

## Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018

Von Proff. FRANZISKA SPRECHER, ANDREAS LIENHARD,  
PIERRE TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER, FRANZ ZELLER,  
Bern

Der Rechtsprechungsbericht wurde von Mitgliedern des Departements für öffentliches Recht der Universität Bern für den Besprechungszeitraum April 2017 bis März 2018 erstellt. Im Interesse der Aktualität sind vereinzelt Entscheide bis August 2018 berücksichtigt worden.\*

### Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und allgemeine Grundrechtslehren (AXEL TSCHENTSCHER)</b> .....	644
1.	Legalitätsprinzip im Abgabenrecht. ....	644
2.	Rechtsstaatsprinzipien im Beschaffungswesen. ....	646
3.	Umgehung der Zweitwohnungsbeschränkung .....	646
4.	Grundrechtsbindung der Genossenkorporation Stans. ....	647
5.	Schutzpflicht bei häuslicher Gewalt .....	647
6.	Kantonale Pflicht zur Verwirklichung der Gleichstellung .....	648
7.	Schutzpflicht im Kindschaftsrecht .....	649
<b>II.</b>	<b>Rechtsgleichheit und Willkürverbot (AXEL TSCHENTSCHER)</b> .....	650
1.	Allgemeine Rechtsgleichheit. ....	650
1.1	Ungleichbehandlung von Teilerwerbstätigen .....	650
1.2	Rechtsungleiche Fremdsprachenausbildung. ....	650
1.3	Ausschreibung für Abfalltransporte. ....	651
2.	Diskriminierungsverbot .....	651
2.1	Keine religiöse Diskriminierung der Zeugen Jehovas .....	651
2.2	Frauendiskriminierung beim Korporationsbürgerrecht. ....	652
2.3	Schwangerendiskriminierung bei SBB-Entlohnung .....	652
2.4	Männerdiskriminierung bei Witwerrente .....	652
2.5	Männerdiskriminierung bei Wehrpflichtersatzabgabe. ....	653

---

\* Für Hilfe bei der Erstellung danken wir NINA FASSBIND, ANDREAS GUTMANN, NINA OCHSENBEIN, LARS RUCHTI und FABIANE THOMANN.

3.	Willkürverbot . . . . .	654
3.1	Diagnose des Vertrauensarztes . . . . .	654
3.2	Kontosperre nach griechischem Bankskandal . . . . .	654
3.3	Einseitige Beweiswürdigung zum Nettoeinkommen . . . . .	654
3.4	Zweckbindung eines Heimfonds . . . . .	655
3.5	Angemessene Ausreisefrist . . . . .	655
3.6	Übergrosser Dachvorsprung . . . . .	655
4.	Treu und Glauben – Vertrauen auf Taggeldversicherung der SUVA . . . . .	655
<b>III.</b>	<b>Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (AXEL TSCHENTSCHER) . . .</b>	<b>656</b>
1.	Menschenwürde, Nothilfe und Verbot erniedrigender Behandlung . . .	656
1.1	Menschenwürdewidrige Haftbedingungen . . . . .	656
1.2	Nothilfe trotz Selbstverschuldens . . . . .	657
1.3	Verfahrensdimension der Menschenwürde . . . . .	657
2.	Lebensrecht, persönliche Freiheit und Freiheitsentzug . . . . .	658
2.1	Rechtliche Anerkennung der genetischen Vaterschaft . . . . .	658
2.2	Verweigerte Geschlechtsänderung im Zivilstandsregister . . .	659
2.3	Verweigerte Operation bei Zeugen Jehovas . . . . .	660
2.4	Zwangsbehandlung trotz Entlassung . . . . .	660
2.5	Durchsetzung von Vaterschaftstests . . . . .	661
3.	Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung . . . . .	661
3.1	Kindeswohl bei Leihmutterchaft . . . . .	661
3.2	Hausdurchsuchung wegen Hautcreme . . . . .	662
3.3	Erkennungsdienstliche Erfassung und DNA-Profilierstellung . . .	662
3.4	Familienleben im Ausländerrecht . . . . .	663
3.5	Verfristete Vaterschaftsanfechtung . . . . .	664
3.6	Private Observation durch Versicherungen . . . . .	664
3.7	Entsiegelung privater Briefe . . . . .	665
3.8	Vorratsdatenspeicherung . . . . .	665
3.9	IMSI-Catcher . . . . .	666
4.	Kindeswohl . . . . .	667
5.	Grundschulunterricht . . . . .	667
5.1	Sonderpädagogik an Privatschulen . . . . .	667
5.2	Kostenbeteiligung an schulischen Pflichtveranstaltungen . . . .	667

<b>VIII. Verfahrensgarantien (AXEL TSCHENTSCHER)</b> .....	702
1. Allgemeine Verfahrensgarantien .....	702
1.1 Stellungnahme im summarischen Verfahren .....	702
1.2 Entscheidung vor Einigungsverhandlung .....	702
1.3 Abholfrist bei Einschreiben .....	702
1.4 Qualifizierung des Sachvorbringens bei antizipierter Beweiswürdigung .....	703
1.5 Grenzen des Übersetzungsanspruchs .....	703
2. Rechtsweggarantie – Kehrtafelfahrt in Cazis .....	703
3. Garantien im gerichtlichen Verfahren – Eidgenössische Schätzungskommission 10. ....	704
4. Garantien im Freiheitsentzug – Innenminister von Gambia .....	705
5. Garantien im Strafverfahren .....	705
5.1 Kognition des Bundesgerichts in Strafsachen .....	705
5.2 Wiederherstellung der Berufungsfrist .....	706
5.3 Besuchsrecht unter Konkubinatspartnern .....	706

## I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und allgemeine Grundrechtslehren (AXEL TSCHENTSCHER)

### 1. Legalitätsprinzip im Abgabenrecht

Die Grundsätze der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV) und der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) werden ausserhalb spezieller Grundrechte vom Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür geprüft.<sup>1</sup> Das Gericht begründet dies im BGer-Urteil 8C\_502/2017 vom 30. November 2017 (zur Publikation in BGE vorgesehen) einmal mehr damit, hier handle es sich «nicht um ein verfassungsmässiges Recht, sondern bloss um ein verfassungsmässiges Prinzip» (E. 7). Im Abgabenrecht ist diese Beschränkung der Kontrolldichte unschädlich, denn hier gilt das Legalitätsprinzip als selbständiges verfassungsmässiges Recht (Art. 127 Abs. 1 BV). Im BGE 143 I 220 gibt das Gericht dem Legalitätsprinzip stärkere Konturen.<sup>2</sup> Die Gemeinde Blonay im Kanton Waadt hatte dem Eigentümer

<sup>1</sup> Siehe AXEL TSCHENTSCHER, Abschnitt I. – Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, in: JÖRG KÜNZLI et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2015 und 2016, ZBJV 152 (2016), 695 ff. (698) m. w. N.

<sup>2</sup> Deutsche Übersetzung in Pra 107/2018, Nr. 39, S. 333 ff.

eines Wohnhauses mit Innenschwimmbad insgesamt 4000 Franken Trinkwassergebühren in Rechnung gestellt. Der hohe Betrag war zum weit überwiegenden Anteil von 96% darauf zurückzuführen, dass die Gebühr oberhalb von 70 Kubikmetern Jahresverbrauch stark erhöht war. Die Trinkwasserabgabe war folglich nicht als reine Kausalabgabe in Form einer Benützungsg Gebühr nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip ausgestaltet, sondern durch eine Lenkungs-komponente überlagert und so zur «Lenkungs-kausalabgabe» ausgeformt (E. 4.3: «taxe causale d'orientation»). In seiner Rechtsprechung zu Emmissionszuschlägen bei Landegebühren hatte das Bundesgericht eine weitgehende Lockerung des Legalitätsprinzips zugelassen (BGE 125 I 182 E. 4d ff. S. 195 ff.). In diesem Fall wurden das Prinzip der gestuften Tarife sowie der Kubikmeterpreis des Wassers und die fixe jährliche Grundgebühr allein von der Gemeinde festgelegt (E. 6.1). Das Bundesgericht folgert demgegenüber aus dem abgabenrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 127 Abs. 1 BV), dass den Bürgern die Möglichkeit gegeben werden muss, die Gesetzmässigkeit der Gebühr zu überprüfen – und zwar «umso mehr, wenn der Tarif für die Trinkwasserversorgung eine Lenkungs-komponente enthält» (E. 6.2). Argumentativ ist das eine Rechtsprechungsänderung, denn hier wird die Lenkungs-komponente für eine *verstärkte* Gesetzesbindung aktiviert und ist nicht länger ein Grund für die *Lockerung* des Legalitätsprinzips.

Auch in BGE 143 I 227 geht es um das Legalitätsprinzip im Abgabenrecht.<sup>3</sup> Weil Gerichtsgebühren in für Kausalabgaben untypischer Weise nicht die Gesamtkosten der staatlichen Leistung den Begünstigten auferlegen, lässt sich die effektive Belastung durch Gerichtsgebühren nicht aus dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip ableiten (E. 4.2.3). In solchen Fällen muss der formelle Gesetzgeber den Betrag der Gerichtskosten festsetzen oder jedenfalls eine Obergrenze angeben (E. 4.3.2). Auch mit dieser Entscheidung *verschärft* das Bundesgericht das abgabenrechtliche Legalitätsprinzip im Vergleich zur früheren Judikatur über Gerichtsgebühren.<sup>4</sup>

---

3 Deutsche Übersetzung in Pra 107/2018, Nr. 25, S. 221 ff.

4 Vgl. BGE 106 Ia 249 – *Zürcherische Verwaltungsgerichtsgebühren*.

## 2. **Rechtsstaatsprinzipien im Beschaffungswesen**

Vermittelt durch den Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV) sind das Legalitäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV) auch ausserhalb spezieller Grundrechte für das unternehmerische Handeln des Staates verbindlich. Im BGE 143 II 425 bekräftigt das Bundesgericht diese Bindung für den Bereich des Beschaffungsrechts (E. 4.3).<sup>5</sup> Bei einer Ausschreibung des Bundesamts für Kommunikation hatte sich die Universität Zürich mit ihrem Angebot knapp gegenüber einem privaten Mitbewerber durchgesetzt. Der Erfolg beruhte darauf, dass der Aufwand des Projektverantwortlichen nicht zu den Projektkosten gerechnet wurde, obwohl dieser mit 180 Stunden pro Jahr knapp 10% des Projektaufwands ausmachte (E. 6.1). In einem solchen Fall ist die Vergabestelle zur Untersuchung verpflichtet und muss die gesetzliche Bindung (Art. 5 Abs. 1 BV) der Universität an den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) durchsetzen, indem sie die Anbieterin vom Verfahren ausschliesst. Nur ganz ausnahmsweise kann das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) den Ausschluss vermeiden, wenn die unzulässige Quersubventionierung keinerlei Einfluss auf die Rangierung der Angebote hat (E. 4.6).

