

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

153. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Oktober
2017

10 2017
www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2016 und 2017

Von Proff. JÖRG KÜNZLI, ANDREAS LIENHARD,
MARKUS MÜLLER, PIERRE TSCHANNEN, AXEL TSCHENTSCHER,
JUDITH WYTENBACH, Bern

Die Autoren haben die Besprechung der bundesgerichtlichen Urteile der Bände 142/143 bzw. aus den Jahren 2016/2017 untereinander aufgeteilt; angestrebt wird eine Konzentration auf die wichtigsten Entscheide, insbesondere zu Grundsatzfragen. Im Vordergrund der Besprechung stehen Bundesgerichtsentscheide des Bandes 142 bzw. unpublizierte Urteile aus dem Jahr 2016. Entscheide bis März 2017 (bzw. aus dem Band 143) sind punktuell berücksichtigt worden.

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

Inhaltsübersicht

- I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (AXEL TSCHENTSCHER)**
 1. Vertrauensschutz der Behörden
 2. Reduktion auf Willkürprüfung
- II. Allgemeine Grundrechtslehren (JÖRG KÜNZLI)**
- III. Rechtsgleichheit und Willkürverbot**
 1. Rechtsgleichheit (MARKUS MÜLLER)
 2. Diskriminierungsverbot (JUDITH WYTENBACH)
 3. Willkürverbot und Treu und Glauben (MARKUS MÜLLER)
- IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (AXEL TSCHENTSCHER)**
 1. Menschenwürde und Verbot erniedrigender Behandlung
 - 1.1 Schickliche Bestattung – Urnenbeisetzung
 - 1.2 Zwangsweise Trennung von eigenen Kindern
 - 1.3 Haftbedingungen in Champ-Dollon
 - 1.4 Verfahrensdimension der Menschenwürde
 - 1.5 Duzen durch Polizeibeamte

* Für substantielle Mitarbeit danken wir NINA FASSBIND, JASMIN GROSSENBACHER, RACHEL LÖRTSCHER, JAN SIGRIST, FABIANE THOMANN, KARL-MARC WYSS. MONIKA WYSS danken wir für die Erstellung des Gesamtdokuments und die Formatierung des Textes.

2. Nothilfe und Notbedarf – Stabiles Konkubinat
3. Rückschiebeverbot trotz terroristischer Bedrohung
4. Lebensrecht, persönliche Freiheit und Freiheitsentzug
 - 4.1 Recht auf Suizid – Pflegeheim «Le Foyer»
 - 4.2 Kinder in Untersuchungshaft
 - 4.3 Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Burundischer König Mwambusta IV
5. Privatsphäre – Audioüberwachung ohne Kernbereichsschutz
6. Informationelle Selbstbestimmung
 - 6.1 FINMA-Watchlist
 - 6.2 DNA-Analysen
7. Anspruch auf Grundschulunterricht – Integrierte Beschulung

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Islamischer Kindergarten «al-Huda»
2. Religiöser Charakter der Heilsarmee

VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Meinungsfreiheit
 - 1.1 Anwaltliche Drohung
 - 1.2 Rassendiskriminierung in SVP-Inserat
2. Medienfreiheit – Fall «Hirschmann II»
3. Demonstrationsfreiheit – Luzerner Polizeigesetz

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (ANDREAS LIENHARD)

1. Eigentumsgarantie
 - 1.1 Vorkaufsrecht
 - 1.2 Erlass einer Planungszone
 - 1.3 Aussichtsschutz
 - 1.4 Formelle Enteignung
 - 1.5 Beschlagnahmung eines Hundes
 - 1.6 Verbot der konfiskatorischen Besteuerung
 - 1.7 Wiederherstellung
 - 1.8 Enteignungsentschädigung wegen direkten Überflugs
2. Wirtschaftsfreiheit
 - 2.1 Tourismuszone
 - 2.2 Auflage zur Ausübung eines Berufes
 - 2.3 Sozialhilfe
 - 2.4 Eichstelle für Audiometer
 - 2.5 Arzneimittel – Nichtgewährung einer Toleranzmarge
 - 2.6 Heilmittelrecht – Anpassung der Präparatekategorie
 - 2.7 Parkservice

VIII. Andere verfassungsmässige Rechte (PIERRE TSCHANNEN)

1. Politische Rechte
 - 1.1 Verfahren
 - 1.2 Mehrheitswahl
 - 1.3 Volksinitiative
 - 1.4 Referendum
 - 1.5 Behördliche Einflussnahme
2. Vorrang des Bundesrechts
3. Gemeindeautonomie
4. Gewaltenteilung

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

1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung
 - 1.2 Anspruch auf rechtliches Gehör
 - 1.3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
2. Rechtsweggarantie
3. Garantien in gerichtlichen Verfahren
 - 3.1 Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht
 - 3.2 Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung
4. Garantien beim Freiheitsentzug
5. Garantien im Strafverfahren

**I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns
(AXEL TSCHENTSCHER)****1. Vertrauensschutz der Behörden**

In BGE 143 V 66 entscheidet das Bundesgericht, wie schon im letzten Berichtszeitraum,¹ wiederum einen Fall, in dem sich die Behörde gegenüber dem Bürger auf Vertrauensschutz beruft. Während der Vertrauensschutz der Bürger gegenüber dem Staat speziell durch das *Grundrecht* auf Treu und Glauben abgesichert ist (Art. 9 BV), folgt die umgekehrte Schutzrichtung aus dem *Grundsatz staatlichen Handelns* (Art. 5 Abs. 3 BV). Der Grundsatz gebietet unter anderem,

1 ZBJV 152 [2016] 695 ff. (697).

dass Verfahrensmängel bei erster Gelegenheit vorzubringen sind (E. 4.3). In diesem Fall hatte die Rechtsvertreterin die örtliche Unzuständigkeit der IV-Stelle des Kantons Zürich erst mehr als zwei Jahre nach der Überweisung der Akten geltend gemacht. Das Bundesgericht erklärt darum den Anspruch auf Anrufung der örtlichen Unzuständigkeit für verwirkt (E. 4.4). Für die anwaltliche Praxis bedeutet dieser Entscheid, dass bereits während des Verwaltungsverfahrens und nicht erst im Rechtsmittelverfahren sehr genau auf die behördliche Zuständigkeit zu achten ist. Entsprechendes gilt für andere Organmängel (BGer-Urteil 5A_671/2016 vom 20. März 2017 E. 3.2.2: Ausstandsbegehren). Der Vertrauensschutz zugunsten von Behörden soll verhindern, dass ein formeller Nichtigkeitsgrund in Reserve gehalten wird, um ihn nur bei Bedarf, also zum einseitigen Vorteil, einzusetzen (BGer-Urteil 6B_71/2016 vom 5. April 2017 E. 2.1.3: «réserver un moyen de nullité pour le cas où le jugement à intervenir ne [...] satisfait pas»; entsprechend auch BGer-Urteil 1C_599/2015 vom 12. Juli 2016 E. 3.5).

