinen angestammten Platz (heimlich) zurückzuerobern. Um eine nicht sehr glückliche, historische Analogie zu gebrauchen: In der Weimarer Republik war es allgemein anerkannt, dass die Grundrechte nichts anderes als Wiederholungen des Prinzips der Gesetzmässigkeit<sup>23</sup> seien. Ist also der Grundrechtskatalog der neuen Bundesverfassung gewissermassen – um einen Ausdruck Montesquieus abzuwandeln – „de quelque façon nulle“?<sup>24</sup>

Es wäre zu einfach die vorstehende Frage mit Ja zu beantworten. Die aufgezählten Mängel, Vieldeutigkeiten und Vervielfachungen des grundrechtlichen Schutzes sind für sich allein betrachtet nicht dramatisch. Ein bewährtes Gericht wie das Bundesgericht wird zwar über die eine oder andere Fussangel des Verfassungsgebers stolpern. Aber als oberstes Gericht, das beauftragt und willens ist, die Freiheit zu schützen, wird es zweifellos damit umgehen können. Die bisherige Rechtsprechung bestätigt das auch.

Gleichwohl kommt man nicht umhin, eine Aufblähung, Entwertung und inhaltliche Entleerung der Grundrechte festzustellen. Denn der Verfassungstext und die zu seiner Auslegung berufenen Behörden (Bundesgericht und Bundesversammlung) sind nur das eine. Das andere ist die gesellschaftliche und politische Entwicklung, die diesen Verfassungstext gewollt und akzeptiert hat und wenig Gutes verheisst.<sup>25</sup>

## 7. Europäisierung der Menschenrechte

Mit dem Beitritt der Schweiz zum Europarat 1963 und dem Beitritt der Schweiz zur europäischen Menschenrechtskonvention 1974 wurde eine wichtige und für die Entwicklung der Menschenrechte entscheidende Weichenstellung vorgenommen.<sup>26</sup> So ist es denn auch kein Zufall, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und vor

<sup>23</sup> Vgl. GERHARD ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919, Ein Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933, 511: „Die Grundrechte sind (...) eine kasuistisch gefasste Darlegung jenes allgemeinen formalen Prinzips, wonach die Verwaltungsorgane, dem Leitgedanken des Rechtsstaats entsprechend, in Freiheit und Eigentum des einzelnen nur auf Grund und innerhalb der Schranken des Gesetzes eingreifen dürfen (Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung)“.

<sup>24</sup> MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois (XI.6.), Oeuvres complètes, vol. 2, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1951, 225 ff., insb. 401. Ein Vorschlag, bei schweren Verbrechen die Folter als Aufklärungsmittel wieder einzuführen, ist in diesem Kontext symptomatisch. Vgl. dazu den Vorschlag des Frankfurter Vize-Polizeidirektors WOLFGANG DASCHNER von Mitte Februar 2003, der in den Medien breit diskutiert wurde (z.B. NZZ vom 7.3.2003, Nr. 55, 62).

<sup>25</sup> Vgl. Abschnitt III.

<sup>26</sup> Siehe dazu den Festvortrag des EGMR-Präsidenten LUZIUS WILDHABER vor der Vereinigten Bundesversammlung vom 18. Juni 2003.

allem der Text der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) direkt Eingang in die Verfassung gefunden haben. Diese an sich erwünschte Stärkung der Menschenrechte in Europa ist freilich hinsichtlich der Kohärenz und der Einheitlichkeit der damit verbundenen Vorstellungen nicht ohne negative Auswirkungen geblieben. Die Rechtsprechung des EGMR und der nationalen Verfassungsgerichte weisen zum Teil Diskrepanzen auf, die der Vorstellung der grundlegenden und einhellig akzeptierten Menschenrechte Abbruch tun. Hier nur zwei Beispiele hinsichtlich der Rechtslage in der Schweiz:

(1) Das Bundesgericht hatte sich in einem lauterkeitsrechtlichen Urteil mit der Meinungsäusserungsfreiheit beschäftigt. Einem Forscher war verboten worden zu behaupten, dass von Mikrowellenöfen eine Gesundheitsgefährdung ausgehe. Das Bundesgericht hatte gefunden: "Von einer der Bundesverfassung oder der Europäischen Menschenrechtskonvention widersprechenden Anwendung des *UWG* kann dabei nicht die Rede sein".<sup>27</sup> Der Forscher hatte sich danach bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte wegen der Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit des Art. 10 EMRK beschwert. Diese (inzwischen abgeschaffte) Kommission setzte sich aus hochqualifizierten Juristen (Universitätsprofessoren oder Richtern) aller europäischer Länder zusammen. Die fachlich ebenso gut wie das Bundesgericht qualifizierte Kommission hatte gefunden, dass dieses Verbot unverhältnismässig sei und gegen Art. 10 Abs. 1 EMRK verstosse.<sup>28</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte mit Urteil vom 25.8.1998 die Auffassung der Kommission bestätigt, da der Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit des Forschers in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig sei.<sup>29</sup> Der vom Bundesgericht behaupteten Eindeutigkeit seiner EMRK- und Verfassungsauslegung ("nicht die Rede") wurde von höchster europäischer Grundrechtswarte aus widersprochen.

(2) Das Bundesgericht hatte gestützt auf Art. 10 BV, Art. 8 EMRK sowie Art. 119 Abs. 1 lit. g BV entschieden, dass ein unbedingter Anspruch auf Kenntnis der leiblichen Eltern bestehe, welcher für das volljährige Adoptivkind unabhängig von der angewandten Zeugungsart bestehe. Dieser gestattet es, die im Zivilstandsregister überdeckten Eintragungen einzusehen, ohne dass entgegenstehende Interessen abzuwägen wären.<sup>30</sup> Das Bundesgericht hatte also in der Sache einen Kerngehalt gemäss Art. 36 Abs. 4 BV formuliert, ohne diese Position so zu bezeichnen. Der EGMR entschied ein knappes Jahr später,<sup>31</sup> dass die Staaten bei der Beachtung des Art. 8 EMRK hinsichtlich der Bezie-

hungen der Individuen untereinander einen Ermessensspielraum hätten, um die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Das französische Gesetzesrecht, das die Möglichkeit der anonymen Geburt schütze, würde deshalb Art. 8 EMRK nicht verletzen. Das Bundesgericht und der EGMR vertreten daher in dieser Frage den diametral entgegengesetzten Standpunkt. Die unterschiedlichen Auslegungen der materiellen Rechte durch die nationalen Gerichte, etwa das Bundesgericht, und den EGMR, lassen sich juristisch leicht rechtfertigen. Man kann auf die unterschiedlichen Funktionen dieser Gerichte und der Menschenrechte hinweisen, oder einfach den EGMR als „höher“ und damit als „richtiger“ ansehen. Diese formalen Begründungen vermögen das Unbehagen nicht zu überbrücken, dass ein und dasselbe Menschenrecht in derselben Frage die diametral gegenteiligen Standpunkte abdecken kann. Diese Tatsache ist mit der Idee fundamentaler Menschenrechte nicht zu vereinbaren. Im Ergebnis stiftet diese gar nicht so seltene Situation im Bereich der Menschenrechte Verwirrung und schwächt ihre inhaltliche Überzeugungskraft.<sup>32</sup>

## 8. Globalisierung der Menschenrechte – Auswirkungen auf die Schweiz

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde erkannt, dass die Missachtung der Menschenrechte auch eine Kriegsursache sein kann.<sup>33</sup> Deshalb wurden Konventionen und Instrumente zur Einrichtung und zum Ausbau des internationalen Menschenrechtsschutzes geschaffen. Diese stellen, ähnlich wie auf der europäischen Ebene, ausserordentlich wichtige Bestrebungen dar, um den Schutz der Menschenrechte effektiv auszubauen. Man könnte diese Bemühungen ebenfalls als „Inflationierung“ des Menschenrechtsgedankens ansehen. Da freilich die Menschenrechtslage weltweit deplorabel ist und Rechtsanspruch und Wirklichkeit meilenweit auseinander klaffen, wäre eine solche Bemerkung zynisch und liegt auch gar nicht in meiner Absicht. Vielmehr zeigten die dramatischen und unvorstellbar grauenvollen Menschenrechtsverletzungen der letzten Jahre in Afrika (verschiedene Genozide, Zusammenbrüche der staatlichen Ordnung), im Irak Saddam Husseins (Hunderttausende von Menschen wurden infolge behaupteter oder vermuteter Kritik ermordet), in Tschechien (Krieg der russischen Armee gegen tatsächliche und vermeintliche Aufstände) und in vielen andern Weltregionen den Wert effektiver und durchgesetzter Menschenrechte an. Diese Situation verdeutlicht und unterstreicht die grosse Bedeutung der Menschenrechte.

<sup>27</sup> BGE 120 II 76 E. 5c, 82.

<sup>28</sup> Kommissionsbericht vom 9.4.1997, „Hans Ulrich Hertel gegen die Schweiz“.

<sup>29</sup> EGMR-Urteil „Hertel gegen die Schweiz“ vom 25.8.1998, appl. no. 25181/94; ÖJZ 1999, 614 ff.

<sup>30</sup> BGE 128 I 63 ff.

<sup>31</sup> EGMR-Urteil „Odièvre gegen Frankreich“ vom 13.2.2003, appl. no. 42326/98; Newsletter des österreichischen Instituts für Menschenrechte 2003, 27 ff.

<sup>32</sup> Ebenso die m.E. treffende Beurteilung aus zivilrechtlicher Sicht durch HEINZ HAUSHEER, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, ZBJV 2003, Heft 8/9, Abschnitt II.1.f und g.

<sup>33</sup> Vgl. z.B. die Präambel der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948.

