

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010

VON PROFF. WALTER KÄLIN, JÖRG KÜNZLI, 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 2009 und 2010 untereinander aufgeteilt. Die Beiträge sind mit dem Namen des jeweiligen Autors gekennzeichnet. *

Inhaltsübersicht

- I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)**
- II. Allgemeine Grundrechtslehren (Jörg Künzli)**
- 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
 - 2. Lebensrecht
 - 3. Persönliche Freiheit
 - 4. Privatsphäre
 - 5. Informationelle Selbstbestimmung
 - 6. Familienleben
- V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)**
- VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)**
 - 1. Meinungs- und Informationsfreiheit
 - 2. Medienfreiheit
 - 3. Sprachenfreiheit
 - 4. Wissenschaftsfreiheit
- VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)**
 - 1. Eigentumsgarantie
 - 1.1 Öffentliches Interesse
 - 1.2 Verhältnismässigkeit
 - 1.3 Vorhersehbarkeit

* Für substantielle Mitarbeit danken wir Melanie Aebli, Sara Baresic, Dominik Elser, Meret Meier, Miriam Minder, Michaël Weber.

- 1.4 Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung
 - 2. Wirtschaftsfreiheit
 - 2.1 Gesetzliche Grundlage und Gleichbehandlung der Konkurrenten
 - 2.2 Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten
 - 2.3 Systemkonformität
 - 2.4 Verhältnismässigkeit
 - VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)**
 - 1. Politische Rechte
 - 1.1 Verfahren
 - 1.2 Wahlrecht und freies Mandat
 - 1.3 Unterschriftensammlung auf öffentlichem Grund
 - 1.4 Finanzreferendum
 - 1.5 Unzulässige Einflussnahme
 - 2. Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 BV)
 - 2.1 Kasuistik
 - 2.2 Prüfformel und Rechtsfolgen
 - 3. Gemeindeautonomie (Art. 50 Abs. 1 BV)
 - 3.1 Kasuistik
 - 3.1 Legitimation, Prüfformel und Kognition
 - 4. Gewaltenteilung (Art. 51 Abs. 1 BV)
 - IX. Staatsverträge und Konkordate (Jörg Künzli)**
 - X. Verfahrensgarantien (Walter Kälin)**
 - 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
 - 3.1 Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht
 - 3.2 Anspruch auf Beurteilung am Wohnsitz des Beklagten
 - 3.3 Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung
 - 4. Garantien beim Freiheitsentzug
 - 5. Garantien im Strafverfahren
- I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)**

Beharrlich folgt das Bundesgericht auch in diesem Berichtszeitraum seiner in BGE 134 I 153 eingeschlagenen Linie, nach welcher die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns nicht selbständig als verfassungsmässige Rechte einklagbar sind. Demzufolge wird nach derzeitiger Praxis zwar das Vertrauensschutzprinzip effektiv

durchgesetzt (Art. 9 BV), nicht aber die eng verwandte Garantie des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 5 Abs. 2 BV), des Verhältnismässigkeitsgebots (Art. 5 Abs. 2 BV) oder gar des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV). Die Rechtsstaatskonformität kantonalen Rechts wird insoweit nur auf Willkür geprüft, was im Ergebnis eine Verfassungsdurchsetzung zweiter Klasse bedeutet.

In BGE 135 V 172 zum **Familienlastenausgleich im Kanton Luzern** führte die solchermassen reduzierte Verhältnismässigkeitsprüfung allerdings ausnahmsweise dennoch zur Aufhebung einer kantonalen Regelung. Als Verfahrensdetail hatte der Kanton die verspätete Unterlageneinreichung mit einer pauschalen Beitragserhöhung um 50% gegenüber dem Vorjahr sanktioniert. Im Einzelfall konnte dies zu einer sechsstelligen De-facto-Busse für ein Fristversäumnis führen.¹ Eine salvatorische Härteklausele oder ein unbestimmter Rechtsbegriff standen nicht zur Verfügung, so dass die verfassungskonforme Auslegung unmöglich war. Unter diesen besonderen Umständen erklärte das Bundesgericht die Regelung für "völlig" unverhältnismässig und hob sie auf. So begrüssenswert die Entscheidung auch sein mag, zeigt sie im Umkehrschluss doch, dass hinsichtlich "einfacher" Unverhältnismässigkeit bei solchen Fallkonstellationen nach wie vor eine Lücke in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle besteht.

II. Allgemeine Grundrechtslehren (Jörg Künzli)

Grundrechte verlangen vom Staat nicht nur ein Abseitsstehen. Dies ergibt sich aus Art. 35 Abs. 2 BV, der alle mit einer staatlichen Aufgabe betrauten Personen anhält, zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen. Basierend darauf sind gemäss Bundesgericht (BGer 1C_366/2009; Näheres zu diesem Urteil in Ziff. V) die zuständigen kommunalen Behörden gehalten, die baurechtliche Grundordnung einer Gemeinde so auszugestalten oder zu handhaben, dass dadurch Glaubensgemeinschaften die kollektive Ausübung ihrer Religion nicht verunmöglicht wird. Hingegen können Religionsgemeinschaften auch unter Berücksichtigung von Art. 35 BV aus der Glaubens- und Gewis-

¹ BGE 135 V 172 E. 7.3.4 S. 182 f. – Familienlastenausgleich Luzern = Entscheid 8C_366/2008 vom 1. April 2009.

Übernahme sofort angewandt werden, auch auf hängige Angelegenheiten. Nichtsdestotrotz müsse das Recht auf Schutz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) beachtet werden. Insbesondere dürfe eine Änderung der Rechtsprechung zu Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Einsprache und zur Berechnung der Einsprachefrist nicht ohne vorangehende Ankündigung erfolgen, wenn sie die Verwirkung eines Rechts zur Folge habe (E. 3.2).

Im konkreten Fall hatte die Vorinstanz ihre Praxis aus guten Gründen geändert. Das Gebot von Treu und Glauben hätte ihr aber die Pflicht auferlegt, die Rechtssuchenden vorab über ihre Rechtsprechungsänderung zu unterrichten oder diese zumindest nicht daran zu hindern, ihre Rechte im Sonderfall geltend zu machen. Weil dies nicht geschah, verletzt der Nichteintretensentscheid wegen Verspätung das Gebot des Schutzes von Treu und Glauben.

