Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

Revue de la société des juristes bernois

150. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Oktober 2014

10 2014
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 2013 und 2014

Von Proff. Jörg Künzli, Andreas Lienhard, Markus Müller, Pierre Tschannen, Axel Tschentscher, Judith Wyttenbach, Departement für öffentliches Recht der Universität Bern

Die Autoren haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile der Bände 139/140 bzw. aus den Jahren 2013/2014 untereinander aufgeteilt; angestrebt wird eine Konzentration auf die wichtigsten Entscheide, insbesondere zu Grundsatzfragen. Im Vordergrund der Besprechung stehen Bundesgerichtsentscheide des Bandes 139 bzw. unpublizierte Urteile aus dem Jahr 2013. Entscheide bis Ende März 2014 (bzw. aus dem Band 140) sind punktuell berücksichtigt worden.

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

1. Rechtsgleichheit (Markus Müller)
2. Diskriminierungsverbot (Judith Wyttenbach)
3. Willkürverbot und Treu und Glauben (Markus Müller)

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)

1. Menschenwürde, Nothilfe und Verbot erniedrigender Behandlung
2. Persönliche Freiheit
   - 2.1 Hooligan-Konkordat
   - 2.2 Keine «Pensionierung» für Strafgefangene
   - 2.3 Licht- und Lärmimmissionen
   - 2.4 Ausführregeln für Hundehalter

* Für substanzielle Mitarbeit danken wir Peter Bieri, Nula Frei, Jasmin Grossenbacher, Nicola Hofer, Jonas Laager, Andreas Müller, Johannes Sokoll. Monika Wyss danken wir für die Erstellung des Gesamtdokuments und die Formatierung des Textes.

2.5 Electronic Monitoring
2.6 Freiheitsberaubung
2.7 Einkesselung Kanzleiareal/Helvetiaplatz
3. Privatsphäre
3.1 Unzensierte Häftlingspost
3.2 Keine Rechtsprechungsänderung nach Udeh-Urteil
3.3 Besuchsrecht ausländischer Elternteile
3.4 Keine formelle Beendigung der Reneja-Praxis
4. Informationelle Selbstbestimmung
4.1 HOOGAN-Datenabgleich
4.2 DNA-Profilpraxis
5. Recht auf Ehe – Telefonat mit der Ehefrau
6. Grundschulunterricht – Einschulungsklasse

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)
1. Kopftuchverbot für Schülerinnen (Bürglen)
2. Einfuhr von Koscher- und Halalfleisch

VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)
1. Meinungsfreiheit
1.1 Rufschädigende VgT-Werbespots
1.2 JUSO-Fotomontage mit nacktem Vasella
1.3 VgT gegen Vasella
1.4 Rassendiskriminierungsfälle
2. Medienfreiheit
2.1 Dignitas-Berichterstattung
2.2 Arena-Format
2.3 Gebührenverzeichnis bei öffentlichen Dokumenten
2.4 Kein Quellenschutz beim Dealerporträt «Roland»
3. Demonstrationsfreiheit
3.1 Genfer Kundgebungsreglement
3.2 Luzerner Samstagsdemonstrationen

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)
1. Eigentumsgarantie
1.1 Begrenzung einer privaten Zierbeleuchtung
1.2 Zeitwohnungssteuer
1.3 Zeitliche Geltung der Zweitwohnungsinitiative
1.4 Freilegung eines Bachs
1.5 Uferschutzplanungen
1.6. ARA-Durchleitung
2. Wirtschaftsfreiheit
2.1 Keine Eintragung ins Anwaltsregister
2.2 Verbot von Sonntagsarbeit gemäss Arbeitsgesetz
2.3 Verbot eines LED-Bildschirms zur Plakatwerbung
2.4 Entzug einer Bewilligung als Fluginstruktor
2.5 Gerichtsdolmetscher keine hoheitliche Tätigkeit gemäss FZA

VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)
1. Politische Rechte
1.1 Verfahren
1.2 Verhältniswahl
1.3 Volksinitiative
1.4 Finanzreferendum
1.5 Behördliche Einflussnahme
1.6 Anforderungen an Gemeindeversammlungsprotokolle
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 (Verfahrensfairness)
1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
2. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
3. Rechtsweggarantie
4. Garantien in gerichtlichen Verfahren
4.1 Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht
4.2 Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung
5. Garantien beim Freiheitsentzug

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Axel Tschentscher)

Das Legalitätsprinzip und das Verhältnismässigkeitsprinzip des Artikels 5 BV können nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht als selbständige verfassungsmässige Individualrechte eingefordert werden (Art. 98 BGG). Weil für die Einschränkung von Freiheitsrechten das Programm des Artikels 36 BV als speziellere Norm vorgeht, bleibt für die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns darum meist nur die Willkürprüfung als Anknüpfungspunkt einer Rüge (vgl. ZBJV 149 [2013], S. 775). Solche Beschwerden haben selbst in rechtsstaatlich fragwürdigen Konstellationen selten Erfolg. So entscheidet das Bundesgericht im BGer-Urteil 8C_687/2013 vom 2. 5. 2014 über die Kündigung eines Heimleiterpaars im Kanton Solothurn, dass zwar die zugrunde gelegte Dienst- und Gehaltsordnung wegen fehlen-

der (konstitutiver) Genehmigung ungültig ist, das Verwaltungsgericht aber dennoch ohne Willkür annehmen durfte, die Regelungen in dieser Dienstordnung und nicht die des Staatspersonalgesetzes seien anwendbar (E. 3.7). Plausibler ist der Entscheid zur subsidiären Verfassungsbeschwerde von Mitarbeitenden der Verkehrsbetriebe Zürich (VBZ). Das Gericht hält im BGer-Urteil 8D_6/2013 vom 13. 11. 2013 fest, dass im Rahmen der Rechtsgleichheit durch das Legalitätsprinzip des Artikels 5 BV eine angemessene Bestimmtheit gefordert ist, die bei der angefochtenen Regelung zur Nacht- und Sonntagsarbeit noch gewährleistet sei (E. 4.3–4.7).

II. Allgemeine Grundrechtslehren (Jörg Künzli)

In zwei während der Berichtsperiode in der amtlichen Sammlung publizierten Urteilen hat das Bundesgericht zur Grundrechtsbindung von Trägern öffentlicher Aufgaben ausserhalb der Verwaltung Stellung bezogen:

Die Auseinandersetzungen zwischen dem Verein gegen Tierfabriken (VgT) und der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) über die Verpflichtung der SRG zur Ausstrahlung von Werbespots erreichen mittlerweile epische Dimensionen (siehe ZBJV 146 [2010], S. 940 f.). Im Jahr 2013 hatte das Bundesgericht in BGE 139 I 306 (dazu auch die Kommentierung von Axel Tschentscher, hinten, VI.1.1.) erneut darüber zu befinden, ob die publisuisse SA, eine Tochtergesellschaft der SRG, grund- und menschenrechtliche Vorgaben bei der Beurteilung, ob ein Werbespot des VgT zu senden sei, zu berücksichtigen habe. Das Bundesgericht bejahte diese Frage: Obwohl der Werbevertrag privatrechtlichen Regeln unterstehe, seien die SRG und ihre Tochtergesellschaft verpflichtet, im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen. Denn die SRG nehme auch im Werbebereich eine staatliche Aufgabe wahr. Denn der «von ihr privatrechtlich bewirtschaftete Werbebereich (…) dien(e) als Nebenaktivität zur Finanzierung ihrer Programme». Daher unterliege sie, als privilegierte Konzessionärin des Bundes, im Werbebereich im Vergleich zu Privaten zusätzlichen rechtlichen Schranken (E. 3.2.2, S. 311). Zu diesen zähle nicht nur das Willkürverbot oder die Rechtsgleichheit. Vielmehr habe sie auch dem «ideel-

Einweisung in eine geschlossene Einrichtung mit der Begründung geschützt, dass es nach einer über einjährigen Betreuung im Sondersetting legitim sei, eine Standortbestimmung zur weiteren Massnahmeplanung unter erneuter Abklärung der Risiken und der Legalprognose vorzunehmen, wozu eine erneute Begutachtung des Beschwerdeführers notwendig sei. Das Bundesgericht vermag indes nicht zu erkennen, wieso es hierzu der Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt bedarf. Der Beschwerdeführer habe sich im Sondersetting stabil und verlässlich verhalten und sowohl persönliche als auch schulische Fortschritte gezeigt. Die Begutachtung hätte daher auch im Rahmen des laufenden Settings stattfinden können. Der Settingabbruch sei einzig Folge der kritischen medialen Berichterstattung und des wachsenden öffentlichen Drucks gewesen. Die Einweisung in die geschlossene Abteilung beruhe somit auf sachfremden Gründen und verletzt somit sowohl das Willkürverbot als auch den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV).