## 3. **Umgehung der Zweitwohnungsbeschränkung**

Im BGer-Urteil 1C\_102/2017 vom 16. Januar 2018 (zur Publikation in BGE vorgesehen) wehren sich die Beschwerdeführer der Vereinigung «Helvetia Nostra» gegen eine Umgehung der Zweitwohnungsbegrenzung (Art. 75b BV), die sie als Mitinitianten der Zweitwohnungsinitiative im Jahr 2004 durchgesetzt hatten. In der Gemeinde Verbier im Kanton Wallis war der Bau zweier Chalets bewilligt worden, nachdem die Bauherren angegeben hatten, dass diese als Primärwohnungen genutzt werden sollten. Es existierten aber weder ernsthafte Offerten, noch liess die aktuelle Situation des Wohnmarktes den Schluss zu, dass die Nachfrage nach Primärwohnungen nicht anderweitig gedeckt sei. Für das Bundesgericht war darum die rechtsmissbräuchliche Umgehung (Art. 5 Abs. 3 BV) der Zweitwohnungs-

---

5 Zum beschaffungsrechtlichen Aspekt hinten Abschnitt VI.2.4 auf S. 688.

beschränkung derart manifest, dass die Bewilligung nicht erteilt werden durfte (E. 2.4).

#### 4. Grundrechtsbindung der Genossenkorporation Stans

Im BGer-Urteil 5A\_164/2017 vom 29. Januar 2018 ging es um die Frage, ob eine Korporation bei der Entscheidung über die Mitgliedschaft an die Grundrechte gebunden sei (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Genossenkorporation Stans hatte den Beschwerdeführern das Genossenbürgerrecht verweigert, weil nur deren Mutter Korporationsbürgerin war, nicht aber der Vater. Das Bundesgericht sieht «keine Anhaltspunkte» dafür, dass die Kantonsverfassung die Korporationen «aus der hoheitlichen Sphäre» des Kantons entlassen wollte (E. 4.3.3). Mindestens für die Mitgliedschaftsfragen sei die Korporation darum an die Grundrechte gebunden (E. 4.3.5).

#### 5. Schutzpflicht bei häuslicher Gewalt

Das BGer-Urteil 2C\_460/2018 vom 23. März 2018 ist einer der wenigen Fälle, in denen das Bundesgericht die staatliche Schutzpflicht zu griffigen Kriterien für die Rechtsanwendung verdichtet. Es ging um häusliche Gewalt und damit um die physische Integrität, deren Schutz dem Staat nach Art. 7, 10 Abs. 2 und 35 Abs. 1 und 3 BV (sowie Art. 3 und 8 EMRK) grundsätzlich obliegt. Nach der grundrechtlichen Schutzpflichtendogmatik ist kein bestimmtes Handeln des Staates gefordert, sondern den Behörden bleibt ein Spielraum, *wie* sie das gebotene Mindestmass an Schutz gewährleisten wollen.<sup>6</sup> Das Bundesgericht schreibt allerdings vor, dass der Schutz vor häuslicher Gewalt «nicht durch unzumutbar hohe Anforderungen an einen möglichen Verbleib im Land unterminiert werden» darf (E. 3.4.3). Die Beschwerdeführerin aus Belarus hatte 2010 einen 20 Jahre älteren Schweizer im Kanton Schwyz geheiratet und war nach sechs Jahren von diesem geschieden worden. Daraufhin hatte das Amt für Migration ihre Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert und die Wegweisung

---

<sup>6</sup> Siehe AXEL TSCHENTSCHER/ANDREAS LIENHARD, Öffentliches Recht. Ein Grundriss, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 106.

angeordnet. Das Bundesgericht stellt fest, dass wichtige Gründe zum Verbleib in der Schweiz (Art. 50 AuG) schon dann bestehen, wenn irgendeine Form häuslicher Gewalt nachweisbar ist, selbst bei einer nur einmaligen tätlichen Auseinandersetzung von gewisser Intensität (E. 3.2). Obwohl das Gericht die Anforderungen an einen Verbleib durch diese Konkretisierung der Schutzpflicht gesenkt hat, gelingt es der Beschwerdeführerin im konkreten Fall nicht, die behauptete häusliche Gewalt ausreichend zu belegen (E. 3.3 ff.).

## 6. Kantonale Pflicht zur Verwirklichung der Gleichstellung

Im BGer-Urteil 1C\_504/2016 vom 19. Oktober 2017 geht es um die Pflicht des Kantons Zug zur Verwirklichung der Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV i. V. m. Art. 35 BV; § 5 Abs. 2 sowie § 47 Abs. 1 lit. d KV/ZG; Art. 2 lit. a CEDAW). Der Fortbestand der seit 1999 bestehenden Kommission für Gleichstellung war 2010 im Kantonsrat knapp gescheitert. Das führte in BGE 137 I 305 zur bundesgerichtlichen Feststellung, dass der Kanton zwar keine bestimmte Organisationsform vorsehen müsse, aber zu regeln habe, wie der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden solle. Ein vollständiger Verzicht auf staatlich geförderte Gleichstellungsmassnahmen wäre verfassungswidrig (E. 5.5). Daran knüpften die Beschwerdeführer an, als 2016 der Entwurf eines Gleichstellungsgesetzes in Zug scheiterte. Sie verlangten, das Bundesgericht möge feststellen, dass der Kanton gegen seine verfassungs- und völkerrechtlichen Pflichten verstosse und dadurch Rechtsverweigerung begehe. Kurz nachdem die Beschwerde eingereicht worden war, beschloss der Regierungsrat eine Gleichstellungsverordnung, die 2017 in Kraft trat, sowie einen «Massnahmenplan 2016–2018», in dem bestehende Direktionen und Fachstellen mit Gleichstellungsaufgaben betraut wurden (E. 2.3). Das Bundesgericht hält fest, die Verordnung sei eine «zulässige Übergangslösung» (E. 3.4.3) und der Massnahmenplan lasse jedenfalls einzelne Ansätze erkennen, um die im Kanton umstrittene Gleichstellung mit bestehenden personellen und sachlichen Ressourcen zu fördern (E. 4.4). Damit sei die «minimale organisatorische Basis» für Gleichstellungspolitik geschaffen – mithin der Kanton «nicht untätig geblieben» (E. 4.5). Angesichts dieses kraftlosen Ergebnisses scheint das Gericht selbst zu erkennen, dass die Durchset-

zung der Verfassungspflicht hier an der Obstruktionspolitik des Kantons scheitert. Das Gericht rechtfertigt die eigene Untätigkeit damit, dass weitergehende Massnahmen den Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes «sprengen» würden, weil das Bundesgericht «ohne klare und konkrete rechtliche Vorgaben» nicht selbst Massnahmen anordnen könne (E. 6.3). Dabei wird übersehen, wie stark sich die Gleichstellungsmassnahmen inzwischen durch Umsetzung in anderen Kantonen konkretisiert haben. Jedenfalls eine Feststellung, dass Zug nicht durch blossе Scheinaktivitäten hinter den Standard der kantonalen Umsetzung zurückfallen darf, wäre hier möglich gewesen.

## 7. Schutzpflicht im Kindschaftsrecht

Im BGer-Urteil 5A\_332/2017 vom 18. Dezember 2017 geht es um eine wiederkehrende Konstellation, in der die grundrechtliche Schutzpflicht zugunsten genetischer Väter infrage steht. Hier kollidiert das Persönlichkeitsrechts des Vaters mit dem Recht des Kindes, seine Abstammung abzuklären, dem Persönlichkeitsrecht der Ehegatten und dem Recht auf Familienleben. Das Gericht muss in solchen Fällen fragen, ob und inwieweit sich aus den grundrechtlich geschützten Positionen Schutzansprüche ergeben, die durch eine grundrechtskonforme Auslegung des Zivilrechts staatlicherseits gewährleistet werden können und müssen (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV). Anders als bei der mittelbaren Drittwirkung (indirekten Horizontalwirkung) der Grundrechte, von der man im Bereich privatautonom verhandelter Vertragsbeziehungen spricht (Mietvertrag, Arbeitsvertrag), geht es in der Schutzpflichtendogmatik um Rechtsbeziehungen, die nicht autonom verhandelt sind.<sup>7</sup> Dazu gehört neben dem Deliktsrecht unter anderem auch das Kindschaftsrecht. Dass es sich hier letztlich um Grundrechtsfälle handelt, ist durch die ZGB-Bindung des Bundesgerichts verdeckt (Art. 190 BV), kommt aber mittelbar dadurch zum Ausdruck, dass nach Art. 8 EMRK gefragt wird.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Zu dieser Abgrenzung TSCHENTSCHER/LIENHARD, Öffentliches Recht (Fn. 6), Rz. 111.

<sup>8</sup> Dazu hinten Abschnitt III.2.1 auf S. 658.