Überträgt man diese argumentative Hilfe für die Menschenrechte auf die europäischen Staaten und insbesondere auf die Schweiz, so erscheint der Ausbau des Grundrechtskataloges als äusserst sinnvoll. Die weltweit schwierige Menschenrechtssituation verstärkt offenbar den Ausbau der innerstaatlichen Instrumente. Freilich kann die Situation in der Dritten Welt mit jener in Europa und in der Schweiz nicht verglichen werden. Der Ausdruck „Menschenrechte“ erhält vor den völlig gegensätzlichen politischen, sozialen und kulturellen Kontexten in Europa und z.B. in Afrika eine ganz unterschiedliche Bedeutung. Man muss sich vergegenwärtigen, dass das juristische und politische Menschenrechtsargument in der Schweiz und in den Drittweltstaaten völlig unterschiedliche Funktionen hat. In der Schweiz kommt es darauf an, die erreichten Grund- und Menschenrechte zu erhalten, aber nicht durch eine Multiplikation der Garantien ihre Überzeugungskraft, den sie tragenden Konsens und ihren Wert als rare Güter zu schmälern. Die grösstmögliche Freiheit besteht in einem Optimum an wertvollen Rechten, und nicht in einem Maximum einander konkurrierender Garantien. Jede Zeit muss dieses Gleichgewicht erneut finden. Es bedeutet nicht zwingend eine Stärkung des Gedankens der Menschenrechte, wenn aufgrund der weltweit schwierigen Situation *in der Schweiz* weitere Menschenrechte verankert werden, die im Ergebnis nur schon bestehende Garantien konkurrieren.

Mit derselben Begründung werden auch die Institutionen zur Überwachung der Menschenrechte ausgebaut. So scheint es zur Zeit zur Schaffung einer schweizerischen Menschenrechtskommission zu kommen.<sup>34</sup> Dafür mag es einleuchtende Gründe geben. Im Hinblick auf die hier festgestellte Entwertung der Menschen- und Grundrechte trägt eine neue Kommission freilich nicht zur Stärkung, sondern zur Schwächung der Menschenrechte bei: Es entsteht neben den internationalen Organen, dem Bundesrat, dem Bundesgericht und der Eidgenössischen Anti-Rassismuskommission eine weitere Stimme, die mit „Menschenrechten“ argumentiert. Sie gelangt mit Sicherheit zu abweichenden Beurteilungen und stellt damit die Kohärenz der Menschenrechte in Frage: Diese Situation schafft Verwirrung. Denn was ist von fundamentalen Menschenrechten in der Schweiz zu halten, wenn doch ein und dasselbe (vorstaatliche und fundamentale) Recht von verschiedenen staatlichen Instanzen unterschiedlich verstanden wird?<sup>35</sup> Im Menschenrechts-Chor

<sup>34</sup> Siehe das am 3.10.2002 überwiesene Postulat der Staatspolitischen Kommission des Ständerates Nr. 02.3394. Der Nationalrat hatte sogar eine entsprechende Parlamentarische Initiative (Nr. 01.461) von VRENI MÜLLER-HEMMI am 20. Juni 2003 überwiesen.

<sup>35</sup> Dazu nur ein Beispiel: Der Bundesrat beurteilte seinen Entwurf eines neuen Ausländergesetzes vom 8.3.2002 mit seinem dualen System (Unterscheidung von EU-BürgerInnen und Nicht-EU-BürgerInnen) als mit den internationalen Abkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Bundesverfassung vereinbar (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die AusländerInnen vom 8.3.2002, BBl 2002 3707, insb. 3737 ff.,

der Schweiz braucht es nicht zusätzliche Stimmen, sondern die eine Stimme, nämlich das Bundesgericht, müsste gestärkt werden. Auch sind Rechtsschutzdefizite nicht durch die Schaffung einer neuen Kommission zu beheben, sondern durch eine entsprechende Anpassung des Verfahrensrechts, die umfassend Zugang zum Bundesgericht in Fragen der Grund- und Menschenrechte gibt.

### III. Erklärungsversuche für diese Inflationierung

Eine derartige Verfassungs- und Gesetzgebung im Themenbereich der Menschen- und Grundrechte entspricht der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung. Der Niedergang des liberalen Denkens und der liberalen politischen Parteien in Europa entzieht dem ideologischen Ursprung der Menschen- und Grundrechte den Lebensboden. Grundrechte werden immer mehr als wohlklingende Propaganda missbraucht. Sie werden – scheinbar kostenlos – reichlich in die Verfassungstexte hineingeschrieben,<sup>36</sup> aber subtil-hintergründig spielt sich im Themenbereich individueller Freiheit das Gegenteil ab: Es wird in einem Klima der Ängstlichkeit versucht, über institutionelle Bindungen, welche z.B. in Form von Scheinprivatisierungen über die Wirtschaft gestülpt werden, abweichendes Denken und Handeln zu kontrollieren und gegebenenfalls zu stoppen.

Mit dem Niedergang der liberalen Parteien kommen in ganz Europa populistische Bewegungen auf. Diese legen zwar den Finger tatsächlich auf wunde Punkte und gesellschaftliche Tabuthemen. Sie beuten aber die aufgedeckten und zum Teil hochgespielten Skandale so medienwirksam und klimavergiftend aus, dass Zweifel besteht, ob diese Parteien auch tatsächlich Besserung verschaffen. Vielmehr möchte eine neue Nomenklatura die Macht erwerben und erhalten.<sup>37</sup> Populistischen Bewegungen neigen einer führenden Persönlichkeit zu, was zu dunkeln Vergleichen anstiftet.

Das wohl gravierendste Problem und der Motor dieser Entwicklung ist die Destabilisierung der Ordnung in Staat und Wirtschaft. Das geschieht nicht etwa durch Kriminelle, sondern durch angesehene, sogar „konservative“ Poli-

3846. Die Eidg. Kommission gegen den Rassismus verurteilte dieses Gesetzgebungsprojekt als mit Art. 8 Abs. 1 und 2 BV unvereinbar, vgl. Pressemitteilung vom 2.5.2003.

<sup>36</sup> Siehe auf Europäischer Ebene die Grundrechtscharta der Europäischen Union, EuGRZ 2000, 554 ff. Das Europäische Parlament hatte schon früher entsprechende Deklarationen erlassen. Die Konkurrenz zur Europäischen Menschenrechtskonvention und ihren Zusatzprotokollen bewirkt unüberwindliche Schwierigkeiten, falls die Charta Rechtskraft erlangen wird.

<sup>37</sup> So auch die pessimistische Einschätzung von RALF DAHRENDORF, Auf der Suche nach einer neuen Ordnung. Eine Politik der Freiheit für das 21. Jahrhundert, München 2003, 127.

tiker und Wirtschaftsführer. Nicht nur die Wirtschaft, sondern auch der Staat wird pausenlos umorganisiert, Angestellte werden bestenfalls versetzt, kaltgestellt oder entlassen. Die Arbeitnehmer müssen sich ständig neu ausrichten; sie sind – um einen Modebegriff zu verwenden – „flexibel“. Die Verlässlichkeit und Beständigkeit der Ordnung wird erschüttert. Dazu kommen die Abzocker-Skandale,<sup>38</sup> die bisher zwar „nur“ die Wirtschaft getroffen haben, aber nunmehr auch schon in scheinprivatisierten Unternehmen des Staates anbränden.<sup>39</sup> Die bestehende Ordnung – und mit ihr die Glaubwürdigkeit des Rechts – verliert dadurch an Boden. Der Staat ist von dieser Entwicklung auch erfasst worden; die Rechtsnormen werden in hektischer Folge laufend geändert,<sup>40</sup> so dass gar nicht mehr klar werden kann, was überhaupt gilt. Die hektische Rechtsetzung bewirkt in ihrer Extremform Anomie. Unter dem Titel der „Liberalisierung“, „Privatisierung“ und des „New Public Managements“ wird versucht, die hektischen Entwicklungen in der Wirtschaft auf den Staat zu übertragen und diesen wie ein Unternehmen zu führen. Die eingeschlagene Richtung widerspiegelt sich in den gewählten Unwörtern des Jahres: „Wohlstandsmüll“ (1997, für arbeitsunwillige Menschen), „sozialverträgliches Frühableben“ (1998 für Frühpensionierung) oder „Ich-AG“ (2002 für das Individuum).<sup>41</sup> Bei den Unternehmen wechseln die CEOs sich einander in kurzer Frist ab, weil die angerichtete Unordnung ein glaubwürdiges Verweilen in diesen Positionen verunmöglicht. Beim Staat besetzen gewählte Amtsträger diese Führungsstellen, noch ist keine derart rasche Abfolge von Personen festzustellen, aber auch hier findet eine Angleichung an die Verhältnisse der Wirtschaft statt. Politiker sind seltener Staatsmänner mit langfristiger Sichtweise als doch eher CEOs, die zuallererst der Verwaltung mit einer Umstrukturierung ihren Stempel aufzudrücken versuchen und damit ihre Wiederwahl anstreben.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Der Gipfel der Erschütterung bewirkte die Bekanntgabe der Pensionsabfindungen von CHF 148 Millionen an PERCY BARNEVIK und CHF 85 Millionen an GÖRAN LINDAHL, beides ehemalige ABB-Manager (vgl. NZZ vom 14.2.2002, Nr. 37, 19). Diese Summen wurden unter dem Druck drohender Prozesse später zum Teil zurückbezahlt.

<sup>39</sup> Siehe instruktiv die Darlegung der Vorgänge: Parlamentarische Initiative Bundesnahe Unternehmungen: Kaderlöhne und Verwaltungsratsgehälter. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 25. April 2002, BBl 2002 7496 ff. Ferner wurden aufgrund einer Anfrage aus dem Nationalrat die Bezüge der (nebenamtlichen) Präsidenten ausserparlamentarischer Kommissionen bekannt gegeben (vgl. NZZ vom 13.3.2003).