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)

1. Menschenwürde, Nothilfe und Verbot erniedrigender Behandlung

Im Fall einer medikamentösen Zwangsbehandlung wegen paranoider Schizophrenie (BGer-Urteil 5A_666/2013 vom 7. 10. 2013) bestätigt das Bundesgericht seine früheren Entscheidungen (BGE 127 I 6; 130 I 16), wonach eine solche Behandlung die Menschenwürde «zentral betrifft» (E. 3.3). Diese inzwischen routiniert verwendete Formel ist für Situationen, in denen die Behandlung dringend notwendig ist und darum im Ergebnis keine Beeinträchtigung der Menschenwürde darstellt, denkbar ungeeignet. Wegen des absoluten Schutzes der Menschenwürde ist jede Berührung des Grundrechts gleichzeitig eine Verletzung. Man sollte darum treffender von einer möglichen Betroffenheit oder von einer Gefährdung der Menschenwürde sprechen.

Die Unverjährbarkeitsinitiative (vgl. Art. 123b BV) ändert nichts an einer Strafverfolgungsverjährung, die vor dem 30. November 2008

eingetreten ist. Das Bundesgericht entscheidet im BGer-Urteil 6B_479/2013 vom 30. 1. 2014 für solche Fälle, dass der mögliche sexuelle Missbrauch an Heiminsassen eines Klosters nicht aus Gründen des Menschenwürdeschutzes nach mehr als 40 Jahren noch aufgeklärt werden müsse (E. 3.2.3).

In verschiedenen Unterbringungsfällen würdigt das Gericht die Mindestbedingungen, die an eine menschenwürdige Lebensumgebung gestellt werden. Die Haftbedingungen im Gefängnis Champ-Dollon verstossen dabei gemäss BGE 140 I 125 insofern gegen die Menschenwürde, als monatelang eine für drei Gefangene geeignete Zelle mit sechs Gefangenen belegt wurde, wobei diese 23 von 24 Stunden eingeschlossen waren. Die Inhaftierung in einer fensterlosen, dauerbeleuchteten Zelle für zehn Tage verstösst gemäss dem Entscheid BGer-Urteil 6B_17/2014 vom 1. 7. 2014 ebenfalls gegen die Menschenwürde.

Dagegen hindern die Nothilfestandards den Kanton Waadt gemäss BGE 139 I 272 (Pra 2014 Nr. 54, S. 402 ff.) nicht daran, einen rechtskräftig weggewiesenen, ledigen und gesunden Asylbewerber nachts in einer Zivilschutzanlage unterzubringen, sofern seine Bewegung sonst unbeschränkt bleibt. Gemäss BGE 140 I 141 besteht im Rahmen der Dublin-Verordnung keine Rechtspflicht, Asylbewerbern mehr als die Mindestleistungen nach Art. 12 BV zu gewähren. Auch dürfen die Nothilfeleistungen in solchen Fällen gemäss BGE 139 I 265 davon abhängig gemacht werden, dass der weggewiesene Asylbewerber sie in der Gemeinde geltend macht, der er zugewiesen ist. Nothilfeleistungen sind gemäss BGer-Urteil 8C_633/2013 vom 30. 12. 2013 zudem inhaltlich ausgeschlossen, wenn ein Antragsteller objektiv befähigt gewesen wäre, eine berufliche Lücke durch Annahme einer zumutbaren Erwerbstätigkeit aus eigener Kraft zu überbrücken, wie man dies bei einem abgeschlossenen juristischen Studium annehmen darf. Eine häufige Abgrenzung zum Existenzminimum betrifft die Frage des Autos. Hier entscheidet das Gericht im BGer-Urteil 8C_19/2013 vom 18. 3. 2014, dass grundsätzlich der öffentliche Nahverkehr bzw. Velo oder Mofa für das Mobilitätsminimum genügen, sofern nicht gesundheitliche oder berufliche Gründe ein Auto erfordern. Die Behörden dürfen aber auch in allen übrigen Fällen den Verzicht auf ein Auto nicht generell einfordern, sondern müssen der unterstützten Person die Freiheit lassen, die Betriebskosten für ein Auto durch Einsparungen im Grundbedarf zu übernehmen (E. 5.1).

2. Persönliche Freiheit

2.1 *Hooligan-Konkordat*

Nachdem das Bundesgericht bereits in BGE 137 I 31 das Konkordat in seiner ursprünglichen Fassung vom 15. November 2007 für verfassungskonform erklärt hatte (ZBJV 147 [2011], S. 774 ff., 786 f.), geht es in BGE 140 I 2 (dazu auch die Kommentierung von JÖRG KÜNZLI, vorne, II.) nunmehr um dessen nachträgliche Verschärfungen vom 2. Februar 2012. Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle fragt das Gericht nach den Grenzen einer verfassungskonformen Anwendung der geänderten Vorschriften. Mit dem neuen Kombiticket als Auflage der nunmehr bewilligungspflichtigen Hochrisikospiele in der obersten Liga (Art. 3a Abs. 2 Satz 3) haben die Kantone ein Instrument eingeführt, das zuvor bereits in den Niederlanden und in Belgien bestand. Es nimmt den Fans der Gastmannschaft die Freiheit, über die Modalität ihrer Gruppenanreise selbst zu befinden, wenn sie das Spiel gemeinsam im Gästesektor sehen wollen. Eine private Anreise ist zwar nicht verboten, doch verhindert die Ticketvergabe dabei eine Gruppierung der Fans. Wegen dieser Ausweichmöglichkeiten erklärt das Gericht die Kombitickets für zumutbar (E. 9.2.5).

Wenig überzeugend ist dabei, dies als Einschränkung der Bewegungsfreiheit zu verstehen. In der Sache geht es um eine Versammlung zu Unterhaltungszwecken (Art. 22 BV), bei der die freie Gruppierung beschränkt wird. Den Fans ist weder der Zugang zum Stadion noch die Abreise verwehrt. Geregelt wird nur die Modalität der Reise, und auch dies nicht zwingend. Weil die Fans als zumutbare Alternative das Spiel auch einzeln buchen können, ist die Wahl des Kombitickets als freiwillig anzusehen und folglich nicht einmal ein Grundrechtseingriff. Nur die Beschränkung der freien Gruppenwahl ist ein leichter Eingriff in die Versammlungsfreiheit, der sich als Gewaltprävention ohne Weiteres rechtfertigen lässt.

