

Verwandtschaftsgrad unterscheiden. Die Beschwerdeführerin möge zwar mit der Schwester zusammen wohnen und mit deren Familie eine enge Beziehung unterhalten; ein solches Zusammenwohnen sei aber nicht gleichermassen auf Dauer angelegt, wie das nach allgemeiner Übung und Erfahrung beim familiären Zusammenleben von Angehörigen der Kernfamilie in der Regel zutrefte. Die familiäre Beziehung zur Schwester vermöge demnach keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung zu begründen.

Das Urteil 2A. 257/2002 vom 11. Oktober 2002 (Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung) betrifft den Schutz der Kernfamilie. Die aus dem ehemaligen Jugoslawien stammende Y. erhielt im Oktober 2000 zusammen mit ihren drei Kindern eine Niederlassungsbewilligung. Demgegenüber verweigerten die Behörden dem Ehemann die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, da er 1997 wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 14 Monaten verurteilt worden war. Das Bundesgericht erwägt, dass sich die Beschwerdeführerin bezüglich der Aufenthaltsbewilligung für ihren Ehemann auf Art. 8 EMRK berufen kann. Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAG sehe wohl vor, dass der Anspruch des Ausländers auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung erlöscht, wenn er gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat. Im vorliegenden Fall erachtet das Bundesgericht die Verweigerung der Bewilligung aber als unverhältnismässig. Die Familie sei in der Schweiz gut integriert, befinde sich finanziell in einer stabilen Lage und der Ehemann habe sich beruflich stabilisiert. Damit wäre es für die Beschwerdeführerin und die Kinder unzumutbar, ihrem Ehemann bzw. Vater in ihr Herkunftsland zu folgen.

Als verhältnismässig und mit Art. 8 EMRK vereinbar erachtet das Bundesgericht demgegenüber die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Entscheid 2A. 141/2002 vom 19. Juli 2002. Y., jugoslawischer Staatsangehöriger, lebte während über zehn Jahren in der Schweiz. 1993 wurde er wegen schweren und mehrfachen Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und zu einer Zuchthausstrafe von sieben Jahren sowie einer bedingt ausgesprochenen Landesverweisung von 15 Jahren verurteilt. 1997 hat er in zweiter Ehe die Schweizerin X. geheiratet. Folglich kann sich der Beschwerdeführer grundsätzlich auf Art. 8 EMRK berufen. Beim

Entscheid über die Gewährung der Aufenthaltsbewilligung muss das öffentliche Interesse an der Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung den Interessen des Ausländers und seiner Familie in der Schweiz gegenübergestellt werden. Zu berücksichtigen sind dabei die Schwere des Delikts und die familiäre Situation. Im konkreten Fall lassen die Schwere des Delikts, die Tatsache, dass die Ehe erst seit wenigen Jahren besteht und daraus keine Kinder entsprossen sind, sowie der Umstand, dass die Ehefrau zum Zeitpunkt der Eheschliessung über die Verfehlungen ihres Gatten und die sich daraus ergebenden fremdenpolizeilichen Konsequenzen wusste, eine Rücksichtnahme auf die Interessen der Familie nicht zu.

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

### 1. Partiieller Kirchenaustritt

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit beinhaltet das Recht, religiöse Vereinigungen zu bilden<sup>19</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 höchst persönlicher Natur und kann von jeder urteilsfähigen und religionsmündigen<sup>20</sup> Person ausgeübt werden. Die entsprechende Erklärung muss den Austrittswillen klar zum Ausdruck bringen<sup>21</sup>. Die Kantone dürfen den Kirchenaustritt regeln, wobei aber schikanöse Vorschriften, die das Austrittsrecht unnötig erschweren, oder verzögern, nicht zulässig sind<sup>22</sup>.

19 ANDREAS KLEY, Das Religionsrecht der alten und neuen Bundesverfassung, in: René Pahud de Mortanges, Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Fribourg 2000, 9–31; PETER KARLEN, Die korporative religiöse Freiheit in der Schweiz, in: René Pahud de Mortanges, Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Fribourg 2000, 33–49; vgl. DIETER KRAUS, Schweizerisches Staatskirchenrecht, Tübingen 1993, 85 ff.

20 Art. 303 Abs. 3 ZGB: «Hat ein Kind das 16. Altersjahr zurückgelegt, so entscheidet es selbstständig über sein religiöses Bekenntnis»; vgl. dazu KLEY (Fn. 19), 18 ff.

