

Andreas Kley

Prof. Dr. iur., Ordinarius für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte
sowie Staats- und Rechtsphilosophie der Universität Zürich

Reto Feller

lic. iur., Fürsprecher, Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut
der Universität Zürich

Übersicht über die neueste Grundrechtssprechung

Sonderdruck aus / Tiré à part

Aktuelle Anwaltspraxis 2005
La pratique de l'avocat

Herausgegeben von / Edité par

Walter Fellmann/Tomas Poledna

Nicht im Handel / Hors commerce



Stämpfli Editions SA Berne • 2005
Stämpfli Verlag AG Bern • 2005

Übersicht über die neueste Grundrechtssprechung

Andreas Kley / Reto Feller*

Inhaltsverzeichnis

Übersicht über die neueste Grundrechtssprechung.....	501
I. Legalitätsprinzip im Abgaberecht.....	501
II. Menschenwürde.....	503
1. Zwangsmedikation.....	503
2. Verbot des Schuldverhafts.....	503
III. Willkürverbot.....	505
IV. Recht auf Hilfe in Notlagen.....	506
V. Glaubens- und Gewissensfreiheit.....	508
VI. Verfahrensgarantien.....	509
1. Begründungspflicht.....	509
2. Anspruch auf gerichtliche Überprüfung.....	510
VII. Derogatorische Kraft des Bundesrechts.....	512
VIII. Literaturverzeichnis.....	513

I. Legalitätsprinzip im Abgaberecht

Der Universitätsrat von Basel beschloss eine Erhöhung der Semestergebühr für immatrikulierte Studierende von Fr. 600.– auf Fr. 700.– mittels Änderung der Gebührenordnung. Im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren (BGE 130 I 113) rügte die Beschwerdeführerin eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Delegationsgrundsätze sowie von Art. 13 Abs. 2 lit. c UNO-Pakt I.¹ Gemäss dieser Norm anerkennt die Schweiz, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung des Rechts auf Bildung der Hochschulunterricht durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit jedermann entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss. Wie bei früherer Gelegenheit² hat das Bundesgericht die direkte Anwendbarkeit dieser Norm und einen in-

* ANDREAS KLEY, Prof. Dr. iur., Ordinarius für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie der Universität Zürich; RETO FELLER, lic. iur., Fürsprecher, Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Der Beitrag wirft ein Licht auf eine Auswahl von Bundesgerichtsentscheiden, die seit Anfang Jahr 2004 und Mai 2005 ergangen sind.

¹ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

² BGE 120 I 12 f.; 126 I 244 f.

dividualrechtlichen Anspruch auf eine bestimmte Begrenzung oder Reduktion von Studiengebühren verneint (Erwägung 3.3).³

Zwar ermächtigt das Basler Universitätsgesetz den Universitätsrat zur Festsetzung von Gebühren, es enthält jedoch keine Bemessungsgrundlage für die Studiengebühren und nennt keine Obergrenzen.⁴ Derartig unbestimmte formellgesetzliche Grundlagen hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung unter zwei Bedingungen akzeptiert: Das Exekutivorgan muss sich an die langjährige Übung halten, Studiengebühren nur geringfügig zu erhöhen,⁵ nach der Erhöhung sollen sich Gebühren in einer Grössenordnung bewegen, wie sie an anderen schweizerischen Hochschulen üblich sind.⁶ An diesen Anforderungen gemessen, hält die Gebührenerhöhung nach Auffassung des Bundesgerichts einer Prüfung unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips⁷ stand, auch wenn die Erhöhung über die Anpassung der Teuerung hinausgeht, mithin grösstenteils finanzpolitisch motiviert war.⁸

Doch unmittelbar an diese Feststellung in Erwägung 2.4 mahnt das Bundesgericht in Erwägung 2.6 an, der Spielraum des Exekutivorgans erscheine «in Fällen wie hier nahezu ausgeschöpft.» Die nunmehr erhöhten Studiengebühren lägen nur wegen einer vergleichbaren Entwicklung an den übrigen Hochschulen noch im landesweiten Durchschnitt. Den Universitätskantonen stehe indes nicht zu, im Gleichschritt auf dem Verordnungsweg ihre Studiengebühren beliebig zu erhöhen.⁹ Überdies seien die Studiengebühren in den vergangenen Jahren mehrfach und teilweise markant angehoben worden. Diese Entwicklung zeige, dass das Kriterium der Bindung an die langjährige Übung stark an Gewicht verloren habe. Eine noch weitergehende Kostenbeteiligung der Studierenden bedürfe einer gesetzlichen Grundlage, die den abgaberechtlichen Grundsätzen genügt. Mit dem Verzicht auf eine Kassation trotz gewichtiger Bedenken, demonstriert das Bundesgericht seine Rücksichtnahme auf den finanzpolitischen Ermessensspielraum des Universitätsrats in Zeiten strapazierter Staatskassen. Doch in deutlicher Sprache werden mit diesem Entscheid Regierung und Gesetzgeber der Universitätskantone aufgefordert, vor einer erneuten Erhöhung

³ A.M. BAUMANN, 1405 ff.

⁴ Vgl. zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit der öffentlichen Abgaben HÄFELIN/MÜLLER, N 2693 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 57 N 1 ff.