BGE 135 III 470 handelt von einer Kollokationsklage im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Das Bundesgericht qualifiziert die Kollokation von Ansprüchen aus Arbeitsrecht als betriebs- und nicht als arbeitsrechtliche Angelegenheit, weshalb die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.- Anwendung findet, was zur Folge hat, dass die Beschwerde in Zivilsachen nicht ergriffen werden kann. Die **Rechtsmittelbelehrung** im obergerichtlichen Entscheid führte aus, dass der Beschwerdeführer berechtigt sei, gegen diesen Entscheid Beschwerde in Zivilsachen aus den in Art. 95-97 BGG genannten Gründen zu erheben. Das Bundesgericht betont, zwar dürften den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen (Art. 49 BGG), jedoch könne die Vorinstanz in einem solchen Fall kein vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Rechtsmittel verschaffen (E. 1.2). Es tritt deshalb auf die Beschwerde nicht ein.

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)

1. Menschenwürde

Mehrfach hatte sich das Bundesgericht im Berichtszeitraum mit der Frage zu befassen, ob es auf ein menschenwürdevidriges Verständnis des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) hinaus-

laufe, wenn die **Nothilfe allein durch Naturalleistungen** ohne Taschengeld erfolge. In BGE 135 I 119 ging es beispielsweise um einen ohne Papiere eingereisten Afrikaner ohne sicher feststellbares Herkunftsland, der 2005 durch das Bundesamt für Migration weggewiesen worden war und seitdem Nothilfe in Aufnahmezentren des Kantons Waadt erhielt. Ein anfängliches Taschengeld für Reinigungsarbeiten war ihm gestrichen worden, nachdem er mehrfach den dafür vorgesehenen Zeitplan nicht eingehalten hatte. Das Gericht stellt unter anderem darauf ab, dass eine Beschränkung auf Minimalleistungen gerechtfertigt sei, um Anreize zum Verbleiben in der Schweiz zu vermeiden.² Ob allerdings auch langjährige Nothilfe ganz ohne Taschengeld menschenwürdig sei, liess das Gericht offen, weil es dem Beschwerdeführer nach wie vor frei stand, durch Wiederaufnahme der Reinigungsarbeiten etwas Geld zu erhalten (E. 7.4-7.5).

Mit dem Verbot von Folter und menschenwürdigem Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV) ist die Schweiz konfrontiert, wenn es um die Zulässigkeit einer Überstellung verurteilter Personen ins Ausland geht (Art. 25 Abs. 3 BV). In BGE 135 I 191 hatte ein wegen Mordes und anderer Straftaten zu 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilter Lette geltend gemacht, die **Haftbedingungen in Lettland** seien menschenunwürdig. Er konnte sich insoweit auf einen Bericht des europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter stützen. Das Bundesgericht gab ihm Recht und forderte zusätzliche Abklärungen, weil sich die schweizerische Behörde vor der Überstellung vergewissern müsse, dass keine menschenwürdige Behandlung drohe. Bei einer realen Gefahr solcher Grundrechtsverletzungen müsse die Schweiz auf die Übernahme des Strafvollzugs im Heimatstaat verzichten.³

2. *Lebensrecht*

Um das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV) ging es in BGE 136 I 87 bei der Überprüfung des neuen Polizeigesetzes des Kantons Zü-

² BGE 135 I 119 E. 5.4 S. 123 – Nothilfe durch Naturalleistungen = Entscheid 8C_681/2008 vom 20. März 2009 = Pra 98 (2009) Nr. 107 S. 713-723 (716).

³ BGE 135 I 191 E. 2.2 S. 194 f. – Haftbedingungen Lettland = Entscheid 1C_588/2008 vom 12. März 2009 = Pra 98 (2009) Nr. 131 S. 887-894 (890).

rich. In dessen § 17 Abs. 2 ist der **polizeiliche Schusswaffengebrauch** vorgesehen, wenn eine Person, die ein schweres Vergehen begangen hat, fliehen will (Bst. b), oder wenn eine Person, die für andere eine Gefahr darstellt, sich der Festnahme zu entziehen versucht (Bst. c). Offenbar waren diese Bestimmungen der überaus weitreichenden Ausnahme vom Tötungsverbot in der Europäischen Menschenrechtskonvention nachgebildet, die eine Gewaltanwendung unter anderem rechtfertigt, wenn sie "unbedingt erforderlich ist, um jemanden rechtmässig festzunehmen" (Art. 2 Abs. 2 Bst. b EMRK). Schon der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte grosse Mühe, diesen überschüssenden Wortlaut durch seine Rechtsprechung wieder etwas zurückzubinden.⁴

Das Bundesgericht musste sich mit der denkbaren Extremsituation auseinandersetzen, dass Polizisten einem flüchtenden Straftäter mit Tötungsabsicht in den Rücken schiessen. Eine solche Konstellation ist nicht nur in ihrer Intensität, sondern auch in ihrer Qualität ganz anders einzustufen als die Fallgruppe der "Rettungsschüsse", bei der die Polizei zur Befreiung einer Geisel auf den Täter schießt. Diese sind als Rettungshandlungen präventiv, jene als Verfolgungshandlungen repressiv. Der konfliktträchtige Unterschied wird besonders deutlich, wenn das Gericht behauptet, das Handeln sei "verhältnismässig, wenn das Recht des Staates an der Durchsetzung seines Strafanspruchs gesamthaft gesehen dem Abwehrrecht des Verfolgten vorgeht"⁵. Dieser Aussage kann nur insgesamt widersprochen werden. Es gibt keine Fälle, in denen der blosse Strafanspruch mehr Gewicht hat als das Lebensrecht. Nur die präventive Begründung mit der Abwehr einer Gefahr für andere Grundrechtsträger kann die Verhältnismässigkeit eines möglicherweise tödlichen Schusses rechtfertigen. Mit anderen Worten: Grundrechtlich zulässig sind allenfalls Rettungsschüsse, aber keine Verfolgungsschüsse.

Das Bundesgericht stellt in seinen ergänzenden Erwägungen immerhin auf die präventive Komponente des Verfolgungsinteresses ab, wenn es fordert, dass "die fliehende Person eine besondere Gefähr-

⁴ Ausführlich dazu WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl., 2008, S. 309 ff.

⁵ BGE 136 I 87 E. 4.4 S. 98 – Polizeigesetz Zürich = Entscheid 1C_179/2008 vom 30. September 2009.

lichkeit oder Gewaltbereitschaft hat erkennen lassen" (E. 4.4 am Ende). Der weite Wortlaut des Polizeigesetzes wird damit interpretatorisch erheblich eingeschränkt, was als verfassungskonforme Korrektur auch dringend erforderlich ist. Im Ergebnis fallen dann allerdings der formale Wortlaut der ersten Variante (Bst. b), in der nirgendwo von Gefährlichkeit die Rede ist, und dessen verfassungskonforme Inhaltsbestimmung weit auseinander. Im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wäre es besser gewesen, wenn das Bundesgericht diese Bestimmung aufgehoben hätte.