2. Reduktion auf Willkürprüfung

In Fortsetzung seiner ständigen Rechtsprechung prüft das Bundesgericht auch in dieser Berichtsperiode Rügen der Gesetzwidrigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV) und Unverhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) ausserhalb spezieller Grundrechte nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (BGer-Urteil 1C_442/2016 vom 7. Juni 2017 E. 5.1; 8C_293/2017 vom 19. Juni 2017 E. 4; 2C_941/2015 vom 9. August 2016 E. 7.1; 8C_639/2016 vom 28. September 2016). Mittelbar führt dies zu der problematischen Konsequenz, dass ausserhalb spezieller Grundrechtsrügen auch das Strafrecht nur auf Willkür kontrolliert wird, selbst wenn dessen hinreichende Bestimmtheit und damit der wichtige Grundsatz *nulla poena sine lege* infrage steht (BGer-Urteil 6B_702/2016 vom 19. Januar 2017).²

2 Die Verweise des Bundesgerichts gehen zurück auf BGE 138 IV 13 E. 2 S. 15 – Nacktwandern in Appenzell Ausserrhoden, wo aber immerhin eine Verletzung der persönlichen Freiheit durch das kantonale Strafrecht geprüft wird.

- wiesen werden. Kommt hinzu, dass auf der Rechtsmittelbelehrung explizit der Postweg gefordert wurde. Die Vorinstanz hatte somit, indem sie keine Nachfrist angesetzt hat, nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen (E. 4.7).
- In BGE 142 IV 299 geht es um eine per *Telefax* eingereichte Einsprache gegen einen Strafbefehl. Die Staatsanwaltschaft stellte in der Folge die Ungültigkeit der Einsprache wegen Missachtung des Schriftformerfordernisses und die Rechtskraft des Strafbefehls fest. Das Bundesgericht sieht darin keinen Verstoss gegen Treu und Glauben. Es hält unter Verweis auf den eben besprochenen Entscheid (BGE 142 I 10) fest, dass die Behörde bei einem sofort erkennbaren Formfehler verpflichtet sei, die Partei auf den Mangel aufmerksam zu machen und gegebenenfalls eine kurze Nachfrist anzusetzen. Wo die Partei allerdings – wie im vorliegenden Fall – durch eine fachkundige Person vertreten werde, gelte dies nur bei Versehen oder bei einem unverschuldeten Hindernis (E. 1.3.4). Vorliegend habe sich der (normalerweise nicht in der Schweiz praktizierende) Rechtsvertreter nicht über die geltenden gesetzlichen Regelungen informiert, weshalb diese Bedingungen nicht erfüllt seien (E. 1.3.5).

IV. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Menschenwürde und Verbot erniedrigender Behandlung

1.1 *Schickliche Bestattung – Urnenbeisetzung*

Im Entscheid vom 24. Mai 2017 rechtfertigt das Bundesgericht die Monopolisierung des Bestattungswesens im Kanton Zürich gegenüber einer Beschwerde von Dignitas (BGer-Urteil 2C_234/2016 – zur Publikation vorgesehen). Nachdem Angestellte der Seerettung Küsnacht im Jahr 2010 auf dem Grund des Zürichsees insgesamt 67 Urnen mit menschlicher Kremationsasche gefunden hatten, erliess der Zürcher Regierungsrat mit der Bestattungsverordnung vom Mai 2015 ein Verbot des gewerbmässigen Beisetzens von Urnen oder Ausbringens von Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen. Vorher galt, dass nach einer Feuerbestattung die sterblichen Überreste den Angehörigen

überlassen wurden, die im Rahmen der Schicklichkeit *nach Belieben* darüber verfügen und folglich auch Dritte mit der Urnenbeisetzung oder Ascheausbringung beauftragen durften. Die beschwerdeführende Sterbehilfeorganisation Dignitas hatte in der Vergangenheit im Auftrag der Verstorbenen Asche ausgestreut. Gegen sie war nach dem Urnenfund in Zürich wegen Störung des Totenfriedens und Verstosses gegen das Gewässerschutzgesetz ermittelt worden.

Fragen der schicklichen Bestattung waren nach der alten Bundesverfassung explizit geschützt (Art. 53 Abs. 2 aBV). Sofern man nicht entgegen der herrschenden Meinung ein postmortales Persönlichkeitsrecht anerkennt,³ fallen sie heute unter den Schutz der *Menschenwürde* (Art. 7 BV).⁴ Nach Auffassung des Bundesgerichts bildet der Menschenwürdeschutz in diesem Fall den Regelungszweck des Verbots (E. 2.2.1 und 3.3). Unabhängig von subjektiv-rechtlichen Beeinträchtigungen, etwa der Wirtschaftsfreiheit für Bestattungsunternehmen oder der persönlichen Freiheit der Angehörigen (Totensorge), besteht die objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich behandelt wird.

In diesem Fall wird allerdings die Menschenwürde in ihrer Schutzpflichtendimension als öffentliches Interesse zur *Beschränkung* von Freiheiten eingesetzt. Das ist zumindest fragwürdig, weil die Autonomie des Verstorbenen letztlich das Kriterium für den Umgang mit dem Leichnam bildet. Was, wenn nicht der individuelle Wunsch, kann besser als letzte Richtlinie hierfür dienen? Der Anspruch auf schickliche Bestattung ist darum primär als Grundrecht zu verstehen. Wird er gegen einen nachweislichen Wunsch des Verstorbenen eingesetzt, so verkehrt der Staat die Schutzrichtung dieses Rechts von einem Autonomieschutz zu einer Autonomieschranke. In letzter Konsequenz könnte man dann nicht nur die *gewerbsmässigen* Urnenbeisetzungen oder Ascheausbringungen verbieten, sondern mit gleicher Begründung auch jedes kleinteilige private Verstreuen von Asche in der Natur.

3 Ablehnung in BGE 129 I 302 E. 1.2.5 S. 310 – Dignitas, m. w. Nw.; für die Anerkennung AXEL TSCHENTSCHER, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung (BV). Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 10 N. 50 m. w. Nw.

4 BGE 129 I 302 E. 1.2.5 S. 311 – Dignitas; unter Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 141.

Das Bundesgericht hätte die im Ergebnis richtige Entscheidung allein damit begründen können, dass ein öffentliches Interesse daran besteht, Gewässer nicht als Entsorgungsstätten zu benutzen. Dann wäre auch deutlich geworden, dass das Verbot für die gewerbmässige Ascheausbringung auf *privaten* Flächen, etwa in einem Privatforst oder Garten, in der Regel nicht durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gedeckt sein dürfte. Weder im angegriffenen § 29 Abs. 3 noch in einer anderen Vorschrift der Bestattungsverordnung ist diese Konstellation hinreichend berücksichtigt.⁵ Anzumerken bleibt zudem, dass andere Kantone bisher ohne ein vergleichbares Verbot auskommen. So ist das dezente Vergraben von Kremationsasche auf einem Gletscher (Gletscherbestattung) ein relativ häufig von Verstorbenen geäussert Wunsch, der fast nur durch den Einsatz gewerbmässiger Helfer (Helikopterpilot, Bergführer) erfüllt werden kann.