<sup>40</sup> Beispiel: Das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) wurde zwischen Oktober 1989 und Oktober 2002, also während 13 Jahren, insgesamt 9 Mal in erheblichem Umfang geändert. D.h., das Gesetz wurde alle 17 Monate revidiert. Bei andern Gesetzen ist die Änderungsfrequenz ähnlich.

<sup>41</sup> Vgl. <http://www.unwortdesjahres.org>. (Juni 2003). Daneben wurden in den andern Jahren Unwörter im Zusammenhang mit Kriegen und Gewaltakten gewählt.

<sup>42</sup> JOHN RAWLS, Das Recht der Völker, Berlin/New York 2002, 121 f.

Diese Dynamik erzeugt gefährliche Frustrationen und lässt für die Zukunft – hält die Entwicklung an – Ungutes erahnen. Denn die Menschen- und Grundrechte sowie die sie stützende liberale Ideologie sind zentral auf die Stabilität der Ordnung angewiesen. Mit der Infragestellung der Ordnung, also dem Gefühl von Anomie, werden von selbst die Menschen- und Grundrechte in Frage gestellt. Der Verfassungsgeber hat auf diese Entwicklung geantwortet und die menschen- und grundrechtlichen Garantien vervielfacht: Die Angst ist bereits politisch spürbar und findet ihren Ausdruck in den überbordenden Grundrechtsgarantien. Die Multiplikation der Garantien geht mit einer unnützen Aufblähung der Rechtsprechung einher; es werden schwierige Abgrenzungen zwischen den konkurrierenden Garantien vorgenommen, um dann am Schluss festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Beschränkung der Grundrechte nach Art. 36 BV erfüllt sind. Die nachstehend besprochenen Urteile des Bundesgerichts geben einen Einblick in die schon erkennbaren Tendenzen.

#### IV. Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>43</sup>

##### 1. Menschenwürde (Art. 7 BV)

Ein neues Urteil der Zwangsmedikation gibt Anlass zu Überlegungen über das Verhältnis von Art. 7 und 10 BV.<sup>44</sup> Nachdem das Bundesgericht sich im Jahre 2001 in diesem Zusammenhang bereits ausführlich zur Menschenwürde geäußert hatte,<sup>45</sup> fiel der Text zwar knapp, vom Inhalt her aber erstaunlich aus.

Der Beschwerdeführer wohnte über mehrere Monate hinweg in einem Hotel in Luzern. Als er seine Rechnungen nicht mehr bezahlen wollte, wurde er polizeilich aus dem Hotel ausgewiesen. Die dabei erfolgte Auseinandersetzung führte zu einem Strafverfahren wegen mehrfacher Gewalt und Drohung gegen Beamte. Mangels Zurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 10 StGB wurde der Beschwerdeführer freigesprochen. Hingegen ordnete das Gericht auf Grund der gutachterlich erwiesenen paranoiden Schizophrenie eine stationäre ärztliche Zwangsbehandlung mit Neuroleptika gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB an. Die dagegen erhobene Appellation wies das Obergericht ab. Ohne weiteres bejahte das Bundesgericht das Vorliegen eines schweren Eingriffs in die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV, der jedoch gestützt auf Art. 43 StGB zum Schutz von Leib und Leben von Drittpersonen als ver-

<sup>43</sup> Siehe die umfassende Kommentierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: WALTER KÄLIN/REGINA KIENER/ANDREAS KLEY/PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, ZBJV 2002, Heft 10, 605-704.

<sup>44</sup> Urteil vom 20.9.2002 (6P.91/2002; 6S.274/2002).

<sup>45</sup> BGE 127 I 6 ff.; vgl. dazu KLEY/FELLER (Fn. 12), 334 f.

hältnismässig betrachtet wurde. Je schwerer die psychische Anomalie und je grösser die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ist, desto schwerer darf der Eingriff in die persönliche Freiheit, im vorliegenden Fall in die psychische Integrität, sein. Dabei ist nicht die Gefährlichkeit der Anlass-Tat (in casu: Vergehen), sondern die Gefährlichkeit des Geisteszustandes entscheidend. Bei dieser Risikoprognose sind neben Unmittelbarkeit und Ausmass der Gefahr auch die Art und Bedeutung der gefährdeten Rechtsgüter zu berücksichtigen.<sup>46</sup>

Ein Eingriff in den unantastbaren Kerngehalt<sup>47</sup> der persönlichen Freiheit durch eine Zwangsmedikation liegt nur vor, wenn die Behandlung nicht zu therapeutischen Zwecken erfolgt. Gemäss Bundesgericht ist es nicht primäres Ziel des Strafrechts, die Gesundheit von Straftätern zu fördern, d.h. Art. 43 StGB bezweckt nicht die Heilung als solche, sondern es sollen Straftaten verhindert und die Wiedereingliederung der Täter ermöglicht werden. Diese Ziele sind vorliegend nur auf dem Wege der Besserung bzw. Stabilisierung des Geisteszustandes des Täters zu erreichen, weshalb der therapeutische Zweck bejaht werden konnte.<sup>48</sup>

Bei der Beurteilung, ob die Menschenwürde verletzt ist, fand das Bundesgericht, „dass sich die neuroleptische Medikation auf den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers positiv auswirkt“<sup>49</sup> (Gutachten (...)) und die Durchführung nach den Regeln der ärztlichen Kunst und Ethik gewährleistet ist.“ Deshalb „stellt die angeordnete stationäre Zwangsbehandlung keine Verletzung der Menschenwürde dar.“<sup>50</sup>

Das Bundesgericht stellte bei der Prüfung, ob der Kerngehalt der persönlichen Freiheit verletzt ist, auf den Eingriffszweck ab. Es wird ein subjektives Element angewendet, indem nach der Absicht der Behörde gefragt wird, welche die Zwangsmedikation anordnet oder durchführt. Bei der Menschenwürde hingegen ist offensichtlich die positive Wirkung, also ein objektives Element, bedeutend. Es wird nicht nach der Motivation der Behörde gefragt, sondern die Zwangsmedikation muss im voraus, als sich positiv auf die betroffene Person auswirken. Zu Ende gedacht könnte dies in einem bestimmten Fall dazu führen, dass der Kerngehalt der persönlichen Freiheit nicht verletzt wäre, da der therapeutische Zweck vorläge. Dagegen könnte die Menschenwürde infolge der möglicherweise nicht sicher voraussehbaren Auswirkung der medizinischen Behandlung verletzt sein. Dieser Gegensatz mutet seltsam an, da mit der persönlichen Freiheit ein vom sachlichen Geltungsbereich her unmittelbar anwendbarer Kerngehalt vorliegt und ein Auffangkerngehalt in

Form der Menschenwürde<sup>51</sup> unnötig ist. Bei der Beurteilung, ob eine Zwangsmedikation den unantastbaren Kerngehalt eines Grundrechts berührt, sollten folglich die therapeutische Absicht (als subjektives Element) und die Erfolgsprognose der Therapie (als objektives Element) in einem Schritt geprüft werden. Die Menschenwürde sollte in einem solchen Fall in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit integriert werden und nicht als eigenständiges Grundrecht behandelt werden.

Die fragwürdige Einordnung der Menschenwürde von Art. 7 BV in den Grundrechtskatalog<sup>52</sup> führt zu derartigen Urteilen wie dem vorliegenden. Art. 7 BV wird in den Beschwerden als verletzt gerügt und die Rechtsmittelinstanzen behandeln dieses „Recht“ wie ein „normales“ Grundrecht. Da sich die Menschenwürde inhaltlich nicht bestimmen lässt, resultiert daraus eine Verdoppelung eines jeden Grundrechtsproblems. Man kann stets rügen, dass nicht nur ein spezielles Grundrecht, wie hier etwa Art. 10 BV, verletzt sei, sondern auch zugleich die Menschenwürde. Die unnötige Verdoppelung der Grundrechte erzeugt Widersprüche und Abgrenzungsschwierigkeiten, wie der vorliegende Fall deutlich zeigt.

## 2. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)

### a) Partiieller Kirchenaustritt

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit beinhaltet das Recht, religiöse Vereinigungen zu bilden<sup>53</sup> oder ihnen beizutreten, um gemeinsam Kultushandlungen, wie Gebete, Prozessionen oder Gesänge, ausüben zu können. Das Korrelat dazu bildet das Recht auf Austritt. Der Staat gewährleistet die Austrittsmöglichkeit unabhängig von den Satzungen einer Religionsgemeinschaft. Dieses Austrittsrecht ist höchstpersönlicher Natur und kann von jeder urteilsfähigen und religionsmündigen<sup>54</sup> Person ausgeübt werden. Die entsprechende Erklärung muss den Austrittswillen klar zum Ausdruck bringen.<sup>55</sup> Die Kantone

<sup>51</sup> MARKUS SCHEFER (Fn. 9), 21.

<sup>52</sup> Vgl. KLEY (Fn. 13), 332. Siehe auch oben Abschnitt I (1).

<sup>53</sup> ANDREAS KLEY, Das Religionsrecht der alten und neuen Bundesverfassung, in: RENÉ PAHUD DE MORTANGES (Hrsg.), Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Fribourg 2000, 9-31; PETER KARLEN, Die korporative religiöse Freiheit in der Schweiz, in: RENÉ PAHUD DE MORTANGES (Hrsg.), Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Fribourg 2000, 33-49; DIETER KRAUS, Schweizerisches Staatskirchenrecht, Tübingen 1993, 85 ff.

<sup>54</sup> Art. 303 Abs. 3 ZGB (SR 210): „Hat ein Kind das 16. Altersjahr zurückgelegt, so entscheidet es selbstständig über sein religiöses Bekenntnis“; vgl. dazu KLEY (Fn. 53), 18 ff.

<sup>55</sup> KRAUS (Fn. 53), 94 Anm. 93.

<sup>46</sup> Fn. 44, E. 4.4.

<sup>47</sup> Art. 36 Abs. 4 BV (SR 101).

<sup>48</sup> Fn. 44, E. 4.2.

