

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

148. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Oktober
2012

10 2012
www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Heinz Hausheer
Prof. Dr. Jörg Schmid

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011 und 2012

Von Proff. WALTER KÄLIN, JÖRG KÜNZLI, ANDREAS LIENHARD, PIERRE TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER, JUDITH WYTTENBACH, Bern

Die Autoren und die Autorin sind Mitglieder des Departements für öffentliches Recht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Sie haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile aus den Jahren 2011 und 2012 untereinander aufgeteilt; angestrebt wird eine Konzentration auf die wichtigsten Entscheide, insbesondere zu Grundsatzfragen.

Die Beiträge sind mit den Namen des jeweiligen Autors bzw. der Autorin gekennzeichnet.*

Inhaltsübersicht

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Legalitätsprinzip
2. Verhältnismässigkeitsprinzip
3. Subsidiaritätsprinzip
4. Vertrauensschutzprinzip

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. Persönliche Freiheit
 - 1.1 Verbot des Nacktwanderns (öffentliche Sittlichkeit)
 - 1.2 Bewegungsfreiheit – Privates Festhalterecht

* Für ihre Mitarbeit danken wir IRENE GROHSMANN, ANDREAS KIND, ANDREAS MÜLLER, STEFAN SCHLEGEL, JOHANNES SOKOLL, MATTHIAS UFFER.

2. Privatsphäre – Observation auf dem Balkon
3. Informationelle Selbstbestimmung
 - 3.1 Google Street View
 - 3.2 Bankauskünfte
4. Recht auf Ehe – Lex Brunner
5. Familienleben
 - 5.1 Invaliditätsberechnung
 - 5.2 Wegweisung von Elternteilen nach Scheidung
6. Grundschulunterricht
 - 6.1 Integrierte Sonderschulung
 - 6.2 Heimschulung
 - 6.3 Schultransport und Mittagstisch

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Schwimmunterricht
2. Besoldung von Pfarrern
3. Partieller Kirchenaustritt

VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Meinungsfreiheit
 - 1.1 Nazi-Beschimpfungen
 - 1.2 SBB-Plakatverbot
2. Medienfreiheit – Sachgerechtigkeitsgebot
3. Demonstrationsfreiheit – Kundgebung am Ostersonntag
4. Sprachenfreiheit – Italienisches Schulobligatorium

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (ANDREAS LIENHARD)

1. Eigentumsgarantie
 - 1.1 Flughafen Zürich/Bewertungsmodell zur Quantifizierung fluglärmbedingter Minderwerte bei Ertragsliegenschaften
 - 1.2 Hochwasserschutzmassnahme/Berechnung des Bundesbeitrages
2. Wirtschaftsfreiheit
 - 2.1 Zulässigkeit eines «Assessments»/Normdichte für Grundrechtseingriff
 - 2.2 Praxisänderung zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit nach KVG
 - 2.3 Zugangs- und Aufschaltverpflichtung nach Art. 60 RTVG
 - 2.4 Strafrechtliche Einziehung von Prostituiertenlohn
 - 2.5 Heilmittelabgabe durch Ärzte im Kanton Zürich
 - 2.6 Entzug der Unterrichtsberechtigung rechtmässig
 - 2.7 Verwendung von Pfand- und Mehrweggeschirr
 - 2.8 Standortplanung Mobilfunkantennen
 - 2.9 Binnenmarktrecht

VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (PIERRE TSCHANNEN)

1. Politische Rechte
 - 1.1 Verfahren
 - 1.2 Verhältniswahlen
 - 1.3 Gültigkeit von Volksinitiativen
 - 1.4 Einheit der Materie
 - 1.5 Private Einflussnahme
 - 1.6 Behördliche Einflussnahme
 - 1.7 Nachzählung
2. Vorrang des Bundesrechts
3. Gemeindeautonomie
4. Gewaltenteilung

IX. Staatsverträge und Konkordate (JÖRG KÜNZLI)**X. Verfahrensgarantien (JUDITH WYTTENBACH)**

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 Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung
4. Garantien beim Freiheitsentzug

**I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns
(AXEL TSCHENTSCHER)****1. Legalitätsprinzip**

Im *UBS-FINMA-Entscheid* (BGE 137 II 431) hatte das Bundesgericht Gelegenheit, sich ausführlich zum Legalitätsprinzip und seinen Relativierungen zu äussern. Die FINMA hatte in zwei Fällen Bankkundendaten der UBS an die US-amerikanische Justizbehörde ausgeliefert. Sie war dabei einer Aufforderung des Bundesrats gefolgt, ohne dass eine passende gesetzliche Ermächtigung ersichtlich gewesen wäre. Die Brisanz des Falles wird daran ersichtlich, dass sich die Geschäftsprüfungskommissionen von National- und Ständerat mit der

Angelegenheit befasst haben.¹ In der Literatur wird in dem Kontext bereits nach dem «Ende des Rechts» gefragt.²

Das Bundesgericht misst die Weitergabe der Bankkundendaten durch die Finanzaufsicht unmittelbar am Amtsgeheimnis, das mittelbar auch das Bankkundengeheimnis erfasst (E. 2.2). Die betroffenen Kunden haben in den USA mit Nachsteuer- und Strafverfahren zu rechnen. Das im Legalitätsprinzip enthaltene *Bestimmtheits- und Vorhersehbarkeitsgebot* erlaubt es nach Überzeugung des Gerichts nicht, die aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die zum Einschreiten gegen die Bank ermächtigen (Art. 25 und 26 BankG), nunmehr zulasten der Bankkunden einzusetzen. Obgleich die Behörde das im Bankengesetz vorgesehene Ziel verfolgte, weil die unmittelbar bevorstehende Strafverfolgung der UBS tatsächlich zur Insolvenz der Bank hätte führen können, müssen die eingesetzten Mittel stets *qualitativ gleicher Natur* sein, wie die im Gesetz genannten Regelbeispiele (E. 2.2.3). Ein Mittel zulasten der Bank darf also nicht in ein solches zugunsten der Bank und zulasten der Bankkunden umgedeutet werden.

Anders als das vorinstanzliche Bundesverwaltungsgericht erklärt das Bundesgericht die *polizeiliche Generalklausel* für anwendbar. Dazu nimmt es eine grundlegende Rechtsprechungsänderung vor, die den eigentlichen Schwerpunkt des Falles ausmacht.³ An der seit je umstrittenen *Anwendungsvoraussetzung der Unvorhersehbarkeit* wird nicht länger festgehalten (E. 3.3.1).⁴ Das Bundesgericht hatte dieses Erfordernis 1995 eingeführt, als es um den Zürcher *numerus*

1 Zur Problematik siehe den Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen vom 30. Mai 2010, BBl 2010 3099–3458 (3108 ff.), der die Vorgänge als «Affäre» charakterisiert – dies im Gegensatz zum Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 13. Oktober 2010, BBl 2010 3459–3503.