Weitreichende Konsequenzen wird der Entscheid BGE 135 I 113 zum **Lebensrecht in seiner Dimension als Schutzpflicht** haben. Es ging um die Angehörigen eines Tötungsopfers, die gegen ein Mitglied des Zürcher Obergerichts die Einleitung einer Strafuntersuchung wegen fahrlässiger Tötung beantragt hatten, weil der Oberrichter nicht für die sofortige Durchsetzung der von ihm gegen den Täter verhängten Sicherheitshaft gesorgt hatte. Das Bundesgericht erklärte die bisherige Praxis, nach welcher der Kantonsrat vor der Ablehnung des Gesuchs nur den Angeschuldigten, nicht aber die Angehörigen des Opfers anhörte, für verfassungswidrig. Zwar stehe den Behörden grosses Ermessen bei der Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflicht zu, sie müssten aber – abgesehen von Sonderfällen wie Immunität oder Amnestie – mindestens eine Strafverfolgung von Tötungsdelikten vorsehen. Die nahen Angehörigen eines Opfers liegen, was den Anspruch auf Strafverfolgung betrifft, im Schutzbereich des Grundrechts und müssen darum am Verfahren beteiligt werden. Aus der Schutzdimension des Grundrechts leitet das Bundesgericht die konkreten Ansprüche der Angehörigen auf rechtliches Gehör und Begründung des Entscheids ab.⁶

3. *Persönliche Freiheit*

Das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) war in BGE 136 I 87 durch die polizeigesetzlichen Regeln über **Personenkontrollen und Identitätsfeststellungen** berührt.⁷ In geradezu unbe-

⁶ BGE 135 I 113 E. 2.2 S. 118 – Taxichauffeur Wetzikon = Entscheid 6B_413/2008 vom 6. Februar 2009.

⁷ BGE 136 I 87 E. 5.1 S. 101 – Polizeigesetz Zürich; siehe bereits vorne bei Fn. 5 (Lebensrecht).

schränkter Breite sah § 21 des neuen kantonalen Polizeigesetzes vor, dass die Polizei Personen anhalten und deren Identität (notfalls mit erkennungsdienstlichen Massnahmen) feststellen dürfe, wenn es "zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig" sei. Das Bundesgericht interpretiert das "notwendig" der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage verfassungskonform reduzierend dahin, dass "spezifische Umstände vorliegen müssen, damit die Polizeiorgane Identitätskontrollen vornehmen dürfen" (E. 5.2). Eine Identitätskontrolle dürfe "nicht anlasslos erfolgen", sondern es müssten jeweils spezifische Umstände vorliegen (Tatortnähe, Verdachtselemente u.a.m.). Aus den Regelungen des Polizeigesetzes ergebe sich zudem weder rechtlich noch faktisch eine Pflicht, ständig einen Identifikationsausweis mit sich zu tragen. Das Gericht hält fest, dass es vollauf genüge, mündliche Angaben zu machen, wenn diese überprüfbar seien (E. 5.3). Inzwischen wird es für viele Personen am einfachsten sein, auf eine Internetseite mit Photo und auf eine im Verzeichnis überprüfbare Telefonnummer mit Adressangabe hinzuweisen. Das ständige Ausweistragen bleibt dann in der Praxis tatsächlich entbehrlich, zumal anlassbezogene Kontrollen mit spezifischen Verdachtsmomenten für die meisten Bürger eine sehr seltene Ausnahme sein dürften.

Das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) verpflichtet Ausländerbehörden und Gerichte dazu, eine **aussichtslose Durchsetzungshaft** zur Erzwingung der Wegweisung schon vor Erreichen der 24-monatigen Maximalfrist (Art. 79 Satz 1 AuG) zu beenden. In BGE 135 II 105 hatte ein ursprünglich mit einer Schweizerin verheirateter Marokkaner, dessen Aufenthaltsbewilligung nach der Trennung nicht verlängert worden war, die Ausreise nach Marokko beharrlich verweigert. Die Ausschaffung war ohne seine Kooperation nicht möglich und darum unabsehbar. Nach zweimaliger Verlängerung der Haft und einer Gesamthaftzeit von bereits 20 Monaten lehnte das Kantonsgericht Basel-Landschaft eine weitere Verlängerung ab. Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid als die verfassungsrechtlich gebotene Lösung, weil die weitere Inhaftierung unter solchen Umständen unverhältnismässig sei. Im Unterschied zu BGE 134 II 201 ging es hier um einen Menschen, der sich nicht strafbar

gemacht hatte und der Kontakt zu seinem Sohn in der Schweiz pflegte.⁸

Der **postmortale Persönlichkeitsschutz** (Art. 10 Abs. 2 BV), den das Bundesgericht eigentlich nicht anerkennt,⁹ den es aber in BGE 129 I 173 ausdrücklich erwähnt hat,¹⁰ wurde im Berichtszeitraum bestätigt, als wiederum ein Fall eintrat, in dem der zu Lebzeiten geäußerte Wille des Verstorbenen gegen die Angehörigen durchgesetzt werden musste.¹¹ Die beschwerdeführende Lebenspartnerin des Verstorbenen hatte sich in dessen (postmortalem) Interesse gegen die Angehörigen gewendet. In solchen Fällen hilft es nicht weiter, wenn das Gericht mit seiner Theorie des Andenkenschutzes das Persönlichkeitsrecht der überlebenden Angehörigen als Ausgangspunkt für den Schutz identifiziert, denn sie wirken gerade nicht im Sinne des Verstorbenen. Vorsichtig formuliert das Bundesgericht, dass man das (postmortale) Persönlichkeitsrecht "fallweise" ("de cas en cas") beurteilen müsse und dass sich die Verfassungsgarantie "nicht auf die Lebensdauer beschränke" (E. 2.1.1). Der Andenkenschutz als Persönlichkeitsrecht der Angehörigen hat hinter dem postmortal wirkenden Persönlichkeitsschutz des Verstorbenen zurückzustehen (E. 2.1.2).

Mit dem Grundsatzentscheid über das "**Recht auf den eigenen Tod**"¹², dessen Überprüfung beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hängig ist, sowie mit der politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Regulierung der organisierten Suizidhilfe wurde ein Feld betreten, das noch zahlreiche Entscheide des Bundesgerichts nötig machen wird. Zu den umstrittenen Fällen gehören dabei diejenigen, in denen die Sterbewilligen nicht an einer

⁸ BGE 135 II 105 E. 2.3.2 S. 108 f. – Durchsetzungshaft = Entscheid 2C_643/2008 vom 29. Januar 2009.

