

---

**Walter Fellmann**

Rechtsanwalt, Professor an der Universität Luzern

**Tomas Poledna**

Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich

**Aktuelle Anwaltspraxis** 2001  
**La pratique de l'avocat**



Stämpfli Editions SA Berne · 2002

Stämpfli Verlag AG Bern · 2002

## Grundrechte

Andreas Kley / Reto Feller<sup>570</sup>

### I. Einleitung

Wichtiges Ziel der Nachführung der Schweizerischen Bundesverfassung war die Zusammenfassung der Grundrechte zu einem eigentlichen "Grundrechtskatalog" und die schriftliche Fixierung der geltenden Grundrechtsprechung<sup>571</sup>. Im Verfassungstext sind alle vom Bundesgericht derzeit anerkannten Rechte aufgeführt. Weder aus den Materialien noch aus dem Verfassungswortlaut ergeben sich Hinweise, dass der Verfassungsgeber den Grundrechtsteil als abschliessende Kodifikation begreifen würde<sup>572</sup>. Die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte soll vom Bundesgericht auch weiterhin vorgenommen werden können. Dies erscheint allerdings auf absehbare Zeit kaum nötig, bietet doch die nachgeführte Bundesverfassung zusammen mit zahlreichen internationalen Abkommen zum Schutz der Menschenrechte einen sehr umfassenden Grundrechtsschutz. Freilich bleibt es Aufgabe der Rechtsprechung, mit einer Weiterentwicklung des konkreten Inhalts der Grundrechte für einen aktuellen und den heutigen Bedürfnissen angepassten Grundrechtsschutz besorgt zu sein.

Durch die Kodifikation ungeschriebenen Rechts<sup>573</sup> und die Neuformulierung beziehungsweise Kürzung bestehender Verfassungsnormen erscheint auch deren

<sup>570</sup> ANDREAS KLEY, Ordinarius für Staatsrecht an der Universität Bern; RETO FELLER, Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern. Der Beitrag beleuchtet insbesondere die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung (1. Januar 2000) bis Juli 2001. Frühere Entscheide werden mitberücksichtigt, sofern diese einen Bezug zur neuen Bundesverfassung aufweisen.

<sup>571</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (im folgenden: "Botschaft"), BB1 1997 I 1 ff; Amtl Bull NR 1998 146 (Separatdruck).

<sup>572</sup> ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung, ZBJV 1999, S. 305 f; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 100; Botschaft, S. 138.

<sup>573</sup> Zahlreiche, durch die Rechtspraxis entwickelte, ungeschriebene Grundrechte bzw. internationalrechtliche Garantien haben Eingang in den Bundesverfassungstext gefunden: Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben (Art. 9); Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10); Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11); Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12); Schutz der Privatsphäre (Art. 13); Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16); Redaktionsgeheimnis (Art. 17 Abs. 3); Sprachenfreiheit (Art. 18); Wissenschaftsfreiheit (Art. 20); Kunstfreiheit (Art. 21); Versammlungsfreiheit (Art. 22); Allgemeine Verfahrensgarantien (Art. 29); Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung (Art. 30 Abs. 3); Mindestgarantien beim Freiheitsentzug (Art. 31); Grundsätze des Strafverfahrens (Art. 32); Pflicht zur Kenntnisnahme von Petitionen (Art. 33 Abs. 2); Politische Rechte (Art. 34).

Sinn in neuem Licht<sup>574</sup>: Der geänderte Wortlaut und die Überschriften ermöglichen eine neue oder andere grammatikalische Auslegung auf der Grundlage des heutigen Sprachgebrauchs. Die Stellung der Grundrechte im gesamten Verfassungskontext ist bei einer systematischen Interpretation zu berücksichtigen. Eine erhöhte Bedeutung dürfte überdies die objektiv-historische Auslegungsmethode finden, empfiehlt es sich doch gerade bei jungen Erlassen, bei der Norminterpretation deren Entstehungsgeschichte in besonderem Masse zu berücksichtigen<sup>575</sup>. Mit dem vorliegenden Beitrag soll untersucht werden, wie das Bundesgericht sein neues Arbeitsinstrument handhabt und in welcher Art und Weise mit dem Auslegungs- und Konkretisierungsfreiraum umgegangen wird. Dabei soll das Augenmerk auf einige herausragende Problemkreise gerichtet werden.

## II. Rechtsprechung des Bundesgerichts

### 1. Menschenwürde (Art. 7 BV)

Nach Art. 7 BV ist die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Diese Bestimmung ist neu in den Grundrechtskatalog der Bundesverfassung aufgenommen worden. Das Bundesgericht hatte eine zur Beurteilung anstehende Zwangsmedikation<sup>576</sup> eines schizophrenen Patienten zum Anlass genommen, Art. 7 BV näher zu beleuchten. Es erinnert zunächst daran, dass sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung bereits unter Geltung der alten Bundesverfassung im Zusammenhang mit der Fortpflanzungsmedizin, dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der persönlichen Freiheit und dem Grundrecht auf Existenzsicherung auf die Menschenwürde als allgemeines Schutzobjekt und generelles Verfassungsprinzip bezog. Mit Verweisen auf amtliche Materialien und neuere Lehrmeinungen wird weiter ausgeführt, Art. 7 BV enthalte nach seinem Wortlaut eine Handlungsanweisung. Deshalb sei die Menschenwürde im staatlichen Handeln zu achten und zu schützen. Ferner bilde die Bestimmung als innerster Kern die Grundlage der Freiheitsrechte und diene daher zu deren Auslegung und Konkretisierung. Einen besonders engen Zusammenhang bestehe mit dem zentralen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz. Schliesslich wird erkannt, dass Art. 7 BV einen offenen Gehalt aufweist und sich einer abschliessenden positiven Festlegung entzieht:

<sup>574</sup> Eingehend PIERRE TSCHANNEN, Die Auslegung der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 223 ff.

<sup>575</sup> ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 103.

<sup>576</sup> Vgl. BGE 127 I 6 ff; ferner betreffend Zwangsmedikation BGE 126 I 112 E. 3c S. 117, worin der bernische Gesetzgeber aufgefordert wird, umgehend eine gesetzliche Grundlage zu schaffen betreffend Voraussetzungen und Art und Weise der medizinischen Behandlung von Patienten, denen fürsorglich die Freiheit entzogen wurde.

"Die Menschenwürde betrifft das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit (vgl. Jörg P. Müller, a.a.O., S. 4 und 5). Sie weist einen besonders engen Zusammenhang mit dem zentralen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz auf."<sup>577</sup>

Anlässlich der Verhältnismässigkeitsprüfung im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV erkannte das Bundesgericht, dass der Gesichtswinkel der Menschenwürde gegensätzliche Aspekte aufweist und nicht in eindeutiger Weise für oder gegen eine Zwangsbehandlung spricht. Der Wunsch nach Nichtbehandlung könne respektiert werden und zur Folge haben, dass der Beschwerdeführer etwa in ein Isolierzimmer gebracht werden müsse und dort seinem misslichen Zustand überlassen werde; auf der anderen Seite werde mit einer Behandlung zwar in die persönliche Freiheit eingegriffen, was aber ein Leben ausserhalb der Klinik in gewohntem sozialen Umfeld ermögliche<sup>578</sup>. An diesen Ausführungen erstaunt die Thematisierung der Menschenwürde bei Art. 36 BV; eigentlich würde man die Menschenwürde als *innersten Kern der Freiheitsrechte* im Sinne von Abs. 4 als nicht beschränkbar ansehen. Dass das Bundesgericht dies dennoch hier aufführt, weist darauf hin, dass es sich bei Art. 7 BV – soweit selbständig justiziabel – um ein "gewöhnliches" Grundrecht handelt, das nicht vorhersehbare Schutzbedürfnisse deckt. In der anwaltlichen Praxis darf demnach bei staatsrechtlichen Beschwerden Art. 7 BV nicht vergessen werden.

