



Institut für Föderalismus  
Institut du Fédéralisme  
Institute of Federalism

## Kurzgutachten zum Bundesgerichtsentscheid 145 I 73

Zuhanden der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR  
Commission fédérale contre le racisme CFR  
Commissione federale contro il razzismo CFR Inselgasse 1, CH-3003 Bern

Prof. Dr. Eva Maria Belser / Liliane Minder, MLaw, RA

Dezember 2019

Universität Freiburg  
Institut für Föderalismus Av. Beauregard 1  
CH-1700 Freiburg

Tel. +41 (0) 26 300 8125  
[www.federalism.ch](http://www.federalism.ch)



**UNIVERSITÉ DE FRIBOURG** FACULTÉ DE DROIT  
**UNIVERSITÄT FREIBURG** RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Ausgangslage und Fragestellung .....</b>	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>Kurzzusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....</b>	<b>4</b>
<b>III.</b>	<b>Erwägungen des Bundesgerichts .....</b>	<b>7</b>
1.	Einleitende Bemerkungen zum Schutz der Minderheiten in der Schweiz .....	7
2.	Zur Rüge der Diskriminierung.....	8
3.	Zur Rüge der Verletzung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit .....	10
4.	Zur Rüge der Verletzung der Privatsphäre und der Verfahrensgarantien .....	11
<b>IV.</b>	<b>Vorgaben des Verfassungs- und Völkerrechts.....</b>	<b>13</b>
1.	Die Pflicht zur umfassenden Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte ..	13
2.	Die Diskriminierungsverbote des Verfassungs- und Völkerrechts .....	15
a.	Im Allgemeinen .....	15
b.	Nach der Antirassismuskonvention.....	17
3.	Der besondere Schutz der Angehörigen von Minderheiten .....	19
a.	Im Allgemeinen.....	19
b.	Nach dem Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten .....	21
<b>V.</b>	<b>Analyse der Erwägungen des Bundesgerichts .....</b>	<b>24</b>
1.	Einleitende Bemerkungen zur abstrakten Normenkontrolle.....	24
2.	Das LSCN und die Diskriminierungsverbote .....	27
a.	Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der fahrenden Lebensweise im Allgemeinen	27
b.	Die Rücksicht auf die fahrende Lebensweise im Rahmen der Raumplanung.....	30
c.	Die Unterscheidung zwischen verschiedenen Gruppen von Fahrenden.....	33
d.	Die Gleichbehandlung bzw. Ungleichbehandlung mit Mieterinnen und Mietern .....	34
3.	Verfahrensgarantien.....	37
<b>VI.</b>	<b>Schlussbetrachtungen.....</b>	<b>40</b>
<b>VII.</b>	<b>Literatur- und Materialienverzeichnis .....</b>	<b>42</b>

## I. Ausgangslage und Fragestellung

Am 20. Februar 2018 verabschiedete das Parlament des Kantons Neuenburg einstimmig das Gesetz zum Aufenthalt über Lagerplätze fahrender Gemeinschaften (*Loi sur le stationnement des communautés nomades*, LSCN). Das neue Gesetz, das aus 34 Artikeln besteht, befasst sich mit dem Aufenthalt nationaler und ausländischer fahrender Gemeinschaften im Kanton Neuenburg. Es regelt die Koordination zwischen den Behörden, die Voraussetzungen und Verfahren für die Schaffung von Aufenthalts- und Transitplätzen, die Nutzungsbedingungen, die Rechte und Pflichten der fahrenden Gemeinschaften und die Räumung illegaler Standplätze (Art. 2 LSCN). Es verfolgt nach seinem Zweckartikel das Ziel, den Aufenthalt und den Transit fahrender Gemeinschaften im Kanton zu regeln « *dans le respect des intérêts de la population sédentaire et du mode de vie des communautés nomades* » (Art. 1 LSCN). Das Verhältnis zu anderen Gesetzen ist nicht vollends klar. Aufgrund seiner spezialgesetzlichen Natur geht das LSCN anderen kantonalen Erlassen, wie den Bestimmungen zum Verwaltungsrecht oder dem Gesetz zur Nutzung des öffentlichen Raums, grundsätzlich vor. In der Präambel verweist das LSCN aber auf das kantonale Polizeigesetz und in Art. 30 Abs. 3 LSCN auf das kantonale Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (LPJA). Das Bundesgericht hält denn auch fest, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip, das im Polizeigesetz (Art. 42 LPol/NE), aber nicht im LSCN ausdrücklich verankert ist, auch für die Anwendung des LSCN gilt und verweist für die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs auf das LPJA.<sup>1</sup>

Das neue Gesetz des Kantons Neuenburg, das am 1. April 2018 in Kraft getreten ist, ist das zweite Spezialgesetz, das in der Schweiz erlassen worden ist, um den Aufenthalt von Roma, Sinti und Manouches auf kantonalem Gebiet zu regeln. 2014 hatte der Kanton Basel-Landschaft als erster ein Gesetz über Stand- und Durchgangsplätze für Fahrende erlassen.<sup>2</sup> Im Unterschied zum neuenburgischen Gesetz, das vornehmlich auf einen Interessenausgleich der fahrenden mit der sesshaften Bevölkerung zielt und nur wenige Vorkehrungen zur Bekämpfung des gravierenden Mangels an Standplätzen vorsieht, dient das baselländische Gesetz in erster Linie dazu, «für die Schweizer Fahrenden auf dem Kantonsgebiet die erforderlichen Stand- und Durchgangsplätze zur Verfügung» zu stellen (Art. 1 Abs. 1). Es sieht vor, dass der kantonale Richtplan die Zahl der erforderlichen Stand- und Durchgangsplätze sowie deren Grösse und Rahmenbedingungen festlegt, und dass die Standortgemeinden für Stand- und Durchgangsplätze Spezialzonen ausscheiden (Art. 2 Abs. 1 und 2). Das Gesetz hält auch fest, dass der Kanton auf seine Kosten Grundstücke im Verwaltungsvermögen, einschliesslich Zufahrt, Wasser und Abwasseranschluss, Strom und sanitäre Anlagen, zur Verfügung stellt, dass die baulichen Massnahmen und der Unterhalt zu Lasten des Kantons gehen und der Kanton auch allfällige Sozialkosten von Fahrenden auf Standplätzen übernimmt (Art. 3). Die Gemeinden haben dagegen für den Betrieb und den Unterhalt der Plätze zu sorgen, wobei sich die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung nach dem Polizei- und dem Gemeindegesetz richtet (Art. 4 Abs. 1). Die Gemeinden des Kantons Basel-Landschaft sind nach Gesetz berechtigt, von den Fahrenden für die Benutzung der Stand- und Durchgangsplätze «maximal kostendeckende Tagespauschalen» zu verlangen (Art. 4 Abs. 2), die sich durch eine ange-

<sup>1</sup> BGE 145 I 73 E. 7.1.2. und 7.2.2.2.

<sup>2</sup> Gesetz des Kantons Basel-Landschaft über Stand- und Durchgangsplätze für Fahrende vom 20. Februar 2014.

messene Kautio sicherstellen lassen können (Art. 4 Abs. 3). Sie sind ausserdem befugt, ein Betriebskonzept und eine Nutzungsordnung zu erlassen und den Betrieb von Stand- und Durchgangsplätzen zu regeln (Art. 4 Abs. 4).

Im Unterschied zum Gesetz des Kantons Basel-Landschaft, das Massnahmen zur Schaffung der benötigten Plätze und zur finanziellen Entlastung der Gemeinden vorsieht, steht im neuen Gesetz des Kantons Neuenburg die Regelung des Aufenthalts von fahrenden Gemeinschaften auf dem Kantonsgebiet im Zentrum. Das Gesetz sieht denn auch zahlreiche spezialgesetzliche Pflichten für fahrende Gemeinschaften vor und unterstellt ihren Aufenthalt verschiedenen formellen und zeitlichen Einschränkungen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die neuen Regelungen im Einklang mit den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben, namentlich den Diskriminierungsverboten, stehen. Da das Gesetz des Kantons Neuenburg neben dem Gesetz des Kantons Basel-Landschaft das erste seiner Art ist und anderen Kantonen möglicherweise als Vorlage für eigene Gesetze zur Regelung des Aufenthalts fahrender Gemeinschaften dienen könnte, ist die Frage nach der Vereinbarkeit des Gesetzes mit der Bundesverfassung und dem Völkerrecht von allgemeiner Bedeutung für den Status jener Menschen in der Schweiz, die eine nomadisierende oder halbnomadisierende Lebensform pflegen.<sup>3</sup> Aus diesem Grund hat die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) im Jahre 2018 Herrn Rainer J. Schweizer, Prof. em. Dr. iur. für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht, und Herrn Max De Brouwer beauftragt, die für den Diskriminierungsschutz und Grundrechtsschutz bedeutsamen rechtlichen Fragen zu klären. Das Gutachten kam zum Schluss, dass das LSCN gegen verschiedene verfassungs- und völkerrechtliche Normen verstösst.<sup>4</sup>

Zwei Neuenburger Bürger jenesischer Herkunft, der jenesische Verein schäft qwant und die Gesellschaft für bedrohte Völker haben unmittelbar nach seiner Verabschiedung beim Bundesgericht eine Beschwerde gegen das neue Neuenburger Gesetz zum Aufenthalt von Fahrenden eingereicht. Im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle rügten sie eine Verletzung von Art. 4 und 5 des Europäischen Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten, von Art. 17 und 27 UN-Pakt II, Art. 2 FZA, Art. 6 und 8 EMRK sowie verschiedener Bestimmungen der Bundesverfassung. Am 13. Februar 2019 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab – vgl. BGE 145 I 73.

Die EKR stellt sich die Frage, welche Folgen der höchstrichterliche Entscheid für den Schutz der Grundrechte und insbesondere den Schutz vor Diskriminierung der Roma, Sinti und Manouches und anderer fahrender Gemeinschaften hat. Die Beschwerdeführer halten dafür, dass die Schweiz mit der Verabschiedung und Aufrechterhaltung des Gesetzes ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen verletzt hat. Sie haben sich deshalb mit einer Mitteilung an das *Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)* gewandt.

Das vorliegende Kurzgutachten analysiert im Auftrag der ERK den höchstrichterlichen Entscheid zum Gesetz über den Aufenthalt fahrender Gemeinschaften im Kanton Neuenburg. Dabei werden die wichtigsten Bestimmungen des Gesetzes und die grund- und völkerrechtlichen Erwägungen des Bundesgerichtsentscheids zunächst kurz vorgestellt. Anschliessend folgen einige Ausführungen zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben. Schliesslich erfolgt eine völker- und verfassungsrechtliche

<sup>3</sup> Eine Kurzeinschätzung betreffend die Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung und dem Völkerrecht des Gesetzes des Kantons Neuenburg wurde vorgenommen von Morgane Ventura in VENTURA, Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les jéniches, in AJP/PJA 2019, 563-571.

<sup>4</sup> Vgl. SCHWEIZER / BROUWER, Gutachten LSCN.

Würdigung des Entscheids BGE 145 I 73 sowie des Gesetzes des Kantons Neuenburg (LSCN).<sup>5</sup> Im Zentrum der Erwägungen stehen dabei die Bundesverfassung, die EMRK und die UN-Pakte sowie das Europäische Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten. Nicht zuletzt aufgrund der Mitteilung der Beschwerdeführer an das CERD erscheint es aber sinnvoll, auch kurz auf die wichtigsten Bestimmungen des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung (ICERD) hinzuweisen. Im Zentrum des vorliegenden Kurzgutachtens stehen Fragen des Diskriminierungsschutzes. Auf andere betroffene Grundrechte sowie auf andere Fragen, die das Gesetz und der Bundesgerichtsentscheid ebenfalls aufwerfen – z.B. nach der Vereinbarkeit von Form- und anderen Vorschriften mit dem Bundesrecht – wird im Folgenden nur kurz hingewiesen.

Das LSCN lässt sich nicht nur in Bezug auf seinen Inhalt, sondern auch in Bezug auf sein Zustandekommen kritisch betrachten. Zur umfassenden Gleichstellung der nomadisierenden Bevölkerung gehört auch ihr Recht auf Anhörung und wirksame Mitwirkung an staatlichen Entscheiden, die sie besonders betreffen. Dieser Anspruch ist sowohl in der Erklärung über die Rechte von Personen, die nationalen oder ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten angehören sowie in der Rahmenkonvention ausdrücklich vorgesehen. Nach Art. 5 Abs. 1 LSCN ist das Gesetz in Zusammenarbeit mit den Gemeinden und den zuständigen Verwaltungsbehörden erlassen worden, nicht aber in Zusammenarbeit mit den betroffenen Gemeinschaften. Auf diesen Punkt soll im Folgenden allerdings nur noch am Rande eingegangen werden.

## II. Kurzzusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Das vorliegende Kurzgutachten kommt zum Schluss, dass das Bundesgericht im vorliegend analysierten Entscheid den Pflichten der Schweiz zur Achtung und zum Schutz der Rechte der Roma, Sinti und Manouches und zur Förderung ihrer Identität zu wenig Gewicht beigemessen hat und die Beschwerde zu Unrecht abgewiesen hat. Dies aufgrund der folgenden (Haupt-)Argumente:

- Das Bundesgericht hat der **Bindungswirkung der Grundrechte zu wenig Rechnung getragen**. Diese verbietet dem kantonalen Gesetzgeber nicht nur, Grundrechte der Bundesverfassung oder des Völkerrechts zu verletzen, sondern verpflichtet ihn auch dazu, sich in seinen Entscheiden von den Grundrechten leiten zu lassen. Das LSCN trägt aber einseitig raumplanerischen und anderen öffentlichen Interessen (der sesshaften Bevölkerung) Rechnung und berücksichtigt das Recht der Angehörigen fahrender Gemeinschaften auf Schutz vor Diskriminierung und auf Achtung und Förderung ihrer Lebensweise nur unzureichend.
- Das Bundesgericht **blendet die Verwirklichungspflichten des Kantons aus**. Es misst namentlich den programmatischen Pflichten, die sich aus der Bundesverfassung, der EMRK, den UN-Pakten sowie aus dem Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten ergeben, keinerlei Bedeutung zu. Dies obwohl gerade die abstrakte Normenkontrolle sich besonders anbietet, um zu überprüfen, ob ein Kanton seiner Verwirklichungspflicht Rechnung trägt und alle erforderlichen Massnahmen ergreift, welche die Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Pflichten erfordern.

<sup>5</sup> Vgl. die Urteilsbesprechung zu BGE 145 I 73: VENTURA, *Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les Jéniches*.

Weil Verfassungs- und Völkerrecht Bund und Kantone verpflichten, die fahrende Lebensweise zu achten, zu schützen und zu fördern, gehört auch die Schaffung der erforderlichen Stand- und Durchgangsplätzen zu den verbindlichen Vorgaben des übergeordneten Rechts. Es ist angesichts der völkerrechtlichen Pflichten, denen die Schweiz seit 1999 untersteht und den dringlichen Empfehlungen der zuständigen Organe, erstaunlich, dass das Bundesgericht die Frage nach den Standplätzen als ausschliesslich politische Frage erachtet und in seiner Rechtsprechung nicht berücksichtigt.

- Bei der Frage, ob eine kantonale Norm aufgehoben wird, ist zweifellos Zurückhaltung angebracht. Erscheinen kantonale Normen als problematisch, ist zunächst die verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung in Erwägung zu ziehen. Die **Aufrechterhaltung kantonaler Normen** ist indes nur dann angebracht, wenn die Umstände ihrer Anwendung eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Anwendung erwarten lassen und eine nachträgliche Überprüfung ohne weiteres möglich ist. Diese **Bedingungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt**. Erstens sind verschiedene Normen darauf angelegt, von polizeilichen Behörden unter Zeitdruck angewendet zu werden, zweitens sind die Pflichten der Angehörigen fahrender Gemeinschaften sehr offen und unbestimmt formuliert und drittens können Beschwerden – aufgrund der gesetzlichen Aufhebung der aufschiebenden Wirkung sowie aufgrund der Natur der fahrenden Lebensweise – keinen wirksamen Schutz vor unverhältnismässigen Entscheidungen und anderen Verletzungen des übergeordneten Rechts bieten.
- Das LSCN ist auf Angehörige fahrender Gemeinschaften anwendbar und **knüpft** damit **direkt an das sensible Merkmal der Lebensweise** an. Damit ein solches **Sondergesetz** mit dem Verbot der direkten Diskriminierung vereinbar wäre, müsste sich die rechtliche Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal als unerlässlich erweisen, einem erheblichen Interesse entsprechen und verhältnismässig sein. Das LSCN zielt jedoch nicht darauf ab, die fahrende Lebensweise besonders zu achten, zu schützen und zu fördern. Vielmehr enthält es zahlreiche Regeln, um die tatsächlichen oder unterstellten Schwierigkeiten, die mit dem Aufenthalt verbunden sind, zu lösen – und um den Angehörigen fahrender Gemeinschaften **besondere Pflichten** aufzuerlegen. Viele dieser Pflichten sind nicht nur offen formuliert, sondern führen zu Benachteiligungen nomadisierender Personen gegenüber sesshaften Personen. Einige der Regeln kolportieren ausserdem Stereotypen, z.B. dass fahrende Gemeinschaften öffentliche Interessen, wie Umwelt- oder Gewässerschutz gefährden und durch besondere Pflichten zur Sauberkeit angehalten werden müssen, und auferlegen ihnen unbestimmte Pflichten, deren Verletzung zur einschneidenden Sanktion der Räumung von Plätzen führen kann.
- Das LSCN erscheint auch deshalb als problematisch, weil es das Gesetz versäumt, auf die besonderen Bedürfnisse der Fahrenden angemessene Rücksicht zu nehmen. Dazu verpflichten aber sowohl die Verfassung als auch das Völkerrecht. Auch für besonders vulnerable Personen, wie Kinder und Jugendliche oder Kranke, sieht das Gesetz keine besonderen Vorkehrungen vor. Verschiedene Bestimmungen des LSCN verletzen damit das Recht auf Gleichbehandlung, da **sie rechtliche Unterscheidungen unterlassen, die sich aufgrund der tatsächlichen Unterschiede aufgedrängt hätten**.

- In Bezug auf den **Schutz der Privatsphäre** ist das Bundesgericht zu Unrecht von der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität der kantonalen Regelungen zur Räumung illegaler Stellplätze ausgegangen. Die in Art. 24 LSCN vorgesehene «Kann-Formulierung» bietet keinen hinreichenden Schutz vor willkürlichen und unverhältnismässigen Massnahmen.
- In Bezug auf die **Bewegungsfreiheit** hätte das Bundesgericht zumindest Art. 23. Abs. 2 LSCN – wonach die Kantonspolizei befugt ist, den Konvoi von seiner Abfahrt abzuhalten, sollten die Reinigungsarbeiten auf dem betreffenden Platz von ihnen noch nicht vorgenommen worden sein – genauer prüfen müssen.
- In Bezug auf die **Verfahrensgarantien** ist zu begrüssen, dass gemäss Bundesgericht das Recht auf Anhörung, welches nach Art. 26 Abs. 1 LSCN nur den «Vertretern der betroffenen Gruppe der Fahrenden» gewährt wird, *jeder* von dem Räumungsentscheid betroffenen Person gewährt werden muss und dass die Behörde der Person *alle* anderen Verfahrensrechte gemäss allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz zugestehen muss. Die Aufrechterhaltung von Art. 28 LSCN erscheint dagegen als problematisch. Die Bestimmung entzieht den Beschwerden gegen Räumungsentscheide die aufschiebende Wirkung und verhindert damit, dass fahrende Gemeinschaften sich wirksam gegen unverhältnismässige und aus anderen Gründen unrechtmässige Räumungsentscheide zur Wehr setzen können. Als problematisch erscheint auch, dass das Gericht im Falle der Gutheissung einer Beschwerde nur die Unrechtmässigkeit der Räumung feststellen kann. Art. 28 LSCN versäumt es damit, Anreize für eine verhältnismässige, schonende und rücksichtsvolle Anwendung des Gesetzes zu schaffen. Es muss deshalb von einer nicht unerheblichen Gefahr ausgegangen werden, dass Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen auf unverhältnismässige Weise eingeschränkt werden und dass grundrechtliche Verletzungen nicht wirksam wiedergutmacht werden.
- **Insgesamt unterlässt es der Entscheid, das übergeordnete Verfassungs- und Völkerrecht durchzusetzen.** Dem Gesetzgeber steht zwar, namentlich bei der Verwirklichung der Grundrechte und bei der Abwägung mit (anderen) öffentlichen Interessen, ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es wäre aber am Bundesgericht gewesen, jene kantonalen Bestimmungen aufzuheben, die bei ihrer Anwendung eine hohe Wahrscheinlichkeit der Verletzung justizabler Grundrechte mit sich bringen, und sicherzustellen, dass der Kanton seinen programmatischen Pflichten angemessen Rechnung trägt. Es hätten deshalb auch jene Bestimmungen dem übergeordneten Recht weichen müssen, die sich hinderlich auf die Lebensweise der Roma, Sinti und Manouches auswirken. Sowohl das Verfassungs- als auch das Völkerrecht verpflichten Bund und Kantone dazu, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der direkten und indirekten Diskriminierung der Angehörigen fahrender Gemeinschaften zu verfolgen und deren Lebensweise zu fördern. Das LSCN versäumt es, dies zu tun.