1.2 Zwangsweise Trennung von eigenen Kindern

Im BGer-Urteil 2C_1052/2016 vom 26. April 2017 geht es um die Aufspaltung einer Familie im Rahmen des Ausschaffungsverfahrens. Das afghanische Elternpaar wurde zur Rückführung nach Norwegen in ausländerrechtliche Administrativhaft genommen. Dabei handelt es sich um die «Dublin-Haft» nach der Dublin-III-Verordnung, die noch viele rechtliche Fragen offenlässt.⁶ Die Zuger Behörden verbrachten den Vater in die Strafanstalt Zug (Abteilung Ausschaffungshaft) und die Mutter mit der vier Monate alten Tochter in das Flughafengefängnis Zürich. Drei weitere Kleinkinder (drei, sechs und acht Jahre alt) gelangten auf Veranlassung der KESB in ein Kinderheim und wurden so ganz von ihren Eltern getrennt. Zudem wurde der Telefonkontakt zwischen den Familienmitgliedern untersagt. Nach 20 Tagen wurde die Familie nach Norwegen zurückgeführt.

Das Bundesgericht stuft die Massnahme als unverhältnismässig ein, zumal Alternativen nicht einmal geprüft wurden (E. 4.3). Schwer nachzuvollziehen ist allerdings, warum das Gericht unter diesen krasen Umständen davon ausgeht, eine erniedrigende Behandlung liege

5 Vgl. Bestattungsverordnung (BesV) vom 20. Mai 2015 (OS 816.61).

6 Thematisch dazu CONSTANTIN HRUSCHKA/SERAINA NUFER, Erste Erfahrungen mit der neuen Dublin-Haft, Jusletter vom 22. Mai 2017; SARAH PROGIN-THEUERKAUF/SALOME SCHMID, Grenzen der Dublin-Haft von Familien im Fokus des Bundesgerichts, *sui-generis* 2017, S. 85 ff. (89 ff.).

«knapp noch nicht» vor (E. 2.4). Jedenfalls bei kleinen Kindern kann es nicht genügen, wenn sie ohne ihre Eltern in der «kindgerechten Umgebung» eines Kinderheims verwahrt werden. Die Ohnmachtsgefühle, die sich zwangsläufig einstellen, wenn eine Familie mit kleinen Kindern durch staatliche Anordnung auseinandergerissen wird, können durch Umgebungsbedingungen nicht verhindert werden. Abgesehen von Situationen schwerer Straftaten, wenn sich die selektive Inhaftierung von Eltern gar nicht vermeiden lässt, steht es dem Staat nicht zu, Familien derart auseinanderzureissen. Der Menschenwürdeschutz soll gerade verhindern, dass die Menschen derart zum Spielball eines Verfahrens gemacht werden.

1.3 Haftbedingungen in Champ-Dollon

Weiterhin sind die menschenwürdewidrigen Haftbedingungen im überbesetzten Genfer Gefängnis Champ-Dollon ein Anlass für Entscheidungen des Bundesgerichts. Durch die Vielzahl der Verfahren bildet sich inzwischen eine typisierende Rechtsprechungslinie heraus. Ausgangspunkt ist stets eine Zellengrösse von anteilig mehr als drei und weniger als vier Quadratmetern Fläche (vgl. BGer-Urteil 6B_1214/2015 vom 30. August 2016 E. 3.2), die zu einer Gesamtbeurteilung der Haftumstände führt: Es spielt eine Rolle, für wie viele Stunden pro Tag die Zelle verlassen werden darf und wie lange die Inhaftierung insgesamt dauert. Unterhalb von drei Quadratmetern liegt stets eine Verletzung vor (vgl. BGer-Urteil 6B_71/2016 vom 5. April 2017 E. 5.2).

Als menschenwürdewidrig ist nach der *Gesamtwürdigung der Umstände* selbst bei mehrstündigem Ausgang eine beengte Inhaftierung von 635 Tagen anzusehen (BGer-Urteil 1B_84/2016 vom 27. Juli 2016 E. 2.1 und 2.4). Bei einer kürzeren Haftdauer (71 Tage), die aber nur einmal täglich für eine Stunde unterbrochen wird, bejaht das Bundesgericht ebenfalls eine Verletzung der Menschenwürde (BGer-Urteil 6B_794/2015 vom 15. August 2016 E. 2.2). Auch wenn der Inhaftierte die Verlegung in eine grössere Zelle abgelehnt hat, weil diese mit der Aufnahme einer Arbeit im Gefängnis verbunden gewesen wäre, sprechen die lange Haftzeit und die maximal einstündige Zeit ausserhalb der Zelle gegen die Menschenwürdekonformität der Haft (BGer-Urteil 6B_916/2015 vom 15. August 2016 E. 1.2). Selbst bei einer kürzeren Haftzeit von 99 Tagen entscheidet die knapp

bemessene Zeit von nur einer Stunde für das Verlassen der Zelle (BGer-Urteil 6B_71/2016 vom 5. April 2017 E. 6.3). Dabei stellt die Neuvermessung der Zelle nach Ansicht des Bundesgerichts keinen Revisionsgrund dar, weil sich ein unmenschliches Engegefühl unabhängig von genauer Zahlenkenntnis einstellt (BGer-Urteil 6B_1214/2015 vom 30. August 2016 E. 3.2). Wird hingegen bei einer Haftdauer von 114 Tagen das Verlassen der Zelle für jeweils viereinhalb Stunden (Küchenarbeit, Spaziergang, Sport) ermöglicht, so stellt die Haftsituation allein wegen der knappen Zellenfläche noch keine Verletzung der Menschenwürde dar (BGer-Urteil 1B_394/2016 vom 25. April 2017 E. 2.4).

1.4 *Verfahrensdimension der Menschenwürde*

In verfahrensrechtlicher Hinsicht vermittelt die Menschenwürde einen Anspruch auf wirksame und vertiefte amtliche Untersuchung bei Fällen von *Polizeigewalt*. Im BGer-Urteil 6B_147/2016 vom 12. Oktober 2016 geht es laut Beschwerdeführer um eine gewaltsame Verhaftung, bei der Schläge zu Bewusstlosigkeit und Hospitalisierung geführt haben. Weil die Hospitalisierung erwiesen ist und vor der Verfahrenseinstellung nicht einmal die Identität und Befragung der beteiligten Polizisten stattgefunden hat (E. 2.3), bejaht das Bundesgericht den Anspruch auf vertiefte Untersuchung.