Die verdachtsunabhängigen Leibesvisitationen anlässlich der Zutrittskontrollen (Art. 3b) beurteilt das Gericht als jedenfalls in einzelnen Formen schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit (E. 10.5.1). Weil in den Heimatkantonen der Beschwerdeführer (Aargau und Luzern) die Konkordatsänderung referendumspflichtig war, qualifiziert das Gericht das Konkordat als formellgesetzliche Grundlage, die angesichts der detaillierten Regelungen auch hinreichend

bestimmt ist. Wegen der grossen Gefahr, die von Feuerwerkskörpern und möglichen Panikreaktionen für die Gesundheit aller Stadionbesucher ausgeht, rechtfertigt sich eine körperliche Durchsuchung, zumal diese in der Intensität je nach Verdacht abgestuft ist. Damit ist auf Gesetzgebungsstufe der nötige Spielraum für eine verfassungskonform differenzierte Anwendung geschaffen.

In zwei besonders unflexibel formulierten Änderungen sieht das Bundesgericht mit Recht einen Verfassungsverstoss. Je rigider die Regelung, desto weniger Spielraum bleibt für eine verfassungskonforme Anwendung im Einzelfall. An der fehlenden Flexibilität scheitert zunächst die Regel, dass Rayonverbote zukünftig unabhängig vom Einzelfall für mindestens ein Jahr verhängt werden (E. 11.2.2). Ausserdem erklärt das Gericht den Verdoppelungsautomatismus für verfassungswidrig (E. 12.3.2). Nach diesem sollte jeder unentschuldigte Verstoss gegen eine Meldeauflage ohne Rücksicht auf die Umstände die Dauer der Meldeauflage verdoppeln. Zusammen genommen sind diese Erwägungen eine deutliche Warnung an den Gesetzgeber, dem Bedürfnis nach Abwägung im Einzelfall zukünftig bei der Formulierung solcher Instrumente mehr Gewicht einzuräumen. Im Ergebnis zeigt der Fall auch, dass es durchaus einen Unterschied bedeutet, ob eine schematische Sanktion wie das mindestens einjährige Verbot als privatautonome Massnahme (Stadionverbot) durch Klubs und Verbände verhängt wird, oder ob der gleiche Schematismus von staatlichen Behörden betrieben wird.[1]

2.2 *Keine «Pensionierung» für Strafgefangene*

Als eines der kuriosesten Urteile des Bundesgerichts im Berichtszeitraum betrifft der Entscheid BGE 139 I 180 die Frage, ob Strafgefangene nach AHV-Regeln «pensioniert» werden oder ob ihre Arbeitspflicht (Art. 90 Abs. 3 StGB) auch nach Erreichen des Pensionsalters fortbesteht. Der inhaftierte Beschwerdeführer hatte beantragt, ihn von der Arbeitspflicht zu befreien, weil er das 65. Lebensjahr überschritten habe. Das Gericht folgert aus dem Wortlaut des Gesetzes («ist der Eingewiesene arbeitsfähig»), aus der Marginalie («Vollzug von Massnahmen») und aus der Konkretisierung in der Hausordnung

1 Vgl. LAURA WÄCHTER, Verschärftes «Hooligan-Konkordat» weitgehend grundrechtskonform, in: Causa Sport 2014, S. 72–77 (74 f.).

der Justizvollzugsanstalt Pöschwies, dass nicht das Alter, sondern nur die konkrete Arbeitsfähigkeit die Grenze der Arbeitspflicht bildet. Arbeit soll nicht nur auf eine spätere Erwerbstätigkeit vorbereiten, sondern auch den Alltag im Strafvollzug strukturieren, um Vereinsamung und Degeneration entgegenzuwirken. Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, seine persönliche Freiheit werde unverhältnismässig eingeschränkt, wenn man ihm zur Strukturierung seines Alltags nicht frei gewählte Beschäftigungen statt Arbeit erlaube. Dem hält das Gericht mit Recht entgegen, dass es bei freier Wahl des Beschäftigungsprogramms nicht mehr gleich gut möglich wäre, die Anstalt geordnet zu führen (E. 2.6.2)

2.3 *Licht- und Lärmimmissionen*

Mehrere Entscheide betreffen die Problematik, dass Beleuchtung und Baugestaltung einerseits zur Selbstverwirklichung gehören, andererseits aber auch die körperliche Unversehrtheit der Nachbarn beeinträchtigen können. In BGE 140 II 33 (dazu auch die Kommentierung von JUDITH WYTTENBACH, vorne, III.2.) entwickelt das Bundesgericht restriktive Grundsätze zur Zierbeleuchtung. Das Verwaltungsgericht Aargau hatte eine private Dekorationsbeleuchtung auf die Zeit bis 22 Uhr und die Weihnachtsbeleuchtung (1. Dezember bis 6. Januar) auf die Zeit bis 1 Uhr beschränkt. Die Beschwerdeführer machen, vom Gericht unwidersprochen (E. 5.7), geltend, dass die Dekoration nicht nur unter die Eigentumsgarantie falle, sondern auch ihrer Persönlichkeitsentfaltung und künstlerischen Verwirklichung diene (E. 5.1). Wegen der ohnehin eingeschalteten Strassenbeleuchtung konnten die Nachbarn dem keine Gesundheitsrisiken entgegenhalten (Art. 11 Abs. 3 USG). Das Bundesgericht bestätigt gleichwohl die Zeitbegrenzung, weil das umweltschutzrechtliche Vorsorgeprinzip (Art. 11 Abs. 2 USG) unabhängig vom Einzelfall gebiete, alle unnötigen Lichtemissionen zu vermeiden. Es sei verhältnismässig, die Beleuchtung gemäss den Empfehlungen des BUWAL während eines Nachtruhefensters zwischen 22 und 6 Uhr zu verbieten.

In der Sache ging es den Nachbarn angesichts der bunten Lichtervielfalt um den Schutz vor ideellen Immissionen, der aber im öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz anders als im privatrechtlichen nicht vorgesehen ist (vgl. BGE 126 III 223 E. 3c S. 225 f.). Mittelbar gewährt das Bundesgericht diesen Nachbarschutz nun über das

umweltschutzrechtliche Vorsorgeprinzip. In früheren Entscheiden hatte das Gericht nur für aussergewöhnlich grosse und helle Weihnachtsdekorationen den Grundsatz der vorsorglichen Emissionsbegrenzung aktiviert (BGer-Urteil 1A_202/2006 vom 10. 9. 2007, E. 5.2). Nun wird auch eine Beleuchtung, die zwar «üppig» ausfällt (E. 7.1), aber nach Art und Vielfalt noch im sozial üblichen Rahmen liegt, dem Notwendigkeitstest unterworfen. Damit wird am Bagatellbereich gekratzt, der bisher rechtlich keiner Prüfung unterlag, was vom Bundesgericht kürzlich noch bekräftigt wurde (BGer-Urteil 1C_216/2010 vom 28. 9. 2010). Zukünftig wird wohl die Weihnachtsbeleuchtung, gerade weil sie teils als «überflüssig» angesehen wird,[2] einen schwereren Stand haben und öfter vor den Verwaltungsgerichten verhandelt werden.

In BGE 140 II 214 bekräftigt das Gericht diese Argumentation. Hier ging es um die nächtliche Beleuchtung des Bahnhofs Oberrieden See im Kanton Zürich. Das Bundesgericht führt einen Augenschein durch, lässt dabei probeweise einzelne Beleuchtungsteile abschalten und befindet: «Zu beleuchten ist nur, was beleuchtet werden muss» (E. 4.1). Wiederum ist, wie beim Lärmschutz, die Synchronisation mit dem Nachtruhefenster von 22 bis 6 Uhr geboten, soweit nicht einzelne Lampen zur Sicherheit des Bahnverkehrs und der Wartenden benötigt werden.