### III. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stellte in seinem Urteil einleitend fest, dass sich das Gericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle eine gewisse Zurückhaltung auferlege, wenn es um die Prüfung der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit den Grundrechten gehe. Entscheidend sei, ob das Gesetz einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung zugänglich sei. Aus Gründen des Föderalismus und der Verhältnismässigkeit hebe das Gericht eine kantonale Norm nur dann auf, wenn diese sich nicht so auslegen und anwenden lasse, dass sie mit der Bundesverfassung und der EMRK übereinstimme. Um zu entscheiden, ob eine Norm aufrechterhalten werden könne, müssten insbesondere die vorgesehenen Eingriffe in die Grundrechte, die Möglichkeit, im Rahmen einer konkreten Überprüfung hinreichenden Rechtsschutz zu erlangen und die konkreten Umstände der Normanwendung berücksichtigt werden. Das Ergebnis der abstrakten Normenkontrolle hänge damit im Wesentlichen von der Wahrscheinlichkeit ab, mit welcher die fragliche Norm grundrechtskonform angewendet werde (E. 2).

Das Bundesgericht wies in der Folge die Rügen der Beschwerdeführenden ab und kam zum Schluss, dass das LSCN übergeordnetes Recht nicht verletze und in einer Weise angewendet werden könne, welche mit den Garantien der internationalen und nationalen Grundrechte vereinbar sei. Einen Bezug zum in der Beschwerde vorgebrachten Gutachten von Prof. em. Rainer J. Schweizer und Max De Brouwer vom April 2018 zur Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des LSCN nahm das Bundesgericht nicht vor.<sup>6</sup>

#### 1. Einleitende Bemerkungen zum Schutz der Minderheiten in der Schweiz

Im Anschluss an die Ausführungen zur Zurückhaltung bei der abstrakten Normenkontrolle äusserte sich das Bundesgericht zunächst allgemein zum Schutz der Minderheiten in der Schweiz und zu den einschlägigen Bestimmungen des Völkerrechts. Es verwies zunächst auf Art. 27 UN-Pakt II, der Angehörigen ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten das Recht garantiere, gemeinsam mit anderen Mitgliedern ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben und sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen. Die Bestimmung, bei der es sich um ein direkt anwendbares Menschenrecht handle, garantiere keine kollektiven Rechte. Sie verschaffe Angehörigen von Minderheiten jedoch ein justiziables Recht darauf, dass ihre kulturellen Besonderheiten geschützt und gefördert würden (« *respectées et promues* »). Weil der Schutzbereich von Art. 27 UN-Pakt II und die Möglichkeit, die menschenrechtlichen Ansprüche einzuschränken, mit dem Schutz des Gebots der Achtung der privaten Sphäre nach Art. 8 EMRK übereinstimmten, gewähre der UN-Pakt den Fahrenden jedoch keine über den Schutz der EMRK hinausgehenden Ansprüche. Das Gericht verwies dabei auf BGE 138 I 205, E. 5.1, in dem es die gleiche Feststellung gemacht hatte (E. 4.1).

Das Bundesgericht befasste sich anschliessend mit dem Europäischen Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, das die Schweiz seit 1999 verpflichte, allen Angehörigen nationaler Minderheiten Gleichheit vor dem Gesetz und gleichen Schutz durch das Gesetz zu gewährleisten und jede Diskriminierung zu verbieten (Art. 4 Abs. 1 Rahmenübereinkommen). Gleichzeitig habe sich die

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch VENTURA, 566.

Schweiz mit der Ratifikation des Rahmenübereinkommens dazu verpflichtet, «die Bedingungen zu fördern, die es Angehörigen nationaler Minderheiten ermöglichen, ihre Kultur zu pflegen und weiterzuentwickeln und die wesentlichen Bestandteile ihrer Identität, nämlich ihre Religion, ihre Sprache, ihre Traditionen und ihr kulturelles Erbe zu bewahren» (Art. 5 Abs. 1 des Rahmenübereinkommens). Das Bundesgericht erinnerte auch an die Erklärung, die die Schweiz zum Zeitpunkt der Ratifikation des Rahmenübereinkommens abgegeben hatte, an die Botschaft des Bundesrats und an den ersten Bericht der Schweiz, die festhalten, dass die Fahrennden als nationale Minderheit der Schweiz anerkannt sind und sich auf den Schutz des Rahmenübereinkommens berufen können. Gleichzeitig hielt es fest, dass das Rahmenübereinkommen die Schweiz zwar verpflichte, alle gesetzlichen und anderen erforderlichen Massnahmen zum Schutz der Minderheiten zu ergreifen, den Angehörigen dieser Minderheiten aber keine justiziablen Rechte verschaffe (E. 4.1).

Im Anschluss daran stellte das Bundesgericht fest, dass die EMRK im Unterschied zu den zitierten Normen keine ausdrücklichen Minderheitenrechte enthalte. Aus der Rechtsprechung des EGMR ergebe sich aber eine Pflicht der Mitgliedstaaten, auf die Lebensweise von Personen Rücksicht zu nehmen, die eine unterschiedliche Lebensform als die der Mehrheit pflegten. Es bestehe denn auch ein europäischer Konsens darüber, dass Staaten verpflichtet seien, die besonderen Bedürfnisse der Angehörigen von Minderheiten anzuerkennen und ihre Sicherheit, ihre Identität und ihre Lebensform zu schützen. Auch wenn die Zugehörigkeit zu einer Minderheit deren Angehörigen nicht davor bewahre, sich an Gesetze, die das Gemeinwohl schützten, zu halten, so verschaffe ihnen Art. 8 EMRK doch einen Anspruch darauf, dass staatliche Behörden sowohl im Rahmen der Rechtssetzung als auch bei der Rechtsanwendung auf ihre besonderen Bedürfnisse Rücksicht nehmen und ihrer besonderen Vulnerabilität Rechnung tragen (E. 4.2).

Im Anschluss an diese einleitenden Erwägungen prüfte das Bundesgericht die von den Beschwerdeführenden geltend gemachten Verletzungen der Grundrechte: das Diskriminierungsverbot (E. 5), die Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (E. 6), den Schutz der Privatsphäre, die Verfahrensgrundrechte (E. 7) und die Bewegungsfreiheit (E. 8).

## **2. Zur Rüge der Diskriminierung**

Das Bundesgericht erinnerte zunächst daran, dass Art. 8 Abs. 1 BV sowohl ein Gleichbehandlungs- als auch ein Differenzierungsgebot enthalte, dem Gesetzgeber aber einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum belasse. Dieser werde durch das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV allerdings eingeschränkt. Eine Diskriminierung liegt nach Bundesgericht vor, wenn eine Person ungleich behandelt wird aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe, die in der Vergangenheit oder in der heutigen gesellschaftlichen Wirklichkeit marginalisiert oder als minderwertig erachtet wird. Weil die Diskriminierung an einem sensiblen Merkmal einer Person anknüpfe und die Person aufgrund dieses Merkmals benachteilige oder ausschliesse, stelle die Diskriminierung eine qualifizierte Form der Ungleichbehandlung dar. Knüpfe eine Rechtsnorm an einem verpönten Merkmal, wie der Lebensform an, so entstehe eine Vermutung der Diskriminierung. Diese könne nur beseitigt werden, wenn das Gemeinwesen darlege, dass die Anknüpfung durch ein legitimes und überwiegendes öffentliches Interesse geboten und verhältnismässig sei. Dabei verbiete Art. 8 Abs. 2 BV nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Diskriminierung. Eine solche liege vor, wenn eine auf den ersten Blick neutrale staatliche Massnahme zur Folge habe, dass Angehörige geschützter

Gruppen ohne objektive Rechtfertigung benachteiligt würden. Unter Hinweis auf seine Rechtsprechung (BGE 142 V 316 E. 6.1.2 und BGE 138 I 265 E. 4.2.2) hielt das Bundesgericht aber fest, dass eine Diskriminierung nur vorliege, wenn die Auswirkungen erheblich seien, denn das Diskriminierungsverbot diene nur dazu, die offensichtlichsten negativen Auswirkungen einer Regelung (« *les effets négatifs les plus flagrants d'une réglementation* ») zu korrigieren (E. 5.1). In den zitierten Entscheiden hatte das Bundesgericht insbesondere darauf hingewiesen, dass die Beurteilung einer Diskriminierung die Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordere.

Die Beschwerdeführer hatten geltend gemacht, dass verschiedene Bestimmungen des LSCN ohne Rechtfertigung zwischen nomadisch lebenden Gemeinschaften und anderen Personen unterschieden, die sich vorübergehend im Kanton aufhielten. Sie vertraten auch die Ansicht, dass das Gesetz ungerechtfertigt zwischen Fahrenden unterscheide, die sich illegal auf einem Gelände aufhielten, und Personen, die ohne Mietvertrag Häuser besetzten. Das Bundesgericht vertrat die Ansicht, dass die Rügen nicht hinreichend begründet seien, und dass die Zahl der betroffenen Personen – der kollektive bzw. individuelle legale oder illegale Aufenthalt – zu wesentlichen Unterschieden führe, denen der Gesetzgeber Rechnung tragen dürfe. Hinzu komme, dass es sich bei der im Gesetz vorgesehenen Räumung nicht um eine nur für Fahrende vorgesehene Massnahme handle, denn auch Mieterinnen und Mieter seien nach Art. 267 OR verpflichtet, die Sache zurückzugeben, wenn sie ihre mietrechtlichen Verpflichtungen verletzen. Erst recht würde dies nach Art. 926 ff. und Art. 641 Abs. 2 ZGB für Hausbesitzer gelten. Räumungen seien schliesslich aus Sicherheitsgründen auch gestützt auf die polizeiliche Generalklausel möglich und stellten keine besondere, nur auf die nomadische Bevölkerung abzielende Massnahme dar.

Auch die Pflicht der nomadischen Gemeinschaften, bei ihrer Ankunft ein Depot zu hinterlegen (Art. 20 lit. b LSCN) erachtete das Bundesgericht nicht als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Auch im Mietrecht sei nämlich vorgesehen, dass Mieterinnen und Mieter eine Sicherheit hinterlegten (Art. 257e Abs. 2 OR). Gleich argumentierte das Gericht in Bezug auf den Vorwurf, das Gesetz bedrohe nur nomadische Gemeinschaften mit Bussen bis zu 40'000 CHF. Weil das Strafgesetzbuch des Kantons Neuenburg sowie zahlreiche andere Gesetze diese maximale Busse vorsähen, sei auch diese Rüge nicht weiter zu prüfen. Schliesslich schützten die im Gesetz genannten öffentlichen Interessen, wie Umwelt- und Gewässerschutz, sowohl die sesshafte als auch die nomadische Bevölkerung, weshalb im Ergebnis die Rüge der Diskriminierung abzuweisen sei (E. 5.2).

Die Beschwerdeführer sahen auch darin eine unzulässige Ungleichbehandlung, dass das Gesetz zwischen schweizerischen und ausländischen Fahrenden unterscheidet, und rügten, dass das Gesetz auf das Autokennzeichen abstellt. Tatsächlich sieht das Gesetz den mittel- und längerfristigen Aufenthalt nur für jene Personen in Aussicht, die als Schweizer Fahrende als nationale Minderheiten anerkannt sind (*aire de séjour* und *aire de passage*), und verweist andere nomadisch lebende Gemeinschaften und nicht anerkannte Minderheiten auf Durchgangsplätze (*aire de transit*; Art. 17 und 18 LSCN). Der Kanton Neuenburg hatte zur Rechtfertigung dieser Unterscheidungen zum einen geltend gemacht, dass sich nur Schweizer Fahrende auf den Schutz des Rahmenübereinkommens berufen könnten, zum andern darauf, dass ausländische Gemeinschaften in der Regel grösser seien und grössere Standplätze benötigten.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass auch die Bundesbehörden zwischen den drei Typen Stand-, Durchgangs- und Transitplätzen unterschieden, die aufgrund unterschiedlicher Bedürfnisse unterschiedliche Anforderungen an die Infrastruktur stellten. Die Praxis, zwischen unterschiedlichen Plätzen und Berechtigten Gruppen zu unterscheiden, rechtfertige sich einerseits aufgrund der Unterschiede in Bezug auf die Grösse der Gemeinschaften und andererseits aufgrund der Aufenthaltsdauer. Sie beruhe damit auf einem öffentlichen Interesse, nämlich dem Interesse, für alle Gemeinschaften ihren Bedürfnissen entsprechende Plätze zur Verfügung zu stellen, und sei verhältnismässig. Die Unterscheidung trage ausserdem dem Rahmenübereinkommen Rechnung und stehe auch aus diesem Grund nicht im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 2 BV. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Unterscheidung zwischen schweizerischen und ausländischen Fahrenden in Tat und Wahrheit nicht auf die Nationalität abstelle, sondern auf das Autokennzeichen. Ein solche könne unter Umständen auch von ausländischen Fahrenden erworben werden. Schliesslich sei festzuhalten, dass das Gesetz EU-Bürgerinnen und Bürger, die fahrenden Gemeinschaften angehörten, nicht daran hindere, sich in der Schweiz aufzuhalten und einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das Gesetz verstosse aus diesen Gründen nicht gegen Diskriminierungsverbote (E. 5.3).

### **3. Zur Rüge der Verletzung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit**

Die Beschwerdeführenden machten zunächst geltend, die Pflicht, bei einem Aufenthalt auf privatem Grund einen schriftlichen Rahmenvertrag abzuschliessen, verletze die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit. Dieser Rahmenvertrag sei es aber, der es erlaube, vorübergehend von der vorgesehenen Raumplanung abzuweichen, um auf privatem Grund nomadische Gemeinschaften zu beherbergen, führte das Bundesgericht aus. Erst durch seinen Abschluss werde der Aufenthalt rechtmässig (Art. 10 lit. a LSCN). Der schriftliche Abschluss des Rahmenvertrags erlaube den Fahrenden somit den Aufenthalt; er diene der Rechtssicherheit und damit einem öffentlichen Interesse im Sinne von Art. 6 ZGB. Die gesetzlichen Regelungen stellten ausserdem keine unverhältnismässige Einschränkung der Vertragsfreiheit dar (E. 6.3). Dies gelte auch für das Verbot von Eigentümern landwirtschaftlicher Grundstücke, jährlich mehr als zwei Rahmenverträge für eine maximale Dauer von 30 Tagen abzuschliessen. Diese Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ergebe sich nämlich schon daraus, dass bei längerem Aufenthalt eine Baubewilligung erforderlich wäre (E. 6.4).

Die Beschwerdeführer rügten auch die Meldepflichten, denen das Gesetz die fahrenden Gemeinschaften unterstellt und die Überprüfung der Rahmenverträge durch die Behörden (Art. 20 LSCN). Die Meldepflicht entspreche aber einer kantonalen Praxis, führte das Bundesgericht aus, und erlaube den Behörden die Planung der Aufenthalte sowie bei Bedarf die Weiterverweisung an einen noch verfügbaren Standplatz. Auch von einer Beschränkung der Bewegungsfreiheit könne nicht die Rede sein, hielt das Bundesgericht fest. Die Überprüfung der Rahmenverträge diene dazu sicherstellen, dass ein solcher abgeschlossen worden sei und dass seine Dauer den gesetzlichen Vorgaben entspreche; sie diene deshalb einem öffentlichen Interesse und sei verhältnismässig (E. 6.6).

#### 4. Zur Rüge der Verletzung der Privatsphäre und der Verfahrensgarantien

Die Beschwerdeführer hatten geltend gemacht, dass die Regelungen zur Räumung illegaler Plätze die Privatsphäre der Fahrenden und deren Verfahrensrechte verletzen. Das Bundesgericht wies zunächst darauf hin, dass die Freiheiten fahrender wie sesshafter Personen nach BV und EMRK durch die Raumplanung und das Baurecht beschränkt werden könnten. Es stellte fest, dass die Räumung illegaler Plätze öffentlicher Interessen diene, namentlich der Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit, der Ruhe, dem Umwelt- und Naturschutz sowie der Raumordnung. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit sei zu bemerken, dass die Räumung geeignet sei, die genannten öffentlichen Interessen zu schützen. Der Grosse Rat habe darauf hingewiesen, dass die Räumung als *ultima ratio* zu erachten sei. Der Gesetzgeber habe denn auch eine Kann-Vorschrift gewählt (Art. 24 LSCN: « *Tout campement illicite, qui ne respecte pas ou plus les dispositions de la présente loi, de son règlement d'exécution, du règlement de zone, de l'arrêté du Conseil d'Etat ou du contrat-cadre, peut faire l'objet d'une évacuation exécutée par la police neuchâteloise.* »). Damit sei es möglich, die Verhältnismässigkeit zu wahren und zwischen den verschiedenen Interessen abzuwägen, führte das Bundesgericht aus. Auch aufgrund des kantonalen Polizeigesetzes sei die Polizei im Einzelfall an die Verhältnismässigkeit gebunden und gehalten, den Umständen des Einzelfalls, wie etwa der Dauer des Aufenthalts, dem Fehlen einer Dringlichkeit, der Möglichkeit, einen anderen Standplatz zu finden und der Achtung des Familienlebens, Rechnung zu tragen. Erfolge dies, verletze die Räumung weder Art. 8 EMRK noch Art. 13 oder Art. 24 BV. Ergänzend hielt das Bundesgericht fest, dass die kantonalen Behörden in Aussicht gestellt hätten, den Abschluss eines Rahmenvertrags zu verlangen, wenn sich Fahrende mit mündlicher Zustimmung des Eigentümers, aber ohne Rahmenvertrag auf privatem Grund aufhielten, und nicht direkt zur Räumung zu schreiten. Diese Vorgehensweise sei denn auch geboten, hielt das Gericht fest. Dass es im Kanton Neuenburg zu wenig Standplätze gebe, wie die Beschwerdeführer geltend machten, sei ein politisches Problem, das im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nicht zu berücksichtigen sei (E. 7.1).

Das Räumungsverfahren beginne laut Ausführungen des Kantons mit einem Gesuch des Eigentümers oder der Behörden (Art. 25 LSCN), führte das Bundesgericht weiter aus. Die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinschaft würden in der Folge angehört (Art. 26 LSCN). Erachte das Polizeidepartement das Gesuch als begründet, ordne es die Räumung an und stelle den Entscheid mit Begründung und dem Datum der Räumung zu (Art. 27 LSCN). Die Räumung habe aufgrund des in der Präambel enthaltenen Verweises auf das kantonale Polizeigesetz unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit zu erfolgen. Das Gesetz eröffne die Möglichkeit einer Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht. Da Verfahren aber länger dauerten – das Bundesgericht verwies auf eine Dauer von mindestens mehreren Wochen – hebe das Gesetz die aufschiebende Wirkung der Beschwerde auf (Art. 28 Abs. 1 LSCN). Der Rüge der Beschwerdeführer, dass den fahrenden Gemeinschaften mit diesen Regelungen jener Schutz vorenthalten werde, der Mieterinnen und Mieter zustehe (Art. 271 f. OR), hielt das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung entgegen. In Entscheid aus dem Jahre 2015 (4A\_109/2015 vom 23. September 2015, E. 4.2.) habe es bereits festgehalten, dass sich Fahrende gegenüber dem Staat, der ihnen einen Standplatz zur Verfügung stelle, nicht in der gleichen Situation befänden wie Mieterinnen und Mieter gegenüber der Vermieterin oder dem Vermieter. Die Möglichkeit der Anfechtung von Kündigungen im Mietrecht sei zum Schutz sozialer Interessen geboten, denn die mietende Partei gelte als schutzwürdige schwächere Vertragspartei; ausserdem dienten die mietrechtlichen Bestimmungen

dem Schutz des sozialen Friedens und der Verhinderung der negativen Folgen der Immobilienspekulation. Die Situation der Fahrenden auf Standplätzen sei aus diesen Gründen nicht mit der Situation von Mieterinnen und Mietern vergleichbar. Schliesslich sei auch zu berücksichtigen, dass die fahrenden Gemeinschaften zwar nicht die üblichen Möglichkeiten hätten, sich gegen Kündigungen zur Wehr setzen; es stehe ihnen jedoch offen, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch geltend zu machen.