Auch im BGer-Urteil 6B_979/2016 vom 20. Februar 2017 erkennt das Bundesgericht auf eine vorschnelle Verfahrenseinstellung. Der Beschwerdeführer sollte dem Betreibungsamt Lachen/SZ zugeführt werden und wurde dazu von vier Polizisten gefesselt, auf die Motorhaube eines Autos gedrückt und dann, nachdem er das Bewusstsein verloren hatte, im Spital an ein Bett gebunden. Das Bundesgericht hält entgegen der Vorinstanz die Umstände der Fesselung und die Glaubhaftigkeit der Beteiligtenaussagen für nicht ausreichend abgeklärt (E. 2.3.2).

Ganz anders gelagert ist die Verfahrensdimension der Menschenwürde in BGE 143 IV 77 vom 3. Januar 2017. Hier verlangt der Beschwerdeführer, den in seiner Strafanzeige erhobenen Vorwurf der strafbaren Rassendiskriminierung als Privatkläger selbst prozessual verfolgen zu dürfen. Er wendet sich gegen Äusserungen zum «jüdischen Humor» in der Fernsehsendung «Sternstunde Philosophie». Prozessual geht es darum, ob der Beschwerdeführer als Person jüdi-

schen Glaubens unmittelbar in eigenen Rechten verletzt ist. In einer aussergewöhnlichen *gemeinsamen Sitzung von drei Abteilungen* des Bundesgerichts nach Art. 23 Abs. 3 BGG wird die Parteistellung mit einer 12:5-Abstimmung im Ergebnis verneint (E. 3). Das Bundesgericht begründet dieses Ergebnis primär damit, dass die Menschenwürdegarantie zu unbestimmt sei, um daraus konkrete prozessuale Rechte abzuleiten (E. 4.1). Im Übrigen schützt die Strafbestimmung vor Angriffen, die sich gegen eine Gruppe richten, sodass aus Sicht des Gerichts die einzelnen Mitglieder der Gruppe zwar unter Umständen schwer, aber nur mittelbar betroffen sind (E. 4.2 und 4.4). In praktischer Hinsicht könnte die Anerkennung der Privatklägerschaft zudem bei grossen religiösen Gruppen einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Popularklage nahekommen (E. 4.6). Im Ergebnis wird die Beschwerde darum vom Gericht abgewiesen.

1.5 *Duzen durch Polizeibeamte*

Im BGer-Urteil 1B_176/2016 vom 11. April 2017 geht es unter anderem darum, dass der thailändische Beschwerdeführer anders als sein schweizerischer Partner während der Verhaftung von einem Polizeibeamten geduzt wird. Das Bundesgericht würdigt das als Ausdruck mangelnden Respekts und eine Herabwürdigung, bei der die angesprochene erwachsene Person als «blosses Objekt des Verfahrens» behandelt wird (E. 8.3). Konsequenterweise bejaht das Gericht insoweit einen Verstoss gegen die Menschenwürde (Art. 7 BV). Der Fall zeigt, dass die Garantie der Menschenwürde eine Frage der *Eingriffsqualität* und nicht immer nur der *Eingriffsintensität* betrifft.

2. **Nothilfe und Notbedarf – Stabiles Konkubinatsverhältnis**

In BGE 142 V 513 vom 6. September 2016 (siehe dazu auch die Kommentierung von MARKUS MÜLLER, vorne, III.1.) stützt das Bundesgericht implizit den Ansatz der Vorinstanz, dass in einem *stabilen Konkubinatsverhältnis* das Vermögen des nicht bedürftigen Konkubinatspartners für die Bedarfsberechnung mit zu berücksichtigen sei. Das Gericht stellt im Ergebnis fest, dass die den Beschwerdeführern (gemeinsam) zur Verfügung stehenden Einnahmen über den Notbedarf hinausgehen.

3. **Rückschiebeverbot trotz terroristischer Bedrohung**

In den BGer-Urteilen 2C_712/2016 vom 6. September 2016 und 2C_819/2016 vom 14. November 2016 wird ein Problem deutlich, das sich aus dem absoluten Charakter des Rückschiebeverbots ergibt. Selbst bei terroristischer Bedrohung für die Schweiz durch die wegzuschaffenden Personen kommt es nicht zu einer Interessenabwägung (2C_819/2016 E. 2.4). Solange eine sorgfältige Prüfung der Behauptung einer Foltergefahr (Art. 25 Abs. 3) nicht mit einem zweifelsfreien Ergebnis abgeschlossen ist, darf die Rückschiebung in den Irak nicht erfolgen (2C_819/2016 E. 3.3 und 3.4). Entsprechend kann auch keine Ausschaffungshaft gerechtfertigt werden, selbst wenn eine Verurteilung wegen Unterstützung der Organisation «Islamischer Staat» vorausgegangen ist (2C_712/2016). Nach Verbüssung einer entsprechenden Strafe gibt es keine Rechtsgrundlage, um «Gefährder» präventiv zu inhaftieren. Der Bundesrat hat am 22. Juni 2016 das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement damit beauftragt, für diese Fallkonstellation einen Vernehmlassungsentwurf über neue präventiv-polizeiliche Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung Ende 2017 vorzulegen.⁷

4. **Lebensrecht, persönliche Freiheit und Freiheitsentzug**

4.1 *Recht auf Suizid – Pflegeheim «Le Foyer»*

In BGE 142 I 195 vom 13. September 2016 geht es um die Durchsetzung des Rechts auf die freiverantwortliche Wahl der Art und des Zeitpunkts des Lebensendes, das als Teil des Selbstbestimmungsrechts (Art. 10 Abs. 2 BV) grundrechtlich geschützt ist (E. 3.2; siehe hinten, V.2., sowie auch die Kommentierung von MARKUS MÜLLER, vorne, III.1.). Das Neuenburger Gesundheitsgesetz sieht seit 2015 vor, dass öffentlich anerkannte Institutionen den durch externe Organisationen begleiteten Suizid in ihren Räumen respektieren müssen, wenn dies von den Patienten gewünscht wird und weitere einschränkende Voraussetzungen erfüllt sind (unheilbare Krankheit, Ausschlagung der Palliativpflege, keine

⁷ Siehe die Antwort des Bundesrats vom 14. Februar 2017 auf die Anfrage Steinemann vom 22. November 2016, www.parlament.ch; m. w. Nw. zu ähnlichen parlamentarischen Vorstössen.

Rückkehr in die eigene Wohnung möglich). Als öffentlich anerkannt und damit duldungspflichtig gelten alle Institutionen, die staatliche Subventionen beziehen. Die beschwerdeführende Genossenschaft Heilsarmee, deren Pflegeheim «Le Foyer» von der Neuregelung betroffen ist, sieht darin seine Glaubens- und Gewissensfreiheit verletzt (Art. 15 BV).