## II. Rechtsgleichheit und Willkürverbot (AXEL TSCHENTSCHER)

### 1. Allgemeine Rechtsgleichheit

#### 1.1 Ungleichbehandlung von Teilerwerbstätigen

Im BGer-Urteil 9C\_752/2016 vom 6. September 2017 (zur Publikation in BGE vorgesehen) geht es um die Reichweite der *Di-Trizio-Rechtsprechung* des EGMR für die schweizerische IV-Praxis. Im EGMR-Urteil<sup>9</sup> ging es um die Verfassungsmässigkeit der «gemischten» Berechnungsmethode für den Invaliditätsgrad. Diese Methode wirkte sich für Frauen nachteilig aus, die nach der Geburt eines oder mehrerer Kinder ihren Beschäftigungsgrad reduzierten. Im Fall *Di Trizio* und der nachfolgenden Praxisänderung im BGE 143 I 50 ging es um den Statuswechsel von «vollerwerbstätig» zu «teilerwerbstätig». Das Bundesgericht erweitert die *ratio* des Entscheids nun auch auf einen Statuswechsel von «nichterwerbstätig» zu «teilerwerbstätig» (E. 4.3). Es gilt folglich allgemein: Wenn die Anwendung der gemischten Methode im Gegensatz zur Betätigungsmethode eine Verschlechterung der Position der versicherten Person mit sich bringt, so kommt dies einer diskriminierenden Ungleichbehandlung der Teilerwerbstätigen gleich, weshalb sich eine Korrektur aufdrängt.

#### 1.2 Rechtsungleiche Fremdsprachenausbildung

Im BGE 143 I 361 geht es um die Zulässigkeit der bündnerischen Volksinitiative «Nur eine Fremdsprache in der Primarschule». Im dreisprachigen Kanton sollten danach die Primarschulen in den italienisch- und rätoromanischsprachigen Gebieten einzig Deutsch und in den deutschsprachigen Gebieten einzig Englisch unterrichten. Die Bündner Sprachminderheiten müssten folglich zuerst die Sprache der Mehrheit, also Deutsch, lernen, wohingegen die deutschsprachigen Kinder direkt Englischunterricht erhielten. Dadurch wird nach Ansicht der Beschwerdeführer die deutsche Sprachregion bevorzugt, da die Kinder dort bereits in der Primarschule die nützlichste Fremdsprache, nämlich Englisch, lernen könnten. Das Gericht betont demgegenüber, dass dem Gesetzgeber in mehrsprachigen Kantonen ein grosser Ent-

---

9 EGMR Nr. 7186/09 vom 2. Februar 2016 – *Di Trizio v. Schweiz*.

scheidungsspielraum zusteht. Gegen das Rechtsgleichheitsgebot ist kein offensichtlicher Verstoss ersichtlich, weil ein verfassungskonformer Ausgleich nach der Primarschulstufe noch innerhalb der obligatorischen Schulzeit möglich ist (E. 5.3.2).

### 1.3 *Ausschreibung für Abfalltransporte*

Im BGE 143 I 177 geht es um die ungerechtfertigte Gleichbehandlung von Bewerbern bei einer Ausschreibung für Abfalltransporte. Die Zuschlagsempfängerin verfügte zwar über langjährige Erfahrung, hatte aber zum Zeitpunkt des Zuschlags keine Transportlizenz (E. 2.1). Das entsprach nicht den von der Vergabestelle ausgeschriebenen Eignungskriterien. Das Bundesgericht prüft, ob die Ungleichheit dieses Bewerbungselements als Ausschlussgrund zu gelten habe oder ob der Ausschluss in einem solchen Fall überspitzt formalistisch wäre (E. 2.3.1). Im Ergebnis wird die Transportlizenz als ein zentrales technisches Eignungskriterium eingestuft (E. 2.3.2) und die Verfassungswidrigkeit des Zuschlags bejaht.

## 2. **Diskriminierungsverbot**

### 2.1 *Keine religiöse Diskriminierung der Zeugen Jehovas*

Im BGer-Urteil 6B\_730/2017 vom 7. März 2018, das im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit im Detail vorgestellt wird,<sup>10</sup> geht es unter anderem um die Frage religiöser Diskriminierung, die sogar die Strafbarkeitsschwelle erreichen könnte (Art. 261<sup>bis</sup> StGB). Das Bundesgericht betont, dass die Klinik, um jeden Anschein einer Diskriminierung ausschliessen zu können, auf eine generell-abstrakt formulierte Einverständniserklärung zurückgegriffen hat (E. 2.4). Zwar seien die Zeugen Jehovas dort adressiert, aber nur beruhend auf der Erfahrungstatsache, dass sie Bluttransfusionen ablehnen. Die Klinik hatte ausserdem ein spezielles Positionspapier verfasst. Als gemeinsamer Nenner für alle Patientengruppen ist dort festgehalten: «Die Klinik ist nicht bereit, einen Patienten verbluten zu lassen.» (E. 2.4.1). Eine möglicherweise diskriminierende Ungleichbehandlung liegt so gesehen gar nicht vor.

---

<sup>10</sup> Dazu hinten Abschnitt IV.1 auf S. 668.

## 2.2 *Frauendiskriminierung beim Korporationsbürgerrecht*

Im BGer-Urteil 5A\_164/2017 vom 29. Januar 2018 bestätigt das Bundesgericht die Grundrechtsbindung der Genossenkorporation Stans<sup>11</sup> und fragt dann nach der möglichen Diskriminierung von Frauen durch die Mitgliedschaftsregeln. Bei den Beschwerdeführern war die Mutter Korporationsbürgerin, der Vater hingegen nicht. Die bisher geltenden Regeln verlangten sowohl den Namen eines Korporationsbürgergeschlechts als auch das Bürgerrecht der politischen Gemeinde. Dadurch wurde es verheirateten Frauen unmöglich gemacht, das Korporationsbürgerrecht an ihre Nachkommen weiterzugeben, wenn sie wegen des bis 2012 geltenden alten Namensrechts ihren Ledignamen und das Bürgerrecht infolge Heirat verloren. Die darin liegende indirekte Diskriminierung, die bereits im Jahr 2005 im BGE 132 I 68 festgestellt wurde, gilt darum auch für diese Fallkonstellation (E. 4.4.4 ff.).

## 2.3 *Schwangerendiskriminierung bei SBB-Entlöhnung*

Im BGer-Urteil 8C\_605/2016 vom 9. Oktober 2017 geht es um eine indirekte Lohndiskriminierung durch die SBB. Bei der Bahn gilt die Regel, dass Mitarbeiter für eine Beurteilung, auf deren Basis eine Lohnerhöhung durchgeführt werden kann, mindestens sechs Monate im Kalenderjahr gearbeitet haben müssen. Bedingt durch Schwangerschaft und Mutterschaft hatte die Beschwerdeführerin diese Grenze ganz knapp nicht erreicht. Das Bundesgericht erklärt es unter diesen Umständen für unverhältnismässig, wenn die SBB nicht prüfen, ob die Frau einen Anspruch auf Lohnerhöhung hat. Es seien alle Elemente für eine objektive Bewertung vorhanden. Die Nichtbeurteilung wegen Schwangerschaft sei darum diskriminierend (E. 7).

## 2.4 *Männerdiskriminierung bei Witwerrente*

Im BGer-Urteil 9C\_499/2017 vom 30. August 2017 bestätigt das Bundesgericht, dass die bundesgesetzliche Regelung zum Erlöschen der Witwerrente mit dem 18. Geburtstag des jüngsten Kindes (Art. 23 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 AHVG) eine nicht gerechtfertigte *Diskriminierung wegen des Geschlechts* darstellt (Art. 8 Abs. 3 BV)

---

11 Siehe vorne Abschnitt I.4 auf S. 647.

und darum bundesverfassungswidrig ist. Dass für diese Benachteiligung von Witwern gegenüber Witwen keine Rechtfertigung durch biologische oder funktionale Unterschiede besteht, hatte das Bundesgericht 2012 im BGer-Urteil 9C\_617/2011 betont. Seitdem ist der Bundesgesetzgeber nicht tätig geworden. Wie schon damals sieht sich das Gericht darum wegen der Massgeblichkeit des formellen Bundesgesetzes (Art. 190 BV) gehindert, die Regelung für unanwendbar zu erklären (E. 3.1), zumal ein Verstoss gegen Völkerrecht nicht vorliegt.<sup>12</sup>

## 2.5 Männerdiskriminierung bei Wehrpflichtersatzabgabe

Im BGer-Urteil 2C\_1051/2016 vom 24. August 2017 anerkennt das Bundesgericht die offensichtliche Diskriminierung, die darin liegt, dass in der Schweiz nur Männer wehrpflichtig sind (Art. 59 Abs. 1 und 2 BV). Im Entscheid ging es um die daraus folgende Wehrpflichtersatzabgabe (Art. 59 Abs. 3 BV). Anders als beim tatsächlichen Dienst, scheidet bei der schlichten Zahlung eine Rechtfertigung aus biologischen oder funktionalen Unterschieden, wie sie bei der eigentlichen Dienstpflicht bis vor Kurzem noch erwogen wurden (BGer-Urteil 2C\_221/2009 vom 21. Januar 2010 E. 7.1), von vornherein aus. Das Gericht stellt konsequenterweise fest, dass die Wehrpflicht einschliesslich ihrer potenziellen Zahlungsfolge wie im Übrigen auch die Zivilschutzpflicht (Art. 61 Abs. 3 BV) im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 2 und 3 BV stehen. Wenig überraschend wird die Wehrpflicht weiterhin für verfassungskonform erklärt. Unter Berufung auf die herrschende Lehre begründet das Bundesgericht dies damit, dass die Diskriminierungsgebote in Art. 59 und 61 BV, die ebenfalls in der Bundesverfassung und damit auf gleicher Normstufe erlassen wurden, als *lex specialis* den allgemeineren Diskriminierungsverboten in Art. 8 BV vorgehen (E. 3.4). Selbst wenn man die grundrechtlichen Kerngehalte und mit ihnen die Diskriminierungsverbote als *materielle Schranke der Verfassungsrevision* ansehen wollte,<sup>13</sup> so könnte das ohne eine Revision nicht für altes Verfassungsrecht wirken, sondern nur *pro futuro* bei neuen Beschränkungen der Grundrechte. Andernfalls müsste man die gesamte Bundesverfassung einer Konsistenzkontrolle un-

---

<sup>12</sup> Dazu PETER FORSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur AHV, SZS 2018, 161 ff. (178 f.).

