

Proff. Walter Kälin / Jörg Künzli / Andreas Lienhard /
Pierre Tschannen / Axel Tschentscher
Bern

Die staatsrechtliche Rechtsprechung
des Bundesgerichts in den Jahren
2010 und 2011

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 147 · 2011 · Heft 10

Stämpfli Verlag AG Bern

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010 und 2011

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 2010 und 2011 untereinander aufgeteilt; angestrebt wird eine Konzentration auf die wichtigsten Entscheide, insbesondere zu Grundsatzzfragen.

Die Beiträge sind mit den 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. Verbot unmenschlicher Behandlung
 - 2. Lebensrecht
 - 3. Persönliche Freiheit
 - 3.1 Recht auf Risiko und Tod
 - 3.2 Bewegungsfreiheit
 - 4. Privatsphäre
 - 4.1 Recht auf Geschlechtsumwandlung
 - 4.2 Echtzeit-Videoüberwachung
 - 5. Informationelle Selbstbestimmung
 - 6. Familienleben

* Für ihre Mitarbeit danken wir PHILIPPE DIETSCHI, DOMINIK ELSER, IRENE GROHSMANN, MERET MEIER, ANDREAS MÜLLER.

- V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)**
- VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)**
1. Meinungsfreiheit
 2. Informationsfreiheit
 3. Medienfreiheit
 4. Versammlungsfreiheit
- VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (ANDREAS LIENHARD)**
1. Eigentumsgarantie
 - 1.1 Flughafen Zürich/Entschädigungsansprüche wegen Enteignung aufgrund von Lärm
 - 1.2 Materielle Enteignung und Vertrauensschutz
 2. Wirtschaftsfreiheit
 - 2.1 Vergleichende Werbung/Gleichbehandlung
 - 2.2 Vertragsfreiheit
 - 2.3 Wettbewerb/Gleichbehandlung der Konkurrenten
 - 2.4 Verhältnismässigkeit
 - 2.5 Binnenmarktrecht
- VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (PIERRE TSCHANNEN)**
1. Politische Rechte
 - 1.1 Verfahren
 - 1.2 Verhältniswahlen
 - 1.3 Mehrheitswahlen
 - 1.4 Einheit der Materie
 - 1.5 Finanzreferendum
 - 1.6 Behördliche Einflussnahme
 - 1.7 Nachzählung
 2. Vorrang des Bundesrechts
 3. Gemeindeautonomie
 - 3.1 Verfahren
 - 3.2 Kasuistik
 4. Gewaltenteilung
- 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)

Im Entscheid zur *Fumoir-Gesetzgebung in Genf* (BGE 136 I 241 = Pra 2011 Nr. 1) betonte das Bundesgericht einmal mehr, dass das Legalitätsprinzip und das Verhältnismässigkeitsprinzip des Artikels 5 BV nicht als selbständige verfassungsmässige Rechte eingefordert werden können. Diese schon unter der alten Verfassung gepflegte Rechtsprechungslinie begleitet die neue Bundesverfassung von Anbeginn.¹ Der Fall illustriert, welche Schutzlücken dadurch entstehen. Den Hintergrund bildete die Genfer Volksinitiative «Passivrauchen und Gesundheit», die im Jahr 2006 mit einer Mehrheit von 80% angenommen worden war. Seitdem enthält die Genfer Verfassung ein striktes Rauchverbot für öffentlich zugängliche Räume, ohne dass dabei Ausnahmen vorgesehen wären (Art. 178B KV-GE). Das im Januar 2009 vom Grossen Rat des Kantons angenommene Gesetz zur Konkretisierung dieses Verbots sieht hingegen Fumoirs als Ausnahme vor. Gegen diese Lockerung des Verbots wandten sich die Beschwerdeführer im Wege der abstrakten Normenkontrolle.

Der inhaltliche Einwand der Beschwerdeführer, dass mit der Gesetzgebung gegen die durch die Volksinitiative geänderte Verfassung verstossen werde, gelangte im Ergebnis überhaupt nicht zur Prüfung. Als Stimmrechtsbeschwerde wollte das Bundesgericht das Anliegen nicht zulassen. Auf die Verfassungsbestimmung selbst konnten die Beschwerdeführer sich wegen deren Konkretisierungsbedürftigkeit nicht berufen. Eine Prüfung der Gewaltenteilung lehnte das Gericht mit der schwer nachvollziehbaren Begründung ab, der Gewaltenteilungsgrundsatz gelange «im Wesentlichen im Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung zur Anwendung».² Damit blieb den Beschwerdeführern nur noch die Berufung auf das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV), um einen Verfassungsverstoss der Legislative zu rügen.

1 Alte BV: BGE 123 I 1 E. 2b S. 4 – Logopädin, mit weiteren Nachweisen; neue BV: BGE 127 I 60 E. 3a S. 67 – Griechische Botschaft, mit Anmerkung von ULRICH ZIMMERLI, in: ZBJV 139 (2003) 681–751 (683 f.).

2 BGE 136 I 241 E. 2.5.1 S. 249 – Fumoirs Genf = Entscheid 1C_491/2009 vom 2. Juni 2010 = Pra 100 (2011) Nr. 1 S. 1–14 (9): «Pour l'essentiel, il s'applique au rapport entre la loi et l'ordonnance [...]».

Und dieses letzte Mittel wurde ihnen ebenfalls versagt und durch eine blossе Willkürprüfung ersetzt.

Das Bundesgericht etabliert mit dem Entscheid eine wenig kohärente Prüfungspraxis für den Geltungsvorrang des höherrangigen Rechts: Der Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) vor dem Kantonsrecht ist seit Langem individuell einforderbar. Der Vorrang des kantonalen Gesetzesrechts vor dem Verordnungsrecht ist ebenfalls individuell einforderbar – diesmal als Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes. Der zwischen diesen beiden Normverhältnissen liegende Vorrang des kantonalen Verfassungsrechts vor dem kantonalen Gesetzesrecht kann nach dem Entscheid hingegen *nicht* individuell eingefordert werden. Deutlicher lässt sich eine Schutzlücke innerhalb eines geschützten Territoriums kaum markieren. Dem Gericht schien der Mangel auch bewusst zu sein, denn die Willkürprüfung fiel, gewissermassen als Kompensation, detailreicher aus als sonst üblich (E. 3). Das führte gleichwohl nicht zum Erfolg der Beschwerde.

Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) schliesst grundsätzlich aus, dass einem in Kürze in Kraft tretenden Gesetz schon vorher Relevanz eingeräumt wird. Dass dies sogar für eine *positive Vorwirkung* des Gesetzes gilt, betonte die erste öffentlich-rechtliche Abteilung in einem Entscheid zur *Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung*.³ Demgemäss gab es vor 2011 noch keinen Anspruch auf amtliche Verteidigung von Jugendlichen, wie er inzwischen vorgesehen ist.

II. Allgemeine Grundrechtslehren (JÖRG KÜNZLI)

Keine Urteile in der Berichtsperiode. Zur Diskussion der (fehlenden) Drittwirkung von Art. 8 Abs. 1 und 2 in BGE 136 I 178 siehe hinten Ziff. III.1.

³ BGer-E 1B_308/2010 E. 2.2.1 vom 22. November 2010 – Amtliche Verteidigung von Jugendlichen.

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Verbot unmenschlicher Behandlung

Die *Zwangsernährung im Fall Rappaz* (BGE 136 IV 97 = Pra 2011 Nr. 33) hat im Berichtszeitraum wie kein anderes Rechtsproblem die Öffentlichkeit bewegt. Es ging um Menschenwürde, Lebensschutz, Meinungsfreiheit und Unversehrtheit – politisch ausserdem um Drogenpolitik und Strafvollzugsziele. Der brisante Problemcocktail hat unbedachten Stimmungsäusserungen Raum gegeben: Der Staat, so wurde argumentiert, dürfe sich nicht erpressen lassen und müsse hart bleiben. In die andere Richtung gingen Behauptungen, dem Staat seien die Hände gebunden, weil Ärzte ohnehin keine Zwangsernährung durchführen würden. Verfassungsrechtlich sind weder Trotzreaktionen noch Kapitulationen angebracht. Soweit sich das Mittel der Zwangsernährung im konkreten Fall rechtfertigen lässt, müssen die staatlichen Behörden davon Gebrauch machen, um ihrer Schutzpflicht zugunsten des Lebens zu genügen. Sie müssen dann auch die rechtlichen Rahmenbedingungen gewährleisten, um Ärzte – allerdings unter Wahrung ihrer Gewissensfreiheit – im Grundsatz zur Durchführung der Zwangsernährung zu verpflichten.

Das Bundesgericht argumentierte souverän jenseits der politischen Stimmungslage und stellte sich im Ergebnis hinter die Entscheidung des Kantonsgerichts Wallis, dem Hungerstreikenden eine weitere Haftunterbrechung zu versagen. Ob die Zwangsernährung von Inhaftierten gegen das Verbot unmenschlicher Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV) verstosse, konnte das Gericht nicht unmittelbar aus dem internationalen Menschenrechtsschutz ableiten, weil dieser zum Konflikt zwischen Abwehrrecht und Lebensschutz keine eindeutigen Vorgaben enthält.⁹ Auch die vorbildliche Rechtsvergleichung zu europäischen und kantonalen Regelungen (E. 6.1.2, E. 6.2) zeigt keinen eindeutigen Lösungsweg für den Konflikt auf. Hinsichtlich der Würdeproblematik, die letztlich hinter dem absoluten Verbot unmenschlicher Behandlung steht, beschränkte sich das Gericht schliesslich ohne eigene Argumentation auf einen Formelkompromiss. Es erklär-

⁹ BGE 136 IV 97 E. 6.1.1 S. 107 – Zwangsernährung Rappaz = Entscheid 6B_599/2010 vom 26. August 2010 = Pra 100 (2011) Nr. 33 S. 217–235 (226).

te die Zwangsernährung für verfassungskonform, «wenn sie würdig [...] durchgeführt wird» (E. 6.3.3: «si elle est pratiquée dignement»).

Was aber ist eine würdekonforme Zwangsernährung? Hier hätten, wie bei jeder Zwangsbehandlung, das Paternalismusverbot und das Autonomieprinzip im Zentrum der Argumentation stehen müssen. Solange die Selbstgefährdung durch Hungerstreik Ausdruck von Autonomie, nicht Heteronomie, ist, steht sie unter dem Schutz der Grundrechte. Eine Zwangsernährung wäre dann eine Durchbrechung der individuellen Autonomie in einer existenziellen Entscheidungssituation. Dem Hungernden wäre dadurch die Bestimmung über sich selbst genommen, was eine unwürdige und damit unmenschliche Behandlung bedeutet (Art. 10 Abs. 3 BV), selbst wenn der willensbrechende Zwang fürsorglich gemeint ist. Wegen des Paternalismusverbots kann es selbst gegenüber Inhaftierten keine absolute Garantenstellung des Staates geben. Grundsätzlich ist darum ein freiverantwortlicher Hungerstreik hinzunehmen. Anders stellt sich die Situation aber im Fall Rappaz dar. Sein Protestfasten war nicht Ausdruck eines autonomen Sterbewunsches, sondern erkennbar eine Konsequenz aus dem für ihn unerträglichen Freiheitsverlust. Unter diesen Umständen ist der Hungerstreik nicht als Ausdruck von Autonomie anzusehen und die Zwangsernährung darum keine unmenschliche Behandlung. Die Behörden sind nicht nur berechtigt, sondern wegen der Schutzpflicht des Staates sogar verpflichtet, einen Hungertod aus Verzweiflung abzuwenden.¹⁰

2. Lebensrecht

Um die *Tätigkeit der privaten Sterbehilfeorganisationen* ging es in BGE 136 II 415. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich hatte mit der Organisation Exit im Juli 2009 eine Vereinbarung über das Verfahren der Sterbebegleitung abgeschlossen. Geregelt war dort der Ablauf der Suizidhilfe und der Umgang mit dem Sterbemittel Natrium-Pentobarbital. Im Ergebnis erklärte das Bundesgericht die Vereinbarung wegen Verstosses gegen das Straf- und Betäubungsmittelrecht insgesamt für nichtig.

¹⁰ Zur Betroffenheit der persönlichen Freiheit siehe hinten Ziff. IV.3.1.

