

## **Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2007 und 2008**

VON PROFF. WALTER KÄLIN, REGINA KIENER,  
ANDREAS LIENHARD, PIERRE TSCHANNEN,  
AXEL TSCHENTSCHER, Bern

Die Autoren sind Mitglieder des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Sie haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2007 und 2008 untereinander aufgeteilt; angestrebt wird eine Konzentration auf die wichtigsten Entscheide, insbesondere zu Grundsatzfragen.

Die Beiträge sind mit den Namen der jeweiligen Autoren / der Autorin gekennzeichnet.\*

### **Inhaltsübersicht**

- I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)**
- II. Allgemeine Grundrechtslehren (Walter Kälin)**
- III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot (Walter Kälin)**
  - 1. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot
    - 1.1 Rechtsgleichheitsgebot
    - 1.2 Diskriminierungsverbot
  - 2. Willkürverbot und Wahrung von Treu und Glauben
    - 2.1 Willkürverbot
    - 2.2 Gebot von Treu und Glauben
- IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)**
  - 1. Menschenwürde und Folterverbot
  - 2. Persönliche Freiheit
  - 3. Privatsphäre
  - 4. Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten
  - 5. Familienleben
  - 6. Grundschulunterricht

---

\* Für ihre Mitarbeit danken wir MELANIE AEBLI, SABIHA AKAGÜNDÜZ, CLAUDIA BENZ, DOMINIKA BLONSKI, JAN GRUNDER, RAFAEL HÄCKI, MIRJAM FREY HÄSLER, DANIELA IVANOV, SIMONE JAMPEN, ROLAND SARBACH, ANNINA SCHNEIDER

**V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)****VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)**

1. Meinungs- und Informationsfreiheit
2. Medienfreiheit

**VII. Eigentumsgarantie (Andreas Lienhard)**

1. Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche infolge Fluglärms sowie von Abwehrrechten gegen den direkten Überflug
2. Prozessgeschichte
3. „Leading case“
4. Liegenschaft im Sinne des BGG
5. Schwerer Schaden auch bei 17% Entwertung
6. Bewertung des Schadens bei Mietobjekten
7. Grundstück vor 1961 erworben, aber erst später bebaut
8. Gemischte Nutzung einer Liegenschaft
9. Verwaltungs- oder Finanzvermögen
10. Baurechtliegenschaft
11. Zuständigkeitsregelung
12. Kommentar

**VIII. Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)**

1. Vorbemerkung
2. Persönlicher Schutzbereich
3. Gleichbehandlung der Konkurrenten
4. Verhältnismässigkeit
5. Wirtschaftsfreiheit und Eheschutz

**IX. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)**

1. Politische Rechte
  - 1.1 Anforderungen an Titel und Begründung einer Volksinitiative
  - 1.2 Ungültigerklärung von Volksinitiativen
  - 1.3 Einheit der Materie
  - 1.4 Behördliche Einflussnahme
  - 1.5 Stimmrechtsbeschwerde wegen Verletzung von Unvereinbarkeitsregeln?
2. Vorrang des Bundesrechts
  - 2.1 Zuständigkeit der Kantone in Fragen der Tierhaltung
  - 2.2 Zuständigkeit der Kantone im Strafvollzug
3. Gemeindeautonomie
4. Gewaltenteilung

**X. Staatsverträge und Konkordate (Walter Kälin)****XI. Verfahrensgarantien (Regina Kiener)**

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
  - 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung
  - 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
  - 1.3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
2. Rechtsweggarantie
3. Garantien in gerichtlichen Verfahren
4. Garantien bei Freiheitsentzug und im Strafverfahren
  - 4.1 Anspruch auf Urteil innert angemessener Frist
  - 4.2 Recht auf Verteidigung und Appellation
  - 4.3 Verwertbarkeit anonymer Zeugenaussagen (Art. 6 EMRK)

**I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)**

Worin die eigenständige Bedeutung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) liegen könnte – eine Bedeutung, die neben dem konkretisierenden Wiederaufgreifen dieser Grundsätze im Grundrechtsteil<sup>1</sup> und im Staatsorganisationsteil der Verfassung<sup>2</sup> rele-

<sup>1</sup> Art. 9 BV (Treu und Glauben), Art. 31 Abs. 1 BV (Legalitätsprinzip), Art. 35 Abs. 3 BV (Bindung Privater), Art. 36 BV (Legalitätsprinzip, Gemeinwohlprinzip, Verhältnismässigkeitsprinzip).

<sup>2</sup> Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) wird von zahlreichen Normen der Bundesverfassung ausdrücklich zur Grenzziehung aufgegriffen (Vorrang des Gesetzes), beispielsweise, um nur einige zu nennen, in der Begrenzung der kantonalen Konkordatsfreiheit (Art. 48 Abs. 3 Satz 1 und Art. 56 Abs. 2 Satz 1 BV), in der Konkretisierung der Normenhierarchie (Art. 49 BV), in der Umgrenzung der Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV) und in der Bedingung für die Gewährleistung von Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2 Satz 2 BV). Prominente Ausgestaltung erhält das Legalitätsprinzip ausserdem an den Stellen, an denen jenseits des Grundrechtsteils (Art. 31 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) die formellgesetzliche Grundlage vorgeschrieben ist (Vorbehalt des Gesetzes), also in Art. 127 Abs. 1 BV (Steuern) sowie – für den Bereich der Bundesgesetzgebung – in Art. 164 BV (grundlegende Bestimmungen zu Schlüsselmaterialien). Die Völkerrechtsbindung (Art. 5 Abs. 4 BV) wird ebenfalls an mehreren Stellen bekräftigt: Art. 139 Abs. 2, Art. 190, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV. Sogar das öffentliche Interesse (Gemeinwohlprinzip) findet sich ausserhalb von Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 BV wiederholt: Art. 78 Abs. 2 Satz 2 BV (Natur- und Heimatschutz) und Art. 180 Abs. 2 BV (Öffentlichkeit des Regierungshandelns).

vant wird –, gehört auch am Ende dieser Berichtsperiode weiterhin zu den ungelösten Rätseln des Verfassungsrechts.<sup>3</sup> Zwei extreme Verhältnisbestimmungen, die beide nicht gewollt sind, kommen in Betracht. Einerseits kann man das Rechtsstaatsgebot des Eingangstitels als normativ weitestgehende und vorrangige Anordnung verstehen, wodurch jedem Wiederaufgreifen nur noch deklaratorischer Charakter zukommt. Andererseits kann man dem Verfassungsgeber für diese Bestimmung bloss programmatische Absicht unterstellen, ihr jedes normative Plus gegenüber den konkretisierenden Einzelanordnungen absprechen und sie dadurch zur weitgehenden Bedeutungslosigkeit verdammen. In letztere Richtung geht die Auffassung des Bundesrats, dass Treu und Glauben im Eingangsartikel (nur) „im Sinn einer grundlegenden Handlungsmaxime verankert“ werden sollten, während der „spezifische grundrechtliche Schutz“ (erst) dem Grundrechtskatalog zu entnehmen sei.<sup>4</sup> Dagegen spricht unter anderem, dass die Grundsätze teilweise weiter gehen als der Grundrechtsschutz, weil sie beispielsweise auch das verwaltungsinterne Rechtsverhältnis erfassen.<sup>5</sup>

Der eidgenössische Kompromiss zwischen Alleingeltung und Bedeutungslosigkeit liegt darin, den rechtsstaatlichen Grundsätzen die objektiv-rechtliche Verbindlichkeit zuzuerkennen, eine subjektiv-rechtliche Einforderbarkeit aber erst zusammen mit ihrer Konkretisierung, insbesondere durch den Grundrechtskatalog, beginnen zu lassen. Diese Verbindung von – als unselbständig angesehenen – Verfassungsgrundsätzen mit Grundrechten hat das Bundesgericht von Anfang an in seiner Rechtsprechung zur neuen Bundesverfassung

---

<sup>3</sup> Fragend bereits ULRICH ZIMMERLI in ZBJV 138 (2002) 607 ff. (610 f.); kritisch hinsichtlich fehlender dogmatischer Reflexion MARKUS MÜLLER in ZBJV 142 (2006) 743. Die im Entwurf ursprünglich als "Grundsätze staatlichen Handelns" überschriebene Bestimmung zählt zu den insgesamt nur 27 Artikeln, für die es in der alten Bundesverfassung keine Entsprechung gab.