Die Beschwerdeführer hatten namentlich geltend gemacht, dass die Zustellung der Räumungsverfügung an die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinschaft und nicht an jede betroffene Person Verfahrensrechte verletze. Das Bundesgericht verwies in seiner Entscheidung auf Ausführungen der Kantonsregierung, die schon früher Verträge mit Vertreterinnen und Vertretern und nicht mit allen Einzelpersonen abgeschlossen hätten, und – « *quoi qu'il en soit* » – eine Gesetzesanwendung in Aussicht gestellt hätte, die die Verfahrensrechte einhalte. Im besonderen Kontext der Fahrenden – zu deren Schutz sich die Schweiz verpflichtet habe – könne eine Zustellung an die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinschaft einer Zustellung an die vertretungsberechtigte Person im Sinne von Art. 137 Zivilprozessordnung gleichgestellt werden, hielt das Bundesgericht fest. Eine Verletzung der Verfahrensgarantien von Art. 29 und 30 BV liege deshalb nicht vor. Der Gesetzgeber könne auch bei der Ausgestaltung des öffentlichen Gehörs den Besonderheiten der fahrenden Lebensweise Rechnung tragen; dies tue das Gesetz (« *A nouveau, l'art. 26 al. 1 LSCN tient compte du mode de vie particulier qu'est l'itinérance.* »). Ausserdem sei zu beachten, dass das kantonale Gesetz über das Verwaltungsverfahren auf alle Entscheide zur Anwendung komme, auch auf Räumungsentscheide, und dass damit auch der individuelle Anspruch auf rechtliches Gehör garantiert sei. Sei eine Räumung ungerechtfertigterweise erfolgt, so stehe den betroffenen Gemeinschaften der Weg eines Staatshaftungsverfahrens offen, führte das Gericht aus. In Bezug auf den Entzug der aufschiebenden Wirkung verwies das Bundesgericht schliesslich auf die vergleichbare Regelung im Recht des öffentlichen Beschaffungsrechts und in verschiedenen anderen Gesetzen. Eine Aufhebung der normalerweise vorgesehenen aufschiebenden Wirkung sei zulässig, wenn diese einem gewichtigen öffentlichen Interesse entspreche. Bei der Schaffung von Art. 28 Abs. 1 LSCN, der Beschwerden grundsätzlich die aufschiebende Wirkung entziehe, sei der kantonale Gesetzgeber davon ausgegangen, dass sich die fahrende Gemeinschaft nicht auf ein überwiegendes Interesse berufen könne. Die kantonalen Behörden hätten geltend gemacht, dass die Räumung illusorisch sei, wenn der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukäme. Fahrende Gemeinschaften, die sich höchstens 30 Tage an einem Standplatz aufhielten, könnten die Dauer ihres Aufenthalts andernfalls durch eine Beschwerde verdoppeln. Diesem Argument komme allerdings keine Bedeutung zu, so das Bundesgericht, wenn sich fahrende Gemeinschaften mittel- und langfristig auf einem Standplatz aufhielten. Da das Gesetz die aufschiebende Wirkung auch entziehe, wenn Fahrende mit einem Aufenthaltsrecht von mehreren Monaten eine Beschwerde ergriffen, habe es der Gesetzgeber versäumt, in dieser Frage den Anforderungen der Verhältnismässigkeit angemessen Rechnung zu tragen. Um den verschiedenen Konstellationen gerecht zu werden, hätte der Gesetzgeber laut Bundesgericht vorsehen sollen, dass den Beschwerden ausnahmsweise eine aufschiebende Wirkung zukommen könne. Diesem Mangel der Gesetzgebung könne aber dadurch entgegengewirkt werden, dass die zuständige Behörde – auf Antrag oder von Amtes wegen – die erforderlichen provisorischen Anordnungen treffe. Werde Art. 28 LSCN in diesem Sinne angewandt, stehe die Bestimmung nicht im Widerspruch zum übergeordneten Recht (E. 7.2).

## IV. Vorgaben des Verfassungs- und Völkerrechts

### 1. Die Pflicht zur umfassenden Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte

Die Grundrechte der Bundesverfassung haben in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung zu kommen (Art. 35 Abs. 1 BV). Wer immer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Verfassung bindet die Träger staatlicher Aufgaben damit einerseits an die grundrechtlichen Rechte und Freiheiten der Einzelnen (Bindungswirkung) und verpflichtet sie andererseits, zu deren tatsächlichen Verpflichtung beizutragen (Verwirklichungsauftrag).

Die Bindungswirkung verbietet es den Adressaten zunächst, justiziable Ansprüche zu verletzen. Je nach Anspruch kann dies vom Träger staatlicher Macht ein Unterlassen oder Dulden privater Handlungen oder ein aktives Handeln und Gestalten erfordern. Für Gerichte bedeutet die Bindungswirkung, dass sie die Achtung und den Schutz der Grundrechte sicherzustellen und den Grundrechtsschutz durch angemessene und wirksame Rechtsfolgen zu garantieren haben. Die Bindungswirkung gilt aber auch jenseits der justiziablen Dimension der Grundrechte und verpflichtet Träger staatlicher Macht dazu, sich bei allen Handlungen von den in den Grundrechten verankerten Werten und Grundentscheidungen leiten zu lassen.<sup>7</sup> Im Rahmen der Gesetzgebung haben sie ausserdem der – ebenfalls verbindlichen – programmatischen Dimension der Grundrechte Rechnung zu tragen. Gesetzgeber aller staatlichen Ebenen sind damit verpflichtet, die Rechtsordnung so zu gestalten, dass justiziable Grundrechte nicht verletzt und programmatische Pflichten verwirklicht werden.

Über die Bindungsverpflichtung hinaus enthält Art. 35 BV eine Pflicht, zur tatsächlichen Verwirklichung der Grundrechte beizutragen. Dies setzt einerseits den Schutz vor Eingriffen Dritter voraus und begründet Schutzpflichten. Der Verwirklichungsauftrag erfordert andererseits aber auch, dass Bedingungen geschaffen und gesichert werden, die allen die tatsächliche Inanspruchnahme ihre Rechte und Freiheiten ermöglicht. Rechte und Freiheiten der Einzelnen müssen nicht nur rechtlich, sondern tatsächlich gewährleistet sein. Was dies vom Staat erfordert, ist für jedes Grundrecht einzeln zu ermitteln.<sup>8</sup> Bei der Verwirklichungspflicht muss der Staat deshalb den Funktionen des Grundrechts, seinem Zusammenspiel mit anderen Grundrechten, der Situation der betroffenen Personen, namentlich deren Vulnerabilität, sowie anderen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Während dem Gesetzgeber damit, namentlich bei der Verwirklichung programmatischer Grundrechtspflichten, unter Umständen einen erheblichen Ermessensspielraum zukommt, so steht doch fest, dass die Pflicht, grundrechtsfreundliche Rahmenbedingungen zu schaffen, verbindlicher Massstab ist.

Nichts anderes gilt für die völkerrechtlichen Menschenrechtsverpflichtungen, die die Schweiz eingegangen ist. Dies ergibt sich zunächst aus dem Völkerrecht. Verträge sind von den Vertragsstaaten einzuhalten (*pacta sunt servanda*) und zwar unabhängig von der Frage, welche Arten von Pflichten diese vorsehen. Ob eine völkerrechtliche Menschenrechtsgarantie justizibel oder programmatisch ist, entscheidet letztlich nur darüber, wer innerstaatlich für die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtung

<sup>7</sup> Vgl. WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 35 Rz. 32 f.

<sup>8</sup> WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 35 Rz. 35.

verantwortlich ist. Dass sich alle staatlichen Akteure der Schweiz an die völkerrechtlichen Verpflichtungen zu halten und diese zu verwirklichen haben, ergibt sich auch aus dem Verfassungsrecht, namentlich aus der Pflicht von Bund und Kantonen, Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV) sowie – im Verhältnis zu den Kantonen – auch aus dem Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV), zu dem auch das Völkerrecht gehört. Während das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht weiterhin kontrovers diskutiert bleibt, wenn es um das Verhältnis von Bundesrecht und Völkerrecht geht (z.B., wenn Widersprüche zwischen Völkerrecht, Bundesgesetzen und (neuerem) Verfassungsrecht vorliegen), so gilt dies nicht für das Verhältnis von kantonalem Recht und Völkerrecht. Dieses haben die Kantone nicht «nur» zu beachten; es hat gleichzeitig auch Vorrang vor widersprechendem kantonalem Recht.

Dass auch die programmatischen Verpflichtungen des Verfassungs- und des Völkerrechts verbindliche Schranken der kantonalen Gestaltungsspielräume darstellen, hat das Bundesgericht im Jahre 2011 im Zuger Gleichstellungsfall (BGE 137 I 305) in aller Deutlichkeit in Erinnerung gerufen. Der in Art. 8 Abs. 3 BV sehr allgemein umschriebene Gleichstellungsauftrag werde durch die UNO-Frauenrechtskonvention (CEDAW) konkretisiert und ergänzt, hielt das Bundesgericht fest. Die Konvention verpflichte die Schweiz, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen (Art. 2 CEDAW). Die Vertragsstaaten seien namentlich verpflichtet, durch gesetzgeberische und sonstige Massnahmen für die tatsächliche Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau zu sorgen (Art. 2 lit. a CEDAW) und jede Diskriminierung der Frau zu verbieten (Art. 2 lit. b CEDAW). Auch wenn diese Pflichten mehrheitlich keine subjektiven, gerichtlich durchsetzbaren Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung der Frau begründeten, seien sie «jedoch nicht nur politische oder moralische Absichtserklärungen, sondern Teil der objektiven Rechtsordnung»<sup>9</sup>. Weil Völker- und Verfassungsrecht klare Aufträge zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau enthalte, stehe den Kantonen nur bei der Frage, *wie* sie diesen Auftrag erfüllen wollen, Ermessen zu, nicht dagegen bei der Frage, *ob* sie ihn erfüllen.<sup>10</sup> Gestützt auf diese Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Kanton Zug zwar nicht zur Schaffung bzw. zur Wiederherstellung einer Gleichstellungskommission verpflichtet sei; vielmehr stehe es ihm frei, auch andere Lösungen vorzusehen. Solange das Ziel der Gleichstellung nicht verwirklicht sei, müsse der Kanton aber zwingend wirksame Massnahmen ergreifen. Verzichte er auf staatliche bzw. staatlich geförderte Massnahmen zur Gleichstellung, verletze der Kanton Verfassungs- und Völkerrecht.<sup>11</sup>

Die Überprüfung eines kantonalen Gesetzes, wie dem LSCN, im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle, muss deshalb nicht nur anhand der justiziablen, sondern insbesondere auch anhand der programmatischen Verpflichtungen des Kantons erfolgen. Die abstrakte Normenkontrolle bietet sich dabei ganz besonders an, um zu überprüfen, ob der Kanton seiner Verwirkungspflicht Rechnung trägt und alle erforderlichen Massnahmen ergreift, die die Umsetzung verfassungs- und völkerrechtlicher Pflichten erfordern.

<sup>9</sup> BGE 137 I 305 E. 3.2.

<sup>10</sup> BGE 137 I 305 E. 4.

<sup>11</sup> BGE 137 I 305 E. 5, insbes. 5.5.

## 2. Die Diskriminierungsverbote des Verfassungs- und Völkerrechts

### a. Im Allgemeinen

Die kantonalen Verfassungen, die Bundesverfassung und die völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge enthalten umfassende Diskriminierungsverbote. Während die meisten völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote für die Schweiz nur akzessorisch gelten, eine Verletzung also nur im Zusammenhang mit einem in der Konvention genannten Garantie gerügt werden kann, ist das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung umfassend anwendbar.

Von besonderer Bedeutung ist für die Schweiz das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK, das direkt anwendbar ist und selbst abweichenden Bundesgesetzen vorgeht. Dass es nur akzessorisch vor Diskriminierungen schützt, schränkt seine Tragweite kaum ein. Für eine Beschwerde genügt es nämlich, dass staatliches Verhalten den Schutzbereich einer anderen Garantie der EMRK berührt; dass ein anderes Grundrecht tatsächlich verletzt wird, ist dagegen nicht vorausgesetzt. In den meisten Fällen, die die Lebenssituation von Fahrenden betreffen, ist die in Art. 8 EMRK garantierte Achtung des Privat- und Familienlebens berührt. Sowohl das Privat- auch das Familienleben gewähren einen umfassenden Schutz vor staatlichen Eingriffen und verpflichten den Staat zu Schutzmassnahmen im privaten Lebens- und Wohnraum. Zum Schutzbereich von Art. 8 EMRK gehören nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte das Recht von Minderheiten auf die Achtung und den Schutz des ihnen besonderen Lebensstils. Dass dies auch für Gemeinschaften gilt, die einen fahrenden Lebensstil pflegen, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits im Jahre 2001 ausdrücklich festgehalten.<sup>12</sup> Auf diese Rechtsprechung berief sich das Bundesgericht unter anderem, als es im Jahre 2003 urteilte, dass die Lebensweise der Fahrenden verfassungs- und völkerrechtlich geschützt sei und schloss, dass die Nutzungsplanung Zonen und Plätze vorsehen müsse, die für den Aufenthalt von Schweizer Fahrenden geeignet seien und deren traditioneller Lebensweise entsprächen.<sup>13</sup>

Einer Berufung auf das akzessorische Diskriminierungsverbot der EMRK steht denn auch nichts entgegen, wenn staatliches Verhalten den Lebensstil von Minderheiten betrifft. Auch SCHWEIZER hält fest, dass sich die sogenannte Akzessorietät in Bezug auf die Fahrenden nur in begrenztem Ausmass auswirke, da sich die Fahrenden jeweils auf die Achtung des Privat- und Familienlebens berufen könnten.<sup>14</sup> Nach Art. 14 EMRK ist ausdrücklich auch die Anknüpfung an die «Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit» verpönt. Das Gleiche gilt für die Diskriminierungsverbote des UN-Pakts II. Art. 2 UN-Pakt gilt zum vornherein nur akzessorisch, Art. 26 UN-Pakt aufgrund eines Vorbehalts der Schweiz. Weil die Lebensform des Fahrens aber unter den Schutzbereich von Art. 17 UN-Pakt sowie – im Falle von Minderheiten – auch von Art. 27 UN-Pakt fällt, steht einer Berufung auf die Diskriminierungsverbote ebenfalls nichts im Wege.

<sup>12</sup> Urteil der Grossen Kammer i. S. Chapman, Coster, Beard, Lee, Jane Smith c. UK vom 18. Januar 2001.

<sup>13</sup> BGE 129 II 321 E. 3 sowie zum Ganzen Niccolò Raselli, EMRK und Minderheitenschutz, verfügbar auf [https://www.gms-minderheiten.ch/wp-content/uploads/2016/06/EMRK\\_und\\_Minderheiten.pdf](https://www.gms-minderheiten.ch/wp-content/uploads/2016/06/EMRK_und_Minderheiten.pdf).

<sup>14</sup> Vgl. SCHWEIZER, Totalrevision Berner Polizeigesetz, S. 4 m.H.a. GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage 2016, § 22 Rz. 13.

Im Unterschied zum EMRK nennt die Bundesverfassung die Zugehörigkeit zu einer Minderheit nicht ausdrücklich als verpönte Merkmal. In der Sache macht dies aber keinen Unterschied. Erstens ist nämlich Art. 14 EMRK (in Verbindung mit Art. 8 EMRK) in der Schweiz unmittelbar anwendbar, zweitens ist die Aufzählung der Merkmale in Art. 8 Abs. 2 BV nicht abschliessend.<sup>15</sup> Sie kann und soll um andere Merkmale erweitert werden, die in Geschichte und Gegenwart Anlass zu Stigmatisierungen und Herabwürdigungen gegeben haben und die insofern sensibel sind, als sie eng mit der Persönlichkeit verbunden sind und nicht oder nicht auf zumutbar Weise geändert werden können.<sup>16</sup>

Eine Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV liegt vor, wenn eine Person mit einer bestimmten unveränderlichen oder nur schwer veränderbaren Eigenschaft aufgrund dieser Eigenschaft rechtlich oder tatsächllich benachteiligt und dadurch von Rechten und Vorzügen ausgeschlossen, herabgewürdigt oder unfreiwillig assimiliert wird.<sup>17</sup> Eine Diskriminierung ist somit einerseits gegeben, wenn eine Person mit dieser Eigenschaft im Vergleich zu einer anderen Person in der gleichen Situation anders behandelt wird, ohne dass dafür besonders qualifizierte Rechtfertigungsgründe vorliegen. Von einer Diskriminierung ist andererseits auch auszugehen, wenn eine Person mit einer bestimmten Eigenschaft gleichbehandelt wird, obwohl sich aufgrund erheblicher tatsächlicher Benachteiligungen eine unterschiedliche Behandlung aufdrängt. Die Diskriminierung ergibt sich in diesem Fall durch die ungerechtfertigte Gleichbehandlung von Personen, die bestimmte sensible Merkmale aufweisen und aufgrund dieser Merkmale durch die Gesetzgebung benachteiligt werden.<sup>18</sup>

Eine Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung aufgrund besonderer Merkmale oder eine Gleichbehandlung trotz besonderer Merkmale dar, welche sich nicht rechtfertigen lässt, weil sie den Anspruch aller Menschen auf die gleiche Achtung und den gleichen Schutz ihrer Würde in Frage stellt. Das Verbot der Diskriminierung steht in engem Zusammenhang mit dem Anspruch aller Menschen auf gleiche Achtung und gleichen Schutz ihrer Menschenwürde (Art. 7 BV) und stellt den Kerngehalt des Rechtsgleichheitsgebots dar. Es gibt auch im Bereich der sensiblen Merkmale gerechtfertigte Ungleichbehandlungen, aber keine gerechtfertigten Diskriminierungen.

Eine Diskriminierung kann direkt oder indirekt erfolgen und sich aus der Rechtssetzung oder der Rechtsanwendung ergeben. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn in der Rechtssetzung oder -anwendung ausdrücklich an ein verpönte Merkmal, wie die Lebensweise, angeknüpft wird, ohne dass dafür eine qualifizierte Rechtfertigung vorliegen würde.<sup>19</sup> Von einer indirekten Diskriminierung ist auszugehen, wenn sich eine staatliche Massnahme, obwohl auf den ersten Blick neutral, nachteilig auf Personengruppen auswirkt, die durch ein bestimmtes sensibles Merkmal miteinander verbunden sind,

<sup>15</sup> Vgl. BIAGGINI, in: Biaggini, BV-Kommentar, Art. 8 Rz. 155; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK-BV, Art. 8 Rz. 235.

<sup>16</sup> Vgl. WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 8 Rz. 65.

<sup>17</sup> Vgl. zum Ganzen BELSER / WALDMANN, Grundrechte II, Kap. 7 Rz. 23 ff.; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK-BV, Art. 8 Rz. 46 ff.; WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 8 Rz. 45 ff.; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK-BV, Art. 8 Rz. 46 ff.

<sup>18</sup> Vgl. WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 8 Rz. 64; BIAGGINI, in: Biaggini, BV-Kommentar, Art. 8 Rz. 154.

