

Abhandlungen

Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022



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 2021 bis April 2022 erstellt. Im Interesse der Aktualität sind vereinzelt Entscheide bis Juni 2022 berücksichtigt worden.

Inhaltsverzeichnis

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und allgemeine Grundrechtslehren (Axel Tschentscher)

1. Äquivalenzprinzip im Abgabenrecht
2. Gebühren für den Einsatz des Rettungsdienstes

II. Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Vertrauensschutz (Axel Tschentscher)

1. Rechtsgleichheit bei Sprachnachweisen
2. Amtliche Bewertung von Grundstücken
3. Laizität im Kanton Genf
4. Barrierefreier öffentlicher Verkehr
5. Treu und Glauben bei Medikamentenzulassung

III. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)

1. Menschenwürde, Nothilfe und Verbot erniedrigender Behandlung
 - 1.1 Verbot von faktischer Isolationshaft
 - 1.2 Leibesvisitation einer alt Kantonsrätin
 - 1.3 Nothilfe und Arbeitsprogramm
 - 1.4 Keine Klimaanlage als Nothilfe

2. Lebensrecht, persönliche Freiheit und Freiheitsentzug

- 2.1 Grundrecht auf Suizid
- 2.2 Drogentod nach vorläufiger Festnahme

3. Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung

- 3.1 Nichtweiterleitung eines Briefes
- 3.2 DNA-Profilerstellung

4. Kindeswohl und Grundschulunterricht

- 4.1 Kindeswohl bei Leihmutterchaft
- 4.2 Maskenpflicht in der Schule
- 4.3 Verwahrung von Pädophilen
- 4.4 Vereister Schulweg zur Grundschule

IV. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)

- 1. Leistungsvertrag mit religiösen Schulträgern
- 2. Laizität im Kanton Genf

V. Kommunikationsgrundrechte (Franz Zeller)

- 1. Meinungsäusserungsfreiheit
 - 1.1 Strafbare Diskriminierung von Fahrenden durch SVP-Politiker
 - 1.2 Freispruch nach rassistischen User-Kommentaren auf Facebook-Pinnwand eines Politikers
- 2. Medienfreiheit
 - 2.1 Quellenschutz ausserhalb des herkömmlichen Journalismus
 - 2.2 Grosse Freiraum für problematischen Fernsehbeitrag über einen Whistleblower
- 3. Informationsfreiheit und Informationszugang
 - 3.1 Mangelhafte Abwägung bei Gesuch um Einsicht ins Bundesarchiv
 - 3.2 Mangelhafte Abwägung bei BGÖ-Gesuch zu PostAuto-Skandal
 - 3.3 Anspruch auf Einsicht in nicht rechtskräftige Nichtanhandnahmeverfügung
 - 3.4 Unzureichend begründete Geheimhaltung eines rechtskräftigen Strafurteils
 - 3.5 Mangelhafte Abwägung bei der Anonymisierung von Gerichtsurteilen
 - 3.6 Publikation des Anwaltsnamens in Verfahren vor Bundesgericht
 - 3.7 Publikumsausschluss bei UBI-Beratungen nur in Ausnahmefällen
- 4. Versammlungsfreiheit
 - 4.1 Covid-bedingte Demonstrationsbegrenzungen in Uri und Bern
 - 4.2 Strafbarer Klimaprotest auf öffentlichem Grund
 - 4.3 DNA-Profil nach Teilnahme an gewalttätigen Kundgebungen

VI. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)

- 1. Eigentumsgarantie
 - 1.1 Enteignungsrecht
 - 1.2 Entschädigung für formelle Teilenteignung
 - 1.3 Unterschutzstellung

- 1.4 Beschlagnahme (Covid-19)
- 1.5 Disziplinarstrafe
- 1.6 Zulässigkeit einer Zwangsdienstbarkeit
- 2. Wirtschaftsfreiheit
 - 2.1 Ersatzabgabe Notfalldienst Apotheken
 - 2.2 Arbeitsvermittlung und Personalverleih
 - 2.3 Erwerb ersatz (Covid-19)
 - 2.4 Ladenöffnungszeiten
 - 2.5 Handänderungsabgabe

VII. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)

- 1. Politische Rechte
 - 1.1 Verfahren
 - 1.2 Versammlungsdemokratie
 - 1.3 Behördliche Einflussnahme
- 2. Vorrang des Bundesrechts
- 3. Gemeindeautonomie
- 4. Gewaltenteilung