<sup>4</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl. 1997 I 1-587 (134). Unvereinbar damit ist die Praxis der undifferenzierten Gesamtprüfung von Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV, etwa in BGer-E 2C.345/2007 vom 15. Februar 2008 E. 3.10 – Transparenz des Lebensversicherungsgeschäfts.

<sup>5</sup> ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz. Analysen – Anforderungen – Impulse, Bern 2005, S. 206.

eingefordert<sup>6</sup> und mit fragwürdiger Begründung sogar auf das Willkürverbot ausgeweitet.<sup>7</sup> In dem jüngsten Entscheid vom 1. April 2008 (BGE 134 I 153) wird die gleiche Rechtsprechungslinie für das Verhältnismässigkeitsprinzip formuliert. Wegen der allgemeinen Bedeutung dieser Weichenstellung wurde die Vereinigung sämtlicher Abteilungen des Gerichts bemüht (Art. 23 Abs. 2 BGG). Sie hat entschieden, „dass das in Art. 5 Abs. 2 BV als allgemeiner Verfassungsgrundsatz verankerte Verhältnismässigkeitsgebot im Rahmen einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bei der Anwendung kantonalen Rechts ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden kann“ (E. 4.3). Die Anrufung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) ist dadurch allein genausowenig eine Eintrittskarte für gerichtliche Kontrolle wie die Anrufung des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV).

Auf die Frage der isolierten Verhältnismässigkeitsprüfung kam es an, weil der Beschwerdeführer, ein durch den Erziehungsrat des Kantons St. Gallen vom Unterricht ausgeschlossener Wirtschaftsmittelschüler, nur Gehörsverletzung, Willkür und Unverhältnismässigkeit gerügt hatte, während eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit unter dem Gesichtspunkt des berufsschädigenden Ausschlusses ungerügt blieb (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Anrufung des Verhältnismässigkeitsprinzips unabhängig von einem Grundrecht ist neu auch bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten möglich (Art. 95 Bst. a BGG). Würde man die isolierte Verhältnismässigkeitsprüfung allerdings inhaltlich vollumfänglich durchführen, so wäre die Systematik des schweizerischen Grundrechtsschutzes gleich

---

<sup>6</sup> BGE 127 I 60 E. 3a S. 67 – Griechische Botschaft in Muri; zustimmend insoweit ULRICH ZIMMERLI in ZBJV 139 (2003), S. 683 f. Bestätigt in BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 162 f. – Kindergartenstellvertretung. Für eine Geltendmachung im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung ausserdem BGE 128 I 113 E. 3c S. 121 – Psychiatrische Dienste Graubünden, BGE 130 I 1 E. 3.1 S. 5 – Asylverordnung Basel-Landschaft sowie jüngst BGer-E 2C.212/2007 vom 11. Dezember 2007 E. 3.1 – Gebäudeversicherung Luzern. Für eine Geltendmachung im Zusammenhang mit der Garantie der Gemeindeautonomie: BGE 131 I 91 E 3.3 S. 99 – Zwangsfusion Walliser Gemeinden.

<sup>7</sup> BGE 126 I 81 E. 3-6 S. 85 ff. – Willkürverbot. Siehe dazu die Kritik von REGINA KIENER in ZBJV 138 (2002), S. 699 ff. m.w.N.

zweifach unterlaufen. Erstens käme es nicht mehr darauf an, in welchem Grundrecht der Beschwerdeführer betroffen ist, was den mit spezifischen Schutzbereichen verbundenen Rationalitätsgewinn des Grundrechtsschutzes gefährdet.<sup>8</sup> Und zweitens wäre der Grundsatz des schweizerischen Grundrechtsschutzes konterkariert, dass nicht automatisch jedes Handeln in den Schutzbereich eines Freiheitsrechts fällt. Eine allgemeine Handlungsfreiheit, wie sie in der deutschen, italienischen und griechischen Verfassung sowie in den Grundrechtsordnungen Frankreichs und der Europäischen Union vorgesehen ist, kennt die Schweiz weder in der Bundesverfassung noch in den Kantonsverfassungen. Der Grundrechtsschutz ist bewusst den für die Persönlichkeit elementarsten Handlungen vorbehalten – die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) also mit einer Bagatellgrenze als Einstiegschwelle versehen. Könnte man die Verhältnismässigkeit des staatlichen Handelns unter Berufung auf Artikel 5 BV unabhängig von grundrechtlichen Schutzbereichen einfordern, käme dies einer Aufhebung der Grenze und damit einer Bagatellisierung des Grundrechtsschutzes gleich, wie sie zwar praktisch möglich, aber nach der Systematik der Bundesverfassung erkennbar nicht gewollt ist. Die entsprechenden Ausführungen des Bundesgerichts (E. 4.2.2) verdienen insoweit Zustimmung. Allerdings darf man gespannt sein, ob das Gericht dauerhaft an seiner Beschränkung dieser Rechtsprechung auf die Anwendung kantonalen Rechts festhalten wird, denn der systematische Widerspruch tritt bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht (E. 4.2) ebenfalls auf.

Im gleichen Monat konnte das Bundesgericht diese Rechtsprechung im Entscheid zur Genfer Maulkorbpflicht für Hunde nochmals bekräftigen (BGE 133 I 145).<sup>9</sup> Der Halter eines nicht gefährlichen Hundes hatte sich gegen die Regelung gewendet, dass in einzeln bezeichneten öffentlichen Parks alle Hunde fortan mit Maulkorb geführt werden müssen. Diese Pflicht war für ihn zwar lästig, betraf aber nicht den Schutzbereich seiner persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV),

---

<sup>8</sup> Vgl. dazu die Besprechung von BGE 131 IV 78 in ZBJV 142 (2006) 765.

<sup>9</sup> Urteil vom 17. April 2007; vollständiger Text in der unpublizierten Urteilsfassung BGer-E 2P.269/2006 und 2P.270/2006; deutsche Übersetzung der Auszüge aus BGE 133 I 145 in Pra 3/2008, Nr. 23, S. 176 ff. Zur Einordnung in die Willkürrechtsprechung siehe den Beitrag von Walter Kälin, Ziff. III.2.1.

weil die maulkorbfreie Hundeführung keine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt. Das Bundesgericht bestreitet mit wenigen Worten die eigenständige Tragweite des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) und stuft dessen Prüfung auf den beschränkten Blickwinkel der Willkür zurück (Art. 9 BV). Gleichwohl heisst es in der Regeste dann, die Regelung sei „unverhältnismässig bzw. willkürlich“. Im Ergebnis gibt es also in der Rechtsprechung zwei verschiedene Verhältnismässigkeitsprüfungen: Erstens diejenige, die sich in Verbindung mit Grundrechtsrügen oder anderen beschwerdefähigen Rechten (Gemeindeautonomie) als Vollprüfung darstellt. Und zweitens diejenige, die mangels solcher Verknüpfung nur als eine Verhältnismässigkeitsprüfung minderer Prüfungsdichte durchgeführt wird (Verhältnismässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Willkür). Bei letzterer hat der Beschwerdeführer nur Erfolg, wenn es sich um eine *grobe Unverhältnismässigkeit* handelt.