<sup>19</sup> Vgl. WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 8 Rz. 62; BIAGGINI, in: Biaggini, BV-Kommentar, Art. 8 Rz. 154; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK-BV, Art. 8 Rz. 50.

ohne dass dies durch ein rechtmässiges Ziel gerechtfertigt wäre und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich wären.<sup>20</sup>

In den Schutzbereich des Diskriminierungsverbots fallen natürliche Personen, welche die jeweiligen Merkmale entweder von Geburt an aufweisen oder später erworben haben und die das Merkmal entweder nicht aufgeben können (z.B. hinsichtlich Herkunft, Rasse, Geschlecht oder Alter) oder denen die Aufgabe nicht zugemutet werden kann (z.B. hinsichtlich Lebensform, Sprache oder Religion). Nach der Lehre und Rechtsprechung bezieht sich das Merkmal der «Lebensform» auch auf die Lebensweise der Fahrenden.<sup>21</sup> In einem wegweisenden Entscheid aus dem Jahr 2003 hat das Bundesgericht entschieden, dass die nomadische Lebensweise der Fahrenden eine grund- und völkerrechtlich geschützte Lebensform darstelle, die in der Gesetzgebung zu berücksichtigen und im Rahmen der Raumplanung zu konkretisieren sei. Damit stellt die nomadische Lebensweise ein verpöntes resp. sensibles Merkmal dar. Die Anknüpfung an dieses Merkmal löst denn auch die Vermutung einer Diskriminierung aus, die nur durch besonders qualifizierte Gründe entfällt und die Ungleichbehandlung aufgrund sensibler Merkmale ausnahmsweise als gerechtfertigt erscheinen lässt.

Da es sich beim Diskriminierungsverbot um ein Menschen-, nicht um ein Bürgerrecht handelt, fallen auch Ausländerinnen und Ausländer, die sich in der Schweiz aufhalten, unabhängig von ihrem ausländerrrechtlichen Status, unter den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 2 BV.

Mit der abstrakten Normenkontrolle des LSCN durch das Bundesgericht steht die Diskriminierung in der Rechtssetzung im Zentrum der Fragestellungen. Auch in dieser Konstellation ist es möglich, eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, wenn diese im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt und als dem Zweck angemessen erscheint. Es müssen dabei ernsthafte und triftige (also qualifizierte) Gründe für die Ungleichbehandlung vorliegen und die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen müssen einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten. Gleiche Massstäbe sind an das Unterlassen gesetzlicher Unterscheidungen anzulegen, wenn sich die Gleichbehandlung typischerweise negativ auf Personen mit bestimmten Merkmalen auswirkt.<sup>22</sup> Beim vorliegend im Fokus stehenden LSCN resp. Bundesgerichtsurteil stellt sich sowohl die Frage nach einer direkten als auch einer indirekten Diskriminierung.

#### **b. Nach der Antirassismuskonvention**

Während die Schweiz in ihren allgemeinen Bestimmungen vor Diskriminierung aufgrund der Rasse schützt und rassistische Äusserungen unter Strafe stellt, widmet sich im Völkerrecht eine eigenständige Konvention dem Schutz vor Rassismus. Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD), das für die Schweiz im Jahre 1994 in Kraft getreten ist, ver-

<sup>20</sup> Vgl. BELSER / WALDMANN, Grundrechte II, Kap. 7 Rz. 32 m.H. auf BGE 132 I 49 E. 8.1; 136 I 297 E. 7.1; 135 I 49 E. 4.1; 134 I 49 E. 3; 129 I 217 E. 2.1; 126 II 377 E. 6.

<sup>21</sup> BGE 138 I 205 sowie WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 8 Rz. 78; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK-BV, Art. 8 Rz. 232.

<sup>22</sup> Vgl. BELSER / WALDMANN, Grundrechte II, Kap. 7 Rz. 34 ff.

pflichtet die Vertragsstaaten, jede Form der Rassendiskriminierung zu verurteilen und mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik der Beseitigung der Rassendiskriminierung in jeder Form und der Förderung des Verständnisses unter allen Rassen zu verfolgen (Art. 1 Abs. 2 CERD).

Die Vertragsstaaten haben bei Bedarf besondere und konkrete Massnahmen zu ergreifen, «um die angemessene Entwicklung und einen hinreichenden Schutz bestimmter Rassengruppen oder ihnen angehörender Einzelpersonen sicherzustellen»; diese sollen dafür sorgen, dass Personen unabhängig von ihrer Rasse, «in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen» (Art. 2 Abs. 2 CERD). Dabei haben die Vertragsstaaten insbesondere die Verpflichtung sicherzustellen, dass jeder Mensch «ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums» das Recht auf Gleichbehandlung geniesst. Dies gilt nach Art. 5 CERD insbesondere für den gleichberechtigten Zugang zu den öffentlichen Diensten, das Recht auf Bewegungsfreiheit und die freie Wahl des Aufenthaltsortes innerhalb der Staatsgrenzen, das Recht auf Wohnung und das Recht auf Zugang zu jedem öffentlichen Ort oder Dienst. Die Vertragsstaaten sind nach Art. 6 CERD ausserdem verpflichtet, jeder Person in ihrem Hoheitsbereich «einen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstigen staatlichen Einrichtungen» zu garantieren und sicherzustellen, dass Personen, welche Verletzungen der Rechte dieser Konvention erleiden, «eine gerechte und angemessene Entschädigung oder Genugtuung für jeden infolge von Rassendiskriminierung erlittenen Schaden» erlangen können. Schliesslich verpflichtet die Antirassismuskonvention die Staaten auch dazu, wirksame Massnahmen zu ergreifen, um Vorurteile zu bekämpfen, die zu Rassendiskriminierung führen (Art. 7 CERD).

Im Jahre 2003 hat die Schweiz Art. 14 CERD ratifiziert. Mit der Anerkennung des Individualbeschwerdeverfahrens anerkannte sie die Zuständigkeit des internationalen Ausschusses zur Beseitigung jeglicher Form von Rassendiskriminierung. Macht eine Einzelperson oder Personengruppe nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs mit einer Mitteilung vor dem Ausschuss geltend, sie sei aufgrund der Rasse, Hautfarbe oder Abstammung diskriminiert worden, so übermittelt der Ausschuss dem Vertragsstaat die zugegangene Mitteilung zur schriftlichen Stellungnahme. Abschliessende Entscheide erfolgen in der Form von Vorschlägen und Empfehlungen (Art. 14 Abs. 7 lit. b CERD), die der Ausschuss dem betroffenen Vertragsstaat und den Beschwerdeführenden der Mitteilung zukommen lässt. Die Entscheide des Ausschusses sind keine rechtlich bindenden Urteile, haben jedoch autoritativen Rechtsfeststellungscharakter. Im vorliegend analysierten Fall haben die Beschwerdeführenden von BGE 145 I 73 dem Ausschuss im August 2019 eine solche Mitteilung zukommen lassen.

Neben dem Individualbeschwerdeverfahren bleibt das Staatenberichtsverfahren ein zentraler Mechanismus zur Umsetzung der Konvention. In seinen Schlussbeobachtungen aus dem Jahre 2008 hat der Ausschuss mit Bedauern festgestellt, dass die Schweiz bei der Bekämpfung rassistischer und fremden- feindlicher Haltungen gegenüber gewissen Minderheiten, wie insbesondere den Fahren den, keine wesentlichen Fortschritte erzielt habe und empfiehlt, noch stärkere Anstrengungen zu unternehmen, um mittels Informations- und Aufklärungskampagnen Vorurteile gegenüber ethnischen Minderheiten zu bekämpfen und den Dialog zwischen ethnischen Gruppen und die Toleranz in der Gesellschaft zu fördern, «vor allem auf der Ebene der Kantone und Gemeinden» (Rz. 7). Der Ausschuss äussert sich auch besorgt darüber, «dass Fahren de – einschliesslich Jenische, Sinti und Roma – weiterhin vielfältigen Benachteiligungen und Formen von Diskriminierungen

ausgesetzt sind, vor allem im Wohn- und Bildungsbereich». Er empfiehlt der Schweiz «einmal mehr», ihre Anstrengungen zur Verbesserung der Lage der Fahrenden zu verstärken, «vor allem was deren Möglichkeiten zur Nutzung ihrer Rechte im Wohn-, Bildungs- und kulturellen Bereich betrifft» (Rz. 19).

### 3. Der besondere Schutz der Angehörigen von Minderheiten

#### a. Im Allgemeinen

Angehörige von Minderheiten werden in erster Linie durch die allgemeinen Grund- und Menschenrechte und die Diskriminierungsverbote des Verfassungs- und des Völkerrechts geschützt. Niemand darf aufgrund seiner Herkunft, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Lebensform oder seiner Religion diskriminiert werden. Damit ist es verboten, staatliche Massnahmen an Merkmale wie die Ethnie, die Sprache, die Kultur oder die fahrende Lebensweise anzuknüpfen, ohne dass dafür eine qualifizierte Rechtfertigung vorliegen würde. Gleichzeitig ist es auch untersagt, Gesetze zu schaffen oder Entscheide zu fällen, die zwar keine Anknüpfung an verpönte Merkmale vorsehen, sich aber besonders nachteilig auf Personengruppen mit diesen Merkmalen auswirken.

In einem Entscheid aus dem Jahre 2012 hat das Bundesgericht daran erinnert, dass die Diskriminierungsverbote den Staat dazu verpflichten, den besonderen Bedürfnissen der Angehörigen von Minderheiten Rechnung zu tragen. In diesem Fall, in dem es um die Kriterien ging, nach welchen das Vorliegen einer Invalidität zu beurteilen ist, hielt es fest, dass die Schweiz die Fahrenden als nationale Minderheit anerkannt habe und die Behörden deshalb verpflichtet seien, den Besonderheiten des Lebensstils dieser Gemeinschaft Rechnung zu tragen. Das nomadische Leben mit seinen regelmässigen Ortswechseln würde die Zahl der in Frage kommenden bezahlten Tätigkeiten notwendigerweise einschränken. Es sei deshalb nicht zulässig, eine berufliche Tätigkeit für zumutbar zu erklären, welche die versicherte Person zur Sesshaftigkeit zwingen und zu einer Trennung von ihrer Familie und ihrem traditionellen Leben sowie zu einer kulturellen Entwurzelung im Allgemeinen führe. Dies käme einer indirekten Diskriminierung gleich, welche die Grundrechte verletze.<sup>23</sup>

Der UN-Pakt I, dessen Justiziabilität das Bundesgericht trotz nationaler und internationaler Kritik ablehnt<sup>24</sup>, enthält neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot von Art. 2 eine besondere Bestimmung zum Schutz von Menschen, die Minderheiten angehören. Art. 27 widmet sich dem Schutz ethnischer, religiöser, sprachlicher und kultureller Minderheiten, ohne jedoch festzulegen, welche Gruppen als Minderheiten zu gelten haben. Von massgeblicher Bedeutung, wenn auch rechtlich nicht verbindlich und teilweise kritisiert, ist der Minderheitenbegriff, den der UN-Sonderberichterstatter zur Verhinderung von Diskriminierung und Minderheitenschutz, Francesco Capotorti, vorgeschlagen hat.<sup>25</sup> Um eine Minderheit handelt es sich danach, wenn die Mitglieder einer Gruppe erstens die Staatsangehö-

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_540/2011 vom 15. März 2012; vgl. dazu Eva Maria Belser, Fahrende dürfen beim IV-Entscheid nicht diskriminiert werden, SKMR-Newsletter vom 27.06.2012.

<sup>24</sup> Vgl. zur Ablehnung der Justiziabilität in früheren Entscheiden BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 11/12; 121 V 246 E. 2 S. 248 ff.; 122 I 101.

<sup>25</sup> Vgl. dazu etwa KURT, Religiöse Minderheiten, S. 8.

rigkeit des betreffenden Staats innehaben, zweitens der übrigen Staatsbevölkerung zahlenmässig unterlegen sind, drittens keine beherrschende Stellung im Staat innehaben, und wenn viertens ihre Angehörigen – objektiv – ethnische, religiöse oder sprachliche Merkmale aufweisen, nach welchen sie sich von dem Rest der Bevölkerung unterscheiden sowie fünftens – subjektiv – den Wunsch haben, die eigene Kultur, Tradition, Religion oder Sprache zu bewahren.<sup>26</sup> Ob die Staatsangehörigkeit eine Voraussetzung besonderer Minderheitenrechte bildet, ist allerdings umstritten. Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat das Erfordernis der Staatsangehörigkeit in einem «General Comment» von 1994 verneint und ausländische Personen ausdrücklich in den Minderheitenbegriff einbezogen.<sup>27</sup> Der Wortlaut, die Systematik und die Auseinandersetzungen bei der Schaffung des Pakts sprechen eher für eine weite Grundrechtsträgerschaft, die auch ausländischen Personen das Recht garantiert, ihre Sprache zu sprechen, ihre Religion auszuüben und ihre Kultur zu pflegen.

Die Tragweite von Art. 27 UN-Pakt II ist weiterhin umstritten. Die Formulierung, dass den Angehörigen von Minderheiten das Recht nicht vorenthalten werden darf, ihre Sprache, Kultur und Religion zu pflegen, weist darauf hin, dass die Bestimmung die Staaten in erster Linie dazu verpflichtet, von allen Massnahmen abzusehen, die einen Assimilierungsdruck auf Minderheiten ausüben.<sup>28</sup> Verbreitet wird aber die Auffassung vertreten, dass der Minderheitenschutz die Staaten auch zu aktiven Massnahmen verpflichtet. Für diese Auffassung spricht unter anderem, dass der Minderheitenschutz von Art. 27 nicht einfach die für alle geltenden Garantien wiederholt (und beispielsweise klarstellt, dass die Religionsfreiheit auch Minderheiten zukommt), sondern die allgemeinen Rechte und Freiheiten ergänzt.<sup>29</sup> Im – allerdings nicht verbindlichen – «General Comment» von 1994 zu Art. 27 vertritt auch der UN-Menschenrechtsausschuss diese Auffassung und hält fest, dass die tatsächliche Möglichkeit von Minderheiten, ihre Kultur zu erhalten, zu pflegen und weiterzuentwickeln, oft positive Vorkehren der Staaten erfordern würde.<sup>30</sup>

Während der Art. 27 UN-Pakt II weiterhin in erster Linie darauf zielt, die Angehörigen von Minderheiten davor zu schützen, sich in religiösen, sprachlichen und kulturellen Belangen der Mehrheit anpassen zu müssen, sieht die Erklärung über die Rechte von Personen, die nationalen oder ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten angehören, welche die Generalversammlung im Jahre 1992 verabschiedet hat, weitere Massnahmen vor.<sup>31</sup> Nach der Erklärung haben die Staaten die Existenz und die Identität der Minderheiten – auch der «nationalen» und «kulturellen» – nicht etwa nur zu achten, sondern auch zu schützen und aktiv zu fördern. Die Erklärung betont auch das Recht der Minderheiten auf Teilnahme und Mitwirkung. Personen, die Minderheiten angehören, haben damit nicht nur das Recht, vor «Einmischung oder Diskriminierung jeder Art» geschützt zu sein, sondern auch ein «Recht

<sup>26</sup> CAPOTORTI, *Rights of Minorities*, S. 96.

<sup>27</sup> "Who are Minorities under International Law?", Begriffserklärung des Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation* (HR/PUB/10/3).

<sup>28</sup> So auch NOWAK, *CCPR-Kommentar*, *CCPR-Kommentar*, Rz. 39 ff.

<sup>29</sup> So auch MALINVERNI, *La Suisse et la protection des minorités (art. 27 Pacte II)*, S. 242, in: KÄLIN / MALINVERNI / NOWAK, *Schweiz und UNO-Pakte, Schweiz und UN-Pakte*.

<sup>30</sup> UN-Ausschuss für Menschenrechte, *General Comment Nr. 23*, § 6.2.

<sup>31</sup> Vgl. dazu KÜNNECKE, *Europäische Minderheiten I*, S. 1290.

auf volle Teilnahme» am kulturellen, religiösen, sozialen, wirtschaftlichen und öffentlichen Leben sowie ein «Recht auf wirksame Beteiligung» an allen Entscheiden, welche sie betreffen – und zwar auf nationaler sowie gegebenenfalls auch auf regionaler Ebene.<sup>32</sup>

### **b. Nach dem Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten**

Das Europäische Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, das für die Schweiz im Jahre 1999 in Kraft getreten ist, verbietet den Vertragsstaaten die Diskriminierung oder anderweitige Benachteiligung nationaler Minderheiten und gebietet gesetzgeberische und anderweitige Massnahmen zum Schutz und zur Förderung. Als Rahmenübereinkommen sieht der völkerrechtliche Vertrag programmatische Pflichten vor und belässt den Vertragsstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>33</sup>

Das Rahmenübereinkommen enthält keine Definition der «nationalen Minderheit». Indem es aber Minderheiten das Recht garantiert, «ihre Kultur zu pflegen und weiterzuentwickeln und die wesentlichen Bestandteile ihrer Identität, nämlich ihre Religion, ihre Sprache, ihre Traditionen und ihr kulturelles Erbe, zu bewahren», stellt es klar, dass es um kulturelle, religiöse und sprachliche Gruppen geht<sup>34</sup> – und nicht etwa um politische Minderheiten oder um den Schutz anderer Personen, die aufgrund eines anderen wesentlichen Merkmals der Mehrheitsbevölkerung zahlenmässig unterlegen sind.

Als die Schweiz dem Rahmenübereinkommen beitrug, machte sie klar, dass nur Schweizerinnen und Schweizer, die seit langem fest und dauerhaft mit der Schweiz verbunden sind, unter den Schutz des Rahmenübereinkommens fallen, dass aber ihr Minderheitenstatus sowohl schweizweit als auch in einem Kanton gegeben sein kann.<sup>35</sup> Neue Minderheiten und ausländische Personen bleiben bis auf weiteres vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Während zu Beginn die Absicht bestand, den Begriff offen zu halten – wie es der schweizerischen Tradition entsprochen hätte –, sind heute die sprachlichen Minderheiten der Schweiz, die Mitglieder der jüdischen Gemeinde und die Gemeinschaft der Fahren- den als nationale Minderheiten anerkannt.<sup>36</sup> Das Gesuch der Roma, als nationale Minderheit anerkannt zu werden, hat der Bundesrat im Jahre 2018 abgelehnt.<sup>37</sup> Dagegen wurde dem Recht der nationalen Minderheiten auf Selbstbezeichnung Rechnung getragen (Art. 3) und beschlossen, auf den Ausdruck «Schweizer Fahrende» zu verzichten und alle Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie die Medien aufzufordern, stattdessen die Bezeichnungen Jenische, Sinti und Manouches zu verwenden.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> Art. 1, 2 sowie 4 Erklärung vom 18. Dezember 1992 über die Rechte von Personen, die nationalen oder ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten angehören.

<sup>33</sup> EGBUNA-JOSS / HILTBRUNNER, NATHALIE, BELSER, EVA MARIA, Fahrende als nationale Minderheiten, S. 1.

<sup>34</sup> Vgl. KÜNNECKE, Europäische Minderheiten IIS. 65.

<sup>35</sup> Sie gab folgende auslegende Erklärung ab: «Die Schweiz erklärt, dass in der Schweiz nationale Minderheiten im Sinne des Rahmenübereinkommens die Gruppen von Personen sind, die dem Rest der Bevölkerung des Landes oder eines Kantons zahlenmässig unterlegen sind, die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, seit langem bestehende, feste und dauerhafte Bindungen zur Schweiz pflegen und von dem Willen beseelt sind, zusammen das zu bewahren, was ihre gemeinsame Identität ausmacht, insbesondere ihre Kultur, ihre Traditionen, ihre Religion oder ihre Sprache.»

<sup>36</sup> Erster Staatenbericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten, April 2001, Rz. 100.

<sup>37</sup> Bundesrat, Medienmitteilung vom 1. Juni 2018; vgl. hierzu auch KÄLIN / LOCHER, Anerkennung Roma, S. 13 f.

<sup>38</sup> Vierter Staatenbericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Februar 2017, S. 34.

Während das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung, die allgemeinen Diskriminierungsverbote des Völkerrechts und die Antirassismuskonvention ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit gelten, verschafft das Europäische Rahmenübereinkommen Angehörigen der Jenischen, der Sinti und der Manouches, die eine nomadisierende oder halbnomadisierende Lebensweise pflegen und über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfügen, zusätzliche Ansprüche auf Schutz und Förderung ihrer Besonderheit und auf Rücksicht auf ihre besonderen Bedürfnisse.