2 MARCEL A. NIGGLI, Ist das Recht am Ende? in: AJP 2012, 891–893.

3 Vgl. die Analysen von GIOVANNI BIAGGINI, Die polizeiliche Generalklausel: ein verkanntes Rechtsinstitut. Bemerkungen aus Anlass des Urteils des Bundesgerichts vom 15. Juli 2011 in Sachen FINMA/UBS (2C_127/2010), in: ZBl 2012, 35–45 (36, 45); MARKUS MÜLLER, Polizeiliche Generalklausel: klärende Worte des Bundesgerichts. Eine kurze Würdigung von BGE 137 II 431, in: ZBJV 148 (2012), 220–228 (222 ff.).

4 Zur Kritik an diesem Kriterium siehe ANDREAS LIENHARD/AGATA ZIELNIEWICZ, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, in: ZBl 2012, 111–142 (130 ff.) m. w. N.

clausus für das Medizinstudium ging.⁵ Knapp zehn Jahre später hatte das Gericht die polizeiliche Generalklausel im Zusammenhang mit dem Weltwirtschaftsforum Davos trotz Vorhersehbarkeit der Störungen für anwendbar erklärt. Der Vorbehalt sollte nur noch gelten, wenn eine Gefährdungslage «seit längerer Zeit» voraussehbar sei.⁶ Im Ergebnis bedeutete dies bereits eine Herabstufung des Erfordernisses auf einen Rechtsmissbrauchsvorbehalt in Sonderfällen.⁷ Ein solcher Missbrauchsschutz darf aber in keinem Fall zulasten der Grundrechtsträger gehen, weil diese sonst die Untätigkeit des Gesetzgebers unter Umständen mit einer Gefährdung von Leib und Leben bezahlen müssten.⁸ Konsequenterweise hat das Bundesgericht dann 2009 im Bündner Hundeeuthanasie-Fall entschieden, dass es auf die Vorhersehbarkeit nicht ankomme, wenn es um Rechtsgüter gehe, die den Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden.⁹ Diese neue «Differenzierung des Vorhersehbarkeitskriteriums» wurde in der Literatur dankbar aufgenommen.¹⁰ Der Sache nach nahm sie bereits den grössten Teil des jetzt erfolgten Verzichts vorweg, denn nach der Schutzpflichtendogmatik kann jedes Individualrecht auch Gegenstand einer staatlichen Schutzpflicht sein. Damit blieben nur noch Konstellationen wie im vorliegenden UBS-FINMA-Fall als problematischer Rest, weil das Schutzhandeln hier nicht den Grundrechten einzelner Individuen diene, also «traditionell anerkannten Polizeigütern», sondern dem Funktionieren des Finanzmarktes insgesamt, verstanden als «erweiterte Polizeiaufgabe» (E. 4.1). Das Bundesgericht konnte die polizeiliche Generalklausel also nur anwenden, indem es entweder die Gefährdungslage als unvorhersehbar taxierte oder auf das Kriterium endgültig verzichtete. Für beides gibt es Hinweise in den Erwägungen. Ei-

5 BGE 121 I 22 E. 4b.aa 28 – Anouk Hasler; bestätigend aufgegriffen unter anderem in BGE 126 I 112 E. 4.b 118 – Zwangsmedikation Bern.

6 BGE 130 I 369 E. 7.2 383 – WEF-Journalist I (Gsell).

7 Zur Analyse siehe AXEL TSCHENTSCHER, Besprechung von BGE 130 I 369, in: Walter Kälin u. a., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, in: ZBJV 141 (2005) 633–703 (654 ff., 658).

8 AXEL TSCHENTSCHER/ANDREAS LIENHARD, Öffentliches Recht. Ein Grundriss, Zürich/St. Gallen 2011, Rn. 185.

9 BGer 2C_166/2009 vom 30. November 2009 E. 2.3.2.1 – Hundeeuthanasie Graubünden.

10 Etwa HELEN KELLER/NICOLE BÜRLI, Überdenken der polizeilichen Generalklausel bei Vorliegen staatlicher Schutzpflichten, in: AJP 2011, 1143–1152 (1150 ff.).

nerseits beharrt das Gericht darauf, dass die Gefahr angesichts der langen Vorgeschichte zwar «latent voraussehbar» war, aber in ihrer Eskalation doch erst 2009 konkret und dringend wurde, sodass die Behörden im Ergebnis durch die Situation überrascht wurden (E. 4.3.3). Andererseits wagt das Gericht endlich den Schritt, das untaugliche Unvorhersehbarkeitskriterium wieder abzuschaffen, indem es dieses von einer *Anwendungsvoraussetzung* zu einem unverbindlichen *Element* der Interessenabwägung umdefiniert (E. 3.3.2), letztlich also aus der Generalklausel heraus- und in die Verhältnismässigkeitsprüfung hineintransportiert.

Im Ergebnis untersteht die polizeiliche Generalklausel damit einer vierstufigen Prüfung. Es muss um den Schutz fundamentaler Rechtsgüter gehen (1), diese müssen einer schweren und unmittelbaren Gefahr oder bereits eingetretenen Störung ausgesetzt sein (2), es besteht zeitliche Dringlichkeit (3), und es dürfen keine gesetzlich vorgesehenen Massnahmen zur Verfügung stehen (4). Nicht vorausgesetzt wird hingegen das Bestehen einer besonderen Kompetenznorm für das notrechtliche Handeln *einer bestimmten Behörde*, denn *jede Behörde*, gleich welcher Hierarchiestufe oder Sachzuständigkeit, ist im Rahmen der ihr zustehenden Handlungsformen als Garantin der fundamentalen Rechtsgüter in die Pflicht genommen.¹¹ Zusätzlich ist die allgemeine Grenze der Verhältnismässigkeit zu wahren (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV). Hier allerdings enthält die Entscheidung eine folgenschwere Weichenstellung, die Kritik verdient. Das Bundesgericht behandelt die mit der Herausgabe verbundenen Rechtsverletzungen, einerseits der konkreten Individualrechte aus dem Bankkundengeheimnis und andererseits die Regeln des ordentlichen Amtshilfeverfahrens, lediglich als Abwägungsgesichtspunkte innerhalb des Übermassverbots (E. 4.4). Unerwähnt bleibt, dass dadurch die polizeiliche Generalklausel nicht nur als Surrogat für eine fehlende Gesetzesgrundlage dient, sondern *contra legem* eingesetzt wird. Sie schützt nicht nur Rechtsgüter, sondern durchbricht dabei das geltende Recht. Eine so weitgehende Folge ist selbst für die expliziten Notrechtsbefugnisse (Art. 184 Abs. 3, Art. 185 Abs. 3 BV) nicht vorgesehen, weil diese dem Bundesrat zwar die Möglichkeit geben, ausnahmsweise ohne gesetzliche Grundlage in Grundrechte einzugreifen,

¹¹ Vgl. MÜLLER, *Polizeiliche Generalklausel* (Fn. 3), 222; kritisch demgegenüber BIAGGINI, *Polizeiliche Generalklausel* (Fn. 3), 38, 41.

ihn aber dabei an Verfassung und Gesetz binden.¹² Das Bundesgericht begründet diese Grenzüberschreitung nicht, sondern betont lediglich, dass «der Fall notrechtlichen Charakter hat und rechtsstaatlich eine Ausnahme bleiben muss» (E. 4.4).