## II. Allgemeine Grundrechtslehren (Walter Kälin)

Im Berichtsjahr hat sich das Bundesgericht wiederholt mit der Tragweite von Art. 35 BV beschäftigt.<sup>10</sup>

Laut Abs. 1 dieser Bestimmung sollen die Grundrechte „in der gesamten Rechtsordnung“ zur Geltung kommen. Dazu gehört auch das Privatrecht, bei dessen Anwendung der Geltungsanspruch der Grundrechte v.a. auf dem Weg der verfassungskonformen Auslegung sicher zu stellen ist, weil – wie das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung betont (z.B. BGE 106 Ia 33 E. 2 und 3 S. 34) – nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber verfassungswidrig legiferieren wollte. In diesem Zusammenhang besonders bedeutsam ist der Grundsatz der Geschlechtergleichheit gemäss Art. 8 Abs. 3 BV. Dieser ist, wie das Bundesgericht betont, insbesondere bei der Kinderzuteilung gemäss Art. 133 ZGB zu beachten und die Zuteilungskriterien müssen geschlechtsneutral angewandt werden. Damit darf der früher praktizierte Vorrang der Mutter bei Kleinkindern heute nicht mehr zum Tragen kommen; vielmehr sind die verschiedenen Kriterien auf

---

<sup>10</sup> Die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV werden bei den jeweiligen Grundrechten behandelt.

sich später im Gegensatz dazu verhält. Diese Grundvoraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Staatsanwalt einem Ausländer im Strafverfahren für sein kooperatives Verhalten mündlich zusichert, er werde keine Ausweisung beantragen und sich beim Migrationsamt bezüglich der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für ihn einsetzen, die Verwaltungsbehörde dann aber trotzdem diese Bewilligung nicht erneuert (BGer-E 2P.319/2006, Urteil vom 23. Januar 2007, E. 3).

#### **IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)**

##### **1. Menschenwürde und Folterverbot**

Die Durchsetzung des Folterverbots schliesst hohe Anforderungen an die Garantieerklärungen in Auslieferungsfällen ein, ohne die der Menschenwürdeschutz unvollständig wäre (Art. 7, 10 Abs. 3 und 25 Abs. 3 BV). Anlässlich eines türkischen Ersuchens um Auslieferung eines der Tötung und des Terrorismus beschuldigten Türken kurdischer Abstammung hat das Bundesgericht in BGE 133 IV 76 den Rechtsrahmen der Auslieferungspraxis durch Einforderung zusätzlicher Garantien konkretisiert. Auch bei einem Mitgliedstaat des Europarats könne das Risiko von Folterungen oder erniedrigender Behandlung nicht ganz ausgeschlossen werden (E. 4.2 - 4.3). Das Bundesamt für Justiz müsse darum für die schweizerische Botschaft in Ankara die Zusicherung erhalten, den Ausgelieferten ohne Überwachungsmassnahmen jederzeit besuchen zu können, jederzeit Auskunft über den Verfahrensstand zu erhalten, an sämtlichen Gerichtsverhandlungen teilnehmen zu dürfen und jederzeit von ihm kontaktiert werden zu können (E. 4.8). Demgegenüber hatte die bisher eingeholte Garantieerklärung nur die Besuche durch Familienangehörige und den Kontakt mit einem Anwalt seiner Wahl umfasst (E. 4.7). Die Erweiterung auf einen Kontakt mit schweizerischen Behördenvertretern ist schon deshalb nötig, weil es diesen obliegt, sich im Rahmen der Prozessbeobachtung der Einhaltung der im Auslieferungssentscheid anerkannten Anklage zu versichern. Eine Ausdehnung des Anklagesachverhalts ist nur mit ausdrücklicher Zustimmung der schweizerischen Behörden zulässig. Im konkreten Fall darf die Anklage in der Türkei nur einen von mehreren Tötungsvorwürfen und nicht den Vorwurf der Mitgliedschaft in terroristischen Organisationen umfassen.



Ob das Risiko für die Ausgelieferten durch diplomatische Garantien überhaupt auf ein zumutbares Mass gesenkt werden kann, ist nach wie vor umstritten. Anlässlich einer Auslieferung nach Russland (BGer-E 1C.205/2007) hat sich das Bundesgericht etwas ausführlicher mit den durch die Hochkommissarin für Menschenrechte der UNO, durch Menschenrechtsorganisationen und durch die Doktrin formulierten Bedenken auseinandergesetzt und einen pragmatischen Formelkompromiss versucht.<sup>15</sup> Als vertretbar gilt die Auslieferung dem Gericht, wenn das Restrisiko „nur noch theoretisch“ erscheine (E. 6.13) und die eingeforderten Garantien „so wirksam wie möglich“ ausgestaltet werden (E. 6.14). Damit ist die Frage ohne Grundsatzentscheid auf die Einzelfallbeurteilung zurückgeworfen.

## 2. Persönliche Freiheit

Das „Recht auf den eigenen Tod“ werde vom Bundesgericht „nicht in Frage gestellt“.<sup>16</sup> Diese Formulierung in BGE 133 I 58 dürfte noch oft zitiert werden. Es ging um ein sterbewilliges Mitglied des Vereins Dignitas, das nach erfolglosem Ersuchen um ein ärztliches Rezept schliesslich beim Bundesamt für Gesundheit um die Bewilligung eines ausnahmsweise rezeptfreien Bezugs von Natrium-Pentobarbital bat. Mangels gesetzlicher Grundlage wurde dies verweigert, worauf der Beschwerdeführer vor Gericht geltend machte, er besitze „einen unbedingten Anspruch darauf, dass ihm ein begleiteter, risiko- und schmerzfreier Suizid ermöglicht werde“ (E. 5).

Das Bundesgericht schliesst sich der gängigen Auffassung an, dass das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV), anders als andere Freiheitsrechte, keine negative Freiheit in Gestalt eines Rechts auf Selbsttötung umfasse. Das Recht auf den eigenen Tod wird als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung unter den Grundtatbestand der persönlichen Freiheit subsumiert (Art. 10 Abs. 2 BV). Gleichzeitig wendet das Gericht die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Lebens an (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV), allerdings richtigerweise nur insoweit, als durch den Staat sicherzustellen gilt, dass die Beendigung des Lebens tatsächlich dem freien Willen des Betroffenen entspricht. Weiter kann die Schutzpflicht nicht reichen, sonst

---

<sup>15</sup> Siehe BGer-E 1C.205/2007 vom 18. Dezember 2007, E. 6.

<sup>16</sup> BGE 133 I 58 E. 6.2.1 S. 67 – Rezeptfreies Natrium-Pentobarbital.

würde sie zu einem verbotenen „Grundrechtsschutz gegen sich selbst“.<sup>17</sup> Die Prüfung aber, ob die nötige Freiverantwortlichkeit besteht, gehört noch mit zur staatlichen Schutzpflicht, weshalb sie grundrechtsdogmatisch bedenkenfrei zur Einschränkung des Sterberegts angeführt werden darf. Darin liegt der Schlüssel zur Lösung des Gerichts: Die ausnahmslose Rezeptpflicht wird als Eingriff in das Selbsttötungsrecht verstanden, der aber gerechtfertigt ist, weil er unter anderem der Prüfung der allgemeinen Urteilsfähigkeit und der spezifischen Entscheidungsvoraussetzungen (sorgfältige Diagnose, ärztliche Aufklärung) dient (E. 6.3.1 - 6.3.2). Die Rezeptpflicht ist danach ein zulässiges Mittel, um die dem Staat kraft Schutzpflicht erlaubte – und, wird man hinzufügen müssen, jedenfalls im Grundsatz auch gebotene – Einführung eines Kontrollverfahrens über die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zu realisieren (E. 6.3.2). So gesehen ist die Entscheidung weder kompliziert noch aussergewöhnlich. Auch dem Polizeibeamten, der zufällig ein Ansetzen zum Selbstmord beobachtet, obliegt das Einschreiten schon deshalb, weil er die staatliche Pflicht zur Sicherstellung der Freiverantwortlichkeit erfüllen muss. Fragwürdig ist lediglich, ob die Rezeptpflicht nicht den Legitimationsrahmen eines Kontrollverfahrens verlässt, wenn es dem Sterbewilligen im Einzelfall trotz freiverantwortlicher Entscheidung praktisch unmöglich wird, das Medikament zu erlangen, so dass er gerade nicht mehr über „Art und Zeitpunkt“ des eigenen Todes selbst bestimmen kann (E. 6.1). In solchen Sonderfällen wäre eine andere Lösung sachgerechter.<sup>18</sup>

Um die Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) ging es im Fall eines russischen Staatsbürgers, dem als Ersatzmassnahme für Untersuchungshaft der Pass entzogen worden war (BGE 133 I 27).<sup>19</sup> Er war bei gleichzeitiger Kautionsleistung aus der Untersuchungshaft entlassen worden und beantragte später erfolglos, seinen Pass für 30 Tage zum Zweck einer Geschäftsreise ins Ausland wiederzuerhalten. Da die Beschlagnahme von Pässen nicht zu den ausdrücklich erwähnten

---

<sup>17</sup> Grundlegend zu dieser Problematik INGO VON MÜNCH, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, S. 115 ff.; zu Anwendungsfragen siehe AXEL TSCHENTSCHER, Examenskurs Grundrechte. Skript, Fragen, Fälle und Lösungen, Würzburg 2002, S. 40.