Der erwähnte Entscheid zeigt in Fortführung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Menschenwürde nur, aber immerhin insofern justiziabel ist, als das Bundesgericht sie im Rahmen konkreter Freiheitsrechte – hier der persönlichen Freiheit – schützt. Dieser Entscheid vermag nicht zu verhindern, dass angesichts der systematischen Einordnung von Art. 7 BV unfruchtbare Diskussionen über den allfälligen Grundrechtscharakter des Grundsatzes der Menschenwürde weitergeführt werden. Um dies zu verhindern, wäre richtigerweise die Menschenwürde als staatsleitender Grundsatz am Anfang der Verfassung zu positionieren gewesen<sup>579</sup>. Die Sachlage wird noch zusätzlich komplizierter, da auch die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV weiterhin eine gewisse Auffangfunktion besitzt<sup>580</sup>.

<sup>577</sup> Vgl. BGE 127 I 6 E. 5b S. 14 f.

<sup>578</sup> Vgl. BGE 127 I 6 E. 9d S. 29.

<sup>579</sup> KLEY (Anm. 572), S. 323 ff.

<sup>580</sup> Vgl. unten Abschnitt II.3.

## 2. Rechtsgleichheit und deren 'Ableitungen'

### a) Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)

Aufgrund eines Impulses des internationalen Rechts, namentlich Art. 26 des internationalen Paktes für bürgerliche und politische Rechte, hat das Diskriminierungsverbot Eingang in den Grundrechtskatalog gefunden. Diese Normierung bedeutet für das Bundesgericht eine interpretatorische Herausforderung<sup>581</sup>. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Aus dieser Norm lässt sich nach einem Entscheid vom 11. September 2000 kein Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung herleiten.

BGE 126 II 317: Die Zürcher Fremdenpolizei verweigerte dem zu 60% invaliden, aus der Bundesrepublik Jugoslawien (Kosovo) stammenden A. die Verlängerung seiner Jahresaufenthaltsbewilligung zur Erwerbstätigkeit. Das Bundesgericht prüfte unter anderem<sup>582</sup>, ob das Vorgehen der verfügenden Behörde eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV darstelle. Einleitend wurde mit Bezug auf die Materialien und aktuelle Lehrmeinungen ausgeführt, dass eine Diskriminierung vorliege, wenn eine Person rechtswidrig behandelt werde, allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behandelt wurde oder wird. Die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal – wie Herkunft, Rasse, Geschlecht usw. – sei nicht absolut unzulässig; dieser Umstand begründe zunächst bloss den "Verdacht einer unzulässigen Differenzierung". Im konkreten Fall sei A. die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung nicht deshalb verweigert worden, weil er invalid wurde, sondern weil er entgegen dem Zweck der seinerzeit erteilten Aufenthaltsbewilligung keine Erwerbstätigkeit mehr ausübe. Weil keine Anknüpfung an das gemäss Art. 8 Abs. 2 BV als verpönt taxierte Kriterium der Zugehörigkeit zur "Gruppe" der Invaliden stattfinde, liege zum Vornherein keine direkte Diskriminierung vor (E. 6b S. 393).

Ebenfalls verneint wurde eine indirekte Diskriminierung, die dann gegeben ist, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre. Die Bedingung der Aufenthaltsbewilligung durch den Aufenthaltszweck (Art. 5 Abs. 1 ANAG i.V.m. Art. 10

<sup>581</sup> Vgl. dazu JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen BV, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 103 ff.

<sup>582</sup> Das Bundesgericht prüfte ferner den vorinstanzlichen Entscheid hauptsächlich im Hinblick auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens) und den in Art. 11 Abs. 1 BV verankerten Anspruch auf Schutz der Kinder und Jugendlichen (E. 2b und c S. 382 ff und E. 5 S. 388 ff).

Abs. 3 ANAV) führe im Ergebnis nicht dazu, dass Behinderte anteilmässig stärker betroffen seien als andere von dieser Regelung erfasste Personengruppen. (E. 6c S. 393 f).

Zwar ist der Auffassung zuzustimmen, die gesetzliche Regelung (Bedingung der Aufenthaltsbewilligung durch den Aufenthaltszweck) sei formal neutral, weshalb keine direkte Diskriminierung besteht. In der Begründung etwas knapp gehalten ist jedoch die Verneinung einer indirekten Diskriminierung. Mit der notwendigen Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit entfiel für den Beschwerdeführer gleichzeitig der Aufenthaltszweck, mithin eine Bedingung für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Da der Arbeitsmarkt für (Teil-)Invalide erfahrungsgemäss klein ist, fiel es A. verhältnismässig schwer, eine Neuanschaffung zu finden und damit den Aufenthaltszweck zu erfüllen. Es bestehen also gewisse Anhaltspunkte dafür, dass die praktische Anwendung dieser ausländerrechtlichen Regelung eine unzulässige Schlechterstellung invalider Ausländer zeitigt und dadurch indirekt diskriminiert. Bei einer derartigen Rechtsprechung besteht die Gefahr, dass der Schutzgehalt des Art. 8 Abs. 2 mit Abs. 1 BV zusammenfällt, was dem Sinn des Diskriminierungsverbotes zuwiderläuft. Das Urteil vermag daher nicht zu überzeugen.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in einem Urteil die Frage der altersmässigen Beschränkung des Anspruchs auf invaliditätsbedingte Abänderungen an Motorfahrzeugen in grundlegender und u.E. überzeugender Weise entschieden<sup>583</sup>. Unter Hinweis auf die Parlamentsprotokolle wies das Versicherungsgericht darauf hin, dass die spezifischen Diskriminierungsverbote des Abs. 2 – im Unterschied zu Abs. 1 – Ungleichbehandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstellen, was bedeutet, dass sie nicht einfach an das verpönte Gruppen-Unterscheidungsmerkmal anknüpfen dürfen. In diesem Sinne erwies sich die altersabhängige Beschränkung von Abänderungen an Motorfahrzeugen als diskriminierend und der Zweck der Begrenzung der Hilfsmittelkosten konnte weder der qualifizierten Begründungspflicht genügen noch ein öffentliches Interesse gemäss Art. 36 Abs. 2 BV dartun.

### b) Willkürverbot (Art. 9 BV)

Unter Geltung der alten Bundesverfassung wurde vom Bundesgericht kein aus Art. 4 aBV fließender selbständiger Anspruch auf willkürfreies staatliches Handeln gefolgert<sup>584</sup>. Die prozessuale Konsequenz äusserte sich in der ständigen Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde insofern, als das Bundesgericht die Legitimation zur Willkürbeschwerde nur bejahte, wenn die willkürliche Anwendung einer Bestimmung gerügt wurde, welche dem Beschwerdeführer einen

<sup>583</sup> BGE 126 V 70 E. 2c S. 73 f.

<sup>584</sup> BGE 107 Ia 182 E. 2a S. 184; 105 Ia 271 E. 2c S. 275.