2. Verhältnismässigkeitsprinzip

Im Entscheid zur *Sachversicherung Glarus* bekräftigte das Bundesgericht erneut seine Rechtsprechung, nach der das Verhältnismässigkeitsprinzip des Artikels 5 BV nicht als selbstständiges verfassungsmässiges Recht eingefordert werden kann.¹³ Die beschwerdeführenden Versicherungen befanden sich ausserhalb des Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit, weil das zu überprüfende Kantonsgesetz ihre eigene Tätigkeit nicht unmittelbar beeinträchtigte, sondern lediglich die Glarnersach als neue Konkurrentin im Nichtmonopolbereich zuliess (E. 6.2.3). Im Rahmen der Willkürkognition sieht das Gericht die Verhältnismässigkeit gewahrt, solange die staatliche Wirtschaftstätigkeit nicht wesentliche Teile der Wirtschaft kontrolliere (E. 8.7).

3. Subsidiaritätsprinzip

Im selben Entscheid hält das Bundesgericht zum Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV) fest, dass dieses auf das Verhältnis zwischen den Staatsebenen zugeschnitten sei, nicht auf dasjenige zwischen Staat und Privatwirtschaft (E. 8.4). Mit Blick auf den Wortlaut der Verfassungsnorm, die von der «Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben» handelt, ist das eine naheliegende Beschränkung.

4. Vertrauensschutzprinzip

Selten geht es um Treu und Glauben, ohne dass gleichzeitig und primär der individuelle Grundrechtsschutz nach Artikel 9 BV ein-

12 GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, Zürich 2007, Art. 184 N. 13, 15 m. w. N.

13 BGer 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012 E. 8.2 – Sachversicherung Glarus. Zur bisherigen Rechtsprechung siehe ZBJV 147 (2011) 749.

schlägig ist. Ein solcher Fall war im Berichtszeitraum die *Doppelerstattung durch Versicherungen* (BGE 137 V 394), bei der das Bundesgericht betonte, dass auch Private im Verkehr mit den Behörden an Treu und Glauben gebunden seien und darum nicht widersprüchlicherweise sowohl aus Haftpflicht- als auch aus Unfallversicherung denselben Schadenersatz begehren dürften (E. 7.1, 7.4). Ebenfalls ohne Bezug zu Art. 9 BV sind Fallkonstellationen im Strafverfahren. So hat das Bundesgericht seine Entscheidungslinie bekräftigt, dass es gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verstösst, wenn ein Angeschuldigter sich zunächst auf ein Verfahren einlässt und erst in der nächsten Instanz einen Ausstandsgrund geltend macht.¹⁴

II. Allgemeine Grundrechtslehren (JÖRG KÜNZLI)

Keine Urteile in der Berichtsperiode. Zur Diskussion von BGE 137 II 431 siehe vorne Ziff. I.

III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot (WALTER KÄLIN)

1. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot

1.1 Rechtsgleichheitsgebot

Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung ist ein Gebot, das für alle Rechtsbereiche gilt. Gegenstand von BGE 137 I 167 ist die Verfassungskonformität des neuen Genfer Prostitutionsgesetzes, das abstrakt angefochten wurde. Das Gesetz sieht in seinem Art. 18 vor, dass Betreiber einer Escortagentur im Gegensatz zu Betrieben, die mit Prostitution nichts zu tun haben, jeden Wechsel der für sie arbeitenden Personen der zuständigen Behörde melden müssen. Art. 19 verpflichtet die Betreiber dazu, ein fortlaufendes Register dieser Personen zu führen, aus dem auch die Art ihrer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung sowie ihr Einkommen und die von ihnen verlangten Beträge hervorgehen. Diese Vorschrift halte vor dem Rechtsgleichheitsgebot

¹⁴ BGer 1B_348/2011 vom 24. Februar 2012 E. 2.2 – Verspätetes Ausstandsbegehren.

rige erfolgreiche Notariatstätigkeit im Kanton nachweisen können und diese fortsetzen wollen, eine gewisse Zeit brauchen, um die neu eingeführte Bedingung – den Schwerpunkt ihrer Anwaltstätigkeit im Kanton zu haben – erfüllen zu können. Es verstosse daher gegen den Anspruch auf Treu und Glauben gegenüber dem Staat, dem Notar die vorläufige Eintragung ins Register zu verweigern.

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Persönliche Freiheit

1.1 *Verbot des Nacktwanderns (öffentliche Sittlichkeit)*

Der Entscheid zum *Nacktwandern in Appenzell Ausserrhoden* (BGE 138 IV 13) verdeutlicht, dass eine eigentlich nebensächliche Freizeithandlung durch ihren engen Körperbezug doch in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) einzubeziehen ist. Gleich wie die Kleidungswahl allgemein ist das Nacktsein eine für die Persönlichkeit elementare Verhaltensweise. Wer sich ohne sexuelle Motivation im öffentlichen Raum entblösst, ist nach dem StGB nicht strafbar (E. 3.3.1). Das Bundesgericht schützt aber den kantonalen Strafanspruch, der in zahlreichen Übertretungsregelungen zugunsten der *öffentlichen Sittlichkeit* geregelt ist (E. 4.2). Das ist gleich doppelt fragwürdig. Im Vergleich zu erlaubten Verhaltensweisen wie Nacktbaden, Nacktsonnen und Nacktvolleyball ist es jedenfalls für entlegene Wanderwege zweifelhaft, ob ein absolutes Verbot des Nacktwanderns verhältnismässig sein kann. Vor allem aber ist die Generalklausel der öffentlichen Sittlichkeit nicht hinreichend bestimmt, um in streitigen Grenzfällen eine Strafbarkeit zu begründen.

1.2 *Bewegungsfreiheit – privates Festhalterrecht*

Um die Beschränkung der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) durch das *private Festhalterrecht* ging es beim Hausfriedensbruch in einer Scheune.¹⁸ Die dort eingedrungene Frau war dem Besitzer

18 BGer 6B_14/2011 vom 12. Juli 2011 – Festhalten in Scheune.

bekannt, von ihm aber gleichwohl und trotz Anwesenheit von zwei Zeugen 20 Minuten lang gezwungen worden, in der Scheune zu verweilen. Das Bundesgericht sieht darin eine unverhältnismässige Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit (Art. 36 Abs. 3 BV), interpretiert das Notrecht entsprechend einschränkend und bestätigt die Verurteilung des Besitzers wegen Nötigung.