<sup>18</sup> Dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen FRANK TH. PETERMANN, Rezeptfreie Abgabe von Natrium-Pentobarbital (NaP), in: AJP/PJA 2007, S. 895-902 (898 ff.).

<sup>19</sup> Deutsche Übersetzung in Pra 8/2007, Nr. 86, S. 581 ff.

strafprozessualen Sicherungsmassnahmen gehört (vgl. Art. 50 Satz 2, 53 ff. BStP), stellte sich die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage für die fortgesetzte Passentziehung. Das Gericht schliesst mit einem Argument *a maiore ad minus* aus der Zulässigkeit der Untersuchungshaft verbunden mit dem Grundsatz der Subsidiarität dieses Mittels (Art. 50 Satz 1 BStP) auf die Zulässigkeit jedes demgegenüber mildereren Mittels einschliesslich der Passentziehung (E. 3.2). Ein solcher mittelbarer Schluss auf gesetzlich nicht ausdrücklich erwähnte Ersatzmassnahmen ist, wie zurecht betont wird, nur zulässig, wenn die vollständigen Voraussetzungen der grundrechtlich einschneidenderen Massnahme vorliegen, also wie hier die Kautions allein nicht genügt hätte (E. 3.5) und damit normalerweise Untersuchungshaft anzuordnen gewesen wäre.<sup>20</sup> Ausserdem darf die Ersatzmassnahme keinen schwerwiegenden Eingriff bedeuten (Art. 36 Abs. 2 BV), weil sonst – wie für die Untersuchungshaft selbst<sup>21</sup> – eine ausdrückliche Regelung im Gesetz nötig wäre. Dem trägt das Gericht durch den Hinweis Rechnung, dass die Passentziehung immerhin die freie Bewegung innerhalb der Landesgrenzen ermögliche (E. 3.5).

Infolge des Verbots von zwölf Hunderassen im Kanton Wallis, dessen Vollzug nach Ablauf der Anmeldefrist seit dem 1. Juli 2006 sogar mit der Androhung der Tötung von Hunden verbunden wird, hatte das Bundesgericht in BGE 133 I 249 zu entscheiden, ob die Hundehaltung zu den elementaren Möglichkeiten menschlicher Entfaltung gehört und damit unter den Schutzbereich des Grundtatbestands persönlicher Freiheit fällt (Art. 10 Abs. 2 BV). Während das Gericht die Frage im Entscheid zur basel-landschaftlichen Hundeverordnung noch gemieden hatte,<sup>22</sup> wird jetzt festgestellt, dass das Halten von Hunden bestimmter Rassen nicht in den Schutzbereich fällt,

---

<sup>20</sup> Zu den strengen Begründungsanforderungen an die haftrichterlichen Entscheidungen siehe ausserdem BGE 133 I 234 E. 3 S. 248 – Überstellung Santo Domingo; dazu der Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. X.

<sup>21</sup> Dazu in Bestätigung der ständigen Rechtsprechung BGE 133 I 270 E. 2.2 S. 276 – Prüfungspflicht für Ersatzmassnahmen; siehe dazu die Beiträge von WALTER KÄLIN, Ziff. III.1.1, III.2.1 und III.2.2 sowie REGINA KIENER, Ziff. XI.1.2 und XI.4.1. Dasselbe gilt für die Präventivhaft; dazu BGer-E 1B.141/2007 vom 24. Juli 2007 E. 2.3 – Risikoprognose bei Präventivhaft.

<sup>22</sup> BGE 132 I 7 E. 3.2 S. 9 f. – Kampfhunde Basel-Landschaft; siehe dazu die kritische Anmerkung von MARKUS MÜLLER in ZBJV 142 (2006), S. 745 ff.

es sei denn, der Halter habe bereits einen Hund, zu dem eine enge emotionale Beziehung bestünde (E. 2).<sup>23</sup> Selbst dann gehört nur das Halten als solches und nicht etwa die Regulierungsfreiheit dieses Haltens zum Schutzbereich. Werden also gewöhnliche Kontroll- und Sicherungsmittel eingeführt (Maulkorbpflicht, veterinärdienstliche Gefährlichkeitsprüfung, Ausbildungsauflagen, Halterausbildung, Chipausstattungspflicht), so mögen diese dem Halter zwar lästig sein, bilden aber noch keinen Eingriff in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit. Dasselbe gilt für das Verbot, einen Kampfhund neu zu halten, weil insoweit noch keine emotionale Bindung besteht und genügend Entfaltungspotential beim Halten von Hunden erlaubter Rassen bleibt. Im Umkehrschluss wird man diejenigen Massnahmen, die eine Hundehaltung ganz verbieten, eine bestehende emotionale Beziehung zum Tier ganz beenden (Trennungsanordnung, Zwangstötung) oder das Wesen des Tieres so stark verändern, dass die innere Beziehung zum Halter betroffen ist (Sterilisation), als Eingriffe in die persönliche Freiheit würdigen müssen. Abgesehen von dem gänzlichen Hundehaltungsverbot sind selbst solche Massnahmen angesichts der besonderen Gefährlichkeit von Kampfhunden in weitem Umfang verfassungskonform.

### 3. Privatsphäre

Die Grenzen der Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung betrifft BGer-E 6A.113/2006 vom 30. April 2007. Die Telefongespräche des Beschwerdeführers, dem der Führerschein abgenommen worden war, wurden wegen des Verdachts eines Betäubungsmitteldelikts abgehört. Bei einem Telefonat sprach er davon, gerade zur Probefahrt am Steuer seines neuen Range Rovers zu sitzen. Das Bundesgericht hält fest, dass dieser Zufallsfund im Strafverfahren über das Führen eines Motorfahrzeugs trotz Führerausweisentzugs nicht verwertet werden dürfe. Entscheidend sei, dass wegen dieser Tat, die als Übertretung zu klassifizieren ist, allein keine Telefonüberwachung hätte angeordnet werden dürfen, weil diese als schwerwiegender Eingriff in die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) nur

---

<sup>23</sup> Ebenso die Begründung in dem gleichentags entschiedenen Parallelfall BGer-E 2P.24/2006 vom 27. April 2007 E. 3.2 – Dobermann. Zum Gleichheitsaspekt siehe den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. III.1.1.

bei dringendem Verdacht bestimmter, schwerwiegender Taten in Betracht komme (E. 6.2.2, 6.4).

Die Reichweite des Beweisverbots bei illegaler GPS-Überwachung stand im Zentrum von BGer-E 1P.51/2007 vom 24. September 2007. Die Freiburger Kantonspolizei hatte zur Aufklärung einer Einbruchserie aus eigener Initiative, ohne Anordnung durch einen Untersuchungsrichter und ohne Bewilligung durch den Zwangsmassnahmenrichter eine zweimonatige Ortung des Fahrzeugs der Ehefrau des Beschwerdeführers vorgenommen und ihm die daraus resultierenden Protokolle im Strafverfahren als belastendes Hauptindiz vorgehalten. Während im Bundesrecht ein strenges Beweisverbot gilt, wenn die erforderliche behördliche Genehmigung der Überwachung fehlt (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 BÜPF), lässt das Bundesgericht für kantonale Prozessvorschriften abweichende Rechtsfolgen zu (E. 3.4). Ein formell fehlerhaftes Beweismittel kann danach zugelassen werden, wenn materiell die Voraussetzungen für eine Überwachung erfüllt gewesen wären, was hier bejaht wird (E. 3.6).