<sup>49</sup> Hervorhebung von den Autoren.

<sup>50</sup> Fn. 44, E. 4.5.

dürfen den Kirchaustritt regeln, wobei aber schikanöse Vorschriften, die das Austrittsrecht unnötig erschweren oder verzögern, nicht zulässig sind.<sup>56</sup>

Das Bundesgericht musste sich nun mit der Verfassungsmässigkeit der Weigerung des Luzerner Synodalrats, einen partiellen Kirchaustritt zu gewähren, auseinandersetzen.<sup>57</sup> Die Beschwerdeführerin wollte nur aus der Staatskirche des Kantons Luzern, nicht aber aus der römisch-katholischen Weltkirche an sich austreten. Keine der angerufenen kantonalen Instanzen trat auf die Beschwerde gegen den Entscheid des Synodalrats ein. Und das Bundesgericht wies die staatsrechtliche Beschwerde ab.

Grundsätzlich sind Beschwerden wegen Rechtsverweigerung nicht an Fristen gebunden. Verweigert die betreffende Stelle – vorliegend der Synodalrat – indessen *ausdrücklich* den Erlass einer Verfügung, so ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben innerhalb der gesetzlichen Frist Beschwerde zu erheben. Abweichungen hiervon sind mit Blick auf eine fehlende oder falsche Rechtsmittelbelehrung denkbar und hängen von den Umständen des Einzelfalles ab. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) kann kein genereller Anspruch hergeleitet werden, dass ein kantonaler Akt eine Rechtsmittelbelehrung enthalten muss. Fehlt eine dem Art. 35 VwVG entsprechende kantonale Norm, so füllt Art. 9 BV diese (bedauernswerte) Lücke *nicht*. Ein beliebiges Zuwarten mit der Erhebung einer allfälligen Beschwerde wird in einem solchen Fall nicht geschützt.<sup>58</sup>

Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass sie durch die Verweigerung des partiellen Kirchaustritts zu einem „Anti-Bekenntnis“ gezwungen würde, da „eine Erklärung betreffend Austritt aus der Konfession“ dazu führen würde, dass sie „ihren Glauben verleugnen müsste“.<sup>59</sup> Das Bundesgericht folgte dieser Argumentation nicht. Die Beschwerdeführerin werde nicht dazu gezwungen, sich gegen die römisch-katholische Kirche auszusprechen, also ein „Anti-Bekenntnis“ abzugeben. Bekenne sie sich aber zu dieser Religionsgemeinschaft, so sei sie auch an die vorgesehene kantonale oder kommunale Organisation gebunden. Nach Art. 72 Abs. 1 BV sei es den Kantonen überlassen, ob sie das Bekenntnis zur römisch-katholischen Religionsgemeinschaft mit der entsprechenden Kirchengemeinde verknüpften (sog. „Nexus“) oder ob sie das Verhältnis der Religionsgemeinschaft und der kirchlichen Körperschaft dualistisch organisierten. Beides sei verfassungskonform und widerspreche weder der Religionsfreiheit nach Art. 15 BV noch Art. 72 Abs. 1 BV. Habe sich

ein Kanton (wie Luzern) für das Nexus-System entschieden, so sei ein partieller Kirchaustritt nicht möglich. Es wäre auch widersprüchlich, der Kirchengemeinde seines Wohnsitzes nicht angehören zu wollen, wohl aber der entsprechenden kirchlichen Dachorganisation. Denn beiden sei das gleiche Bekenntnis eigen und die Organe in der Gemeinde seien zugleich Organe der Dachorganisation und handeln in deren Interesse und Auftrag. Im Weiteren sei es unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs kaum zu rechtfertigen, dass eine Person weiterhin die Dienste der Kirchenorgane beanspruchen können sollte, nachdem sie an diese Leistungen nichts mehr beizusteuern habe.<sup>60</sup>

Das Bundesgericht hat sich zum ersten Mal so deutlich zur Verfassungsmässigkeit der Mitgliedschaftsregelungen in der Gemeinde- bzw. Kantonalkirche ausgesprochen. Das Ergebnis ist nicht weiter überraschend, da es sich auf der Linie zweier alter Bundesgerichtsentscheide<sup>61</sup> bewegt. Das Bundesgericht betrachtet die Austrittserklärung als unvollständig und deshalb als unbeachtlich. Das Urteil überzeugt im Ergebnis, der Sprachgebrauch ist aber unsorgfältig. Ungewöhnlich ist die Bezeichnung des Nexus-Systems,<sup>62</sup> d.h. die Tatsache, dass der Kanton für Zugehörigkeit zur staatlichen Kirchengemeinde bzw. Landeskirche an das persönliche Bekenntnis der Zugehörigkeit anknüpft. Diese Sachlage ist stets gegeben, denn das Staatskirchenrecht führt zwingend zu einer Verbindung oder gar „Verwicklung“ (lat. *nexus*) von kirchlicher und staatlicher Sphäre. Der eigentliche Verbindungspunkt ist die staatliche Anknüpfung an die Mitgliedschaft der Menschen zu einer Kirche. Diese erfolgt mit der Mitgliedschaftspräsumtion durch Taufe oder Abstammung, mit der Möglichkeit der Erklärung der Nichtzugehörigkeit oder mit der Selbstdeklaration, der betreffenden Konfession anzugehören. Wie auch immer das Mitgliedschaftsrecht in der staatlichen Körperschaft (Kirchengemeinde und/oder Kantonalkirche) begründet wird, ein Anknüpfungspunkt muss gewählt werden. Die Nexus-Theorie ist ohne Erklärungswert. Entscheidender ist indes vielmehr die Unterscheidung zwischen monistischer (meist evangelisch-reformiertes Modell) und dualistischer (meist römisch-katholisches Modell) Kirchenverfassung.<sup>63</sup> Gerade im letzteren Fall ergibt sich die Möglichkeit eines partiellen Kirchaustritts.

Aus der Sicht des kanonischen Rechts zeigt sich ein anderes Bild. Das Recht der katholischen Kirche kennt keinen Kirchaustritt. Die kanonische Kirchenzugehörigkeit kann wegen ihres unzerstörbaren Charakters weder durch eine förmliche Austrittserklärung noch sonst wie beseitigt werden: „Semel

<sup>56</sup> HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2001, 124 N 414.

<sup>57</sup> Urteil vom 18.12.2002 (2P.16/2002), E. 3 veröffentlicht in BGE 129 I 68 ff. Vgl. DIETER KRAUS, Neuere schweizerische Entscheide zur individuellen Religionsfreiheit und zum institutionellen Staatskirchenrecht, in: Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht, Bern/u.a. 2002, 142 ff., wo das Urteil des Luzerner Verwaltungsgerichts vom 21.5.2002 wiedergegeben ist.

<sup>58</sup> Fn. 57, E. 2.2.

<sup>59</sup> Fn. 57, E. 3.1.

<sup>60</sup> Fn. 57, E. 3.4.

<sup>61</sup> BGE 2, 388 und 34 I 41; zu weiteren Einzelheiten: Fn. 57, E. 3.2.

<sup>62</sup> Fn. 57, E. 3.4.

<sup>63</sup> Vgl. KRAUS (Fn. 53), 93 f.; KRAUS (Fn. 57), 149. Der Dualismus wird auch z.T. in den evangelisch-reformierten Kirchen behauptet, wonach es die Mitgliedschaft in der staatlichen Kantonalkirche und in der „unsichtbaren, wirklichen Kirche“ gibt.

catholicus, semper catholicus“<sup>64</sup>, sondern nur durch die Exkommunikation oder den Abfall. Die Willenserklärung der Gläubigen spielt daher kirchenrechtlich keine Rolle. Es ist freilich die Religionsfreiheit, die eine klare und ungeteilte Willenserklärung der Nichtzugehörigkeit für den Staat beachtlich macht. Der Wille der betreffenden Frau, nur aus der staatlichen Körperschaft, nicht aber aus der katholischen Weltkirche auszutreten, verletzt die gegenseitige Bezogenheit von Weltkirche und staatlicher Körperschaft.<sup>65</sup>

Das Urteil erweist die neue Aktualität des Religionsrechts. Staatskirchenrechtliche Fragen waren lange Zeit ein Phänomen am Rande. Die zunehmende Individualisierung und Differenzierung der Gesellschaft in religiösen Fragen wird die Konflikte vermehren und damit zu einer Renaissance des Religions- und Staatskirchenrechts führen.

#### b) Religionsausübung in einer Strafanstalt

Im Gegensatz zur alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (Art. 50 Abs. 1 aBV) ist die Kultusfreiheit in der neuen Bundesverfassung nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Allerdings wurde deren Schutz deswegen nicht aufgegeben: Kulthandlungen sind als wichtiger Bestandteil der Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art. 15 BV enthalten.<sup>66</sup> Auf die Kultusfreiheit können sich auch Personen im Sonderstatusverhältnis, wie z.B. Armeeingehörige, Spitalpatienten oder Sträflinge,<sup>67</sup> berufen. In all diesen Fällen ergibt sich aus Art. 15 BV ein positiver Leistungsanspruch gegenüber dem Staat, der zur Verwirklichung der religiösen Freiheitsrechte tätig werden muss. Religiöse Bücher und Geräte müssen nicht zur Verfügung gestellt werden, jedoch sind religiöse Essensregeln, z.B. vegetarisches oder schweinefleischloses Essen, zu beachten. Dieser Leistungsanspruch kann mit verhältnismässigen Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und des geordneten Anstaltsbetriebs eingeschränkt werden.<sup>68</sup>

Die dreimonatige Platzierung eines wegen Mordes und Vergewaltigung beschuldigten Mannes in der Abteilung der Zürcher Strafanstalt Pöschwies verunmöglichte dessen Teilnahme an der orthodoxen Osterfeier. Auf Grund eines Versäumnisses des orthodoxen Geistlichen fand der ihm an Stelle des Gottesdienstes zugesicherte Besuch nicht statt. An mehreren Tagen im Zeitraum vom 3. Juni bis zum 19. August verweigerte der Häftling überdies seine Arbeitsleistung mit der Begründung, dass es sich um „offizielle Feier- und

<sup>64</sup> FELIX HAFNER, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, Fribourg 1992, 233.