Die Beschwerdeführer waren – abgesehen von der Vereinigung Katholischer Ärzte der Schweiz (VKAS) und einigen anderen Gesellschaften – überwiegend natürliche Personen. Als Inhaber des Lebensrechts (Art. 10 Abs. 1 BV) machten sie geltend, selbst nicht mehr hinreichend durch den Staat geschützt zu werden, falls die Vereinbarung gelte. Es könne nämlich vorkommen, dass beim Äussern eines allfälligen Sterbewunsches ihre Urteilsfähigkeit trotz eines psychischen Leidens oder einer Demenz vorschnell gutachtlich bejaht würde, was dann nach dem vereinbarten Verfahren zu einer begleiteten Selbsttötung führen könnte. Letztlich wurde hier also von Personen, die an der Vereinbarung selbst nicht beteiligt waren, die virtuelle Betroffenheit mit einem grundrechtlichen Anspruch auf staatlichen Schutz begründet, um zu einer abstrakten Kontrolle der Vereinbarung zu gelangen. Im Ergebnis liess das Bundesgericht diese Verfahrensweise zu. Eine bloss hypothetische Schutzlücke genügt also hier für das Eintreten.

Inhaltlich sah das Gericht zunächst einen Verstoss gegen die abschliessende strafrechtliche Regelung (Art. 115 StGB), weil die Vereinbarung den Strafuntersuchungsbehörden vorschrieb, im Prinzip keine Meldung über den Suizidvorgang zu erstatten, solange die Verfahrensregeln der Vereinbarung eingehalten worden sind. Aus Sicht des Bundesgerichts läuft diese Bestimmung darauf hinaus, einen Rechtfertigungsgrund ausserhalb des Strafgesetzbuches einzuführen.¹¹ Gerade die schwierige Frage, nach welchen allgemeinen Kriterien man die Autonomie des Sterbewunsches beurteilen solle, muss aus Sicht des Gerichts dem Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben. Hinsichtlich des Betäubungsmittelrechts versties die Vereinbarung ausserdem gegen die gesetzlichen Fristen für die Zurverfügungstellung von Natrium-Pentobarbital (Art. 144 Abs. 2 BetmV). Indem die Vereinbarung eine sechsmonatige Frist vorsah, überschritt sie die Monatsfrist der gesetzlichen Regelung erheblich (E. 2.4).

11 BGE 136 II 415 E. 2.3.4 S. 420 – Exit-Vereinbarung = Entscheid IC_438/2009 vom 16. Juni 2010.

3. Persönliche Freiheit

3.1. *Recht auf Risiko und Tod*

Die Durchbrechung des *Hungerstreiks Rappaz* durch Zwangs-ernährung ist vom Gericht richtigerweise als Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) angesehen, aber im Ergebnis gerechtfertigt worden.¹² Weil das Grundrecht auf den eigenen Tod schon früher vom Gericht als besonderer Ausdruck der persönlichen Freiheit anerkannt worden war,¹³ stellte der Schutzbereich kein Problem mehr dar. Im Rahmen der Rechtfertigung rückte das Gericht von früheren Aussagen zur polizeilichen Generalklausel ab, indem es der vielfachen Kritik der Literatur an dem Erfordernis der «atypischen und unvorhersehbaren Situation» Rechnung trug. Neu soll dieses Erfordernis nur noch für die bewusste Nichtregelung durch den Gesetzgeber gelten, also als eine Art Missbrauchsschranke, nicht hingegen für die Fälle, in denen der Gesetzgeber darauf vertraut hat, dass sich das Problem in der Praxis nicht stellen werde (E. 6.3.2).

3.2. *Bewegungsfreiheit*

Um die Bewegungsfreiheit ging es beim *Hooligan-Konkordat* in BGE 137 I 31. Nachdem die BWIS-Vorschriften über präventive Massnahmen gegen Gewalt bei Sportveranstaltungen Ende 2009 ausgelaufen waren, setzten die Kantone den gleichen Massnahmenkatalog in Ausübung ihrer Polizeikompetenz als Konkordat um. Gegen das Zürcher Gesetz über den Beitritt richtete sich die Beschwerde, die im Ergebnis keinen Erfolg hatte. Inhaltlich ging es um drei aufeinander aufbauende Massnahmen, mit denen gewaltgeneigte Sportfans von den Stadien ferngehalten werden sollten: die Verhängung von Rayonverboten, die Anordnung einer Meldepflicht bei Polizeibehörden und – als *ultima ratio* – die Verfügung eines Polizeigewahrsams. Tatbestandlich ausgelöst wird diese Sanktionskette durch den «Nachweis gewalttätigen Verhaltens» (Art. 3 des Konkordats), für den neben Handlungen schweizerischer Behörden (Gerichtsurteile, Polizeiermitt-

12 BGE 136 IV 97 E. 6.3 S. 113 ff. – Zwangs-ernährung Rappaz = Pra 100 (2011) Nr. 33 S. 217–235 (231 ff.).

13 BGE 133 I 58 E. 6.2.1 S. 67 – Rezeptfreies Natrium-Pentobarbital.

lungen) auch schon «glaubwürdige Aussagen [...] der Sportverbände und -vereine» sowie «Stadionverbote der Sportverbände und -vereine» oder «Meldungen einer zuständigen ausländischen Behörde» genügen. Als gewalttätiges Verhalten gilt bereits das «Mitführen [...] von pyrotechnischen Gegenständen an Sportstätten, in deren Umgebung sowie auf dem An- und Rückreiseweg» (Art. 2 Abs. 2). Die Reichweite dieser Massnahmen wird deutlich, wenn man sich die denkbaren Extremfälle vor Augen führt. Wer von einem privaten Sportverein mit Stadionverbot belegt wurde, sogar als Minderjähriger ab 12 Jahren (Art. 11), kann von den Polizeibehörden für ein Jahr (Art. 4 Abs. 3) vom Aufenthalt rund um Sportstätten ausgeschlossen werden – und zwar sowohl in seinem Wohnsitzkanton als auch in dem Kanton, in dem die Gewalttätigkeit «nachgewiesen» worden ist. Zur grösseren Wirksamkeit des Konkordats kann zudem die Schweizerische Zentralstelle für Hooliganismus den Erlass von Rayonverboten beantragen. Im praktischen Ergebnis wird es möglich, private Sanktionen von Vereinen, gegen die kein wirksamer Rechtsschutz gegeben ist, ohne weiteren Filter in staatliche Sanktionen umzuwandeln. Einer Beschwerde dagegen kommt nur noch ausnahmsweise aufschiebende Wirkung zu (Art. 12).