Die Konvention wurde in der Erwägung geschaffen, «dass eine pluralistische und wahrhaft demokratische Gesellschaft nicht nur die ethnische, kulturelle, sprachliche und religiöse Identität aller Angehörigen einer nationalen Minderheit achten, sondern auch geeignete Bedingungen schaffen sollte, die es ihnen ermöglichen, diese Identität zum Ausdruck zu bringen, zu bewahren und zu entwickeln» (Präambel). Sie verbietet deshalb nicht nur die Diskriminierung (Art. 4 Abs. 1 Rahmenübereinkommen), sondern verpflichtet die Vertragsparteien auch dazu, «erforderlichenfalls angemessene Massnahmen zu ergreifen, um in allen Bereichen des wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Lebens die vollständige und tatsächliche Gleichheit zwischen den Angehörigen einer nationalen Minderheit und den Angehörigen der Mehrheit zu fördern» (Art. 4 Abs. 2 Rahmenübereinkommen). Anders als das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung, das zwar Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichheit verlangt, aber kein allgemeines Egalisierungsgebot enthält<sup>39</sup>, verlangt das Übereinkommen aktive Massnahmen, welche die vollständige und tatsächliche Gleichheit fördern. Das Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten ausserdem, «die Bedingungen zu fördern, die es Angehörigen nationaler Minderheiten ermöglichen, ihre Kultur zu pflegen und weiterzuentwickeln und die wesentlichen Bestandteile ihrer Identität, nämlich ihre Religion, ihre Sprache, ihre Traditionen und ihr kulturelles Erbe, zu bewahren» (Art. 5 Abs. 1 Rahmenübereinkommen). Vertragsstaaten müssen nicht nur von Zielsetzungen und Praktiken absehen, die auf eine Assimilierung gerichtet sind, sondern Personen auch vor solchen Massnahmen schützen (Art. 5 Abs. 2 Rahmenübereinkommen). Die Vertragsparteien verpflichten sich schliesslich dazu, einen «Geist der Toleranz und des interkulturellen Dialogs» zu pflegen und «wirksame Massnahmen zur Förderung der gegenseitigen Achtung und des gegenseitigen Verständnisses» zu ergreifen (Art. 6 Abs. 1 Rahmenübereinkommen). Ganz im Sinne der Bundesverfassung, welche die Förderung der kulturellen Vielfalt des Landes zum Ziel der Eidgenossenschaft erklärt (Art. 2 Abs. 2 BV), hält die Präambel des Übereinkommens fest, dass sich die kulturelle Vielfalt «als Quelle und Faktor nicht der Teilung, sondern der Bereicherung erweisen kann».

Seit die Schweiz dem Rahmenübereinkommen beigetreten ist, nimmt die Frage nach dem Umgang mit den fahrenden Gemeinschaften einen erheblichen Raum in der Berichterstattung ein. In allen Gutachten des beratenden Ausschusses und den abschliessenden Resolutionen wurde die Schweiz an die Notwendigkeit erinnert, die Lebensweise der fahrenden Gemeinschaften zu schützen und zu fördern, Vorurteile abzubauen, genügend Standplätze für Fahrende zur Verfügung zu stellen, und Bund, Kantone und Gemeinden aufgefordert, unverzüglich die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Vgl. WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 8 Rz. 43; BIAGGINI, in: Biaggini, BV-Kommentar, Art. 8 Rz. 18; SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK-BV, Art. 8 Rz. 215.

<sup>40</sup> Vgl. die Nachweise bei BELSER EVA MARIA, Accommodating National Minorities in Federal Switzerland – Old Concepts meet New Realities, in: Alain Gagnon/Michael Burgess (ed.), Revisiting Unity and Diversity in Federal Countries, Changing Concepts, Reform Proposals and New Institutional Realities, Leiden/Boston 2018, 79-111.

Im Mai 2019 forderte das Ministerkomitee die Schweiz auf, die «im Aktionsplan des Bundes zur Förderung von Jenischen, Sinti/Manouches und Roma\* enthaltenen Massnahmen möglichst rasch umsetzen» und «innerhalb der im Aktionsplan vorgesehenen Frist genügend Plätze schaffen».<sup>41</sup>

Bis anhin ist es der Schweiz nämlich nicht gelungen, genügend Stand- und Durchgangsplätze für anerkannte nationale Minderheit der Fahrenden zu schaffen. Schon in ihrer ersten Resolution aus dem Jahre 2003 hatte das Ministerkomitee festgestellt, dass die Schweiz «*scope for improvement*» aufweise, wenn es darum gehe, den Fahrenden zu ermöglichen, ihre kulturelle Besonderheit zu leben und zu entwickeln. Es seine deshalb Massnahmen zu ergreifen, auch gesetzgeberische, um den Mangel an Standplätzen zu überwinden und andere Schwierigkeiten aus dem Weg zu schaffen, mit denen sich Fahrende konfrontiert sähen.<sup>42</sup> Im gleichen Jahr fällte das Bundesgericht zwar seinen wegweisenden Entscheid zur Berücksichtigung der Bedürfnisse der Fahrenden in der Raumplanung<sup>43</sup>, sah jedoch von der Möglichkeit ab, im Bereich des Raumplanungsrechts Ausnahmegewilligungen für Fahrende zuzulassen oder vorzuschreiben. RASELLI hatte schon damals festgehalten, dass die Gründe für den Entscheid zwar nachvollziehbar seien, die Fahrenden dadurch aber auf den guten Willen der Planungsbehörden verwiesen und damit letztlich auf den Sankt-Nimmerleinstag vertröstet würden.<sup>44</sup>

In seinem zweiten Bericht vom Jahre 2008 stellte das Ministerkomitee erfreut fest, dass die Schweizer Regierung einen umfassenden Bericht erstellt habe, der die Situation der Fahrenden erläutere und auch auf das Problem der fehlenden Standplätze eingehe. Die Bundesbehörden zeigten «mehr Verständnis für den Ernst der Probleme» und seien «stark bemüht, diese Probleme in Zusammenarbeit mit den kantonalen Behörden zu lösen»<sup>45</sup>. Gleichzeitig wird jedoch festgestellt, dass in der Schweiz «nach wie vor ein grosser Mangel an Stand- und Durchgangsplätzen» herrsche. Nicht nur seien kaum Fortschritte erzielt worden, die Zahl der Stand- und Durchgangsplätze sei seit 2001 sogar zurückgegangen. Das Komitee empfiehlt denn auch die Planung und Schaffung von Stand- und Durchgangsplätzen durch angemessene Massnahmen zu erleichtern und zu beschleunigen.<sup>46</sup>

2014 nannte das Ministerkomitee unter den Themen, die zu Besorgnis Anlass gäben, als erstes die Fahrenden. Die Gesamtsituation gebe «noch immer Anlass zu ernsthafter Besorgnis». Das Problem des Mangels an Stand- und Durchgangsplätzen habe sich nämlich innerhalb von zehn Jahren nur teilweise entschärft; die Zahl der Standplätze habe kaum zugenommen, und bei den Durchgangsplätzen habe sich die Situation sogar verschlechtert.<sup>47</sup> In seinen Empfehlungen appelliert der Beratende Ausschuss denn auch erneut an die Schweizer Behörden, «den gravierenden Mangel an Stand- und Durchgangsplätzen für Fahrende möglichst rasch zu beheben». Ein entschlossenes Handeln sei notwendig, «um alle Akteure auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene nachdrücklich dazu anzuhalten, die Probleme der Fahrenden im Rahmen der nationalen Raumordnungspläne vordringlich anzugehen». Ausserdem

<sup>41</sup> Resolution CM/ResCMN(2019)7 über die Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten durch die Schweiz vom 14. Mai 2019.

<sup>42</sup> Resolution ResCMN(2003)13 on the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities by Switzerland, adopted by the Committee of Ministers on 10 December 2003.

<sup>43</sup> BGE 129 II 321.

<sup>44</sup> Niccolò Raselli, EMRK und Minderheitenschutz, verfügbar auf: <[https://www.gms-minderheiten.ch/wp-content/uplo-ads/2016/06/EMRK\\_und\\_Minderheiten.pdf](https://www.gms-minderheiten.ch/wp-content/uplo-ads/2016/06/EMRK_und_Minderheiten.pdf)>.

<sup>45</sup> Resolution CM/ResCMN(2008)10 über die Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten durch die Schweiz, verabschiedet vom Ministerkomitee am 19. November 2008.

<sup>46</sup> Loc.cit.

<sup>47</sup> Resolution CM/ResCMN(2014)6 über die Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten durch die Schweiz, verabschiedet vom Ministerkomitee am 28. Mai 2014.

seien in der Öffentlichkeit, bei den Gemeinden und bei Privaten Sensibilisierungsmassnahmen zu ergreifen, «um spontane Halte zu begünstigen». <sup>48</sup> Angesichts der Tatsache, dass es der Schweiz weiterhin nicht gelungen ist, das Problem der fehlenden Plätze zu beheben, erstaunt es nicht, dass sich auch Empfehlungen vom Mai 2019 auf dieses Thema beziehen. <sup>49</sup>

Auf seiner Website weist das Bundesamt für Kultur darauf hin, dass nach den regelmässigen Erhebungen der Stiftung «Zukunft Schweizer Fahrende» das Angebot an Stand- und Durchgangsplätzen nicht nur nicht verbessert werden konnte, sondern «massiv zurückgegangen» sei. Diese gelte für die meisten Regionen der Schweiz, ganz besonders aber für die West-, die Ost- und die Südschweiz, wo die Suche nach Halteplätzen für Jenische, Sinti und Roma auf der Reise immer schwieriger werde. <sup>50</sup> 2016 hat der Bundesrat zwar von den Zwischenergebnissen der Arbeit am Aktionsplan «Jenische, Sinti, Roma» Kenntnis genommen und Konsultationen mit den Kantonen angeordnet, namentlich in Bezug auf die Standplätze, konkrete Erfolge bleiben aber weiterhin weitgehend aus.

## V. Analyse der Erwägungen des Bundesgerichts

Nach der Erläuterung der wichtigsten verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben soll im Folgenden kurz auf die wichtigsten Erwägungen eingegangen werden, die das Bundesgericht zu seinem Urteil zur Abweisung der Beschwerde gegen das neuenburgische Gesetz über den Aufenthalt der fahrenden Gemeinschaften bewogen haben. Einleitend ist festzustellen, dass das Bundesgericht in seinem Urteil der umfassenden Bindungswirkung und Verwirklichungspflicht der Grundrechte nur unzureichend Rechnung getragen hat und die programmatischen Pflichten des Kantons zu Unrecht vollständig ausgeblendet hat.

### 1. Einleitende Bemerkungen zur abstrakten Normenkontrolle

Das Bundesgericht hat es in seinem Urteil unterlassen zu prüfen, ob der Kanton Neuenburg mit dem Erlass des LSCN der umfassenden Bindungswirkung der Grundrechte und der Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte nachgekommen ist. Erst recht schenkte das Gericht der Frage, ob der Kanton seinen verbindlichen programmatischen Pflichten nachgekommen ist, keinerlei Aufmerksamkeit, obwohl gerade dies im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle geboten gewesen wäre. Programmatische Pflichten sind ebenso verbindlich wie justiziable – nur richten sie sich vornehmlich an den Gesetzgeber. Ist das Gericht aufgerufen, die Arbeit des Gesetzgebers zu überprüfen, so hat es beides zu tun: Sicherzustellen, dass der Gesetzgeber der umfassenden Bindungswirkung der Grund- und Menschenrechte Rechnung trägt, und zu überprüfen, ob der Gesetzgeber seiner Verwirklichungspflicht nachkommt und die verbindlichen Vorgaben des Verfassungs- und Völkerrechts beachtet.

---

<sup>48</sup> Loc.cit.

<sup>49</sup> Resolution CM/ResCMN(2019)7 on the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities by Switzerland, adopted by the Committee of Ministers on 14 May 2019.

<sup>50</sup> <https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/sprachen-und-gesellschaft/jenische-und-sinti-als-nationale-minderheit/aktionsplan.html>.

Es überrascht deshalb, dass das Bundesgericht nicht auf die Verwirklichungspflichten des Kantons eingeht und den programmatischen Pflichten, die sich namentlich aus dem Rahmenübereinkommen, aber auch aus dem Verfassungsrecht und anderen völkerrechtlichen Normen ergeben, keinerlei Beachtung schenkt. So stellt es zwar die Pflichten, die sich für die Schweiz aus dem Rahmenübereinkommen ergeben, kurz vor, beendet seine Ausführungen aber mit der Bemerkung, dass die Konvention keine direkt anwendbaren Normen enthalte, sondern vielmehr den Gesetzgeber verpflichte, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz der nationalen Minderheiten zu treffen.<sup>51</sup> Ob er dieser Pflicht auf angemessene Art und Weise nachgekommen ist, wäre aber gerade zu prüfen gewesen.

Im Urteil zur Zuger Gleichstellungskommission ist das Bundesgericht denn auch zu Recht anders vorgegangen. Es hat daran erinnert, dass der Gleichstellungsauftrag der Bundesverfassung und die UNO-Frauenrechtskonvention den Handlungsspielraum des kantonalen Gesetzgebers verbindlich einschränken. Das Gleiche wäre aber in Bezug auf den Schutz der Minderheiten festzuhalten gewesen: Auch hier bestehen verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben, die – obwohl oder gerade weil sie programmatisch sind – dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers Schranken setzen. Auch hier gilt, dass gesetzgeberische und sonstige Massnahmen zur tatsächlichen Verwirklichung der Rechte und Freiheiten von Angehörigen von Minderheiten geboten sind und dass diese Pflichten, auch wenn sie keine gerichtlich durchsetzbaren Verpflichtungen begründen, doch «nicht nur politische oder moralische Absichtserklärungen, sondern Teil der objektiven Rechtsordnung»<sup>52</sup> bilden. Gestützt auf diese Erwägungen hätte das Bundesgericht auch in diesem Fall zum Schluss kommen müssen, dass der Kanton Neuenburg zwar nicht zur Schaffung bestimmter rechtlicher Grundlagen verpflichtet, sondern frei ist, zwischen verschiedenen Massnahmen und Vorgehensweisen zu wählen, dass er aber verpflichtet ist, wirksame Massnahmen zum Schutz und zur Förderung der Rechte und Freiheiten der Angehörigen von fahrenden Gemeinschaften zu ergreifen, solange deren Situation in der Schweiz im Allgemeinen, aber auch im Kanton Neuenburg im Besonderen, unbefriedigend bleibt. Er verletzt nicht nur dann Verfassungs- und Völkerrecht, wenn er sich über justiziable Grund- und Menschenrechte hinwegsetzt, sondern auch, wenn er staatliche Massnahmen zur Verwirklichung unterlässt, obwohl solche geboten wären.<sup>53</sup> Er ist zwar frei, zu entscheiden, *wie* er die Lebensweise der Roma, Sinti und Manouches schützt und fördert, aber nicht *ob* er es tut.

Das Bundesgericht stellt sich stattdessen auf den Standpunkt, dass der Mangel an Standplätzen keinen Einfluss auf die Zulässigkeit des kantonalen Gesetzes hat. «*Enfin, le fait qu'il n'y aurait pas assez d'aires de stationnement pour les communautés nomades dans le canton de Neuchâtel - comme le soulèvent les recourants - est une question d'ordre politique qui n'a pas à être traitée dans le cadre du contrôle abstrait d'une loi cantonale.*»<sup>54</sup> Der Mangel an Stand- und Durchgangplätzen ist indes weit entfernt davon, lediglich ein politisches Problem zu sein. Weil Verfassung und Völkerrecht Bund und Kantone verpflichten, die fahrende Lebensweise zu achten, zu schützen und zu fördern, gehört auch die Schaffung der erforderlichen Stand- und Durchgangsplätzen zu den verbindlichen Vorgaben des übergeordneten Rechts. Angesichts der völkerrechtlichen Pflichten, denen die Schweiz seit 1999 untersteht und

<sup>51</sup> BGE 145 I 73 E. 4.1; vgl. bereits BGE 138 I 205 E. 5.2.

<sup>52</sup> BGE 137 I 305 E. 3.2.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 137 I 305 E. 5, insbes. 5.5.

<sup>54</sup> BGE 145 I 73 E. 7.1.

den dringlichen Empfehlungen der zuständigen Organe, ist es denn auch erstaunlich, dass das Bundesgericht die Frage nach den Standplätzen als ausschliesslich politische Frage erachtet.

Zwar kann gegen die Untätigkeit des kantonalen Gesetzgebers nur ausnahmsweise gerichtlich vorgegangen werden. Dies ist jedoch der Fall, wenn die Verfassung und/oder das Völkerrecht Gesetzgebungsaufträge so bestimmt formulieren, dass Gerichte mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln ohne weiteres überprüfen können, ob der Auftrag erfüllt wurde oder nicht. Ist die Rechtsetzungspflicht derart ausgestaltet, dass sie sich im Ergebnis einem subjektiven Anspruch des Einzelnen auf positives gesetzgeberisches Handeln annähert, so ist die Justiziabilität zu bejahen.<sup>55</sup> Im vorliegenden Fall hätte die Schwelle des gerichtlichen Eingreifens indes noch tiefer liegen müssen, da nicht die Untätigkeit des kantonalen Gesetzgebers, sondern ein programmatischen Pflichten zumindest teilweise zuwiderlaufendes Gesetz zu beurteilen war. Das Europäische Rahmenübereinkommen verschafft Angehörigen der Jenischen, der Sinti und der Manouches, die eine nomadisierende oder halbnomadisierende Lebensweise pflegen und über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfügen, besondere Ansprüche auf Schutz und Förderung ihrer Lebensweise und auf Rücksicht auf ihre besonderen Bedürfnisse. Noch eindeutiger ist das in Art. 16 des Rahmenübereinkommens enthaltene Verbot zur Schaffung zusätzlicher Einschränkungen: «Die Vertragsparteien sehen von Massnahmen ab, die das Bevölkerungsverhältnis in von Angehörigen nationaler Minderheiten bewohnten Gebieten verändern und darauf gerichtet sind, die Rechte und Freiheiten einzuschränken, die sich aus den in diesem Rahmenübereinkommen niedergelegten Grundsätzen ergeben.»

Die Autonomie der Kantone und das Prinzip der Verhältnismässigkeit erfordern zweifellos, dass sich das Bundesgericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle Zurückhaltung auferlegt. Es ist am kantonalen Gesetzgeber zu entscheiden, welche Massnahmen er zur Achtung, zum Schutz und zur Verwirklichung der Grundrechte ergreifen will. Auch bei der Abwägung miteinander kollidierender öffentlicher Interessen verfügt der Kanton über einen grossen Gestaltungsspielraum. Dieser findet jedoch seine Schranke im übergeordneten Recht. Ob der Kanton Massnahmen zur Verwirklichung der Grundrechte ergreift, liegt nicht in seinem freien Ermessen.

Die bundesgerichtliche Zurückhaltung drückt sich auch dadurch aus, dass das Gericht problematische kantonale Normen nicht aufhebt, wenn sie sich verfassungs- und völkerrechtskonform auslegen lassen und die Umstände eine solche als wahrscheinlich erscheinen lassen. Um zu entscheiden, ob eine Norm aufrechterhalten werden kann oder aufgehoben muss, sind nach Bundesgericht insbesondere die vorgesehenen Eingriffe in die Grundrechte, die Möglichkeit, im Rahmen einer konkreten Überprüfung hinreichenden Rechtsschutz zu erlangen und die konkreten Umstände der Normanwendung zu berücksichtigen.<sup>56</sup> Das Bundesgericht versäumt es jedoch zu überprüfen, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, sondern scheint ihr Vorliegen stillschweigend vorauszusetzen. Dabei wäre zu beachten gewesen, dass die vorgesehenen Eingriffe in die Grundrechte schwer wiegen. Das LSCN erfordert eine genaue Planung der Aufenthalte und deren Dauer und verhindert Spontanaufenthalte, die für fahrende Gemeinschaften wichtig und unter Umständen aufgrund von Geburten, Krankheiten oder Unfällen unvermeidbar sind. Die Räumung eines Platzes trifft unter Umständen eine grosse Zahl von Betroffenen in ihren Rechten und Freiheiten. Weil die Anordnung der Räumung gestützt auf sehr

<sup>55</sup> KÄLIN, 149, weitergehend: RÜTSCHÉ BERNHARD, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen, Basel 2002, 403 f.