<sup>65</sup> So auch KRAUS (Fn. 57), 149. Ferner: ANDREAS KLEY, Grundsätzliche Überlegungen zur kirchlichen Doppelmitgliedschaft, Schweizerische Kirchenzeitung 1992, 366–370.

<sup>66</sup> Urteil (Fn. 69), E. 4.1.; KLEY (Fn. 53), 16.

<sup>67</sup> Urteil (Fn. 69), E. 4.1.; KLEY (Fn. 53), 23.

<sup>68</sup> Urteil (Fn. 69), E. 4.2.

Ruhetage der orthodoxen Christenheit“ handle. An diesen Tagen bete er vermehrt. Als Folge dieser Arbeitsverweigerung wurde er jeweils für drei Tage ohne Fernsehgerät in Einzelhaft gesetzt. Gegen das Verbot der Teilnahme an der allgemeinen Osterfeier und die Bestrafung mit Einzelhaft erhob der Häftling nach dem erfolglosen Durchlaufen des kantonalen Instanzenzugs staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht.<sup>69</sup>

Gemäss dem Bundesgericht ist es zulässig, Häftlinge während der ersten Stufe des Strafvollzugs in Einzelhaft zu halten, bevor zuverlässig abgeklärt ist, ob die betreffende Person eine Gefahr für die Mitinsassen und das Gefängnispersonal bildet. Die Frist von drei Monaten ist als angemessen zu betrachten, da sie erfahrungsgemäss notwendig ist, um die Gefährlichkeit einer Person abzuklären. Selbst wenn andere Sträflinge die Einzelhaft bereits vor Ablauf der drei Monate verlassen durften, kann darin keine rechtsungleiche Behandlung erblickt werden, da sich auf Grund der zur Last gelegten Delikte und einer möglicherweise bereits früheren Gefahrenabklärung in einer anderen Strafanstalt Unterschiede ergeben können.<sup>70</sup> Die staatsrechtliche Beschwerde hinsichtlich dieser Rüge wurde deshalb abgewiesen.

Auch die Bestrafung wegen der Arbeitsverweigerung erachtete das Bundesgericht als gerechtfertigt. Die Einhaltung eines geordneten Anstaltsbetriebs erfordere, dass es nicht dem einzelnen Insassen überlassen werden könne, an welchen Tagen er unter Berufung auf einen religiösen Feiertag nicht arbeiten wolle. Auch das friedliche Zusammenleben der Häftlinge könne gefährdet werden, wenn einzelne Personen besonders viele arbeitsfreie Feiertage hätten. Es sei auf Grund der beschränkten materiellen und personellen Ressourcen auch nicht möglich, dass das Arbeitspensum mit Wochenendeinsätzen erfüllt werde.<sup>71</sup> Das Freitagsgebet der Moslems sei mit den Forderungen des Beschwerdeführers nicht vergleichbar, da es regelmässig stattfindet und eine bloss zeitlich beschränkte Arbeitsbefreiung erfordere.<sup>72</sup> Es sei ausserdem möglich, dass der Beschwerdeführer ausserhalb der Arbeitszeiten seiner Religion nachlebe.<sup>73</sup>

Auch dieses Urteil entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, indem zwischen der als wichtig betrachteten Religionsfreiheit und den Anforderungen des Gefängnisses an einen geregelten und sicheren Anstaltsbetrieb abgewogen wird. Das Bundesgericht betonte erneut, dass es *unerheblich* ist, ob ein religiöses Gebot von einer Mehrheit oder Minderheit der Glaubensangehörigen befolgt wird. Aus der Kennzeichnung von „Feiertagen“ in einem Kalender ist indessen nicht bereits abzuleiten, dass die betreffende

<sup>69</sup> BGE 129 I 74 ff.; NZZ vom 21.2.2003, Nr. 43, 47: „Orthodoxes Osterfest in Einzelhaft“.

<sup>70</sup> Fn. 69, E. 4.3 und 4.4.

<sup>71</sup> Fn. 69, E. 6.2.

<sup>72</sup> Fn. 69, E. 6.3.

<sup>73</sup> Fn. 69, E. 6.5.

Religion das Arbeiten an diesen Tagen untersagt.<sup>74</sup> Da der Beschwerdeführer kein zwingendes Gebot seiner Religion geltend machte, wurde nicht weiter ausgeführt, wie weit die Unerheblichkeit wirklich geht. Es ist jedoch davon auszugehen, dass in einem Sonderstatusverhältnis nicht jeder noch so exotischen religiösen Vorschrift ohne weiteres nachgelebt werden kann. Die Unerheblichkeit ist folglich als relativ zu betrachten.

### 3. Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens

Auf Grund der Blockierung der Eingänge zum Gebäude der Zürcher Fremdenpolizei und des Bundesamtes für Flüchtlinge wurden verschiedene Personen vorübergehend festgenommen. Auch der Beschwerdeführer, der als Medienschaffender Foto- und Videoaufnahmen machte, wurde verhaftet. Die Polizei visionierte seine Filme, gab sie ansonsten aber unversehrt zurück. Dabei stützte sie sich auf zwei interne Dienstanweisungen, die den Umgang der Polizeiangehörigen mit den Medien regeln. Es handelt sich dabei um die Dienstanweisungen DA 8201 betreffend „Orientierung der Massenmedien bei unfriedlichem Ordnungsdienst“ sowie DA 8903 betreffend „Bildaufnahmen von Polizeibeamtinnen/-beamten“. Der Beschwerdeführer wollte nun in diese beiden Dienstanweisungen Einblick nehmen, was ihm aber von sämtlichen kantonalen Instanzen verwehrt wurde. Daraufhin erhob er staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht.<sup>75</sup>

Das Bundesgericht bejahte das Vorhandensein eines rechtlich geschützten Interesses und somit die Legitimation des Beschwerdeführers, da dieser unmittelbar in seinem geltend gemachten verfassungsmässigen Anspruch auf Akteneinsicht *in Verbindung mit* der Medienfreiheit nach Art. 17 Abs. 1 BV berührt war.<sup>76</sup>

Diese Verknüpfung von Akteneinsicht aus Art. 29 Abs. 2 BV und speziellem Freiheitsrecht ist notwendig, um ausserhalb eines laufenden Verfahrens Akteneinsicht zu bekommen.<sup>77</sup> Die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV) und die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) allein genügen noch nicht, da sie gemäss Bundesgericht einem Gesetzesvorbehalt unterliegen, d.h., Verfassungs- und Gesetzgeber entscheiden, ob eine Quelle allgemein zugänglich ist oder

<sup>74</sup> Fn. 69, E. 6.6. mit Hinweis auf BGE 119 Ia 178 E. 4d, 186, wo ein Moslem gestützt auf Suren des Korans seine Tochter vom gemischt-geschlechtlichen Schwimmunterricht dispensieren durfte.

<sup>75</sup> Urteil vom 18. Oktober 2002 (1P.240/2002).

<sup>76</sup> Fn. 75, E. 1.

<sup>77</sup> In einem hängigen Verfahren ist das Akteneinsichtsrecht ein voraussetzungsloses Verfahrensrecht (Art. 29 Abs. 2 BV). Vgl. BGE 127 I 145 E. 4a, 151, und dazu die Besprechung von ANDREAS KLEY, *medialex* 2001, 240 und MÜLLER (Fn. 3), 49 und 527.

nicht.<sup>78</sup> Soweit die Verwaltung nicht dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt ist, muss ein schützenswertes persönliches Interesse nachgewiesen werden, das sich aus der Medienfreiheit oder aus der persönlichen Freiheit (informationelle Selbstbestimmung nach Art. 10 Abs. 2 BV) ergeben kann. Eine Person muss also *persönlich* betroffen sein, indem beispielsweise Daten über sie erhoben worden sind. Ein journalistisches oder wissenschaftliches Interesse allein genügt dabei – sofern nicht ein im öffentlichen Interesse liegendes Projekt verunmöglicht wird – nicht, da der Persönlichkeitsbezug zu gering ist.<sup>79</sup> Ausserdem würde der vom Bundesgericht betonte Gesetzesvorbehalt zur Informations- und Wissenschaftsfreiheit unterlaufen.

Im vorliegenden Fall hat die Polizei hingegen den Beschwerdeführer festgenommen und sein Filmmaterial untersucht. Es besteht zudem die Gefahr, dass er als Medienschaffender in Zukunft wieder von ähnlichen polizeilichen Zwangsmassnahmen betroffen sein könnte. Und schliesslich ist die Einsicht in die beiden Dienstanweisungen unabdingbar, um rechtliche Schritte gegen sie einleiten zu können. Ein schützenswertes persönliches Interesse ist zu bejahen. Da keine besonderen öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsgründe geltend gemacht wurden, hiess das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde gut.<sup>80</sup>

### 4. Partielles Werbeverbot für Tabak und Alkohol

Im Kanton Genf ist im Oktober 2000 ein neues Reklamegesetz (LPR)<sup>81</sup> in Kraft getreten. Art. 9 Abs. 2 LPR verbietet jegliche von öffentlichem Raum aus sichtbare Plakatwerbung für Tabak und Getränke mit mehr als 15-prozentigem Alkoholgehalt, unabhängig davon, ob für den Anschlag öffentlicher oder privater Grund beansprucht wird. Beschwerdeführer aus Kreisen der Werbe-, Tabak- und Alkoholindustrie haben mit staatsrechtlicher Beschwerde das Bundesgericht ersucht, diverse Bestimmungen des LPR, v.a. Art. 9 Abs. 2, als ungültig zu erklären.<sup>82</sup>

Das Bundesgericht führte aus, dass die Alkohol- und Lebensmittelgesetzgebung des Bundes Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Alkohol und Tabak vorsehe. Ferner verbiete Art. 18 Abs. 5 des Radio- und Fern-

<sup>78</sup> BGE 127 I 145 E. 4c und 4d, 153 ff. und dazu die Besprechung von ANDREAS KLEY, *medialex* 2001, 240; Urteil (Fn. 75), E. 3.1. Für die Weiterbildung der Informationsfreiheit: MÜLLER (Fn. 3), 294 ff.