Im BGer-Urteil 1C_751/2013 vom 4. 4. 2014 betont das Bundesgericht, das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) biete im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichem Immissionsschutz keinen über das Vorsorgeprinzip hinausgehenden Schutz (E. 2.6). Damit drückt das Gericht aus, wie sich die grundrechtlich gebotene Abwägung im Bereich des Immissionsschutzes in das Verwaltungsrecht vorverlagern kann. Der Satz stimmt allerdings nur insoweit, als tatsächlich eine Auseinandersetzung mit der Intensität der Beeinträchtigung stattgefunden hat. In diesem Fall, bei dem ein Nachbar wegen einer wenig wahrscheinlichen Lärmzunahme den Umbau eines Metallbaubetriebs verhindern wollte, bestand tatsächlich kein Anlass für eine ausführliche Grundrechtsprüfung.

2 Stefan Meichssner, Bundesgericht schränkt Betriebszeiten privater Zierbeleuchtungen ein, in: Jusletter vom 24. Februar 2014, S. 4 (mit Differenzierung in Fn. 20).

2.4 *Ausführregeln für Hundehalter*

Ein neues Schulbeispiel für den Grundtatbestand der persönlichen Freiheit kreiert das Bundesgericht im BGer-Urteil 2C_856/2013 vom 10. 2. 2014. Die Beschwerdeführerin hatte auf dem Gemeindegebiet Wettingen gleichzeitig 16 Hunde ausgeführt, von denen nur zwei angeleint waren. Daraufhin verfügte der Gemeinderat, zukünftig dürfe sie maximal fünf Hunde gleichzeitig ausführen, wobei stets mindestens vier an der Leine zu halten seien. Das Verwaltungsgericht hatte den Gemeindeentscheid bestätigt – unter anderem unter Hinweis auf das öffentliche Interesse an der Sicherheit von Spaziergängern, Joggern und Kindern sowie auf die Verhältnismässigkeit der Massnahme. Demgegenüber kommt das Bundesgericht konsequenterweise gar nicht zum Prüfprogramm des Artikels 36 BV. Weil die persönliche Freiheit keine allgemeine Handlungsfreiheit schütze, sondern lediglich elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung, seien die Modalitäten des Hundeausführens kein Regelungsgegenstand, der in den Schutzbereich der Grundrechte falle (E. 5.3). Weder das Ausgehen mit mehr als fünf Hunden gleichzeitig noch der Ausgang ohne Leine gehört laut Gericht zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung. Zu einer materiellen Prüfung der Verhältnismässigkeit kommt es folglich in dem Fall gar nicht. Damit ist der Entscheid ein gutes Beispiel dafür, dass nach der schweizerischen Grundrechtssystematik nicht jede Bagatelle einer verfassungsrechtlichen Kontrolle unterworfen wird.

2.5 *Electronic Monitoring*

In BGE 140 IV 19 entscheidet das Bundesgericht, dass selbst bei konkreten Todesdrohungen und Tötungsplänen, die schriftlich in Handytexten festgehalten sind, die Untersuchungshaft unter Umständen durch ein Rayonverbot mit Electronic Monitoring (Art. 237 Abs. 3 StPO) abgelöst werden kann. Die Ersatzmassnahme, die als milderes Mittel in Bezug auf die Bewegungsfreiheit anzusehen ist, begründet das Gericht differenziert, indem es einerseits die Schwere des angedrohten Delikts (Mord) und andererseits die insgesamt günstige Prognose und darum geringe Realisierungsgefahr berücksichtigt. Der Entscheid zeigt, dass in Grenzfällen die technische Überwachung des Rayonverbots ein zusätzlicher Argumentationsfaktor zugunsten solcher Ersatzmassnahmen sein kann.

2.6 *Freiheitsberaubung*

Um die grundrechtskonforme Auslegung des Straftatbestands der Freiheitsberaubung geht es im BGer-Urteil 6B_137/2013 vom 20. 6. 2013. Das Gericht stellt zunächst klar, dass die Strafnorm dem Schutz des Grundrechts auf Bewegungsfreiheit dient (Art. 10 Abs. 2 BV). Der Beschwerdeführer war unter anderem wegen qualifizierter Freiheitsberaubung verurteilt worden, weil er seiner Lebenspartnerin verboten hatte, ausser in bestimmten Ausnahmefällen allein die Wohnung zu verlassen. Das durch Videokontrolle überwachte Privatverbot setzte er durch Drohungen und Schläge durch. Weil er die Partnerin aber nicht einschloss, hatten die Gerichte über die genaue Auslegung des Tatbestands zu befinden. Mit Blick auf die Bewegungsfreiheit ordnet das Bundesgericht ein andauerndes Zwangsregime, selbst wenn es über eine psychologische Schranke wirkt, die das Opfer nicht überwinden kann, als strafbare Freiheitsberaubung ein.

2.7 *Einkesselung Kanzleiareal/Helvetiaplatz*

Über die Abgrenzung von Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und Freiheitsentzug (Art. 31 BV) geht es in den Entscheiden BGer 1C_350, 352 und 354/2013 vom 22. 1. 2014. Die Grenzlinie, die unter anderem über den grundrechtlichen Anspruch auf direkte Anrufung eines Gerichts entscheidet (Art. 31 Abs. 4 BV), war in der Vergangenheit noch nie schematisch nach einer bestimmten Zeitdauer festgelegt worden und wird auch in den neuen Entscheiden unter Berücksichtigung weiterer Umstände (Art, Wirkung, Modalitäten, Anlass) vorgenommen. Dabei konkretisiert das Bundesgericht eine Reihe von Leitlinien, die für zukünftige Fälle bedeutsam sind, aber nicht alle gleichermassen überzeugen:

1. Bestätigt wird zunächst, dass das blosse Verbringen auf den Polizeiposten grundsätzlich noch nicht als Freiheitsentziehung anzusehen ist (BGE 136 I 87 E. 6.5.3 S. 108 f.).

2. Als allgemeine Leitlinie ordnet das Gericht demgegenüber eine «mehrstündige» Festnahme unter Abnahme der persönlichen Utensilien als Freiheitsentzug ein.

3. Bei den häufig problematischen Einkesselungen und Massenkontrollen im Zusammenhang mit unbewilligten Demonstrationen, bei denen leicht Unbeteiligte betroffen sein können, unterscheidet das Gericht – wenig überzeugend – nach dem Anlass: Wenn in einer

nächtlichen Demonstration bereits Sachbeschädigungen verübt wurden, soll der vier- bis sechsstündige Polizeigewahrsam mit erkennungsdienstlicher Behandlung noch kein Freiheitsentzug sein (BGE 107 Ia 138 vom 3. 6. 1981). Wenn hingegen tagsüber friedlich demonstriert werde, ist eine dem Umfang nach ganz ähnliche Massnahme als Freiheitsentzug einzustufen (BGer P.1758/86 vom 15. 12. 1987, in: ZBl 1988 S. 357 ff.). Den älteren Entscheid hätte das Gericht besser als obsolet ansehen sollen, denn er vermischt unsystematisch Rechtfertigungselemente mit Voraussetzungen des Grundrechtstatbestands.

4. Die blosse Einkesselung über sieben Stunden, mit der die Umgebung vor erkennbar gewaltbereiten Demonstranten geschützt wird, ist noch kein Freiheitsentzug, wenn sich die Eingekesselten innerhalb des abgesperrten Bereichs frei bewegen können und sich die Polizei nach Kräften bemüht, ihnen baldmöglichst einen kontrollierten Ausgang zu eröffnen (Urteil des EGMR *Austin et al. v. United Kingdom* vom 15. 3. 2012, N. 67).