21 KRAUS (Fn. 19), 94 Anm. 93.

22 HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2001, 124, Rn. 414.

Das Bundesgericht musste sich nun mit der Verfassungsmässigkeit der Weigerung des Luzerner Synodalrats, einen partiellen Kirchenaustritt zu gewähren, auseinander setzen<sup>23</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>24</sup>.

Die Beschwerdeführerin machte geltend, dass sie durch die Verweigerung des partiellen Kirchenaustritts zu einem «Anti-Bekenntnis» gezwungen würde, da «eine Erklärung betreffend Austritt aus der Konfession» dazu führen würde, dass sie «ihren Glauben verleugnen müsste»<sup>25</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

23 Urteil 2P.16/2002 vom 18.12.2002, E. 3, veröffentlicht in BGE 129 I 68. 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.

24 Fn. 23, E. 2.2.

25 Fn. 23, E. 3.1 S. 70.

den Kantonen überlassen, ob sie das Bekenntnis zur römisch-katholischen Religionsgemeinschaft mit der entsprechenden Kirchgemeinde 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 Kirchenaustritt nicht möglich. Es wäre auch widersprüchlich, der Kirchgemeinde 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 hat<sup>26</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>27</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>28</sup>, d. h. die Tatsache, dass der Kanton für Zugehörigkeit zur staatlichen Kirchgemeinde 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

26 Fn. 23, E. 3.4 S. 70 ff.

27 BGE 2, 388 und 34 I 41; zu weiteren Einzelheiten: Fn. 23, E. 3.2.

28 Fn. 23, E. 3.4 S. 70 ff.

(Kirchgemeinde 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>29</sup>. Gerade im letzteren Fall ergibt sich die Möglichkeit eines partiellen Kirchenaustritts.

Aus der Sicht des kanonischen Rechts zeigt sich ein anderes Bild. Das Recht der katholischen Kirche kennt keinen Kirchenaustritt. Die kanonische Kirchenzugehörigkeit kann wegen ihres unzerstörbaren Charakters weder durch eine förmliche Austrittserklärung noch sonst wie beseitigt werden: «Semel catholicus, semper catholicus»<sup>30</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 austreten zu wollen, verletzt die gegenseitige Bezogenheit von Weltkirche und staatlicher Körperschaft<sup>31</sup>.

Das Urteil beweist 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.

29 Vgl. KRAUS (Fn. 19), 93 f.; KRAUS (Fn. 23), 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.

30 FELIX HAFNER, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, Fribourg 1992, 233.

31 So auch KRAUS (Fn. 23), 149. Ferner: ANDREAS KLEY, Grundsätzliche Überlegungen zur kirchlichen Doppelmitgliedschaft, Schweizerische Kirchenzeitung 1992, 366–370.

## 2. 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>32</sup>. Auf die Kultusfreiheit können sich auch Personen im Sonderstatusverhältnis, wie z.B. Armeeingehörige, Spitalpatienten oder Sträflinge<sup>33</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>34</sup>.

Die dreimonatige Plazierung 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 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>35</sup>.

32 Urteil (Fn. 35), E. 4.1 S. 75 ff.; KLEY (Fn. 19), 16.

33 Urteil (Fn. 35), E. 4.1 S. 75 ff.; KLEY (Fn. 19), 23.

34 Urteil (Fn. 35), E. 4.2 S. 77.

35 BGE 129 I 74; NZZ vom 21.2.2003, Nr. 43, S. 47: «Orthodoxes Osterfest in Einzelhaft».

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>36</sup>. Die staatsrechtliche Beschwerde hinsichtlich der Einzelhaftrüge 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 kann, an welchen Tagen er unter Berufung auf einen religiösen Feiertag nicht arbeiten will. 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>37</sup>. Das Freitagsgebet der Moslems sei mit den Forderungen des Beschwerdeführers nicht vergleichbar, da es regelmässig stattfindet und eine bloss zeitlich beschränkte Arbeitsbefreiung erfordert<sup>38</sup>. Es sei ausserdem möglich, dass der Beschwerdeführer ausserhalb der Arbeitszeiten seiner Religion nachlebe<sup>39</sup>.