<sup>79</sup> Angedeutet, aber offen gelassen in BGE 127 I 145 E. 3d/bb, 156. Vgl. MÜLLER (Fn. 3), 47.

<sup>80</sup> Fn. 75, E. 3.2.1.

<sup>81</sup> La loi sur les procédés de réclame, LPR; RSG F 3 20.

<sup>82</sup> BGE 128 I 295 ff. und dazu ausführlich die Besprechung von ANDREAS KLEY/RETO FELLER, *medialex* 2002, 155.

sehgesetzes (RTVG)<sup>83</sup> die Werbung für Alkohol und Tabak. Die entsprechenden Kompetenznormen (Art. 93, 105 und 118 BV) wirkten nicht ausschliesslich. Angesichts dieser bloss «sehr punktuellen Kompetenzen» verbleibe den Kantonen die Möglichkeit einer ergänzenden Normierung. Eine Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) sei folglich nicht erkennbar.<sup>84</sup>

Äusserungen mit kommerziellem Zweck fallen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), welche einen grundrechtlichen Werbeanspruch gewährleistet.<sup>85</sup> Nur wenn die Werbebotschaft ausschliesslich oder überwiegend ideelle Inhalte präsentiert, greift der Schutz der Meinungs- und Medienfreiheit (Art. 16, 17 BV). Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind an den Vorgaben von Art. 36 und 94 BV zu messen.

Art. 9 Abs. 2 LPR sei – so das Bundesgericht – genügend bestimmt, um das partielle Werbeverbot, das keinen schwerwiegenden Eingriff darstelle, zu rechtfertigen. Das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes vermöge den vorliegenden Grundrechtseingriff zu legitimieren. Auch sei das Werbeverbot geeignet, mässigend auf den Konsum von Alkohol und Tabak einzuwirken. Ein milderes Mittel zur Verwirklichung des angestrebten Ziels sei nicht ersichtlich. Die Regelung sei räumlich und sachlich begrenzt, da nur von öffentlichem Grund aus einsehbar Werbung und nur die Verwendung des Mediums „affichage“ untersagt würden. Im Übrigen seien alle im Kanton und in derselben Branche aktiven Konkurrenten von der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit im gleichen Mass betroffen. Der Eingriff sei deshalb verhältnismässig.<sup>86</sup>

Der Umstand, dass nur die Plakatwerbung vom Alkohol- und Tabakwerbeverbot erfasst werde, beinhalte keine Rechtsungleichheit. Die Differenzierung stütze sich auf ernsthafte und sachliche Gründe: Plakatwerbung richte sich uneingeschränkt an alle Personen, die sich im öffentlichen Raum bewegen. Demgegenüber seien Werbebotschaften in der Presse oder im Kino auf ein enger umgrenztes Zielpublikum ausgerichtet. Zudem sei in Bezug auf die Presse ein Alkohol- und Tabakwerbeverbot kaum praktikabel, da dieses Medium vor den Kantonsgrenzen keinen Halt mache. Dass die Reklame für Getränke mit einem Alkoholgehalt von weniger als 15% erlaubt bleibe, bedeute unter dem Gesichtswinkel des Rechtsgleichheitsgebots keine verfassungswidrige Bevorzugung von Wein- und Bierherstellern. Der Anstieg des Gesundheitsrisikos mit zunehmendem Alkoholgehalt eines Getränks sei unbestritten. In den vergangenen Jahren stark gesunkene Verkaufspreise für gebrannte

<sup>83</sup> Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40).

<sup>84</sup> BGE 128 I 295 E. 3, 298 ff.

<sup>85</sup> Vgl. MÜLLER (Fn. 3), 204 ff.

<sup>86</sup> Vgl. BGE 128 I 295 E. 5, 308 ff.

Wasser erhöhten zusätzlich das Bedürfnis, Gegenmassnahmen zum erleichterten Erwerb hochprozentiger Getränke zu treffen. Die staatsrechtliche Beschwerde wurde deshalb abgewiesen.<sup>87</sup>

Der Gesundheitsschutz ist ein wichtiges öffentliches Interesse.<sup>88</sup> Dagegen erscheint die Eingrenzung des Reklameverbots auf einen bestimmten Werbeträger fragwürdig. Muss das schädigende Potential von Alkohol- und Tabakwerbung tatsächlich als hoch bewertet werden, ist ein partielles Werbeverbot nur schlecht begründbar. Dem Bundesgericht blieb freilich aufgrund der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nichts anderes übrig: Die Kantone sind für ein umfassendes Werbeverbot gar nicht zuständig.

Ein Exkurs zur aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist für die Bewertung der partiellen Werbeverbote aufschlussreich. Dazu bietet sich der Fall „Verein gegen Tierfabriken“ (VgT) gegen die Schweiz an. Der Verein ersuchte die Publisuisse SA um die Ausstrahlung eines Werbespots gegen Fleischkonsum. Diese und die angerufene Aufsichts- und Rechtsmittelinstanz lehnten die Ausstrahlung des Spots ab, da Art. 18 Abs. 5 RTVG<sup>89</sup> den elektronischen Medien Radio und Fernsehen religiöse und politische Werbung ebenso wie Werbung für alkoholische Getränke und Tabak verbiete. Das Bundesgericht hielt das Werbeverbot als solches wie auch die Ablehnung des Ausstrahlungsgesuches nicht für konventionswidrig.

Der EGMR urteilte am 28. Juni 2001 anders und stellte eine Verletzung der Meinungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK fest. Der Gerichtshof verneinte die Notwendigkeit dieses Werbeverbots für politische Aussagen, weil das Verbot für die Printmedien nicht gilt. Diese zwischen den elektronischen Medien und den Printmedien differenzierende Gesetzgebung deute darauf hin, dass kein „besoin particulièrement impérieux“ bestehe, mithin das Verbot für politische Werbung in den elektronischen Medien in einer demokratischen Gesellschaft im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht notwendig sei.<sup>90</sup> Tatsächlich greift hier der EGMR einen wunden Punkt der schweizerischen Gesetzgebung auf; die partikulären Werbeverbote für die elektronischen Medien können jedenfalls nicht mit dem grossen Einfluss dieser Medien gerechtfertigt werden. Wenn die von Art. 18 Abs. 5 RTVG verbotene Werbung tatsächlich schädlich oder gefährlich ist, so muss sie generell verboten werden.

<sup>87</sup> Vgl. BGE 128 I 295 E. 7, 312 ff.

<sup>88</sup> Vgl. BGE 128 I 295 E. 4c, 304 ff.

<sup>89</sup> Fn. 83: „Religiöse und politische Werbung ist verboten, ebenso Werbung für alkoholische Getränke und Tabak. Der Bundesrat kann zum Schutz der Jugend und der Umwelt weitere Werbeverbote erlassen“.

<sup>90</sup> EGMR-Urteil „Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen die Schweiz“ vom 28.6.2001, appl. no. 24699/94, §§ 72 ff., in: VPB 65-119 und die Besprechung von DENNIS BARRELET, *medialex* 2001, 158 ff.

Das Bundesgericht hatte übrigens die Revision seines Urteils vom 20. August 1997 abgelehnt, da kein Revisionsbedarf dargetan sei.<sup>91</sup> Der Gesuchsteller gelangte ausserdem erneut an die Publisuisse SA mit dem Begehren, den Spot zusammen mit einem neuen Vorspann zu senden.<sup>92</sup> Da die Publisuisse SA dies ablehnte, ersuchte der VgT das Bundesamt für Kommunikation seiner Aufsichtsbeschwerde stattzugeben. Dieses wies die Beschwerde ab. Es hielt zwar fest, dass die erneute Ausstrahlung des Spots mit dem Vorspann rundfunkrechtlich nicht zu beanstanden wäre. Da aber die Publisuisse SA im Rahmen der Akquisition und Ausstrahlung von Werbung privatrechtlich handle, müsse die Frage einer Ausstrahlungspflicht auf zivilrechtlichem Wege geprüft werden.<sup>93</sup>

Die Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofes kann dem Bundesgericht neue Impulse für den Schutzbereich der Meinungsfreiheit und die Verhältnismässigkeitsprüfung geben. Ungeachtet der Rechtsprechungspraxis des EGMR, wonach auch die kommerzielle Werbung dem Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit zugeordnet wird, vertritt das Bundesgericht weiterhin die Auffassung, der grundrechtliche Werbeanspruch sei der Wirtschaftsfreiheit zugehörig. Diese Rechtsprechung wäre unproblematisch, wenn die Schutzgehalte der Meinungsfreiheit vollumfänglich in die bei Art. 27 BV verankerte Werbefreiheit miteinflössen. Das Bundesgericht lässt jedoch Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit leichter zu als solche in die Meinungsfreiheit, wie gerade das Beispiel des Genfer Werbeverbots zeigt. Insofern ist die Zuordnung der Werbefreiheit von grosser Relevanz.

Das Bundesgericht verneint zwar die Zwecktauglichkeit eines Grundrechtseingriffs nur dann, wenn die Ungeeignetheit einer Massnahme offensichtlich ist.<sup>94</sup> Diese Hürde für die Anerkennung der Ungeeignetheit sollte es senken, da die Prüfung der Frage, ob der Eingriff im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ ist, nicht losgelöst von der Eignung der umstrittenen Massnahme beantwortet werden kann. Das Bundesgericht hätte auch den entsprechenden Spielraum für eine striktere Eignungsprüfung, da den Vertragsstaaten gerade im Bereich der kommerziellen Werbung ein beträchtlicher Ermessensspielraum zugestanden wird.<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Urteil 2A.526/2001 vom 29.4.2002.