III. Verfahrensgarantien (Axel Tschentscher)

- 1. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1.1 Beschleunigungsgebot
 - 1.2 Zusammensetzung der Prüfungskommission für Podologie
 - 1.3 Rechtliches Gehör
- 2. Rechtsweggarantie – Negativer Kompetenzkonflikt
- 3. Garantien im gerichtlichen Verfahren – Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung
- 4. Garantien im Strafverfahren – Wahrsagerei

I. Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und allgemeine Grundrechtslehren (Axel Tschentscher)

Die aus den allgemeinen Grundrechtslehren abzuleitenden *Schutzpflichten* spielen in diesem Berichtszeitraum bei der Covid-19-Judikatur des Bundesgerichts noch eine gewisse Rolle. Regelmässig geht es aber um abwehrrechtliche Fallkonstellationen. Die Schutz-

pflicht wird dabei als Rechtfertigung der staatlichen Pandemiemassnahmen diskutiert, nicht als gerichtliche Einforderung von mehr Schutz gegenüber Infektionsquellen. Grundrechtsdogmatisch bringen diese Entscheide im Prüfprogramm von [Art. 36 BV](#) keine Besonderheit (Schutz der Grundrechte Dritter). Sie sind in diesem Bericht den jeweiligen Grundrechten zugeordnet.¹

Die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns ([Art. 5 BV](#)) haben ausserhalb der Einschränkung von Einzelgrundrechten ([Art. 36 BV](#)) in der Judikatur des Bundesgerichts wiederum keine grosse Rolle gespielt:

1. Äquivalenzprinzip im Abgabenrecht

Im [BGE 148 I 97](#) heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut, die sich gegen die Praxis der Aufenthaltsbewilligungen im Tessin richtet.² Bei Ausübung der Niederlassungsfreiheit ([Art. 24 BV](#)), konkret durch die Anmeldung eines Zweitwohnsitzes zu Arbeitszwecken durch einen Schweizer Bürger, stellt die Einwohnerkontrolle eine Bewilligung aus, für die eine Gebühr von 100 Franken erhoben wird. Eine solche Abgabe, die für Tätigkeiten im Rahmen eines Meldeverfahrens von Aufenthaltern erhoben wird, kann gemäss Bundesgericht nicht als blosser Kanzleigeühr qualifiziert werden (E. 4.1). Sie stellt vielmehr eine Kausalabgabe dar (E. 4.2.2).

Nach dem allgemeinen Legalitätsprinzip ([Art. 5 Abs. 1 BV](#)), das im Abgabenrecht in verschärfter Weise und als eigenständiges verfassungsmässiges Recht gilt (Art. [127 Abs. 1](#) i.V.m. Art. [164 Abs. 1 lit. d](#) BV), wäre für eine solche Abgabe grundsätzlich eine spezifische gesetzliche Grundlage erforderlich gewesen, die hier jedoch fehlt. Damit hängt die Legalität der Kausalabgabe von der Einhaltung des Äquivalenzprinzips ab. Hier hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, dass die Ausstellung der Aufenthaltsbewilligung für den Bürger überhaupt keinen Wert habe, sondern nur den Interessen der Gemeinde diene (E. 4.4.1). Dieser Argumentation schliesst sich das Gericht im Ergebnis an, indem es das Äquivalenzprinzip für verletzt erklärt (E. 4.5). Der

Entscheid zeigt, wie strikt die Anforderungen des abgabenrechtlichen Legalitätsprinzips sich selbst bei niedrigen Gebühren auswirken.