Das Bundesgericht rettet die Regelung, wie so oft, mit dem Hinweis, dass eine verfassungskonforme Interpretation möglich sei.¹⁴ Der Grundrechtsschutz wird dabei unspezifisch für alle Massnahmen auf die Bewegungs- und Versammlungsfreiheit gestützt (E. 6.1 und 6.2) und dann einer allgemeinen Prüfung unterworfen (Art. 36 BV). Richtigerweise wäre hier zu unterscheiden gewesen: Der Polizeigewahrsam greift in die Bewegungsfreiheit ein, weil er den Betroffenen am Fortbewegen hindert. Die Versammlungsfreiheit ist insofern subsidiär, weil sie nur eine von vielen Freiheiten ist, die durch den Gewahrsam mitbeeinträchtigt sind. Diese primäre Betroffenheit der Bewegungsfreiheit gilt, wie das Bundesgericht in einem Parallelentscheid richtig feststellt,¹⁵ auch für die Meldepflichten, weil sich derjenige, der zu einer bestimmten Zeit bei einer Polizeistelle vorsprechen muss, nicht

14 BGE 137 I 31 E. 2 S. 39 f. – Hooligan-Konkordat = Entscheid 1C_428/2009 vom 13. Oktober 2010.

15 BGer 1C_16/2010, 1C_18/2010 vom 16. November 2010 gegen den Beitritt des Kantons Basel-Landschaft, dort E. 6.2.

gleichzeitig an anderen Orten aufhalten kann. Um die Bewegungsfreiheit geht es hingegen nicht bei Rayonverboten, denn diese hindern nicht die Bewegung insgesamt (Wegbewegen), sondern nur die Bewegung zu bestimmten Orten (Hinbewegen) und sind darum spezifisch anhand derjenigen Freiheitsrechte zu prüfen, die mit der Bewegung verwirklicht werden – bei Stadionverboten also am Massstab der Versammlungsfreiheit. Das Gericht anerkennt zudem, dass ein weit gezogener Rayon noch weitere grundrechtlich geschützte Interessen berühren kann, etwa wenn der Zugang zu einer Fachhochschule oder zum Bahnhof verwehrt wird (E. 6.6).

Die verfassungskonforme Auslegung betrifft vor allem Konstellationen, bei denen die Verhältnismässigkeit der Massnahme in Frage steht. Das Bundesgericht will dies allein der Prüfung im Einzelfall überlassen (E. 6.5). Einem räumlich zu weit gezogenen Rayon, bei dem es an der Erforderlichkeit fehlt, könne beispielsweise durch präzise umschriebene Ausnahmen begegnet werden (E. 6.6). Nicht überzeugend ist die Einordnung der privatrechtlichen Sanktionen (E. 6.7). Hier wird nur erörtert, dass Sportvereine ein Stadionverbot als *Folge* des staatlich verfügten Rayonverbots anordnen. Eigentlich problematisch ist aber der umgekehrte Fall, wenn Polizeibehörden zum Nachweis der Gefährlichkeit ein privates Stadionverbot genügen lassen und dies so zur *Entscheidungsgrundlage* für ein Rayonverbot machen. Der Beschwerdeführer sah insoweit die Unschuldsvermutung berührt (Art. 32 Abs. 1 BV), die aber nur für Strafverfahren gilt, während es sich hier um Polizeimassnahmen handelt (E. 5.2). Die Rüge wäre aber auch als Einwand der Unverhältnismässigkeit zu würdigen gewesen, weil es nicht zumutbar ist, allein auf der Grundlage einer privaten Missbilligung ein staatliches Rayonverbot zu verhängen. Im unpublizierten Parallelentscheid betont das Gericht, dass private Sanktionen nur «als Hinweise» dienen könnten und durch die Behörden «im Hinblick auf konkret zu treffende Massnahmen im Einzelfall zu prüfen» seien.¹⁶

¹⁶ BGer IC_16/2010, IC_18/2010 vom 16. November 2010, dort E. 7.2 unter Berufung auf CHRISTOPH JENNI, Beweisrechtliche Anforderungen an Fernhalteverfügungen, in: *Sicherheit&Recht* 2010, S. 47–50 (47), bei dem es allerdings um einen polizeilichen Gewaltverdacht ging, der wegen seiner Anknüpfung an eine blosse Gruppenzugehörigkeit problematisch war, nicht wegen des privatrechtlichen Ursprungs, und der sich zudem auf das Bernische Polizeigesetz stützte, nicht auf das Konkordat.

Das ist im Ergebnis richtig, hätte aber dazu führen müssen, den «Nachweis gewalttätigen Verhaltens» durch «Sportverbände und -vereine» (Art. 3 Abs. 1 Bst. c sowie Bst. b a. E.) insgesamt für verfassungswidrig zu erklären.

4. Privatsphäre

4.1. *Recht auf Geschlechtsumwandlung*

Im Revisionsentscheid BGE 137 I 86 hatte das Bundesgericht das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte umzusetzen, mit dem Kostenerstattung für eine medizinisch gerechtfertigte Geschlechtsumwandlung zugesprochen worden war. Die Situation war insofern aussergewöhnlich, als der 67-jährige Mann jahrzehntelang mit Rücksicht auf seine Familie auf die Umwandlung verzichtet hatte, danach aber nicht länger warten wollte. Unter diesen besonderen Umständen hielt der Europäische Gerichtshof das strikte Festhalten der nationalen Gerichte an der Wartefrist («Zweijahres-Regel») für konventionswidrig. Das Bundesgericht übt an dieser Entscheidung harsche Kritik, ohne im Ergebnis etwas zu ändern. Der Europäische Gerichtshof, so wird gerügt, habe «*materiellrechtlich* Einfluss genommen auf die landesrechtliche Ausgestaltung einer obligatorischen Sozialversicherungsleistung, auf welche die EMRK selbst *keinen* Anspruch gibt.»¹⁷ Zu Recht ist dem entgegengehalten worden, dass sich ein so aussergewöhnlicher Fall wenig eigne, dem Gerichtshof eine Kompetenzüberschreitung vorzuwerfen.¹⁸ Es ging hier um das Mass der in Sonderfällen grundrechtlich gebotenen Flexibilität, nicht um die Gestaltung nationaler Sozialversicherungssysteme.

17 BGE 137 I 86 E. 7.3.3.3 S. 100 – Kosten der Geschlechtsumwandlung = Entscheidung 9F_9/2009 vom 15. September 2010; Hervorhebungen im Original.

18 JÖRG PAUL MÜLLER, Übertriebene und ungerechtfertigte Kritik des Bundesgerichts am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Zum Urteil des Bundesgerichts 9F_9/2009 vom 15. September 2010, in: jusletter vom 21. Februar 2011, Rz. 8.