<sup>92</sup> Dieser lautet: „Dieser Werbespot wurde vom Schweizer Fernsehen zensuriert. Bundesrat Leuenberger und das Bundesgericht haben diese Zensur absegnet. Die Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Schweiz wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit verurteilt und zu einer Entschädigung an den VgT von Fr. 20'000 verpflichtet“.

<sup>93</sup> Verfügung vom 3. März 2003 des Bundesamtes für Kommunikation (nicht veröffentlicht).

<sup>94</sup> BGE 128 I 295 E. 5b/cc, 309 f. (mit Verweis auf ZBl 1991, 25 ff. E. 3d).

<sup>95</sup> Fn. 90, §§ 69 und 71.

## V. Neuste, die Schweiz betreffende Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

### 1. Unverhältnismässig lange Prozessdauer<sup>96</sup>

Josef Müller besass verschiedene Grundstücke in der Umgebung des Flughafens Zürich-Kloten. In den 60er-Jahren wurden diese der Wohn- und in den 80er-Jahren der Gewerbezone zugeteilt. Ebenfalls während den 80er-Jahren wurden all seine Grundstücke der sog. Sicherheitszone 1 zugeordnet, was zur Folge hatte, dass neue Gebäude je nach Standort nur noch maximale Höhen zwischen 21 und 38 Metern aufweisen durften.<sup>97</sup> Dagegen erhob Josef Müller verschiedene bundesrechtliche und kantonale Rechtsmittel, u.a. mit dem Begehren auf Entschädigung wegen materieller Enteignung.<sup>98</sup> 11 Jahre, 6 Monate und 10 Tage später wies das Bundesgericht dieses Begehren endgültig ab. Josef Müller machte vor dem EGMR eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK wegen überlanger Verfahrensdauer geltend.<sup>99</sup>

Der Gerichtshof stellte fest, dass der zu beurteilende Sachverhalt komplex war und der Beschwerdeführer durch seinen Prozesseifer das Verfahren bis zu einem gewissen Grad selber verlängert hat. Auch dessen Bankrott im Jahre 1995, der einen zweijährigen Unterbruch des Verfahrens bewirkt hatte, wurde zu Gunsten der schweizerischen Behörden und Gerichte anerkannt.<sup>100</sup> Jedoch befand der Gerichtshof die mehr als elfjährige Verfahrensdauer als insgesamt nicht gerechtfertigt, da die Eidgenössische Schätzungskommission viereinhalb Jahre und das Bundesgericht mehr als sechs Jahre für ein Endurteil benötigte. Selbst wenn die zweijährige Unterbrechung auf Grund des Bankrotts als gerechtfertigt betrachtet würde, blieben mehr als vier Jahre übrig, in denen nur ab und zu eine prozessuale Handlung vorgenommen wurde. Auch der Hinweis der Schweiz auf ein früheres Urteil,<sup>101</sup> bei dem es um die Zulässigkeit der Verfahrensdauer von dreieinhalb Jahren in einem vergleichbaren Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht ging, führte zu keinem anderen Ergebnis, da die Schweiz kein mit der deutschen Widervereinigung<sup>102</sup> vergleichbares Ereignis als Rechtfertigung für die lange Prozessdauer vorbringen konnte.<sup>103</sup> Die Schweiz versties folglich gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>104</sup>

<sup>96</sup> EGMR-Urteil „Müller gegen die Schweiz“ vom 5.11.2002, appl. no. 41202/98.

<sup>97</sup> Fn. 96, §§ 10-12.

<sup>98</sup> Fn. 96, §§ 13-24.

<sup>99</sup> Fn. 96, §§ 25-27.

<sup>100</sup> Fn. 96, §§ 32 und 33.

<sup>101</sup> EGMR-Urteil „Süssmann gegen Deutschland“ vom 10.9.1996, appl. no. 20024/92.

<sup>102</sup> Fn. 101, § 60.

<sup>103</sup> Fn. 96, §§ 36 und 37.

<sup>104</sup> Fn. 96, §§ 38 und 39.

Das vorliegende Urteil fügt sich nahtlos in die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Verfahrensdauer ein. Es gibt zwar keine absolute Grenze, ab welcher eine Prozessdauer automatisch unzulässig wäre, jedoch braucht es ab einem gewissen Zeitpunkt *sehr triftige* Gründe für deren Rechtfertigung.<sup>105</sup> Allein schon die Gesamtdauer von mehr als 11 Jahren und das Fehlen eines gesellschaftspolitischen Grossereignisses als Rechtfertigung erscheinen vorliegend als Verletzung der EMRK.<sup>106</sup>

## 2. Verweigertes rechtliches Gehör<sup>107</sup>

In einem Streit um die Einhaltung baurechtlicher Mindestabstände entschied das Bundesgericht zu Ungunsten der Bauherren. Diese mussten die von ihnen angefochtenen Prozesskosten bezahlen. Zwar hatten sie die Eigentumsrechte ihrer Nachbarn nicht verletzt, aber mit der Ankündigung des Garagenbaus und dem mangelhaften Bauplan hatten sie das Einsprache- bzw. Beschwerdeverfahren direkt verursacht.<sup>108</sup>

Die Bauherren erhoben daraufhin Beschwerde an den EGMR, nicht wegen dem eigentlichen Baurechtsstreit oder der Auferlegung der Prozesskosten, sondern wegen angeblicher Verletzung ihres rechtlichen Gehörs vor dem Bundesgericht, welches der kantonalen Vorinstanz und den Nachbarn als Gegenpartei eine Stellungnahme nach Art. 93 OG<sup>109</sup> ermöglichte. Zu diesen jeweils mehrseitigen Stellungnahmen durften sich die Beschwerdeführer nicht mehr äussern, da das Bundesgericht fand, dass die geltend gemachten und als unzulässig betrachteten Äusserungen der kantonalen Vorinstanz sowieso von Amtes wegen nicht berücksichtigt würden. Ausserdem bestünde beim damaligen Stand des Verfahrens kein Akteneinsichtsrecht mehr.<sup>110</sup>

Gestützt auf ein früheres Urteil<sup>111</sup> sprach sich der EGMR für die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aus, der das rechtliche Gehör bei Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen vorsieht, wozu nachbarrechtliche Auseinandersetzungen gehören. Die Prozesskosten, obwohl separat entschieden, sind als Fortsetzung des eigentlichen Prozesses Teilaspekte dieser zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen und daher ist Art. 6 EMRK ohne weiteres anwendbar.<sup>112</sup>

<sup>105</sup> MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1999, 296 ff. N 468.

<sup>106</sup> Vgl. dazu VILLIGER (Fn. 105), 287 N 453.

<sup>107</sup> EGMR-Urteil „Ziegler gegen die Schweiz“ vom 21.2.2002, appl. no. 33499/96.

<sup>108</sup> Fn. 107, § 18.

<sup>109</sup> Bundesgesetz vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110).

<sup>110</sup> Fn. 107, §§ 16 und 17.

<sup>111</sup> EGMR-Urteil „Robins gegen Grossbritannien“ vom 23.9.1997, appl. no. 22410/93, §§ 28 ff.

<sup>112</sup> Fn. 107, §§ 24 und 25.

Mit Hinweis auf zwei vergleichbare Schweizer Urteile<sup>113</sup> entschied der Gerichtshof zu Gunsten der Beschwerdeführer. Es sei einerseits nicht entscheidend, wie sich die Stellungnahme der kantonalen Vorinstanz *tatsächlich* ausgewirkt hat, und andererseits unwahrscheinlich, dass diese Stellungnahme vom Bundesgericht überhaupt nicht beachtet worden ist. Vielmehr sei es wichtig, dass sich die Beschwerdeführer zu *jedem* Dokument äussern können, so dass ihr Vertrauen ins Funktionieren der Justiz gewahrt bleibt.<sup>114</sup>

Es ist unverständlich, weshalb das Bundesgericht das rechtliche Gehör im vorliegenden Fall nicht gewährt hat. Aus dem Urteil des EGMR wird sowohl die formelle Natur des rechtlichen Gehörs sichtbar als auch dessen fundamentale Bedeutung, nicht nur für den einzelnen Menschen, sondern für den gesamten Justiz- und Verwaltungsapparat. Erst wenn sich die einzelnen Menschen als Rechtssubjekte und nicht nur als Objekte eines Verfahrens fühlen, können und werden sie ein Urteil akzeptieren.

## 3. Verweigerter Konzession für ein Spartenfernsehprogramm<sup>115</sup>

Walter Michael Demuth beabsichtigte ein Spartenfernsehprogramm rund um den privaten Strassenverkehr, insbesondere zu Autos, auszustrahlen. Ein zweistündiges Programm sollte mehrmals am Tag wiederholt und einmal die Woche erneuert werden.<sup>116</sup> Das Konzessionsgesuch wurde jedoch sowohl vom Bundesamt für Kommunikation als auch vom Bundesrat als Beschwerdeinstanz abgewiesen. Das beabsichtigte Programm erfülle die Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 RTVG<sup>117</sup> nicht, da nur einseitig rund ums Automobil berichtet werde. Ein solch themenmässig beschränktes Fernsehprogramm könne nur zugelassen werden, wenn diese Segmentierungswirkung durch besonders wertvolle Inhalte gemäss Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 1 RTVG kompensiert würde. Auf Grund der Angaben zum Konzessionsgesuch seien

<sup>113</sup> EGMR-Urteile „Nideröst-Huber gegen die Schweiz“ vom 18.2.1997, appl. no. 18990/91 und „F.R. gegen die Schweiz“ vom 28.6.2001, appl. no. 37292/97.