5. Wenn allerdings zu einer 2½-stündigen Einkesselung das Fesseln mit Kabelbindern, ein Gefangenentransport und ein 3½-stündiger Zellenaufenthalt in der Polizeikaserne hinzukommen, wie in den jetzt zu entscheidenden Fällen, liegt nicht länger eine blosse Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit vor (Art. 10 Abs. 2 BV), sondern es ist – ungeachtet der weiteren Frage, ob auch die Minimalgarantie von Art. 5 Ziff. 4 EMRK verletzt ist – ein Freiheitsentzug im Sinne des Artikels 31 BV zu bejahen (E. 3.6.2).

Für die Praxis bedeuten die Entscheide zum Zürcher 1. Mai voraussichtlich einen entscheidenden Wandel. Die Polizei wird bei Einkesselungen von vielen Personen zukünftig bestrebt sein, die nötigen Kontrollen zur Freilassung möglichst sofort und vor Ort vorzunehmen. Andernfalls droht eine erhebliche Belastung der Gerichte.

3. Privatsphäre

Die Entscheide des Bundesgerichts zur Privatsphäre betreffen vor allem den konfliktträchtigen Bereich von Ausländeraufenthalt und Familienleben. In einem jüngeren Entscheid hatte das Gericht ausserdem über die Achtung des Briefverkehrs zu befinden:

3.1 *Unzensierte Häftlingspost*

Ein Insasse des Untersuchungsgefängnisses Basel-Stadt hatte im November 2013 einen Brief an einen Mithäftling geschrieben, den die Staatsanwaltschaft wegen ungebührlichen Inhalts zurückhielt. In BGer-Urteil 1B_103/2014 vom 16. 4. 2014 entscheidet das Bundesgericht, dass dieser Eingriff in die Briefverkehrsfreiheit (Art. 13 Abs. 1 BV) nicht gerechtfertigt ist. Es liege keinerlei Zusammenhang zum Strafverfahren vor (z. B. Kollusionsgefahr, Vorbereitungshandlungen). Ein schlicht ehrverletzender Inhalt, der noch nicht die Intensität «unflätiger Beleidigungen» erreicht, ist nach ständiger Rechtsprechung kein hinreichender Grund, um den freien Briefverkehr zu beschränken. Es sei verständlich, dass Inhaftierte ein besonderes Bedürfnis haben, ihrem aufgestauten Unmut über die persönliche Situation Luft zu machen. Entsprechend diesen Umständen muss es erlaubt bleiben, auch «unsachliche, ungehörige oder ungebührliche Kritik an den Strafbehörden oder dem Gefängnispersonal» zu äussern (E. 3.2). Auch sexuelle Anspielungen oder Geschmacklosigkeiten, die noch nicht einen «wesentlichen Grad von Unanständigkeit» erreichen, rechtfertigen die Zurückhaltung der Häftlingspost nicht (E. 3.4). Der Brief ist darum unzensuriert weiterzuleiten.

3.2 *Keine Rechtsprechungsänderung nach Udeh-Urteil*

Nachdem der EGMR im Urteil Udeh gegen die Schweiz entschieden hatte, dass zugunsten des Familienlebens auch das jüngste Verhalten eines ehemals wegen Drogendelikten verurteilten Nigerianers zu berücksichtigen sei, stellte sich die Frage, ob die bundesgerichtliche Praxis generell angepasst werden müsse. Überlagert wird die Problematik durch die Diskussionen über die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative. In BGE 139 I 325 (Pra 2014, Nr. 59, S. 160 ff.) zählt das Bundesgericht zunächst die im Laufe der Jahre entwickelten Abwägungskriterien nochmals auf (E. 2.3). Das Gericht stellt dann unter Hinweis auf frühere unpublizierte Entscheide fest, dass es sich beim EGMR-Entscheid Udeh «um keinen Grundsatzentscheid handelt» (E. 2.4). Eine nachträgliche Rechtfertigung des Gerichts gegenüber dem Udeh-Entscheid stellen die ausführlichen Hinweise dar, dass jenes Urteil massgeblich auf Umstände gestützt wurde, die erst nach dem bundesgerichtlichen Verfahren eingetreten sind oder bekannt wurden. Im vorliegenden Fall wird an der Wegweisung eines kosova-

rischen Staatsangehörigen mit drei in der Schweiz lebenden Kindern vom Bundesgericht festgehalten. Er war nach mehreren Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz bereits einmal aus der Schweiz weggewiesen und nunmehr wieder verurteilt worden. Hinsichtlich des Familienlebens hält es das Bundesgericht für vorstellbar, dass die ganze Familie in den Kosovo zurückkehrt oder der familiäre Kontakt zum Vater durch Ferienaufenthalte im Kosovo aufrechterhalten wird (E. 3).

3.3 *Besuchsrecht ausländischer Elternteile*

In BGE 139 I 315 lockert das Bundesgericht seine Spruchpraxis zum Besuchsrecht ausländischer geschiedener Väter. Als wichtige persönliche Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG kann eine besonders intensive Beziehung zum Kind genügen, um einen dauernden Aufenthalt zu begehren. Der Vater wird nicht auf Kurzbesuche aus dem Ausland verwiesen, wenn diese wegen der grossen Distanz (Mexiko und USA) schwer realisierbar sind. Im Interesse des Kindeswohls kommt dem Besuchsrecht nach Scheidung nunmehr ein grösseres Gewicht zu (E. 2.3), sodass für Ausländer, die in der Vergangenheit eine Aufenthaltserlaubnis besassen, bereits das im Umfang übliche Besuchsrecht als Indikator für die besonders intensive Beziehung ausreicht (E. 2.5). Die Lockerung gilt indes nur bei im Übrigen untadeligem Verhalten des ausländischen Elternteils. Wenn hingegen Straftaten vorliegen, hält das Gericht an der bisherigen Spruchpraxis, nach der dem Familienleben selbst bei erheblicher Distanz durch Kurzbesuche aus dem Ausland hinreichend Rechnung getragen wird, weiterhin fest – etwa im BGer-Urteil 2C_803/2013 vom 10. 5. 2014 (Marokko) und BGer-Urteil 2C_531/2013 vom 19. 5. 2014 (Tunesien).

3.4 *Keine formelle Beendigung der Reneja-Praxis*

In BGE 139 I 145 bekräftigt das Bundesgericht, dass es grundsätzlich an der Reneja-Praxis festzuhalten gedenke, lässt aber im konkreten Fall den Aufenthaltstitel des zu zwei Jahren bedingt verurteilten afghanischen Beschwerdeführers bestehen. Die Praxis bildete auch bisher keine feste Regel, sondern nur die Leitlinie, dass bei einer Verurteilung zu zwei Jahren oder mehr die familiären Gründe zurückstehen. Bei der nach Art. 8 EMRK notwendigen Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall gibt das Bundesgericht vor allem dem In-

teresse der schweizerischen Ehefrau grosses Gewicht, nicht in ein ihr kulturell fremdes Land mit existenzbedrohender Sicherheitslage ausreisen zu müssen (E. 3.6) und nicht zur alleinerziehenden Mutter zu werden (E. 3.7).

4. Informationelle Selbstbestimmung

4.1 *HOOGAN-Datenabgleich*

Die abstrakte Normenkontrolle in BGE 140 I 2 (vgl. vorne, 2.1) hatte auch die Ausweispflicht und den Abgleich der Identitätsdaten mit dem Informationssystem HOOGAN zum Gegenstand. Das Bundesgericht sieht darin eine Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung, die es aber als verhältnismässig beurteilt (E. 9.3.3). Dazu trägt bei, dass der Datenabgleich nicht positiv zur Speicherung der Eintrittsinformationen führt, sondern nur negativ den Zutritt trotz Verbots ausschliessen soll. Der Datenabgleich bei Sportveranstaltungen ist zudem ausdrücklich gesetzlich vorgesehen (Art. 24a Abs. 8 BWIS SR 120), sodass die im Datenschutzrecht wichtige Zweckbestimmung der Datenverarbeitung gewahrt bleibt.