Rechtsanspruch einräumte oder den Schutz seiner Interessen bezweckte<sup>585</sup>. Der Rechtsschutz musste sich in solchen Fällen gerade aus jener Gesetzesbestimmung ableiten lassen, deren Anwendung umstritten war. Als Folge blieb insbesondere im Beamten-, Ausländer-, Steuer- und Begnadigungsrecht zahlreichen Beschwerden eine Willkürprüfung versagt. In den anwendbaren Gesetzesbestimmungen finde sich kein Rechtsanspruch auf Anstellung, Aufenthalt, Steuererlass bzw. Begnadigung, lautete die richterliche Begründung. Stets begleitet war diese Legitimationspraxis von fast einhelliger Kritik der Lehre<sup>586</sup>.

Bereits in der bundesrätlichen Botschaft von 1996 wird die Bedeutung der "Anerkennung eines eigenständigen Verfassungsrechts zum Schutz vor Willkür vor allem bei der Anwendung kantonalen Rechts" hervorgehoben<sup>587</sup>. Im Ständerat wurde klar die Meinung geäußert, der bisherige Zustand sei zu ändern. Das Bundesgericht müsse inskünftig aufgrund von Artikel 9 seine Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde ändern, "denn mit der ausdrücklichen Erwähnung des Willkürverbotes im Grundrechtskatalog wird klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich hierbei um ein selbständiges verfassungsmässiges Recht handelt."<sup>588</sup> Diese Voten blieben vom Bundesgericht unberücksichtigt.

BGE 126 I 81: In einem Entscheid vom 3. April 2000 ist es auf eine Beschwerde eines Haitianers wegen Verweigerung der Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung nicht eingetreten. Zwar sei dem Willkürverbot die Eigenschaft eines selbständigen verfassungsmässigen Rechts zuzuerkennen. Doch ergebe sich beim Willkürverbot – anders als bei den Freiheitsrechten – die Legitimation nicht ohne weiteres aus der Grundrechtsträgerschaft bzw. aus dem Inhalt des jeweiligen Grundrechts. Das Willkürverbot besitze kein spezielles Schutzobjekt, das an einen bestimmten menschlichen Lebensbereich oder an ein bestimmtes Institut anknüpfe, sondern gelte als allgemeines Prinzip für sämtliche Bereiche staatlicher Tätigkeit. Diese Garantie alleine verleihe somit nicht ein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne des Art. 88 OG (E. 3b S. 85 mit Hinweis auf BGE 121 I 267 E. 3c S. 270). Der Umstand, dass das Willkürverbot nunmehr explizit in Art. 9 BV aufgeführt sei, ändere daran nichts. Ansonsten würde es künftig möglich, die staatsrechtliche Beschwerde zur Befolgung bloss tatsächlicher eigener Interessen zu ergreifen, was Art. 88 OG widerspreche (E. 5a S. 91). Hätte der Verfassungsgeber dies anders gewollt, wäre der Art. 9 BV in diesem Sinne zu präzisieren gewesen. Zudem werde durch ein undiskutiert gebliebenes Votum eines Parlamentsmitglieds nicht zwingend der Wille des gesamten verfassungsgebenden Organs wiedergegeben. Selbst Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) in der vom Volk am 12. März 2000 angenommenen Fassung verlange keinen unbeschränkten

<sup>585</sup> BGE 123 I 279 E. 3c/aa S. 280; vgl. auch 122 I 44 E. 3b/bb S. 47; 117 Ia 90 E. 2a S. 93; 114 Ia 307 E. 3b S. 311. Für Einzelheiten, WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 238 ff.

<sup>586</sup> Statt vieler GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 109 ff, 122 ff; WALTER KÄLIN, Legitimation zur Willkürbeschwerde und kantonales Verfassungsrecht, in: recht 1996, S. 76 ff.

<sup>587</sup> Botschaft, S. 145.

<sup>588</sup> Votum des Kommissionsprechers HANSHEIRI INDERKUM in Amtl Bull SR 1998 40 (Separatdruck).

Zugang zum Bundesgericht (E. 5b S. 92 f). Schliesslich verlange eine Praxisänderung das Vorliegen wichtiger Gründe, die in diesem Fall nicht vorhanden seien (E. 6a S. 93).

Obwohl das Bundesgericht das Willkürverbot als selbständiges verfassungsmässiges Recht anerkennt, verweigert es weiterhin mit nunmehr wenig einleuchtenden Argumenten die damit verbundenen prozessrechtlichen Konsequenzen. Wie bei anderen Grundrechten fliesst der Rechtsschutz beim Willkürverbot aus dem angerufenen verfassungsmässigen Recht. Mit seiner Qualifikation des Willkürverbots als "allgemeines Prinzip für sämtliche Bereiche staatlicher Tätigkeit", lässt das Bundesgericht die individualrechtliche Komponente dieses Grundrechts ausser Acht. In der Tat knüpft das Willkürverbot nicht wie andere Freiheitsrechte an einen bestimmten Lebensbereich an. Vielmehr wird es als "subsidiäres Verfassungsrecht"<sup>589</sup> verstanden, das sämtliche Lebensbereiche umfasst und dort eingreift, wo der Schutz anderer Grundrechte aufhört. Diese Funktion kommt indes angesichts der restriktiven Legitimationspraxis nicht zum Tragen. Die Formulierung eines zusätzlichen Absatzes, durch welchen der parlamentarische Änderungswille explizit zum Ausdruck gebracht worden wäre, hätte den Verfassungstext nur unnötig aufgebläht und hätte eigenartig gewirkt. Es ist unüblich, dass der Verfassungsgeber dem Verfassungsgericht derartige Direktiven erteilt. Zudem ist anzufügen, dass nicht eine Praxisänderung im eigentlichen Sinne in Frage steht, wenn es darum geht, eine neu im Verfassungstext festgehaltene Norm auszulegen und anzuwenden.

Schliesslich ist der verfassungsgeberische Änderungswille klar dokumentiert. RENÉ RHINOW legt dar, dass letzte Zweifel hierüber mit einer Konsultation der Aufzeichnungen über die Debatten der vorberatenden Subkommission und der Verfassungskommission des Ständerates hätten ausgeräumt werden können. Die Frage der rechtlichen Tragweite von Art. 9 BV und seiner Interpretation im Hinblick auf Art. 88 OG sei dort ausführlich diskutiert worden. Dabei habe sich der klare Wille herauskristallisiert, die bundesgerichtliche Legitimationspraxis ändern zu wollen. RHINOW wirft die Frage auf, wann überhaupt noch ein gesetzgeberischer Wille ermittelt werden könne, wenn das Bundesgericht aus dem Fehlen einer Diskussion im Ratsplenum auf einen unklaren Willen schliesse und so die stillschweigende Zustimmung nicht mehr genügen lasse. Bei einem derartigen Ergebnis hätte vom Bundesgericht immerhin eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage erwartet werden dürfen, welche Anforderungen an "schlüssige" Materialien zu stellen sind<sup>590</sup>.

Trotz der erfolgten Kritik<sup>591</sup> ist davon auszugehen, dass einstweilen an der dargestellten Praxis festgehalten wird. Jedenfalls bietet sich dem Gesetzgeber die

<sup>589</sup> Botschaft, S. 144.

<sup>590</sup> RENÉ RHINOW, Von der Mühe des Bundesgerichts mit der Verfassung, in: NZZ vom 2. Mai 2000, Nr. 101, S. 15.

<sup>591</sup> RHINOW (Anm. 572), S. 150: "Mit der Fortsetzung der alten Legitimationspraxis zur Willkürbeschwerde hat sich das höchste Gericht über den Willen des Verfassungsgebers – und folglich, drei Monate nach Inkrafttreten der neuen Verfassung – über die Verfassung hin-

Möglichkeit, im Rahmen der laufenden Totalrevision der Bundesrechtspflege mit einer entsprechenden Gesetzesbestimmung letzte Zweifel aus dem Weg zu räumen und das Bundesgericht auf den Pfad einer verfassungsmässigen Rechtsprechung zu weisen.