2. Privatsphäre – Observation auf dem Balkon

In BGE 137 I 327 ging es um die Frage der Beweisverwertung im IV-Verfahren. Die IV-Stelle hatte einen Privatdetektiv mit der Observation der IV-Antragstellerin beauftragt. Die Detektei hatte unter anderem den von der Strasse einsehbaren Balkon gefilmt und dadurch den Schutzbereich der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 BV) sowie, wegen der Aufzeichnung, das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 BV) berührt. Anders als im Parallellfall der Observation durch Unfallversicherungen¹⁹ steht bei der IV nicht nur die als gesetzliche Grundlage fragwürdige Auskunftsregelung zur Verfügung (Art. 28 und 43 ATSG), sondern es gilt seit 2008 auch die Nachforschungsermächtigung, die zur «Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs» die Beiziehung von «Spezialisten» erlaubt (Art. 59 Abs. 5 IVG). Die Regelung spezifiziert zwar nicht, ob damit nur Ärzte oder auch Privatdetektive gemeint sind, doch die martialische Wortwahl («Bekämpfung») impliziert, dass sehr intrusive Massnahmen wie die Observation umfasst sein können. Selbst wenn man, entgegen dem Bundesgericht (E. 5.6), das Filmen beim Balkonputzen nicht als geringfügigen, sondern im Kontext der systematischen Beobachtung im Privatbereich als *schweren Eingriff* beurteilt, ist damit im IV-Bereich eine Gesetzesgrundlage für Observation vorhanden. Die Nachforschungsermächtigung beschränkt sich aber schon dem Wortlaut der Norm nach auf Fälle eines möglicherweise ungerechtfertigten Leistungsbezugs. Das Bundesgericht fordert darum zu Recht, dass eine Observation *objektiv geboten* sein muss, weil *konkrete Anhaltspunkte* für Zweifel an der Anspruchsberechtigung bestehen (E. 5.4.2), beispielsweise Gutachterzweifel. Auch dann darf die Observation als

¹⁹ BGE 135 I 169 – Privatdetektive der Unfallversicherung; siehe dazu ZBJV 146 (2010) 970 f.

Ausfluss des Verhältnismässigkeitprinzips nur während einer kurzen Zeit von wenigen Tagen und nur für Alltagstätigkeiten ohne engen Bezug zur Privatsphäre (Einkaufen, Putzen) stattfinden (E. 5.6). Obwohl der Entscheid des Bundesgerichts im Ergebnis vertretbar ist, zeigt die Fallkonstellation wie schon der erwähnte Parallellfall zur Unfallversicherung, dass eine detailreichere gesetzliche Regelung bei Observationen im ATSG überfällig ist.²⁰

3. Informationelle Selbstbestimmung

3.1 *Google Street View*

In dem sogar international beachteten Entscheid zu *Google Street View*²¹ bestätigt das Bundesgericht weitgehend die Forderungen des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB), wie sie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts formuliert worden waren.²² Die Abbildungen von Menschen, Grundstücken, Häusern und Fahrzeugkennzeichen sind angesichts der meist leicht möglichen Zuordnung zu Einzelpersonen als personenbezogene Daten anzusehen (E. 6.1–6.5), deren Nutzung unter dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts steht (Art. 13 Abs. 2 BV, E. 8.2). Personenbilder fallen zudem unter die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV, E. 10.6.3). Weil die Firma Google GmbH als private juristische Person die Abbildungen erstellen und von Google Inc. im Internet publizieren lässt, handelt es sich um eine Grundrechtsgeltung zwischen Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV). Die Massstäblichkeit des Grundrechts für den rechtlichen Schutz wirkt dabei über die Generalklauseln des Datenschutzgesetzes und des Zivilgesetzbuches (Art. 4 Abs. 2 DSG: Verhältnismässigkeit, Art. 12 DSG und Art. 28 ZGB: Persönlichkeitsverletzungen, Art. 13 Abs. 1 DSG: Rechtfertigung durch überwiegende Interessen).

20 Vgl. zu dieser Forderung THOMAS GÄCHTER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Jahre 2010 und 2011 zum Verfahrensrecht der Sozialversicherung, in: ZBJV 148 (2012) 185–219 (201 f.).

21 BGer 1C_230/2011 vom 31. Mai 2012 – Google Street View, vorgesehen zur amtlichen Publikation.

22 Siehe dazu DOMINIKA BLONSKI, Entscheidbesprechung zum Urteil des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2011, EDÖB gegen Google (Google Street View), Nr. A-7040/2009, in: AJP 2011, 840–845.

In der Sache bekräftigt das Bundesgericht zunächst, dass schon die Aufnahme eines individualisierenden Bildes eine Persönlichkeitsverletzung bedeutet, wenn sie ohne Einwilligung der betroffenen Person geschieht (E. 8.3) – dies selbst dann, wenn die Person nur einen kleinen Teil des Gesamtstrassenbildes ausmacht. Zur Abgrenzung benutzt das Gericht die Frage, ob eine Abbildung möglicherweise eine persönliche Belastung bedeuten kann. Anders als die Vorinstanz stellt es neben dem wirtschaftlichen Interesse von Google auch das Interesse Dritter an der Nutzung des Dienstes in Rechnung (E. 10.6.1) und gestattet im Ergebnis den Einsatz einer automatischen Anonymisierungstechnik, selbst wenn diese bei etwa 1% der Personenaufnahmen zunächst nicht vollständig gelingt, was dann über einen Internetlink gemeldet werden muss (E. 10.6.3, 10.7, 14). Rund um sensible Einrichtungen (Spitäler, Frauenhäuser etc.) muss die Anonymisierung nicht nur hinsichtlich des Gesichts garantiert sein, sondern bezüglich aller individualisierenden Merkmale (Hautfarbe, Kleidung, Gehhilfen etc., E. 10.6.4). Unzulässig sind zudem die bisherigen Aufnahmen mit hoher Kamera (ca. 2,80 m), bei denen über Zäune und Hecken hinweg in den Privatbereich hineinfotografiert wurde (E. 10.7, 14.3).

Im Ergebnis hat das Bundesgericht einen auch international wegweisenden Entscheid getroffen, in dem der offensichtliche Konflikt zwischen amerikanischem und europäischem Datenschutzverständnis durch einen ausgewogenen Kriterienkatalog eingefangen wird, ohne dass die Grundsätze des informationellen Selbstbestimmungsrechts dadurch aufgegeben würden.