<sup>13</sup> MARKUS SCHEFER/ALEXANDRA ZIMMERMANN, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes 2011, 343 ff. (349 f.).

terstellen, mit der nach «verfassungswidrigem Verfassungsrecht» gesucht wird. Auch die EMRK vermag die Männerwehrrpflicht nicht zu verhindern (E. 4.1 ff.).<sup>14</sup>

### 3. Willkürverbot

#### 3.1 *Diagnose des Vertrauensarztes*

Im BGer-Urteil 4A\_42/2017 vom 29. Januar 2018 (zur Publikation in BGE vorgesehen) geht es um die Frage, wie das Gutachten eines Vertrauensarztes zu würdigen ist, der den Patienten für teilweise arbeitsfähig erklärt, obwohl er ihn nicht untersucht hat. Das Gericht kann in solchen Fällen willkürfrei darauf verzichten, derartige Gutachten als Beweis zu würdigen (E. 3.2 und 3.3.1).

#### 3.2 *Kontosperre nach griechischem Bankskandal*

Im viel diskutierten BGE 143 III 693 stellt das Bundesgericht fest, dass die Schweizer Justizbehörden 2015 zu Recht das Konto einer Zürcher Gesellschaft für Vermögensverwaltung blockiert haben. Das Konto wurde dem griechischen Grossunternehmer Lavrentis Lavrentiadis zugeordnet, der als Mehrheitsaktionär und Vorsitzender im Zentrum des griechischen Proton-Bank-Skandals stand. Der Entscheid des Landgerichts Athen auf «konservative Beschlagnahme» konnte gestützt auf das Lugano-Übereinkommen als Sicherungsmassnahme (Art. 47 Abs. 2 LugÜ) ohne weitere Voraussetzungen für vollstreckbar erklärt und das Exequatur nicht angefochten werden (E. 3.1). Das den Arrestbefehl bestätigende Urteil des Obergerichts konnte nicht als willkürlich beanstandet werden (E. 3.4 und 3.6).

#### 3.3 *Einseitige Beweiswürdigung zum Nettoeinkommen*

Im BGE 143 III 617 geht es um den seltenen Fall einer «offenbar unhaltbaren» Beweiswürdigung. Das Obergericht hatte allein auf eine Passage in der Klageantwort abgestellt, obwohl andere ins Verfahren eingebrachten Belege dem widersprachen (E. 4.3.2). Damit

---

<sup>14</sup> Zur Kritik daran MARTIN D. KÜNG/BERNHARD WALDMANN, Wehrrpflichtersatzabgabe: Ungleichbehandlung der Geschlechter, Jusletter vom 23. April 2018, Rz. 1 ff. (13 ff.; 27).

erweist sich die Feststellung des Nettoeinkommens als willkürlich (E. 4.3) und die Beschwerde wird gutgeheissen.

### 3.4 *Zweckbindung eines Heimfonds*

Im BGer-Urteil 1C\_70/2017 vom 18. Juli 2017 bestätigt das Bundesgericht die Aufhebung eines Beschlusses der Zolliker Gemeindeversammlung. Die Vorinstanz habe willkürfrei entschieden, dass der Verkauf eines Altenheims nicht gutgeheissen werden dürfe, solange die Zweckbindung nicht mit Zustimmung des Regierungsrats aufgehoben werde (vgl. E. 3.3).

### 3.5 *Angemessene Ausreisefrist*

Im BGer-Urteil 2C\_200/2017 vom 14. Juli 2017 beurteilt das Bundesgericht eine Ausreisefrist von 30 Tagen für unverhältnismässig und offensichtlich unhaltbar (E. 4.3). Zwar ist dies die Obergrenze für die Regelfrist nach Art. 64d Abs. 1 AuG, doch liegen hier besondere Umstände vor, die eine längere Ausreisefrist erfordern. Der Beschwerdeführer aus Mazedonien hatte seit elf Jahren in der Schweiz gewohnt und konnte nach Überzeugung des Gerichts keine geordnete Beendigung seines Aufenthalts in 30 Tagen vollziehen.

### 3.6 *Übergrosser Dachvorsprung*

Im BGer-Urteil 1C\_457/2016 vom 7. März 2017 geht es um fast doppelt so lange Dachvorsprünge, wie sie nach dem geltenden Baurecht anrechnungsfrei zulässig wären. Eine solche Abweichung sei unter Willkür Gesichtspunkten nicht mehr tolerierbar (E. 3.4).

## 4. **Treu und Glauben – Vertrauen auf Taggeldversicherung der SUVA**

Im BGE 143 V 341 spricht das Bundesgericht dem Beschwerdeführer Taggeldansprüche gegen die SUVA zu. Dieser hatte sich online für eine Unfallversicherung gemeldet und mit jeder Prämienzahlung eine Bestätigung für den Versicherungsschutz erhalten, was insgesamt zu sechs Deckungsbestätigungen führte (E. 5.3.2.3). Weil die Versicherung durch besondere Abrede nur bis zu 180 Tage nach

Ende der Beschäftigung vorgesehen ist (Art. 3a Abs. 3 UVG), war die Anmeldung rückblickend verspätet (E. 4). Unter Hinweis auf die Beratungspflicht der SUVA (Art. 27 Abs. 2 ATSG) erklärt das Gericht es gleichwohl für treuwidrig (Art. 9 BV), wenn die SUVA den Versicherungsschutz bestätigt (Vertrauensgrundlage) und anschliessend die Leistung ablehnt (widersprüchliches Verhalten, E. 5.2.1). Im Ergebnis wird damit die ständige Praxis der SUVA, dass erst nach Eintritt des Schadensfalls das wirksame Zustandekommen eines Vertrags geprüft wird, für untauglich erklärt (E. 5.3.2.3).

### III. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (AXEL TSCHENTSCHER)

#### 1. Menschenwürde, Nothilfe und Verbot erniedrigender Behandlung

##### 1.1 *Menschenwürdewidrige Haftbedingungen*

Wie schon im letzten Jahr<sup>15</sup> ergingen auch in diesem Berichtszeitraum mehrere Entscheide zu den Haftbedingungen in Champ-Dollon. Das Bundesgericht zeigt sich zunehmend zurückhaltend, eine Verletzung der Menschenwürde anzuerkennen. So war im BGer-Urteil 6B\_1085/2016 vom 28. August 2017 die Beschwerde erfolglos: Zwar befand sich der Beschwerdeführer während 201 Tagen in einer Zelle mit weniger als vier Quadratmetern Fläche, aber er konnte sich durchschnittlich fünf Stunden pro Tag ausserhalb der Zelle aufhalten. Im BGer-Urteil 6B\_1244/2016 vom 31. Oktober 2017 hatte der Beschwerdeführer nur 3.39 Quadratmeter zur Verfügung und musste in einzelnen Nächten auf einer Matratze auf dem Boden schlafen – dies aber nur während 60 nicht aufeinander folgenden Tagen. Dagegen ist im BGer-Urteil 1B\_325/2017 vom 14. November 2017, das die Strafanstalt in Bois-Mermet betrifft, der menschenwürdige Minimalstandard unterschritten. Der Beschwerdeführer war über den sehr langen Zeitraum von 648 Tagen auf einer Fläche von 3.74 Quadratmetern, zusätzlich

---

<sup>15</sup> Siehe AXEL TSCHENTSCHER, Abschnitt IV. 1.3 – Haftbedingungen in Champ-Dollon, in: JÖRG KÜNZLI et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2016 und 2017, ZBJV 153 (2017), 661 ff. (681 f.).

beschränkt durch Mobiliar, untergebracht und durfte täglich teils nur eineinhalb Stunden ausserhalb der Zelle verbringen. Ausserdem war die Toilette nur durch einen Vorhang von der Gemeinschaftszelle abgetrennt und die Zelle selbst schlecht isoliert. Ebenfalls betreffend Champ-Dollon, aber diesmal hinsichtlich einer unzureichenden psychiatrischen Behandlung, betrifft das BGer-Urteil 6B\_154/2017 vom 25. Oktober 2017 einen ehemaligen ägyptischen Polizeioberst, der mehrere Jahre im Gefängnis untergebracht wurde, bevor die Genfer Justiz ihn in eine psychiatrische Klinik überführte. Das Bundesgericht lehnt dessen Schadenersatzbegehren ab, weil das Gefängnispersonal hinreichende Schutzanstrengungen unternommen hatte, um seine psychische Krankheit zu berücksichtigen (E. 3.3).

### 1.2 *Nothilfe trotz Selbstverschuldens*

Im BGer-Urteil 8C\_100/2017 vom 14. Juni 2017 stellt das Bundesgericht einmal mehr klar, dass die Nothilfe (Art. 12 BV) nicht herabgesetzt oder verweigert werden darf, wenn der Betroffene selbst für seine Bedürftigkeit verantwortlich ist. Der Fall war besonders problematisch, weil sich ein Ehepaar absichtlich in die Notlage manövriert hatte, um Sozialhilfe und dann Nothilfe begehren zu können. Die Wohneigentumsanteile hatten sie dazu an ihren Sohn veräussert, um eine vom Sozialdienst verlangte Schuldbrieferrichtung zu umgehen. Entgegen einer Auflage hatten sie den Verkauf der Behörde nicht gemeldet und den Ertrag für eine Rückzahlung vorbezogener Pensionskassenbeiträge eingesetzt und dadurch illiquide gemacht. Ein Guthaben aus der Personalvorsorge verwendeten sie nach Auszahlung für die Begleichung privater Schulden und für Ferienreisen, um sich gleich danach wieder mit einem Unterstützungsgesuch an die Behörde zu wenden. In der Vergangenheit hatten sie zudem während des Sozialhilfebezugs Zahlungen der Tochter verschwiegen und den Kauf von fünf Fahrzeugen verheimlicht. Trotz dieses Hintergrunds besteht das Bundesgericht mit Recht darauf, dass die Nothilfe nur nach den aktuellen und tatsächlichen Verhältnissen beurteilt werden darf (E. 8.1).