2. Gebühren für den Einsatz des Rettungsdienstes

Ebenfalls um das Legalitätsprinzip im Abgabenrecht geht es beim BGer-Urteil [2C_992/2020](#) vom 23. September 2021. Hier hatte der Beschwerdeführer den Rettungsdienst im Kanton Obwalden in Anspruch genommen und später den dafür zugesandten Gebührenbescheid angefochten. Das Bundesgericht geht wie die Vorinstanz von einer Verwaltungsgebühr aus, deren Verankerung im Gesetzesrecht sich allerdings als prekär erweist. Ohnehin besteht keine spezielle Grundlage für die Gebühren im Rettungsdienst, sondern nur ein allgemeines Gebührengesetz des Kantons. Dieses spezifiziert lediglich «Amtshandlungen», was nach Überzeugung des Bundesgerichts ausserordentlich weit gefasst ist und für sich allein nicht die erforderliche Bestimmtheit aufweist (E. 5.3.1). Für zulässig erklärt das Gericht allerdings eine Auslegung, die unter Rückgriff auf Grundsätze im kantonalen Gesundheitsgesetz eine Gebührenpflichtigkeit erkennen lässt. Dort ist nämlich allgemein die Kostenverlegung auf Patienten und Versicherer vorgesehen, sodass alle Leistungen des Kantonsspitals, zu denen auch der Rettungsdienst gehört, grundsätzlich kostenpflichtig sind. Diese gesamthafte Lesart wird vom Bundesgericht als gesetzliche Grundlage mit «gerade noch genügender Bestimmtheit» (E. 5.3.3) eingeordnet. Das ist ein für die Praxis sicher wertvolles Ergebnis, das aber bedenkliches Transferdenken der Rechtsadressaten verlangt, wie es im verschärften Legalitätsprinzip des Abgabenrechts gerade nicht nötig sein sollte.

II. Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Vertrauensschutz (Axel Tschentscher)

1. Rechtsgleichheit bei Sprachnachweisen

Im BGer-Urteil [1D_4/2021](#) vom 8. März 2022 (zur Publikation in BGE vorgesehen) geht es um die Tauglichkeit von Maturitätszeug-

nissen als Sprachnachweis. Eingebettet ist die Fragestellung in eine ordentliche Einbürgerung, bei der die Beschwerdeführerin, die französischer Muttersprache ist, der Einwohnergemeinde Thun als Nachweis für die Sprachkompetenz Deutsch die Sprachstandanalyse einer anerkannten Sprachschule beibringen sollte. Sie reichte daraufhin ihr Maturitätszeugnis ein, das im Fach Deutsch als Fremdsprache die Note 4 (genügend) auswies. Der Gemeinde genügte das nicht. Gegen den Nichteintretensentscheid gelangt die Betroffene mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde zum Bundesgericht.

Das Gericht geht schulmässig von dem Kriterium aus, dass die Rechtsgleichheit ([Art. 8 Abs. 1 BV](#)) verlangt, Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln (E. 2.2). Sachlich verlangt das Einbürgerungsrecht ([Art. 6 Abs. 2 lit. d BÜV](#)) keine förmlich festgelegten Dokumente, sondern lediglich einen Sprachnachweis, der allgemein anerkannten Qualitätsstandards entspricht. Die Verordnung des Bundesrates über die Anerkennung gymnasialer Maturitätsausweise (MAV) ist mit Qualitätsanforderungen verknüpft, die sogar ein höheres Bildungsziel vorsehen, als es beim Sprachniveau für die Einbürgerung verlangt wird (E. 5.6). Mit der genügenden Note im Maturitätszeugnis wird von Fachleuten bescheinigt, dass die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Niveau erreicht hat. Eine ungleiche Behandlung der Nachweise von anerkannten Sprachschulen einerseits und der Fremdsprachennoten in Maturitätszeugnissen andererseits lässt sich darum sachlich nicht rechtfertigen (E. 5.11).

2. Amtliche Bewertung von Grundstücken

Ebenfalls der Praxis im Kanton Bern gilt das BGer-Urteil [2C_418/2020](#) vom 21. Dezember 2021 (zur Publikation in BGE vorgesehen) zur Neubewertung nicht landwirtschaftlicher Grundstücke. Nach dem Steuerharmonisierungsgesetz ist es den Kantonen untersagt, die amtliche Bewertung deutlich unter dem Verkehrswert anzusetzen. Zwar steht den Kantonen ein gewisser Spielraum zu, aber dieser geht nicht so weit, dass, wie in Bern angestrebt, der amtliche Wert auf einen Medianwert von 70% des Verkehrswerts zielen dürfe. Entsprechend stellt das Bundesgericht einen Verstoß gegen die Rechtsgleichheit ([Art. 8 Abs. 1 BV](#)) fest (E. 4.4.8).