4.2. Echtzeit-Videoüberwachung

Den *Grundrechtsschutz gegen Videoüberwachung* betraf der Bundesgerichtsentscheid zur Regelung der polizeilichen Echtzeitüberwachung durch Regierungsverordnung im Kanton Bern.¹⁹ Die Verordnung sieht vor, dass dabei grundsätzlich anonymisierte Bilder angezeigt werden, die Gesichter aber kenntlich gemacht werden, sobald «eine kritische Situation erkennbar» ist. Bisher war offen, ob eine Echtzeitüberwachung, anders als die aufzeichnende Überwachung (Art. 13 Abs. 2 BV), überhaupt einer gesonderten gesetzlichen Grundlage bedürfe. Immerhin unterscheidet sich die Situation im Ausgangspunkt nicht von einem Polizisten, der ohne Kamera vor Ort die Passanten beobachtet. Das Gericht stellte nunmehr fest, dass die Echtzeitüberwachung eine besondere Form des Eingriffs in das Recht auf Privatleben sei (Art. 13 Abs. 1 BV) und darum einer gesetzlichen Grundlage bedürfe.²⁰ Das ist richtig, denn der Privatsphärenschutz erfasst über den privaten Raum hinaus auch private Aktivitäten im öffentlichen Raum. Das Gericht weist zu Recht darauf hin, dass schon das blosse Vorhandensein von Videokameras im öffentlichen Raum von Menschen als Beeinträchtigung angesehen wird, denn sie können nicht wissen, ob und wie solche Geräte aktiv genutzt werden. So gesehen bewirkt die Echtzeitüberwachung sogar eine neue Eingriffsintensität, denn zukünftig muss man in Bern gewärtig sein, durch jede Kamera möglicherweise aktiv beobachtet statt nur (für seltene Auswertung) aufgezeichnet zu werden (Big-Brother-Effekt). Dieses Problem wird vom Gericht am Rande erwähnt, ohne aber in eine detaillierte Verhältnismässigkeitsprüfung zu münden. Stattdessen konzentriert sich der Entscheid auf die Feststellung, dass die weite Formulierung des Polizeigesetzes (Art. 51a: «Bildübermittlungs- und Bildaufzeichnungsgeräte für die Videoüberwachung») die neue Auswertungsform mit umfasse.

¹⁹ Entscheid IC_315/2009 vom 13. Oktober 2010 – Echtzeit-Videoüberwachung, betreffend die Absätze 2 und 3 von Artikel 13 der Verordnung über den Einsatz von Videoüberwachungsgeräten bei Massenveranstaltungen und an öffentlichen Orten (Videoverordnung, VidV) vom 29. April 2009.

²⁰ E. 2.2: «En définitive, comme les autres types de vidéosurveillance, la surveillance en temps réel cause une atteinte au respect de la vie privée, de sorte qu'elle doit reposer sur une base légale.»

5. Informationelle Selbstbestimmung

Den grundrechtlichen Schutz gegen *private Internetüberwachung* hatte das Bundesgericht im Logistep-Entscheid zu beurteilen.²¹ Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) hatte gegen die Firma geklagt, weil sie die Aktivität in Datenausschneuzen (P2P-Netze) mitprotokolliert und diese Daten dann verkauft hatte. Der EDÖB hatte geltend gemacht, dass es sich um eine generelle Überwachung der P2P-Netze handle, für die bisher keine ausreichende gesetzliche Grundlage bestehe. Vor dem Bundesverwaltungsgericht war er mit seinem Begehren auf Einstellung dieser Überwachung gescheitert. Das Bundesgericht gab ihm hingegen Recht und verfügte die Einstellung der Überwachung.

Die im Internet bei allen Kommunikationen verwendeten Nummerncodes der beteiligten Anschlüsse (IP-Adressen) werden vom Bundesgericht – gleich wie im Europarecht (E. 3.6) – im Ergebnis als personenbezogene Daten qualifiziert (E. 3.8). Wer im Internet aktiv ist, bekommt zwar meist wechselnde Nummern zugewiesen, aber den Internet Providern ist bekannt, wer wann welche Nummer nutzt. Es handelt sich dadurch um bestimmbare Personen, und diese Bestimmbarkeit wird in der Strafverfolgung inzwischen auch routiniert genutzt. Die Klarstellung des Gerichts hat eine weitreichende Konsequenz: Jede Aufzeichnung von Internetaktivitäten berührt grundrechtlich betrachtet den Schutzbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts (Art. 13 Abs. 2 BV) und führt zur Anwendung des Datenschutzgesetzes (Art. 3 Bst. a DSG).

Inhaltlich stellte das Gericht fest, dass die generelle Überwachung, die geheim und ohne feste Zweckbindung erfolgt war, das Persönlichkeitsrecht einer Vielzahl von Internetnutzern verletze (E. 6.3). Das private Interesse an einer wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverstössen vermöge diese Beeinträchtigung nicht zu rechtfertigen, solange für die Betroffenen mangels gesetzlicher Regelung nicht klar sei, ob und wie die Daten auch ausserhalb ordentlicher Gerichtsverfahren verwendet würden. Weil durch diese Abwägung im

21 Entscheid IC_285/2009 vom 8. September 2010 – Logistep-IP-Fishing.

Ergebnis auch «Internetpiraten» geschützt werden, kam der Gerichtsentscheid nur mit knapper Mehrheit zustande.²²

Das Urteil über einen *Freispruch trotz Raserfahrt* bietet ein weiteres Beispiel für den Konflikt zwischen Datenschutz und Strafverfolgung.²³ Die Polizeibehörden im Aargau hatten die Inhalte der bei einem Volksfest verlorenen Kamera gesichtet. Weil das ausserhalb jedes Ermittlungsverfahrens stattfand, bestand dafür keine gesetzliche Grundlage; es handelte sich demgemäss um unrechtmässig erlangte Informationen (E. 2.3.5.1). Mit einem Videofilm auf der Kamera hatte der Besitzer als Beifahrer eine Raserfahrt dokumentiert, für die nunmehr der Fahrer von der Aargauer Justiz wegen mehrfacher grober Verletzung von Verkehrsregeln zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von anderthalb Jahren und einer Busse von 2500 Franken verurteilt worden war. Rechtlich qualifizierte das Gericht diese Konstellation nicht als Zufallsfund aus einer laufenden Ermittlung, sondern stellte sie einer gänzlich unzulässigen Beweisausforschung gleich (fishing expedition) und hob das Strafurteil auf.

