

## Das Problem der Grundrechtskonkurrenzen

Andreas Kley\* / Hugo Vogt\*\*

### I. Normenkonkurrenzen in verschiedenen Rechtsgebieten

Das Problem der Konkurrenz von Rechtsnormen ist in allen Rechtsgebieten anzutreffen, wobei die Normenkonkurrenz vor allem im Strafrecht eine grosse Rolle spielt, da dort das für strafwürdig erachtete Verhalten oft von mehreren Tatbeständen geregelt wird. Im Strafrecht wird von Idealkonkurrenz gesprochen, wenn der Täter durch dieselbe Handlung mehrere Straftatbestände verwirklicht, «von denen keiner den Unrechtsgehalt der Tat ganz erfasst»<sup>1</sup>. Dagegen liegt eine Realkonkurrenz vor, wenn der Täter durch verschiedene Handlungen mehrere Straftatbestände erfüllt<sup>2</sup>. Darüber hinaus ist im Strafrecht auch die unechte Konkurrenz (Gesetzeskonkurrenz) von grosser Bedeutung. Bei der unechten Konkurrenz sind mehrere Straftatbestände verwirklicht. Der Unrechtsgehalt der Tat wird aber «schon durch die Anwendung eines oder einiger von ihnen so vollständig erfasst und abgegolten, dass die übrigen zurücktreten müssen»<sup>3</sup>.

Auch im Zivilrecht kommt der Normenkonkurrenz eine erhebliche Bedeutung zu. So besteht beispielsweise zwischen dem Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) und dem Schadenersatzanspruch aus Vertrag (Art. 97 ff. OR) eine Anspruchskonkurrenz. Diese Ansprüche können deshalb nebeneinander geltend gemacht werden<sup>4</sup>. Allerdings können die Ansprüche nicht kumuliert werden; der eine Anspruch geht mit der Erfüllung des andern ebenfalls unter.

Im Strafrecht und im Zivilrecht sind zur Lösung von Normenkonkurrenzen differenzierte Lösungsansätze entwickelt worden. Dagegen hat das Problem der Normenkonkurrenz im öffentlichen Recht bisher nur wenig Beachtung gefunden, obwohl das Problem im Verwaltungsrecht und bei den Grundrechten häufig auftritt. Im Folgenden soll die Grundrechtskonkurrenz behandelt werden, nämlich die

Frage, welches bzw. welche von mehreren Grundrechten auf einen konkreten Fall anwendbar ist bzw. sind.

### II. Begriff der Grundrechtskonkurrenz

Bei der *Grundrechtskonkurrenz* sind für einen Sachverhalt und einen Grundrechtsträger mehrere Grundrechte tatbestandlich einschlägig<sup>5</sup>. Von der Grundrechtskonkurrenz ist die *Grundrechtskollisions*

\* Prof. Dr., Lehrstuhl für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie, Universität Zürich.

\*\* Mag. iur., zurzeit als Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Kley tätig.

<sup>1</sup> BGE 113 IV 63 E. 3 67. Vgl. auch GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, 489 f.; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I. Verbrechenlehre, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, 400 ff.

<sup>2</sup> Vgl. STRATENWERTH (Fn. 1), 490 ff.; DONATSCH/TAG (Fn. 1), 396 ff.

<sup>3</sup> STRATENWERTH (Fn. 1), 478. Zu den unechten Konkurrenzen im Strafrecht siehe etwa: STRATENWERTH (Fn. 1), 478 ff.; DONATSCH/TAG (Fn. 1), 392 ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa: BGE 113 II 246 E. 3 247, wo das Bundesgericht ausführt: «Wenn der Schädiger durch sein Verhalten gleichzeitig eine vertragliche Pflicht verletzt und eine unerlaubte Handlung begeht, kann sich der Geschädigte nebeneinander auf beide Haftungsgründe berufen (BGE 112 II 142 E. 3b; 99 II 321 E. 5 mit Hinweisen).» Vgl. dazu auch PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 2927 ff.

<sup>5</sup> Vgl. MICHAEL SACHS, Vor Art. 1, Rz. 136 f., in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., München 2007. Vgl. auch KLAUS STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte. Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigungen

sion zu unterscheiden, bei der die Grundrechte von verschiedenen Grundrechtsträgern einander entgegenstehen. Beispielsweise verursacht ein Gewerbebetrieb im Rahmen seiner von der Wirtschaftsfreiheit des Art. 28 BV geschützten Tätigkeit Lärm, was wiederum die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2) und die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) der Anwohner beeinträchtigt. Die Grundrechte des Gewerbetreibenden und der Anwohner kollidieren miteinander<sup>6</sup>. Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen werden unter dem Oberbegriff «Grundrechtskonflikte» oder «grundrechtliche Spannungslagen» zusammengefasst<sup>7</sup>.

---

und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, Band III/2, München 1994, 1368; ALBERT BLECKMANN/CLAUDIA WIETHOFF, Zur Grundrechtskonkurrenz, DÖV 1991, 722 ff. (722); REINHOLD HESS, Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normenstruktur der Freiheitsrechte, Berlin 2000, 49 ff. mit Literaturnachweisen. Für die Schweiz vergleiche BEAT ROHRER, Beziehungen der Grundrechte untereinander, Diss. Zürich 1982, 37 ff. m.w.H.