⁹ Siehe BGE 129 I 302 E. 1.2 S. 306 ff. – Dignitas = Entscheid 1P_373/2002 vom 4. Juli 2003.

¹⁰ BGE 129 I 173 E. 4 S. 180 f. – Urnenbeisetzung Meilen = Entscheid 1P_453/2002 vom 12. Februar 2003: "Die Einschränkung der persönlichen Freiheit der Beschwerdeführer ist durch das gegenläufige Interesse am postmortalen Schutz des Persönlichkeitsrechts der Verstorbenen grundsätzlich gerechtfertigt."

¹¹ BGE-E 1C_430/2009 vom 4. Februar 2010 – Umbettung Val d'Iliez.

¹² BGE 133 I 58 E. 6.2.1 S. 67 – Rezeptfreies Natrium-Pentobarbital = Entscheid 2A.48, 2A_66/2006 vom 3. November 2006.

unmittelbar zum Tod führenden Krankheit leiden (Freitodhilfe).¹³ Im Berichtszeitraum hatte das Bundesgericht beispielsweise eine Konstellation zu beurteilen, bei der die Beschwerdeführerin bereits einen erfolglosen Suizidversuch und eine sechswöchige Hospitalisierung hinter sich hatte und von der Sterbehilfeorganisation EXIT als Suizidantin abgelehnt worden war.¹⁴ Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich verweigerte ihr in dieser Situation die amtliche Ausstellung eines Rezepts für Natrium-Pentobarbital. Auch in dieser Fallkonstellation machte das Bundesgericht geltend, dass es keinen "Anspruch" auf "staatliche Beihilfe zur Selbsttötung" gebe (E. 2.1). Unter anderem stützt das Gericht seine strenge Haltung auf den Umstand, dass die Beschwerdeführerin an keinerlei Krankheit litt, sondern lediglich den weiteren körperlichen und seelischen Verfall des Alters vermeiden wollte. In solchen Fällen könne die Beständigkeit des Todeswunsches nur durch eine länger dauernde ärztliche Begleitung durch einen Spezialisten sicher festgestellt werden (E. 3.2).

Diese Argumentation wirkt improvisiert. Die Kriterien sind aus der Luft gegriffen und können sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen. Es geht nicht um eine aktive Beihilfehandlung des Staates, denn die Beschwerdeführerin, die zum Urteilszeitpunkt 78 Jahre alt war, wollte sich mit dem Medikament ohne fremde Hilfe das Leben nehmen. Sie verlangt dazu eine punktuelle Befreiung von einem rechtfertigungsbedürftigen gesetzlichen Zugangsverbot. Es dürfte in der Praxis kaum je einen Fall geben, in dem der Todeswunsch nachhaltiger, freiverantwortlicher und klarer belegt wird. Anders als viele andere "gerettete" Suizidenten hat die Beschwerdeführerin ihren Todeswunsch nach dem ersten Suizidversuch nicht aufgegeben. Gerade die Abwesenheit einer krankheitsbedingten Verzweiflung spricht für, nicht gegen die Freiverantwortlichkeit, denn bei Kranken ist der Sterbewunsch labiler als bei Gesunden.¹⁵ Nicht einmal mit dem möglicherweise die Motivation verfälschenden Dazwischentreten Dritter konnte in diesem Fall das Schutzinteresse des Staates begründet wer-

¹³ Dazu mit weiteren Hinweisen REGINA KIENER, Organisierte Suizidhilfe zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlichen Schutzpflichten, in: ZSR 2010 I, S. 271-289 (272 f., 283 f.).

¹⁴ BGer-E 2C_9/2010 vom 12. April 2010 – Sterbewunsch Altersgebrechen.

¹⁵ Vgl. KIENER, Organisierte Suizidhilfe (Fn. 13), S. 281 f.

den, denn eine organisierte Sterbehilfeorganisation war gerade nicht beteiligt.

Die Behauptung des Gerichts, dass der Staat für Situationen wie die vorliegende von Verfassungen wegen nicht gehalten sei "Ausnahmeregeln von den allgemeinen Bestimmungen zum Schutz der Bevölkerung und deren Gesundheit einzuführen" (E. 3.3) kehrt im übrigen die grundrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit um. Es ist der Staat, der die Beschränkung des Medikamentenzugangs zu rechtfertigen hat, nicht der Bürger, der seinen Zugang erbitten muss. Die Situation ist analog zu der Anerkennung des Grundrechts auf Schutz eines Kinderwunsches, der dazu führt, dass der Staat rechtfertigen muss, wenn er potentiellen Eltern den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin verbietet.¹⁶ Ein Gesundheitsschutz gegen den freiverantwortlichen Willen der Geschützten ist paternalistisch, wenn der Staat nicht das Interesse am Schutz Dritter geltend machen kann. Ein paternalistischer Schutz aber widerspricht der Idee individueller Autonomie, auf der die grundrechtlichen Freiheiten basieren. Hier schlägt moralische Missbilligung in rechtliche Beschränkung um.

4. *Privatsphäre*

Mit dem **Einsatz von Privatdetektiven durch Unfallversicherungen** befasste sich das Bundesgericht in BGE 135 I 169. Die besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit einer Überwachung resultiert daraus, dass die Unternehmen, die gemäss Art. 68 UVG in das Register der obligatorischen Unfallversicherungen eingetragen sind, als Behörden gelten und darum im Bereich ihres hoheitlichen Handelns nicht weniger an die Grundrechte gebunden sind als staatliche Akteure. Während aber für die Datenerfassung durch diese Unternehmen eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 96 Bst. b UVG), fehlt eine solche bisher für die Anordnung einer Überwachung. Die Beratungen über eine entsprechende Ergänzung des Bundesrechts sind noch nicht abgeschlossen, so dass eine spezifische gesetzliche Grundlage derzeit nicht existiert. Gleichwohl hat das Bundesgericht eine solche bejaht, nämlich in Gestalt des Art. 43 Abs. 1 ATSG ("Der Versicherungsträger

¹⁶ BGE 119 Ia 460 E. 5 S. 474 ff. – Reproduktionsmedizin Basel = Entscheidung vom 22. Dezember 1993; ausführlich dazu MATHIAS KUHN, *Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunsches*, 2008, S. 62 ff., 120, 346 ff.

... nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor") in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 ATSG ("Wer Versicherungsleistungen beansprucht, muss unentgeltlich alle Auskünfte erteilen, die zur Abklärung ... erforderlich sind"). Das Gericht kombiniert diese überraschende Grundlegung mit der Überlegung, dass die Überwachung durch Privatdetektive jedenfalls im öffentlichen Raum nur einen geringfügigen Eingriff in das Grundrecht auf Privatsphäre darstelle. In einer Art Appell macht das Gericht geltend, die Versicherungsunternehmen sollten die Observation nur ausnahmsweise und subsidiär anordnen.¹⁷ Woraus sich angesichts der völligen Unbestimmtheit der gewählten gesetzlichen Grundlage eine solche Beschränkung rechtlich ergeben könnte, bleibt offen. Der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn wird sie jedenfalls vom Gericht nicht zugeordnet (E. 5.6). Aus Sicht der Grundrechtsträger dürfte es kaum einsehbar sein, warum die als selbstverständlich empfundene Datenspeicherung mit einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedacht wird, die viel intensivere Beeinträchtigung durch eine detektivische Verfolgung aber ohne spezifische gesetzliche Grundlage zulässig sein soll. Der Gesetzgeber sollte hier Klarheit schaffen und dabei die vom Gericht erhoffte, aber rechtlich nicht begründete Subsidiarität der Observation auf eine rechtliche Grundlage stellen.

5. *Informationelle Selbstbestimmung*

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) war in BGE 136 I 87 durch die Regeln über **polizeiliche Videoüberwachung und -aufzeichnung an allgemein zugänglichen Orten** berührt.¹⁸ Geradezu unbeschränkt sollte die Polizei in Zürich gemäss § 32 des neuen Polizeigesetzes ermächtigt sein "zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben allgemein zugängliche Orte mit technischen Geräten offen oder verdeckt [zu] überwachen und soweit notwendig Bild- und Tonaufnahmen [zu] machen." Eine Löschung dieser Aufnahmen war in § 53 Abs. 2 PolG "spätestens nach einem Jahr" vorgesehen. Mit Recht machten die Beschwerdeführer geltend, dass es sich hier um Blankett-normen handelt, denn es sind keine greifbaren Schranken für den Einsatz der Überwachungstechnik ersicht-

¹⁷ BGE 135 I 169 E. 5.4.2 S. 174 – Privatdetektive der Unfallversicherung = Entscheidung 8C_807/2008 vom 15. Juni 2009.

¹⁸ BGE 136 I 87 E. 5.1 S. 112 – Polizeigesetz Zürich; siehe bereits vorne bei Fn. 5 (Lebensrecht) und Fn. 7 (persönliche Freiheit).

lich. Unter den Einsatzmitteln wird nicht je nach Einsatzzweck differenziert – weder zwischen Onlineüberwachung (CCTV) und Videoaufzeichnung noch zwischen Aufnahmen mit oder ohne Identifizierungsmöglichkeiten noch zwischen Strassen und Plätzen unterschiedlichen Gefährdungspotentials (E. 8.2.1-8.2.3). Die Einsatzzwecke der Technik werden durch den Verweis von § 32 PolG auf die gesetzlichen Aufgaben (§§ 3 ff. PolG) derart pauschal einbezogen, dass sich die Verhältnismässigkeit des Mitteleinsatzes bezüglich dieser Zwecke gar nicht beurteilen lässt (E. 8.3). Das Bundesgericht stellt zurecht fest, dass die Regelung "eine grenzenlose Überwachung des öffentlichen Raumes" bedeuten würde, was weder den Bestimmtheitsanforderungen noch dem Erfordernis eines öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 36 BV gerecht werde (E. 8.3). Auch die pauschale Aufbewahrungsdauer von einem Jahr, die weit über der vom Bundesgericht in BGE 133 I 77 noch als verhältnismässig angesehenen 100-Tage-Regelung liegt, besteht die Verfassungskontrolle nicht (E. 8.4). Es ist sehr zu begrüßen, dass das Gericht in dieser Situation nicht versucht hat, die missratenen Gesetzesnormen durch verfassungskonforme Auslegung zu retten, sondern die §§ 32 und 53 Abs. 2 PolG insgesamt aufhob. Das nachträgliche Hineininterpretieren verfassungskonformer Kriterien in die schon im Ansatz konurlos weiten Ermächtigungsnormen hätte zu fortwährender Rechtsunsicherheit über die effektiven Grenzen der Polizeiüberwachung geführt.

6. *Familienleben*

Mehrfach hat das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden seine Absicht betont, mit Blick auf die Kinderrechtskonvention das Kindesinteresse bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen verstärkt zu berücksichtigen.¹⁹ Dass sich der "umgekehrte" Familiennachzug, bei dem Eltern die Aufenthaltsbewilligung erhalten, weil ihr Kind über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (typischerweise das Schweizer Bürgerrecht) verfügt, unter Umständen auch auf eine **Leihmutter** erstrecken kann, wurde in BGE 135 I 143 festgehalten. Die Besonder-

¹⁹ So bereits in BGE 135 I 153 E. 2.2.2 S. 156 f. – Postmortaler Familienschutz = Entscheid 2C_353/2008 vom 27. März 2009; Besprechung in ZBJV 145 (2009), S. 747. Aktuell beispielsweise im Entscheid 2C_505/2009 vom 29. März 2010.

heit bestand allerdings darin, dass die Leihmutter nicht nur die Schwester der Kindesmutter war. Vielmehr war sie seit langem aktiv in die Erziehung eingebunden. Ihre Ausweisung hätte darum eine bestehende intensive Beziehung zu dem Kind abbrechen lassen.²⁰

Im **Familiennachzug gemäss Freizügigkeitsabkommen** hat das Bundesgericht in BGE 136 II 5 seine Praxis geändert und sich einer Praxisänderung des Europäischen Gerichtshofs im Urteil *Metock* angepasst.²¹ Die schweizerische Praxisänderung war in der Literatur schon länger gefordert worden. Wenn zukünftig ein EU-Bürger in der Schweiz den Familiennachzug für einen Nicht-EU-Bürger beantragt, ist nicht länger erforderlich, dass diese Person bereits vorher rechtmässig mit einem nicht nur vorübergehenden Aufenthaltstitel im EU-Raum gewohnt hat.²² Weil das Freizügigkeitsabkommen nur auf das Rückfallrisiko abstellt, können sogar straffällige Ausländer, die nie ein Aufenthaltsrecht hatten, in den Genuss des Nachzugsanspruchs kommen. In BGE 136 II 5 war ein bis 2000 wegen mehrerer Drogendelikte aufgefallener Palästinenser später nicht mehr einschlägig straffällig geworden und wurde vom Gericht dank geänderten Lebenswandels mit einer günstigen Prognose bedacht (E. 4.3-4.4). Als staatsvertraglich begründete Rechtsposition überspielt der Anspruch aus dem Freizügigkeitsabkommen die restriktiveren Regelungen des nationalen Ausländerrechts.