### c) *Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV)*

Mit Entscheid vom 7. Dezember 2000 wies der Kassationshof<sup>592</sup> eine staatsrechtliche Beschwerde ab und äusserte sich in der Begründung zur Tragweite der (früher aus Art. 4 aBV) abgeleiteten Unschuldsvermutung des Art. 32 Abs. 1 BV. Das Bundesgericht führte aus, die Unschuldsvermutung enthalte eine Beweislast- und eine Beweiswürdigungsregel. Erstere bedeute, dass es Sache der Anklagebehörde sei, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld beweisen müsse. Ob diese Beweislastregel verletzt sei, prüfe das Bundesgericht – wie bereits unter Geltung der alten Bundesverfassung – mit freier Kognition. Als Beweiswürdigungsregel besage die Maxime des Art. 32 Abs. 1 BV, "dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat."<sup>593</sup> Inwiefern dieser Grundsatz verletzt sei, habe das Bundesgericht bisher unter dem Gesichtswinkel der Willkür geprüft. Dies gelte auch nach Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung. Art. 4 aBV habe alle prozessualen Garantien eines rechtmässigen und fairen Verfahrens umfasst. Diese Garantien seien in verschiedene Artikel (so etwa in Art. 8, 9, 29, 31 und 32 BV) eingeflossen, ohne dass sich ihre Bedeutung dadurch grundsätzlich verändert hätte. Im Wesentlichen seien diese Garantien lediglich konkretisiert worden<sup>594</sup>.

"Weder Art. 9 BV noch Art. 32 Abs. 1 BV stellen daher neue 'spezifische verfassungsmässige Rechte' dar, deren Einhaltung das Bundesgericht als Hüter der Verfassung frei überprüfen müsste, wie dies neuerdings teilweise gefordert wird [...]."

Die Urteilsbegründung ist in dieser Form und in diesem Wortlaut höchst erstaunlich und kann so nur als "Ausrutscher" verstanden werden. Die Kodifikation der Rechtsprechung zu Art. 4 aBV in den erwähnten Artikeln ändert sehr wohl die Rechtslage; es handelt sich neu um selbständige Rechte, die für sich und ausser-

weggesetzt. Ein solcher Verfassungsbruch kann auch durch eine allenfalls zu erwartende Mehrbelastung des obersten Gerichts nicht gerechtfertigt werden." Siehe ferner kritisch: CLAUDE ROULLER, *Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 677 ff (682 f).

<sup>592</sup> BGE 127 I 38 ff.

<sup>593</sup> BGE 127 I 38 E. 2a S. 41.

<sup>594</sup> BGE 127 I 38 E. 2b S. 42.

halb eines Rechtsanspruchs geltend gemacht werden können<sup>595</sup>. Die Unschuldsvermutung des Art. 32 Abs. 1 BV müsste daher richtigerweise mit freier Kognition geprüft werden können. Welche Motive auch immer den Kassationshof zu diesem gegenteiligen Urteil bewogen haben; in der Sache wird es keinen Bestand haben.

### 3. *Persönliche Freiheit (Art. 10 BV)*

Die in der alten Bundesverfassung ungeschriebene persönliche Freiheit garantierte alle Freiheiten, die elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen. Sie konnte als beschränktes Auffanggrundrecht immer dann angerufen werden, wenn eine Handlung nicht in den Schutzbereich eines speziellen Grundrechts fiel. Allerdings hatte das Bundesgericht es ausdrücklich abgelehnt, darin die Garantie einer allgemeinen Handlungsfreiheit zu sehen<sup>596</sup>. Das Bundesgericht hat in einem ersten Entscheid nun das Verhältnis dieser "altrechtlichen" persönlichen Freiheit zu Art. 10 Abs. 2 BV umschrieben. Eine Reihe von Aspekten der persönlichen Freiheit wurde in der neuen Bundesverfassung "kodifiziert", so etwa in Art. 31 (Freiheitsentzug), in Art. 13 Abs. 1 (Achtung des Privat- und Familienlebens), in Art. 11 über den Schutz der Kinder und Jugendlichen oder sogar in Art. 7 über den Schutz der Menschenwürde. Es stellte sich nun die Frage, welche Rückwirkungen diese Teilkodifizierungen auf die "allgemeine" persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV haben. Das Bundesgericht führte dazu aus:

"Trotz des Umstandes, dass die erwähnten Aspekte der bisherigen Formulierung Eingang in spezifischen Grundrechtsbestimmungen der neuen Bundesverfassung gefunden haben, kann die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV nach wie vor als das grundlegende Freiheitsrecht bezeichnet werden. Darauf deuten zum einen die Materialien hin: Nach der Botschaft des Bundesrates sollten die traditionellen Elemente der persönlichen Freiheit in die neue Bundesverfassung überführt werden und umfasst diese nicht ein einheitliches Objekt, sondern verschiedene Rechtsgüter (BB1 1997 I 147). Zum andern kommt mit der Formulierung, dass "insbesondere" ein Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit eingeräumt wird, zum Ausdruck, dass über diese ausdrücklich genannten Verbürgungen hinaus weitere Bereiche bestehen und garantiert werden. Die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV stellt daher eine Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit dar. Sie umfasst weiterhin auch all jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben. Was im Einzelnen dazugezählt werden kann, ist im Einzelfall unter Auslegung und Fortbildung des Verfassungstextes zu entscheiden (vgl. Kley, a.a.O., S. 322)."<sup>597</sup>

<sup>595</sup> Vgl. die überzeugende Begründung bei ESTHER TOPHINKE, *Das Grundrecht der Unschuldsvermutung*, Diss. Bern 2000, S. 343 ff.

<sup>596</sup> Vgl. BGE 124 I 85 E. 2a S. 86; 122 I 153 E. 6b/bb S. 162.

<sup>597</sup> BGE 127 I 6 E. 5a, S. 12.

In der Lehre ist zwar verschiedentlich vorhergesagt worden, dass die persönliche Freiheit im Sinne des ungeschriebenen Grundrechts "nicht mehr im bisherigen umfassenden Sinn"<sup>598</sup> erscheine. Tatsächlich hat die Kodifikation verschiedener Aspekte der bisherigen persönlichen Freiheit nun dazu geführt, dass die "neue" persönliche Freiheit noch "subsidiärer" geworden ist. Das Bundesgericht hat aber richtigerweise deutlich gemacht, dass es bei Art. 10 Abs. 2 BV an der Definition der "elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung" festhält. Auf diese Weise verbleibt bei Art. 10 Abs. 2 BV ein Reservoir an nicht vorhersehbaren, künftigen Schutzbedürfnissen. Im Hinblick auf die Abgrenzungsprobleme zu Art. 13 Abs. 1 BV stellen sich keine neuen Schwierigkeiten, besteht das Problem in Bezug auf Art. 8 EMRK doch schon seit langem.

#### 4. Fernmeldegeheimnis (Art. 13 Abs. 1 BV)

Gemäss Art. 13 Abs. 1 BV hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. Das Bundesgericht bejahte mit Entscheid vom 5. April 2000 die Geltung des verfassungsmässigen Fernmeldegeheimnisses auch für den E-Mail-Verkehr über Internet.