Interessante Zuordnungsprobleme wirft die vom Gericht überhaupt nicht behandelte Frage auf, welches Grundrecht bei der Fallgruppe GPS-Überwachung primär betroffen ist.<sup>24</sup> Sicher ist die spätere Protokollierung der personenbezogenen Bewegungsdaten ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 BV). Doch im Kern geht es nicht um die Umstände der Aufzeichnung und Aufbewahrung der Erkenntnisse, sondern um die Überwachung selbst. Ein GPS-gesteuertes Verfolgen durch die Polizei („Beschattung“) hätte den Beschwerdeführer nicht minder belastet, obgleich dabei keine Daten erhoben werden. Er macht denn auch geltend, hier sei die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) betroffen (E. 2). Richtiger wäre es wohl, einen Eingriff in das Grundrecht auf Privatleben (Art. 13 Abs. 1 BV) anzunehmen. Der ausforschende Blick der Polizei behindert nicht die Bewegung selbst, sondern die Privatheit derselben. Das gilt auch, wenn die beobachteten Bewegungen im öffentlichen Raum stattfinden. Niemand muss damit rechnen, dass seine unterschiedlichen Fahrten durch gezielte Beobachtung zu einem Gesamtbild der Bewegungen verbunden werden. Hier wird ein Aspekt der privaten Lebensgestaltung, der nor-

---

<sup>24</sup> Unerörtert auch im privatrechtlich eingebetteten Entscheid BGE 130 II 425 – GPS-Aussendienstüberwachung.

malerweise verborgen ist, in das behördliche Wissen gebracht. All dies spricht für eine Zuordnung zu Artikel 13 statt Artikel 10 BV.

#### 4. Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten

Auch in diesem Besprechungszeitraum interpretiert das Bundesgericht den Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten (Art. 13 Abs. 2 BV) ausserordentlich zurückhaltend.<sup>25</sup> Die neuartigen Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht werden durchweg im Sinne der staatlichen Behörden gerechtfertigt.

Das gilt zunächst für die abstrakte Normenkontrolle zu den Videoüberwachungsvorschriften im St. Galler Polizeireglement (BGE 133 I 77). Der faktische (weil nichtrechtsförmige) Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht liegt darin, dass bei der Videoüberwachung mit Personenidentifikationsmöglichkeit eine Aufbewahrung des Bildmaterials für einhundert Tage erfolgt. Der Beschwerdeführer hatte verlangt, die Vernichtungsfrist auf 2 Tage herabzusetzen. Das Gesundheitsdepartement – die kantonale Beschwerdeinstanz – sah eine Aufbewahrungszeit von 30 Tagen als höchstzulässigen Zeitraum an. Zur Rechtfertigung der ausserordentlich langen Aufbewahrungsdauer, die dem doppelten Zweck unmittelbarer Repression (Strafverfolgung) und mittelbarer Prävention (Abschreckungseffekt) dient (E. 5.1), führt das Bundesgericht an, dass Strafanzeigen häufig erst verzögert eingehen, gerade bei Sexualdelikten und bei jugendlichen Opfern (E. 5.2.2, 5.3). Zutreffend betont das Bundesgericht sodann, dass eine derartig lange Aufbewahrungsdauer bereits als solche die Gefahr missbräuchlicher Verwendung erhöht und darum ungeachtet der sonstigen Details einen schwerwiegenden Eingriff darstellt (E. 5.3). Weder das Polizeireglement noch der vorinstanzliche Entscheid lassen erkennen, welche Schutzmassnahmen gegenüber Missbrauch geplant oder implementiert sind (E. 5.4). Zwar handelt es sich bei dem Polizeireglement um ein formelles Gesetz,<sup>26</sup> doch wäre (gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) für die Verwendung des Bildmaterials „im Interesse von Rechtssicherheit

---

<sup>25</sup> Ähnlich bereits die Gesamteinschätzung im vorangegangenen Besprechungszeitraum: WALTER KÄLIN in ZBJV 143 (2007), S. 672.

<sup>26</sup> Terminologisch anders als das Gericht YVO HANGARTNER, Entscheidungsbesprechung, in: AJP/PJA 2007, S. 511-514 (514), der den Begriff des formellen Gesetzes für Bund und Kanton reserviert sieht.

und Rechtsklarheit ... eine Regelung im Polizeireglement angezeigt gewesen“ (E. 5.4). Statt nun die Konsequenz zu ziehen und das Reglement in seiner jetzigen vagen Form mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage für verfassungswidrig zu erklären, appelliert das Gericht an die Einsicht der Stadt St. Gallen, der Überwachung in der Praxis eine verfassungskonforme Ausgestaltung zu geben. Ein solches Vertrauen in die Praxis der staatlichen Organe entspricht nicht dem Sinn der Qualifizierung in Artikel 36 Absatz 1 Satz 2 BV.<sup>27</sup>

Ähnlich grosszügig verfährt das Bundesgericht in der abstrakten Normenkontrolle zur Verordnung über das Polizei-Informationssystem POLIS des Kantons Zürich (BGer-E 1P.71/2006). Auch hier ging es um die Frage der hinreichenden gesetzlichen Grundlage (E. 5.1). Indem das Gericht – wie die Beschwerdeführer – offen lässt, welche Einzelregelungen der POLIS-Verordnung zu schwerwiegenden Eingriffen ermächtigen (E. 5), kommt es auch hier zu einer unbegründeten Nichtanwendung von Artikel 36 Absatz 1 Satz 2 BV. Die einzeln geprüften Regelungen (weiter Kreis zugriffsberechtigter Polizeibehörden, Aufbewahrungsdauer von 2 bis 5 Jahren, Zugriff nichtpolizeilicher Verwaltungsbehörden) werden allesamt für verfassungsgemäss erklärt.

Viel Verständnis zeigte das Bundesgericht in BGE 133 V 359 für das Bedürfnis der Krankenversicherer, zum Zwecke der Wirtschaftlichkeitskontrolle auf Patientenunterlagen in Pflegeheimen zugreifen zu dürfen. Die personenbezogenen Daten in Pflegeberichten und Vitalzeichenkontrollen sind als besonders schützenswerte Daten anerkannt (E. 7.2), doch darf der Krankenversicherer sie gestützt auf das Krankenversicherungsgesetz herausverlangen (Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG), weil anders die Prüfung der Pflegebedarfsstufe und damit des Leistungsumfangs nicht möglich ist (E. 7.1, 6.5). Krankenversicherer gelten in diesem Zusammenhang als Bundesorgane im Sinne des Datenschutzgesetzes (Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG), weil sie „mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut“ sind (Art. 3 Bst. h DSG). Verfassungsrechtlich entspricht dies der Anordnung über die Grundrechtsbindung kraft Wahrnehmung staatlicher Aufgaben (Art. 35 Abs. 2 BV).

---

<sup>27</sup> Mehr Verständnis zeigt HANGARTNER, Entscheidungsbesprechung (Fn. 26), S. 514, dessen Appell für eine funktionellrechtliche Betrachtung im Ergebnis allerdings hier Kontrollverzicht bedeutet.

## **5. Familienleben**

Eine aktuelle Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Familiennachzug enthält BGE 133 II 6. Im Ergebnis blieb das Gesuch um Nachzug von Kindern ohne Erfolg, weil es nach langjähriger Untätigkeit erst kurz vor deren Mündigkeit gestellt wurde und die dafür nötigen besonders wichtigen Gründe nicht nachgewiesen werden konnten (E. 6.3.2).