3.2 *Bankauskünfte*

In seinem Urteil zu *Bankauskünften* der CS gegenüber ihren Kunden hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ab wann der datenschutzrechtliche Anspruch durch die zivilprozessualen Regelungen abgelöst wird (Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG).²³ Es ging um ein Depotkonto, bei dem durch Optionsgeschäfte der Bank erhebliche Verluste eingetreten waren. Die Ermächtigung der Kontoinhaber dazu war umstritten. Ein Schadenersatzprozess zeichnete sich ab. In dieser Situation machten die Kunden ihren datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch geltend (Art. 8 DSG). Das Bundesgericht bestätigt,

23 BGer 4A_688/2012 vom 17. April 2012 – Bankauskunft CS.

dass das Informationsbegehren abgesehen von Missbrauchskonstellationen auch im Vorfeld eines Zivilprozesses berechtigt ist (E. 5.4). Die *Überprüfung der Richtigkeit personenbezogener Daten* sei selbst dann kein Rechtsmissbrauch, wenn sie im Hinblick auf einen allfälligen Schadenersatzprozess vorgenommen werde (E. 5.6). Die Situation entspricht insoweit dem auftragsrechtlichen Anspruch auf Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR), der auch dann Bestand hat, wenn sich der Beauftragte damit Schadenersatzansprüchen aussetzen könnte (E. 6.4).

4. Recht auf Ehe – Lex Brunner

Zu dem Grundrecht, ohne Beeinträchtigung des Staates eine Ehe eingehen zu können (Art. 14 BV), steht die als *Lex Brunner* bekannte Neuregelung im Ehevorbereitungsverfahren in einem Spannungsverhältnis. In drei Bundesgerichtsentscheiden ging es darum, ob die Junktimklausel, nach der Ehen nur noch bei nachgewiesener Aufenthaltsberechtigung geschlossen werden dürfen (Art. 98 Abs. 4 ZGB), wegen Verfassungs- und Konventionswidrigkeit für unanwendbar erklärt werden müsse.²⁴ Alle Fälle betrafen abgewiesene Asylbewerber, die ohne Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz lebten und bei denen die Heirat mit einer Schweizerin bzw. einer dauerhaft aufenthaltsberechtigten Ausländerin offensichtlich zu einem Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung geführt hätte. Bei formalistischer Anwendung würde die Junktimklausel in solchen Fällen dazu führen, dass die Asylbewerber zunächst in ihr Heimatland zurückkehren müssten, um dann von dort aus ihre Heirat vorzubereiten. Das Bundesgericht weist auf die EGMR-Rechtsprechung hin, nach der eine systematische Eheverweigerung auch bei Personen ohne gültige Aufenthaltserlaubnis konventionswidrig ist, und gelangt zu einer *verfassungs- und konventionskonformen Auslegung* (Art. 12 BV, Art. 14 EMRK): Die Ausländerbehörden müssen eine provisorische Aufenthaltsbewilligung für die Vorbereitung der Eheschliessung erteilen, sofern keine Anhaltspunkte bestehen, dass mit der Ehe die Vorschriften für den Familien-

24 BGE 137 I 351 – Ehevorbereitung Waadt = Pra 101 (2012) Nr. 61, S. 414–425; BGE 138 I 41 – Ehevorbereitung Waadt-Nord = Pra 101 (2012) Nr. 59, 402–407; BGer 2C_702/2011 vom 23. Februar 2012.

nachzug umgangen werden sollen.²⁵ Damit ist eine wichtige Fallgruppe der *Lex Brunner* entschieden. Offen bleibt nach den Kriterien des Gerichts allerdings, warum es nicht zulässig sein soll, dass zwei abgewiesene Asylbewerber einander heiraten, ohne danach eine Aufenthaltsberechtigung zu erlangen. Hier zeigt sich die eigentliche Brisanz des neuen Gesetzesmechanismus: Es werden sachfremde Verknüpfungen vorgenommen, um Druck zur Ausreise zu erzeugen oder jedenfalls das Verbleiben im Land möglichst unangenehm zu machen. Je nach den Umständen haben darunter nicht nur die Ehemülligen, sondern auch deren Kinder zu leiden.

5. Familienleben

5.1 Invaliditätsberechnung

Zu den familiären Nachteilen der *gemischten Methode der Invaliditätsberechnung* hatte sich das Bundesgericht einmal mehr zu äussern.²⁶ Die Beschwerdeführerin verpasste den Mindestinvaliditätsgrad für IV-Leistungen nur deshalb knapp, weil ihre berufliche Invalidität (50%) wegen Teilzeittätigkeit mit ihrer haushaltlichen Invalidität (25%) verrechnet worden war. Das Bundesgericht gesteht zu, dass diese gemischte Berechnungsmethode tendenziell nachteilig ist für Personen, die zugunsten der Familie teilzeitlich arbeiten. Es statuiert sogar, dass diese Personen «indirekt durch sie benachteiligt werden können» (E. 6.1.2), was letztlich die Frage nach einem mittelbaren Eingriff in das Grundrecht auf Familienleben aufwirft (Art. 13 Abs. 1 BV). Im Ergebnis, so das Gericht, könne aus dem Grundrecht auf Achtung des Familienlebens aber kein direkter Anspruch auf positive staatliche Leistungen abgeleitet werden (E. 6.1.2). Zwar komme eine indirekte Berücksichtigung durch verfassungskonforme Auslegung grundsätzlich in Betracht, doch hindere die gemischte Berechnung allein noch nicht an der freien Wahl des Familienmodells. Was bedeuten diese mehrschichtigen Erwägungen grundrechtsdogmatisch? Das Gericht stellt mittelbare Nachteile für das Familienleben fest,

25 BGE 137 I 351 E. 3.7 360 – Ehevorbereitung Waadt.

26 BGE 137 V 334 – Gemischte Invaliditätsberechnung = Pra 101 (2012) Nr. 23, S. 149–164. Bereits bestätigt in BGer 8C_761/2011 vom 10. Mai 2012 E. 3.

spricht diesen aber nicht diejenige Intensität zu, die für die Qualifikation als *mittelbarer Eingriff* nötig ist. Im Ergebnis war darum kein Grundrechtsverstoss festzustellen.

5.2 *Wegweisung von Elternteilen nach Scheidung*

Zu den brisantesten und häufigsten Fragen des Grundrechts auf Achtung der Familie gehört die Wegweisung eines Elternteils, insbesondere nach Scheidung, sowie die Beschränkung des umgekehrten Familiennachzugs, bei dem die Aufenthaltsberechtigung eines Elternteils trotz Berechtigung des Kindes nicht erteilt wird. In einer Reihe neuer Entscheide stützt das Bundesgericht im Ergebnis weitgehend die Praxis der Ausländerbehörden. Dabei wird ausdrücklich die Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik als öffentliches Interesse anerkannt, das dem privaten Interesse der Kinder am Kontakt mit dem betroffenen Elternteil gegenüberzustellen ist (BGE 137 I 247 E. 4.1.2). Das Familiengrundrecht dringt in dieser Abwägung nur durch, wenn eine «intensive Beziehung» zum Kind nachgewiesen werden kann (E. 4.2.3). Welche Härten daraus resultieren können, zeigt der Fall eines brasilianischen Vaters, der nach Scheidung von der schweizerischen Mutter nur noch über ein 14-tägiges Besuchsrecht bei der gemeinsamen Tochter verfügte.²⁷ Für ein auf Artikel 13 BV gestütztes Aufenthaltsrecht verlangte das Bundesgericht eine «besonders enge affektive Beziehung» zum Kind (E. 2.3–2.5), wie sie nur bei einem grosszügig ausgestatteten Besuchsrecht möglich sei. Der Vater blieb mit seinem Wunsch nach besseren Kontaktmöglichkeiten ungehört. Seine Wegweisung wurde vom Gericht bestätigt.