Das Bundesgericht anerkennt die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Genossenschaft Heilsarmee als juristischer Person des Privatrechts und sieht die Freiheit als beeinträchtigt an, weil die Überzeugung der Heilsarmee jede Beihilfe zum Suizid verbietet (E. 5.4). Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit der gesetzlichen Regelung ist zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich angesichts der kumulativen Voraussetzungen klein ist (E. 5.7). Die Gesetzespflicht besteht zudem nur darin, den begleiteten Suizid in den Räumen des Pflegeheims zu respektieren, ohne dass die Heilsarmee einen eigenen Beitrag leisten oder eine aktive Rolle übernehmen müsste. Weil die Voraussetzungen nur für Heimbewohner ohne eigene Wohnungsalternative erfüllt sind, würde die Weigerung des Pflegeheims in diesen Fällen die Verwirklichung des Sterbewunsches ganz unmöglich machen, zumal der Mangel an Pflegeheimplätzen den betroffenen Personen häufig keine Wahl lässt (E. 6.5). Unter diesen Umständen erachtet das Bundesgericht die gesetzliche Duldungspflicht für verhältnismässig und weist die Beschwerde ab.

4.2 *Kinder in Untersuchungshaft*

In BGE 142 IV 389 vom 11. Oktober 2016 erlaubt das Bundesgericht, dass die Genfer Behörden einen 12-jährigen rumänischen Bub wegen des Verdachts auf Einbruchdiebstahl in einer speziellen Einrichtung für Jugendliche in Untersuchungshaft nehmen. Das Jugendstrafrecht verbietet zwar Freiheitsstrafen für Kinder unter 15 Jahren, enthält aber keine ausdrücklichen Beschränkungen für die Untersuchungshaft. Der Strafrichter hatte den Bub nach einem Monat wegen versuchten Diebstahls schuldig gesprochen, ohne eine Strafe zu verhängen. Der Beschwerdeführer macht nun geltend, dass die Dauer der Untersuchungshaft diejenige der zu erwartenden Freiheitsstrafe nicht übersteigen dürfe (Art. 212 Abs. 3 StPO) und jene folglich für unter 15-jährige Kinder ganz ausscheide.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass Kinder schon ab zehn Jahren in Untersuchungshaft genommen werden dürfen (vgl. Art. 3 Abs. 1 JStG), weil der Gesetzgeber die Haft in dieser Altersgruppe als

ultima ratio zugelassen (Art. 27 Abs. 1 JStPO) und bewusst darauf verzichtet habe, ein Mindestalter dafür vorzusehen (E. 4.3.3). Im Ergebnis wird hier also aus dem qualifizierten Schweigen des Jugendstrafrechts eine Zulässigkeit der Untersuchungshaft für Kinder abgeleitet (vgl. E. 4.2). Auch die Grenze des Art. 212 Abs. 3 StPO ist für das Bundesgericht überbrückbar: Das Gesetz lasse zu, die unter 15-Jährigen mit einer Massnahme (Unterbringung in Erziehungseinrichtung) zu belegen, was bei der maximalen Dauer der Untersuchungshaft mit zu berücksichtigen sei. Da allerdings im vorliegenden Fall durch das Gericht weder Strafe noch Massnahme ausgefällt wurden, steht dem Bub für die Untersuchungshaft eine Haftentschädigung zu.

4.3 *Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Burundischer König Mwambutsa IV*

Seit BGE 129 I 173 vom 12. Februar 2003 zur Urnenbeisetzung in Meilen gilt als geklärt, dass zur Verwirklichung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) die Wünsche sowohl der Angehörigen (Totenfürsorge) als auch des Verstorbenen grundrechtlich geschützt sind und bei einem Widerspruch diejenigen des Verstorbenen vorgehen (postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts). Im BGER-Urteil 5A_906/2016 vom 28. April 2017 findet diese Rechtsprechung jetzt eine aktuelle Bestätigung. Auf Angehörigenseite hatte die Tochter des ehemaligen burundischen Königs *Mwambutsa IV* mit Unterstützung der Regierung ein Staatsbegräbnis in seiner Heimat ermöglichen wollen. Dazu liess ihre Halbschwester den in Meyrin/GE beerdigten Leichnam exhumieren. Der König war nach dem Unabhängigkeitskampf 1966 abgesetzt worden, hatte in der Schweiz Asyl erhalten und bis zu seinem Tod im Jahr 1977 in Meyrin gelebt. Gemäss Testament wollte *Mwambutsa IV* in Meyrin begraben werden, weshalb sich eine andere Angehörige, die Nichte des Königs, gegen die Rückführung wehrte. Des Bundesgericht entscheidet nun, dass sich alle Nachfahren an den Wunsch des Verstorbenen zu halten hätten, und bestätigt den entsprechenden Entscheid des Genfer Kantonsgerichts.

Würde man ein postmortales Persönlichkeitsrecht anerkennen, was in der Schweiz bisher mehrheitlich nicht geschieht,⁸ so hätten sich in diesem besonderen Fall ergänzende Überlegungen aufgedrängt.

⁸ Siehe vorne Fn. 3.

Immerhin war das Staatsbegräbnis für den Verstorbenen zu Lebenszeiten kaum vorherzusehen. Es hätte, vorbehaltlich genauerer Prüfung, seinem mutmasslichen Willen entsprochen, vom Heimatland durch ein Staatsbegräbnis geehrt zu werden, zumal im Testament auch das Bedauern erklärt wird, nicht mit den Angehörigen in Burundi vereint werden zu können. Dass die Repatriierung 1977 von ihm nicht gewünscht wurde, könnte den damaligen Umständen geschuldet sein. Bei einem nach dem Tod fortgeltenden Persönlichkeitsrecht hätten die aktuellen Aspekte darum eventuell die damalige lebenszeitliche Verfügung verdrängt.

5. Privatsphäre – Audioüberwachung ohne Kernbereichsschutz

In den BGer-Urteilen 1B_115/2016 (zur Publikation vorgesehen) und 1B_116/2016 vom 21. März 2017 geht es um den Privatsphärenschutz gegenüber der staatsanwaltschaftlich begehrten und vom Zwangsmassnahmengericht genehmigten Audioüberwachung der Wohnungen eines Elternpaares, das unter dem Verdacht stand, sein Kind getötet zu haben. Das Obergericht hatte unter Hinweis auf ein Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts⁹ die Überwachung hinsichtlich eines absoluten Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung für unverhältnismässig erklärt. Das Bundesgericht hebt diesen Entscheid auf und erklärt die Überwachung für rechtmässig. Es sieht innerhalb des Privatsphärenschutzes das Recht auf Achtung der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 BV) als betroffen an (E. 2.2). Bei der Frage, ob insoweit der unantastbare Kernbereich gewahrt wurde (Art. 36 Abs. 4 BV), erklärt das Gericht den Einsatz von technischen Überwachungsgeräten *insgesamt* für kerngehaltskonform (E. 2.4.2). Anders als bei Lügendetektoren, Narkoanalysen und Wahrheitsseren werde bei technischer Überwachung die *Willensbildung* nicht ausgeschaltet und in den «*seelischen Eigenraum des Menschen*» nicht eingegriffen. Abgesehen von einem gesetzlichen Sonderfall (Abhörung von Zellen im Untersuchungsgefängnis) gebe es für technische Überwachungsgeräte keine absoluten Grenzen.