<sup>56</sup> BGE 145 I 73 E. 2.

offene und unbestimmte Bestimmungen und ihr Vollzug durch die Polizei und unter Zeitdruck erfolgt, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Umstände einer verfassungs- und völkerrechtlichen Anwendung der neuen gesetzlichen Grundlagen förderlich sind. Hinzu kommt, dass der Rechtsschutz im Gesetz auf eine Art und Weise ausgestaltet ist, dass eine nachträgliche Feststellung einer Grundrechtsverletzung unwahrscheinlich und spätere Wiedergutmachung praktisch ausgeschlossen ist. Unter diesen Umständen wäre es zwingend geboten, der Frage mehr Gewicht beizumessen, wie eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Anwendung des Gesetzes sichergestellt werden kann und ob dies nicht die Aufhebung (und Neuformulierung) verschiedener Bestimmungen erfordert hätte.

## 2. Das LSCN und die Diskriminierungsverbote

### a. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der fahrenden Lebensweise im Allgemeinen

Nach Art. 1 LSCN regelt das Gesetz den Aufenthalt und den Transit der nomadischen Gemeinschaften. Nach Art. 3 befasst sich das Gesetz ausdrücklich nur mit nomadisch lebenden Gemeinschaften (« *la présente loi s'applique à toute communauté nomade, au sens de l'article 4 ci-dessous, qui souhaite installer un campement sur le territoire neuchâtelois* »). Es knüpft damit rechtliche Folgen – bzw. die Anwendbarkeit des ganzen Gesetzes – an die nicht-sesshafte oder fahrende Lebensweise an und damit an ein verpöntes bzw. sensibles Merkmal. Ein besonderes Gesetz, das ausdrücklich nur auf Personen anwendbar ist, die ein besonderes Merkmal aufweisen, wirft die Frage der direkten Diskriminierung auf. Es löst die Vermutung aus, dass eine Diskriminierung vorliegt; diese kann nur durch qualifizierte Rechtfertigungsgründe widerlegt werden. Ein Sondergesetz ist nämlich nur dann mit dem Verbot der direkten Diskriminierung vereinbar, wenn sich die rechtliche Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal als unerlässlich erweist, einem erheblichen Interesse entspricht und verhältnismässig ist. Diese Voraussetzungen sind namentlich erfüllt, wenn das Sondergesetz darauf zielt, mit besonderen Bestimmungen für die tatsächliche Gleichstellung benachteiligter Gruppen zu sorgen, wie dies etwa beim Gleichstellungsgesetz oder beim Behindertengleichstellungsgesetz, aber auch beim Gesetz des Kantons Basel-Landschaft zum Aufenthalt der Fahrenden der Fall ist.<sup>57</sup> Dagegen liegt eine direkte Diskriminierung vor, wenn die Anknüpfung des Gesetzes an das verpönte Merkmal die Situation tatsächlich benachteiligter Gruppen rechtlich spiegelt, perpetuiert oder verstärkt und damit den Zielen der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung entgegenläuft. Diese scheint beim LSCN der Fall zu sein.

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid die Frage der direkten Diskriminierung nicht ausdrücklich geprüft. Es hat sich namentlich nicht mit der Frage befasst, ob ein Sondergesetz, das nur den Aufenthalt der nomadisierenden Bevölkerung regelt, unerlässlich ist, z.B., weil die Besonderheiten einer historisch oder gegenwärtigen Gruppe aufgrund wichtiger öffentlicher Interessen eine gesonderte Regelung erfordern oder weil die staatlichen Schutz- und Förderungspflichten die Schaffung besonderer Bestimmungen als geboten erscheinen lassen. Aufgrund der besonderen Lebensweise der fahrenden Gemeinschaften und ihren besonderen Bedürfnissen in Bezug auf die Raumplanung und die staatliche Infrastruktur, aber auch um den berechtigten Interessen der sesshaften Bevölkerung angemessen Rechnung zu tragen (Art. 1 LSCN) mag ein besonderes Gesetz, das den Aufenthalt und den Transit regelt, grundsätzlich als geboten erscheinen.

<sup>57</sup> Vgl. WALDMANN, in: Waldmann et al. (Hrsg.), BSK-BV, Art. 8 Rz. 92 ff.

Fraglich erscheint aber, ob ein solches Gesetz auch dann vor dem Diskriminierungsverbot standhält, wenn es die Interessen der sesshaften Bevölkerung und andere öffentliche Interessen einseitig über die Interessen der fahrenden Gemeinschaften stellt und deren rechtliche und tatsächliche Situation nicht verbessert, sondern verschlechtert bzw. wenn es der vulnerablen Situation der nicht-sesshaften Bevölkerung nicht Rechnung trägt, sondern gesellschaftliche und andere Benachteiligungen aufnimmt oder verstärkt. Nicht zuletzt mit Blick auf die programmatischen Pflichten der Schweiz, die besondere Lebensweise der fahrenden Gemeinschaften nicht nur zu dulden, sondern zu schützen und zu fördern, hätte diese Frage eine Erörterung verdient. Es ist nämlich nicht zu übersehen, dass das Gesetz fahrenden Gemeinschaften den Aufenthalt im Kanton Neuenburg (zusätzlich) erschwert, ihren Aufenthalt (zusätzlichen) formellen und zeitlichen Beschränkungen unterwirft und – entgegen dringlicher Bedürfnisse – Spontanaufenthalte verunmöglicht.<sup>58</sup> Mit der Betonung öffentlicher Interessen, wie dem Um- welt- und Naturschutz, der Ruhe und der Sauberkeit, kolportiert das Gesetz ausserdem negative Stereotypen und suggeriert, dass der Aufenthalt von fahrenden Gemeinschaften mit besonderen Gefahren für die genannten öffentliche Interessen verbunden ist.<sup>59</sup> Während es dem Gesetzgeber ohne weiteres erlaubt ist, angemessene Massnahmen zum Schutz dieser öffentlichen Interessen zu ergreifen, so ist er doch verpflichtet, dabei den Interessen der nomadisierenden Bevölkerung und ihrer besonderen Vulnerabilität Rechnung zu tragen, mit wirksamen Massnahmen gegen Vorurteile in der Bevölkerung vorzugehen, den Dialog zu fördern und das gegenseitige Verständnis zu stärken. Diesen Anforderungen wird das vorliegende Gesetz nicht gerecht.

Es fällt nämlich auf, dass das neuenburgische Gesetz – im Unterschied zum Gesetz des Kantons Basellandschaft – nicht unmittelbar auf eine Verbesserung der Situation für die fahrenden Gemeinschaften im Kanton ausgerichtet ist, sondern vielmehr andere Interessen ins Zentrum der Regelung stellt. Während das Basler Gesetz als Grundsatz bezeichnet, dass Kanton und Gemeinden die erforderlichen Plätze und die erforderliche Infrastruktur zur Verfügung stellen, nennt das neuenburgische Gesetz als Ziel «*de gérer*» den Aufenthalt und den Durchgang – und zwar mit Rücksicht auf die Interessen der sesshaften Bevölkerung und die Lebensweise der Fahrenden. Zwar sieht Art. 8 LSCN Regeln zur Schaffung von Plätzen vor, jedoch keine Pflicht, solche oder die erforderliche Infrastruktur zur Verfügung zu stellen und zu unterhalten.

Auffallend ist auch, dass das Gesetz sehr hohe Anforderungen an die Rechtmässigkeit eines Platzes stellt: Dieser muss nicht nur der Zonenordnung und dem LSCN entsprechen, sondern darf darüber hinaus auch keinem überwiegenden öffentlichen Interesse entgegenlaufen (Art. 10 LSCN). Diese sind in Art. 15 LSCN sehr weit definiert und umfassen «*notamment*» den Umweltschutz, die Abfallentsorgung, den Gewässerschutz, den Naturschutz, der Schutz vor unlauterem Wettbewerb, das Gewerbe der Handelstreibenden sowie die Sicherheit und Sauberkeit öffentlicher Orte. Im Beschluss des Regierungsrats oder im Rahmenvertrag sollen ausserdem nicht nur das Terrain, die Zahl der Fahrzeuge und Personen und die Dauer der Miete festgelegt werden, sondern auch das Depot, die Tagespauschale und die Pflicht, den Platz und seine Umgebung vor Abreise vollständig zu reinigen. Dagegen ist – dies wiederum

---

<sup>58</sup> Vgl. auch VENTURA, 569 f.

<sup>59</sup> Vgl. auch VENTURA, 570 f.

im Unterschied zum Gesetz des Kantons Basel-Landschaft – nur von allfälliger Infrastruktur die Rede, nicht von einer Verpflichtung, solche – gegen Entgelt – zur Verfügung zu stellen (Art. 12 Abs. 2 LSCN) und zu unterhalten. Das Gesetz legt auch fest, dass private Eigentümer ihr Grundstück nur gemäss Rahmenvertrag und nur zwei Mal pro Jahr für maximal 30 Tage zur Verfügung stellen dürfen und für die Verpflichtung zur Reinigung einzustehen haben (Art. 13 LSCN). Für Private wird es deshalb nicht nur rechtlich schwieriger, sondern auch deutlich unattraktiver, der Platznot dadurch Abhilfe zu verschaffen, dass sie ihre Grundstücke fahrenden Gemeinschaften zur Verfügung stellen.

Dass das Gesetz den Aufenthalt fahrender Gemeinschaften in erster Linie als Problem für die Interessen der sesshaften Bevölkerung erachtet und der Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse der fahrenden Gemeinschaften – und der Pflicht zur Förderung dieser Lebensweise – wenig Gewicht beimisst, zeigt sich auch bei der Regelung der Pflichten, die das Gesetz für Fahrende vorsieht: Die Gemeinschaft muss nämlich nach Art. 21 LSCN ihren Aufenthalt vor ihrer Ankunft den zuständigen Kontrollbehörden melden, ihre VertreterInnen bezeichnen, die Dauer des Aufenthalts festlegen, die erforderlichen Bewilligungen für Handelsreisende vorweisen, das Depot und die Tagespauschalen entrichten, alle überwiegenden öffentlichen Interessen und Gesetze einhalten und vor der Abreise den Platz und seine Umgebung reinigen und in den ursprünglichen Zustand versetzen sowie alle Abfälle entsorgen. Von einer grundsätzlich skeptischen Haltung gegenüber fahrenden Gemeinschaften zeugt auch, dass die Kontrollbehörden nach Art. 23 vor der Abreise sicherzustellen haben, dass diese ihrer Pflicht zur Reinigung und Wiederherstellung des Platzes und seiner Umgebung nachgekommen sind und dass die Polizei berechtigt ist, den Konvoi zurückzuhalten « *afin que la communauté nomade procède aux nettoyages nécessaires* ».

Schliesslich legt das Gesetz besonderen Nachdruck auf die Möglichkeit der Räumung unrechtmässiger Plätze und auf die polizeiliche Unterstützung beim Vollzug der Räumung (Art. 24 ff. LSCN). Indem das Gesetz vor allem auf die Regelung der Aufenthalte und auf die Verhinderung unrechtmässiger Plätze zielt und den Aufenthalt der fahrenden Gemeinschaften in erster Linie mit Raumplanungs-, Umwelt- und Abfallproblemen zu assoziieren scheint, und indem es keinerlei Anstrengungen vorsieht, um das Zusammenleben zwischen sesshaften und fahrenden Menschen zu erleichtern und Vorurteile abzubauen, steht das Gesetz in einem offensichtlichen Widerspruch zu den völker- und verfassungsrechtlichen Pflichten der Schweiz. Das Gesetz knüpft an das sensible Merkmal der Lebensweise an, aber nicht, um diese besonders zu achten, zu schützen oder zu fördern, sondern um die tatsächlichen oder unterstellten Schwierigkeiten, die mit dem Aufenthalt verbunden sind, zu lösen – und um den fahrenden Gemeinschaften besondere Pflichten aufzuerlegen.

Das LSCN wirft aber auch die Frage der indirekten Diskriminierung auf. Diese Frage ist zu prüfen, wenn das Gesetz Bestimmungen enthält, die in gleicher oder ähnlicher Weise auch für die sesshafte Bevölkerung gelten, sich aber auf die nomadisch lebende Bevölkerung aufgrund ihrer Lebensweise besonders nachteilig auswirken. Von einer indirekten Diskriminierung durch das Gesetz ist deshalb auszugehen, wenn das Gesetz es versäumt, auf die besonderen Bedürfnisse der Fahrenden angemessen Rücksicht zu nehmen, und deren Recht auf Gleichbehandlung verletzt, indem es rechtliche Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der tatsächlichen Unterschiede aufgedrängt hätten.

## b. Die Rücksicht auf die fahrende Lebensweise im Rahmen der Raumplanung

Gemäss Art. 3 Abs. 3 des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes<sup>60</sup> sind Siedlungsgebiete – konkret Wohn- und Arbeitsgebiete – nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten, was gleichermaßen auch für die Fahrenden gilt.<sup>61</sup> Das Bundesgericht hielt im Entscheid Bittel fest, dass die spezifischen Bedürfnisse der Fahrenden auch bei der Raumplanung zu berücksichtigen seien. Danach müssen in den (kantonalen) Richtplänen geeignete Gebiete und Standorte vorgesehen werden, welche von den Fahrenden als Wohnorte genutzt werden können. Allenfalls haben die zuständigen Behörden für die Anpassung der jeweiligen Richtpläne besorgt zu sein und diese bei Bedarf auch überregional zu koordinieren.<sup>62</sup> Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR, wonach der nomadische Lebensstil einen wesentlichen Teil der ethnischen Identität darstellt, in den Schutzbereich des Rechts auf Privat- und Familienleben des Art. 8 EMRK fällt und besondere Rücksichtspflichten auslöst.<sup>63</sup>

Obwohl das Bundesgericht im Entscheid Bittel klargestellt hat, dass die Nutzungsplanung Plätze vorsehen muss, die für den Aufenthalt von Schweizer Fahrenden geeignet sind und deren traditioneller Lebensweise entsprechen,<sup>64</sup> wurden in den Jahren nach dieser Entscheidung nur wenige Stand-, Durchgangs- oder Transitplätzen geschaffen und sogar einige Durchgangsplätze aufgehoben.<sup>65</sup> Der Beratende Ausschuss des Europarats hat die Schweiz in seinem dritten Gutachten denn auch unmissverständlich zu raschem Handeln aufgefordert: «Der Beratende Ausschuss appelliert erneut an die Behörden, den gravierenden Mangel an Stand- und Durchgangsplätzen für Fahrende möglichst rasch zu beheben. Ein entschlossenes Handeln ist notwendig, um alle Akteure auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene nachdrücklich dazu anzuhalten, die Probleme der Fahrenden im Rahmen der nationalen Raumordnungspläne vordringlich anzugehen.»<sup>66</sup> Der vierte Staatenbericht schildert ausführlich die gegenwärtigen Bemühungen und einzelnen Erfolge, stellt aber fest, dass die Gesamtzahl der gegenwärtigen Plätze nur für 35% der Schweizer Fahrenden ausreichen.<sup>67</sup>

Angesichts der dringlichen Handlungspflichten der Schweiz scheint es fraglich, ob es gerechtfertigt erscheint, die prekäre Situation in Bezug auf die Standplätze im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle vollends auszublenden, wie das Bundesgericht dies getan hat. Gerade programmatische Verpflichtungen, die sich an den Gesetzgeber und Raumplaner richten, müssten im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle Berücksichtigung finden, sind sie doch gerade an den Gesetzgeber und Raumplaner gerichtet. Das LSCN, welches verschiedene Bestimmungen zum Betrieb von Stand-, Durchgangs- und Transitplätzen vorsieht, behandelt raumplanerische Fragen jedoch nur am Rande; es widmet sich in erster Linie polizeilichen Fragen des Aufenthalts.

<sup>60</sup> Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

<sup>61</sup> Vgl. SAMBUC BLOISE, *Tziganes Suisse*, Rz. 1545.

<sup>62</sup> BGE 129 II 321 E. 3.2. S. 327.

<sup>63</sup> EGMR, 11.1.2001, No. 27238/95, Chapman g. das Vereinigte Königreich, Rn. 73, 74.

<sup>64</sup> BGE 129 II 321, E. 3.1., 3.2. Vgl. auch BGE 138 I 205, E. 6.2 sowie dazu HILTBRUNNER NATHALIE / EGBUNA-JOSS ANDREA, Fahrende dürfen beim IV-Entscheid nicht diskriminiert werden vom 27.06.2012: <<https://www.skmr.ch/de/themenbereiche/insti-tutionelle-fragen/artikel/fahrende-iv.html>>, zuletzt besucht am 3. Dezember 2018; siehe zum Bedarf und aktuellen Stand an Plätzen auch RAUM&UMWELT, S. 12.

<sup>65</sup> EGBUNA-JOSS / HILTBRUNNER, NATHALIE, BELSER, EVA MARIA, Fahrende als nationale Minderheiten, S. 7.

<sup>66</sup> Beratender Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, Drittes Gutachten über die Schweiz, verabschiedet am 5. März 2013, S. 2.

<sup>67</sup> Vierter Staatenbericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Februar 2017, S. 16.

Im Gesetz finden sich keine Hinweise darauf, dass den besonderen Bedürfnissen der Fahrenden in raumplanerischer Hinsicht nach ausreichend Stand- und Durchgangsplätzen sowie nach Möglichkeiten für Spontanhalte angemessen Rechnung getragen wurde. Auch auf die anderen Besonderheiten, die die nomadisierende oder halbnomadisierende Lebensweise mit sich bringt, geht das Gesetz nicht ein. Fahrende Gemeinschaften halten sich oft während einer bestimmten Dauer (meistens in den Wintermonaten) auf einem Standplatz auf und reisen in den Sommermonaten durch die Schweiz (oder das Ausland) und betreiben dabei ein handwerkliches oder anderes Gewerbe. Sie sind deshalb auf Plätze angewiesen, die längere und kürzere Aufenthalte erlauben.

Nicht nur sieht das Gesetz kaum Vorkehrungen vor, um die erforderlichen Plätze zur Verfügung zu stellen. Es enthält auch Regelungen, die es versäumen, der nomadischen Lebensweise Rechnung zu tragen. Indem den Fahrenden in Art. 21 LSCN beispielsweise vorgeschrieben wird, dass sie ihre Ankunft vorgängig den Behörden anzumelden und anzugeben haben, wie lange ihr Aufenthalt insgesamt dauern wird, werden die vielfältigen Faktoren, die auf die Reise- und Aufenthaltsplanung einwirken, ausser Acht gelassen. Auch die Ausführungen des Bundesgerichts lassen nicht erkennen, dass die Bedürfnisse der Fahrenden bei der abstrakten Normenkontrolle besondere Berücksichtigung gefunden hätten. Hinsichtlich der EMKR beschränkte sich das Bundesgericht auf die Feststellung, dass den Fahrenden ein besonderer Status zukäme. Nach der erwähnten Rechtsprechung des EGMR (i.S. Chapman sowie Connors gegen England vom 27. August 2004 [57325/00] sowie Winterstein) verlangt Art. 8 EMRK von allen staatlichen Behörden eine besondere Rücksichtnahme auf die spezifische Lebensweise nomadischer Gemeinschaften. Staatliche Massnahmen haben dabei insbesondere der Vulnerabilität der Angehörigen dieser Gemeinschaften angemessen Rechnung zu tragen. Sowohl das Gesetz als auch das Urteil des Bundesgerichts lassen diese besondere Rücksichtnahme vermissen.

Das Gesetz trägt der Tatsache kaum Rechnung, dass nicht nur die Raumplanung und der Umweltschutz, sondern auch die Förderung und Unterstützung der nomadischen Lebensweise ein gewichtiges öffentliches Interesse darstellen. Das Bedürfnis nach Stand- und Durchgangsplätzen hätte deshalb mit anderen öffentlichen Interessen abgewogen und in einen Ausgleich gebracht, nicht hintenangestellt werden sollen.