⁵ BGE 104 Ia 118 f.; vgl. BGE 125 I 181.

⁶ BGE 121 I 277 f.

⁷ Verankert in Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV und mit Geltung für die Kantone von Bundesrechts wegen.

⁸ Gemäss Erwägung 2.5 deckt die Anpassung an die Teuerung seit der letzten Gebührenerhöhung im Jahr 1997 je nach Berechnungsweise einen Anteil von ca. Fr. 21.– bis Fr. 30.– des Mehrbetrags von Fr. 100.–. Für den Differenzbetrag verweist der Universitätsrat auf Mehraufwendungen in Millionenhöhe namentlich für den Ausbau der Infrastruktur und die Anstellung zusätzlicher Lehrbeauftragter.

⁹ So schon BGE 121 I 277.

der Studiengebühren eine hinreichende Konkretisierung ihrer formellen Rechtsgrundlagen (Universitätsgesetze) vorzunehmen.

II. Menschenwürde

1. Zwangsmedikation

Erneut äusserte sich das Bundesgericht in BGE 130 I 16 im Zusammenhang mit einer Zwangsmedikation zur Menschenwürde nach Art. 7 BV.¹⁰ Eine medikamentöse Zwangsbehandlung bildet für das Bundesgericht stets einen «schweren» Eingriff in die körperliche und geistige Integrität nach Art. 10 Abs. 2 BV bzw. Art. 8 Abs. 1 EMRK und betrifft zudem die Menschenwürde nach Art. 7 BV «zentral». «Schwer» und «zentral» wurden wohl aus stilistischen Gründen gewählt, das heisst, die beiden Ausdrücke sind im vorliegenden Fall synonym zu verstehen.

Weiter führte das Bundesgericht an, dass einem Gemeinwesen das Schicksal kranker Personen nicht gleichgültig sein könne. Eine minimale staatliche Sorgfaltspflicht lasse sich aus der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV, welche die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sichern soll, aus dem Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV und aus dem Sozialziel nach Art. 41 Abs. 1 lit. b BV («die für ihre Gesundheit notwendige Pflege») herleiten. All diesen Ansatzpunkten liegt das Gebot der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde nach Art. 7 BV zugrunde (Erwägung 5.2). Der subsidiäre Charakter der Menschenwürde ist klar erkennbar; die staatliche Handlungspflicht stütze das Bundesgericht nämlich vorrangig auf die einschlägigen Grundrechte ab. Immerhin ist auf den ersten Blick die kurze Ausführung bemerkenswert, dass sich aus Art. 41 Abs. 1 lit. b BV eine «Verpflichtung des Gemeinwesens zur Leistung der für die Gesundheit notwendigen Pflege» ergibt. Doch zu folgern, das Bundesgericht leite aus den Sozialzielen eigenständige staatliche Handlungs- und Leistungspflichten ab, ist unzulässig. Wie die Menschenwürde sind die Sozialziele nur im Zusammenhang mit einem einschlägigen Grundrecht, z.B. Art. 10 Abs. 2 BV, direkt anwendbar. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV bleibt weiterhin «nur» Argumentations- und Auslegungshilfe für das Bundesgericht¹¹ und hat sich nicht zu einem Sozialrecht gemauert.

2. Verbot des Schuldverhafts

Gemäss Sachverhalt von BGE 130 I 169 wurde dem Beschwerdeführer wegen Zugfahrens ohne gültigen Fahrausweis eine Busse von Fr. 100.– aufer-

¹⁰ Vgl. bereits BGE 127 I 13 ff.

¹¹ Vgl. SGK-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 41 N 42.

legt. Daraufhin leistete er eine Zahlung von Fr. 72.– mit der Anweisung, diesen Betrag als Teilzahlung auf die Busse anzurechnen. Das waadtländische Strafvollzugsgesetz sieht in Art. 15i Abs. 2 vor, dass Teilzahlungen eines Gebüssten zunächst auf die Betreuungskosten, dann auf die Verfahrenskosten und der Restbetrag auf die eigentliche Busse anzurechnen sei. Nachdem der Präfekt von Nyon den einbezahlten Betrag in Anwendung dieser Bestimmung auf die Gerichtskosten angerechnet hatte, wandelte er die Busse in drei Tage Haft um (Art. 49 Ziff. 3 StGB).

Art. 59 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) hielt ausdrücklich fest: «Der Schuldverhaft ist abgeschafft.» Der Verfassungsgeber verzichtete darauf, eine entsprechende Bestimmung in der neuen Verfassung festzuschreiben. Das Verbot bleibt aber ein Prinzip mit verfassungsrechtlichem Rang, das sowohl aus der Garantie der Menschenwürde als auch aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) ableitbar ist.¹² Internationalrechtlich ist das Verbot durch den direkt anwendbaren Art. 11 UNO-Pakt II abgestützt.¹³ Eine gleichlautende Norm ist in Art. 1 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK enthalten, das allerdings von der Schweiz nicht ratifiziert wurde.¹⁴

Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zum Verbot des Schuldverhafts, die bis ins Jahr 1875 zurückreicht. Es erinnert, dass jede Verhaftung wegen unbezahlten Geldschulden (namentlich Verfahrenskosten) eine verbotene Schuldverhaft darstellt. Nur ausnahmsweise, wenn die Zahlungsverpflichtung den Charakter einer Strafe aufweise, sei eine Umwandlung in Haft zulässig.¹⁵ Unzulässig ist demnach die Qualifikation von Verfahrenskosten als Strafe in einem kantonalen Gesetz.¹⁶ Ferner verstösst gegen Art. 59 Abs. 3 aBV, wenn ein auf das Konto der Busse einbezahlter Geldbetrag ohne die Einwilligung des Schuldners zur Tilgung von Prozesskosten (oder Steuergebühren) verwendet wird.¹⁷

Vor dem Hintergrund dieser klaren Leitplanken war der konkrete Fall rasch gelöst: Die Anrechnung einer Teilzahlung nicht auf die Busse, sondern gemäss Art. 15i Abs. 2 des waadtländischen Strafvollzugsgesetzes auf die Verfahrens- und Betreuungskosten, ist mit dem Verbot des Schuldverhafts unvereinbar. Und zwar unabhängig davon, ob der Gebüsste ausdrücklich ange-

¹² BGE 130 I 171 = Pra 2005 Nr. 1, 3; vgl. SGK-MASTRONARDI, Art. 7 N 48; Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 zur neuen Bundesverfassung, BBl 1997 I, 149.

¹³ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

¹⁴ Vgl. VILLIGER, N 32, 682; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, 351 f.

¹⁵ BGE 1, 252. Gleiches gilt gemäss Artikel 1 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK, vgl. FROWEIN/PEUKERT, 843.

¹⁶ BGE 3, 70.

¹⁷ BGE 13, 164.

zeigt hat, dass seine Zahlung auf die Busse anzurechnen sei.¹⁸ Das Bundesgericht hiess die staatsrechtliche Beschwerde gut und hob den angefochtenen Entscheid im konkreten Normenkontrollverfahren auf.

III. Willkürverbot

Der Zürcher Kantonsrat beschloss am 23. August 2003 eine Teilrevision des kantonalen Steuergesetzes mit Erhöhungen diverser Abzüge sowie einem Ausgleich der Teuerung bei den Progressionsstufen. Der Regierungsrat beschloss am 17. Dezember 2003 das Inkrafttreten dieses Änderungsgesetzes per 1. Januar 2006. Er stützte sich auf § 10 Abs. 2 PublG-ZH,¹⁹ wonach der Zeitpunkt des Inkrafttretens eines rechtsetzenden Erlasses – wenn er nicht festgelegt ist – vom Regierungsrat bestimmt wird. Zwei steuerpflichtige natürliche Personen erhoben erfolglos staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Beschluss (BGE 130 I 174).

Das Bundesgericht hält mit Verweis auf die Lehre²⁰ fest, das in Art. 29 Abs. 1 BV enthaltene Verbot der Rechtsverzögerung beziehe sich auf Verfahren der *Rechtsanwendung*. Stehe jedoch wie im vorliegenden Fall ein *Rechtsetzungsverfahren* in Frage, könne der Verfassungsrichter nur angerufen werden, wenn der Gesetzgeber eine verfassungsrechtlich präzise umschriebene Rechtsetzungspflicht nicht erfüllt. Ein solcher Tatbestand stehe hier nicht in Frage; als Schranke gegen eine übermässige Verzögerung falle daher einzig das Willkürverbot (Art. 9 BV) in Betracht. Unter diesem Blickwinkel müsse eine verzögerte Inkraftsetzung einer beschlossenen Gesetzesänderung sachlich begründbar sein. In Betracht fielen Gründe administrativer Art (z.B. Ausarbeitung von Ausführungserlassen) oder «Zweckmässigkeitsüberlegungen anderer Art» (z.B. Inkraftsetzen auf Beginn einer neuen Steuerperiode), nicht hingegen das fiskale Interesse, beschlossene Steuererleichterungen hinauszuschieben (Erwägung 2.3). Dass im vorliegenden Fall der Regierungsrat gar nicht ernsthaft die angespannte Finanzlage als Motiv seines Beschlusses bestritt, weckt beim Bundesgericht «verfassungsrechtliche Bedenken». Es beruhigt sich indes mit dem aus seiner Sicht durchschlagenden Umstand, dass der Regierungsrat seine Absicht über den geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens noch vor der zweiten Lesung im Kantonsrat öffentlich kundgegeben hat. Der Legislative sei damit die Möglichkeit eröffnet worden, ein (früheres) Inkrafttreten gesetzlich festzuschreiben. Willkür liege nicht vor (Erwägung 2.4). Die staatsrechtliche Beschwerde wurde daher abgewiesen.

¹⁸ BGE 130 I 172 f. = Pra 2005 Nr. 1, 4.

¹⁹ Gesetz über die Gesetzessammlungen und das Amtsblatt (Publikationsgesetz) vom 27. September 1998, LS 170.5.

²⁰ AUBERT/MAHON, Art. 29 N 1; HÄFELIN/HALLER, N 832; MÜLLER, 497 ff.