Mit dem bundesgerichtlichen Urteil wird einer politischen Praxis, die seit nunmehr fünf Jahren die Neubewertungsverfahren in Bern bestimmt, die Grundlage entzogen. Das kantonale Anliegen, innerhalb der Vermögensbesteuerung das hohe Gewicht von Immobilienwerten nicht allzu sehr durchschlagen zu lassen, kann im derzeitigen Rechtsrahmen nicht weiterverfolgt werden. Damit ist letztlich auch das eigentumspolitische Anliegen, dass die Begründung von selbst genutztem Wohneigentum nicht noch weiter behindert werden sollte, für die Kantone jedenfalls mit steuerrechtlichen Mitteln nur schwer zu verfolgen.

3. Laizität im Kanton Genf

Beim BGer-Urteil [2C_1079/2019](#) vom 23. Dezember 2021 (zur Publikation in BGE vorgesehen) geht es unter anderem um die mögliche religiöse Diskriminierung ([Art. 8 Abs. 2 BV](#)) durch die Vorschriften des Gesetzes über Laizität im Kanton Genf.³ Zu den umfassenden Neutralitätsregeln in diesem Gesetz gehört auch, dass bestimmte staatliche Amtsträger, wenn sie im Rahmen ihrer Aufgaben mit der Öffentlichkeit in Kontakt kommen, die eigene Religionszugehörigkeit nicht offen zeigen dürfen. Das Bundesgericht hält fest, dass durch eine solche Regelung

nicht der Zugang zum Amt verweigert, sondern lediglich unabhängig von dem jeweiligen Glauben und damit für alle gleich eine Neutralitätsregel eingeführt wird (E. 8.2). Ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot liegt darum nicht vor.

4. Barrierefreier öffentlicher Verkehr

Beim BGer-Urteil [2C_26/2019](#) vom 22. Dezember 2021 geht es um das Paradebeispiel einer Verbandsbeschwerde nach dem Behindertengesetz ([Art. 9 BehiG](#)). Vorausgegangen war eine Betriebsbewilligung für die neuen Doppelstockzüge der Firma Bombardier. Diese verfügen neu über eine Rampe im Türbereich, die es erschwert, mit dem Rollstuhl ein- und auszusteigen. Unter dem Gesichtspunkt der Behindertendiskriminierung ([Art. 8 Abs. 2 BV](#)) und der Pflicht des

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 **498** | ↑

Staates, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen ([Art. 8 Abs. 4 BV](#)), müssen alle Grundrechtspflichtigen im öffentlichen Verkehr, zu denen unstreitig auch die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) als öffentliches Unternehmen gehören, die Verkehrsmittel so gestalten, dass eine autonome Benutzung so weit wie möglich sichergestellt ist (E. 10.3.3). Das Bundesgericht konkretisiert diese Pflicht im vorliegenden Fall zu einer zusätzlichen Auflage an die SBB, für alle Ein- und Ausgänge eine maximale Rampenneigung von 15% sicherzustellen (E. 11.4). Das Anliegen der Behindertenverbände ist insofern in einem zentralen Punkt erfolgreich.

5. Treu und Glauben bei Medikamentenzulassung

Im [BGE 148 V 128](#) geht es um die periodische Überprüfung eines Medikaments durch das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic).⁴ Der Hersteller hatte darauf vertraut, dass die ursprüngliche Bewilligung jedenfalls hinsichtlich der Packungsgrösse sich nicht nachträglich ändern würde. Von Swissmedic war in den ersten Überprüfungen auch keine Änderung gefordert worden. Für den Hersteller überraschend wird nun aber die fortgeltende Zulassung von der Einführung einer Kleinpackung abhängig gemacht.

Das Bundesgericht sieht bei dieser Zulassungspraxis den grundrechtlichen Vertrauensschutz ([Art. 9 BV](#)) der Beschwerdeführerin nicht als verletzt an. Bei nachfolgenden Überprüfungen müsse das rechtliche Kriterium der Zweckmässigkeit, das die Wirtschaftlichkeit und damit die sachgerechte Packungsgrösse mit einschliesse, jeweils neu überprüft werden. Entsprechend könne ein Hersteller, wenn bei früheren Überprüfungen nichts beanstandet wurde, das Verhalten von Swissmedic nicht als eine Zusicherung verstehen, künftig keine anderslautenden Beurteilungen mehr abzugeben (E. 5.3.1). Ein schutzwürdiges Vertrauen besteht in solchen Fällen nicht.