4.2 *DNA-Profilpraxis*

In bedenklicher Weise rechtfertigt das Bundesgericht in mehreren Entscheidungen die weitgehende, präventive Erstellung und Verwendung von DNA-Profilen als bloss leichten Grundrechtseingriff (BGer-Urteil 1B_57/ 2013 vom 2. 7. 2013, BGer-Urteil 1B_323/2013 vom 24. 1. 2014, BGer-Urteil 1B_277/2013 vom 5. 4. 2014). Nach der Rechtsprechung genügt es, dass im Rahmen einer Strafverfolgung einmal ein Anlass zur Erfassung bestanden hat und «eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Betroffene in andere – auch künftige – Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte» (E. 3.2). Die generelle Abschreckungswirkung könne präventiv wirken, weil eine erfasste Person auch ohne Tatzeugen mit der Überführung rechnen müsse (E. 3.4).

Kritik verdient die Rechtsprechung zunächst, weil sie ganz unterschiedliche Massnahmen einheitlich als leichte Eingriffe qualifiziert. So hat das Bundesgericht in BGE 134 III 241 E. 5.4.3 S. 247 in einer Vaterschaftsstreitigkeit den Wangenschleimhautabstrich zwar

mit Recht als leichten Eingriff in die körperliche Integrität qualifiziert. Wenn es sich im vorliegenden Fall darauf beruft (E. 3.2), ist aber der Kontext ein ganz anderer. Hier ist ein Wangenschleimhautabstrich gemeint, der zur Speicherung eines DNA-Profils für Strafverfolgungszwecke führt und darum zusätzlich einen schwerwiegenden Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung darstellt.

Die Behauptung, mit der Erstellung eines DNA-Profils sei nur ein leichter Eingriff verbunden, findet sich seit BGE 128 II 259 E. 3.3 S. 269 f. in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dabei ist das besondere Gewicht der Beeinträchtigung nie richtig gewürdigt worden. Staatliche Biometriedatenbanken erzeugen ein tatsächliches und (noch stärker) ein psychologisch wirkendes Kontrollpotenzial, das bei den «Gespeicherten» eine ständige Verunsicherung begründen kann. Das Gefühl staatlichen Kontrolliertseins ist das Gegenteil dessen, was die informationelle Selbstbestimmung zur Verwirklichung von Autonomie anstrebt. Speziell bei der DNA-Profildatenbank ist mit der Erfassung zudem der Ruch des permanenten Tatverdachts verbunden. Der EGMR hat in S. und Marper vs. Vereinigtes Königreich (Nr. 30562/04 und 30566/04, vom 4. 12. 2008) das Risiko der Stigmatisierung als besonders gewichtig beurteilt (N. 122). Die staatliche Gesetzgebung in allen europäischen Staaten hat bisher von einer Vollerfassung der Bevölkerung abgesehen, obgleich diese unter Präventionsgesichtspunkten geradezu ideal wäre. Im europäischen Rechtsvergleich ist zudem ein Trend festzustellen, die besondere Schutzwürdigkeit biometrischer Daten formal anzuerkennen und ihre Erfassungsformen als schwere Grundrechtseingriffe zu würdigen.[3] Wenn die Rechtsanwendung des Bundesgerichts mit dem ausgesprochen weichen Kriterium der «gewissen» Wahrscheinlichkeit für zukünftige Delikte nun praktisch jeden Anlass genügen lässt, um die DNA-Profilspeicherung zu rechtfertigen, dann steht das der freiheitlichen Intention der Gesetzgebung und der allgemeinen Einschätzung der Biometriegefahren entgegen.

In der Sache wäre bei zwei der drei Entscheidungen wegen schwerwiegender Delikte, die häufig in Wiederholungstaten münden (Raub im BGer-Urteil 1B_324/2013 vom 24. 1. 2014; sexuelle Handlung mit Kindern im BGer-Urteil 1B_277/2013 vom 15. 4. 2014), eine

3 Dominika Blonski, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, § 4, zitiert nach dem Manuskript.

Speicherung auch als schwerwiegender Eingriff verhältnismässig gewesen. Im dritten Fall (im BGer-Urteil 1B_57/2013 vom 2. 7. 2013) boten allerdings keine gewichtigen Delikte den Anlass der DNA-Profilerstellung, sondern in erster Linie Drohungen und Beschimpfungen. Hier hätte eine differenziertere Beurteilung der Eingriffsintensität zu einem anderen Ergebnis geführt.

5. Recht auf Ehe – Telefonat mit der Ehefrau

Um den Kontakt unter Ehegatten trotz Untersuchungshaft geht es im BGer-Urteil 1B_170/2014 vom 12. 6. 2014. Der Beschwerdeführer hatte begehrt, einmal monatlich mit Frau und Tochter telefonieren zu dürfen. Die Verweigerung dieser Kontaktform beurteilt das Gericht unter anderem als Eingriff in das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV). Zwar besteht grundsätzlich kein Anspruch auf eine bestimmte Modalität des Kontakts, doch geben hier besondere Umstände den Ausschlag. Dazu gehört, dass die Familie in Frankreich lebt und nicht ohne grossen Aufwand zu Besuchen in die Haftanstalt kommen kann. Ein Briefkontakt mit der erst sieben Jahre alten Tochter, die zudem aufgrund schwerer Krankheit mehrfach operiert werden musste, kann den unmittelbaren Austausch nicht ersetzen. Schliesslich besteht keine Kollusionsgefahr mehr, weil die Untersuchungen der Staatsanwaltschaft längst abgeschlossen sind. Für allfällige verbleibende Sicherheitsbedenken verweist das Gericht schliesslich auf die Möglichkeit, Telefonate zu überwachen und nötigenfalls abzubrechen (E. 2.3).

6. Grundschulunterricht – Einschulungsklasse

In BGer-Urteil 2C_109/2014 vom 3. 2. 2014 geht es darum, ob ein Primarschüler im aargauischen Bezirk Brugg einen Anspruch auf Einschulung in der Regelklasse statt in einer Einschulungsklasse hat. Das Bundesgericht hält fest, dass keinerlei Anlass bestünde, das Recht auf einen ausreichenden und unentgeltlichen Schulbesuch (Art. 19 BV) «ungeachtet der Vorgaben der kantonalen Schulgesetzgebung» als Anspruch auf einen ordentlichen Schulbesuch in der Regelklasse zu verstehen (E. 2.2).

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)

1. Kopftuchverbot für Schülerinnen (Bürglen)

Der schon im letzten Jahr im Ergebnis besprochene Entscheid zum Kopftuchverbot für Schülerinnen in der Thurgauer Gemeinde Bürglen (ZBJV 149 [2013], S. 797) ist nunmehr mit den Erwägungen des Gerichts publiziert (BGE 139 I 280). Bemerkenswert ist die klare Einordnung des Verbots als schwerwiegender Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Schülerinnen. Während das Bundesgericht sonst – wenig überzeugend – dem Grundsatz folgt, dass die Eingriffsschwere sich massgeblich «objektiv» bestimmen lassen müsse, erkennt es für die Glaubensfreiheit die Bedeutung des individuellen Empfindens an. Es genügt danach, dass «die Schwere des Eingriffs objektiv nachvollziehbar wird und sich an äusseren Lebensumständen zeigt» (E. 5.2). Diese Argumentation ist zu begrüssen und sollte auch für andere Grundrechte offener Platz greifen. Anders als in früheren Entscheidungen (BGE 114 Ia 129) ist die Einordnung in diesem Fall ausführlich begründet. Angesichts dieser Gewichtung dürfte es selbst bei einer formellgesetzlichen Grundlage, die im vorliegenden Fall fehlte, für einen Gesetzgeber zukünftig schwierig werden, hinreichend gewichtige Gründe für ein Kopftuchverbot zu finden, das sich nicht an die neutralitätspflichtigen Lehrerinnen, sondern an die Schülerinnen richtet.[4]

2. Einfuhr von Koscher- und Halalfleisch

Gemäss BGer-Urteil 2C_1174/2012 vom 16. 8. 2013 (dazu auch die Kommentierung von Judith Wyttenbach, vorne III.2.) bedeutet der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu koscherem Fleisch nicht, dass für koscheres oder für Halalfleisch besondere Kontingentzollansätze zu schaffen sind, wo sie bisher nicht bestehen (E. 3.7.2).