Dem Bundesgericht ist diese Abweisung nicht leicht gefallen. Schiebt ein Exekutivorgan aufgrund finanzpolitischer Überlegungen das Inkrafttreten einer beschlossenen Gesetzesänderung um 28 Monate auf, nimmt es einen weiten politischen Ermessensspielraum in Anspruch, der originär der gesetzgebenden Behörde zusteht. Eine Delegation dieses Ermessens an den Regierungsrat ist zwar denkbar, aber nur wenn der Gesetzgeber den entsprechenden Willen klar äussert. Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht die vorgängige Willensäusserung des Regierungsrates als genügende «Delegationsgrundlage» akzeptiert. Das erscheint aber bedenklich, muss doch jede Gesetzesdelegation vom gesetzgebenden Organ selbst ausgesprochen werden.

IV. Recht auf Hilfe in Notlagen

Hohe Wellen schlug im Herbst 2004 ein Urteil des Solothurner Verwaltungsgerichts. Es verweigerte einem rechtskräftig abgewiesenen Asylbewerber die ordentliche Nothilfe und gewährte ihm lediglich noch ein «Zehrgeld» für fünf Tage von insgesamt Fr. 105.–. Nur bei Nachweis ernsthafter Rückreisebemühungen werde ein Antrag auf Ausrichtung zusätzlicher Nothilfe gegebenenfalls neu geprüft.²¹ Eine dagegen gerichtete staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht gutgeheissen.²²

Es qualifiziert das Recht auf Nothilfe gemäss Art. 12 BV als leistungsrechtliches Auffanggrundrecht mit Geltung für Schweizer Staatsangehörige und Ausländer, unabhängig von deren aufenthaltsrechtlichem Status. Der verfassungsrechtliche Anspruch beschränke sich auf ein Minimum im Sinne einer «Überlebenshilfe» (Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung). Schutzbereich und unantastbarer Kerngehalt fielen zusammen; eine Schrankenprüfung entfalle (Erwägungen 3.1 und 5.3).

Der Wortlaut des Verfassungstextes bringe mit der Formulierung «wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» das *Subsidiaritätsprinzip* zum Ausdruck. Das Bundesgericht erblickt keine Verletzung dieses Prinzips durch die Weigerung des beschwerdeführenden Asylbewerbers, am Wegweisungsvollzug mitzuwirken. Auflagen und Bedingungen (Nebenbestimmungen) für Leistungen aus Art. 12 BV seien nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Unzulässig seien Nebenbestimmungen aber dann, wenn sie «nicht zur Beseitigung der Notlage führen, sondern diese gerade aktualisieren und damit anderen, von Art. 12 BV nicht geschützten Zwecken dienen.» Die vom Be-

schwerdeführer geforderte Mitwirkung (Papierbeschaffung oder Ausreise) bezwecke die Vollstreckung der Wegweisung und ziele nicht auf die Beseitigung der Notlage. Selbst durch ausländerrechtliche Kooperation wäre der Beschwerdeführer ausser Lage, *rechtzeitig* und aus eigener Kraft oder von dritter Seite legal die Mittel zum Überleben zu beschaffen (Erwägungen 4.4 und 4.5).

In Erwägung 6.2 wird offen gelassen, ob das verfassungsmässige Recht gemäss Art. 12 BV überhaupt *rechtsmissbräuchlich* ausgeübt und infolgedessen verwirkt werden kann. Jedenfalls sei im vorliegenden Fall kein Verhalten belegt, mit welchem der Schutzzweck von Art. 12 BV vereitelt würde. Herrscht eine Notlage und verwendet der Leistungsempfänger die erhaltenen Mittel bestimmungsgemäss, verhält er sich ungeachtet seines ausländerrechtlichen Status entsprechend dem Schutzzweck von Art. 12 BV. Mit seinem illegalen Aufenthalt in der Schweiz und seiner Verweigerung der Mitwirkungspflichten verhalte sich der Beschwerdeführer rechtswidrig und provokativ. Das Recht auf Hilfe in Notlagen schütze indes nicht ausländerrechtliche Interessen, sondern das Überleben des Beschwerdeführers (Erwägungen 6.3 und 6.4).

Neben diesen wichtigen individualrechtlichen Festlegungen hat der Entscheid einer bestehenden Debatte über die Rollenverteilung zwischen Gesetzgeber und Bundesgericht neue Nahrung zugeführt.²³ Nur einen Tag vor dem Nothilfe-Entscheid des Bundesgerichts hat der Ständerat im Rahmen der Teilrevision des Asylgesetzes einer Norm zugestimmt, welche es ermöglicht, Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid von der Nothilfe auszuschliessen.²⁴ In ersten Reaktionen auf den Nothilfe-Entscheid wurde angeregt, mit den nötigen «gesetzlichen bzw. verfassungsmässigen Regelungen» das Bundesgericht zu disziplinieren.²⁵ Neu ins öffentliche Bewusstsein gerückt ist damit die Frage, ob und wie es den Akteuren aus Politik und Justiz gelingt, die Umsetzung und Weiterentwicklung der Bundesverfassung in einem *ergänzenden Nebeneinander* an die Hand zu nehmen.²⁶ Diese Konflikte rühren letztlich aus der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts gegenüber dem Bundesgesetzgeber her.