BGE 126 I 50: Ein manipuliertes E-Mail zum Zwecke eines Erpressungsversuches gab der Bezirksanwaltschaft Dübendorf Anlass zur Durchführung einer Strafuntersuchung. Dabei wurde die Swiss Online AG als betroffener Provider aufgefordert, tatsächlicher Absender und Versandzeit des umstrittenen E-Mails bekanntzugeben. Im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde rügt die Swiss Online AG eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses.

Der Geheimbereich soll laut Bundesgericht unabhängig davon gewahrt werden, ob die Kommunikation durch eine staatliche Organisation wie die früheren PTT-Betriebe oder wie heute durch private Anbieter von Fernmeldedienstleistungen vermittelt wird. Weiter wird festgehalten, das Fernmeldegeheimnis werde durch Art. 13 Abs. 1 BV in allgemeinerer Weise garantiert als in Art. 36 Abs. 4 aBV. Der Umstand, dass "dem Vernehmen nach" das Kommunikationssystem des Internet-Verkehrs keine gleichartige Vertraulichkeit gewährleisten könne wie etwa Telefondienste, ändere nichts daran, dass im Rahmen des technisch Möglichen die Geheimsphäre der E-Mail-Benützer verfassungsmässig zu wahren sei. Über die normale Verwendung des Internet hinaus sollen Strafverfolgungsbehörden nur dann einen besonderen Zugriff zum E-Mail-Verkehr haben, wenn der Eingriff im Sinne des Art 36 BV zulässig ist. Insbesondere müssten die Voraussetzungen von Art. 179<sup>octies</sup> StGB und der einschlägigen Bestimmungen der anwendbaren Strafprozessordnung (Erfordernis der gesetzlichen Grundlage) erfüllt sein. Ohne richterliche Genehmigung stelle auch die blosser Feststellung von "Randdaten" (Empfänger- und Absenderadresse, Zeitpunkt der Aktion) einen unzulässigen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis dar. (E. 6 S. 64 ff).

<sup>598</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999, S. 10.

Diese Rechtsprechung schliesst richtigerweise an die Grundsätze an, die für den traditionellen Fernmeldeverkehr entwickelt wurden. Es ist sehr bedeutsam, dass die leichtere Verletzbarkeit des Fernmeldegeheimnisses durch Private nach diesem Entscheid keine zusätzlichen Eingriffe von Seiten des Staates zu rechtfertigen vermag.

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

##### a) Kirchensteuerpflicht juristischer Personen

Die in Art. 15 BV ausgedrückte Neuformulierung und Bündelung der Art. 49 und 50 aBV will der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Religionsfreiheit Rechnung tragen und die individualrechtlichen Aspekte der Religionsfreiheit deutlicher zum Ausdruck bringen. Nach bisheriger Rechtslage erstreckte sich die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht auf juristische Personen<sup>599</sup>, ausser diese verfolgten nach ihren Statuten ein religiöses oder kirchliches Ziel<sup>600</sup>. Aus den Materialien ergeben sich keine Hinweise, dass von dieser Rechtslage abzuweichen wäre, obwohl die Lehre diese Rechtsprechung mit guten Gründen kritisiert<sup>601</sup>. Das Bundesgericht bleibt seiner bisherigen Rechtsprechung treu.

BGE 126 I 122: Die staatsrechtliche Beschwerde der M. AG gegen die Auferlegung von Kirchensteuern im Kanton Thurgau wird mit Entscheid vom 13. Juni 2000 abgewiesen. Das Bundesgericht setzt sich mit seiner früheren Rechtsprechung auseinander und listet die Argumente eines Leitentscheides von 1976<sup>602</sup> auf. Demnach entspreche es der Meinung des historischen Gesetzgebers, natürliche Personen gegen die Besteuerung durch eine Religionsgemeinschaft zu schützen, der sie nicht oder nicht mehr angehören. Art. 49 Abs. 6 aBV sei weiterhin als Schutznorm gegenüber natürlichen Personen auszulegen.

Den Einwand, hinter der juristischen Person stünden natürliche Personen, liess das Bundesgericht im Entscheid vom Juni 2000 nicht gelten. Wer einen Teil seines Vermögens rechtlich von seiner Person trenne, müsse neben den Vorteilen dieser Gestaltung auch Nachteile in Kauf nehmen. Die juristische Person werde beispielsweise als selbständiges Subjekt behandelt, ohne dass auf die dahinter stehenden Personen Rücksicht genommen werde. Es sei nicht einzusehen, weshalb einzig für die Kirchensteuer dieser Durchgriff vorzunehmen wäre. Im Übrigen lasse sich diese Praxis mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbaren. (E. 4a-c S. 126 ff).

<sup>599</sup> BGE 107 Ia 126 E. 1a S. 128.

<sup>600</sup> BGE 118 Ia 46 E. 3b S. 52; 116 Ia 252 E. 5a S. 257. Diese juristischen Personen können nach anerkannter Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht verpflichtet werden, an andere Religionsgemeinschaften Kultus- oder Kirchensteuern zu entrichten.

<sup>601</sup> ULRICH HÄFELIN, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff (Loseblatt), N 118 zu Art. 49 aBV; PETER KARLEN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 1988, S. 361 ff.

<sup>602</sup> BGE 102 Ia 468 ff.

Schliesslich wurde untersucht, ob das Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung eine Änderung dieser Rechtsprechung nötig macht: Zwar habe sich das Verhältnis Staat – Kirche deutlich entspannt; allerdings sei die Kirchensteuerverpflichtung in den Kantonen immer noch weit verbreitet. Eine Art. 49 Abs. 6 aBV ("Niemand ist gehalten, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden. [...]") entsprechende Regelung sei in Art. 15 BV nicht explizit enthalten. Die Schutznorm für steuerpflichtige natürliche Personen lasse sich gemäss bundesrätlicher Botschaft dem Art. 15 Abs. 1 BV ("Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet") zuordnen. Weder aus den Vorarbeiten der Verfassungskommissionen noch aus der parlamentarischen Beratung gehe ein verfassungsgeberischer Wille hervor, wonach die geltende Besteuerungspraxis zu ändern sei. Auch die Verwendung des Personenbegriffs in Art. 15 Abs. 2 und 3 BV ("jede Person") sei nicht im Sinne eines gewollten Abweichens von der bisherigen Rechtsprechung zu verstehen. Den Kantonen bleibe es unbenommen, ihre bestehenden Regelungen zu revidieren. Hingegen sei es nicht Sache des Verfassungsrichters, diesen mit weitreichenden (finanziellen) Folgen verbundene Entscheidung zu treffen. (E. 4d S. 130 ff).

Das Bundesgericht hat aus politischen und institutionellen Gründen die tradierte Ordnung aufrechterhalten. Der erwähnte Entscheid bietet dennoch unter folgenden Aspekten Anlass zu Kritik: Die vom Bundesgericht bemühte Durchgriffslehre ist abzulehnen. Der Durchgriff mag in anderen Rechtsgebieten zweckmässig sein, für die Frage des Anwendungsbereichs der Grundrechte ist er untauglich, da er beliebig vorgenommen oder verweigert werden kann. Der allgemeine und grundlegende Charakter der Grundrechte verlangt nach einer möglichst breiten Trägerschaft, die nicht mit beliebigem Argumentieren beschränkt werden soll. Die Absätze 2 und 3 sprechen von "Personen" als Grundrechtsträgern. Bei dieser Wortwahl könnte die Auffassung vertreten werden, der Personenbegriff der neuen Bundesverfassung erfasse sowohl natürliche als auch juristische Personen. Danach würde sich die positive Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 Abs. 2 und 3 BV klar auf die natürlichen und juristischen Personen beziehen. Art. 15 Abs. 4 BV verwendet bei der negativen Glaubens- und Gewissensfreiheit den Ausdruck "Niemand", der für natürliche und juristische Personen verwendet werden kann. Wenn sich die Abs. 2 und 3 schon auf die juristischen Personen beziehen, so müsste sich auch die offene Formulierung von Abs. 4 ("Niemand") gleichermaßen auf die juristischen Personen erstrecken<sup>603</sup>.