<sup>114</sup> Fn. 107, §§ 38 und 39.

<sup>115</sup> EGMR-Urteil „Demuth gegen die Schweiz“ vom 5.11.2002, appl. no. 38743/97 mit Bemerkungen von CHRISTOPH BEAT GRABER, medialex 2003, 51.

<sup>116</sup> Fn. 115, § 10.

<sup>117</sup> Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40): „Radio und Fernsehen sollen insgesamt:

- zur freien Meinungsbildung, zu einer allgemeinen vielfältigen und sachgerechten Information der Zuhörer und Zuschauer sowie zu deren Bildung und Unterhaltung beitragen und staatsbürgerliche Kenntnisse vermitteln;
- die Vielfalt des Landes und seiner Bevölkerung berücksichtigen und der Öffentlichkeit näherbringen sowie das Verständnis für andere Völker fördern;
- das schweizerische Kulturschaffen fördern und die Zuhörer und Zuschauer zur Teilnahme am kulturellen Leben anregen;

d-f (...).“

solche Inhalte aber vorliegend nicht zu erkennen, da die Aspekte der Unterhaltung und Autoreportagen im Zentrum stünden.<sup>118</sup>

Demuth erhob nun Beschwerde an den EGMR, da er seine Meinungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK verletzt sah. Der Gerichtshof bestätigte, dass die Konzessionspflicht nach Art. 10 RTVG und die Anforderungen an die Fernsehprogramme betreffend Zweck, Funktion und Inhalt nach Art. 3 Abs. 1 RTVG dem Art. 10 Abs. 1 Satz 3 der EMRK entsprechen. Gerade in einem Land wie der föderalistischen Schweiz ist der kulturelle und sprachliche Pluralismus, der Ausgleich zwischen dem Mittelland und den Bergregionen und eine ausgewogene Bundespolitik besonders wichtig, weshalb diese Anliegen bei der Erteilung einer Radio- oder Fernsehkonzession berücksichtigt werden dürfen.<sup>119</sup> Mit ähnlicher Begründung stellte der EGMR auch bei der konkreten Anwendung dieser Grundsätze keine Verletzung der EMRK fest. Dem Beschwerdeführer sei es im Übrigen nicht verwehrt, ein neues, dem RTVG entsprechendes Konzessionsgesuch zu stellen. Der Entscheid des Bundesrates ist also nicht als kategorisches Nein zu verstehen.<sup>120</sup> Der Eingriff in die Meinungsfreiheit war somit verhältnismässig, weshalb die Beschwerde abgewiesen wurde.<sup>121</sup>

Der EGMR schützte also ausdrücklich die Wahrung der kulturellen, politischen und sprachlichen Vielfalt und den regionalen Ausgleich als zulässige staatliche Interessen bei der Vergabe einer Radio- oder Fernsehkonzession. Er stützte sich dabei nicht etwa auf die in Art. 10 Abs. 2 EMRK vorgesehenen staatlichen Interessen zur Einschränkung der Meinungsfreiheit, sondern direkt auf Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK. Einschränkungen der Meinungsfreiheit können also auch ausschliesslich durch Abs. 1 gerechtfertigt werden.<sup>122</sup> Dies muss aber auf den Radio-, Fernseh- und Kinobereich beschränkt bleiben, da ansonsten eine unzulässige Erweiterung des Schrankenkatalogs von Abs. 2 entstehen würde. Abs. 2 ist – abgesehen von diesen drei Bereichen – weiterhin als abschliessend<sup>123</sup> zu betrachten.

#### 4. Eine fürsorgerische Freiheitsentziehung<sup>124</sup>

Die Beschwerdeführerin lebte nach ihrer Pensionierung in Lyss im Kanton Bern. 1994 wurde sie unter Beistandschaft gestellt und der Ehemann zog in

<sup>118</sup> Fn. 115, § 12.

<sup>119</sup> Fn. 115, §§ 33, 34 und 44.

<sup>120</sup> Fn. 115, §§ 45-47.

<sup>121</sup> Fn. 115, §§ 48 und 50.

<sup>122</sup> Dies hat VILLIGER (Fn. 105), 411 N 629, bereits vor ein paar Jahren vorgeschlagen.

<sup>123</sup> Vgl. VILLIGER (Fn. 105), 349 N 550; JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, Kehl/Strassburg/u.a. 1996, 333 N 11; IRENE LAEUCHLI-BOSSHARD, Die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK, Diss. Basel 1989, 98.

<sup>124</sup> EGMR-Urteil „H.M. gegen die Schweiz“ vom 26.2.2002, appl. no. 39187/98.

ein Alters- und Pflegeheim um. Die Beschwerdeführerin sollte ihm kurze Zeit danach folgen. Als es soweit war, weigerte sie sich plötzlich ihre Wohnung zu verlassen. 1996 berichtete die Pflegeorganisation Spitex der Vormundschaftsbehörde von den lebensunwürdigen Umständen in der Wohnung der Beschwerdeführerin („im räumlichen Debakel“). Die zuständige Behörde ordnete daraufhin die fürsorgerische Freiheitsentziehung nach schweizerischen Zivilrecht<sup>125</sup> an, mit der Begründung, dass die Beschwerdeführerin schwer verwahrlost sei bzw. dem Pflegepersonal der Spitex nicht zugemutet werden könne, die Pflegeleistungen in einer solch unhygienischen Wohnung zu erbringen.<sup>126</sup> Die Beschwerdeführerin wurde in das nahe gelegene Alters- und Pflegeheim gebracht. Die von ihr und ihrem Sohn dagegen erhobene Beschwerde an die kantonale Rekurskommission und die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht wurden mit ähnlicher Begründung abgewiesen.<sup>127</sup>

Die Beschwerdeführerin erhob deshalb Beschwerde an den EGMR und rügte einen unrechtmässigen Freiheitsentzug, da die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK nicht vorlägen. Diese Bestimmung sehe eine fürsorgerische Freiheitsentziehung nur vor, wenn eine psychische Krankheit nachgewiesen werden könne bzw. bei Landstreicherei. Beides liege im vorliegenden Fall nicht vor.<sup>128</sup>

Der Gerichtshof hatte nun zu entscheiden, ob ein eigentlicher Entzug („deprivation“) oder eine bloss Beschränkung („restriction“) der Freiheit der Beschwerdeführerin vorlag. Im zweiten Fall wäre bereits ein Eingriff in Art. 5 EMRK zu verneinen. Diese Abgrenzung wird gestützt auf Art. Dauer, Wirkung und Vollzug vorgenommen.<sup>129</sup>

Der Gerichtshof verneinte das Vorhandensein eines Freiheitsentzugs bzw. eines Eingriffs in Art. 5 EMRK und zwar aus folgenden Gründen: Die Beschwerdeführerin und ihr Sohn hatten sich geweigert, mit der Spitex zusammenzuarbeiten, was ihr den Umzug ins Alters- und Pflegeheim u.U. erspart hätte. Sie wurde nicht in eine geschlossene Abteilung verlegt, sondern konnte ihre sozialen Kontakte – z.B. telefonisch – mit der Aussenwelt weiterhin pflegen. Nach eigenen Angaben konnte sie sich auch über das Personal und die Pflege nicht beschweren. Und schliesslich – als die Beschwerde bereits

<sup>125</sup> Art. 397a Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Mai 1907 (ZGB; SR 210): „Eine mündige oder entmündigte Person darf wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann“.

<sup>126</sup> Fn. 124, §§ 9-19.

<sup>127</sup> Fn. 124, §§ 20 ff. und 25 f.

<sup>128</sup> Fn. 124, §§ 31-34.

<sup>129</sup> Fn. 124, § 42 und 43.

vor dem EGMR hängig war – willigte die Beschwerdeführerin in ihren Heim-  
aufenthalt ein, woraufhin die fürsorgliche Freiheitsentziehung aufgehoben  
wurde.<sup>130</sup>

Zu Recht hat der Gerichtshof im vorliegenden Fall einen Freiheitsentzug  
verneint und dabei seine langjährige Rechtsprechung zur Abgrenzung Frei-  
heitsbeschränkung/-entzug bestätigt.<sup>131</sup> Leider hat er sich erneut nicht dazu  
geäußert, ob das Tatbestandselement der *schweren Verwahrlosung*, das im  
schweizerischen Zivilgesetzbuch verankert ist, einen Freiheitsentzug nach  
Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK rechtfertigt.<sup>132</sup> Der Wortlaut der Bestimmung sieht  
die schwere Verwahrlosung nicht ausdrücklich vor. Möglicherweise könnte  
beim Tatbestandselement „Landstreicher“ angeknüpft werden, da hier Sinn  
und Zweck sicher die Behebung der Verwahrlosung ist. Für die Inhaftierung  
*krimineller* Landstreicher würden Art. 5 Abs. 1 lit. a-c nämlich vollauf genü-  
gen, weshalb lit. e sozial-politischen Zwecken dient. Es sollen für die betrof-  
fenen Personen lebensunwürdige Situationen behoben und eventueller Krimi-  
nalität, z.B. Diebstahl und Hausfriedensbruch, vorgebeugt werden. Ausser-  
dem ist die fürsorgliche Freiheitsentziehung nur bei *schwerer* Verwahrlo-  
sung vorgesehen, d.h., die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprin-  
zips wird bereits von Gesetzes wegen gefordert.

<sup>130</sup> Fn. 124, §§ 27; 44-49.

<sup>131</sup> Siehe dazu etwa das EGMR-Urteil „Nielsen gegen Dänemark“ vom 28.11.1988, appl.  
no. 10929/84, wo es um die mehrmonatige Behandlung eines Jugendlichen in einer  
halb offenen Psychiatrie-Abteilung ging. Vgl. auch VILLIGER (Fn. 105), 205 f. N 316  
ff.

<sup>132</sup> Vgl. VILLIGER (Fn. 105), 215 N 338.