6. **Grundschulunterricht**

6.1 *Integrierte Sonderschulung*

Der grundrechtliche Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV) konkretisiert sich für Behinderte zu einem *Anspruch auf Sonderschulung*. Der gesetzliche Auftrag richtet sich dabei auf die weitestmögliche Integration behinderter Kinder in die Regelschule (Art. 20 Abs. 2 BehiG). Nachdem die Verantwortung für

27 BGer 2C_996/2011 vom 28. Juni 2012 – Brasilianischer Vater.

die Sonderschulung 2008 von der IV ganz auf die Kantone übergegangen ist, stellt sich immer häufiger die Frage, welcher Gestaltungsspielraum diesen zukommt. Das Bundesgericht bekräftigt anlässlich eines Falles im Kanton Schwyz seine Linie, dass der grundrechtliche Anspruch mit Blick auf das Verfassungsgebot der «ausreichenden Sonderschulung» (Art. 62 Abs. 3 BV) *keine optimale Schulung* des Kindes verlange und folglich nicht auf eine Pflicht zu Integrationsmassnahmen hinauslaufe.²⁸

6.2 Heimschulung

Mit der *Schutzpflichtenseite des ausreichenden Grundschulunterrichts* (Art. 19 BV) befasste sich das Bundesgericht anlässlich eines Falles in Basel-Stadt.²⁹ Dem ältesten von drei Kindern, die unter Betreuung ihrer Mutter die ersten Schuljahre daheim mithilfe einer französischen Fernschule (CNED) unterrichtet worden waren, wurde beim Übertritt in die fünfte Klasse die Fortführung dieser Heimschulung versagt. Das Bundesgericht bekräftigte die Kriterien, die in der Literatur für die Sicherung der Chancengleichheit geltend gemacht werden: die Vermittlung der schweizerischen Werteordnung, die Unterrichtung durch genügend ausgebildete Lehrpersonen und die Befähigung zur Partizipation am demokratischen Gemeinwesen (E. 2.3.3). Unter diesen Kriterien fehlte es bei der Mutter an der nötigen pädagogischen Ausbildung, weshalb das Gesuch abzuweisen war.

6.3 Schultransport und Mittagstisch

Die Unentgeltlichkeit des Grundschulunterrichts (Art. 19 BV) erstreckt sich auch auf einen nach den lokalen Umständen notwendigen Schulbus und kann sogar Zuschüsse zum Mittagstisch einschliessen. Im Fall der Gemeinde Altendorf hatte das Bundesgericht die Details dazu festzulegen.³⁰ Nach Einschränkungen des Schulbusbetriebs war den Eltern der gemeinschaftliche Transport ihrer Kinder gegen eine Entschädigung von einem Franken pro Kilometer aufgebürdet worden. Mittägliche Busausfälle wurden durch eine Beteiligung der Gemeinde

28 BGer 2C_971/2011 vom 13. April 2012 E. 3.2 – Sonderschulung Schwyz, vorgesehen zur amtlichen Publikation.

29 BGer 2C_686/2011 vom 25. Januar 2012 – Heimunterricht CNED.

30 BGer 2C_433/2011 vom 1. Juni 2012 – Schulbus Altendorf.

am Mittagstisch mit vier Franken pro Mahlzeit teilkompensiert. Das Gericht hielt fest, dass ein solches Regime den regelmässigen Schulbesuch ohne unzumutbare Erschwernisse sicherstellen müsse (E. 4.3). Die Pflicht zur Teilnahme am Mittagstisch sei zumutbar. Auch der geringe Ansatz für die Fahrspesenentschädigung wurde vom Gericht gebilligt (E. 5.1). Einzig der Zuschuss zum Mittagstisch lag zu niedrig, weil der für die Eltern verbleibende Kostenbeitrag die zu Hause anfallenden Verpflegungskosten überstieg (E. 5.2).

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Schwimmunterricht

In einem Entscheid zum *obligatorischen gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht* auch für Kinder aus Familien mit strenger muslimischer Glaubensrichtung konnte das Bundesgericht seine seit 2008 neu verfolgte Rechtsprechungslinie bekräftigen.³¹ Die neue Praxis betont den grundsätzlichen Vorrang der schulischen Pflichten vor den religiösen Geboten einzelner Bevölkerungsteile (E. 2.6.4). Mit Ganzkörperbadekleidung und getrennten Umkleidekabinen (E. 2.6.2) ist die Beeinträchtigung der religionsgeprägten Lebensweise durch das Obligatorium gerechtfertigt. In einem weiteren Entscheid ergänzt das Bundesgericht, dass auch hinsichtlich *religiöser Gesänge oder Anlässe* sowie *schulischer Ausflüge an religiöse Orte* kein genereller Dispensationsanspruch aus der Glaubensfreiheit ableitbar sei.³²

2. Besoldung von Pfarrern

In einem bernischen Fall (BGE 138 I 55) hatte das Bundesgericht über die teilweise Steuerverweigerung einer Atheistin wegen der Besoldung der 445 landeskirchlichen Pfarrer zu entscheiden. Nach der Staatsrechnung entfallen immerhin 0,813% des kantonalen Ge-

31 BGer 2C_666/2011 vom 7. März 2012 – Schwimmunterricht Basel-Stadt. Zum Leitentscheid BGE 135 I 79 – Schwimmunterricht Schaffhausen siehe ZBJV 145 (2009) 748 f.

32 BGer 2C_724/2011 vom 11. April 2012 E. 3.5 – Kirche der Karmeliter.

samtaufwands auf Pfarrerlöhne. Das Gericht bekräftigte die grundlegende Verankerung (Art. 15 Abs. 1 BV) des traditionellen *Verbots von Kultussteuern zulasten Dritter* (früher Art. 49 Abs. 6 aBV), wonach niemand gezwungen werden darf, Steuern für den Kultus einer Religion zu leisten, der er nicht angehört (E. 2.1). Danach lässt der Kirchenaustritt die Kirchensteuerpflicht entfallen. Bei der allgemeinen Steuer gelte demgegenüber der Grundsatz, dass niemand aus der Mittelverwendung eine Steuerverweigerung ableiten könne. Ohnehin sei der Anteil der Pfarrerlöhne viel zu gering, um von einem religiösen Zwang sprechen zu können (E. 3.1). Schliesslich sei die Mitwirkung an der Pfarrerbesoldung auch nur «indirekt» (E. 3.3). Das Bundesgericht löst den Fall also über eine restriktive Interpretation von Schutzbereich und mittelbarem Eingriff.