²¹ Vgl. das bemerkenswert knapp gefasste Urteil des Verwaltungsgerichts vom 10. November 2004, www.so.ch/de/data/pdf/bjd/bgbgb/bgogr/nothilfe.pdf (besucht am 26. August 2005). Eine Auseinandersetzung mit Lehrmeinungen sucht man in diesem Entscheid vergebens.

²² Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2005 (2P.318/2004), BGE-Publikation vorgesehen.

²³ Die Debatte entfacht haben die beiden Einbürgerungsentscheide vom Juli 2003 (vgl. Fn. 29) und ein Entscheid betreffend den Rassismusartikel des Art. 261^{bis} StGB (BGE 130 IV 111).

²⁴ Vgl. die Ratsdebatte vom 17. März 2005, Amtl. Bull. StR 2005, 360 ff. Die Vorlage geht zur Differenzbereinigung zurück in den Nationalrat.

²⁵ Vgl. Pressecommuniqué der Schweizerischen Volkspartei (SVP) vom 18. März 2005, www.svp.ch/index.html?page_id=1567&l=2 (besucht am 26. August 2005).

²⁶ Eingehend dazu HALLER, 5 ff.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit

Ein Gerlafinger Hauseigentümer errichtete auf seinem Grundstück ein nachts beleuchtetes und 7.38 m hohes, blau-weisses Aluminiumkreuz. Die zuständigen Solothurner Behörden verweigerten die nachträgliche Baubewilligung. Das Bundesgericht hielt im Entscheid 1P.149/2004 vom 21. Juni 2004 (keine BGE-Publikation) fest, dass das Errichten eines religiösen Symbols zwar vom sachlichen Schutzbereich, nicht hingegen vom Kerngehalt des Art. 15 BV erfasst werde. Dieser schützt den innersten Bereich der religiösen und ethischen Selbstverantwortung, das forum internum (z.B. Äusserung einer Glaubenszugehörigkeit, Teilnahme an Kultushandlungen), vor staatlichem Zwang.²⁷ Das Aufstellen und Beleuchten eines Kreuzes zwecks Kundgabe einer religiösen Überzeugung zählt nicht dazu (Erwägung 3.1).

Bei der Anwendung der Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1–3 BV stützte das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz. So liege die Einhaltung der Zonenvorschriften als auch der Ästhetikklausel nicht bloss im privaten Interesse der Nachbarn, sondern auch im öffentlichen Interesse. Zu Recht habe die Vorinstanz die Konformität des Kreuzes in der Wohnzone verneint, weil kein positiver funktionaler Zusammenhang mit dem Wohnen besteht. Die Anwendung der gesetzlichen Ästhetikklausel war rechtmässig, weil ein beleuchtetes Kreuz von dieser Grösse nicht zum herkömmlichen Inventar einer Wohnzone gehört, sondern das Quartierbild erheblich stört. Nur kurz widmete sich das Bundesgericht Art. 36 Abs. 3 BV und führte aus, es liege an den Beschwerdeführern, einen geeigneten und baupolizeilich zulässigen Standort zu suchen. Dass die anwendbaren Bauvorschriften dies für die konkret betroffene Wohnzone ausschliessen, bedeute nicht, dass der angefochtene Entscheid die Beschwerdeführer unverhältnismässig treffe (Erwägung 3.6). Im Urteil des Bundesgerichts blieb indessen die heikle Frage unberücksichtigt, inwieweit der Öffentlichkeit zur Schau gestellte religiöse Symbole andere Personen in ihrer Weltanschauung stören. Interessant wäre zu erfahren, welches Gewicht das Bundesgericht bei einer solchen Abwägung gegenläufiger Grundrechtsinteressen den lokalen Verhältnissen (z.B. traditionelle religiöse Manifestationen wie Wegkreuze oder Prozessionen in katholisch geprägten Gegenden) beimessen würde.²⁸

²⁷ AUBERT/MAHON, Art. 15 N 11; KIENER/KUHN, 87 f.; vgl. BGE 123 I 301 f.

²⁸ Vgl. HANGARTNER, Bemerkungen 1P.149/2004, 1409.

VI. Verfahrensgarantien

1. Begründungspflicht

Im Juli 2003 hat das Bundesgericht in zwei wegweisenden Urteilen festgehalten, dass negative Einbürgerungsentscheide nach Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 BV zu begründen seien. Bei Volksabstimmungen an der Urne sei dies systembedingt nicht möglich; deshalb sei die Urnenabstimmung über Einbürgerungsgesuche verfassungswidrig.²⁹ Im Gefolge dieser Bundesgerichtsentscheide hat der Schwyzer Regierungsrat eine Gemeindebürgerrechtsverordnung erlassen, die vorsieht, dass die Gemeindeversammlung in *offener Abstimmung* über Einbürgerungsgesuche entscheidet. Wird in der Versammlung kein begründeter Gegenantrag gestellt, gilt der (positive) Antrag des Gemeinderats als angenommen. Auf Stimmrechtsbeschwerde hin hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die angefochtene Verordnung von vornherein ungeeignet erscheint, verfassungskonforme Einbürgerungsentscheide der Schwyzer Gemeinden zu ermöglichen (BGE 130 I 140). Zur *Begründungspflicht* führte es in Erwägung 5.3.6 aus:

«Werden an der Gemeindeversammlung selbst Gründe für die Ablehnung einer konkreten Einbürgerung genannt und darüber unmittelbar im Anschluss an die Diskussion abgestimmt, so kann angenommen werden, dass die ablehnenden Gründe von der Mehrheit der Abstimmenden mitgetragen werden. In der Regel wird damit ein ablehnender Gemeindeversammlungsbeschluss hinreichend begründet werden können, so dass der abgelehnte Bewerber weiss, weshalb sein Gesuch abgewiesen wurde, und der Entscheid gegebenenfalls in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden kann (...).»