Die Anordnung eines mehrmonatigen vollständigen Kontaktverbots für einen Elternteil stellt einen schweren Eingriff in das Recht auf Familienleben dar (Art. 14 BV). In BGer-E 1C.219/2007 vom 19. Oktober 2007 ging es um eine solche Anordnung, die wegen vorausgegangener Gewalt des Vaters gegenüber seinen Kindern vom Haftrichter für nötig gehalten wurde. Weil mögliche mildere Massnahmen nicht ansatzweise in Betracht gezogen worden waren (E. 2.5), hebt das Bundesgericht die Anordnung als unverhältnismässig auf.

## **6. Grundschulunterricht**

In BGE 133 I 156 ging es um die Frage, ob der Anspruch auf unentgeltlichen Unterricht einschliesslich der Organisierung des notwendigen Transports auch für den Unterricht an staatlichen Untergymnasien gelte. Das verneinte das Bundesgericht und stellte fest, die neue Bundesverfassung spreche in Artikel 19 zwar von „Grundschulunterricht“ statt von „Primarunterricht“, darunter falle aber nicht automatisch jeder obligatorische Teil der Schulzeit. Die Intention der Totalrevision sei auch insoweit eine Nachführung gewesen (E. 3.5.1 und 3.5.3). Auch ein Verstoss gegen das Gebot der Rechtsgleichheit verneinte das Gericht.<sup>28</sup>

## **V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)**

In einer Entscheidung zum Import von Koscherfleisch (BGer-E 2C.89/2007) hatte das Gericht Gelegenheit, die Schutzpflichten zu konkretisieren, die sich für das Bundesamt für Landwirtschaft aus der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) ergeben. Das Zollkontingent für das erste Quartal 2007 war von einem neu auftretenden Importeur fast

---

<sup>28</sup> Siehe dazu den Beitrag von WALTER KÄLIN, Ziff. III.1.1.



vollständig ersteigert, aber nur teilweise genutzt worden. Nachdem sich die Beschwerdeführer, die gemeinsam seit Jahren einen grossen Teil der jüdischen Bevölkerung mit Koscherfleisch versorgen, vergeblich um eine Abtretung bemüht hatten, beantragten sie im Januar 2007 ein ausserordentliches Zollkontingent, um den inländischen Bedarf decken zu können. Eingebettet in die verfassungskonforme Anwendung der gesetzlichen Anordnung über die „Einfuhr von Koscher- und von Halalfleisch, um eine ausreichende Versorgung der jüdischen und der islamischen Gemeinschaft mit solchem Fleisch sicherzustellen“ (Art. 9 Abs. 1 Satz 2 TSchG) stellt das Bundesgericht fest, das Bundesamt hätte angesichts des Versorgungsengpasses nicht untätig bleiben dürfen (E. 10). Die Situation wird damit als ein Übergriff des privaten Importeurs in die Religionsfreiheit der Konsumenten gewürdigt, der eine Schutzpflicht des Staates auslöst. Wie meist bei Schutzpflichtenkonstellationen fallen allerdings objektiv-rechtliche Behördenpflicht und subjektiv-rechtliche Anspruchsberechtigung auseinander. Die Beschwerdeführer hatten kein spezifisches Recht auf Direktzuteilung eines Sonderkontingents, sondern die Behörde kann selbst wählen, welche der vielen Möglichkeiten sie nutzen möchte, um einen gesetz- und verfassungsmässigen Zustand wiederherzustellen. Mangels aktuellen Interesses kam es zum Entscheidungszeitpunkt (November 2007) zwar nicht mehr zu einer Zurückweisung an das Bundesamt, wohl aber wurde der vorinstanzliche Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben und der Erfolg der Beschwerde durch die Kostenentscheidung unterstrichen. Zukünftig wird das Bundesamt, sollte es wieder einmal zu Versorgungsengpässen kommen, selbst sofort aktiv werden müssen, um nach Abmahnung des säumigen Importeurs notfalls zusätzliche Kontingente zu versteigern.

Eine Praxisänderung vollzog das Bundesgericht mit seinem Entscheid zum Verlassen der Landeskirche (BGE 134 I 75). Noch vor fünf Jahren hatte das Gericht die Weigerung des Luzerner Synodalkonvents geschützt, einen sogenannten „partiellen“ Kirchenaustritt nur aus der Landeskirche ohne Lossagung von der römisch-katholischen Weltkirche anzuerkennen.<sup>29</sup> Der vom Kanton im Gesetz angeordnete

---

<sup>29</sup> BGE 129 I 68 E. 3.4 S. 71 ff. – Luzerner Kirchenaustritt; dazu die ausführliche Besprechung mit Literaturhinweisen von ANDREAS KLEY in ZBJV 139 (2003), S. 705-708.

Nexus zwischen Landeskirche und Weltkirche gelte nicht nur für den Eintritt, sondern auch für den Austritt. Ausserdem drohe ein Rechtsmissbrauch, wenn die Austretenden weiterhin ihre Mitgliedschaft geltend machen könnten, kirchensteuerlich aber nicht mehr erfasst würden. Demgegenüber nimmt das Bundesgericht nunmehr eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung dahingehend vor, dass für den Kirchenaustritt eine Erklärung genügt, die sich auf die Landeskirche bezieht (E. 7). Begründet wird dies, relativ formalistisch, damit, dass für den weltlichen Rechtsverkehr nur der Austritt aus der staatlichen Zugehörigkeitsordnung massgeblich sei. Es rechtfertige sich unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) nicht, wenn für den Austritt zusätzlich ein Bekenntnisakt über die Weltkirche gefordert werde. Letztlich obliege es der Religionsgemeinschaft, nicht dem Staat, die innerkirchlichen Konsequenzen einer solchen partiellen Lossagung zu regeln (E. 6).

## **VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)**

### **1. Meinungs- und Informationsfreiheit**

Mit seinem sehr restriktiven Entscheid zur indirekten Medikamentenwerbung (BGer-E 2A.787/2006) zieht das Bundesgericht eine enge Grenze für Informationsaktivitäten von Pharmakonzernen im Internet. Der Entscheid baut auf einem früheren Urteil gegen die Pfizer AG auf, das allerdings nicht Internetseiten, sondern eine persönlich adressierte Broschüre betraf.<sup>30</sup> Im jetzt entschiedenen Fall hatte die GlaxoSmithKline AG auf ihren schweizerischen Migräne-Informationseiten ([www.migraene.ch](http://www.migraene.ch): „Das Informationsportal zum Thema Migräne“), die trotz allgemein gehaltener Informationen erkennbar dem Unternehmen zuzuordnen sind, Situationen geschildert, in denen Triptane eine Hilfe darstellen. Zwei in dem Zusammenhang nicht genannte, verschreibungspflichtige Medikamente des Herstellers basieren auf Triptanen, weshalb das Schweizer Heilmittelinstitut Swissmedic unter Hinweis auf das gesetzliche Werbeverbot (Art. 32

---

<sup>30</sup> BGer-E 2A.63/2006 vom 10. August 2006 – Pfizer Triptane, siehe dazu die ausführliche Besprechung von JUANA SCHMIDT, Die Abgrenzung zwischen Werbung und Information im Arzneimittelrecht, in: recht 2007, S. 244-255.

Abs. 2 Bst. a HMG) die Information im Internet untersagte. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte die Triptane-Aussagen als indirekte Werbung für die nicht genannten Medikamente und stützte den Entscheid der Swissmedic. Dem schliesst sich das Bundesgericht nunmehr an, indem es den doppelten Normzweck hervorhebt, Ärzte bei der Verschreibung von Medikamenten vor den werbebedingten Forderungen der Patientinnen und Patienten und diese vor einer Schädigung ihrer Gesundheit durch Fehlmedikation zu bewahren (E. 3). Zusätzlich solle die Informationssperre auch Vorsorge treffen gegen unsachgemässe Selbstmedikation nach Bezug von Medikamenten aus dem Ausland oder von Bekannten.