4 Vgl. Giovanni Biaggini, Glaubens- und Gewissensfreiheit – Schul- und Bildungswesen, in: ZBl 114 (2013), S. 616.

VI. Kommunikationsgrundrechte (Axel Tschentscher)

1. Meinungsfreiheit

1.1 *Rufschädigende VgT-Werbespots*

In BGE 139 I 306 (dazu auch die Kommentierung von Jörg Künzli, vorne II.) heisst das Bundesgericht eine Beschwerde des Vereins gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) gut. Dieser hatte bei einer Tochtergesellschaft der SRG Werbezeit für einen selbst produzierten Spot gebucht. In einer überarbeiteten Fassung enthielt der Spot die Textpassage «was das Schweizer Fernsehen totschweigt». Die Nichtausstrahlung war von der UBI für rechtmässig erklärt worden. Diesen Entscheid hebt das Bundesgericht auf, weil er unzulässig in die Meinungsfreiheit eingreift. Im Werbebereich kann sich die SRG nicht gleich wie im redaktionellen Teil auf ihre Programmautonomie berufen (E. 3.1). Für die Zurückweisung von geschäfts- oder imageschädigender Werbung fehlt bereits die gesetzliche Grundlage (E. 4.1). Ausserdem genügt die blosse Befürchtung einer rufschädigenden Wirkung nicht als Interesse für die Verweigerung (E. 4.3). Abneigung gegen unliebsame Kritik ist weder als öffentliches Interesse noch als privates Interesse der SRG relevant (E. 5.1).

In der Literatur ist kritisiert worden, dass das Bundesgericht der SRG die Programmautonomie für den Werbeteil abspreche.[5] Richtig ist daran, dass die Bundesverfassung bei der «Autonomie in der Programmgestaltung» (Art. 93 Abs. 3 BV) die Werbung nicht ausdrücklich vom Programm ausnimmt. Nach der gesetzlichen Konkretisierung (Art. 6 RTVG) ist die Programmautonomie zunächst als Weisungsfreiheit gegenüber den Behörden und im Übrigen erkennbar als inhaltliche Gestaltungsfreiheit für das redaktionelle Programm zu verstehen. Bei Werbung indes geht es nicht um Inhaltsgestaltung, sondern um eine Vermarktung von Sendezeiten für drittproduzierte Spots. Die SRG kann der Meinungsfreiheit des VgT im Werbeteil kein eigenes Verfassungsrecht entgegenhalten. Es bleibt konsequenterweise bei der Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmungen in Privatrechts-

5 Thomas Steiner, Bundesgericht verpflichtet SRG zur Ausstrahlung eines SRG-kritischen Werbespots, in: Medialex 2014, S. 30.

form, die das Bundesgericht seit BGE 138 I 274 wieder konsequenter betont.

1.2 *JUSO-Fotomontage mit nacktem Vasella*

Die als Satire im Rahmen der politischen Debatte um die 1:12-Initiative gemeinte Fotomontage der Initianten erklärt das Bundesgericht im BGer-Urteil 5A_553/2012 vom 14. 4. 2014 für zulässig. Mit dem Titel «Abzocker, zieht euch warm an!» zeigte das Bild die Köpfe von Daniel Vasella, Brady Dougan und Oswald Grübel auf unbekleideten Männerkörpern. Der Schambereich blieb dabei bedeckt. Das Bild wurde auf der Website des Vereins JUSO Schweiz aufgeschaltet und in mehreren Presseerzeugnissen redaktionell aufgegriffen. Weil es sich erkennbar um eine Fotomontage handelte, die als Satire mit der genreüblichen überspitzten Darstellung operierte (E. 3.2 und 3.3), und weil der Meinungsfreiheit in einem Abstimmungskampf besonderes Gewicht zukommt (E. 3.6), stuft das Gericht die Aktion als «gerade noch tolerierbar» ein (E. 3.7).

1.3 *VgT gegen Vasella*

In den BGer-Urteilen 5A_354/2012 und 5A_374/2012 vom 26. 6. 2014 entscheidet das Bundesgericht im Ergebnis nochmals gegen Daniel Vasella. Der Tierschützer Erwin Kessler hatte den damaligen Novartis-Chef auf der Website des Vereins gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) angegriffen, unter anderem durch Formulierungen wie «Massenverbrechen von Vasella und Konsorten an Milliarden wehrlosen Versuchstieren». Bei der dagegen gerichteten zivilrechtlichen Klage ging es um die Frage der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Vom Vorwurf der Verleumdung hatte die strafrechtliche Abteilung des Gerichts Kessler bereits im BGer-Urteil 6B_412/2012 vom 25. 4. 2013 freigesprochen. Für die Frage der Widerrechtlichkeit berücksichtigt das Bundesgericht, dass von «Massenverbrechen» nur im Zusammenhang mit Tieren die Rede ist, und nur in einem untechnischen Sinn (E. 4.3.1).

1.4 *Rassendiskriminierungsfälle*

Wie in jedem Jahr hatte sich das Bundesgericht mehrfach mit der verfassungskonformen Interpretation des strafrechtlichen Tatbe-

stands der Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB) im Licht der Meinungsfreiheit zu befassen. Es blieb dabei seiner bisherigen Linie treu, nach der die Strafbarkeit letztlich nur in Extremfällen in Betracht kommt. Im BGer-Urteil 6B_715/2012 vom 6. 2. 2014 hebt das Bundesgericht eine Verurteilung hinsichtlich des Straftatbestands der Rassendiskriminierung auf, die gegen einen Polizisten erging, weil er einen Verhafteten als «Sauausländer» und «Drecksasylant» beschimpft hatte. Derlei primitive (und grundsätzlich nach Art. 177 StGB strafbare) Beschimpfungen seien zwar ehrverletzend, aber keine rassistischen Angriffe auf die Menschenwürde (E. 2.5.2). Im BGer-Urteil 6B_697/2013 vom 28. 4. 2014 hebt das Bundesgericht eine Verurteilung auf, die ergangen war, weil der Beschwerdeführer beim Aufsagen des Rütlischwurs öffentlich den rechten Arm zum «Hitlergruss» erhoben hatte. Nach den Umständen liegt dabei zwar ein eigenes Bekenntnis zum Nationalsozialismus vor, aber keine Absicht, darüber hinaus werbend unbeteiligte Dritte dafür zu gewinnen (E. 2.3).

2. Medienfreiheit

2.1 *Dignitas-Berichterstattung*

Die verfassungskonforme Anwendung der Ehrenschutzdelikte im Medienkontext beurteilt das Bundesgericht im BGer-Urteil 6B_202/2013 vom 13. 5. 2013 zugunsten des Tages-Anzeigers und entgegen dem Strafantrag der Sterbehilfeorganisation Dignitas. Zwar kommt Journalisten keine Immunität gegen Strafverfolgung zu, doch genügen sie ihren Pflichten, wenn ihre Tatsachenbehauptungen ungeachtet kleinerer Übertreibungen und Ungenauigkeiten im Wesentlichen der Wahrheit entsprechen (E. 2.5). Wenn eine Strafuntersuchung eröffnet wird, darf die Presse von einem entsprechenden Tatverdacht berichten (E. 2.6).