6 Zu den Grundrechtskollisionen siehe MICHEL HOTTELIER, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, § 207, Rz. 33 ff., in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Heidelberg 2007.

7 Vgl. ROHRER (Fn. 5), 16 ff. und 37 ff.; STERN (Fn. 5), 1366 ff.

8 Vgl. vorne Fn. 5.

9 Vgl. dagegen aber: HOTTELIER (Fn. 6), Rz. 4 ff.; ANDREAS MAUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2005, N 259 ff., 120 ff.; RETO VENANZONI, Konkurrenz von Grundrechten, ZSR NF Bd. 98, I Halbband 1979, 267 ff. (291 f.).

10 Vgl. das Beispiel bei JÖRG PAUL MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 189, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern, Loseblattsammlung, Stand April 1987 (zitiert: Müller, Einleitung); JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zitiert: MÜLLER, Elemente), 157.

11 FRITZ GYGI, Grundrechtskonkurrenz? In: Mélanges Henri Zwahlen. Recueil de travaux publiés à la mémoire du juge fédéral et professeur H. Zwahlen, Lausanne 1977, 61 ff. (68).

12 Vgl. MÜLLER, Einleitung (Fn. 10), Rz. 193 ff.; MÜLLER, Elemente (Fn. 10), 158 f.; GYGI (Fn. 11), 67 ff.

Der Begriff der Grundrechtskonkurrenz wird in der schweizerischen Lehre uneinheitlich verwendet<sup>8</sup>. Unseres Erachtens sollte dieser Begriff nur bei der Konkurrenz von Grundrechten aus *einer einzigen Rechtsquelle* Verwendung finden. Im Folgenden geht es deshalb ausschliesslich um die Konkurrenzen der in der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 gewährleisteten «verfassungsmässigen Rechte» (Grundrechte)<sup>9</sup>.

Wird beispielsweise einer Gruppierung durch ein behördliches Verbot der Verkauf von religiösen Druckschriften auf öffentlichen Plätzen untersagt, kann dieses Verbot gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV) und die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) verstossen<sup>10</sup>. Da sich die sachlichen Gewährleistungsbereiche dieser Grundrechte teilweise überschneiden, stellt sich die Frage, welches Grundrecht bzw. welche Grundrechte anwendbar ist bzw. sind.

Zum Ersten gilt, dass jedes Grundrecht als Antwort auf eine neue Gefährdungslage des Menschen entstanden ist und daher auch «seine spezifische Funktion und seinen speziellen Schutzbereich»<sup>11</sup> hat<sup>12</sup>. Trotzdem überschneiden sich die Schutzbereiche der einzelnen Grundrechte, «gerade weil sie nicht Teil eines geschlossenen Systems darstellen, sondern historisch gewachsen sind»<sup>13</sup>. So schützt beispielsweise die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) elementare Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung und weist damit partiell denselben sachlichen Gewährleistungsbereich auf wie die Menschenwürde (Art. 7 BV)<sup>14</sup>.

---

13 PHILIPPE ANDREA MASTRONARDI, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz. Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte, Diss. Berlin 1978, 154. Vgl. auch HANS HUBER, Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, in: Kurt Eichenberger/Richard Bäumlin/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Rechtstheorie Verfassungsrecht Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, Bern 1971, 166 ff. (169 f.); MATHIAS ADANK, La coexistence des libertés, Diss. Neuchâtel 1980, 26 f.

14 Vgl. dazu ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, ZBJV 1999, 301 ff. (319 ff.); ANDREAS KLEY, Die Menschenwürde, in: ius.full 2006 Nr. 6 276 ff. (279); YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band II: Grundrechte, Zürich 1982, 90 ff. und 95.

Zum Zweiten ist davon auszugehen, dass es unter den Grundrechten der Bundesverfassung keine Rangordnung gibt<sup>15</sup>. Alle Grundrechte stehen auf der gleichen (nämlich der obersten) Rangstufe<sup>16</sup>. Deshalb kann die Frage der Grundrechtskonkurrenz nicht abstrakt mittels einer hierarchisch «wertmässigen» Ober- und Unterordnung gelöst werden<sup>17</sup>. Die Lösung der Grundrechtskonkurrenz muss sich an anderen Kriterien orientieren.

Die Frage, wie Grundrechtskonkurrenzen aufzulösen sind, ist auch für den Beschwerdeführer der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten<sup>18</sup> bzw. der subsidiären Verfassungsbeschwerde<sup>19</sup> von Bedeutung, da es diesem gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG (bzw. gemäss Art. 117 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) obliegt, die Verletzung von Grundrechten in der Beschwerde vorzubringen und zu begründen<sup>20</sup>. Das Bundesgericht leitet aus diesen Bestimmungen eine qualifizierte Rügepflicht ab und verlangt, dass in der Beschwerde auch die Verfassungsbestimmung bezeichnet wird, auf die sich der Beschwerdeführer bezieht<sup>21</sup>.