⁹ BVerfGE 109, 279 – Grosser Lauschangriff, Urteil vom 3. März 2004, www.fallrecht.de.

Zum unterschiedlichen Grundrechtsverständnis in Deutschland äussert sich das Bundesgericht zweifach: Die Frage könne dahingestellt bleiben, weil die schweizerischen Gerichte nicht das deutsche Recht anzuwenden hätten (E. 2.4.3). Und es wäre wohl, weil unter den Ehegatten in der Wohnung unter Umständen über einen gemeinsamen Kindesmord gesprochen werden könnte, auch nach deutschem Recht eine Ausnahme gegeben. Das ist allerdings sehr fraglich, weil die Möglichkeit strafrechtlich relevanter Kommunikation nach dem zitierten Urteil keinen Freibrief für Überwachung bildet. Vielmehr hält das Bundesverfassungsgericht eine zeitliche und räumliche «Rundumüberwachung» regelmässig für unzulässig, weil die Wahrscheinlichkeit gross sei, dass dabei höchstpersönliche Gespräche abgehört werden.¹⁰ Es hält die Menschenwürde für verletzt, wenn eine Überwachung nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäusserungen des Betroffenen registriert. Selbst zur Strafverfolgung ist darum nur eine selektive und typischerweise manuell durchgeführte Partialaufzeichnung zulässig und nicht etwa ein genereller Einsatz technischer Überwachungsgeräte. Dies ist nach dem jüngsten Urteil des Bundesgerichts in der Schweiz anders.

6. Informationelle Selbstbestimmung

6.1 *FINMA-Watchlist*

Im BGer-Urteil 1C_214/2016 vom 22. März 2017 (zur Publikation vorgesehen) heisst das Bundesgericht die Beschwerde eines ehemaligen UBS-Managers gegen seinen Eintrag in der FINMA-Watchlist gut. Die FINMA führt zur Erfüllung ihrer Gewährskontrolle im Finanzmarktsektor die Datensammlung «Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit und Berufsausübung». Diese Watchlist bildet eine Vorstufe für mögliche Berufsverbote im Bankensektor (E. 4.1) und enthält dazu Persönlichkeitsprofile (E. 4.4). Bei einem Stellenwechsel ist bereits die Aufnahme in die Watchlist ein Nachteil, zumal die Einträge erst nach zehn Jahren regulär gelöscht werden (E. 4.5). Der Beschwerdeführer war zudem nicht nur namentlich, sondern zusätzlich mit Einträgen erfasst, die ihn verdächtigten, von der Zinsmanipulation im sogenannten Libor-Skandal gewusst zu haben. Insgesamt

10 BVerfGE 109, 279 (323) – Grosser Lauschangriff.

wird dies vom Bundesgericht als schwerwiegender Eingriff (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) gewürdigt (E. 4.8).

Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die FINMA-Watchlist besteht (Art. 23 FINMAG), diese sich aber nicht auf Vorratsdaten über blossе Vermutungen, Anschuldigungen oder Verdächtigungen erstreckt, sondern nur auf «erhärtete Angaben zur Person in Verbindung mit zuverlässigen Daten zu Geschäftsführung» (E. 6.5.3). Die erlaubte Datenspeicherung beschränkt sich also schon durch die gesetzliche Grundlage auf die mit Parteirechten verbundenen Verfahren (Straf-, Administrativ-, Aufsichts-, Disziplinarverfahren), Registereinträge, korrekt durchgeführte Audits, Personalbeurteilungen und vergleichbar zuverlässige Quellen. Die Konkretisierung in Art. 3 Datenverordnung-FINMA geht über diesen Kreis nicht hinaus (E. 7.2.2). Soweit die FINMA die Watchlist auch für Verdächtigungen benutzt, die auf Verfahren gegen die UBS beruhen, bei denen der Beschwerdeführer keine Parteistellung hatte, fehlt eine rechtliche Grundlage für die Speicherung (E. 7.3), und der Lösungsanspruch ist begründet (E. 8).

Insgesamt zeigt der Entscheid einmal mehr, dass – trotz zunehmender Kritik am Datenschutzrecht – die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage und der Zweckbindung nach wie vor eine effektive Rechtskontrolle erlauben. Die Aufsichtsbehörden können selbst bei gegebenem Auftrag nicht nach ihrem Belieben die Funktion von Datenbanken gestalten, sondern sind über den Umgang mit Personendaten rechenschaftspflichtig. Das unterscheidet den europäischen Ansatz von demjenigen in den USA, wo Behörden zur Erfüllung ihres Auftrags im Prinzip beliebige Datenbanken führen dürfen, solange keine gesetzlichen Beschränkungen eingeführt werden.

6.2 DNA-Analysen

Wie schon im letzten Berichtszeitraum¹¹ nimmt das Bundesgericht weiterhin kleine Korrekturen an seiner ursprünglich bedenklich weiten Rechtsprechung zur DNA-Profilpraxis vor. Im BGer-Urteil 1B_250/2016 vom 20. September 2016 geht es einmal mehr um die routinemässige Anordnung einer DNA-Profilerstellung durch die

11 Siehe ZBJV 152 [2016] 718 f.; zuvor ZBJV 150 [2014] 806 ff.

Staatsanwaltschaft. Zwar hält das Bundesgericht nach wie vor daran fest, dass die Profilerstellung nicht nur hinsichtlich des Wattestäbcheneinsatzes (körperliche Unversehrtheit), sondern auch hinsichtlich der informationellen Selbstbestimmung bloss ein leichter Eingriff sei (E. 2.2 und 2.3.3). Mit der neuen Formel verlangt das Gericht aber, es müssten «erhebliche und konkrete Anhaltspunkte» dafür bestehen, dass der Beschuldigte in andere Delikte von «gewisser Schwere» verwickelt sein könnte (E. 3.2 und 3.3). Weil mehrere leichte Jugendstrafen vorausgegangen sind (geringfügiger Diebstahl, Verstösse gegen das Waffen- und Betäubungsmittelgesetz, Sachbeschädigung) und der neue dringende Tatverdacht sich auf eine erhebliche Straftat richtet (Gefährdung des Lebens eines Polizisten beim Führen eines Motorfahrzeugs trotz Entzugs des Führerausweises), was weitere, schwerere Straftaten als möglich erscheinen lässt (E. 2.3.2), hält das Bundesgericht hier «im Sinne eines Grenzfalls» (E. 2.3.3) die Voraussetzungen für die DNA-Profilerstellung für erfüllt und weist die Beschwerde ab.