2.2 *Arena-Format*

Anlässlich einer vor der UBI gerügten Arena-Sendung über die Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» entscheidet das Bundesgericht in BGE 139 II 519, dass die gebotene Sachgerechtigkeit (Art. 4 Abs. 2 RTVG) nicht von den Voten einzel-

ner Diskussionsteilnehmer verlangt werden kann. Es ist sogar zulässig, dass eine Diskussionssendung «gewisse Aspekte, die mit dem Thema zusammenhängen, nicht erwähnt» (E. 4.2). Damit wird zwischen Informations- und Diskussionssendungen unterschieden und letzteren ein grösserer Spielraum zugebilligt. Konkret ging es darum, dass die frauenspezifischen Aspekte des Grundeinkommens bei der Sendung nicht zur Sprache gekommen waren. Das Bundesgericht geht davon aus, dass neben diesem «auch andere» Aspekte stärker hätten betont werden können (E. 5.3). Zu kurz kommt in dieser Einschätzung des Gerichts allerdings die geschlechtsspezifische Breitenwirkung, die ein Grundeinkommen auslöst. Es dürfte keinen anderen Aspekt geben, der vergleichbar zentral zum Thema gehört. So begrüssenswert die liberale Grundhaltung des Gerichts hinsichtlich der Diskussionsgestaltung auch sein mag, so wenig passt sie in diesem besonderen Fall. Es wäre der Moderation zuzumuten gewesen, in der Fragestellung jedenfalls diesen zentralen Punkt mit anzusprechen.

2.3 *Gebührenverzicht bei öffentlichen Dokumenten*

Schon in BGE 139 I 114 hatte das Bundesgericht wegweisend entschieden, dass Medienschaffende zwar keinen direkt durchsetzbaren Anspruch auf Gebührenbefreiung haben, die Ausstrahlungswirkung der Medienfreiheit aber einen Gebührenverzicht im Einzelfall gebieten kann (vgl. ZBJV 149 [2013], S. 799 f.). Damals ging es um 250 Franken für einen teilweise geschwärzten Projektbericht. Im BGer-Urteil 1C_550/2013 vom 19. 11. 2013 bekräftigt und konkretisiert das Bundesgericht seine Rechtsprechung am Beispiel einer umfangreicheren Liste, die für 600 Franken vom Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) bereitgestellt worden war. Wegen der Festsetzung wird die Sache an das ESTI zurückgewiesen, mit den gerichtlichen Hinweisen (E. 3.3), dass entweder ein vollständiger Erlass oder eine Reduktion um mindestens die Hälfte in Betracht komme, aber jedenfalls nicht die volle Höhe des Aufwands (sechs Stunden à 100 Franken).

2.4 *Kein Quellenschutz beim Dealerporträt «Roland»*

Fast bedauernd entscheidet das Bundesgericht (in voller Besetzung mit fünf Richtern) im BGer-Urteil 1B_293/2013 vom 31. 1. 2014

einen Fall, der vermutlich den EGMR beschäftigen wird, der aber vom Gericht nicht zur Publikation vorgesehen ist. Eine Journalistin hatte für die Basler Zeitung einen Cannabishändler mit Details aus seinem Alltag porträtiert. Beiläufig wurde dabei ein jährlicher Verdienst von 12 000 Franken erwähnt, was das Bundesgericht zwingt, die Aktivität unter die Katalogtaten einzureihen (Art. 28a Abs. 2 StGB, Art. 172 Abs. 2 StPO), die das journalistische Zeugnisverweigerungsrecht entfallen lassen (E. 2.1.2). Auch die gründliche Suche nach besonderen Umständen, die ausnahmsweise doch den Quellenschutz rechtfertigen könnten, bleibt erfolglos.

Der Fall zeigt einmal mehr, dass zwischen der breiten sozialen Akzeptanz des Cannabiskonsums einerseits und der formalen Einordnung unter die Betäubungsmitteldelikte andererseits ein erheblicher Wertungswiderspruch entstanden ist. Weil das Bundesgericht gezwungen war, eine relativ schematische Gesetzesregelung anzuwenden, gehört das Urteil zu denjenigen Entscheiden, die unter Umständen in Strassburg scheitern könnten.[6] Für die Medienschaffenden ist der Entscheid in jedem Fall ein Signal, dass sie die Katalogtaten in ihrer Abgrenzung genau kennen müssen. Durch ein schlichtes Weglassen des Jahresverdienstes wäre der Quellenschutz schon gesichert gewesen.

3. Demonstrationsfreiheit

3.1 *Genfer Kundgebungsreglement*

Im BGer-Urteil 1C_225/2012 vom 10. 7. 2013 heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gegen das revidierte Genfer Gesetz über Kundgebungen auf öffentlichem Grund teilweise gut. In Artikel 10A dieses Gesetzes war eine Sperrfrist von ein bis fünf Jahren für diejenigen Organisatoren vorgesehen, die bei früheren Demonstrationen die Auflagen (z. B. Ordnungsdienst) nicht respektiert hatten oder deren Veranstaltung einen gewalttätigen Verlauf genommen hatte. Ein Or-

6 Vgl. Markus Felber, Bundesgericht auf dünnem Eis, in: plädoyer 3/2014, 12–14 (14).

ganisator hätte dem Verbot nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes selbst dann unterlegen, wenn es ohne sein Verschulden («même sans sa faute») zu einer Fehlentwicklung des Demonstrationsverlaufs gekommen ist. Weil die Sanktion unabhängig von den konkreten Umständen eintritt und ausserdem unnötig ist, weil ein persönlich nicht geeigneter Organisator aus konkreten Gründen auch auf der Grundlage der allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen abgelehnt werden kann, stellt das Gericht fest, dass die Bestimmung wegen Verstosses gegen die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne verfassungswidrig ist (E. 6.4).

3.2 *Luzerner Samstagsdemonstrationen*

Um den Verdacht einer schematischen Bewilligungspraxis bei Samstagsdemonstrationen in Luzern ging es im BGer-Urteil 1C_485/2013 vom 3. 12. 2013. Dem Beschwerdeführer war eine Bewilligung ab 14 Uhr einmal versagt und beim zweiten Begehren auf 16 Uhr angepasst worden. Das Bundesgericht räumt ein, dass eine schematische Bewilligungspraxis, die während der Ladenöffnungszeiten am Samstag im Ergebnis zu einem Ausschluss von Demonstrationen führt, gegen die Versammlungs- und Meinungsfreiheiten verstossen würde (E. 5.2). Anhaltspunkte dafür findet das Gericht ausser in den Einlassungen des Beschwerdeführers auch in den Akten zur Bewilligungspraxis der Luzerner Behörden. Weil aber die gerichtliche Vorinstanz nicht schematisch geprüft, sondern im Gegenteil eine spezifische Kontrolle der Verhältnismässigkeit im Einzelfall vorgenommen hat, verfolgt das Bundesgericht diese Kritik nicht weiter. Im Ergebnis akzeptiert es die Argumentation der Behörden, dass die Sicherheitsprobleme bei Demonstrationen während der Ladenöffnungszeit erheblich grösser seien und nach Ladenschluss immer noch genügend Menschen in der Altstadt verbleiben, um eine Appellwirkung möglich zu machen (E. 5.3). Ob mit einer derart allgemeinen Begründung nicht genau jener Schematismus, der zuvor vom Gericht gerügt wurde, inhaltlich als Rechtfertigung anerkannt wird, muss die Praxis zeigen. Auch in engen Altstadtgassen sollte es mit sorgfältiger Planung jedenfalls an einigen Terminen möglich sein, den Demonstrierenden die weitaus grössere Aufmerksamkeit zu gewährleisten, die ihnen während der Ladenöffnungszeiten gewiss ist.