In BGE 136 II 65 weitet das Gericht seine Praxisänderung ausserdem auf das **Nachzugsrecht von Stiefkindern** aus: Der Beschwerdeführer aus dem Kosovo kann darum nach Heirat einer in der Schweiz lebenden Französin die Einreise seiner Kinder aus einer früheren Beziehung verlangen.²³ Nach der schon in BGE 135 II 369 getroffenen Feststellung gelten die Nachzugsrechte aus dem Freizügigkeitsabkommen zudem auch bei **Doppelstaatsangehörigkeit**.²⁴

²⁰ BGE 135 I 143 E. 3.2 S. 149 – Familiennachzug Leihmutter = Entscheid 2C_693/2008 vom 2. Februar 2009.

²¹ EuGH, Rs. C-127/08 – *Metock*, Urteil vom 25. Juli 2008.

²² BGE 136 II 5 E. 3.7 S. 19 – Praxisänderung *Metock* = Entscheid 2C_196/2009 vom 29. September 2009.

²³ BGE 136 II 65 E. 5 S. 76 f. – Familiennachzug von Stiefkindern = Entscheid 2C_269/2009 vom 5. Januar 2010.

²⁴ BGE 135 II 369 E. 2 S. 372 – Nachzug bei Doppelstaatsangehörigkeit = Entscheid 2C_607/2008 vom 24. März 2009.

Aus der geänderten Rechtsprechungspraxis resultiert nun allerdings eine **Inländerdiskriminierung beim Teilfamiliennachzug**, die mit der Reform des Ausländerrechts eigentlich überwunden werden sollte. Damit hatte sich das Bundesgericht in BGE 136 II 120 zu befassen. Wiederum ging es um den Nachzug von Stiefkindern, nur war diesmal die Mutter eine Schweizerin und der Vater ein eingebürgerter Serbe. Die Nachzugsvoraussetzungen für ausländische Kinder von Schweizern waren weder nach altem (ANAG) noch nach neuem Ausländerrecht (Art. 42 Abs. 2 AuG) erfüllt. Das Bundesgericht hielt es für "fraglich", ob die resultierende Beschränkung des Grundrechts auf Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV) sich in verhältnismässiger Weise auf einen schutzwürdigen Zweck stützen lässt, wenn gleichzeitig den Stiefkindern von EU-Ausländern ein Nachzugsrecht gewährt wird.²⁵ Es sah sich angesichts des klaren Wortlauts der Norm allerdings ausserstande, diese Inländerdiskriminierung durch Nichtanwendung des Bundesrechts zu vermeiden (Art. 190 BV). Auch eine Aufhebung wegen Verstosses gegen das akzesessorische Diskriminierungsverbot der EMRK lehnte das Gericht ab.²⁶ Einmal mehr zeigt sich hier, dass staatsvertragliche Ansprüche wegen der Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Artikel 190 BV besser durchsetzbar sind als die Grundrechte der Bundesverfassung.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)

Das **Recht auf religiöse Bauten** ist seit der Minarettinitiative in aller Munde. Schon jetzt hatte sich das Bundesgericht mit einer verwandten Fallkonstellation zu befassen, bei der es um den Ortsverein der Zeugen Jehovas in Spiez ging.²⁷ Der Verein hatte den Bau eines religiösen Versamlungs- und Schulungslokals in der Gewerbezone von Reichenbach begehrt und war mit der Begründung abgewiesen worden, eine solche Nutzung sei nicht zonenkonform. Dagegen war der Verein vor dem Verwaltungsgericht erfolgreich gewesen. Das

²⁵ BGE 136 II 12 E. 3.4.1 S. 29 f. – Inländerdiskriminierung beim Teilfamiliennachzug = Entscheid 2C_135/2009 vom 22. Januar 2010.

²⁶ Siehe dazu hinten X. (S. 73).

²⁷ Entscheid 1C_366/2009 vom 30. November 2009 – Zeugen Jehovas Spiez.

Bundesgericht unterstützt nunmehr die Argumentation des Verwaltungsgerichts, dass ein Baureglement, das keine ausdrücklichen Kultuszonen vorsehe, im Lichte des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) verfassungskonform dahin auszulegen sei, dass jedenfalls irgendwo eine religiöse Nutzung möglich sein müsse (E. 7.2): "Bau und Nutzung von Kulturräumen liegen ... im Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit."

VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)

1. Meinungs- und Informationsfreiheit

Um die Bewilligungspflicht von **Unterschriftensammlungen** in St. Gallen ging es in BGE 135 I 302. Als kommunikativer Gemeingebrauch fällt die Unterschriftensammlung unter die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) und ist als Vorbereitungshandlung einer Volksinitiative auch über die politischen Rechte mit Grundrechtsschutz bedacht (Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 139 BV). Die Stadt hatte der Gruppe für eine Schweiz ohne Armee (GSoA) nur sechs Sammeltage pro Monat bewilligt. Die Vorinstanzen hatten den Fall verwaltungsrechtlich entschieden, indem sie die Sammlung durch bis zu drei Personen in der Fussgängerzone und ohne Informationsstand für schlichten, nicht gesteigerten Gemeingebrauch erklärten, der bewilligungsfrei bleibe und damit entgegen der Praxis der Stadt St. Gallen frei von Beschränkungen durchgeführt werden dürfe. Dem fügt das Bundesgericht die grundrechtliche Perspektive hinzu. Eine Bewilligungspflicht, die selbst bereits einen Grundrechtseingriff bedeutet, bedarf der Rechtfertigung. Aus dem Prüfprogramm (Art. 36 BV) greift das Gericht das Erfordernis eines öffentlichen Interesses heraus und verneint dieses, weil bisher kein Koordinationsbedürfnis mit anderen Nutzern dargetan ist, insbesondere kein Konflikt mit konkurrierenden Grundrechtsverwirklichungen Dritter.²⁸ Vorsichtig umgangen wird dabei das umstrittene Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Entgegen der früheren Rechtslage muss diese nunmehr auch bei Bewilligungs-

²⁸ BGE 135 I 302 E. 4.2 S. 311 f. – Unterschriften St. Gallen = Entscheid 1C_434/2008 vom 28. September 2009. Detaillierte Analyse aus Sicht der politischen Rechte hinten IX.1.3 (S. 59 ff.).

pflichten für gesteigerten Gemeingebrauch als zwingend erforderlich angesehen werden (Art. 36 Abs. 1 BV). Sie kann auch nicht gewohnheitsrechtlich ersetzt werden.²⁹ Weil das entsprechende Reglement des Stadtrates vom Kanton noch nicht bewilligt war, hätte das Bundesgericht die Entscheidung unter Hinweis auf die fehlende gesetzliche Grundlage noch klarer treffen können. Bis zu einer Inkraftsetzung des Reglements bleibt der Gemeinde die polizeiliche Generalklausel, um in tatsächlichen Konfliktsituationen eine sofortige Lösung zu finden (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV).