Sowohl diese Argumente als auch die grundrechtsdogmatische Einordnung wirken nicht ganz zeitgemäss. Krankheits- und Behandlungsinformationen im Internet lassen sich durch schweizerische Rechtsprechung nicht aufhalten, die Begehrlichkeiten von Patienten gegenüber ihren Ärzten nicht verhindern und die Informationsdichte, mit der neuerdings Patienten ihren Ärzten gegenüber treten, hat sich umbruchartig gewandelt. Die Rolle des Arztes ist längst vom Informationsmonopolisten zum Berater mutiert. Dem Werbeverbot wird dadurch, jedenfalls soweit es das Internet als ein aktiv zu erschliessendes Medium betrifft, der legitimatorische Boden entzogen, denn Informationssperren wie diejenige von Swissmedic können die Erreichung der geltend gemachten Gesetzesziele nicht nennenswert fördern. Auch die grundrechtliche Einordnung wirkt antiquiert. Gerade bei einem Zusammentreffen von Werbe- und Informationsgehalt ist die Zuordnung zur Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) unangebracht, selbst wenn man – wie das Gericht – die wertsetzende Bedeutung der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) bei der verfassungskonformen Auslegung mitzubersichtigen bekundet.<sup>31</sup> Im Ergebnis erhält das Gericht das Informationsverbot als „streng, aber nicht bundesrechtswidrig“ aufrecht (E. 6), was Ausdruck einer einseitigen Betrachtungsweise ist, bei der die Angst vor einem Unterlaufen des (als solchem nicht hinterfragten) Werbeverbots im Vordergrund steht (E. 3 und 4). Auffälligerweise bleibt die Garantie der Meinungs-

---

<sup>31</sup> BGer-E 2A.787/2006 vom 13. Juni 2007 E. 3 – GlaxoSmithKline Triptane; weitergehend (zusätzliche Betroffenheit von Art. 16 BV neben Art. 27 BV) bereits BGE 125 I 417 E. 3b S. 422 – Berner Fürsprecher, dazu die Besprechung von JÖRG PAUL MÜLLER/MIRJAM BALDEGGER in ZBJV 136 (200), S. 772.

freiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 10 EMRK) unerwähnt. Hätte man mit der inzwischen wohl überwiegenden Meinung in der Lehre die kommerzielle Werbung ungeachtet des Informationsanteils dem Artikel 16 BV zugeordnet, so wäre die Prüfung des inhaltsbezogenen Äusserungsverbots von vornherein strenger ausgefallen. Selbst mit dem eigenen, sehr fragwürdigen Abgrenzungskriterium des „überwiegenden“ ideellen Gehalts in der bisherigen Rechtsprechung<sup>32</sup> hätte das Gericht in diesem Fall feststellen können, dass der informative Anteil der Internetseiten gegenüber der bloss beiläufigen Erwähnung von Triptanen deutlich überwiegt. Es dürfte kein Zufall sein, dass die GlaxoSmithKline auf ihren Informationsseiten in den USA ([www.gsk.com](http://www.gsk.com)) und in Deutschland ([www.migraene-info.de](http://www.migraene-info.de)) auf Triptane hinweisen darf – beides Länder, die Werbung grundrechtlich der Meinungs- und Informationsfreiheit zuordnen. Demgegenüber hat die Swissmedic als Folge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angekündigt, zukünftig das Werbeverbot in der Schweiz noch restriktiver anzuwenden, indem sie bereits die Eignung (nicht Absicht) einer Information zur Absatzförderung als Kriterium für indirekte Werbung genügen lässt.<sup>33</sup>

In einem Amateurfunkentscheid (BGer-E 1A.220/2006) spricht sich das Bundesgericht demgegenüber für eine weite Interpretation des Schutzbereichs der Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV) aus. Das Grundrecht stehe selbst dann im Vordergrund und verdränge das subsidiäre Auffanggrundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), wenn es, wie beim Amateurfunk, in erster Linie um persönliche Kontakte und weniger um den Informationsfluss gehe (E. 4). Im Ergebnis nützt dies dem Beschwerdeführer allerdings nichts, weil sich die Versagung der Baubewilligung für eine Amateurfunkanlage auf die Ästhetikklausel des Aargauer Raumplanungsgesetzes stützen liess (E. 5) und die Einbusse an Kommunikationsmöglichkeiten ihm insoweit unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit auch zuzumuten war (E. 6).

In der Leugnung des Armenier-Genozids durch den Präsidenten der türkischen Arbeiterpartei, Dogu Perincek, sieht das Bundesge-

---

<sup>32</sup> Siehe beispielsweise BGE 128 I 295 E. 5a S. 308 – Genfer Tabak- und Alkoholwerbung m.w.N.

<sup>33</sup> Vgl. SYLVIA SCHÜPBACH, Arzneimittelwerbung: Migränebroschüre als unzulässige Publikumswerbung, in: Jusletter vom 29. Januar 2007, Rz. 19.

richt eine Rassendiskriminierung (BGer-E 6B.398/2007). Perincek hatte in drei öffentlichen Reden in der Schweiz den Genozid als „internationale Lüge“ bezeichnet und war dafür zu Geldstrafe, Busse und Genugtuung verurteilt worden. Dabei wird hinsichtlich der Meinungsfreiheit eine interessante Begründung gewählt: Es liege schon deshalb keine Beeinträchtigung durch die Verurteilung vor, weil es gerade das Ziel der Äusserung gewesen sei, eine solche zu provozieren (E. 6). Es wird abzuwarten sein, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg diese Konstellation beurteilt.

## 2. Medienfreiheit

Eine grosse Dämpfungswirkung für die Wahrnehmung der Medienfreiheit durch Gazetten am unteren Rand des Qualitätsspektrums dürfte dem Entscheid des Bundesgerichts zur Gewinnherausgabe folgen (BGE 133 III 153). Trotz zivilrechtlicher Einbindung (Art. 28a Abs. 3 ZGB) geht es dabei mittelbar auch um die heikle Balance zwischen dem Grundrecht auf Medienfreiheit und dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz – sie stellt für die verfassungskonforme Auslegung des Privatrechts den Rahmen dar und wird umgekehrt durch Entscheidungen in Zivilsachen mitbestimmt. Das Bundesgericht hatte sich mit widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen zu befassen, die der Ringier Verlag dem Vater der Tennisspielerin Patty Schnyder, Willy Schnyder, durch Publikationen im Sonntagsblick zugefügt hatte. In einer rein zivilrechtlichen Argumentation wird der Anspruch auf Gewinnherausgabe neben Schadensersatz und Genugtuung grundsätzlich anerkannt (E. 2.4-2.5). Bei einem Genugtuungsbegehren von Fr. 5'000.– hatte der Kläger einen herauszugebenden Gewinn von Fr. 75'000.– veranschlagt und dies mit einer erheblichen Absatzsteigerung durch eine systematisch aufgebaute Publikationskampagne begründet. Dem folgt das Gericht zwar nicht ganz (E. 3.6), erkennt aber an, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Absatzsteigerung bestehe, womit die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (E. 3.3). Zwar bleibt es Sache des Obergerichts als Tatsacheninstanz, die Höhe des Gewinns zu bestimmen (E. 3.7), doch ist schon jetzt absehbar, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf eine grosszügige Gewinnschätzung hinauslaufen und für Zeitungsverlage dadurch im Ergebnis zu einem Vielfachen der bisherigen Zahlungsbeiträge führen wird, zumal die Gewinnherausgabe verschuldensunabhängig

erfolgt. Im nicht publizierten Teil der Erwägungen (siehe BGer-E 5C.66/2006) offenbart das Gericht seine Absicht, die Gewinnherausgabe gleichzeitig als zusätzliche Genugtuung anzusehen (E. 4.3).<sup>34</sup> Letztlich wird hier bewusst die rechtliche Schlagkraft von Prominenten gegenüber ehrenrührigen Mediendarstellungen gestärkt. Mit Blick auf die gesetzgeberische Intention bei Einführung der Gewinnherausgabebestimmung (vor immerhin mehr als 20 Jahren) ist diese Stärkung wohl richtig und überfällig.<sup>35</sup> Die verantwortlichen Medienschaffenden verdienen im Falle von Persönlichkeitsverletzungen auch kein Mitleid wegen des neuen Anspruchs. Was aber, wenn die zivilrechtliche Drohung mit vielfach gesteigerten Forderungen dazu führt, dass auch Beiträge, die noch nicht persönlichkeitsverletzend sind, aus Vorsicht unpubliziert bleiben müssen (sog. *chilling effect*)? Hier seien die Zivilrechtler aufgerufen, durch einen behutsamen Umgang mit dem neuen Anspruch auf ein insgesamt verfassungskonformes Ergebnis ohne unangemessene Abschreckungswirkung hinzuwirken.