### III. Echte Grundrechtskonkurrenzen

#### 1. Begriff der echten Grundrechtskonkurrenz

Eine echte Grundrechtskonkurrenz liegt vor, wenn für einen Sachverhalt und einen Grundrechtsträger mehrere Grundrechte tatbestandlich einschlägig sind, zwischen denen kein Verhältnis der Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion besteht<sup>22</sup>. Der grundrechtliche Schutz bezieht seine Geltung von mehreren Grundrechten der Verfassung. In der Literatur werden zahlreiche Vorschläge zur Lösung von echten Grundrechtskonkurrenzen diskutiert<sup>23</sup>. Es handelt sich um die Methoden der Elimination (Ziff. 2), der Schrankendivergenz (Ziff. 3) und der Kumulation (Ziff. 4).

#### 2. Elimination: Zurückdrängung echter Konkurrenz

Grundrechtskonkurrenzen können als Frage der exakten Tatbestandsabgrenzung und des Tatbestandsausschlusses behandelt werden, indem jedem

Sachverhalt *ausschliesslich* ein Grundrecht zuzuordnen ist<sup>24</sup>. Es trifft zu, dass durch Sachverhaltszerlegung oder genaue Tatbestandsabgrenzungen Scheinkonkurrenzen eliminiert werden können und dadurch die Zahl der Grundrechtskonkurrenzen

<sup>15</sup> Vgl. HUBER (Fn. 13), 173 f., der für die Gewerbefreiheit und die Eigentumsгарantie ein Rangverhältnis ablehnt. Siehe auch ADANK (Fn. 13), 80 f.

<sup>16</sup> Vgl. dazu GYGI (Fn. 11), 66. Vgl. auch DANIEL THÜRER, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, ZSR NF Bd. 106, II Halbband 1987, 413 ff. (462); sowie ebenso ROHRER (Fn. 5), 124 mit Literaturhinweisen. Für Deutschland siehe STERN (Fn. 5), 1374; LOTHAR H. FOHMANN, Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich, EuGRZ 1985, 49 ff. (53). Vor allem in der deutschen Lehre ist aber teilweise versucht worden, dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes eine Wertrangordnung der Grundrechte zugrunde zu legen und auf diese Weise die Frage der Grundrechtskonkurrenzen zu lösen. Vgl. dazu die Literaturnachweise bei ROHRER (Fn. 5), 97 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu ROHRER (Fn. 5), 104 ff.; 124.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 82 ff. BGG.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 113 ff. BGG.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG. Vgl. auch PETER KARLEN, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, 27 f.

<sup>21</sup> Vgl. etwa: BGE 133 II 249 E. 1.4 254. Das Bundesgericht hat damit seine Rechtsprechung zu 90 Abs. 1 lit. b OG fortgeführt. Vgl. dazu auch KARLEN (Fn. 20), 27 f. Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch zu Art. 90 Abs. 1 lit. b OG siehe schon MÜLLER, Einleitung (Fn. 10), Rz. 190 f.; GYGI (Fn. 11), 62 f.

<sup>22</sup> Vgl. Ziff. IV.1. und Fn. 36.

<sup>23</sup> Das Problem der Grundrechtskonkurrenzen ist vor allem von der deutschen Lehre im Hinblick auf die schrankendivergenten Grundrechte diskutiert worden. In der schweizerischen und österreichischen Lehre ist dieses Thema bisher weniger intensiv erörtert worden. Vgl. dazu ARTHUR HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985, 235 f.; ROHRER (Fn. 5), 16 ff. und 37 ff.; FOHMANN (Fn. 16), 52 ff.; HANGARTNER (Fn. 14), 171 f.; WILFRIED BERG, Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, Diss. Berlin 1968, 9 ff.

<sup>24</sup> Vgl. etwa: GYGI (Fn. 11), 65 ff.; siehe auch MÜLLER, Einleitung (Fn. 10), Rz. 193 ff. Für Deutschland vergleiche HERBERT WEHRHAHN, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR, Band 82 (Band 43 der Neuen Folge) 1957, 250 ff. (273 f.). Vergleiche auch die Literaturübersicht bei BERG (Fn. 23), 49 ff.; siehe auch die Literaturnachweise bei FOHMANN (Fn. 16), 53.

auf ein Mindestmass beschränkt werden kann<sup>25</sup>. Diese Vorgehensweise ist zulässig; sie darf aber nicht zu Lasten der Effektivität des Grundrechtsschutzes gehen<sup>26</sup>. In diesem Sinne hat etwa Wilfried Berg ausgeführt:

«Für eine Lösung grundrechtlicher Konkurrenzen bleibt danach festzuhalten, dass erste Voraussetzung eine klare und saubere Abgrenzung der Tatbestände sein muss; eine bedingungslose Ausgrenzung (Tatbestandsausschluss) verhindert hingegen schon die Erkenntnis echter Überschneidungen und führt, da sie häufig undurchführbar ist, zu Verzerrungen der Tatbestandsmerkmale [...]»<sup>27</sup>

Auch das Bundesgericht versucht in der neueren Rechtsprechung teilweise die Grundrechtskonkurrenzen dadurch zu lösen, dass es den sachlichen Schutzbereich einzelner Grundrechte genau abgrenzt. Beispielsweise fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Werbebotschaften, die kommerziellen Zwecken dienen, ausschliesslich in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, während die Meinungsäusserungsfreiheit, die Informations-

freiheit und die Pressefreiheit dadurch nicht betroffen sind. Das Bundesgericht führte dazu aus:

«Die Meinungsäusserungsfreiheit schützt als Freiheitsrecht den Anspruch des Einzelnen, jegliche Gedankenvorgänge sowohl öffentlich als auch privat kundzutun. Allerdings werden vom Schutzbereich *grundsätzlich* nur ideelle Inhalte erfasst; Äusserungen, welche kommerziellen Zwecken dienen, fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Geltungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit [...]»<sup>28</sup>

Durch die Einschränkung auf «grundsätzlich» ideelle Inhalte hält sich das Bundesgericht aber die Möglichkeit offen, in einem Einzelfall auch Äusserungen zu kommerziellen Zwecken unter das Grundrecht «Meinungsfreiheit» zu subsumieren.

### 3. Differenzierung nach Schrankendivergenz

Art. 36 BV stellt eine allgemeine Regelung zur Einschränkung von Grundrechten auf. Danach erfordert eine Einschränkung eines Grundrechtes eine gesetzliche Grundlage, zudem müssen schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen im Weiteren der Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter. Darüber hinaus müssen Einschränkungen von Grundrechten verhältnismässig sein und der Kerngehalt der Grundrechte darf nicht angetastet werden. Diese allgemein formulierten Schranken des Art. 36 BV sind für jedes Grundrecht einzeln zu konkretisieren<sup>29</sup>. Deshalb ist es möglich, dass sich für verschiedene Grundrechte auch unterschiedliche Eingriffsschranken ergeben<sup>30</sup>.

Die Problematik der Schrankendivergenz von Grundrechten wurde weniger in der schweizerischen als vielmehr in der deutschen Rechtsprechung und Lehre thematisiert. Denn das Grundgesetz enthält eine differenzierte Schrankensystematik, so dass für jedes Grundrecht unterschiedliche Schranken gelten. Nach einer Lehrmeinung soll deshalb bei Konkurrenzen von Grundrechten mit Schrankendivergenz «das stärker einschränkbare Grundrecht»<sup>31</sup> massgebend sein<sup>32</sup>. Diese These stärkt die staatlichen Interventionen und schwächt die Grundrechtsbindung staatlichen Handelns. Es wird auch das Gegenteil vertreten, wonach bei Konkurrenzen zwischen schrankendivergenten Grundrechten dem «am wenigsten einschränkbar[en]»<sup>33</sup> Grundrecht der

25 Vgl. STERN (Fn. 5), 1378 ff.; HESS (Fn. 5), 51 ff.; BERG (Fn. 23), 49 ff. und 75.

26 Vgl. in diesem Sinn auch HESS (Fn. 5), 56; BERG (Fn. 23), 75; STERN (Fn. 5), 1383. Siehe auch FOHMANN (Fn. 16), 53 mit Literaturnachweisen.

27 BERG (Fn. 23), 75. Vgl. dazu auch ROHRER (Fn. 5), 25 ff.

28 BGE 125 I 417 E. 3a 420 f., diese und alle noch folgenden *kursiv* geschriebenen Textstellen sind Hervorhebungen der Verfasser. Vgl. auch BGE 128 I 295 E. 5a 308. Vgl. dazu auch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999, (zitiert: MÜLLER, Grundrechte), 204 und 253. Siehe allgemein zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Grundrechtskonkurrenzen HOTTELIER (Fn. 6), Rz. 27 ff.

29 Zur Bedeutung des Art. 36 BV siehe MARKUS SCHEFER, Beeinträchtigung von Grundrechten, § 208, Rz. 1 ff., in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Heidelberg 2007; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 302 ff.

30 Vgl. SCHEFER (Fn. 29), Rz. 12 f.

31 BERG (Fn. 23), 54.

32 Vgl. die Literaturnachweise bei BERG (Fn. 23), 54 ff.; STERN (Fn. 5), 1390 f.; ROHRER (Fn. 5), 27 f.

33 STERN (Fn. 5), 1391.

Vorrang zukomme<sup>34</sup>. Diese These schützt die Individualfreiheit stärker und auferlegt dem staatlichen Handeln mehr Bindungen. Insgesamt ist die Theorie der Schrankendivergenz wenig hilfreich, da keine überzeugenden Kriterien für den generellen Vorrang bzw. Nachrang des stärker einschränkbareren Grundrechts sprechen.

## 4. Kumulation

Schliesslich wurde in der Lehre vorgeschlagen, keinem Grundrecht den Vorrang einzuräumen, sondern die verschiedenen Grundrechte kumulativ, d. h. miteinander und gleichzeitig heranzuziehen<sup>35</sup>. Diese Vorgehensweise findet sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dieses hatte im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit ausgeführt:

«Die Beschwerdeführer rügen, dass der angefochtene Erlass sowohl gegen die Eigentumsgarantie als auch gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstosse. Der Landratsbeschluss über das Verfahren bei Schaffung neuer Verkaufsflächen bildet [...] Teil der Regionalplanung und hat insoweit baurechtlichen Charakter. Er berührt indessen die Interessen der Grundeigentümer nur eher am Rande. Die Möglichkeit, sein Land für den Bau eines Einkaufszentrums zur Verfügung zu stellen, bedeutet aus der Sicht des einzelnen Grundeigentümers nur eine Nutzungsmöglichkeit unter vielen andern, und dort, wo ein derartiges Projekt praktisch überhaupt in Betracht kommt, wird meist auch eine andere finanziell interessante Überbauung des Grundstückes möglich sein. Die Baufreiheit der Grundeigentümer wird insofern nur geringfügig beschränkt. Der Landratsbeschluss trifft vor allem jene Unternehmen des Detailhandels, die daran interessiert sind oder in Zukunft interessiert sein könnten, im Kanton Basel-Landschaft Einkaufszentren mit mehr als 1000 m<sup>2</sup> Nettoladenfläche zu betreiben, und zwar unabhängig davon, ob sie selber Eigentümer des hiezu benötigten Areals sind oder nicht. *Der angefochtene Beschluss berührt somit nicht bloss die Eigentumsgarantie, sondern in noch stärkerem Masse die Handels- und Gewerbefreiheit und ist daher, entsprechend den erhobenen Rügen, sowohl unter dem Gesichtswinkel des einen wie des anderen Grundrechtes zu prüfen.*»<sup>36</sup>

Das heisst, bei der Konkurrenz der Grundrechte «Eigentumsgarantie» und «Wirtschaftsfreiheit» untersucht das Bundesgericht beide Grundrechte daraufhin, ob diese durch die angefochtene behördliche Entscheidung verletzt werden.

Dieselbe Vorgehensweise zeigte sich auch bei den Grundrechten «Meinungsfreiheit» (Art. 16 BV) und «Versammlungsfreiheit» (Art. 22 BV). So hatte das Bundesgericht ein kantonales Vermummungsverbot sowohl im Lichte der Meinungsfreiheit als auch der Versammlungsfreiheit untersucht und erklärt:

«Die Maskierung oder sonstige Unkenntlichmachung ist hier Mittel der Meinungsäusserung und zugleich auch Mittel zur Verwirklichung des Versammlungszwecks, der darin besteht, eine bestimmte Meinung nach aussen kundzutun. In solchen Fällen wird mit dem Verbot, sich bei Versammlungen und Demonstrationen unkenntlich zu machen, eine bestimmte Form der Ausübung der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit betroffen und damit in den Schutzbereich dieser Freiheitsrechte eingegriffen. In den übrigen Fällen hat das Verbot zur Folge, dass der Bürger nicht in der von ihm gewünschten Aufmachung an Versammlungen teilnehmen und seine Meinung äussern kann. Auch hier berührt die kantonale Norm den Schutzbereich der genannten Grundrechte am Rande»<sup>37</sup>.

Das Bundesgericht wendet hier also die betroffenen Grundrechte kumulativ an. Es untersucht mehrere Grundrechte nebeneinander und entscheidet einzelfallbezogen, welches bzw. welche Grundrechte durch eine behördliche Massnahme verletzt wird bzw. werden.

Auch zwischen der Rechtsgleichheit und spezifischen Grundrechten kann es oft zu Konkurrenzen kommen, da die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) einen umfassenden Gewährleistungsbereich besitzt und im Gegensatz zu den Freiheitsrechten für «sämtliche Bereiche staatlicher Tätigkeit»<sup>38</sup> gilt. Insbesondere

<sup>34</sup> Vgl. etwa: FRIEDRICH MÜLLER, Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl., Berlin 1990, 52 f., 97 f.; BERG (Fn. 23), 134 ff. Vergleiche auch die Literaturübersicht bei: BERG (Fn. 23), 59 ff.; STERN (Fn. 5), 1391 f.; ROHRER (Fn. 5), 28 f.

<sup>35</sup> Vergleiche die Nachweise bei BERG (Fn. 23), 63 f.

<sup>36</sup> BGE 102 Ia 104 E. 3 113. Siehe dazu auch HÄFELIN/HALLER (Fn. 29), Rz. 603 f.; HANGARTNER (Fn. 14), 162 f. und 171 f.; HOTTELIER (Fn. 6), Rz. 27 ff.

<sup>37</sup> BGE 117 Ia 472 E. 3 c 479. Vgl. ferner etwa: BGE 127 I 164 ff.; BGE 132 I 256 ff.

<sup>38</sup> BEATRICE WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, § 41, Rz. 1 ff. (Rz. 10), in: Daniel Thüerer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001.

dere kann sich die Rechtsgleichheit auch auf einen durch ein spezifisches Grundrecht geschützten sachlichen Gewährleistungsbereich beziehen und den Inhalt der spezifischen Grundrechte dadurch beeinflussen. Das Bundesgericht wendet auch bei Konkurrenzen von Rechtsgleichheit und spezifischen Grundrechten die betroffenen Grundrechte kumulativ an<sup>39</sup>.

## IV. Unechte Grundrechtskonkurrenzen

### 1. Begriff

Von der echten Grundrechtskonkurrenz ist die unechte Grundrechtskonkurrenz (Gesetzeskonkurrenz im Strafrecht) zu unterscheiden. Letztere liegt vor, wenn durch denselben Sachverhalt mehrere Grundrechte betroffen und anwendbar sind, die im Verhältnis der Spezialität (Ziff. 2), Subsidiarität (Ziff. 3) oder Konsumtion (Ziff. 4) zueinander stehen<sup>40</sup>. Letztere drei Prinzipien führen dazu, dass auf den betreffenden Sachverhalt schliesslich nur ein

Grundrecht anwendbar ist, weil die andern (theoretisch auch anwendbaren) Grundrechte zurücktreten oder verdrängt werden.