2. *Medienfreiheit*

Um die **Grenzen der Programmfreiheit** von Fernsehveranstaltern (Art. 17 Abs. 1 BV) ging es in BGE 136 I 167. Beschwerdeführer war einmal mehr der Verein gegen Tierfabriken (VgT), der unter Hinweis auf eine mehrjährige Programmpraxis geltend machte, systematisch von der Berichterstattung im Schweizer Fernsehen ausgeschlossen und dadurch diskriminiert zu sein. Das Bundesgericht betont, dass es keinen Anspruch auf eine Berücksichtigung im Programm gebe. Die Programmfreiheit der Veranstalter müsse aber wegen des gegenläufigen Grundrechts auf Meinungsäusserung (Art. 16 BV) und der staatlichen Pflicht, dieses Grundrecht im Wege der Drittwirkung zur Geltung zu bringen, in Einzelfällen zu Einschränkungen führen. So sei die Zugangsverweigerung verfassungswidrig, wenn ein Fernsehveranstalter einzelne Akteure durch systematische Nichtberücksichtigung diskriminiere.³⁰ Ob das beim Beschwerdeführer der Fall sei, müsse die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen nach Rückverweisung erneut prüfen.

Erfolgreich war derselbe Beschwerdeführer in BGE 136 I 158 wegen einer **Verweigerung des Zugangs zum Werbefernsehen**, die bereits zweimal den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beschäftigt hatte.³¹ In einer ersten Instanzenrunde hatte der Gerichtshof

²⁹ A.A. IVO HANGARTNER, Besprechung von BGE 135 I 302, in: AJP 2010, S. 100-102 (101 f.).

³⁰ BGE 136 I 167 E. 3.3.3 S. 175 – Zugangsdiskriminierung = Entscheid 2C_380/2009 vom 10. Dezember 2009.

³¹ BGE 136 I 158 – Politische Werbung VgT = Entscheid 2F_6/2009 vom 4. November 2009.

das schweizerische Verbot politischer Fernsehwerbung für konventionswidrig erklärt. In der nun beendeten zweiten Instanzenrunde ging es um die Ablehnung der Revision des ursprünglichen Entscheids BGE 123 II 402. Die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entschied am 30. Juni 2009, dass diese Ablehnung nicht die hinreichend vollständige Restitution ("restitutio in integrum") gewährleiste, die das nationale Recht zur Konventionsbefolgung bieten müsse.³² Das Bundesgericht stellte nunmehr fest, dass die SRG, die im Werbebereich privatrechtlich agiert, nicht nur durch indirekte Drittwirkung der Grundrechte im Zivilwege verpflichtet ist, den VgT-Werbespot zur Ausstrahlung anzunehmen,³³ sondern statuiert in Revision seines ursprünglichen Urteils die unmittelbare Pflicht der SRG zur Ausstrahlung und verknüpft diese Pflicht mit einer unspezifischen Androhung von Konsequenzen: "Sollte die SRG – nach dem Entscheid der Grossen Kammer [des EGMR] vom 30. Juni 2009 – im konkreten Fall nicht innerhalb vernünftiger Frist zu einer Lösung Hand bieten, wären allenfalls konzessionsrechtliche Massnahmen zu prüfen."³⁴

3. *Sprachenfreiheit*

Um die Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) und deren zulässige Beschränkung durch Festlegung einer **kantonalen Amtssprache** (Art. 70 Abs. 2 BV) ging es in BGE 136 I 149. In einer Angelegenheit der Invaliditätsversicherung hatte die Rekurrentin vor dem Kantonsgericht die deutsche Sprache verwenden wollen, obgleich das Verfahren zuvor in französischer Sprache abgewickelt worden war. Weil die neue Kantonsverfassung von Freiburg den Bürgern vor gesamtkantonalen Behörden ohne weitere Qualifizierung die freie Wahl zwischen den beiden Amtssprachen Deutsch und Französisch lässt,³⁵ durfte das Kantonsgericht sein Eintreten nicht davon abhängig machen, dass die Rechtsschrift innerhalb von 30 Tagen in die Verfahrenssprache (Fran-

³² EGMR Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) ./ Switzerland (No. 2), Urteil 32772/02 vom 30. Juni 2009, §§ 33, 36, 86, 89.

³³ So schon BGer-E 2A_526/2001 vom 29. April 2002 E. 4.2 zum zivilrechtlichen Kontrahierungszwang.

³⁴ BGE 136 I 158 E. 3.2 S. 166 – Politische Werbung VgT; vorne Fn. 31.

³⁵ Art. 17 Abs. 2 KV-FR: "Celui qui s'adresse à une autorité dont la compétence s'étend à l'ensemble du canton peut le faire dans la langue officielle de son choix."

zösisch) übersetzt wird. Insoweit, so das Bundesgericht, bilde der Verfassungsartikel eine beabsichtigte Ausnahme vom sonst in Freiburg geltenden Territorialitätsprinzip.³⁶ Diese Ausnahme sei allerdings auf die Beschwerdeführerin begrenzt, denn die Prozesssprache richte sich weiterhin nach dem kantonalen Verfahrensrecht (E. 6.2). Im Ergebnis darf die Beschwerdeführerin also ohne Nachteile ihren Rekurs auf deutsch führen, während das Gericht nach dem Territorialitätsprinzip weiterhin auf französisch verfährt – ein auch sonst bewährter Kompromiss in der Sprachenfrage.