Nach seiner eigenen Praxis hat das Bundesgericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nur geprüft, «ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden kann, der sie mit den angerufenen Verfassungsgarantien vereinbar erscheinen lässt.»³⁰ Die Verfassungsmässigkeit von Einzelakten, die in Anwendung der Gemeindebürgerrechtsverordnung ergehen, ist damit nicht in jedem Fall gesichert. Diesbezügliche Zweifel hat das Bundesgericht im Entscheid durchscheinen lassen: Es betonte den vorläufigen Charakter der angefochtenen Verordnung und hielt in Erwägung 5.3.7 fest, der Schwyzer Gesetzgeber werde bei der Schaffung einer definitiven Lösung die Möglichkeit haben, «andere, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten mitunter vorzuziehende und leichter handhabbare Alternativen zu prüfen.»

Diese Möglichkeit hat indes das Schwyzer Stimmvolk mit seinem Entscheid vom 17. April 2005 wesentlich eingeschränkt, indem es die in der Form der

²⁹ BGE 129 I 217 (Urnenabstimmung der Gemeinde Emmen); 129 I 232 (Stadtzürcher Initiative «Einbürgerungen vors Volk!»); vgl. dazu HALLER, 18 f.; HANGARTNER, Neupositionierung, 3 ff.; THÜRER/FREI, 205 ff.

³⁰ BGE 129 I 15.

allgemeinen Anregung verfasste Initiative «Geheime Wahlen und Abstimmungen» annahm. Die Initiative bezweckt, dass Wahlen und Abstimmungen an der Bezirksgemeinde und an der Gemeindeversammlung nicht nur im offenen Handmehr, sondern (direkt in der Versammlung) geheim vorgenommen werden können. Namentlich Entscheide über Einbürgerungsgesuche sollen in diesem Urnensystem erfolgen.³¹ In seinen Abstimmungserläuterungen hat der Schwyzer Regierungsrat darauf hingewiesen, die Annahme der Initiative ändere nichts am Anspruch der Gesuchsteller auf eine sachliche Begründung des Einbürgerungsentscheids.³² Die Schwyzer Behörden sind nun aufgerufen, eine konkrete Verfassungsvorlage auszuarbeiten, die erneut dem Stimmvolk vorzulegen ist. Daraus sollte unter anderem hervorgehen, wie eine sachliche Begründung im Urnensystem ermöglicht wird. Im Anschluss erhält die *Bundesversammlung* Gelegenheit, im Gewährleistungsverfahren gemäss Art. 51 Abs. 2 BV das Schwyzer System an den (dannzumal geltenden) bundesrechtlichen Anforderungen zu messen.

In BGE 131 I 18 fand das Bundesgericht Gelegenheit, die Anforderungen an die Begründungspflicht weiter zu differenzieren. Die Einbürgerungsvoraussetzungen, namentlich die Sprachkompetenz, sei bei verheirateten Paaren individuell zu beurteilen und – bei Ablehnung des Gesuchs – *individuell zu begründen*. Der angefochtene, durch die Gemeindeversammlung der Aargauer Gemeinde Oberrohrdorf-Staretschwil gefällte Entscheid, verstosse deshalb gegen Art. 29 Abs. 2 BV, weil die Begründung nur das Einbürgerungsgesuch des Ehemanns erfasste. Dieses Vorgehen wäre nur rechtskonform bei einem gemeinsamen Einbürgerungsgesuch der Eheleute. Ein solches lag indes nicht vor; die Ehefrau hat ein eigenes Einbürgerungsgesuch eingereicht und nachträglich keine Erklärung abgegeben, auf eine selbständige Beurteilung verzichten zu wollen (Erwägungen 3.3 und 3.4).

2. Anspruch auf gerichtliche Überprüfung

Der Beschwerdeführer versuchte als freier Journalist und mit einem Presseausweis ausgestattet nach Davos zu gelangen, um einen Bericht über das World Economic Forum (WEF) zu verfassen. Wegen befürchteten Störungen sicherte die Kantonspolizei die Zufahrtswege nach Davos grossräumig mit dichten Personen- und Fahrzeugkontrollen. Im Zuge dieser Massnahmen wurde der Beschwerdeführer an der Weiterreise nach Davos gehindert. Als letzte kantonale Instanz trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde mit der Begründung nicht ein, es bestehe kein Anspruch auf gerichtliche Überprü-

fung der gerügten polizeilichen Massnahme. Der Beschwerdeführer erblickt darin eine Verletzung von Bundesverfassungsrecht sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 130 I 388).