Pornographische Videos sind als kostenpflichtige Angebote auf den Mobiltelefonen angekommen, gelangen von dort aus zu allen Zeiten auf die Pausenhöfe der Schulen und bilden schon darum eine ganz neue Herausforderung für den Jugendschutz. Verständlich also, dass das Bundesgericht die rundfunkaufsichtsrechtlichen Schritte der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) gegen Fernsehwerbung für Handy-Pornographie im Ergebnis stützt (BGE 133 II 136). Erstaunlich ist dabei auf den ersten Blick, dass eine strafrechtlich nicht verbotene weiche Pornographieform, soweit dafür im Fernsehen geworben wird, aus rundfunkrechtlichen Gründen für unzulässig erklärt wird.<sup>36</sup> Immerhin ist die Verbreitung von Pornographie durch das Medium „Fernsehen“ einer der ausdrücklichen Straftatbestände (Art. 197 Abs. 1 StGB) und damit eine Sache der Staatsanwaltschaften, nicht der UBI. Das Bundesgericht besteht allerdings darauf, dass es unterhalb der strafbaren Formen der Pornographie (dazu E. 5.3.2) noch eine Pornographie geben könne, die sich als Gefährdung der öffent-

---

<sup>34</sup> Kritisch dazu REGINA E. AEBI-MÜLLER, Schadenersatz und Gewinnherausgabe an Medienopfer. Bundesgerichtsentscheid vom 7. Dezember 2006 (5C.66/2006; Publikation vorgesehen), in: *media lex* 2007, S. 87-94 (94).

<sup>35</sup> In gleichem Sinn AEBI-MÜLLER, Schadenersatz (Fn. 34), S. 93.

<sup>36</sup> So der Einwand von CHRISTOPH BEAT GRABER, Verbotene pornographische Werbespots. Bundesgerichtsentscheid vom 3. Mai 2007 (BGE 133 II 136), in: *media lex* 2007, S. 156-158 (158).

lichen Sittlichkeit (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 aRTVG, inzwischen: Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG) darstelle und folglich die UBI zum Einschreiten berechtige. Dabei hatte die beschwerdeführende Star TV AG für ihre Sendung Lovers TV eine Reihe von Vorsichtsmassnahmen getroffen, um dem Verdikt der Jugendgefährdung zu entgehen. So waren die Werbespots erst nach Mitternacht ausgestrahlt und mit einer Warnung zum Jugendschutz versehen worden. Ausserdem hatte man die primären Geschlechtsmerkmale abgedeckt. Dem Bundesgericht genügte dies nicht, um die Sittlichkeitsgefährdung zu verneinen. Was erkennbar Pornographie sei, löse trotz solcher Vorsichtsmassnahmen eine rundfunkrechtliche Sanktion aus. Dabei wird vom Gericht definiert: „Pornographisch sind somit Medien, die physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstellen, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu beliebig auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradieren; sie als blossе physiologische Reiz-Reaktionswesen erscheinen lassen und damit die Würde des Menschen negieren“ (E. 5.3.2 S. 145). Richtig ist dabei zunächst, dass das Gericht die Pornographie trotz des augenscheinlichen Zum-Objekt-Degradierens nicht automatisch als Verletzung der Menschenwürde (Art. 7 BV) und damit als absolut verboten ansieht, denn die freiverantwortliche Mitwirkung der „Künstlerinnen“ nimmt dem äusseren Eindruck rechtlich die Spitze. Dann aber hilft auch der Hinweis nicht weiter, der Gesetzgeber habe bei der RTVG-Reform ausdrücklich das Anliegen der Menschenwürde an die Spitze der Mindestanforderungen an den Programminhalt stellen wollen (E. 5.3.3). Gesetzliche Grundlage ist allein eine andere Klausel des RTVG-Eingriffstatbestands: die Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit. Damit bleibt es bei der eingangs erwähnten Kritik, dass eine strafrechtlich erlaubte Handlung unter dem Siegel der schwammigen Generalklausel „öffentliche Sittlichkeit“ für verboten erklärt wird. Im Dreieck zwischen Medienfreiheit (Art. 17 BV), Menschenwürde (Art. 7 BV) und Jugendschutz (Art. 11 Abs. 1 BV) ist dies eine gewagte Konstruktion, in der sich unsere gegenwärtige Hilflosigkeit gegenüber dem Phänomen Handy-Pornographie niederschlägt.

Einen weiteren UBI-Entscheid zur Beschränkung der Medienfreiheit heisst das Bundesgericht im Interesse der politischen Meinungsbildung gut (BGE 134 I 2). Das Schweizer Fernsehen DRS hatte unmittelbar vor den Wahlen ein sehr wohlwollendes Portrait zum Freiburger Staatsrat Pascal Corninboeuf gesendet und dabei weder die kritischen Stimmen aus dem laufenden Wahlkampf erwähnt noch ent-

sprechende Beiträge zu irgendeinem der übrigen 16 Kandidaten erstellt. Im Ergebnis wird dies vom Gericht als Verletzung des Gebots sachgerechter Darstellung bei Sendungen mit Informationsgehalt eingestuft.

## **VII. Eigentumsgarantie (Andreas Lienhard)**

### **1. Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche infolge Fluglärms sowie von Abwehrrechten gegen den direkten Überflug**

Das Bundesgericht hat sich in der Berichtsperiode insbesondere mit der Frage der Minderwertentschädigung wegen Fluglärms befasst. In einem Leitentscheid und 7 weiteren bereits beurteilten Entscheidungen von insgesamt 18 Pilotfällen hat es erstmals Regeln für Spezialfälle bei der Entschädigung von lärmgeplagten Liegenschaftsbesitzern beim Flughafen Kloten aufgestellt. Zudem hat das Bundesgericht einen Entscheid zur Frage der Zuständigkeit in solchen Fällen beurteilt.

### **2. Prozessgeschichte**

Im Juni 1999 ersuchte der Kanton Zürich als damaliger Flughafenhalter die Eidgenössische Schätzungskommission um Eröffnung von Enteignungsverfahren zur Beurteilung mehrerer Entschädigungsforderungen von Grundeigentümern für übermässige Fluglärm-Immissionen. Betroffen waren insbesondere Eigentümer von Grundstücken in Opfikon-Glattbrugg, die im Bereich der Abflugschneise der Piste 16 liegen. Im Mai 2001 wurde die unique zurich airport Flughafen Zürich AG (nachfolgend: Flughafen Zürich AG) als neue Flughafenhalterin zum Verfahren beigegeben.

Es wurden darauf 18 verschiedene Verfahren bestimmt, welche als sogenannte Pilotfälle vorweg behandelt werden sollten. In diesen 18 Fällen geht es um Liegenschaften unterschiedlicher Natur, so um Einfamilien- und Mehrfamilienhäuser, Geschäftshäuser, öffentliche Gebäude, landwirtschaftliche Bauten und unüberbauten Boden.

Bei den Einigungsverhandlungen der 18 Pilotfälle im November 2005 konnten keine Vereinbarungen erzielt werden. In der Folge gewährte die Eidgenössische Schätzungskommission 3 von 18 Hausbesitzern aus Opfikon-Glattbrugg eine Entschädigung für die fluglärmbedingte Entwertung ihrer Liegenschaften. Die 15 weiteren Hausbesitzer gingen leer aus.