Im BGer-Urteil 5A_492/2016 vom 5. August 2016 geht es um die Mitwirkungspflicht bei der DNA-Analyse im Rahmen einer Vaterschaftsklage. Der Beschwerdeführer war von der Kindsmutter als biologischer Vater bezeichnet und als Zeuge unter Androhung von Straffolgen erfolglos zur Vaterschaftsbegutachtung aufgeboten worden. Bei einem gerichtlich angeordneten DNA-Gutachten verweigerte er den Wangenschleimhautabstrich. Das Bundesgericht beurteilt die DNA-Analyse mit Blick auf das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung als gerechtfertigt (E. 3.1), entnimmt die Mitwirkungspflicht der ausdrücklichen Anordnung in Art. 296 Abs. 2 Satz 1 ZPO (E. 3.3.2) und hält, was dort nicht ausdrücklich geregelt ist, auch die Androhung der Realvollstreckung für mit umfasst (E. 3.3.3).

Mit wenigen Worten stellt das Bundesgericht fest, dass die Androhung von Polizeigewalt auch die Verhältnismässigkeit wahre (E. 4.3). Dabei kommt einerseits zu kurz, dass der körperliche Zwang unter Umständen mehr als die polizeiliche Vorführung erfordert, etwa wenn der Mund mit Polizeigewalt geöffnet und der Mitwirkungspflichtige längere Zeit festgehalten oder festgeschnallt werden muss.¹² Und andererseits liegt keine konkrete Gefahr für Rechtsgüter vor, sondern

¹² ADRIAN DUMITRESCU, Die Folgen fehlender Mitwirkung im Vaterschaftsprozess, AJP 2017, 826 ff. (835 f.).

es geht nur um die Erhebung eines Beweises im Zivilprozess. Mit wenigen Ausnahmen (Zwangsernährung, fürsorgerische Massnahmen) ist dem Zivilrecht die Ausübung von körperlichem Zwang fremd und wurde bisher vom Bundesgericht und von der überwiegenden Literatur abgelehnt.¹³ Ob Art. 296 ZPO diese Rechtslage für alle Formen von Zwang ändert, ist angesichts des Verhältnismässigkeitserfordernisses zumindest zweifelhaft.¹⁴ Angesichts der Umstände wäre zu überlegen gewesen, ob eine Lösung nicht auch im Rahmen der Beweislastregel von Art. 8 ZGB gefunden werden könnte,¹⁵ zumal der Beschwerdeführer ohnehin gemäss Art. 262 Abs. 1 ZGB vermutungsweise als Vater anzusehen war (E. 2.1).

7. Anspruch auf Grundschulunterricht – Integrierte Beschulung

Im BGer-Urteil 2C_154/2017 vom 23. Mai 2017 hat das Bundesgericht über die Beschulung eines Kindes mit Trisomie 21 («Downsyndrom») zu entscheiden. Nach dreijährigem Besuch des Regelkindergartens hatte das Volksschulamt Thurgau den Bub für die erste Klasse der Sonderschule vorgesehen. Die Eltern machten für ihren Sohn geltend, dass die Sonderschulung stattdessen integrativ in einer Regelschule erfolgen müsse. Das Bundesgericht hält dem entgegen, dass weder aus dem Verbot der Diskriminierung Behinderter (Art. 8 Abs. 2 BV) noch aus dem Grundrecht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) ein *Anspruch* auf integrative Schulung folge (E. 5.1). Immerhin ergebe sich aus dem Diskriminierungsverbot eine rechtliche *Präferenz* zugunsten der Integration von Behinderten gegenüber deren Separation. Der grundsätzliche Vorrang lasse den Kantonen weiterhin einen Spielraum bei der Entscheidung, verlange aber nach einer qualifizierten Rechtfertigung (E. 5.2), die dem Kanton im vorliegenden Fall gelungen sei (E. 7).

13 BGer-Urteil 5P.472/2000 vom 15. März 2001 E. 2a; ANDREA BÜCHLER, Urteilsbesprechung von 5A_492/2016, FamPra 2017, 342 ff. (344), m. w. Nw.

14 Ablehnend BÜCHLER, Urteilsbesprechung (Fn. 13), 344 f.

15 Vgl. DUMITRESCU, Folgen (Fn. 12), 836.

V. Glaubens- und Gewissensfreiheit (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Islamischer Kindergarten «al-Huda»

Im BGer-Urteil 2C_807/2015 vom 18. Oktober 2016 untersagt das Bundesgericht die Eröffnung des ersten islamischen Kindergartens der Schweiz in Volketswil/ZH (siehe auch die Kommentierung von JUDITH WYTTENBACH, vorne, III.2.). Die Beschwerdeführer hatten unter anderem eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) gerügt (E. 5.1). Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass die Bewilligung nicht wegen der konkreten Glaubensrichtung erfolgt sei (E. 5.3), sondern massgeblich deshalb, weil die inhaltlichen Mindestanforderungen an einen obligatorischen Grundschulunterricht nicht erfüllt würden. Insgesamt beanspruche der Arabisch- und Koranunterricht (25% des Stellenetats) im Konzept zu viel Raum (E. 4.2.1 und 4.2.4) und sei auch nicht hinreichend von den weltlichen Unterrichtsinhalten getrennt. Zu den Mindestanforderungen gehöre, dass neben schulischem Wissen auch vermittelt wird, wie Schülerinnen und Schüler zum Zusammenleben in der Gesellschaft befähigt werden (E. 3.1). In diesem Zusammenhang vermisst das Gericht das Bekenntnis zu den humanistischen und demokratischen Wertvorstellungen der Volksschule (E. 4.2).

2. Religiöser Charakter der Heilsarmee

In BGE 142 I 195, der schon im Zusammenhang mit der Suizidbeihilfe erwähnt wurde (siehe vorne, IV.4.1, sowie auch die Kommentierung von MARKUS MÜLLER, vorne, III.1.), findet das Bundesgericht auch Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Grundrechtsfähigkeit religiös motivierter juristischer Personen zu bekräftigen. Zwar könne sich eine Handelsgesellschaft nicht auf die Glaubensfreiheit berufen, wohl aber jede Vereinigung, die nach ihren Statuten einen religiösen oder kirchlichen Zweck verfolgt (E. 5.2). Um dies für die Heilsarmee zu begründen, in deren Statuten von Religion nicht die Rede ist, greift das Gericht zum Nachweis der Notorität auf einige seiner ersten Entschiede zurück, die im heutigen Kontext etwas distanziert und fremd wirken: «Die sogenannte Heilsarmee nun ist zweifellos eine religiöse Genossenschaft oder Sekte und ihre Versammlungen erscheinen we-

sentlich als Versammlungen zum Zwecke gemeinsamer Ausübung von Kultushandlungen, in derjenigen Form, welche diese Gesellschaft sich auserkoren hat.»¹⁶