Das Bundesgericht hielt fest, aus Art. 5 BV (Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit) könne keine verfassungsmässige Garantie auf einen gerichtlichen Rechtsschutz abgeleitet werden, weil es sich um einen Verfassungsgrundsatz ohne Grundrechtscharakter handle (Erwägung 4).³³ Die noch nicht in Kraft stehende Verfassungsbestimmung von Art. 29a BV (Rechtsweggarantie)³⁴ sehe selber Ausnahmen vom gerichtlichen Rechtsschutz vor. Eine darüber hinausgehende Anerkennung eines generellen Anspruchs und eine Umschreibung der Ausnahmen durch das Bundesgericht seien ausgeschlossen.

Eingehender prüfte das Bundesgericht die Vorbringen unter dem Gesichtswinkel von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Der Schlüsselbegriff der «zivilrechtlichen Ansprüche» sei autonomer Natur. Die Auslegung erfolge gemäss der Praxis der Strassburger Konventionsorgane, die den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zwar weit, aber nicht schrankenlos gezogen haben (Erwägung 5.1). Das Bundesgericht knüpfte an seinen Entscheid BGE 125 II 417 (Einziehung von Propagandamaterial der Kurdischen Arbeiterpartei PKK) an und bestätigte, dass die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht allein deshalb ausgeschlossen sei, weil sicherheitspolizeiliche Massnahmen in Frage stehen. Vielmehr sei bei verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten das direkte Betroffensein in vermögenswerten Rechten entscheidend (Erwägungen 5.2 und 5.3). Tatsächlich stelle der gute Ruf, wie er vom nationalen Recht durch Art. 28 ff. ZGB und Art. 173 ff. StGB geschützt ist, grundsätzlich einen zivilrechtlichen Anspruch dar. Die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bedinge jedoch, dass eine *ernsthafte Streitigkeit* in Frage stehe. Daran fehle es, denn der Beschwerdeführer sei nicht als Störer oder als risikobehaftete Person bezeichnet worden und folglich bestehe kein Makel als Journalist, der ihm fort-dauernd anhaften könnte. Bei dieser Sachlage sei «der Bezug zwischen der umstrittenen Rückweisung und einer potentiellen Persönlichkeitsverletzung derart vage, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK von vornherein keine Anwendung findet.»

³¹ Vgl. demgegenüber den heute geltenden § 72 Abs. 3 der Schwyzer Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1898 (SR 131.215), der eine Erteilung des Bürgerrechts im Urnensystem ausschliesst.

³² Vgl. die Erläuterungen des Regierungsrats des Kantons Schwyz zur Abstimmung vom 17. April 2005, Ziff. 4.2.3, 23.

³³ So SGK-HANGARTNER, Art. 5 N 2.

³⁴ Für den Normtext, vgl. Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999 (BBl 1999, 8633; AS 2002, 3148), von Volk und Ständen angenommen in der Abstimmung vom 12. März 2000 (BBl 2000, 2990). Das Inkrafttreten von Art. 29a BV ist aufgeschoben (AS 2002, 3147). Geplant ist ein koordiniertes Inkrafttreten mit dem Bundesgerichtsgesetz (BBl 2001, 4223; 2001, 4615, 4471 f.).

VII. Derogatorische Kraft des Bundesrechts

In BGE 130 I 82 wollte sich das Bundesgericht über die derogatorische Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 Abs. 1 BV aussprechen. Im Fall ging es um die Tragweite von Art. 83 AsylG,³⁵ wonach aus den dort aufgezählten Gründen die Fürsorgeleistungen für Flüchtlinge teilweise oder ganz abgelehnt, gekürzt oder entzogen werden können. Der Kanton Zürich hatte sein Sozialhilfegesetz insoweit verschärft, als Fürsorgeleistungen bis auf ein Minimum gekürzt werden können, wenn die begünstigte Person ihrer Mitwirkungspflicht gegenüber den für das Asylverfahren und die Fürsorge zuständigen Behörden nicht oder ungenügend nachkommt. Die sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich und zwei Privatpersonen fochten diese neue Bestimmung an, da das AsylG die Entzugsgründe von Fürsorgeleistungen abschliessend regle. Das Urteil erscheint interessant, weil die Rechtsprechung zur derogatorischen Wirkung des Bundesrechts in Nuancen anders wiedergegeben wird. Sodann ist es aktuell, weil das Bundesgericht entschieden hat, dass Art. 12 BV einen in keinem Fall entziehbaren Minimalanspruch gewährleistet und der völlige Entzug von Fürsorgeleistungen die Verfassung verletzt.³⁶ Parallel dazu ist der Gesetzgebungsprozess auf Bundesebene im Gang, der möglicherweise diesen völligen Entzug von Leistungen statuieren wird.³⁷ Darum ist es indessen in diesem Fall nicht gegangen.