Auch auf Kantonsebene bleibt die Frage der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen ein Thema. Gemäss zürcherischem Vernehmlassungsentwurf zur Neuregelung des Verhältnisses zwischen Kirchen und Staat sollen Geldflüsse an eine negative Zweckbindung gekoppelt werden. Die Erträge aus Kirchensteuern juristischer Personen dürfen nicht für kultische Zwecke verwendet werden, sondern sollen für die Erfüllung gesamtgesellschaftlich relevanter Aufgaben eingesetzt

<sup>603</sup> Das Bundesgericht schiebt diese Argumente zur Seite, weil der Verfassungsgeber an der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen nichts ändern wollen, vgl. BGE 126 I 122 E. 5d/bb S. 131 f.

werden<sup>604</sup>. Gemäss Vorschlag der Kommission Religionsgemeinschaften und Bildung wurde diskutiert, ob im Rahmen der baselstädtischen Verfassungsrevision die Kirchensteuer abgeschafft und durch eine von sämtlichen natürlichen und juristischen Personen zu entrichtende sog. "Mandatssteuer" nach italienischem Vorbild ersetzt werden soll<sup>605</sup>.

#### b) Krankenkassenobligatorium

Ein kurz vor Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung gefällter Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts äussert sich zum Geltungsbereich der Religionsfreiheit<sup>606</sup>.

Urteil K 151/97 vom 18. Oktober 1999 i.S. G. gegen Kontrollstelle für Krankenversicherung der Gemeinde X.<sup>607</sup>: Der Beschwerdeführer ersuchte die Kontrollstelle um Befreiung von der "Zwangsversicherung bei einer Krankenkasse"; eine solche Versicherung behindere und verletze seine Glaubens- und Gewissensfreiheit. Es sei sein Bestreben, ein Leben in Gesundheit und Einklang mit dem Willen des Schöpfers zu leben. Eine Versicherung bei Mitmenschen würde sein Misstrauen und die Abwendung vom grossen himmlischen Arzt zum Ausdruck bringen, was für ihn ein unerträglicher Zustand wäre.

Das Bundesgericht schützte die zwangsweise Zuweisung in eine Krankenkasse und führte aus, die obligatorische Krankenpflegeversicherung und die damit verbundene Pflicht zur Prämienzahlung stehe in keinerlei unmittelbarem Zusammenhang mit dem durch Art. 49 aBV geschützten Bereich. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit verschaffe nämlich kein grundsätzliches Privileg, das es gestatten würde, sich über Gebote und Verbote hinwegzusetzen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Glaubensbetätigung stünden. Auf das Urteil i.S. X. gegen Kantonale Arbeitslosenversicherung, Basel, vom 27. September 1996<sup>608</sup> könne sich der Beschwerdeführer nicht berufen. Die damals vom Arbeitsamt zugewie-

<sup>604</sup> Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich, Weisung (erläuternder Kommentar) zum Vernehmlassungsentwurf der Verfassungsänderungen vom 13. Dezember 2000 und des Kirchengesetzes vom 13. Dezember 2000, S. 15.

<sup>605</sup> NZZ vom 16. Januar 2001, Nr. 12, S. 12. Das Projekt der Mandatssteuer dürfte indes aus politischen Gründen chancenlos sein, vgl. NZZ vom 26. Januar 2002, Nr. 21, S. 16.

<sup>606</sup> In BGE 126 I 133 E. 3 S. 137 sah das Bundesgericht in der Verteilung von Testbogen und Handzetteln der "Scientology Kirche Zürich" keine religiöse Handlung. Zwar sei der Inhalt der verteilten Schriften an sich nicht kommerzieller Natur, doch werde damit das Ziel verfolgt, den interessierten Passanten anschliessend weitere Güter und Dienstleistungen entgeltlich anzubieten. Diese Handlungen seien insgesamt als wirtschaftlich motiviert zu betrachten und nach den hierfür geltenden Regeln zu behandeln.

<sup>607</sup> SVR 2000, Nr. 24, S. 81.

<sup>608</sup> SVR 1997, Nr. 90, S. 275 f. Ähnlich gelagert war jener Fall, wo das Bundesgericht die Ablehnung einer angebotenen Stelle schützte, weil die beschwerdeführende Muslimin dort gemäss den Sicherheitsvorschriften ohne Kopftuch an der industriellen Nähmaschine hätte arbeiten müssen, was sie mit ihren Glaubensüberzeugungen nicht vereinbaren konnte, vgl. ARV 1998, Nr. 47, S. 276 ff.

sene Arbeit am Abräumband eines Personalrestaurants mit Kontakt von Fleisch und Fisch habe einen Verstoß gegen eine hinduistische Glaubensregel mit sich gebracht. Das arbeitslosenversicherungsrechtlich motivierte Gebot, diese zugewiesene Arbeit anzunehmen, habe in direktem Zusammenhang mit der Glaubensbetätigung gestanden.

Der erwähnte Entscheid spricht den Vorrang der bürgerlichen Pflichten bzw. des staatlichen Rechts gegenüber privaten Gewissensentscheiden oder kirchlichen Vorschriften an. Dieser ursprünglich in Art. 49 Abs. 5 aBV enthaltene Grundsatz wird in der neuen Bundesverfassung nicht mehr explizit angesprochen. Dies bedeutet freilich nicht, dass heute – wie bisher – ein genereller Vorrang des staatlichen Rechts gegenüber der Religionsfreiheit herrschen würde oder gar, dass infolge der Streichung nunmehr das Umgekehrte gelten würde. Vielmehr handelt es sich beim staatlichen Recht um Schranken der Glaubens- und Gewissensfreiheit, die sich an Hand von Art. 36 BV messen lassen müssen. Ein strikter Vorrang des einen vor dem andern Prinzip wäre mit dem Abwägungsgebot des Art. 36 Abs. 2 und 3 BV unvereinbar.

## 6. Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV)

Gemäss Art. 16 Abs. 3 BV steht jeder Person das Recht zu, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten. Inwiefern sich dieses Grundrecht auf die Voraussetzungen zur Einsicht in das Grundbuch auswirkt, erwähnte das Bundesgericht mit Entscheid vom 6. Oktober 2000.

BGE 126 III 512: Der Journalist A. ersuchte im Zuge von Recherchen über das Immobilienunternehmen X. AG die zuständige Bezirksschreiberei um Bekanntgabe der Liegenschaften, die diese Gesellschaft, ihr Verwaltungsrat Y. oder ihr Prokurist Z. im letzten Jahr im betroffenen Amtsgebiet erworben hätten. Die Bezirksschreiberei wies das Gesuch ab mit der Begründung, sie sei aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht befugt, pauschale Suchanfragen zu beantworten; nur wenn eine konkrete Parzelle oder die Adresse eines Objektes angegeben werde, könne sie die Eigentümerschaft nennen.