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 **499** | ↑

III. Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes (Axel Tschentscher)

1. Menschenwürde, Nothilfe und Verbot erniedrigender Behandlung

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

1.1 Verbot von faktischer Isolationshaft

Im Fall des inzwischen 26-jährigen Brian, der die Justiz seit seiner Jugend beschäftigt, weist das Bundesgericht das Obergericht des Kantons Zürich erneut in die Schranken. Im BGer-Urteil [1B_574/2021](#) vom 3. Dezember 2021 erklärt es die Haftbedingungen für menschenwürdig (Art. 7 und Art. 10 Abs. 3 BV) und verpflichtet das Obergericht, umgehend ein situationsangepasstes Konzept für mögliche Lockerungen des Haftregimes zu erstellen (E. 5.6).

Der Beschwerdeführer war nach Gewalttätigkeiten während des Strafvollzugs in die Sicherheitsabteilung der Justizvollzugsanstalt Pöschwies eingewiesen worden. Sein Begehren um Verlegung in ein Untersuchungsgefängnis wurde abgelehnt. In der Sicherheitsabteilung durfte der Beschwerdeführer zwar Besuch empfangen, war aber ansonsten innerhalb des Vollzugs isoliert und konnte keine sozialen Kontakte pflegen. Zwar konstituiert dieses Haftregime noch keine eigentliche Isolationshaft, im Ergebnis aber liegt ein weitgehend abgeschirmter Vollzug mit sehr beschränkten Möglichkeiten einer sinnvollen Gestaltung des Tagesablaufs vor, der inzwischen schon mehr als drei Jahre andauert (E. 5.3).

Der Fall zeigt: Selbst wenn der relative Massstab des [Art. 235 Abs. 1 StPO](#) gewahrt wird, weil die inhaftierte Person, bedingt durch ihr eigenes Verhalten, nicht stärker eingeschränkt wird, als es die Wahrung der Anstaltsordnung rechtfertigt, darf die absolute Grenze zur menschenunwürdigen Haftbedingung nicht überschritten werden.

1.2 Leibesvisitation einer alt Kantonsrätin

Im BGer-Urteil [6B_1062/2021](#) vom 27. Mai 2022 heisst das Bundesgericht die Beschwerde einer alt Kantonsrätin aus Luzern gut, die einer Leibesvisitation und anschliessenden Festhaltung während 20 Stunden ausgesetzt war. Die Politikerin hatte an einer Mahnwache gegen die Coronamassnahmen teilgenommen, war wegen Hinderung

von Amtshandlungen festgenommen und dann über Nacht in Haft gehalten worden. Obwohl keine Anzeichen für eine Selbst- oder Fremdgefährdung durch die 65-jährige Politikerin bestanden, wurde sie von zwei deutlich jüngeren Polizeibeamtinnen einer Leibesvisitation unterzogen, bei der sie den Ober- und Unterkörper getrennt, aber vollständig entblößen musste. Dieses Vorgehen, das problemlos durch ein Abtasten über der Kleidung oder jedenfalls der Unterwäsche hätte ersetzt werden können, wird vom Bundesgericht nach den konkreten Umständen als erniedrigende Behandlung ([Art. 3 EMRK](#)) qualifiziert (E. 4.2.2). Auch die relativ lange Festhaltungsdauer von über 20 Stunden unter Berücksichtigung des Zwecks der Festhaltung (Befragung) verstösst gegen [Art. 3 EMRK](#). Das Anliegen hätte durch spätere Vorladung auch ohne eine Festhaltung während der Nachtzeit verwirklicht werden können (E. 4.2.3).

1.3 Nothilfe und Arbeitsprogramm

Im BGer-Urteil [8C_704/2021](#) vom 8. März 2022 geht es um die zulässigen Auflagen im Bereich der Nothilfe. Generell gilt nach dem Subsidiaritätsprinzip in der Nothilfe, dass ein Anspruch nur insoweit besteht, als der von Not Betroffene «nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen» ([Art. 12 BV](#)). Im vorliegenden Fall hatte die Gemeinde Jenaz im Kanton Graubünden die Nothilfe sistiert, weil der Empfänger sich ohne ausreichend belegte Entschuldigung der Teilnahme an einem Arbeits- und Integrationsprogramm verweigerte. Das Bundesgericht stellt darauf ab, dass es sich bei dem Programm um ein Eigenleistungsmodell ohne Lohn handelt (E. 3). Unter diesen Umständen kann es als Verstoss gegen [Art. 12 BV](#) qualifiziert werden, wenn die Ausrichtung der Nothilfe

von der Teilnahme am Arbeits- und Integrationsprogramm abhängig gemacht wird (E. 4). Immerhin hätte die Teilnahme an der Notlage ja nichts geändert, sodass die Subsidiarität nicht zum Zuge kommt. Der Entscheid zeigt, wie vorsichtig die Behörden ihre Programme gestalten müssen, um die gewollte Arbeitsmotivation zu erzeugen.