### 1.3 *Verfahrensdimension der Menschenwürde*

Im BGer-Urteil 1C\_427/2017 vom 15. Dezember 2017 besteht das Bundesgericht einmal mehr darauf, dass der in der Menschenwürde begründete Anspruch auf eine *wirksame und vertiefte Untersu-*

*chung* durchgesetzt wird. Der Beschwerdeführer hatte bei seiner Festnahme Verletzungen unter dem Auge und am Zahn erlitten. Nach seiner Darstellung waren diese durch mehrere Faustschläge der Polizisten verursacht worden, während der Festnahmerapport behauptete, man habe ihn «auf den Boden geführt und arretiert» (E. 4.2.2). Das Bundesgericht verlangt, dass mindestens die Sanitäter und das Behandlungspersonal in der Klinik hätten einvernommen werden müssen, um die Vorwürfe abzuklären (E. 4.2.5).

## 2. Lebensrecht, persönliche Freiheit und Freiheitsentzug

### 2.1 *Rechtliche Anerkennung der genetischen Vaterschaft*

Im BGer-Urteil 5A\_332/2017 vom 18. Dezember 2017 geht es, obwohl vom Gericht nicht so benannt, um staatliche Schutzpflichten zugunsten des Persönlichkeitsrechts.<sup>16</sup> Der Beschwerdeführer war unbestritten der aussereheliche genetische Vater eines Kindes, für das der Ehemann kraft gesetzlicher Vermutung (Art. 255 Abs. 1 ZGB) als alleiniger rechtlicher Vater eingetragen worden war. Die Ehegatten hatten kein Interesse, diese rechtliche Vaterschaft anzufechten. Weil das schweizerische Zivilrecht keine rechtliche Feststellung der Abstammung ohne Anfechtungsverfahren kennt, hatte der genetische Vater keine Grundlage, um seine Vaterschaft rechtlich anerkennen zu lassen. Er wollte diese Anerkennung nun als Anspruch aus seinem Persönlichkeitsrecht durchsetzen. Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung einen solchen Anspruch im Interesse des Familienfriedens verneint und beispielsweise 1982 festgestellt, dass der leibliche Vater, der das Familienleben eines Ehepaares stört, indem er auf einer Klärung besteht, die übergeordneten Persönlichkeitsrechte des Kindes, der Mutter und des rechtlichen Vaters verletzt (BGE 108 II 344). Demgegenüber hat in Deutschland das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundrecht des genetischen Vaters auf Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt, eine Pflicht des Gesetzgebers abgeleitet, zum Schutz des väterlichen Persönlichkeitsrechts ein zivilrechtliches Ver-

---

16 Siehe vorne Abschnitt I. 7 auf S. 649.

fahren allein zur Feststellung der Vaterschaft bereitzustellen.<sup>17</sup> Auch in der Schweiz wurde aus unterschiedlichsten Gründen bereits für eine Klage *sui generis* plädiert.<sup>18</sup> Jedenfalls muss man die Fortpflanzung als derart existenziellen Bestandteil des eigenen Lebens einstufen, dass die Kenntnis der eigenen Elternschaft zum verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz für elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung zählt (Art. 10 Abs. 2 BV). Darauf hatte sich der Beschwerdeführer auch berufen (E. 3).

Das Gericht behandelt den Fall gleichwohl rein zivilrechtlich (vgl. E. 4.4) und ändert seine Rechtsprechung nicht: Der Registervater sei der einzige rechtlich anerkannte Vater (E. 4.1). Weder die Mutter noch der genetische Vater habe ein Anfechtungsrecht (E. 4.2, 4.4.1). Zwar stehe dem Kind selbst ein übergeordnetes Recht auf Klärung der eigenen Abstammung zu (E. 4.3). Doch von diesem wurde bisher nicht Gebrauch gemacht. Selbst wenn es einen Anspruch auf Kenntnis der Nachkommenschaft gäbe, wäre dieser jedenfalls weniger intensiv als der Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und im Ergebnis den Persönlichkeitsrechten des Kindes und der rechtlichen Eltern untergeordnet (E. 4.4.3).

## 2.2 *Verweigerte Geschlechtsänderung im Zivilstandsregister*

Um einen geradezu kafkaesken Ablauf geht es im BGE 143 III 284 über die Anerkennung der Geschlechtsumwandlung einer schweizerisch-spanischen Doppelbürgerin.<sup>19</sup> Die 1967 in Genf als Junge geborene Beschwerdeführerin hatte bereits zahlreiche Schritte rechtlich unternommen: 2009 bewilligt die Genfer Direktion für das Zivilstandswesen die Vornamensänderung; ihr wird eine neue Identitätskarte dafür ausgestellt; nach Vorlegung eines ärztlichen Zeugnisses über stabile Geschlechtsdysphorie bewilligt das spanische Konsulat 2010 die Eintragung eines neuen Namens im spanischen Zivilstandsregister und die Änderung der Geburtsurkunde. Fünf Jah-

---

17 BVerfGE 117, 202 (226 ff.) – *Vaterschaftsfeststellung*; umgesetzt vom Gesetzgeber durch einen neuen § 1598a BGB, der seit 2008 eine rechtliche Klarstellung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren ermöglicht.

18 REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema*, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, in: ZBJV 144 (2008), 82 ff. (97 ff.; 100 ff.).

19 Deutsche Übersetzung in Pra 107/2018, Nr. 45, S. 383 ff.

re später scheitert die Beschwerdeführerin, als sie sich von den Genfer Behörden erneut eine Identitätskarte ausstellen lassen will. Nunmehr heisst es, weder die spanische Geburtsurkunde noch die spanische Identitätskarte oder der Entscheid des spanischen Generalkonsuls könnten akzeptiert werden, um den Personalstatus im schweizerischen Zivilstandsregister zu korrigieren. Das wird vom Bundesgericht bestätigt. Die Schweiz sei der Konvention über die Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen (CIEC) bisher nicht beigetreten (E. 4.2). Mangels schweizerischer Rechtsregelung komme nur eine Statusklage vor Gerichten in Betracht. Der Generalkonsul sei keine Gerichtsbehörde, weshalb sich das kantonale Verwaltungsgericht «zu Recht und ohne exzessiven Formalismus» weigern dürfe, die Geschlechtsänderung in die schweizerischen Zivilstandsregister einzutragen (E. 5.3). Kurioserweise wird die Beschwerdeführerin, obwohl sie nach dieser Entscheidung nur in Spanien eine Frau, in der Schweiz aber rechtlich nach wie vor ein Mann ist, vom Bundesgericht konsequent in der weiblichen Form adressiert (E. 4: «Elle se plaint d'une violation...»).

### 2.3 *Verweigerte Operation bei Zeugen Jehovas*

Im BGer-Urteil 6B\_730/2017 vom 7. März 2018, das im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit im Detail vorgestellt wird,<sup>20</sup> geht es um eine verweigerte Operation. Diese kann grundsätzlich als Verletzung der körperlichen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) durch Unterlassen trotz staatlicher Schutzpflicht angesehen werden (vgl. E. 1.2). Hier konnte der Patient aber termingerecht und komplikationslos in einem anderen Spital operiert werden, sodass die körperliche Unversehrtheit nicht betroffen war.

### 2.4 *Zwangsbehandlung trotz Entlassung*

Im BGer-Urteil 5A\_393/2017 vom 29. Dezember 2017 geht es darum, wie weit der Kreis medizinischer Zwangsbehandlungen zu ziehen ist. Typischerweise werden Zwangsbehandlungen nach einer Klinikeinweisung während eines stationären Aufenthalts im Spital durchgeführt. In diesem Fall hatte der zuständige Arzt nach bereits mehr als einjähriger Behandlung vor der Entlassung eine Depotmedikation, alle 28 Tage, intramuskulär injiziert verordnet, um den

---

<sup>20</sup> Dazu hinten Abschnitt IV.1 auf S. 668.

Rückfall in eine Selbstgefährdungslage zu verhindern. Der Patient begehrte Aufhebung der Behandlungsanordnung wegen unverhältnismässig schwerer Nebenwirkungen. Obwohl es theoretisch möglich wäre, dass sich der Patient ausserhalb des Spitals der Behandlung verweigert, geht das Bundesgericht von einer Zwangsbehandlung aus: Er müsse nämlich damit rechnen, erneut fürsorgerisch in eine Klinik eingewiesen zu werden (E. 4.2.1). Der Fall der unfreiwilligen Behandlung nach der Entlassung wird also den klassischen Fällen der Zwangsbehandlung gleichgestellt. Im Ergebnis hält das Gericht die Behandlung angesichts vorausgegangener Rückfälle für verhältnismässig (E. 4.2.3).

### 2.5 *Durchsetzung von Vaterschaftstests*

Im BGE 143 III 624 geht es um den Zwang zur Mitwirkung an einer körperlichen Untersuchung (Wangenschleimhautabstrich zur DNA-Begutachtung der Vaterschaft), die – obwohl schmerzfrei – einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit darstellt (Art. 10 Abs. 2 BV). Das Gericht stützt die Realvollstreckung auf Art. 160 Abs. 1 lit. c und Art. 296 Abs. 2 Satz 1 ZPO und lässt sie zu (E. 6.2.1). Eine weitere Besonderheit des Falles besteht darin, dass das Bundesgericht die Vaterschaftsanfechtung durch die Heimat- und Wohnsitzgemeinden gemäss Art. 260a Abs. 1 ZPO erlaubt (E. 2.3 ff.), obgleich das Kind dadurch seine schweizerische Staatsbürgerschaft verlieren und einen Nachteil erleiden würde (E. 3.4.3 f.). Hier lag allerdings eine missbräuchliche Kindesanerkennung nach aufgelöster Scheinehe vor.