Das Bundesgericht führte aus, nach der am 1. Januar 1994 in Kraft gesetzten Teilrevision des Immobiliarsachenrechts bleibe zwar die Öffentlichkeit des Grundbuchs in verschiedener Hinsicht eingeschränkt. Insbesondere lasse Art. 970 Abs. 2 ZGB den Anspruch auf Einsicht oder auf einen Auszug nach wie vor vom Glaubhaftmachen eines (schutzwürdigen und vorgehenden) Interesses abhängen. Doch habe der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass es im öffentlichen Interesse (Bekämpfung der Bodenspekulation) liege, wenn ein Grossteil der Angaben über die Eigentumsverhältnisse an Grundstücken transparent ist. Diesem Umstand sei insbesondere bei der Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Schliesslich anerkannte das Bundesgericht, dass die Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV zu beachten sei, soweit es um "allgemein zugängliche" Informationen gehe.

Das von A. vorgebrachte Auskunftsinteresse sei im Sinne von Art. 970 Abs. 2 ZGB als glaubhaft zu betrachten, zumal es auch in hinreichend engem Zusammenhang mit dem durch die

Teilrevision des Gesetzes angestrebten Zweck der Verbesserung der Transparenz auf dem Grundstückmarkt und Erschwerung der Bodenspekulation stehe. Im Rahmen seiner üblichen Berufstätigkeit habe A. Indizien genannt, die darauf hindeuteten, dass die X. AG Spekulationsgeschäfte tätige. Das Aufzeigen derartigen spekulativen Verhaltens entspreche einem öffentlichen Bedürfnis.

Im genannten Entscheid vom 6. Oktober 2000 beurteilte das Bundesgericht die eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hauptsächlich mit Blick auf die Art. 970 und 970a ZGB. Immerhin stellte es mit der Formulierung, dass die Informationsfreiheit des Art. 16 Abs. 3 BV dann zu beachten sei, sobald es um "allgemein zugängliche" Informationen gehe, in Aussicht, einen direkten grundrechtlichen Einsichtsanspruch anzuerkennen. Mit der Frage, welche grundbuchlichen Informationen als "allgemein zugänglich" im Sinne von Art. 16 Abs. 3 BV zu qualifizieren sind, hat sich das Bundesgericht (noch) nicht beschäftigt.

## 7. Medienfreiheit (Art. 17 BV)

### a) "Formvorbehalt" des Bundesgerichts bei der Meinungs- und Medienfreiheit (Art. 16 und 17 Abs. 1 BV)

Die Meinungs- und Medienfreiheit schützt die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens, seien es Gefühle, Überlegungen, Meinungen, Beobachtungen von Tatsachen, Informationen und nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auch kommerzielle Werbung<sup>609</sup>. Auch Kritik ist eine Form der Meinungsäusserung, die von Art. 16 bzw. 17 BV geschützt ist. Zur Kritik oder zu einer anderen Meinungsäusserung gehört auch die Art und Weise ihrer Gestaltung. Eine Kritik und die Art und Weise einer Kritik lassen sich im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Beschränkung der Meinungsfreiheit *nicht* unterscheiden. Es könnte nämlich nachgerade "grosszügig" erscheinen, eine kritische Meinungsäusserung nicht wegen ihres kritischen Inhalts, sondern wegen ihrer unpassenden Form zu unterdrücken. Lässt man diese Art von Argument zu, so ist dem Missbrauch dieses sog. "Formvorbehalts" Tür und Tor geöffnet. Deshalb ist es wichtig, dass nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Art. 10 Abs. 1 EMRK "nicht nur den Inhalt der zum Ausdruck gebrachten Ideen und Nachrichten schützt, sondern auch die *Form*, in der sie mitgeteilt werden"<sup>610</sup>.

<sup>609</sup> Urteil Casado Coca gegen Spanien vom 24.2.1994, Série A vol. 285-A, § 35-37 = ÖJZ 1994, S. 636 ff. Die Bundesverfassung schützt die Werbung im Rahmen von Art. 27 BV.

<sup>610</sup> Vgl. Urteil Schöpfer gegen die Schweiz vom 20.5.1998, Rec. 1998-III, S. 1042 ff = ÖJZ 1999, S. 237 ff. § 33; Urteil De Haes und Gijssels gegen Belgien vom 24.2.1997, § 48, Rec. 1997-I, S. 198 ff insb. S. 236 = ÖJZ 1997, S. 914; Urteil Oberschlick gegen Österreich vom 1.7.1997, Rec. 1997-IV, S. 1266 ff = ÖJZ 1997, S. 956, § 34 m.w.H.

Eine gegenteilige Auffassung vertritt das Bundesgericht. In einem UWG-Verfahren unterschied es die Kritik an einem Produkt von der Art und Weise ("Formvorbehalt") dieser Kritik und es hielt letzteres für unzulässig<sup>611</sup>:

"Die Beklagte erkennt, dass dem Publikum [...] nicht bekannt gegeben wurde, aus welchem Grunde die Ausstrahlung der Sendung richterlich verboten wurde und dass gerade im vorliegenden Fall der Grund des Verbotes auch nicht die Kritik am Produkt der Klägerin an sich betraf, sondern die Art und Weise, wie diese Kritik ausschliesslich gegen das Schmerzmittel der Klägerin gerichtet wurde. Dass aber auch inhaltlich durchaus gerechtfertigte Kritik rechtswidrig sein kann und unter Umständen verboten wird, weil sie etwa in unnötig verletzender Art vorgebracht wird oder irreführend ist, darf als allgemein bekannt angesehen werden."

Mit dieser künstlichen Aufspaltung eines an sich untrennbaren Ganzen, nämlich der Kritik an sich, erreicht das Bundesgericht, dass die Medienfreiheit formal gewahrt erscheint, tatsächlich aber stets unter "Formvorbehalt" steht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine gegen diese Rechtsprechung gerichtete Beschwerde unzulässig erklärt<sup>612</sup>. Allerdings hat er sich in der Sache nicht mit dem Formvorbehalt beschäftigt und man darf nicht annehmen, diese Rechtsprechung sei damit "strassburgfest".

Das Bundesgericht argumentiert auch in andern Rechtsgebieten mit seinem Formvorbehalt. Es hatte am 22. November 2000 eine Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) bestätigt. Die UBI hatte der Veranstalterin vorgeworfen, die in ihrer Sendung angebrachte Kritik an der Schweiz zur Zeit des Zweiten Weltkriegs würde sich nicht auf den Inhalt ("contenue"), sondern allein "sur la façon dont ladite émission a présenté aux téléspectateurs l'attitude de la Suisse durant la deuxième guerre mondiale"<sup>613</sup> beziehen. Diese Form der Kritik sei nicht im Sinne von Art. 4 RTVG sachgerecht. Dieser Formvorbehalt zur Meinungs- und Medienfreiheit ist ein Einfallstor für unverhältnismässige und auch inhaltliche Beschränkungen. Es ist zu hoffen, dass sich dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte demnächst die Gelegenheit bietet, das Bundesgericht in dieser wichtigen Frage zu korrigieren.

#### b) *Redaktionsgeheimnis (Art. 17 Abs. 3 BV)*

Die Garantie des Redaktionsgeheimnisses gemäss Art. 17 Abs. 3 BV schützt einen wesentlichen Bereich der Pressefreiheit, die journalistischen Quellen, namentlich natürliche Personen als Informanten. Justizorganen soll es grundsätzlich verwehrt sein, auf die internen Bereiche der Medien und Redaktionen zuzugrei-

<sup>611</sup> In der nicht veröffentlichten E. 3a von BGE 124 III 72.

<sup>612</sup> Zulassungsentscheidung zur Application N° 43524/98, SRG gegen die Schweiz, vom 12.4.2001 (nicht veröffentlicht).