VI. Kommunikationsgrundrechte (AXEL TSCHENTSCHER)

1. Meinungsfreiheit

1.1 *Anwaltliche Drohung*

Im BGer-Urteil 2C_620/2016 vom 30. November 2016 konkretisiert das Bundesgericht die Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger Strafverfahrensandrohung in der anwaltlichen Kommunikation. Die Scheidungsanwältin hatte Zugeständnisse in Kindsbelangen dadurch erwirken wollen, dass sie mit einer Anzeige wegen Geldwäscherei drohte. Sie war dafür von der anwaltschaftlichen Aufsichtskommission mit einer Busse bedacht worden. Das Bundesgericht stuft diese Sanktion als eine Einschränkung der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) ein. Grundsätzlich erlaubt das Gericht zwar – mit zurückhaltender Formulierung – die anwaltliche Äusserung, dass das Verhalten der Gegenpartei einen bestimmten Straftatbestand verwirklicht, oder die Ankündigung, dass möglicherweise ein Strafverfahren eingeleitet wird (E. 2.2). Es hält die Drohung aber für rechtsmissbräuchlich, wenn sie, wie hier, zum Streitgegenstand in keinerlei sachlichem Zusammenhang steht (E. 2.3).

1.2 *Rassendiskriminierung in SVP-Inserat*

Im BGer-Urteil 2B_610/2016 vom 13. April 2017 bestätigt das Bundesgericht die Verurteilung des früheren Generalsekretärs der SVP sowie seiner Stellvertreterin wegen Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) in der Tatbestandsvariante «Aufruf zu Hass oder Diskriminierung». Auf den Webseiten der Partei und in Zeitungen hatte die Partei mit der Schlagzeile «Kosovaren schlitzen Schweizer auf!» für eine Volksinitiative geworben. Die Meinungsfreiheit schützt

¹⁶ BGE 15, 682 E. 3 S. 691 – Märki; sowie bereits in BGE 13, 6 E. 2 S. 9: «[L]e recours reconnaît lui-même expressément que les Salutistes sont une association ou secte religieuse [...]»

zwar, gerade im politischen Meinungskampf, gewisse Vereinfachungen, selbst wenn sie schockierend wirken (E. 1). Sie lässt jedoch kein unsachliches Pauschalurteil zu, das sämtliche Ausländer mit kosovarischen Wurzeln schlechtmacht (E. 3.3.3). Mit der Schlagzeile wird nach Überzeugung des Gerichts bei unbefangenen Durchschnittslesern der Eindruck erzeugt, Kosovaren seien generell, mehr als andere, gewalttätig und kriminell. Dadurch wird ein feindseliges Klima gegenüber den Kosovaren geschaffen (E. 4.3). Unter solchen Umständen ist der mit der Verurteilung verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit gerechtfertigt.

2. Medienfreiheit – Fall «Hirschmann II»

Im BGer-Urteil 5A_256/2016 vom 9. Juni 2017 (zur Publikation vorgesehen) geht es einmal mehr um das Spannungsverhältnis zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Das Bundesgericht hatte in dem vor zwei Jahren besprochenen Fall «Hirschmann I»¹⁷ entschieden, dass Carl Hirschmann weder in die Kategorie der absoluten Personen der Zeitgeschichte (kraft Stellung, Funktion, Leistung) noch in diejenige der relativen Personen der Zeitgeschichte (kraft eines einzigen aussergewöhnlichen Ereignisses) einzuordnen sei. Nachdem das Handelsgericht trotz dieser Qualifizierung erneut eine Persönlichkeitsverletzung infolge Medienkampagne verneint hat, stützt das Bundesgericht jetzt wiederum die Position Hirschmanns. Es sieht keine Rechtfertigung der persönlichkeitsverletzenden Publikationen durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse (E. 6.7). An der kollektiven Klatschsucht und Sensationsgier möge zwar ein öffentliches Interesse bestehen, dieses verdiene aber in der Abwägung nicht das Gewicht, das dem Informieren zustehe (E. 6.7.3). Der Öffentlichkeit seien in diesem Fall personenbezogene Begebenheiten und Ereignisse so preisgegeben worden, dass dies den Beschwerdeführer in den Augen eines Durchschnittslesers blossstelle (E. 6.5). Im Ergebnis weist das Bundesgericht die Sache darum erneut an das Handelsgericht zurück.

¹⁷ BGer-Urteil 5A_658/2014 vom 6. Mai 2015, besprochen in ZBJV 151 [2015] 746.

3. Demonstrationsfreiheit – Luzerner Polizeigesetz

Anhand der Demonstrationsfreiheit (Art. 16 i. V. m. Art. 22 BV) unterzieht das Bundesgericht in BGE 143 I 147 die ab 2016 geltenden Revisionen des Luzerner Polizeigesetzes einer verfassungskonformen Auslegung. Das Gesetz erlegt Veranstaltern, die nicht über die erforderliche Bewilligung verfügen oder die Auflagen missachten, bis zu 30 000 Franken der Polizeikosten auf, die ab Beginn der Gewaltausübung anfallen. Im Grundsatz besteht der Grundrechtsschutz der Demonstrationsfreiheit auch in Situationen, bei denen es an einer ursprünglich friedlichen Kundgebung zu Gewaltausübung kommt (E. 3.2). Umstritten ist innerhalb des Gerichts, ob die neuen Kostenforderungen zu einem unverhältnismässigen Abschreckungseffekt («*chilling effect*») führen, weil Veranstalter und Teilnehmer davor zurückschrecken, ihr ideelles Grundrecht angesichts der Haftungsfolgen zwanglos auszuüben. Im Ergebnis verneint die Gerichtsmehrheit diesen Effekt, solange die Veranstalter es selbst in der Hand haben, die Kostenpflicht durch ihr Verhalten zu beeinflussen (E. 5.4). In verfassungskonformer Auslegung des Gesetzes steht es dem Veranstalter zu, die von ihm als unverhältnismässig angesehenen Auflagen im konkreten Fall anzufechten (E. 5.3.3). Wegen Verstosses gegen das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip hebt das Gericht zudem die Regel auf, nach der die an der Gewalt beteiligten Personen ohne Rücksicht auf ihren genauen Anteil an der Störung «zu gleichen Teilen» haftbar gemacht werden sollten (§ 32b Abs. 4 PolG/LU).

VII. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit

(ANDREAS LIENHARD)

1. Eigentumsgarantie

1.1 Vorkaufsrecht

In BGE 142 I 76 (Pra 106/2017, Nr. 62) setzt sich das Bundesgericht mit einem gesetzlichen Vorkaufsrecht zugunsten des Kantons und der Gemeinde auseinander. Das Bundesgericht hält fest, dass die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts durch die Gemeinde einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Wirtschafts-