6. Familienleben

Das *Adoptionsverbot für gleichgeschlechtliche Paare*, das ausser Diskriminierungs- und Kinderrechtsfragen auch das Grundrecht auf Familienleben betrifft, hat das Bundesgericht in einem knapp begründeten Entscheid bestätigt.²⁴ Innerhalb der eingetragenen Partnerschaft zweier Frauen war die Beschwerdeführerin mit ihrem Begehren gescheitert, ihr «Stiefkind» zu adoptieren und so ein gemeinsames Sorgerecht innerhalb der Familie herzustellen. Nachdem inzwischen zahlreiche Staaten in Europa die Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare erlauben und dadurch der wachsenden Überzeugung Ausdruck geben, dass sich familiäre Geborgenheit unabhän-

22 Vgl. MARKUS FELBER, Datenschutz für Internet-Piraten. Gesetzgeber soll Schutz für Urheberrechte verbessern, in: NZZ Nr. 209 vom 9. September 2010, S. 12, erwähnt, dass zwei der fünf Richter die Überwachung für gerechtfertigt hielten.

23 Entscheid 6B_849/2010 vom 14. April 2011 – Dokumentierte Raserfahrt, zur Publikation vorgesehen.

24 Entscheid 5A_774/2010 vom 5. Mai 2011 – Stiefkinderadoption durch Lebenspartnerin, zur Publikation vorgesehen.

gig vom Geschlecht der Partner entwickelt, wäre es durchaus möglich gewesen, die einschlägigen Gesetzesbeschränkungen (Art. 28 PartG, Art. 264a Abs. 3 ZGB) grundrechtlich zu hinterfragen. Statt dessen entscheidet das Gericht mit zwei formalen Einwänden: Erstens dürfe es aus der Verfassungswidrigkeit keine unmittelbare Konsequenz ziehen (Art. 190 BV), und zweitens sei die fünfjährige Wartezeit für Stiefkindadoptionen (Art. 264a Abs. 3 ZGB) noch nicht abgelaufen.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)

In BGE 136 III 474 stellte das Bundesgericht fest, dass jedenfalls in der Schweiz *keine* «*Marke Madonna*» eingetragen werden könne. Gestützt auf eine deutsche Basiseintragung hatte das europaweit tätige Modelabel «*Madonna*» die Wort- und Bildmarke auch für die Schweiz begehrt. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) hatte nach einem Refus provisoire total die Ablehnung verfügt und dem WIPO die Schutzverweigerung mitgeteilt. Das Bundesgericht stützte diese Ablehnung. Es stufte den Markenantrag unter Berücksichtigung der religiösen Gefühle insbesondere im katholisch geprägten Kanton Tessin als sittenwidrig ein (E. 2 ff.).²⁵ Damit geht der Schutz religiöser Gefühle in der Schweiz über denjenigen anderer katholisch geprägter Länder hinaus, in denen die Marke anerkannt wurde (Italien, Spanien, Portugal).

Eine Änderung seiner Rechtsprechung zur *Kirchensteuerpflicht juristischer Personen* lehnte das Bundesgericht anlässlich der Beschwerde einer Softwarefirma mit Sitz in Schwyz erneut ab.²⁶ Das Gericht hielt diese Steuerform nach wie vor für vereinbar mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit, obgleich der Anteil der Bevölkerung, der einer Landeskirche angehört, seit dem letzten Entscheid zu dieser Frage weiter abgenommen hat (E. 5). Schwer nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang das Argument, eine Praxisänderung

²⁵ BGE 136 III 474 E. 2 ff. S. 477 ff. – Marke Madonna = Entscheid 4A_302/2010 vom 22. September 2010.

²⁶ Entscheid 2C_71/2010 vom 22. September 2010 – Kirchensteuer Softwarefirma Schwyz.

sei um so zögerlicher vorzunehmen, je weiter die Rechtsprechung in die Vergangenheit reiche (E. 6). Damit wird ein pauschaler Traditionsvorbehalt geltend gemacht, der sich rationaler Begründung entzieht und für die Kirchensteuerfrage eine Umkehrlast von 130 Jahren bedeutet.

VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Meinungsfreiheit

Im Entscheid über die *Alhambra-Vermietung in Genf* hatte das Bundesgericht eine inhaltsbezogene Vermietungsverweigerung der Stadt zu beurteilen.²⁷ Der Mietantrag für das Alhambra-Theater war vom Produzenten des Künstlers Dieudonné gestellt worden, um dort dessen Schauspiel «Sandrine» aufzuführen. Die Ablehnung durch die Stadt erfolgte ohne ausdrückliche Begründung, aber ersichtlich vor dem Hintergrund, dass Dieudonné in den vergangenen Jahren mehrfach wegen antisemitischer Äusserungen gerichtlich verurteilt worden war. Das Bundesgericht liess, wie schon das kantonale Verwaltungsgericht, die Ablehnung des Mietbegehrens nicht gelten.

Das Gericht musste sich zunächst mit dem Einwand auseinandersetzen, die Stadt könne die Vermietung frei von grundrechtlicher Bindung verweigern, weil das Theater zum Finanzvermögen gehöre und wie andere Veranstaltungslokale privatrechtlich vermietet werde (E. 3). Dieses Argument zielt erkennbar auf den Entscheid des Bundesgerichts in BGE 129 III 35 (VgT-Nachrichten), der allerdings Ausnahmecharakter in der Rechtsprechung hat und Kritik verdient.²⁸ Das dem Staat zurechenbare Handeln kann nicht dadurch grundrechtsfrei gestellt werden, dass man es dem Wettbewerb aussetzt. Das Bundesgericht gelangt richtigerweise auch zu diesem Ergebnis. Allerdings stützte es sich dabei auf die Sonderheit, dass die Theaternutzung in

27 Entscheid IC_312/2010 vom 8. Dezember 2010 – Alhambra-Vermietung Genf, mit Anmerkungen von MICHEL HOTTÉLIER, in: AJP 2011, 698–704, und YVO HANGARTNER, in: AJP 2011, 705–710.