Auch dieses Urteil entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, indem zwischen der als wichtig betrachteten Religionsfreiheit und den Anforderungen des Gefängnisses an einen geordneten 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

36 Fn. 35, E. 4.3 und 4.4 S. 77 ff.

37 Fn. 35, E. 6.2 S. 82.

38 Fn. 35, E. 6.3 S. 82 f.

39 Fn. 35, E. 6.5 S. 83 f.

Religion das Arbeiten an diesen Tagen untersagt<sup>40</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.

## VI. Grundrechte freier Kommunikation (Art. 16–18, 20–23 BV) (AK)

### 1. Informationsfreiheit und Akteneinsicht für Journalisten

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>41</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>42</sup>.

40 Fn. 35, E. 6.6 S. 84. mit Hinweis auf BGE 119 Ia 178 E. 4d S. 186, wo ein Moslem gestützt auf Suren des Korans seine Tochter vom gemischt-geschlechtlichen Schwimmunterricht dispensieren durfte.

41 Urteil 1P.240/2002 vom 18. Oktober 2002.

42 Fn. 41, E. 1.

Diese Verknüpfung von Akteneinsicht aus Art. 29 Abs. 2 BV und speziellem Freiheitsrecht ist notwendig, um ausserhalb eines laufenden Verfahrens Akteneinsicht zu bekommen<sup>43</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., der Verfassungs- und Gesetzgeber entscheiden, ob eine Quelle allgemein zugänglich ist oder nicht<sup>44</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 – sofern nicht ein im öffentlichen Interesse liegendes Projekt verunmöglicht wird – genügt dabei nicht, da der Persönlichkeitsbezug zu gering ist<sup>45</sup>. Ausserdem würde der vom Bundesgericht betonte Gesetzesvorbehalt zur Informations- und Wissenschaftsfreiheit unterlaufen.

Im vorliegenden Fall hingegen hat die Polizei 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>46</sup>.

43 In einem hängigen Verfahren ist das Akteneinsichtsrecht ein voraussetzungsloses Verfahrensrecht (Art. 29 Abs. 2 BV). Vgl. BGE 127 I 145 E. 4a S. 151 und dazu die Besprechung von ANDREAS KLEY, *medialex* 2001, 240, und JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, Bern 1999, 49 und 527.

44 BGE 127 I 145 E. 4c und 4d S. 153 ff. und dazu die Besprechung von ANDREAS KLEY, *medialex* 2001, 240; Urteil (Fn. 41), E. 3.1. Für die Weiterbildung der Informationsfreiheit: MÜLLER (Fn. 43), 294 ff.

45 Angedeutet, aber offen gelassen in BGE 127 I 145 E. 3d/bb S. 156. Vgl. MÜLLER (Fn. 43), 47.

46 Fn. 41, E. 3.2.1.

## 2. Partielles Werbeverbot für Tabak und Alkohol

Im Kanton Genf ist im Oktober 2000 ein neues Reklamegesetz (LPR)<sup>47</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>48</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 Fernsehgesetzes (RTVG)<sup>49</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>50</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>51</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

47 La loi sur les procédés de réclame, LPR; RSG F 3 20.

48 BGE 128 I 295 und dazu ausführlich die Besprechung von ANDREAS KLEY/RETO FELLER, *medialex* 2002, 155.

49 Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40).

50 BGE 128 I 295 E. 3 S. 298 ff.

51 Vgl. MÜLLER (Fn. 43), 204 ff.

=  
awp 03  
425  
uf.  
1291  
283

Gesundheitsschutzes vermöge den vorliegenden Grundrechtseingriff zu legitimieren. Auch sei das Werbeverbot geeignet, mässigend auf den Konsum von Alkohol und Tabak einzuwirken. Ein milderer 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 werde. 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>52</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 richtet 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 Wasser erhöhten zusätzlich das Bedürfnis, Gegenmassnahmen zum leichter möglichen Erwerb hochprozentiger Getränke zu treffen. Die staatsrechtliche Beschwerde wurde deshalb abgewiesen<sup>53</sup>.