1.4 Keine Klimaanlage als Nothilfe

Im BGer-Urteil [8C_199/2021](#) vom 14. Dezember 2021 geht es um das Mass der Nothilfe. Die Beschwerdeführerin hatte sich für 449 Franken eine Klimaanlage gekauft und vom Arzt bestätigen lassen, dass bei der bis zu 40 Grad reichenden Sommerhitze die Instal-

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 501 | ↑

lation einer solchen Anlage in der Wohnung indiziert sei. Demgegenüber stützt das Bundesgericht die Auffassung der Vorinstanz, dass nicht belegt ist, inwieweit eine Klimaanlage dem grundlegenden Einrichtungsbedürfnis entspricht, das auf die Deckung eines Grundbedarfs abzielt, wie etwa Bett, Tisch, Stuhl, Herd oder Kühlschrank (E. 7.2). Eine Klimaanlage zählt nicht zu den lebensnotwendigen Einrichtungsgegenständen, zumal es andere Möglichkeiten gibt, um eine Wohnung zu kühlen (E. 7.3).

2. Lebensrecht, persönliche Freiheit und Freiheitsentzug

2.1 Grundrecht auf Suizid

Im BGer-Urteil [6B_646/2020](#) vom 9. Dezember 2021 geht es nur mittelbar um das Grundrecht auf Suizid. Ein Arzt hatte einer physisch gesunden Frau, die im hohen Alter von 86 Jahren den Tod ihres Ehemannes nicht ertrug und sich darum das Leben nehmen wollte, Natrium-Pentobarbital verschrieben. Daraufhin beging sie Suizid. Der Arzt wurde durch die Vorinstanz nach den Regeln des Heilmittelgesetzes (HMG) schuldig gesprochen. Diese Verurteilung hebt das Bundesgericht auf.

Obwohl der Entscheid noch einmal ausführlich die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR zum Suizid rekapituliert (E. 1.3.2–1.3.3), geht es in der Begründung letztlich nicht um das grundsätzliche Recht auf den eigenen Tod. Eine solche Auseinandersetzung mit dem Kern der Materie hätte eigentlich nahegelegen. Immerhin besteht hier weder eine akut lebensbedrohliche oder sonst unerträgliche Krankheit, noch ist ohne Weiteres deutlich, dass der Todeswunsch autonom und beständig sei. Es handelt sich also um einen der besonders schwierigen Grenzfälle.

Statt die Auseinandersetzung mit den Rechtsproblemen direkt anzugehen, weicht das Bundesgericht auf eine Analyse der rechtspolitischen Stellungnahmen von Bundesrat, Parlament und Ärzten (SAMW, FMH) aus (E. 1.3.5). Nirgendwo sei ein Interesse erkennbar, die Verschreibung von Natrium-Pentobarbital auch bei gesunden Personen erlauben zu wollen. Hier wird die Argumentationslast gegen die Grundrechtsträgerin gewendet. Es ist die Freiheit der Person – sei sie gesund oder nicht – über den eigenen Tod und das dazu eingesetzte Mittel zu

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 502 | ↑

entscheiden. Wenn der Staat durch gesetzliche Handlungs- oder Verkehrsverbote hierzu Freiheitsbeschränkungen einführt, dann sind diese ihrerseits rechtfertigungsbedürftig. Ein Hinweis auf die Standerichtlinien, die ja nur rechtlich nicht bindende Ansichten privaten Ursprungs sind, oder auf politische

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

Überzeugungen von Staatsorganen genügt dafür nicht. Vielmehr hätte die Verfassungsmässigkeit der an den Standesrichtlinien orientierten Handlungsverbote untersucht und eine verfassungskonforme Auslegung der Verkehrsverbote für Natrium-Pentobarbital in HMG und BetmG gefunden werden müssen.