## 3. **Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung**

### 3.1 *Kindeswohl bei Leihmutterschaft*

Im BGer 5A\_912/2017 vom 21. Dezember 2017 setzt das Bundesgericht seine problematische Rechtsprechung zur Ablehnung des Sorgerechts bei Leihmutterschaft fort.<sup>21</sup> Für das in Kalifornien von

---

<sup>21</sup> Zur Kontroverse siehe AXEL TSCHENTSCHER, Abschnitt IV.4 – Kindeswohl bei Leihmutterschaft, in: JÖRG KÜNZLI et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014 und 2015, ZBJV 151 (2015), 717 ff. (734 ff.); DERS., Abschnitt IV.5 – Kindeswohl – Leihmutterschaft, in: KÜNZLI et al., Rechtsprechung 2015/16 (Fn. 1), 715 ff.

einer Leihmutter ausgetragene Kind hatten die Genfer Behörden die Eintragung des zweiten, biologisch nicht verwandten Elternteils abgelehnt. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ohne neuerliche inhaltliche Auseinandersetzung ab.

### 3.2 *Hausdurchsuchung wegen Hautcreme*

Im BGer-Urteil 1B\_519/2017 vom 27. März 2018 beurteilt das Bundesgericht eine Notdurchsuchung (Hausdurchsuchung ohne Durchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft in Zürich) als unverhältnismässige Beeinträchtigung der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV). Der Beschwerdeführer hatte versucht, sich eine antibakterielle Creme gegen Hautunreinheiten durch ein gefälschtes Rezept zu verschaffen. Für die beschlagnahmten Geräte (Laptop, externe Festplatte, Smartphone) stellte die Staatsanwaltschaft einen Entsiegelungsantrag. Der Beschwerdeführer machte geltend, er arbeite nebenberuflich als Escort (Begleitperson) für homosexuelle Kunden und wolle das unbedingt geheim halten. Das Bundesgericht kritisiert «auffallend massive Zwangsmassnahmen» (E. 3.7) und heisst die Beschwerde gut.

### 3.3 *Erkennungsdienstliche Erfassung und DNA-Profilherstellung*

Mehrere Entscheide im Berichtszeitraum betrafen den kombinierten Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) durch Aufbewahrung von Daten nach erkennungsdienstlicher Erfassung. Im BGer-Urteil 1B\_185/2017 vom 21. August 2017 geht es um einen leichten Ladendiebstahl, doch waren über den Beschwerdeführer noch andere Delikte aktenkundig, weshalb das Bundesgericht die erkennungsdienstlichen Massnahmen gutheisst (E. 4.2). Im BGer-Urteil 1B\_274/2017 vom 6. März 2018 nimmt das Bundesgericht einmal mehr Abstand von seiner ursprünglich bedenklich weiten Rechtsprechung zur DNA-Profilpraxis.<sup>22</sup> Weil keine schweren Delikte zu be-

---

<sup>22</sup> Zu dieser AXEL TSCHENTSCHER, Abschnitt IV.4.2 – DNA-Profilpraxis, in: JÖRG KÜNZLI et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2013 und 2014, ZBJV 150 (2014), 777 ff. (806 ff.); DERS., Abschnitt IV.7.2 – DNA-Profil-Praxis, in: JÖRG KÜNZLI et al., Rechtsprechung 2015/16 (Fn. 1), 718 f.; DERS., Abschnitt IV.6.2 – DNA-Analysen, in: JÖRG KÜNZLI et al., Rechtsprechung 2016/17 (Fn. 15), 689 ff.

fürchten sind, darf kein Profil erstellt werden. Im BGer-Urteil 1B\_244/2017 vom 7. August 2017 ging es um die DNA-Profilierung wegen Sachbeschädigung (Zugsprayer). Weil der Beschwerdeführer einschlägig vorbestraft war, bestanden konkrete Anhaltspunkte für mögliche zukünftige Delikte, was die Zwangsmassnahmen verhältnismässig macht.

### 3.4 *Familienleben im Ausländerrecht*

Wie in jedem Berichtszeitraum, so war das Bundesgericht auch diesmal mit zahlreichen Entscheiden befasst, in denen eine ausländerrechtliche Wegweisung wegen ihrer mittelbaren Auswirkungen auf die Familie überprüft wurde (Familienleben in Art. 13 Abs. 1 BV). Im BGer-Urteil 2C\_740/2017 vom 6. März 2018 spricht sich das Gericht für einen Verbleib der Familie in der Schweiz aus, weil die slowakischstämmige Ehefrau und das Kind im Zielland Irak weder soziokulturell integriert noch sicher wären. Im BGer-Urteil 2C\_626/2017 vom 12. Januar 2018 stützt das Gericht die Wegweisung nach Armenien. Zwar lebt die Ehefrau seit 20 Jahren in der Schweiz, doch die begangenen Delikte des Ehemannes wiegen schwer (u. a. Raub) und die Kinder (geboren 2010 und 2014) sind in einem anpassungsfähigen Alter. Im BGer-Urteil 2C\_650/2017 vom 9. Januar 2018 wird der Familiennachzug eines neunmal straffälligen Kosovaren abgelehnt, obgleich die letzte Straftat zehn Jahre zurückliegt. Im BGer-Urteil 2C\_394/2017 vom 28. September 2017 stützt das Bundesgericht die Ausweisung des Vaters in die Türkei, weil seine jüngste in der Schweiz lebende Tochter mit 20 Jahren nicht mehr von ihm abhängig sei. Im BGer-Urteil 2C\_80/2017 vom 8. September 2017 muss einer kosovarischen Mutter, die wegen eines Tötungsdelikts zu zehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war, die Aufenthaltsbewilligung nicht wieder erteilt werden, weil der Kontakt zur 15-jährigen schweizerischen Tochter notfalls auch durch Besuche und Kommunikationsmittel erhalten werden kann. Insgesamt zeichnet sich ab, dass das Bundesgericht einen relativ strengen Massstab für den Verbleib von Straftätern in der Schweiz anlegt. Nur völlig unzumutbare Familienfolgen können die Wegweisung hindern. Der grundrechtliche Schutz des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) fungiert insoweit als Härtefallklausel in Extremkonstellationen.

### 3.5 *Verfristete Vaterschaftsanfechtung*

Im BGer-Urteil 5A\_541/2017 vom 10. Januar 2018 stützt das Bundesgericht die Regel, dass die Vaterschaftsvermutung nur binnen Jahresfrist angefochten werden darf (Art. 256c Abs. 1 ZGB). Danach kann ein wichtiger Grund die Verspätung entschuldigen (Art. 256c Abs. 3 ZGB), wenn erst nachträglich Zweifel aufkommen und der Vater innert Monatsfrist reagiert (E. 3.1). Hier hatte der Beschwerdeführer nach ersten Zweifeln etwa ein Jahr verstreichen lassen, sodass seine Klage als verwirkt zu betrachten ist.

### 3.6 *Private Observation durch Versicherungen*

Im BGE 143 I 377 ist die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) von Bezüglern einer IV-Rente durch privatdetektivische Observation im Auftrag der Versicherung betroffen. Nach der Rechtsprechung des EGMR fehlt dafür in der Schweiz bisher eine genügende rechtliche Grundlage.<sup>23</sup> Entsprechend stellt das Bundesgericht die Rechtswidrigkeit der Observation fest, die im IV-Recht gleich wie bei der Unfallversicherung besteht (E. 3.3 und 4.). Dennoch dürften die dabei erlangten Beweismittel verwertet werden, weil die Bildaufnahmen nur während weniger Tage im öffentlichen Raum stattfanden. Unter solchen Umständen überwiegt das öffentliche Interesse an der Vermeidung von nicht geschuldeten IV-Leistungen.

Im BGE 143 IV 387 geht es demgegenüber um einen längeren Überwachungszeitraum (2006 bis 2013) im Auftrag einer Motorhaftpflichtversicherung und um die Verwertung in einem Strafverfahren wegen Versicherungsbetrugs. Obwohl die Beweismittel hier von Privatklägern im Strafprozess eingebracht wurden, argumentiert das Gericht gleich wie bei Sozialversicherungen: Die Überwachung komme «einer Observation durch Strafverfolgungsbehörden (Art. 282 f. StPO) und damit einer Zwangsmassnahme (im Sinne von Art. 196 lit. a StPO) im Ergebnis gleich» (E. 4.2). Und weiter: «Da das Gesetz solche privaten Observationen nicht vorsieht, verletzen die erfolgten Eingriffe in die Grundrechte die Bundesverfassung und die StPO (Art. 13 Abs. 1 i. V. m. Art. 36 Abs. 1 BV ...).» Diese Begründung ist

---

<sup>23</sup> EGMR-Urteil Nr. 61838/10 vom 18. Januar 2017 – *Vukota-Bojić v. Schweiz*. In jenem Fall ging es allerdings um den Observationsauftrag einer Krankenversicherung in einem Unfallversicherungsverfahren.

grundrechtsdogmatisch ungenau. Eine private Versicherung ist – anders als staatliche Sozialversicherungen – nicht grundrechtsgebunden, solange sie nicht als staatliches Unternehmen geführt wird und keine staatlichen Aufgaben erfüllt werden (Art. 35 Abs. 2 BV). Sie braucht keine gesetzliche Grundlage für ihr gesamtes Handeln. Die Betroffenen haben gegenüber Privaten auch keinen vergleichbar intensiven Schutzanspruch für ihre Privatsphäre. Argumentieren müsste man hier vielmehr damit, dass die Staatsanwaltschaft und das Strafgericht eine gesetzliche Grundlage benötigen, wenn sie sich die Beweismittel aus einer privaten Observation zu eigen machen wollen. Die Verwertung im Prozess stellt sich als eigener, neuerlicher Grundrechtseingriff dar, für den die staatlichen Behörden einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.