28 Zur Kritik an diesem «grundrechtlichen Irrläufer der I. Zivilabteilung» siehe YVO HANGARTNER, Entscheidbesprechung, in: AJP 2011, 705–710 (706), mit weiteren Literaturnachweisen.

einem städtischen Reglement geregelt war und das Theater darum zum Verwaltungsvermögen gehöre (E. 3.3). Darauf kommt es grundrechtsdogmatisch indes nicht an. Sogar eine Beteiligung des Staates an einer privaten Aktiengesellschaft mit wirtschaftlicher Betätigung führt zur Grundrechtsbindung, sobald das Gemeinwesen entscheidend Einfluss nehmen kann.²⁹ Durch die Verfassungsregeln zur Grundrechtsverwirklichung (Art. 35 BV) wird der Anwendungsbereich der Grundrechte erweitert, nicht verringert. Wenn das Alhambra-Theater ohne reglementarische Begleitung durch eine private Aktiengesellschaft der Stadt Genf vermietet worden wäre, hätte das Gericht darum nicht anders entscheiden dürfen.

In der Prüfung der Meinungsfreiheit birgt die Entscheidung wenig Überraschendes. Für die von der Stadt geltend gemachte Befürchtung öffentlicher Ausschreitungen sah das Gericht keine Anhaltspunkte (E. 5.2). Abgesehen von solchen Extremfällen ist eine vorgängige Inhaltsbeschränkung regelmässig unzulässig – selbst wenn sie nicht systematisch erfolgt und darum entgegen den Andeutungen des Gerichts (E. 5.1) keine Zensur im Sinne des absoluten Verfassungsverbots darstellt (Art. 17 Abs. 2 BV). Sogar subversive und schockierende Äusserungen rechtfertigen nach Überzeugung des Bundesgerichts kein präventives Verbot (E. 4.2). Dem ist zuzustimmen. Wer wie Dieudonné wiederholt antisemitische Äusserungen von sich gibt, muss mit Sanktionen rechnen, die im Wiederholungsfalle auch immer intensiver ausfallen werden, aber eine präventive Maulkorbverfügung rechtfertigt das nicht. Das gilt erst recht bei künstlerischen Meinungsäusserungen.³⁰

Über die *Sanktionierung eines Dozenten* für seine Meinungsäusserung hatte das Bundesgericht in BGE 136 I 332 zu befinden. Ein langjähriger Mitarbeiter der Zürcher Hochschule für Künste hatte an einer Sitzung des Zürcher Kantonsrats ein Flugblatt gegen das dort behandelte Hochschulprojekt «Toni-Areal» verteilt, woraufhin ihm ein Teil seiner Hochschulaufgaben entzogen worden war. Die Vorinstanz hatte die personalrechtliche Treuepflicht für verletzt erklärt und die Sanktion gestützt. Demgegenüber betonte das Bundesgericht,

29 Vgl. dazu TOBIAS JAAG, Der Staat als Aktionär, in: FS Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, 379–399 (387 f.).

30 Näher dazu YVO HANGARTNER, Entscheidbesprechung, in: AJP 2011, 705–710 (710) mit weiteren Literaturnachweisen.

die Treuepflicht solle nur die Funktionsfähigkeit der Verwaltung sichern und bestehe nur zwischen dem Staatsangestellten und dem Gemeinwesen, nicht zwischen Untergebenen und Vorgesetzten.³¹ Sie müsse, wie jede Einschränkung der Meinungsfreiheit, restriktiv verstanden werden (E. 3.2.2). Wer zur politischen Diskussion einen Beitrag leistet, der im hochschulinternen Entscheidungsprozess nicht eingebracht werden konnte, der verletzt nach Auffassung des Gerichts die Treuepflicht nicht.

2. Informationsfreiheit

In BGE 137 I 16 hatte das Bundesgericht über den Pressezugang zu Akten des Strafverfahrens gegen den ehemaligen Chef der Armee *Roland Nef* zu entscheiden. Auf Antrag *Nefs* hatte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich die Herausgabe der Einstellungsverfügung untersagt. Das Bundesgericht bestätigte demgegenüber, dass die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 BV) in Verbindung mit den Vorschriften über die Gerichtsöffentlichkeit (Art. 16 Abs. 3 i. V. m. Art. 30 Abs. 3 BV) die Akteneinsicht schützt. Dieser grundrechtliche Anspruch müsse sich auch auf Einstellungsverfügungen erstrecken, weil auch insoweit ein legitimes Informationsinteresse der Öffentlichkeit bestehe.³²

3. Medienfreiheit

Bei BGE 137 I 8 ging es erneut um ein *Haftinterview*. Während das Schweizer Fernsehen im Jahr 2006 im Fall *Damaris Keller* noch gescheitert war,³³ vermochte es diesmal, mit seinem Begehren beim

31 BGE 136 I 332 E. 3.2.1 S. 335 – Flugblatt Toni-Areal = Entscheid 8C_1065/2009 vom 31. August 2010.

32 BGE 137 I 16 E. 2.3 19 f. – Akteneinsicht Nef = Entscheid IC_322/2010 vom 6. Oktober 2010.

33 Entscheid 1P.772/2005 vom 6. Februar 2006 – Damaris Keller, mit Anmerkungen von PETER STUDER, in: *medialex* 2006, S. 107; YVO HANGARTNER, in: *AJP* 2006, 742–745; AXEL TSCHENTSCHER, in: *ZBJV* 142 (2006), 770 f. Wegen jenes Verfahrens ist eine Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hängig; siehe PETER STUDER, *Entscheidbesprechung*, in: *medialex* 2011, 93–96 (95).

Bundesgericht grundsätzlich gehört zu werden. Im Urteil *Keller* hatte das Gericht den Interviewwunsch nur an der Informationsfreiheit gemessen und im Ergebnis abgelehnt, weil sich eine Strafanstalt schon wegen der beabsichtigten Unzugänglichkeit nicht als allgemein zugängliche Quelle im Sinne des Grundrechts darstelle (Art. 16 Abs. 3 BV). Dabei war übersehen worden, dass die konsensuelle Durchführung von Interviews seitens der Journalisten unter dem Schutz der Medienfreiheit und seitens der Inhaftierten unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit steht, weshalb jede staatliche Beschränkung der konsensuellen medialen Aufzeichnung rechtfertigungsbedürftig ist. Im neuen Entscheid stellte das Bundesgericht richtigerweise die Medienfreiheit in den Vordergrund.³⁴ Es hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Sache zur Beurteilung der Einschränkungsvoraussetzungen (Art. 36 BV) an die Vorinstanz zurück (Art. 107 Abs. 2 BGG). Als leitende Erwägungen gab das Bundesgericht dabei bereits eine ganze Reihe von Kriterien für die Interessenabwägung vor (E. 2.6): das Interesse am geordneten Strafvollzug, an der Gewährleistung des Haftzwecks, an der Wahrung der Rechte Dritter (Anstaltsinsassen, Personal, Opfer, Angehörige), aber auch das Interesse der Medienschaffenden (Porträtierung, Filmprojekt). Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung sei insbesondere zu klären, ob allfälligen Bedenken durch eine Beaufsichtigung während des Interviews und durch eine Visionierung der Aufnahmen begegnet werden könne. Stellt man die besondere Bedeutung der medialen Meinungsvermittlung und die technische Einfachheit der Aufnahmeprozesse in Rechnung, so dürfte mit diesen Erwägungen des Gerichts eine Rechtsprechungsänderung vorgespurt sein, die auf einen grundrechtlichen Interviewanspruch der Medien hinausläuft.