Im Entscheidungsergebnis stützt sich das Gericht bei der Aufhebung auf ein gesetzestechnisches Detail: Die Verurteilung nach HMG sei falsch, weil es sich bei Natrium-Pentobarbital, wenn es für Suizidzwecke verschrieben werde, nicht um ein Heilmittel handle (E. 1.3.6, 1.5.2). Darum hätte allein eine Verurteilung nach dem Betäubungsmittelgesetz (BetmG) geprüft werden müssen (E. 2). Dem Beschwerdeführer wird dies nicht viel nützen, weil seine Berechtigung zur Verschreibung von Natrium-Pentobarbital an gesunde Patienten durch das Bundesgericht gerade nicht festgestellt wurde.

2.2 Drogentod nach vorläufiger Festnahme

Wie schon im vorigen Berichtszeitraum geht es im BGer-Urteil [6B 1055/2020](#), [6B 823/2021](#) vom 13. Juni 2022 um den tragischen Tod eines Inhaftierten. Der Mann wurde in den Morgenstunden des 25. Dezembers nach einer Weihnachtsparty von der Polizeistreife aufgegriffen und vorläufig festgenommen. Ein Drogenschnelltest fiel hinsichtlich zahlreicher Drogen positiv aus: Cocain, Cannabis, Benzodiazepine, Methamphetamin, Morphin und Ecstasy. Der daraufhin aufgebotene Arzt ging davon aus, dass der Höhepunkt des Drogenrausches zum Untersuchungszeitpunkt (nachmittags, 16.00 Uhr) bereits überschritten sei. Er attestierte die Hafterstehungsfähigkeit kombiniert mit der Anweisung, dass die Polizeimitarbeitenden alle zwei Stunden die Lebenszeichen kontrollieren sollten und es ihm melden, sobald der Inhaftierte klar bei Bewusstsein sei oder wenn sich sein Gesundheitszustand verschlechtern sollte. Etwa einen halben Tag später wurde der Inhaftierte tot in der Gefängniszelle aufgefunden.

Die prozedurale Komponente des Grundrechts auf Leben ([Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV](#), [Art. 2 EMRK](#)) verlangt nach ständiger Rechtsprechung eine effektive strafrechtliche Untersuchung bei Todesfällen im

Gewahrsam der Polizei (E. 3.3.3). Dies gilt hier umso mehr, als eine nachträgliche Begutachtung durch Sachverständige ergeben hat, dass eine Hospitalisierung mit entsprechend engmaschiger Kontrolle der Vitalparameter möglicherweise den Todesfall hätte verhindern können (E. 4.2). Gleichwohl durfte die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen, weil die klare Straflosigkeit des Arztes – trotz des strengen anzulegenden *Masstabs (in dubio pro duriore)* – dies rechtfertigte. Selbst wenn die Hafterstehungsfähigkeit verneint und die sofortige Einlieferung in ein Spital angeordnet worden wäre, hätte dies den Todeseintritt nicht mit der für hypothetische Kausalität erforderlichen hohen oder gar an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit verhindert (E. 4.4.4.2). Unter diesen Umständen wäre der Arzt auch ohne die Einstellung des Verfahrens straflos geblieben. Nach Überzeugung des Bundesgerichts genügt das Handeln der Staatsanwaltschaft darum den Anforderungen an eine effektive strafrechtliche Untersuchung (E. 4.5).

3. Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung

3.1 Nichtweiterleitung eines Briefes

Um das Grundrecht auf Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs ([Art. 13 Abs. 1 BV](#)) geht es im BGer-Urteil [1B 567/2021](#) vom 14. Januar 2022. Der Beschwerdeführer hatte einen Brief an einen Adressaten gesendet, der sich in Untersuchungshaft befand. Dieser Brief war von den Behörden nicht weitergeleitet worden, weil er inhaltlich

eine gemeinsame Drohung gegenüber Dritten vorschlug. Über die Auslegung des Textes besteht allerdings Streit. Grundsätzlich ist die Zensur der Gefängnispost gesetzlich vorgesehen ([Art. 235 Abs. 3 StPO](#)). Damit soll unter anderem verhindert werden, dass aus dem Gefängnis heraus weitere Straftaten begangen oder geplant werden (E. 3.2). Selbst wenn inhaltliche Ungewissheit besteht, ist der Spielraum der Strafbehörden nach Überzeugung des Bundesgerichts gross genug, um ein Zurückhalten der Briefpost in solchen Fällen als noch verhältnismässig einzustufen (E. 3.4).