### 3.7 *Entsiegelung privater Briefe*

Im BGer-Urteil 1B\_269/2017 vom 25. Oktober 2017 trifft das Bundesgericht eine andere Abwägung. Obwohl es um eine versuchte vorsätzliche Tötung mit einem entsprechend gewichtigen Strafverfolgungsinteresse geht, überwiegt das Interesse an der Vertraulichkeit des versiegelten Briefwechsels mit seinen Eltern (Art. 13 Abs. 1 BV). Das Gericht betont, dass die versiegelte Korrespondenz wegen ihres Alters kaum von Bedeutung für die Aufklärung der Straftat sei (E. 3.2).

### 3.8 *Vorratsdatenspeicherung*

Im BGer-Urteil 1C\_598/2016 vom 2. März 2018 (zur Publikation in BGE vorgesehen; Weiterzug zum EGMR angekündigt) entscheidet sich das Bundesgericht dafür, den schweizerischen Sonderweg in der Vorratsdatenspeicherung judikativ zu unterstützen. Vorratsdatenspeicherung ist die vorsorgliche, anlasslose und verdachtsunabhängige Speicherung von Randdaten der Telekommunikation durch private Diensteanbieter. Sie war in einer Richtlinie der EU aus dem Jahr 2006 als sechsmonatige Speicherfrist vorgesehen und 2009 vom Bundesverfassungsgericht in Deutschland für verfassungswidrig erklärt worden.<sup>24</sup> Fünf Jahre später folgte der EuGH mit einem entsprechenden Urteil und erklärte die Richtlinie für ungültig, was er

---

<sup>24</sup> BVerfGE 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*.

in einem weiteren Urteil 2016 noch bekräftigte.<sup>25</sup> Seitdem ist die Vorratsdatenspeicherung in fast allen Ländern Europas auf das absolut Notwendige beschränkt. In der Schweiz hielt der Gesetzgeber in der BÜPF-Revision, die im März 2018 in Kraft getreten ist, am System einer allgemeinen und umfassenden sechsmonatigen Vorratsdatenspeicherung fest. Das Bundesgericht sieht die Speicherung als Eingriff in die Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) und das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 BV) (E. 4.2). Es erklärt sie im Ergebnis nach Ausgestaltung und Dauer für verfassungskonform. Immerhin werden die datenschutzrechtlichen Ansprüche auf Auskunft und Löschung (Art. 8 und Art. 25 Abs. 3 lit. a DSGVO) auch auf die Vorratsdaten bei Telekommunikationsanbietern erstreckt (E. 8.3.7 f.).

### 3.9 *IMSI-Catcher*

Im BGer-Urteil 1B\_251/2017 vom 21. März 2018 geht es um die Zulässigkeitsgrenzen für den Einsatz von IMSI-Catchern. Die Strafverfolger hatten den Catcher nicht zur Standortbestimmung eingesetzt (Art. 280 lit. c StPO), sondern bei bekanntem Standort für die Ermittlung der Rufnummer eines Mobiltelefons, um dieses dann überwachen zu lassen (Art. 269 StPO). Weil der Catcher unabhängig von konkreten Kommunikationsvorgängen schon bei einfacher Funkbereitschaft des Mobiltelefons eingesetzt werden kann, schliesst sich das Bundesgericht der Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts an, nach der in solchen Fällen nicht das Kommunikationsgeheimnis, sondern – wie bei Fahrzeugkennzeichen und IP-Adressen – das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 Abs. 2 BV) betroffen ist (E. 6.6). Die Rufnummernfeststellung wird vom Bundesgericht mit einem Schluss «*in maiore minus*» aus der weitergehenden Befugnis zur Standortfeststellung und Abhörung (Art. 280 lit. a und c StPO) abgeleitet (E. 6.7).

---

<sup>25</sup> EuGH Rs. C-293/12 und C-594/12 – *Digital Rights Ireland v. Seitlinger et al.*; EuGH Rs. C-203/15 – *Tele2 Sverige AB v. Post- och telestyrelsen* und C-698/15 – *Secretary of State for the Home Department v. Tom Watson et al.*

#### 4. **Kindeswohl**

Im BGer-Urteil 2C\_222/2017 vom 29. November 2017 betont das Bundesgericht einmal mehr seine Rechtsprechung, nach der Art. 11 Abs. 1 BV zwar den besonderen Schutz von Kindern und Jugendlichen verlange, diesen aber keinen Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vermittle.

Im BGE 144 II 56 legt das Bundesgericht die Gerichtskostenvorschriften des Verwaltungsprozessrechts mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen verfassungskonform aus. Einem unbegleiteten minderjährigen Flüchtling aus Eritrea war die Vorauszahlung von Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 4 VwVG) auferlegt und nach Ablauf der Zahlungsfrist die Beschwerde für unzulässig erklärt worden. Eine solche Rechtsfolge ist mit den Erfordernissen des Kinderschutzes nicht zu vereinbaren (E. 5.2 f.).

#### 5. **Grundschulunterricht**

##### 5.1 *Sonderpädagogik an Privatschulen*

Im BGer-Urteil 2C\_264/2016 vom 23. Juni 2017 betont das Bundesgericht einmal mehr, dass die Verfassungsgarantie des Grundschulunterrichts (Art. 19 BV) für behinderte Kinder zwar ein angemessenes sonderpädagogisches Bildungsangebot an öffentlichen Schulen verlangt (E. 2.4), nicht aber die optimale bzw. überhaupt geeignetste denkbare Schulung (E. 2.2).

##### 5.2 *Kostenbeteiligung an schulischen Pflichtveranstaltungen*

Im BGer-Urteil 2C\_206/2016 vom 7. Dezember 2017 hebt das Bundesgericht zwei Regelungen des Thurgauer Volksschulgesetzes auf. Diese sahen die Möglichkeit vor, von Eltern eine Kostenbeteiligung für allenfalls individuell notwendige Sprachkurse sowie für schulische Pflichtveranstaltungen zu erheben, was im Widerspruch zum Recht auf *unentgeltlichen* Grundschulunterricht (Art. 19 BV) steht. Noch weiter geht die Erwägung, dass für Exkursionen und Lager nur die auch sonst anfallenden Verpflegungskosten von den Eltern getragen werden. Statt 200 bis 300 Franken pro Lagerwoche bildet nach Überzeugung des Gerichts zukünftig ein Betrag, je nach Alter,

zwischen 10 und 16 Franken pro Tag die verfassungsrechtlich zulässige Obergrenze (E. 3.1.3). Diese Rechtsprechung dürfte in vielen Kantonen jedenfalls übergangsweise zu praktischen Problemen führen, weil sie die bisher praktizierte gemischte Finanzierung der Lager infrage stellt.

## VIII. Verfahrensgarantien (AXEL TSCHENTSCHER)

### 1. Allgemeine Verfahrensgarantien

#### 1.1 *Stellungnahme im summarischen Verfahren*

Im BGer-Urteil 4A\_557/2017 vom 21. Februar 2018 (zur Publikation in BGE vorgesehen) entscheidet das Bundesgericht über den zulässigen Schriftwechsel im summarischen Verfahren. Grundsätzlich sollte zwar nur ein Schriftwechsel stattfinden (E. 2.1). Davon zu unterscheiden sei aber das unbedingte verfassungsmässige Recht (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV), zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen (E. 2.3). Eine «Replik» ist darum auch im summarischen Verfahren zulässig.

#### 1.2 *Entscheidung vor Einigungsverhandlung*

Im BGE 143 II 588 stellt das Bundesgericht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 BV) fest, weil der Gemeinderat schon vor der Einigungsverhandlung über die Einsprache entschieden hatte. Der Gemeinderat konnte die Argumente der Einsprecher darum nicht rechtzeitig zur Kenntnis nehmen.

#### 1.3 *Abholfrist bei Einschreiben*

Im BGE 143 V 249<sup>48</sup> berücksichtigt das Gericht, dass dem Empfänger einer eingeschriebenen Sendung eine Abholfrist von sieben Tagen gewährt wird (E. 6.5). Damit blieben dem Beschwerdeführer nur noch drei volle Tage, um eine Beschwerde in gehöriger Form einzureichen. Der mandatierte Rechtsanwalt musste in dieser kurzen Zeit um Einsicht in das Versicherungsdossier ersuchen und die Beschwerdeschrift dann innert eines einzigen Tages verfassen. Unter diesen Umständen hätte die Vorinstanz eine Fristerstreckung für die Nachfrist gewähren müssen, um eine Gehörsverletzung zu vermeiden.

---

48 Deutsche Übersetzung in Pra 107/2018, Nr. 38, S. 327 ff.

#### 1.4 *Qualifizierung des Sachvorbringens bei antizipierter Beweiswürdigung*

Im BGE 143 III 297 ruft das Bundesgericht in Erinnerung, dass eine antizipierte Beweiswürdigung bei einem objektiv tauglichen und formgültig beantragten Beweis zu rechtserheblichen Tatsachen entweder das Sachvorbringen als erstellt oder als widerlegt qualifizieren muss (E. 9.3.2). Wenn der Richter einen gesetzlich vorgesehenen Beweis (hier: Parteibefragung) einfach nicht abnimmt, weil er ihm von vornherein jede Überzeugungskraft abspricht, liegt keine antizipierte Beweiswürdigung, sondern eine Verletzung des Rechts auf Beweis vor (Art. 29 Abs. 2 BV).