Das Bundesgericht erläutert Art. 49 Abs. 1 BV in Erwägung 2.2 wie folgt:

«Der Vorrang des Bundesrechts schliesst in Sachgebieten, die das Bundesrecht abschliessend geregelt hat, eine Rechtsetzung durch die Kantone grundsätzlich aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 127 I 60 E. 4a S. 68; 126 I 76 E. 1 S. 78). Selbst wenn das Bundesrecht aber ein gewisses Gebiet an sich abschliessend regelt, kann kantonales Recht auf demselben Gebiet unter Umständen weiter bestehen, namentlich wenn es nachweislich andere Ziele als die bundesrechtliche Regelung verfolgt (BGE 128 I 295 E. 3b S. 299; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Bd. I, Bern 2000, N. 1031, S. 364). In diesem Sinne hat das Bundesgericht beispielsweise entschieden, eine kantonale Regelung verstosse nicht gegen den Vorrang des Bundesrechts, soweit sie dessen Wirkung verstärke (BGE 91 I 17). Aus jüngeren Entscheiden ergibt sich sodann, dass einem Kanton selbst bei abschliessender bundesrechtlicher Regelung Handlungsspielräume verbleiben können (Urteil 1P.574/1993 vom 5. November 1994, publ. in: ZBl 96/1995 S. 457, E. 6). Nur wenn die Bundesgesetzgebung für einen bestimmten Bereich sowohl umfassenden als auch ausschliesslichen Charakter hat, entfallen die kantonalen Kompetenzen zu ergänzender Rechtsetzung somit vollständig, und zwar selbst zum Erlass von Vorschriften, die im Einklang mit der Bundesregelung stehen (BGE 128 I 295 E. 3b S. 299).»

³⁵ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), SR 142.31.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2005 (2P.318/2004) und vorne Ziff. IV.

³⁷ Vgl. vorne Ziff. IV und Fn. 24.

Erstaunlich ist die Aussage, dass selbst im Falle einer abschliessenden Bundesregelung noch kantonales Recht hinzutreten könne, wenn es nachweislich *andere Ziele* als die bundesrechtliche Regelung verfolge. Der folgende Satz («In diesem Sinne») wird als ein Beispiel angeführt; er ist aber keines, sondern eine neue Variante, nämlich dass auch *gleiche Ziele* (wohl) zulässig sind und dass das kantonale Recht bloss die Wirkung des Bundesrechts verstärken dürfe. Die angegebenen Belege treffen nicht zu; entsprechende Ausführungen, die eine Zitierung rechtfertigen, fehlen in BGE 91 I 17 und in ZBl 1995, 457. Aus dem Urteil könnte man herleiten, dass es bei Problemen um Art. 49 Abs. 1 BV eine neue Variante von zulässigem kantonalem Recht geben könnte, nämlich trotz einer abschliessenden Bundesregelung («an sich») dürfe das kantonale Recht noch andere Ziele verfolgen und insoweit Recht setzen. Diese Rechtsprechung besteht zwar – wie im zutreffenden Beleg BGE 128 I 295 angegeben –, aber sie ist für das vorliegende Verfahren gar nicht einschlägig. Denn in Erwägung 3.7 wird ausgeführt, dass der Katalog der Kürzungstatbestände des Art. 83 AsylG «nicht in dem Sinne als abschliessend zu verstehen [sei], dass es den Kantonen verwehrt wäre, auf dem Gebiet der Einschränkung von Fürsorgeleistungen an Asylsuchende ergänzend gesetzgeberisch tätig zu werden.» Das Urteil mäandert unnötigerweise durch verschiedene Fragen des Bundesstaatsrechts. Es wäre indessen zielführender und vor allem klarer, direkt Art. 83 AsylG anzusteuern: Diese bundesrechtliche Norm ist nicht abschliessend und deshalb sind kantonale Regelungen zulässig. Die theoretischen Ausführungen zu Art. 49 Abs. 1 BV wären nachgerade entbehrlich gewesen.

VIII. Literaturverzeichnis

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL

Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003.

BAUMANN ROBERT

Bemerkungen zu BGE 130 I 113, AJP 2004, 1402–1407.

EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J., VALLENDER KLAUS (Hrsg.)

St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, Zürich/Lachen 2002.

FROWEIN JOCHEN ABR., PEUKERT WOLFGANG

Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996.

HÄFELIN ULRICH, HALLER WALTER

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005.

HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG

Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002.

HAEFLIGER ARTHUR, SCHÜRMAN FRANK

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999.

HALLER WALTER

Verfassungsbildung durch Richterrecht, ZSR 2005 I, 5–21.

HANGARTNER YVO

Neupositionierung des Einbürgerungsrechts. Bemerkungen aus Anlass der Bundesgerichtsentscheide vom 9. Juli 2003, AJP 2004, 3–22 (zit. Neupositionierung).

HANGARTNER YVO

Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juni 2004 (1P.149/2004), AJP 2004, 1407–1409 (zit. Bemerkungen 1P.149/2004).

KIENER REGINA, KUHN MATHIAS

Die bau- und planungsrechtliche Behandlung von Kultusbauten im Lichte der Glaubens- und Gewissensfreiheit, ZBl 2003, 617–645.

MÜLLER JÖRG PAUL

Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999.

THÜRER DANIEL, FREI MICHAEL

Einbürgerung im Spannungsfeld zwischen direkter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Zu zwei «historischen» Entscheiden des Schweizerischen Bundesgerichts, ZSR 2004 I, 205–232.

TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH

Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005.

VILLIGER MARK E.

Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999.