Der Gesundheitsschutz ist ein wichtiges öffentliches Interesse<sup>54</sup>. Dagegen erscheint die Eingrenzung des Reklameverbots auf einen bestimmten Werbeträger fragwürdig. Muss das schädigende Potenzial von Alkohol- und Tabakwerbung tatsächlich als hoch bewertet werden, ist ein partielles Werbeverbot nur schlecht begründbar. Dem Bundesgericht blieb freilich aufgrund der bundesstaat-

52 Vgl. BGE 128 I 295 E. 5 S. 308 ff.

53 Vgl. BGE 128 I 295 E. 7 S. 312 ff. Als Folge davon plant nun auch der Kanton Zürich, ein solches partielles Werbeverbot einzuführen (NZZ vom 3.10.2003, Nr. 229, S. 59).

54 Vgl. BGE 128 I 295 E. 4c S. 304 ff.

lichen 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>55</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 des 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>56</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.

Das Bundesgericht hatte übrigens die Revision seines Urteils vom 20. August 1997 abgelehnt, da kein Revisionsbedarf dargetan sei<sup>57</sup>. Der Gesuchsteller gelangte ausserdem erneut an die Publisuisse

55 Fn. 49: «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.»

56 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 DENIS BARRELET, *medialex* 2001, 158 ff.

57 Urteil 2A. 526/2001 vom 29.4.2002.

SA, den Spot zusammen mit einem neuen Vorspann zu senden<sup>58</sup>. Da die Publisuisse SA das Begehren 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>59</sup>.

Die Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs 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>60</sup>. Diese Hürde für die Anerkennung der Ungeeignetheit sollte es senken, da die 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 strikere

58 Dieser lautet: «Dieser Werbespot wurde vom Schweizer Fernsehen zensuriert. Bundesrat Leuenberger und das Bundesgericht haben diese Zensur abgesegnet. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Schweiz wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit verurteilt und zu einer Entschädigung an den VgT von Fr. 20 000 verpflichtet.»

59 Verfügung vom 3. März 2003 des Bundesamtes für Kommunikation (nicht veröffentlicht).

60 128 I 295 E. 5b/cc S. 309 f. (mit Verweis auf ZBI 1991, 25 E. 3d S. 30 ff.).

Eignungsprüfung, da den Vertragsstaaten gerade im Bereich der kommerziellen Werbung ein beträchtlicher Ermessensspielraum zugestanden wird<sup>61</sup>.

## VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (UZ)

### 1. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)

#### 1.1 Allgemeines

Die im Jahre 2002 veröffentlichte staatsrechtliche Rechtsprechung enthält keine Grundsatzurteile zur Eigentumsgarantie, über die an dieser Stelle besonders zu berichten wäre. Dass die Beschlagnahme von Vermögensgegenständen im Rahmen eines Strafverfahrens einen Eingriff in die durch die Eigentumsgarantie geschützte Position des Eigentümers oder Besitzers darstellt und die beschlagnahmten Güter deshalb grundsätzlich zurückzugeben sind, wenn sie für das Strafverfahren nicht mehr benötigt werden, und dass über entsprechende Streitigkeiten innert angemessener Frist in einem gerichtlichen Verfahren zu entscheiden ist<sup>62</sup>, entspricht bisheriger Praxis zur Eigentumsgarantie und folgt überdies aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Ebenso wenig erstaunt der Befund des Bundesgerichts, das durch formelles Gesetz eingeführte Verbot der Werbung für Tabak und Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 15 Volumenprozenten auf privatem Grund, der von der Öffentlichkeit einsehbar ist, verstosse nicht gegen die Eigentumsgarantie, weil dafür ein hinreichendes öffentliches Interesse vorhanden sei und im Übrigen genügend Möglichkeiten für sog. Eigenwerbung der im Bereich des Handels mit Tabak und Alkohol tätigen Unternehmen auf eigenen Grundstücken bestünden<sup>63</sup>. Soweit die höchstrichterlichen Entscheide über Internet zugänglich sind, betreffen sie im Übrigen vorzugsweise raumplanerische Eigentumsbeschränkungen, die im Lichte der allgemein anerkannten Grundsätze zur Bestandesgarantie<sup>64</sup> pra-

61 Fn. 56, §§ 69 und 71.

62 BGE 128 I 129 E. 3.1.3 S. 133.

63 BGE 128 I 295 E. 6 S. 310 ff., Kanton Genf; auf dieses Urteil wird nachfolgend in Ziff. 2.2. (Wirtschaftsfreiheit) näher eingegangen.

64 Vgl. dazu die letztjährige Besprechung in ZBJV 2002, 650 ff.