#### 1.5 *Grenzen des Übersetzungsanspruchs*

Im BGE 143 IV 117<sup>49</sup> geht es um die Frage, ob ein Angeschuldigter im Strafverfahren als Ausfluss der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV) in Verbindung mit dem Recht, über die Anschuldigung informiert zu werden (Art. 32 Abs. 2 BV), immer einen Anspruch auf kostenlose Übersetzung hat. Das Gericht stimmt dem im Grundsatz zu (E. 3.1). Weil der Beschwerdeführer in einem früheren Verfahrensstadium bei Zustellung französischsprachiger Verfahrensakten keine Übersetzung gefordert hatte, sei die jetzige Forderung nach einer Übersetzung allerdings ein widersprüchliches Verhalten und darum rechtsmissbräuchlich (E. 3.2). Im konkreten Fall akzeptiert das Bundesgericht das Begehren um Übersetzung auf Englisch darum nicht.

## 2. **Rechtsweggarantie – Kehrriktabfuhr in Cazis**

Im BGE 143 I 336<sup>50</sup> entscheidet das Bundesgericht, dass gegen die Verlegung einer Kehrriktammelstelle wegen der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) der Weg an eine richterliche Behörde offen-

---

49 Deutsche Übersetzung in Pra 107/2018, Nr. 33, S. 299 ff.

50 Analysen bei MARKUS MÜLLER, Besprechung von: Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 12. April 2017, 1C\_517/2016, ZBI 118/2017, 437 ff. (445 ff.); BERNHARD WALDMANN/GREGOR BACHMANN, Zur Anfechtbarkeit verwaltungsorganisatorischer Anordnungen, sui-generis 2017, 91 ff.

stehen muss. Die bündnerische Gemeinde Cazis hatte die Annahme von Hauskehricht beim Kehrichthäuschen Portein eingestellt und dies den Hausbesitzern mit einem Informationsschreiben mitgeteilt. Die Gemeinde verweigerte einen Einspracheentscheid. Das Bundesgericht konzidiert, dass rein verwaltungsorganisatorische Anordnungen grundsätzlich nicht unmittelbar Rechte und Pflichten von Bürgern begründen oder ändern, weshalb sie nicht als Verfügung ergehen und selbst bei mittelbarer Auswirkung auf Private, etwa bei der Umbenennung einer Strasse, keinen Rechtsweg eröffnen (E. 4.2.). Eine Anfechtungsmöglichkeit muss jedoch nach Art. 29a BV dann eröffnet werden, wenn «eine verwaltungsinterne Anordnung individuelle, schützenswerte Rechtspositionen berührt» (E. 4.2.). Weil die Hausbesitzer verpflichtet sind, den Kehricht einer gemeindlichen Sammelstelle zu übergeben (E. 4.4), ist es eine Änderung der Entsorgungspflicht, wenn sie dafür einen möglicherweise unzumutbar verlängerten Weg in Kauf nehmen müssen.

### 3. **Garantien im gerichtlichen Verfahren – Eidgenössische Schätzungskommission 10**

Im BGer-Urteil 12T\_2/2017 vom 12. Dezember 2017 geht es um die rechtsstaatlich korrekte Geschäftsorganisation (Art. 30 Abs. 1 BV) der Eidgenössischen Schätzungskommission 10, die für Verfahren beim Zürcher Flughafen zuständig ist (E. 2.2). Schon im BGer-Urteil 1C\_224/2012 vom 6. September 2012 hatte das Bundesgericht festgestellt, dass das Milizsystem und das Sportelsystem (Finanzierung durch Enteigner) nicht funktionierten. Seither hatte sich die Lage nicht verbessert und zu einem Verfahrensrückstau von 1500 Fällen geführt. Um den rechtsstaatlich erforderlichen Zustand ohne weitere Verzögerung herzustellen, trifft das Bundesgericht als oberste Aufsichtsbehörde die nötigen Anordnungen selbst: Die Kasse des Bundesverwaltungsgerichts übernimmt alle Kosten, die den Enteignern nicht auferlegt werden können, und finanziert alle Beträge vor, die den Enteignern erst später auferlegt werden können (E. 2.5).

#### 4. **Garantien im Freiheitsentzug – Innenminister von Gambia**

Im BGE 143 IV 316 geht es um die Beschwerde des früheren Innenministers der Republik Gambia gegen eine Verlängerung der gegen ihn verhängten Untersuchungshaft. Angeschuldigt war er wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, gestützt auf Berichte der UN-Sonderberichterstatter und auf den UN-Folterbericht. Zu berücksichtigen war das Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Art. 31 Abs. 3 und 4 BV) und mit zunehmender Dauer des Strafverfahrens wachsenden Anforderungen an den dringenden Tatverdacht (E. 3.2). Das Bundesgericht stellt darauf ab, dass es sich noch um ein relativ frühes Verfahrensstadium handelt, gerade mit Blick auf die internationale Dimension der Untersuchung und den spezifischen Tatvorwurf der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (E. 6.4). Unter solchen Umständen ist die Untersuchungshaft, die seit dem 28. Januar 2017 bestand (gut ein halbes Jahr vor dem Entscheid), in zeitlicher Hinsicht verhältnismässig (E. 6.6).

#### 5. **Garantien im Strafverfahren**

##### 5.1 *Kognition des Bundesgerichts in Strafsachen*

Im BGer-Urteil 6B\_150/2017 vom 11. Januar 2018 setzt sich das Bundesgericht mit der Forderung des Beschwerdeführers auseinander, dass es *volle Kognition bezüglich des gesamten Sachverhalts* haben müsse, wenn ein Wirtschaftsstraftäter erstinstanzlich in die Bundesstrafgerichtsbarkeit falle (E. 2). Gefordert werden also mindestens zwei Tatsacheninstanzen, wie es sie bei erstinstanzlich kantonalen Urteilen gibt. Das Bundesgericht verweist darauf, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, wenn derzeit keine Berufungsinstanz in Bundesstrafsachen besteht (E. 2). Gesetzlich ist das Bundesgericht verpflichtet, bei strafrechtlichen Beschwerden den Sachverhalt zugrunde zu legen, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Zwar gewährleistet Art. 29a BV die Beurteilung durch eine richterliche Behörde und Art. 30 Abs. 3 BV eine gerichtliche Rechtsmittelinstanz für verurteilte Personen. Damit ist aber kein dop-

pelter gerichtlicher Instanzenzug gefordert, sodass eine reine Rechtskontrolle ausreicht.

## 5.2 *Wiederherstellung der Berufungsfrist*

Im BGE 143 I 284<sup>51</sup> geht es um die Wiederherstellung einer aufgrund eines schwerwiegenden Fehlers des notwendigen Verteidigers verpassten Frist. Der Strafverteidiger hatte die Berufungsfrist wegen eines Fehlers im Sekretariat verpasst. Die Strafandrohung ergab hier einen Fall von notwendiger Verteidigung, in der die *Verteidigungsrechte des Beschuldigten* gefährdet waren (Art. 32 Abs. 2 BV). Das Bundesgericht betont zunächst, dass das fehlerhafte Verhalten eines Anwalts grundsätzlich seinem Klienten angerechnet werden kann (E. 1.3). Davon sei aber bei einem groben Fehler des Anwalts insbesondere im Rahmen einer amtlichen Verteidigung eine Ausnahme zu machen. In solchen Fällen wäre es eine Verletzung der Verteidigungspflichten, wenn man die Folgen des anwaltlichen Fehlers dem Angeklagten aufbürden würde (E. 2.2.2). Das Recht aus Art. 32 Abs. 3 BV steht einer Anrechnung entgegen (E. 2.3), sodass das Gesuch auf Wiederherstellung der Frist nicht hätte abgewiesen werden dürfen.

## 5.3 *Besuchsrecht unter Konkubinatspartnern*

Im BGE 143 I 241 verpflichtet das Bundesgericht die Luzerner Justiz, einem seit über einem Jahr inhaftierten Konkubinatspaar gegenseitige Besuche zu gestatten. Das Paar, das seit mehr als 15 Jahren zusammenlebte, wurde beschuldigt, gemeinsam mehrere qualifizierte Raubüberfälle begangen zu haben. Die Anklage forderte dafür Freiheitsstrafen von 18 bzw. 15 Jahren. Das Bundesgericht betont zunächst (E. 3.3), dass bis zur rechtskräftigen Verurteilung die Unschuldsvermutung gilt (Art. 32 Abs. 1 BV) und eine strafprozessual inhaftierte beschuldigte Person nur so weit eingeschränkt werden darf, wie es der Haftzweck und die Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt erfordern (Art. 235 Abs. 1 StPO). Damit besteht grundsätzlich ein bundesrechtlicher Anspruch auf angemessene Haftbesuche (E. 3.6). Wenn allerdings beide Parteien eines Besuchs inhaftiert sind, so lässt sich Besuchwerden der einen Partei nur verwirklichen, wenn

---

51 Deutsche Übersetzung in Pra 107/2018, Nr. 34, S. 303 ff.

man der anderen Person einen aktiven Besuch im Sinne eines Hafturlaubs gestattet. Das ist nach Überzeugung des Bundesgerichts durch die Haftregelungen der Art. 235 und 236 StPO nicht ausgeschlossen (E. 4.2). Im vorliegenden Fall sei nur schwer einzusehen, weshalb angemessene Haftbesuche des nicht mehr kollusionsgefährdeten Beschuldigten in der Vollzugsanstalt seiner mitbeschuldigten Lebensgefährtin nicht mittels Gefangenentransport und Familienbesuchszimmer organisiert werden könnten (E. 4.3). Bei sachgerechten Besuchsintervallen sei darin auch kein übertriebener Aufwand für die zuständigen Behörden erkennbar. Die Argumentation, strafprozessual Inhaftierte hätten keinen Anspruch auf «positive Leistungen des Staates» wie Transport und Bewachung zu Besuchszwecken, ist nach Überzeugung des Bundesgerichts nicht mit dem Grundrecht auf Familienleben vereinbar (E. 4.5). Vielmehr erscheine ein monatliches Besuchsrecht «nicht per se unangemessen», weshalb die Beschwerde gutgeheissen wird (E. 5).