### 2. Spezialität

Von Spezialität wird im Hinblick auf Grundrechte gesprochen, wenn ein Grundrechtstatbestand alle Merkmale eines anderen Tatbestandes umfasst und darüber hinaus noch weitere spezialisierende Merkmale aufweist. In diesem Fall geht gemäss der Regel «lex specialis derogat legi generali» das speziellere Grundrecht dem allgemeinen Grundrecht vor<sup>41</sup>.

Ein Spezialitätsverhältnis besteht beispielsweise zwischen den Diskriminierungstatbeständen des Art. 8 Abs. 2 BV und dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 8 Abs. 1 BV<sup>42</sup>. Ebenso ist das Geschlechtergleichbehandlungsgebot des Art. 8 Abs. 3 BV lex specialis zum Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts (Art. 8 Abs. 2 BV)<sup>43</sup>.

### 3. Konsumtion

Die Konsumtion eines Grundrechtes liegt vor, wenn ein Grundrechtstatbestand zwar nicht in allen Merkmalen, wohl aber «wertmässig» dem materiellen Gehalt nach in einem anderen Grundrechtstatbestand enthalten ist<sup>44</sup>. Im Unterschied zur Spezialität, die eine Verdrängung aufgrund «logischer Exklusion»<sup>45</sup> darstellt, handelt es sich bei der Konsumtion um eine Verdrängung durch «wertende Argumentation»<sup>46</sup>. Die Konsumtion besitzt bei der Konkurrenz von Grundrechtsnormen allerdings keine praktische

<sup>39</sup> Vgl. etwa: BGE 104 Ia 377 ff. (Meinungsäusserungsfreiheit, Pressefreiheit und Rechtsgleichheit); BGE 129 I 113 ff. (Koalitionsfreiheit und Rechtsgleichheit). Vgl. dazu auch VENANZONI (Fn. 9), 290 f.; HOTTELIER (Fn. 6), Rz. 30. Für Deutschland siehe HESS (Fn. 5), 547 f.

<sup>40</sup> Vgl. FOHMANN (Fn. 16), 53. Die Probleme der unechten Konkurrenzen sind vor allem im Strafrecht von Bedeutung. Zu den unechten Konkurrenzen im Strafrecht siehe etwa: STRATENWERTH (Fn. 1), 478 ff.; DONATSCH/TAG (Fn. 1), 392 ff.

<sup>41</sup> Vgl. BERG (Fn. 23), 162; STERN (Fn. 5), 1400 ff.; ROHRER (Fn. 5), 29 ff.; FOHMANN (Fn. 16), 53, der darauf hinweist, dass der Begriff der Spezialität in der Lehre nicht einheitlich verwendet werde. Überwiegend findet die hier dargestellte Definition Anwendung.

<sup>42</sup> Das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV kann als eine «negative Steigerung» des allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen werden. Vgl. dazu ANNE PETERS, Diskriminierungsverbote, § 211, Rz. 1 ff. (Rz. 3 f.), in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Heidelberg 2007. Für Deutschland siehe STERN (Fn. 5), 1402.

<sup>43</sup> Vgl. dazu Vgl. PETERS (Fn. 42), Rz. 68. Für Deutschland siehe STERN (Fn. 5), 1402.

<sup>44</sup> So hat das Bundesgericht im Hinblick auf das Strafrecht in BGE 91 IV 211 E. 4 213 f. festgehalten: «Gesetzeskonkurrenz (unechte) liegt nicht nur vor, wenn wie im Falle der Spezialität der besondere Tatbestand den allgemeinen in allen Teilen in sich schliesst, sondern auch dann, wenn der eine Tatbestand nicht mit allen einzelnen Merkmalen, wohl aber wertmässig, dem Verschulden und Unrecht nach, im andern enthalten ist, so dass die eine Bestimmung die andere konsumiert.»

<sup>45</sup> BERG (Fn. 23), 162.

<sup>46</sup> STERN (Fn. 5), 1400. Vgl. zu alledem STERN (Fn. 5), 1398 ff.; BERG (Fn. 23), 162.

Bedeutung und wird in der Grundrechtsprechung nicht angewendet.

## 4. Subsidiarität

Mit Subsidiarität wird in diesem Zusammenhang die «hilfsweise Anwendbarkeit»<sup>47</sup> eines Grundrechtes bezeichnet. Das heisst, ein Grundrecht wird hilfsweise angewandt, wenn der Sachverhalt nicht in den Schutzbereich eines anderen Grundrechtes fällt. Ist dagegen der Schutzbereich eines anderen Grundrechtes betroffen, tritt das subsidiäre Grundrecht dahinter zurück<sup>48</sup>.