<sup>613</sup> Urteil vom 21.11.2000, 2A.12+13/2000, E. 7c und 8c.

fen<sup>614</sup>. Ohne diesen Schutz würden zahlreiche Informanten von der Weitergabe ihrer Kenntnisse an Journalisten absehen. Den Massenmedien stünde in der Folge weniger Material zur Verfügung, was wiederum eine Schwächung ihrer politischen Stellung im demokratischen Prozess bewirken würde. In prozessualer Hinsicht erhalten die Medienschaffenden gestützt auf Art. 17 Abs. 3 BV ein Zeugnisverweigerungsrecht.

Das Interesse des Staates an der Aufklärung strafbarer Handlungen soll durch Art. 27<sup>bis</sup> StGB gewährleistet bleiben. Diese Norm statuiert auf Gesetzesebene ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht, sieht jedoch – anders als Art. 17 Abs. 3 BV – Ausnahmen vom journalistischen Quellenschutz vor (vgl. Art. 27<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB). Diese gesetzlichen Ausnahmen müssen sich am Schrankenartikel (Art. 36 BV) rechtfertigen lassen. Die Praxis zu Art. 27<sup>bis</sup> StGB muss sich am Grundrecht messen. Je nach konkreten Umständen und Interessenlage rechtfertigt sich selbst eine Auslegung gegen den Wortlaut von Art. 27<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB<sup>615</sup>.

BGE 126 IV 236: In einem in der "Sonntagszeitung" vom 26. Januar 1997 publizierten Artikel erwähnte der Journalist S. einige Passagen aus einem "vertraulichen" Strategiepapier des damaligen Schweizer Botschafters in den USA. Das von S. nach einer Verurteilung wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) angerufene Bundesgericht kam zum Schluss, der sich aus der Pressefreiheit bzw. aus Art. 27<sup>bis</sup> StGB ergebende Quellenschutz stehe einer Bestrafung nicht entgegen (E. 6 S. 250 ff): Es sei denkbar, dass ein Medienschaffender von geheim erklärten Akten Kenntnis erhalte, ohne dass eine Indiskretion oder eine strafbare Amtsgeheimnisverletzung seitens eines Behördenvertreters vorliege. Zudem würden nicht selten geheim erklärte Akten einem Journalisten anonym zugespielt, so dass selbst der Empfänger die Quelle der Indiskretion nicht kennt. In beiden Fällen komme der Quellenschutz nicht zum Tragen, da es keine (bekannte) Quelle zu schützen gelte. Zwischen dem Quellenschutz und der Veröffentlichung von amtlichen geheimen Verhandlungen bestehe kein Zusammenhang. Auch in Fällen, in denen der Medienschaffende durch Indiskretion oder gar durch strafbare Amtsgeheimnisverletzung eines ihm bekannten Behördenvertreters geheime Tatsachen erfahren habe, stehe der Quellenschutz einer Bestrafung nicht entgegen. Im Übrigen sei denkbar, dass die Information journalistisch genutzt bzw. verwertet werden könne, ohne den Tatbestand von Art. 293 StGB zu erfüllen.

Ohne auf die strafrechtspolitische Notwendigkeit des Tatbestandes von Art. 293 StGB näher einzugehen, ist das am 5. Dezember 2000 vom Kassationshof gefällte Urteil in Bezug auf die dargestellte Erwägung 6 (Quellenschutz) inhaltlich nicht zu beanstanden. Freilich hätte eine unter dem Titel von Art. 36 BV durchgeführte verfassungsrechtliche Auseinandersetzung, mithin Erwägungen betref-

<sup>614</sup> Botschaft, S. 159.

<sup>615</sup> JÖRG PAUL MÜLLER (Anm. 598), S. 260; DENIS BARRELET, *Les libertés de la communication*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 721 ff (735); ANDREAS KLEY, *Die Medien im neuen Verfassungsrecht*, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung*, Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Bern 2000, S. 201.

fend den Geltungsbereich von Art. 17 Abs. 3 BV, eine umfassendere Behandlung der vorgebrachten Rüge bewirkt.

### III. Schlussbetrachtung

Es ist eine folgerichtige Konsequenz der "Nachführung" der Bundesverfassung, dass die schriftliche Fixierung bisher ungeschriebener Grundrechte und die neue Formulierung bereits geschriebener Grundrechte Unsicherheiten und Änderungsmöglichkeiten mit sich bringt. Die Basis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bleibt die differenzierte Grundrechtspraxis, die während der letzten Jahrzehnte geschaffen wurde. Dieser Ansatzpunkt verschafft dem Bundesgericht bei der Beschreitung des neuen Grundrechtskatalogs einen relativ sicheren Tritt. Mit diesem Vorgehen wird dem Kern des verfassungsgeberischen Willens Rechnung getragen.

Allerdings blieb der Wille des Verfassungsgebers nicht auf die schriftliche Fixierung der geltenden Grundrechtsprechung beschränkt. Aus Verfassungstext und Materialien ergeben sich weitere klar formulierte Absichten, die auf eine Weiterentwicklung der Grundrechte abzielen. Dies verkennt das Bundesgericht, wie aus einigen der dargestellten Entscheide ersichtlich wird. Verschiedentlich stellt es kurzerhand auf seine bisherige Rechtsprechung ab. Teilweise bewegt es sich damit noch innerhalb des bestehenden Interpretationsspielraums, wie etwa im Falle der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen. Mit den dargestellten Entscheiden zum Willkürverbot (oben, II.2.b) bzw. zur Unschuldsvermutung (oben, II.2.c) hingegen hat das Bundesgericht diesen Freiraum u.E. verlassen. Im Ergebnis missachten diese Entscheide den vom Verfassungsgeber geäußerten Willen. Das kontrastiert merkwürdig mit dem "vorausseilenden" Gehorsam, den das Bundesgericht an den Tag gelegt hatte, als es noch vor dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung die bereits vorgeschlagenen Grundrechte des Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen)<sup>616</sup> und Art. 28 Abs. 3 BV (Streikrecht und Ausspernung)<sup>617</sup> als ungeschriebene Rechte neu anerkannte und die Kodifikation durch den Verfassungsgeber gewissermassen antizipierte. Das war bei diesen Rechten deshalb leicht möglich, weil die Zuständigkeitsweiterung und die damit verbundene Mehrbelastung des Bundesgerichts sich in Grenzen hielt, ganz im Unterschied zu den neuen selbständigen Ansprüchen aus Art. 4 aBV, dem Willkürverbot (Art. 9 BV) und der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV). Diese

<sup>616</sup> BGE 121 I 367 (vom 27.10.1995, es lag also erst der Vorentwurf 1995 mit dessen Art. 9 Abs. 3 vor wie auch eine parlamentarische Initiative auf Einfügung eines derartigen Rechts) und dazu die Kommentierung von ANDREAS KLEY, AJP 1996, S. 756 ff; BGE 122 II 197 und dazu die Kommentierung von ANDREAS KLEY, AJP 1996, S. 1556 ff.

<sup>617</sup> BGE 125 III 277 (vom 28.6.1999, nach Annahme der neuen Bundesverfassung in der Volksabstimmung vom 18.4.1999).

lassen sich unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung und die Nachführung vorläufig noch und in fragwürdiger Weise im Zaum halten; diese Tage sind jedoch gezählt. Das neue Bundesgerichtsgesetz wird dem wohl Abhilfe schaffen<sup>618</sup>.

<sup>618</sup> CLAUDE ROULLER (Anm. 591), S. 677 ff (683).