Richtigerweise wäre hier von einem Eingriff in die Glaubensfreiheit auszugehen gewesen, denn weder ist der Umfang der Pfarrerbesoldung von fast 1% des Gesamtaufwands gering, noch sagt der Umfang etwas zur prinzipiellen Frage aus, warum sich die Atheistin an der Zahlung von Pfarrerlöhnen beteiligen soll. Hintergrund ist die heute anachronistisch wirkende Regelung, dass der Kanton Bern die Pfarrerbesoldung als Gegenleistung zur Abtretung der Kirchengüter an den Staat versprochen hatte und die Besoldung so zur permanenten Staatsaufgabe wurde.³³ Bei der Rechtfertigung des Eingriffs ist dieser historisch-institutionelle Aspekt allerdings gar nicht zentral. Hier geht es, wie vom Gericht angedeutet (E. 3.1), um das Interesse aller Gemeinwesen an der konsequenten Durchsetzung der Allgemeinheit der Steuer. Wäre diese Allgemeinheit nicht mehr gewährleistet, so könnten auch für weit gewichtigere Ausgaben, etwa zu Rüstungszwecken, jeweils Gewissensvorbehalte gegenüber der Steuerzahlung geltend gemacht werden.

³³ Vgl. YVO HANGARTNER, Keine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit bei Besoldung von Pfarrern aus allgemeinen Steuern, in: AJP 2012, 397–399 (399).

3. **Partieller Kirchenaustritt**

Zum Dauerproblem der partiellen Kirchenaustritte hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung weiter angepasst.³⁴ Hatte es hinsichtlich derselben Luzerner Beschwerdeführerin 2008 noch festgehalten, dass ihr ein partieller Kirchenaustritt zwar ohne Begründung zustehe, ihre Austrittserklärung im konkreten Fall aber noch nicht eindeutig genug auf die Landeskirche bezogen sei³⁵, liess das Gericht die nochmalige gleiche Erklärung diesmal genügen. Zwischenzeitlich hatte die Austrittswillige gegen das ursprüngliche Urteil des Bundesgericht vor dem EGMR Beschwerde geführt und dabei ihren partiellen Austrittswillen (Staatskirche, aber nicht Weltkirche) konkretisiert. Angesichts dieser neuen Klarheit durfte die katholische Kirche nicht das Gespräch mit dem Generalvikar als weitere Mitwirkungshandlung verlangen (E. 9).

VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)

1. **Meinungsfreiheit**

1.1 *Nazi-Beschimpfungen*

Selbst bei Politikern, die im politischen Meinungskampf härteste Kritik ertragen müssen, ist die Behauptung, sie hätten *Sympathien für das Nazi-Regime*, als eine unzulässige Ehrverletzung einzustufen (BGE 137 IV 313). Das Bundesgericht bestätigte damit ein Strafurteil, das im Kanton Wallis gegen den Chefredaktor einer nicht satirischen Zeitung ergangen war. Obwohl in politischen Auseinandersetzungen nur zurückhaltend eine Ehrverletzung konstatiert werden könne, ginge es nicht an, wenn ein Politiker nicht nur wegen seiner Handlungen kritisiert, sondern gleichzeitig als Mensch verächtlich gemacht werde (E. 2.1.4). Das aber geschieht laut Bundesgericht, wenn der Politiker, der Nationalratskandidat und Sohn eines Österreichers ist, in einer Fotomontage neben Hitler mit der Legende «Ös-

34 BGer 2C_406/2011 vom 9. Juli 2012 – Zweite Austrittserklärung.

35 BGE 134 I 75 E. 8 S. 80 ff. – Verlassen der Landeskirche; zur darin liegenden Rechtsprechungsänderung siehe ZBJV 144 (2008) 757 f.

reicher: das hatten wir schon!» («Autrichiens: on a déjà donné!») versehen wird (E. 2.3.1).

1.2 SBB-Plakatverbot

Grundsätzliche Fragen der Meinungsfreiheit in Bahnhöfen konnte das Bundesgericht in seinem Urteil zum *Plakatverbot der SBB* entscheiden.³⁶ Die Aktion der Palästina-Solidarität, Region Zürich, hatte an den Aushängeflächen in der ShopVille-RailCity des Bahnhofs durch die Allgemeine Plakatgesellschaft zwei Plakate platzieren lassen, die sich gegen die israelische Siedlungspolitik richteten. Nach drei Tagen veranlasste die SBB die sofortige Entfernung dieser Plakate. Sie stützte ihr Handeln auf das eigene Reglement zum Umgang mit Werbebotschaften, das Plakate zu einem «ausserpolitisch brisanten Thema» verbietet (E. 3.1).

Wäre die Plakataushängung als gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizieren, so ergäbe sich für die Palästina-Solidarität ein bedingter Anspruch auf Bewilligung, der zwar hinsichtlich Ort, Zeit und Art von der SBB noch modifiziert werden kann, aber keiner Inhaltskontrolle unterliegt (E. 2.2.2). Für die ShopVille-RailCity machte die Bahn aber eine öffentlich-sachenrechtliche Einordnung als Verwaltungsvermögen geltend. Das gab dem Bundesgericht die Gelegenheit, seine 1980 begonnene Rechtsprechung zur kommunikationsrechtlichen Gleichstellung von Verwaltungsvermögen und öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zu aktualisieren. Jedenfalls Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch, das sich nach Benutzerkreis (Reisende und Käufer) und Bedürfnissen (Treffpunkt, Kommunikation, Einkauf, Flanieren, Essen) eher wie eine Fussgängerzone darstelle, komme einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch sehr nahe (E. 2.3.2). Also bestand auch hier ein bedingter Anspruch auf Benutzung der Aushangflächen.

Die Inhaltskontrolle der SBB, mit der ausserpolitisch brisante Themen ausgeschlossen wurden, lässt sich nach Überzeugung des Gerichts nicht rechtfertigen. Das Gericht meint sogar, eine solche Kontrolle komme einer verbotenen Zensur gleich (E. 3.4.1, 3.5.1). Anders als bei Tabak- und Alkoholwerbung, die absolut verboten werden dürfte, fehle es bei ausserpolitischen Themen an einer generalisier-

36 BGer 2C_415/2011 vom 3. Juli 2012 – SBB-Plakatverbot.

baren Gefährlichkeitsvermutung (E. 3.4.2). Wenn der Text eines Plakats weder strafbare Äusserungen enthalte noch sonst gegen Gesetze verstosse, stehe der SBB eine weitergehende Überprüfung des Inhalts nicht zu (E. 3.5.1). Falls es zu Kontroversen über das Plakat kommen sollte (Besmieren, Abreissen, Auseinandersetzungen), sei es Sache der Bahnpolizei, die Ordnung wiederherzustellen.