Das Bundesgericht versteht die persönliche Freiheit als subsidiäres Auffanggrundrecht. Mit den Worten des Bundesgerichtes gesprochen:

«En effet, la liberté personnelle se conçoit comme une garantie générale et subsidiaire. Elle ne s'applique donc pas lorsque l'épanouissement de la personnalité du citoyen est touché sous un aspect protégé par une liberté individuelle plus spécifique [...]»<sup>49</sup>

Auch die Meinungsfreiheit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes gegenüber den speziellen Formen der Kommunikation, der Informationsfreiheit (Art. 16 BV), der Medienfreiheit (Art. 17 BV), der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) und der Kunstfreiheit (Art. 21 BV) ein subsidiäres Auffanggrundrecht<sup>50</sup>. Dasselbe gilt ebenso für die Garantie der Menschenwürde<sup>51</sup>. Diese Grundrechte sind erst zu prüfen, wenn kein anderes Grundrecht betroffen ist.

Das Willkürverbot (Art. 9 BV) besitzt einen umfassenden sachlichen Gewährleistungsbereich. Es ist «nicht auf bestimmte Lebensbereiche oder Sachfragen zugeschnitten»<sup>52</sup>, sondern garantiert für die gesamte Rechtsordnung einen Minimalstandard an Recht und Gerechtigkeit. Deshalb wird das Willkürverbot in der Lehre auch als subsidiäres Auffanggrundrecht bezeichnet<sup>53</sup>. Das würde bedeuten, dass das Willkürverbot nicht zur Anwendung gelangt, wenn auch ein spezifisches Grundrecht für einen Sachverhalt tatbestandlich einschlägig ist. Trotzdem verfährt das Bundesgericht beim Willkürverbot anders: Es prüft bei der Rüge desselben Sachverhalts wegen Verletzung des Willkürverbots und wegen Verletzung eines spezifischen Grundrechtes zunächst, ob eine Verletzung des Willkürverbots vorliegt. Falls dieses durch eine behördliche Entscheidung nicht verletzt wird, untersucht das Bundesgericht anschliessend noch, ob die behördliche Entscheidung gegen spezifische Grundrechte verstösst<sup>54</sup>. Das Bundesgericht nimmt für das Willkürverbot damit ein «umgekehrtes Subsidiaritätsverhältnis» an, indem es bei gleichzeitiger Rüge desselben Sachverhalts wegen Verletzung eines spezifischen Grundrechtes und wegen Verletzung des Willkürverbots zunächst untersucht, ob das Willkürverbot verletzt wurde. Diese Rechtsprechung kann nicht überzeugen. Das Bundesgericht sollte sich vielmehr zu den sachlichen Gewährleistungsbereichen der spezifischen Grundrechte äussern und auf das Willkürverbot erst rekurrieren, wenn kein spezifisches Grundrecht betroffen ist.

47 FOHMANN (Fn. 16), 53.

48 Vgl. BERG (Fn. 23), 162; FOHMANN (Fn. 16), 53, der betont, dass der Begriff der Subsidiarität in der Lehre nicht einheitlich verwendet werde, jedoch überwiegend von der dargestellten Definition ausgegangen werde.

49 BGE 123 I 296 E. 2 b 301. Vgl. dazu auch MÜLLER, Grundrechte (Fn. 28), 8 f. mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung. Zur älteren Rechtsprechung siehe auch ROHRER (Fn. 5), 79 ff.

50 Vgl. BGE 127 I 145 E. 4 b 151. Vgl. auch MÜLLER, Grundrechte (Fn. 28), 248; HÄFELIN/HALLER (Fn. 29), Rz. 462.

51 Vgl. BGE 132 I 49 E. 5.1 54 f. Ausführlich zur Geltung des Grundsatzes der Menschenwürde in der Bundesverfassung siehe KLEY (Fn. 14), 323 ff.

52 THÜRER (Fn. 16), 442.

53 Vgl. HÄFELIN/HALLER (Fn. 29), Rz. 807; MÜLLER, Einleitung (Fn. 10), Rz. 202 f.; THÜRER (Fn. 16), 461 f. Siehe auch die Literaturhinweise bei FELIX UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005, 255 ff. FELIX UHLMANN weist allerdings richtig daraufhin, dass das Willkürverbot ein vollwertiges Grundrecht ist, das anderen Grundrechten rechtlich gleichwertig ist und lediglich aus praktischen Gründen subsidiär zur Anwendung gelangt.

54 Vgl. etwa: BGE 106 I a 299 E. 2 b 303 f. Vgl. dazu auch MÜLLER, Einleitung (Fn. 10), Rz. 202 f.; THÜRER (Fn. 16), 461 f.

## 5. Wirkung der verdrängten bzw. zurücktretenden Grundrechtsnorm

Eine Lehrmeinung will im Fall einer unechten Grundrechtskonkurrenz der verdrängten Grundrechtsnorm «keinerlei Rechts- und damit auch keine Restwirkung»<sup>55</sup> zugestehen<sup>56</sup>. Nach der Gegenmeinung greift die Verdrängung einer Grundrechtsnorm nur insoweit, «als sich die Rechtsfolgen effektiv widersprechen»<sup>57</sup>. Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht explizit mit dieser Frage befasst, es scheint aber von ersterer Meinung auszugehen<sup>58</sup>.