Im Entscheid über den *Ausschluss eines akkreditierten Gerichtsberichterstatters* vom nicht öffentlichen Strafverfahren ging es um die grundsätzliche Frage, welche Anforderungen an die Vertraulichkeit der Medienschaffenden gestellt werden dürfen.³⁵ Das damals den Eingriff regelnde kantonale Gesetz sah vor, dass Gerichtsbericht-

34 BGE 137 I 8 E. 2.4 S. 12 sowie E. 2.7 S. 15 – Fernsehinterview Pöschwies = Entscheid 1B_292/2010 vom 23. Dezember 2010, mit Anmerkung von PETER STUDER, in: *medialex* 2011, 93–96.

35 Entscheid 1B_134/2011 vom 14. Juli 2011 – Blick-Reporter.

erstatte ausnahmsweise zur nicht öffentlichen Verhandlung zugelassen werden können (Medienöffentlichkeit), wenn sie die Identität des Opfers nicht veröffentlichen (§ 135 Abs. 4 Satz 2 GVG-ZH). Solche Auflagen werden auch nach jetzt geltendem Bundesrecht möglich bleiben (Art. 70 Abs. 3 StPO). Das Bundesgericht erkannte den Persönlichkeitsschutz des Opfers als öffentliches Interesse von hinreichendem Gewicht an, um den Eingriff in die Medienfreiheit zu rechtfertigen, falls ein Medienschaffender keine hinreichende Gewähr für die Befolgung der Anonymitätsauflage bietet (E. 4.9 und 4.10). Im vorliegenden Fall gab es sowohl aufgrund vorausgehender Berichterstattung (E. 4.8) als auch durch die Äusserung des Gerichtsberichterstatters zu Beginn der Hauptverhandlung Indizien, dass die Anonymität nicht mit hinreichender Sicherheit gewahrt werden würde.

4. Versammlungsfreiheit

Um die Versammlungsfreiheit ging es beim *Hooligan-Konkordat* in BGE 137 I 31 insoweit, als die Massnahme des Rayonverbots geprüft werden musste (vgl. vorne Bewegungsfreiheit, Ziff. IV. 3.2). Eigentlich hätte das Gericht Sportveranstaltungen direkt unter einen weiten Versammlungsbegriff subsumieren können, weil die Teilnehmenden sich, anders als bei der zufälligen Ansammlung, mit dem gemeinsamen Zweck der Unterhaltung zielgerichtet zusammenfinden. Stattdessen wurde, wenig überzeugend, betont: «Im Vordergrund stehen in einem weiten Sinne kommunikative Zwecke von Gruppen».³⁶ Eigentlich dürften Sportveranstaltungen nach diesem kommunikationszentrierten Versammlungsverständnis gar nicht geschützt sein. Bei der weiteren Subsumtion war dem Gericht diese Konsequenz offenbar unheimlich. Mit Blick auf die gemeinsame Hin- und Rückreise von Sportfans zweifelt das Gericht, ob nicht doch eine Versammlung vorliege, und liess das Ergebnis offen. Der Zweifel besteht zu Recht, denn das Kriterium der gemeinsamen Kommunikation, besonders der ideellen Kommunikation bei Demonstrationen, darf zwar als Verstärkung der Versammlungsfreiheit dienen, aber nicht als Ausschlusskriterium. Heute ist die öffentliche Versammlung mehr als

³⁶ BGE 137 I 31 E. 6.1 S. 44 – Hooligan-Konkordat = Entscheid IC_428/2009 vom 13. Oktober 2010.

in den 68er-Jahren ein Mittel der gemeinsamen Vergnügung, nicht der Kommunikation. Die Verfassungsinterpretation muss dem Rechnung tragen, sonst erstarrt sie in den überkommenen Vorstellungen vergangener Studentengenerationen.

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit

(ANDREAS LIENHARD)

1. Eigentumsgarantie

1.1. Flughafen Zürich/Entschädigungsansprüche wegen Enteignung aufgrund von Lärm

Das Bundesgericht befasst sich in zwei neuen Entscheiden wiederum³⁷ mit den Entschädigungsansprüchen wegen übermässiger Lärmbelastung sowie weiteren sich in diesem Umfeld stellenden Rechtsfragen. So setzt es in BGE 136 II 263 entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts als Vorinstanz fest, dass als Stichtag für die (Un-)Vorhersehbarkeit der Lärmimmissionen auch im Raum Zürich – wie bereits bisher für das gesamte Einzugsgebiet der schweizerischen Landesflughäfen entschieden – der 1. Januar 1961 und nicht der 23. Mai 2000 gelte. Die starke Zunahme der Ostanflüge seit 2001 führe nicht zu einer Neufestsetzung dieses Stichtatums. Zwar seien die *konkreten Gründe*, die zur Einführung der Ostanflüge im Herbst 2001 führten, für die Betroffenen unvorhersehbar gewesen. Die *Auswirkungen* jedoch hielten sich im Rahmen dessen, was schon 1961 vorhersehbar war.

Zudem sieht sich das Bundesgericht veranlasst, weitere Bemerkungen zum Verursacher³⁸ und zum Nachhaltigkeitsprinzip³⁹ anzustellen: So führt es aus, dass die Ausrichtung von Entschädigungen an einzelne Grundeigentümer an sich nicht das adäquate Mittel zur Lärmbekämpfung sei. Die beschränkten finanziellen Ressourcen des Gemeinwesens sollten vielmehr zur Lärmbegrenzung an der Quelle

37 Vgl. dazu bereits KÄLIN/KIENER/LIENHARD/TSCHANNEN/TSCHECHTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2007 und 2008, in: ZBJV 144 (2008) 733–813, 764 ff.

38 Art. 74 Abs. 2 BV.

39 Art. 73 BV.