Unter diesem Gesichtspunkt hätte etwa die Erforderlichkeit der vorgängigen Anmeldung, die Verpflichtung zum Abschluss eines Rahmenvertrags und dessen vorgängige Prüfung durch die Behörden eine besondere Erörterung verdient. Spontanaufenthalte, die für die Lebensweise der Fahrenden unter Umständen von grosser Bedeutung sind, werden durch diese Regelungen erheblich erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht. Das Gleiche gilt auch für die Regelung, dass Fahrende ihre Aufenthaltsdauer im Voraus festlegen und angeben müssen. Die genaue Aufenthaltsdauer ergibt sich aber oft aufgrund verschiedener interner und externer Faktoren, weshalb ein Gesetz, das die Fahrenden als nationale Minderheit besonders schützt und fördert, entsprechende Flexibilität vorsehen muss. Auch die besondere Vulnerabilität einzelner Mitglieder der Gemeinschaft findet im Gesetz und im Entscheid keine Erwähnung. Dabei sind es nicht nur Pannen, Verkehrsbehinderungen oder Witterungsbedingungen, welche die genaue und vorausschauende Planung der Aufenthalte erschweren können. Vielmehr kann sich die

Verschiebung oder Verlängerung eines Aufenthalts – oder das Bedürfnis nach einem Spontanaufenthalt – auch aufgrund der besonderen Situation eines Angehörigen der Gemeinschaft ergeben, z.B. im Falle von Geburten, Krankheiten oder Unfällen. Auf diese Besonderheiten der fahrenden Lebensweise nimmt das Gesetz, trotz entsprechender Verpflichtungen im übergeordneten Recht, keine Rücksicht. Laut Gesetz ist vielmehr jeder Aufenthalt, der ohne vorgängige Meldung und Erfüllung sämtlicher Bedingungen erfolgt oder – aus welchen Gründen auch immer – über den geplanten Termin hinaus verlängert wird, unrechtmässig. Dass die Räumung in diesem Fall unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu erfolgen hat, vermag diese Mängel nicht zu beheben.

Die Beschwerdeführenden hatten geltend gemacht, dass die Verpflichtung der fahrenden Gemeinschaften auf die Einhaltung öffentlicher Interessen in zahlreichen Bestimmungen des LSCN zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen sesshafter und fahrender Bevölkerung führe. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass öffentliche Interessen wie das «Umweltrecht», der «Gewässerschutz» oder die «öffentliche Sicherheit und Gesundheit» sowohl die Fahrenden wie auch die sesshafte Bevölkerung betreffe (E. 5.2). Auch wenn es richtig ist, dass öffentliche Interessen unabhängig von der Lebensform eine Einschränkung grundrechtlicher Rechte und Freiheiten zu rechtfertigen vermögen, so weist das LSCN in dieser Hinsicht doch einige Besonderheiten auf, die Beachtung verdient hätten. Das Gesetz unterwirft nämlich die Angehörigen fahrender Gemeinschaften der – höchst unbestimmten – Pflicht, überwiegende öffentliche Interessen (und nicht etwa nur die Gesetze, die diesen Rechnung tragen) einzuhalten. Einer solchen umfassenden Pflicht, sämtliche öffentlichen Interessen zu achten, untersteht die sesshafte Bevölkerung nicht. Die Frage der Diskriminierung hätte denn auch durchaus Beachtung verdient. Ausserdem liegt auf der Hand, dass die Verpflichtung viel zu unbestimmt ist, um Rechtsfolgen für Einzelne – oder ganze Gemeinschaften – zu erzeugen. Öffentliche Interessen sind offen und weit und können sich im Einzelfall auch widersprechen. Gerade deshalb ist es am Gesetzgeber – und nicht an den Einzelnen – die erforderlichen Wertungen und Konkretisierungen vorzunehmen. Geht es um die Beschränkung von Grundrechten, so sind denn auch neben dem öffentlichen Interesse (und den Grundrechten Dritter) eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage und die Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit kumulativ (und nicht alternativ) erforderlich (Art. 36 BV). Begnügt sich das Gesetz damit, auf öffentliche Interessen zu verweisen, so fehlt es an der erforderlichen Normdichte. Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen lassen sich gestützt auf ein solches Gesetz nicht rechtfertigen.

In seiner Entscheidung verweist das Bundesgericht ebenso pauschal wie der kantonale Gesetzgeber auf öffentliche Interessen. Es unterlässt es einerseits zu untersuchen, inwiefern diese durch den Aufenthalt fahrender Gemeinschaften tatsächlich gefährdet werden, und andererseits sicherzustellen, dass der Kanton verhältnismässige Massnahmen vorsieht. Soweit das Gesetz suggeriert, dass die fahrende Lebensweise grundsätzlich besondere Gefahren für den Umwelt- und Gewässerschutz und die Sicherheit und Sauberkeit mit sich bringt, scheint sie Vorurteile und Stereotypen aufzunehmen, die sie gerade bekämpfen sollte. Die meisten dieser öffentlichen Interessen liessen sich am wirksamsten gewährleisten, wenn der Kanton die erforderliche Infrastruktur zur Verfügung stellen würde, wie dies im Gesetz des Kantons Basel-Landschaft vorgesehen ist. Ob die Massnahmen, die der neuenburgische Gesetzgeber gewählt hat, geeignet, erforderlich und zumutbar sind, ist dagegen fraglich.

### c. Die Unterscheidung zwischen verschiedenen Gruppen von Fahrenden

Verschiedene Bestimmungen des LSCN werfen die Frage auf, ob sie Angehörige fahrender Gemeinschaften ohne Rechtfertigung anders behandelt als die sesshafte Bevölkerung oder ob sie tatsächliche Unterschiede unterlassen, die sich aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Umstände aufgedrängt hätten. Diese Fragen müssen mit Blick auf die programmatischen und die justiziablen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz und die Vorgaben der Bundesverfassung beantwortet werden – also mit Blick auf das Ziel, die nomadisierenden Personen den sesshaften in Bezug auf alle Rechte und Freiheiten möglichst gleichzustellen und die besondere Lebensform des Nomadentums besonders zu schützen, zu erhalten und zu fördern. Das Gesetz wirft aber auch die Frage auf, ob es unzulässige Differenzierungen zwischen verschiedenen Gruppen von Fahrenden trifft oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Umstände aufgedrängt hätten.

Weder Art. 8 Abs. 2 BV noch das Rahmenübereinkommen schliessen es aus, dass der Gesetzgeber Rechtsfolgen an die Staatsangehörigkeit knüpft. Besondere Schutz- und Fördermassnahmen, namentlich solche, die gestützt auf das Europäische Rahmenübereinkommen ergriffen werden, können nach herrschender Lehre und Rechtsprechung Schweizer Staatsangehörigen vorbehalten werden. Dass Unterscheidungen aufgrund der Staatsangehörigkeit nur mit grosser Zurückhaltung vorzunehmen sind, ergibt sich aber schon daraus, dass die allgemeinen Diskriminierungsverbote für alle Menschen gleichermassen gelten. Neben der Staatsangehörigkeit vermögen auch unterschiedliche Bedürfnisse (Grösse der Gruppe, Dauer des Aufenthalts) unterschiedliche Regelungen als gerechtfertigt erscheinen. Dennoch wirft das LSCN Fragen auf. Es scheint insbesondere nicht offensichtlich, dass eine Anknüpfung an das Autokennzeichen angemessen ist. Diese Regelung eröffnet Fahrenden mit schweizerischem Autokennzeichen ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit und ohne Rücksicht auf die Grösse der Gemeinschaft, die Zahl der Fahrzeuge und der Personen, und die Dauer des Aufenthalts den Zugang zu Stand- und Durchgangsplätzen. Umgekehrt wird Personen, die mit ausländischen Autokennzeichen unterwegs sind, den Zugang zu diesen Plätzen auch dann verweigert (und lediglich Transitplätze vorgesehen), wenn die Personen die schweizerische Staatsangehörigkeit haben, in kleineren Gruppen unterwegs sind und sich für längere Zeit im Kanton Neuenburg aufhalten möchten.

Dass Personen mit ausländischen Autokennzeichen nur Zugang zu Transitplätzen haben, wirft auch in Bezug auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz weitere Fragen auf. So garantiert etwa das Abkommen über die Personenfreizügigkeit (FZA) zwischen der Schweiz und den Staaten der Europäischen Union Staatsangehörigen der Schweiz und der EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich das Recht, Arbeitsplatz und Aufenthaltsort innerhalb der Staatsgebiete der Vertragsparteien frei zu wählen. Für Staatsangehörige der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) gelten nach dem am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen revidierten EFTA-Übereinkommen dieselben Regelungen. Darunter fallen auch Fahrende aus einem EU- oder EFTA-Staat. Auch ihnen wird das Recht eingeräumt, sich im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufzuhalten und dort eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Ausländischen Fahrenden wird indes lediglich ein Transitplatz zur Durchreise durch den Kanton Neuenburg zur Verfügung gestellt. Zwar stellt das Bundesgericht zu Recht fest, dass das LSCN den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit nicht verbietet; indem es Fahrenden aus EU und EFTA-Ländern jedoch nicht ermöglicht, sich im Kanton aufzuhalten und ihre Lebensweise beizubehalten, benachteiligt es die Angehörigen dieser Gruppen erheblich. Roma, Sinti und Manouches mit EU oder EFTA-Staatsangehörigkeit werden durch

das kantonale Gesetz vor die Wahl gestellt, entweder ihr völkerrechtlich garantiertes Recht auf Aufenthalt und Erwerbstätigkeit zu nutzen oder ihre (halb)nomadisierende Lebensform zu pflegen. Angehörigen von fahrenden Minderheiten aus Europa wird es damit im Kanton Neuenburg im Ergebnis verunmöglicht, vom Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.

Das LSCN verfügt weiter über Bestimmungen zur Schaffung von Empfangsbereichen sowie von Stand-, Durchgangs- oder Transitplätzen für fahrende Gemeinschaften. Es reglementiert die Bereitstellung von Privatgrundstücken und schreibt Rahmenverträge vor, welche durch die Behörden überprüft werden. Die Schaffung von «spontanen» Halten resp. Durchgangsplätzen, welche nach Ansicht des Beratenden Ausschusses der Rahmenkonvention gefördert werden muss<sup>68</sup>, ist unter den bestehenden Bedingungen im Kanton Neuenburg nicht mehr möglich. Ein überwiegendes öffentliches Interesse, das das Verhindern von Spontanaufhalten rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Zudem ist festzuhalten, dass nicht alle inhaltlichen, formellen und zeitlichen Beschränkungen für Durchgangsplätze von Fahrenden als geeignet und erforderlich erscheinen, um überwiegende öffentlichen Interesse zu schützen.

#### **d. Die Gleichbehandlung bzw. Ungleichbehandlung mit Mieterinnen und Mietern**

Das Bundesgericht verweist in seinem Urteil verschiedentlich auf mietrechtliche Bestimmungen. Dabei fällt auf, dass es einerseits auf Parallelen zum Mietrecht hinweist, wenn diese die Situation der Fahrenden beeinträchtigen (z.B. Sicherstellung, Rückgabe der Sache), gleichzeitig aber auch die Unterschiede betont, wenn das Mietrecht Rechte verschafft, die das Neuenburger Gesetz Fahrenden vor-enthält.<sup>69</sup> Im Einzelnen:

- Die mietrechtlichen Bestimmungen zu den Sicherheiten, die der Mieter zu hinterlegen hat, sehen verschiedene Bestimmungen zum Schutz des Mieters vor. So darf der Vermieter bei der Miete von Wohnräumen nach Art. 257e Abs. 2 OR höchstens drei Monatszinsen als Sicherheit verlangen. Die Bank, bei der das Depot hinterlegt werden muss, darf die Sicherheit nur mit Zustimmung beider Parteien oder gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl oder auf ein rechtskräftiges Gerichtsurteil herausgeben (Abs. 3). Nach Art. 267 OR muss der Mieter die Sache in dem Zustand zurückgeben, die sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt (Abs. 1). Dabei sind Vereinbarungen, «in denen sich der Mieter im Voraus verpflichtet, bei Beendigung des Mietverhältnisses eine Entschädigung zu entrichten, die anderes als die Deckung des allfälligen Schadens einschliesst», nichtig (Abs. 2). Das LSCN äussert sich nicht zur Höhe der zu leistenden Sicherheit. Das Gesetz sieht ausserdem vor, dass die Sicherstellung am Abreisetag zurückerstattet werden, wenn die fahrende Gemeinschaft allen ihre Verpflichtungen, namentlich die Säuberung des Platzes, nachgekommen ist. Versäumt sie dies, fällt die Garantie an den Grundeigentümer (Art. 22 Abs. 2 LSCN) – ohne Rücksicht auf den Schaden, der dem Grundeigentümer entstanden ist oder die Kosten, die die (Nach-)Reinigung verursacht hat. Das LSCN sieht damit – im Unterschied zum Gesetz des Kantons Basel-Landschaft – eine Regelung vor,

<sup>68</sup> Vierter Staatenbericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Februar 2017, S. 16.

<sup>69</sup> Vgl. dazu auch VENTURA, 567 f.; vgl. zu weiteren Kritikpunkten auch ERRAS CHRISTOPH, ZBJV 10/2019, 722.

die Angehörigen von fahrenden Gemeinschaften jenen Schutz versagt, die das OR für Mieterinnen und Mieter vorsieht.

- Das Gesetz überlässt es dem Regierungsrat, die Höhe der Tagessteuer und die Kriterien für die Festlegung der Sicherheit festzulegen. Im Unterschied zum baselländischen Gesetz hält es auch nicht fest, dass die Tagespauschalen maximal kostendeckend sein dürfen. Mit der weitreichenden Delegation werden die Grenzen der zulässigen Delegation an die Exekutive überschritten und Grundsätze der Gewaltenteilung verletzt. Alle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen müssen im Gesetz selbst festgehalten sein. Dazu gehören nach Art. 164 BV, der auch den kantonalen Gesetzgeber verpflichtet, namentlich die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte, die Rechte und Pflichten von Personen und der Kreis der Abgabepflichtigen sowie der Gegenstand und die Bemessung der Abgaben.
- Auch der Hinweis darauf, dass im Mietrecht aufgrund der Vulnerabilität der Mieterinnen und Mieter ein Kündigungsschutz notwendig sei, bei Fahrenden jedoch nicht, überzeugt nicht. Gerade angesichts des schwerwiegenden Mangels an Standplätzen in der Schweiz<sup>70</sup> sind auch die Fahrenden als schwächere Vertragsparteien besonders schutzbedürftig. Bundesverfassung und EMRK verpflichten Bund und Kantone dazu, auf diese besondere Vulnerabilität Rücksicht zu nehmen. Während Anpassungen des Kündigungsschutzes aufgrund der besonderen Vertragsverhältnisse als sinnvoll erscheinen, so ist ein vollständiges Absehen von Kündigungsschutz – auch bei längerfristigem Aufenthalt – kaum gerechtfertigt.
- Ein Vergleich zur Rechtsprechung des EGMR zu einem Fall hinsichtlich der Ausweisung von Fahrenden aus ihrem Wohnort (Fall Winterstein) zeigt, dass der Begriff «Wohnen» weit auszulegen ist. Danach gilt der Schutz von Wohnräumen auch für Wohnwagen und Stand-, Durchgangs- oder Transitplätzen Fahrender. Nach dieser Entscheidung stellt der Verlust von Wohnraum einen schwerwiegenden Eingriff in von Art. 8 EMRK geschützte Ansprüche dar.<sup>71</sup> An die Behörden werden danach besondere Anforderungen in Bezug auf schutzbedürftige Minderheiten gestellt, die insbesondere bei der Mitteilung und bei der Durchführung der Ausweisung zu berücksichtigen sind. Sie sind auch verpflichtet, nach Möglichkeit Angebote für alternative Unterkünfte vorzusehen.<sup>72</sup> In der Entscheidung Winterstein hat der EGMR denn auch einstimmig eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt. Die Beschwerde betraf die zwangsweise Ausweisung einer Gruppe von Familien von Fahrenden aus einer Ortschaft, wo sie seit mehreren Jahren wohnten. Obwohl der Entscheidung nicht vollzogen wurde, verliessen zahlreiche Familien die Ortschaft. Nur vier Familien wurden ersatzweise in Sozialwohnungen untergebracht. Indem die innerstaatlichen Gerichte das Alter der Einrichtung, die Duldung seitens der Gemeinde, das Recht auf Wohnung und die Bestimmungen der EMRK nicht berücksichtigt hatten, obwohl anerkannterweise weder Dringlichkeit noch (offensichtlich) illegales Verhalten vorlagen, taxierte der EGMR das Vorgehen als Verletzung von Art. 8 EMRK. Zahlreiche internationale oder im

<sup>70</sup> Vgl. Vierter Staatenbericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, Februar 2017, S. 34.

<sup>71</sup> Vgl. Winterstein und andere gegen Frankreich vom 17. Oktober 2013 (Nr. 27013/07) E. 155.

<sup>72</sup> Vgl. Winterstein und andere gegen Frankreich vom 17. Oktober 2013 (Nr. 27013/07) E. 160.

Rahmen des Europarats angenommene Texte unterstrichen nach dem EGMR die Notwendigkeit, bei der Räumung von Siedlungen von Roma oder von Fahrenden Ersatzwohnungen zur Verfügung zu stellen.<sup>73</sup>

- Ausgehend von dieser Rechtsprechung wäre das Bundesgericht gehalten gewesen, die vom EGMR aufgestellten Anforderungen im Falle von Räumungen von Stand-, Durchgangs- oder Transitplätzen bei der abstrakten Normenkontrolle des LSCN zu berücksichtigen. Dies hat das Bundesgericht jedoch unterlassen. Die Ausführungen des EGMR im Fall Winterstein lassen sich denn auch übertragen auf die Konstellationen des LSCN, falls die Frage zur Räumung von Stellplätzen von Fahrenden zur Diskussion steht. Für den Fall, dass weder Dringlichkeit noch offensichtlich illegales Verhalten besteht, müssen die Behörden bei der Abwägung ihrer Entscheidung verschiedene Kriterien, wie das Alter der Einrichtung, die Duldung seitens der Gemeinde (oder privater Grundeigentümer) und das Recht auf Wohnung berücksichtigen. Selbst wenn eine Siedlung resp. die Stellplätze nicht bereits seit Jahren besteht oder die Fahrenden nicht seit Jahren immer wieder denselben Stellplatz belegen, müssen die anderen Kriterien berücksichtigt werden. Hinzu kommt, dass – wie der EGMR ausgeführt hat – im Falle von Zwangsräumungen nach Möglichkeit für Ersatzlösungen zu suchen ist.
- Nach Gesetz ist eine Räumung unrechtmässiger Standplätze jederzeit möglich (Art. 24 LCSN). Problematisch an dieser Bestimmung ist unter anderem, dass das Gesetz den Begriff der Unrechtmässigkeit sehr weit fasst. Ein Aufenthalt der fahrenden Bevölkerung im Kanton ist nach Art. 10 LCSN nämlich nur dann rechtmässig, wenn er kumulativ die folgenden Bedingungen erfüllt: Er muss der raumplanerischen Ordnung oder dem Beschluss des Staatsrats entsprechen oder auf einem Rahmenvertrag beruhen; er darf keine überwiegenden öffentlichen Interessen verletzen; er muss in Einklang mit dem vorliegenden Gesetz und den Ausführungsverordnungen entsprechen. Auch Art. 21 lit. f LCSN hält fest, dass die Fahrenden nicht nur verpflichtet sind, die geltende Rechtsordnung einzuhalten, sondern darüber hinaus auch die vorrangigen öffentlichen Interessen respektieren müssen. Zu diesen gehören nach Art. 15 LCSN namentlich – also nicht nur – das Recht der Umwelt, der Abfallentsorgung, des Gewässerschutzes, des Landschaftsschutzes, des lautereren Wettbewerbs, des Reisegewerbes und der Sauberkeit der öffentlichen Orte. Der Platz könnte danach geräumt werden, wenn ein einzelner Angehöriger der Gemeinschaft gegen das Gesetz des Reisegewerbes verstösst, Lärm macht oder Abfall hinterlässt. Es liegt auf der Hand, dass eine so offene und unbestimmte Formulierung die Gefahr missbräuchlicher, willkürlicher und unverhältnismässiger Räumungen mit sich bringt. Dies gilt umso mehr, als das Gesetz negative Stereotypen nicht bekämpft, sondern kolportiert und den Aufenthalt von fahrenden Gemeinschaften grundsätzlich als Bedrohung für öffentliche Interessen, wie Ruhe, Ordnung und Sauberkeit, darstellt. Der unbestimmte Begriff der Rechtmässigkeit schafft deshalb die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass Räumungen angeordnet und vollzogen werden, die Rechte und Freiheiten von Angehörigen der fahrenden Gemeinschaften verletzen.