Mit dem Entscheid macht das Bundesgericht einmal mehr deutlich, dass öffentliche Unternehmen einer gleich intensiven Grundrechtsbindung unterworfen sind wie Verwaltungsbehörden. Sie dürfen beispielsweise, anders als private Unternehmen, eine Nutzung nicht untersagen, nur weil sie ihrem «Brand» oder «Corporate Design» widerspricht (E. 3.5.1). Die entsprechenden Passagen im SBB-Reglement sind verfassungswidrig und unanwendbar.

2. Medienfreiheit – Sachgerechtigkeitsgebot

Im *FDP-Pharma-Entscheid* (BGE 137 I 340) musste das Bundesgericht einmal mehr die Spruchpraxis der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) in die Schranken verweisen. Es ging um den Beitrag «FDP und die Pharmalobby» in der Sendung 10vor10. Die UBI hatte einen Verstoss gegen das Sachgerechtigkeitsgebot (Art. 4 Abs. 2 RTVG) festgestellt, weil die These der FDP-Verbandelung zwar nicht mit falschen Aussagen, aber insgesamt doch zu wenig aussagekräftig untermauert worden sei. Demgegenüber betont das Bundesgericht, es genüge, wenn die Zuschauer erkennen können, dass eine These umstritten sei (E. 4.3). Solange der Gesamteindruck des Beitrags nicht manipulativ wirke, seien die Medienschaffenden nicht verpflichtet, ihre These selbst weiter zu differenzieren oder besser zu belegen (E. 4.5 und 4.6). Die UBI dürfe das Sachgerechtigkeitsgebot darum nicht so streng handhaben, dass die journalistische Freiheit und Spontaneität verloren gingen.

3. Demonstrationenfreiheit – Kundgebung am Ostersonntag

Das Bundesgericht sprach dem Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) nachträglich das Recht auf Bewilligung einer Demons-

tration am Ostersonntag zu.³⁷ Der Verein wollte vor der römisch-katholischen Kirche in Sirnach gegen die seiner Meinung nach tierquälerische Kaninchenhaltung durch Mitglieder der Kirchenpflege protestieren. Die politische Gemeinde hatte das Gesuch abgewiesen, weil das thurgauische Ruhetagsgesetz Versammlungen am Ostersonntag grundsätzlich verbietet (E. 3.1) und nur ruhetagskompatible Veranstaltungen ausnahmsweise für bewilligungsfähig erklärt. Die Vorinstanz hatte das Verbot mit dem öffentlichen Interesse an der Feiertagsruhe und dem individuellen Interesse der Kirchgänger an einem ungestörten Ostersonntag gerechtfertigt (E. 3.2). Demgegenüber betont das Bundesgericht, dass zwar Auflagen im Rahmen der Bewilligung möglich seien, grundsätzlich aber nach bisheriger Rechtsprechung die beabsichtigte Appellwirkung realisiert werden müsse (E. 2 und 3.4).³⁸ Wenn der Verein zusage, den Verkehr nicht zu behindern und auf Lärm zu verzichten, dann sei nicht länger ersichtlich, warum ein absolutes Verbot notwendig sein solle.

4. Sprachenfreiheit – Italienisches Schulobligatorium

In einem Entscheid zur Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) billigte das Bundesgericht dem Kanton Tessin zu, für die obligatorische Schulzeit *ausschliesslich die italienische Sprache* vorzuschreiben.³⁹ Ein italienisch-schweizerisches Elternpaar wollte seine Tochter, die bereits Italienisch sprach, im ersten Schuljahr in einer amerikanischen Privatschule einschulen. Das Bundesgericht erkennt in der schulgesetzlichen Festlegung der italienischen Sprache zwar einen Eingriff in die Sprachenfreiheit, hält diesen aber für gerechtfertigt. Als Begründung führt es an, dass das Italienisch schweizweit nur für 6,46% der Wohnbevölkerung die primäre Sprache sei und damit zwar nicht als vom Aussterben bedroht, wohl aber als schutzbedürftig gelten müsse (E. 8.1). Selbst im Kanton Tessin sprächen inzwischen 16,9% eine andere primäre Sprache, davon knapp die Hälfte Deutsch. Die Befug-

37 BGer 1C_322/2011 vom 19. Dezember 2011 – Ostersonntagsdemonstration Sirnach.

38 BGE 132 I 256 E. 3 260 – Bündnis für ein buntes Brunnen; dazu ZBJV 143 (2007) 682 ff.

39 BGer 2C_449/2011 vom 26. April 2012 – Italienisches Schulobligatorium.

nis des Kantons zur Wahl einer Amtssprache (Art. 70 Abs. 2 BV) wird vom Bundesgericht zu einer Ermächtigung umgedeutet, die traditionelle Lokalsprache gegenüber dem Zuzug anderer Sprachgruppen zu verteidigen (E. 5.1).

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit

(ANDREAS LIENHARD)

1. Eigentumsgarantie

1.1 *Flughafen Zürich/Bewertungsmodell zur Quantifizierung fluglärmbedingter Minderwerte bei Ertragsliegenschaften*

Das Bundesgericht befasste sich in einem neuen Grundsatzentscheid BGE 138 II 77 erneut⁴⁰ mit Entschädigungsansprüchen wegen übermässiger Lärmbelastung: X. ist Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses in Glattbrugg, das sich im Bereich der Abflüge von Piste 16 des Flughafens Zürich-Kloten befindet. Am 16. November 1998 stellte X. ein Entschädigungsbegehren wegen übermässigem Fluglärm, das mit anderen Begehren zusammen an die Eidgenössische Schätzungskommission, Kreis 10 (im Folgenden Schätzungskommission), überwiesen wurde. Diese wies mit Entscheid vom 29. November 2006 die Minderwertforderung von X. ab, weil ein Ertragsausfall nicht nachgewiesen worden sei. Das Bundesgericht hiess die dagegen erhobene Beschwerde am 28. April 2008 gut und wies die Sache zur Neuurteilung an die Schätzungskommission zurück. Es ging davon aus, dass sich die Ertragslage bei Mietobjekten, die Wohnzwecken dienen, bei Mehrlärm nur langsam verschlechtert. Für solche Ertragsliegenschaften sei zudem die *Minderwertermittlung* im Einzelfall sehr schwierig, weshalb eine *schematische Beurteilung* des Schadens zu erfolgen habe. Die Schätzungskommission sprach X. am 1. März 2010 sodann eine Entschädigung von Fr. 326 000.00 zu, entsprechend 17,5% des Verkehrswertes unter Abzug der Aufwendungen von Schallschutzmassnahmen, zu verzinsen ab 1. Januar 2002. Bei der Berechnung der

40 Vgl. dazu bereits KÄLIN/KIENER/LIENHARD/TSCHANNEN/TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010 und 2011, in: ZBJV 2011, 747–833, 787 ff.