## V. Konkretes Vorgehen bei Konkurrenzsituationen

Grundrechtskonkurrenzen bedeuten nach der hier vertretenen Auffassung, dass für einen Sachverhalt und einen Grundrechtsträger mehrere Grundrechte aus derselben Rechtsquelle tatbestandlich einschlägig sind. Dabei ist zwischen echten und unechten Grundrechtskonkurrenzen zu differenzieren. Von einer echten Grundrechtskonkurrenz wird gesprochen, wenn für einen Sachverhalt und einen Grundrechtsträger mehrere Grundrechte tatbestandlich

einschlägig sind, zwischen denen kein Verhältnis der Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion besteht. Eine unechte Grundrechtskonkurrenz liegt dagegen vor, wenn durch denselben Sachverhalt mehrere Grundrechte betroffen sind, die im Verhältnis der Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion zueinander stehen.

Ob eine Grundrechtskonkurrenz vorliegt, kann nicht abstrakt im Verhältnis der Grundrechte zueinander ermittelt werden, sondern muss konkret für jeden Sachverhalt einzeln festgestellt werden. Erscheinen für einen Sachverhalt und einen Grundrechtsträger mehrere Grundrechte tatbestandlich einschlägig, empfiehlt sich folgende Vorgehensweise:

(1) In einem ersten Schritt sind die Schutzbereiche der betroffenen Grundrechte zu bestimmen. Möglicherweise ergibt diese Analyse, dass eines oder mehrere Grundrechte nicht anwendbar ist bzw. sind. So schützt die Meinungsäußerungsfreiheit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts *grundsätzlich* nur ideelle Inhalte, während Äusserungen, die kommerziellen Zwecken dienen nicht in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit fallen.

(2) Bleiben nach erfolgter Schutzbereichsabgrenzung mehrere Grundrechte für einen Sachverhalt einschlägig, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ein Fall der unechten Grundrechtskonkurrenz vorliegt. Eine unechte Grundrechtskonkurrenz ist gegeben, wenn die betroffenen Grundrechte im Verhältnis der Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion zueinander stehen. Trifft dies zu, sind die «verdrängten» Grundrechte nicht weiter zu untersuchen. So ist beispielsweise das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV *lex specialis* zum allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 8 Abs. 1 BV. Das gilt ebenso für das Geschlechtergleichbehandlungsgebot des Art. 8 Abs. 3 BV im Verhältnis zum allgemeinen Gleichheitssatz. Das Willkürverbot, die persönliche Freiheit und die Menschenwürde sind Auffanggrundrechte, die erst zur Anwendung gelangen, wenn kein spezifisches Grundrecht betroffen ist, das heisst, sie sind im Verhältnis zu den spezifischen Grundrechten subsidiär.

(3) Bleiben auf diese Weise mehrere Grundrechte zur Beurteilung eines Sachverhalts übrig, liegt ein Fall einer echten Grundrechtskonkurrenz vor. Da-

<sup>55</sup> FOHMANN (Fn. 16), 53 f.

<sup>56</sup> Vgl. etwa: STERN (Fn. 5), 1377 f.; BERG (Fn. 23), 162 f., der meint, die verdrängte Norm besitze keine Restwirkung und in der Folge festhält, die Regeln der unechten Normenkonkurrenz (Gesetzeskonkurrenz) seien für den Bereich der Grundrechte grundsätzlich nicht anwendbar, da ansonsten das Ziel des «vollkommenen Freiheitsschutzes» nicht gewährleistet wäre.

<sup>57</sup> FOHMANN (Fn. 16), 53 f. Vgl. in diesem Sinn etwa: MANFRED DEGEN, *Pressefreiheit Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie*. Zugleich ein Beitrag zur Problematik von Grundrechtskonkurrenzen, Berlin 1981, 296 f. mit Literaturhinweisen. Siehe zu diesem Problem auch FOHMANN (Fn. 16), 53 f. mit Literaturhinweisen.

<sup>58</sup> Vgl. dazu etwa die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Subsidiarität der Meinungsfreiheit im Verhältnis zu den speziellen Formen der Kommunikation. Vgl. vorne Fn. 50. Vgl. ebenso die Rechtsprechung zur persönlichen Freiheit als subsidiäres Auffanggrundrecht vorne Fn. 49. Vgl. dagegen aber die Rechtsprechung zum Auffanggrundrecht Willkürverbot vorne Fn. 54.



# grundrechtszyklus

---

bei ist die kumulative Anwendung der einschlägigen Lösung das richtige Vorgehen. Das bedeutet, dass in

diesem Fall in einem dritten Schritt für jedes einzelne Grundrecht noch zu untersuchen ist, ob dieses im gegenständlichen Fall auch verletzt wurde<sup>49</sup>.

---

**59** Dieser Vorschlag für ein konkretes Vorgehen wird im Wissen um eine schwankende und uneinheitliche Lehre und Praxis gemacht. Für die Prozessführung ist zu beachten, dass das Bundesgerichtsgesetz mit seinem Rügeprinzip (Fn. 20) von Seiten der Beschwerdeführer ein kumulatives

---

Vorgehen nahelegt: Ein zuviel angerufenes Grundrecht kann nicht schaden, wohl aber ein versehentlich nicht angerufenes Grundrecht.