<sup>73</sup> Vgl. Winterstein und andere gegen Frankreich vom 17. Oktober 2013 (Nr. 27013/07).

- Das LSCN sieht als einzige Massnahme gegen die Verletzung der Rechtsordnung, eines Rahmenvertrags oder des Verstosses gegen vorrangige öffentliche Interessen die Räumung der Stellplätze vor. Das Bundesgericht hat die Verhältnismässigkeit dieser Regelung mit Hinweis auf die «Kann-Formulierung» in Art. 24 LSCN aufrechterhalten. Der Passus «Kann» räumt den Behörden ein erhebliches Ermessen ein. Diese muss von Fall zu Fall zu entscheiden, ob eine Räumung erforderlich und zumutbar ist. Im Hinblick auf die Rücksicht auf die Vulnerabilität Fahrender und die Schutz- und Förderungspflichten der Schweiz wären hier klarere Regelungen wünschenswert gewesen. So hätten die ausführenden Behörden ausdrücklich auf ihre Pflicht hingewiesen werden müssen, den Umständen des Einzelfalls und den Rechten und Bedürfnissen aller Betroffener angemessene Rechnung zu tragen. Eine pauschale Abwägung der öffentlichen Interessen mit den Interessen der Gruppe wird den grundrechtlichen Ansprüchen, die jeder Person einzeln zukommen, nicht gerecht. Während die Wegweisung einzelner Personen, z.B. solcher, die durch Lärm die öffentliche Ordnung stören, als verhältnismässig erscheinen mag, so ist doch fraglich, ob die Rechtsverletzungen durch Einzelpersonen die Räumung des gesamten Stellplatzes zu rechtfertigen vermag. Unerlässlich erscheint es in jedem Fall, auf die besonderen Bedürfnisse von älteren und kranken Personen, Personen mit Behinderungen, stillenden Müttern sowie Kindern und Jugendlichen Rücksicht zu nehmen. Insbesondere das Kindeswohl müsste aufgrund der Bundesverfassung und der Kinderrechtskonvention in jedem Fall vorrangig berücksichtigt werden; dies gilt insbesondere, wenn Kinder und Jugendliche bei längeren Aufenthalten die öffentlichen Schulen besuchen.
- In Bezug auf die Bewegungsfreiheit vertrat das Bundesgericht die Ansicht, dass das LSCN die persönliche Freiheit respektive die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen nicht tangiere. Dennoch hätte es zumindest den Art. 23. Abs. 2 LSCN – wonach die Kantonspolizei befugt ist, den Konvoi von seiner Abfahrt abzuhalten, sollten die Reinigungsarbeiten auf dem betreffenden Platz von ihnen noch nicht vorgenommen worden sein – im Hinblick auf die Bewegungsfreiheit prüfen müssen.

### 3. Verfahrensgarantien

Die Verfahrensgarantien sind sowohl auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene verankert (Art. 29 ff. BV, Art. 5 und 6 EMRK, Art. 14 UN-Pakt II). In der Bundesverfassung räumt Art. 29a BV dem Einzelnen den Anspruch ein, dass eine ihn betreffende Streitigkeit durch eine richterliche Behörde beurteilt wird. In Bezug auf die Rechte und Freiheiten der EMRK garantiert Art. 13 EMRK ein Recht auf eine wirksame Beschwerde. Die Rechtsweggarantie garantiert Personen, die Rechte und Freiheiten der EMRK als verletzt erachten, das Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einer nationalen Gerichtsstanz. Dabei hat der EGMR verschiedentlich betont, dass Vertragsstaaten dazu verpflichtet sind sicherzustellen, dass wirksame Rechtsmittel für alle Personen, insbesondere auch für besonders verletzte Personen und Personen, denen besonders schwere Nachteile drohen, rechtlich und tatsächlich zur Verfügung stehen.<sup>74</sup> Bei den Verfahrensgarantien des Verfassungs- und Völkerrechts handelt es sich um justiziable Minimalgarantien, die durch die jeweiligen Verfahrensordnungen zwar konkretisiert, aber nicht verletzt werden dürfen. Damit den Anforderungen von Art. 29a BV genüge getan wird, muss zumindest eine richterliche Behörde die Beschwerde mit umfassender

<sup>74</sup> Vgl. Winterstein und andere gegen Frankreich vom 17. Oktober 2013 (Nr. 27013/07) E. 99–102.

Prüfungsbefugnis gegeben sein, die mit der Kompetenz ausgestattet ist, den verletzten Rechtspositionen auf effektive Weise zur Durchsetzung zu verhelfen.<sup>75</sup>

Das neuenburgische Gesetz sieht vor, dass vor der Räumung das rechtliche Gehör gewährt wird (Art. 26 LSCN) und der Räumungsentscheid danach eröffnet wird (Art. 27 LSCN). Obwohl die Entscheidung eine Vielzahl von Personen einer fahrenden Gemeinschaft betrifft, wird das Recht auf Anhörung nur den «Vertretern der betroffenen Gruppe der Fahrenden» gewährt (Art. 26 Abs. 1 LSCN). Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass jeder von dem Räumungsentscheid betroffenen Person das Recht auf rechtliches Gehör und alle anderen Verfahrensrechte gemäss allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz zustehen muss. Dass das rechtliche Gehör für jede Person gewährleistet ist, erscheint auch deshalb als unerlässlich, weil nur so die Verhältnismässigkeit des Räumungsentscheids sichergestellt werden kann. Das rechtliche Gehör stellt einerseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht am Verfahren dar, dient andererseits der Klärung des Sachverhalts. Nur durch eine Anhörung aller Betroffener kann sichergestellt werden, dass auch die besonderen Bedürfnisse von Einzelpersonen, namentlich von Kindern und Jugendlichen sowie älteren und kranken Personen, berücksichtigt und die Interessenabwägung einbezogen werden.

Das LSCN entzieht in Art. 28 Abs. 1 den Beschwerden gegen Räumungsentscheide die aufschiebende Wirkung. Damit ein gesetzlicher Entzug der aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt ist, müssen gewichtige öffentliche Interessen, etwa eine zeitlich unmittelbar bevorstehende oder inhaltlich schwere Bedrohung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit, diesen erfordern. In jedem Fall muss der Entzug der aufschiebenden Wirkung verhältnismässig sein.

Die Regelung des LSCN ist auch nach Ansicht des Bundesgerichts unzulässig, wenn der Entzug der aufschiebenden Wirkung automatisch erfolgt. Es ist deshalb im Einzelfall zu ermitteln, ob durch die aufschiebende Wirkung Nachteile drohen, die so schwerwiegend sind, dass sie den sofortigen Vollzug des umstrittenen Entscheids als geboten erscheinen lassen. Dies mag bei der Räumung von Transitplätzen aufgrund der kurzen Aufenthaltsdauer regelmässig der Fall sein, jedoch nicht bei der Räumung von Durchgangsplätzen und erst recht nicht bei Standplätzen. Weil der Entscheid der Behörden verhältnismässig zu sein hat, sind diese verpflichtet, den Umständen des Einzelfalls umfassend Rechnung zu tragen. Sie haben deshalb auch zu berücksichtigen, dass eine Räumung die Angehörigen der fahrenden Gemeinschaft unter Umständen schwer trifft (und sich auch auf persönliche und wirtschaftliche Freiheiten auswirkt) und dass die Möglichkeiten des nachträglichen Rechtsschutzes aufgrund der Natur des Entscheids erheblich eingeschränkt sind. Ein durch eine unzulässige Räumung zugefügter Schaden lässt sich im Ergebnis kaum noch wiedergutmachen. Auch dies ist bei einem Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen.

Zu bedenken ist dabei auch, dass die Räumung nach Art. 24 LSCN in Bezug auf jeden Stand-, Durchgangs- oder Transitplatz verfügt werden kann, der nicht oder nicht mehr den Bestimmungen des LSCN, dem Ausführungsreglement (welches *bis dato* noch nicht erlassen wurde), dem Zonenplan oder dem Rahmenvertrag entspricht. Die Behörden verfügen damit über ein grosses Ermessen, wenn es um die Anordnung der Räumung geht. Schon aus diesem Grund sollte der Beschwerde gegen ihren Entscheid

<sup>75</sup> BGE 137 I 235 E. 2.5; BELSER/WALDMANN, 303.

nur dann die aufschiebende Wirkung entzogen werden, wenn dies aufgrund der Umstände des Einzelfalls als unbedingt erforderlich erscheint. Der vollstreckbare Räumungsentscheid sieht keine vorherige Verwarnung, Beratung oder Unterstützung vor, obwohl die Personen unter Umständen keine vollständige Kenntnis der eidgenössischen und (neuen) kantonalen Gesetzgebung haben. Das Gesetz äussert sich auch nicht zur Frage, ob den betroffenen nomadisierenden Gemeinschaften vor der geplanten Räumung eine Frist zum Verlassen des Platzes eingeräumt wird und welche Anstrengungen die Behörden unternehmen, um den betroffenen Personen – zumindest für die ersten Tage und zumindest für besonders schutzbedürftige Personen – eine Ersatzunterkunft zur Verfügung zu stellen.<sup>76</sup> Es könnte also Konstellationen geben, in welchen eine Gruppe Fahrender ohne Ansetzen einer Frist von ihrem Platz verwiesen wird, weil sich gesetzliche Bestimmungen geändert haben (« *campement illicite, qui ne respecte plus les dispositions de la présente loi [...]* », Art. 24 LSCN) und diese Personen gegen den Räumungsentscheid kein Rechtsmittel ergreifen können, welches Suspensivwirkung hat. Die Räumung könnte damit direkt vollzogen werden. Dieses Vorgehen vermag dem Prinzip der Verhältnismässigkeit nicht zu genügen, da nicht ersichtlich ist, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung geeignet, erforderlich und zumutbar ist, das erstrebte Ziel zu erreichen. Hinzu kommt, dass höchstwahrscheinlich keine zeitlich unmittelbar bevorstehenden schwerwiegenden Bedrohungen (z.B. Gefahr für Leib und Leben) vorhanden sind, welche den Entzug rechtfertigen würden.

Der EGMR betonte in verschiedenen Entscheiden, dass die rechtliche und tatsächliche Verfügbarkeit wirksamer Rechtsmittel für alle und insbesondere auch für vulnerable Personen besonders zentral ist, wenn Personen die Vertreibung aus ihrer Heimat droht. Die fehlende aufschiebende Wirkung gegen Beschwerden zur Räumung von Stand-, Durchgangs- oder Transitplätzen sowie die Mitteilung an den Vertreter der fahrenden Gemeinschaft (Art. 27 Abs. 1 LSCN) erscheint auch vor diesem Hintergrund als problematisch. Dies gilt besonders, weil sich ein Räumungsentscheid angesichts des gravierenden Mangels an Plätzen in der Schweiz, unter Umständen sehr schwerwiegende auf die fahrende Gemeinschaft auswirkt.

Das neuenburgische Gesetz sieht ausserdem vor, dass sich das Gericht im Falle der Gutheissung einer Beschwerde gegen eine bereits erfolgte Räumung darauf beschränkt, die Rechtswidrigkeit der Räumung festzustellen (Art. 28 Abs. 2 LSCN). Es stellt sich die Frage, ob mit dieser Regelung nicht das Recht der Angehörigen fahrender Gemeinschaften auf eine wirksame gerichtliche Beschwerde verletzt wird. Die Regelung schafft nämlich die Gefahr, dass den von einer Räumung betroffenen Personen im Ergebnis die Möglichkeit genommen wird, ihre Angelegenheit überhaupt von einem Gericht beurteilen zu lassen. Denn es ist unklar, ob die Person zu diesem Zeitpunkt noch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse hat, wenn vom Gericht nur die Rechtswidrigkeit festgestellt werden kann.

Ausserdem ist zu erwähnen, dass Art. 28 Abs. 2 LSCN lediglich die Feststellung der Unrechtmässigkeit einer Platzräumung vorsieht. Auch dieser Punkt hätte das Bundesgericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle berücksichtigen müssen. Eine Beschwerde kann nämlich nur dann als wirksam gelten, wenn die Beschwerdeinstanz die Möglichkeit hat, die Verletzungen effektiv zu beseitigen. Eine reine Feststellung vermag diesem Anspruch nicht zu genügen. Ausserdem ist nicht zu übersehen, dass

<sup>76</sup> Vgl. dazu *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation and Others*, ARI 1986, SC 180; siehe ferner *Sudama Singh and others v. Government of Delhi, Judgement of 11 February 2010*; *Constitutional Court of South Africa, Occupiers of 51 Olivia Road v. City of Johannesburg and Others, Judgement of 19 February 2008*.

die Norm in einem Spannungsverhältnis zu den grundrechtlichen Verwirklichungspflichten steht. Ist für die Aufrechterhaltung bzw. Aufhebung einer angefochtenen Norm massgebend, wie gross die Gefahr einer grundrechtswidrigen Anwendung ist, so kommt Art. 28 LSCN zweifellos einige Bedeutung zu. Er versäumt es nämlich, Anreize für eine verhältnismässige, schonende und rücksichtsvolle Anwendung des Gesetzes zu schaffen. Handeln Behörden voreilig und verfügen sie Räumungen, die nicht oder nicht dringlich erforderlich sind, oder schützen sie die öffentlichen Interessen durch Räumung, obwohl auch mildere Massnahmen ausgereicht hätten, so riskieren sie kaum mehr, als dass das Gericht – zu einem erheblich späteren Zeitpunkt – die Unrechtmässigkeit ihres Tuns feststellt. Unter diesen Umständen muss von einer nicht unerheblichen Gefahr ausgegangen werden, dass Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen auf unverhältnismässige Weise eingeschränkt werden. Daran vermag auch der Hinweis auf die Möglichkeit eines Staatshaftungsverfahrens nichts zu ändern, der im Bundesgerichtsurteil enthalten ist, im Gesetz aber fehlt.

## VI. Schlussbetrachtungen

Das Bundesgericht stellte in seinem Urteil einleitend fest, dass sich das Gericht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle eine gewisse Zurückhaltung auferlege, wenn es um die Prüfung der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit den Grundrechten gehe. Im vorliegenden Fall stellt sich jedoch die Frage, ob das Bundesgericht nicht eine allzu grosse Zurückhaltung an den Tag gelegt hat. Wie es selbst festgestellt hat, ist bei der Frage, ob eine kantonale Norm im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle aufrechterhalten werden kann, die Schwere der Eingriffe, die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes und die konkreten Umstände der Normenanwendung zu berücksichtigen. Das Ergebnis der abstrakten Normenkontrolle hänge damit im Wesentlichen von der Wahrscheinlichkeit ab, mit welcher die fragliche Norm grundrechtskonform angewendet werde.

Diese Erwägungen hätten unseres Erachtens zu einem anderen Ergebnis führen müssen. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass der kantonale Gesetzgeber in Bezug auf die nicht-sesshafte Bevölkerung verschiedenen programmatischen Verpflichtungen untersteht und gehalten ist, die Lebensweise der Fahrenden zu schützen und zu fördern. Auch die Bundesverfassung und die EMRK verpflichten alle staatlichen Behörden dazu, für eine rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Personen mit fahrender Lebensweise zu sorgen und Hindernisse aus dem Weg zu räumen, die dem vollen Genuss der Grund- und Menschenrechte im Wege stehen.

Das Bundesgericht erwähnt zwar, dass die Lebensweise der Fahrenden nicht nur zu achten und zu schützen, sondern auch zu fördern sei, legt in seinem Urteil aber keinen Wert auf die besonderen Schutz- und Förderpflichten, die namentlich den Gesetzgeber treffen. Es weist zu Recht darauf hin, dass sich die fahrende wie die sesshafte Bevölkerung an die Gesetzgebung zu halten habe. Es stört sich aber nicht daran, dass das LSCN von den Fahrenden im Ergebnis verlangt, sich auch an unbestimmte öffentliche Interessen zu halten. Es nimmt damit in Kauf, dass die Fahrenden ihre Pflichten nicht im Einzelnen kennen (können) und dass die Behörden bei der Umsetzung des Gesetzes über ein allzu grosses Ermessen verfügen.

Angesichts der fehlenden Standplätze ist die Lage der Fahrenden in der Schweiz prekär. Verschiedene Pflichten, wie Meldepflichten und der vorgängige Abschluss eines Rahmenvertrags und dessen Kontrolle, dienen zwar öffentlichen Interessen, stehen aber Spontanaufenthalt und anderen besonderen Bedürfnissen der Fahrenden entgegen. Zu berücksichtigen wäre auch gewesen, dass sich Räumungen einschneidend auf verschiedene Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen auswirken, dass die Möglichkeiten des nachträglichen Rechtsschutzes beschränkt sind (zum einen durch das Gesetz selbst, zum andern durch die besondere Lebensform der nicht-sesshaften Bevölkerung) und dass die gesamten Umstände nicht unbedingt eine grundrechtskonforme Anwendung des Gesetzes garantieren. Dies ergibt sich unter anderem aufgrund der vorwiegend polizeilichen Ausrichtung des Gesetzes, der Notwendigkeit, rasch Entscheide zu treffen, den offenen und unbestimmten Begriffen des Gesetzes und den fehlenden ausdrücklichen Hinweisen auf die Verhältnismässigkeit und die Notwendigkeit der Abwägung im Einzelfall. Hinweise auf die Pflicht zur Wahrung der Verhältnismässigkeit entnimmt das Bundesgericht nicht dem Gesetz selbst, sondern Verweisen auf andere Gesetze in der Präambel. Es liegt damit auf der Hand, dass es der kantonale Gesetzgeber versäumt hat, alle erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um Verletzungen von Grundrechten vorzubeugen.

Prof. Dr. Eva Maria Belser

MLaw Liliane Minder, RA

Freiburg, 31. Dezember 2019

## VII. Literatur- und Materialienverzeichnis

- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012.
- BV-Kommentar, Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BEARBEITER, in: BIAGGINI, Biaggini, BV-Kommentar).
- CAPOTORTI FRANCESCO, Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, New York 1979.
- CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON NEUCHÂTEL, Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) 6 novembre 2017.
- EGBUNA-JOSS ANDREA/HILTBRUNNER, NATHALIE, BELSER, EVA MARIA, Die Fahrenden als nationale Minderheit in der Schweiz – Rechtliche Rahmenbedingungen und Handlungsbedarf 2014, S. 1–15.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER, in: EHRENZELLER, et al., SGK-BV).
- KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Anerkennung der Roma als Minderheit. Kurzgutachten zur Beurteilung einer Anerkennung von Roma als Minderheit in der Schweiz, SKMR Kurzgutachten Januar 2018, S. 1–20.
- KÄLIN WALTER/MALINVERNI GIORGIO/NOWAK MANFRED, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, La Suisse et les pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2. Aufl., Basel 1997.
- KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern, 2. Aufl. 1994.
- KÜNNECKE ARNDT, Der europäische Minderheitenbegriff – Entwicklung und Wirkung, Teil I, Jurisprudence, S. 1283–1301.
- KÜNNECKE ARNDT, Der Europäische Minderheitenbegriff Entwicklung und Wirkung, Teil II, Jurisprudence, S. 59–88.
- KURT STEFANIA TAMARA, Die rechtliche Situation von religiösen Minderheiten im Kontext des Schweizerischen Föderalismus, Basel 2018.
- NOWAK MANFRED, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar, Kehl am Rhein 1989.
- RAUM&UMWELT, Halteplätze für Jenische, Sinti und Roma Rechtliche und raumplanerische Rahmenbedingungen für Halteplätze, EspaceSuisse, Dossiers Raumentwicklung Februar 1/2019.
- SAMBUC BLOISE JOËLLE, *La situation juridique des Tziganes en Suisse*, Diss. Genf 2007.

SCHWEIZER RAINER J., Kurzgutachten über das Verbot der Diskriminierung von Fahrenden und deren Schutz als Minderheit im Blick auf die Totalrevision des Berner Polizeigesetzes, St. Gallen 12. März 2018.

SCHWEIZER RAINER J./BROUWER MAX DE, Gutachten im Auftrag und zuhanden der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus betreffend der Verfassungs- und Völkerrechtsprobleme der Loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN) du 20 février 2018, du Canton de Neuchâtel 18. April 2018.

VENTURA MORGANE, Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les Jénischs, AJP 2018, S. 563–571.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, in: WALDMANN, et al., BSK-BV).