4. *Wissenschaftsfreiheit*

Eine **Tierversuchsbewilligung** war Gegenstand von BGE 135 II 384 und 135 II 405. Zwei Neuroinformatiker aus Zürich (Universität und ETH) beriefen sich auf ihre Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV), weil eine Bewilligung des Veterinäramts nach Rekurs der kantonalen Tierversuchskommission durch die Gesundheitsdirektion teilweise aufgehoben worden war. Umstritten war die Verwendung und Tötung von 36 Rhesusaffen für eine Neokortex-Studie (BGE 135 II 384) und der mehrjährige Einsatz von vier Rhesusaffen für Erkenntnisse über die visuelle Hirnrinde (BGE 135 II 405). Das Gericht war an die Anwendung des alten Tierschutzgesetzes als massgebliches Bundesrecht gebunden (Art. 190 BV). Es musste gleichwohl eine eigenständige Güterabwägung zwischen der Wissenschaftsfreiheit und der Würde der Kreatur (Art. 120 Abs. 2 BV) vornehmen, weil diese Abwägung in der Generalklausel von Art. 13 Abs. 1 aTSchG angelegt war. Weder Forschung noch Tierschutz geniessen dabei von vornherein einen Vorrang.³⁷ Weil die Klausel des alten Rechts im neuen Tierschutzgesetz unverändert gilt,³⁸ werden die in den Entscheiden entwickelten

³⁶ BGE 136 I 149 E. 6.1 S. 154 – Sprachenwahl Freiburg = Entscheid 9C_517/2009 vom 18. Januar 2010.

³⁷ BGE 135 II 384 E. 4.3 S. 398 – Rhesusaffen I = Entscheid 2C_422/2008 vom 7. Oktober 2009; BGE 135 II 405 E. 4.3.1 S. 410 – Rhesusaffen II = Entscheid 2C_421/2008 vom 7. Oktober 2009.

³⁸ Art. 17 TSchG: "Tierversuche, die dem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen, es in Angst versetzen, sein Allgemeinbefinden erheblich beeinträchtigen oder seine Würde in anderer Weise missachten können, sind auf das unerlässliche Mass zu beschränken."

Abwägungsgrundsätze wegweisend für die Praxis sein. In der internationalen wissenschaftlichen Literatur waren bereits die vorinstanzlichen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, mit denen in der Schweiz erstmalig Tierversuche auf dem Rechtsweg verhindert worden waren, aufmerksam registriert worden.³⁹ Für einzelne Richtungen der Grundlagenforschung dürfte der Entscheid eine Standortfrage auslösen.

Das Bundesgericht hält in dem längeren der publizierten Entscheide (BGE 135 II 384) in bekräftigendem Rückgriff auf die Vorinstanzen fest: Dem Veterinäramt komme trotz seiner Praxisnähe kein automatischer Erkenntnisvorrang vor der Tierversuchskommission zu (E. 2.1). In seiner Abwägung dürfe die Entscheidungsbehörde (Veterinäramt) nicht ohne weiteres, sondern nur mit guten Gründen von dem Antrag des wissenschaftlichen Fachgremiums (Tierversuchskommission) abweichen (E. 3.3, 3.4.1). Das Kriterium "unerlässliches Mass" bedeute, dass Tierversuche ultima ratio blieben (E. 3.2.3). Auch in der Grundlagenforschung müssten Experimente mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zukünftig der Gesundheit von Mensch und Tier dienen (E. 4.1.1). Der pauschale Hinweis der Beschwerdeführer auf die Bedeutung der Grundlagenforschung und Hirnforschung sei nicht hinreichend substantiiert (E. 2.2.1). Je ungewisser der zukünftige klinische Nutzen sei, desto stärker reduziere sich die Bedeutung des Kenntnisgewinns (E. 4.1.2, 4.4.2). Mit einem Schweregrad 2 (mittlere Belastung) gehörten die Versuche im statistischen Vergleich zu den 20% der schweizerischen Tierversuche, welche die Versuchstiere am stärksten belasteten.⁴⁰ Schliesslich dürfe bei Forschung an Primaten zusätzlich in Rechnung gestellt werden, dass sie wegen ihrer Nähe zum Menschen eine Sonderstellung in der Hierarchie der Tiere verdienten und besonders schutzwürdig seien (E. 4.1.2, 4.6.1). Im praktischen Ergebnis werden durch den Entscheid des Bundesgerichts die Hürden für Grundlagenforschung mit Tierversuchen erhöht. Die Position der Tierversuchskommission im Entscheidungsverfahren wird

³⁹ Nachweise bei FRANZISKA SPRECHER, Tierversuche: Wie viel Nutzen muss Forschung bringen?, in: Sicherheit & Recht 2010, S. 110-122 (110 in Fn. 2); Nachweise zum Presseecho in der Schweiz ebd., S. 121.

⁴⁰ Vgl. zu dieser Einordnung gemäss Schweregraden und Statistik SPRECHER, Tierversuche (Fn. 39), S. 114, 117 f.

gestärkt. Und schliesslich wird eine Sonderstellung für Primatenforschung begründet.

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)

1. Eigentumsgarantie

1.1 Öffentliches Interesse

Das Bundesgericht befasste sich in seinem Entscheid BGE 135 I 176 vom 23. April 2009 insbesondere mit der Frage des öffentlichen Interesses an denkmalschützerischen Massnahmen zur Erhaltung von alten Fischerhäuschen.

Das Departement für Infrastruktur des Kantons Waadt nahm zur Erhaltung von alten Fischerhütten beim Hafen Pierrettes, welche sich unter anderem auf Bauland von A. und B. befinden, die Klassifizierung dieser Gegend vor, welche insbesondere zur Instandhaltung verpflichtet. Zudem wurde ein Teilnutzungsplan erlassen. A. und B. reichten nach Durchlaufen des Instanzenzuges Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht ein.

In seinem Entscheid hielt das Bundesgericht namentlich fest, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Eigentumsbeschränkungen, die dem Natur- und Heimatschutz dienen, grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegen. Aus den Gutachten, welche die kantonalen Behörden eingeholt haben, geht hervor, dass die Gegend Pierrettes, die aus einem ehemaligen Hafen und einer kompakten Gruppierung von dreizehn Fischerhäuschen besteht, eine funktionelle Einheit bildet. Entgegen den Angaben der Beschwerdeführer hielt das Bundesgericht fest, dass der gegenwärtige Gebrauch der Hütten für den Entscheid, ob diese schutzwürdig sind, nicht alleine massgebend ist. Denn der Umstand, dass die ursprüngliche Tätigkeit sich änderte, beeinträchtigt den besonderen Charakter der Gegend nicht. Das Bundesgericht betonte insbesondere, dass gerade weil es am Hafen Pierrettes keine Berufsfischer mehr gibt, die Stätte direkt gefährdet ist. Namentlich unter diesen Umständen ging das Bundesgericht mit den kantonalen Behörden davon aus, dass die Gegend des Hafens Pierrettes und insbesondere die kompakte Gruppe