3.2 DNA-Profilerstellung

Das Bundesgericht führt seine Praxis zur Erstellung von DNA-Profilen im Berichtszeitraum fast unverändert fort. Immerhin wird

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 **504** | ↑

inzwischen neben der persönlichen Freiheit ([Art. 10 Abs. 2 BV](#)) durchweg auch die Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung ([Art. 13 Abs. 2 BV](#)) ausdrücklich eingeräumt.

Im BGer-Urteil [1B_409/2021](#) vom 3. Januar 2022 geht es um Strassenblockaden bei nicht bewilligten Kundgebungen in Basel. Der Beschwerdeführer war durch Bildaufnahmen eindeutig identifizierbar (E. 4.2). Trotzdem wurde zusätzlich ein DNA-Profil erstellt. Das Bundesgericht stützt diese Massnahme, weil konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass der Beschwerdeführer in andere Delikte von erheblicher Schwere verwickelt sein könnte (E. 4.4).

Im BGer-Urteil [1B_387/2021](#) vom 19. Mai 2022⁵ geht es um Vandalismus an fünf Werbeträgern auf öffentlichem Grund, also um Sachbeschädigung (4000 Franken). Im zeitlichen Zusammenhang gab es 161 Schäden an Werbeträgern derselben Firma (128000 Franken). Unter solchen erschwerenden Umständen ist es naheliegend, mithilfe eines DNA-Profiles einen Zusammenhang mit vergangenen oder zukünftigen Straftaten des gleichen Musters zu suchen (E. 4.1 und 5.2.2).

4. Kindeswohl und Grundschulunterricht

4.1 Kindeswohl bei Leihmutterschaft

Im BGer-Urteil [5A_545/2020](#) vom 7. Februar 2022 (zur Publikation in BGE vorgesehen) hält das Bundesgericht weiterhin an seiner rigiden Rechtsprechung zur Nichteintragung von Wunscheltern bei Leihmutterschaft im Ausland fest. Die Beschwerdeführenden hatten mit der eigenen Eizell- und Samenspende genetisch eigene Zwillinge durch eine Leihmutter in Georgien austragen lassen. Das Gemeindeamt des Kantons Zürich trug in der Folge den Wunschvater kraft Anerkennung als Vater ein. Als Mutter wurde indes die georgische Leihmutter eingetragen, nicht die Wunschmutter und Eizellspenderin.

Mit Blick auf das Kindeswohl und dessen Schutz in [Art. 13 Abs. 1 BV](#) und in der Kinderrechtskonvention ist diese Rechtsprechung äusserst problematisch. Letztlich wird hier aus einem Gesichtspunkt der Staatsraison die Anerkennung der Wunschmutter verweigert, weil die ausländische Umgehung des schweizerischen Leihmutterschafts-

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 **505** | ↑

verbots ([Art. 119 Abs. 2 lit. d BV](#)) nicht folgenlos bleiben soll.⁶ Das ist in diesem Fall besonders unverständlich, weil beide Elternteile als genetische Eltern eine enge persönliche Verbindung zu den Zwillingen aufweisen. Für das Bedenken, die Leihmutterschaft würde dazu führen, dass Wunscheltern Kinder im Ausland einkaufen, die sie nach eugenischen oder ästhetischen Kriterien beliebig auswählen, bleibt in solchen Fallkonstellationen kein Raum.

Die Benachteiligten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind ausser den Wunscheltern und der Leihmutter vor allem die Kinder. Sollte der Wunschvater vor vollzogener Stiefkindadoption durch die Wunschmutter sterben, wären die Zwillinge faktisch Vollwaisen. Bei einem Tod der Wunschmutter stünde den Zwillingen kein gesetzliches Erbrecht zu. Bei einer Trennung der Wunscheltern wäre ein Sorgerecht der Wunschmutter, selbst wenn es im Interesse der Kinder sein sollte, nicht zu verwirklichen. Zudem gehen alle möglichen Verzögerungen, Erschwernisse und Hindernisse aus dem Verfahren der Stiefkindadoption letztlich auf das Risiko der Kinder. Selbst in administrativen Details wirkt die Nichtanerkennung der Mutterschaft als Verunsicherungsfaktor für die ganze Familie: Was wäre beispielsweise, wenn die Leihmutter entgegen der ursprünglichen Adoptionsfreigabe ihren Anteil am Sorgerecht und an den Sozialzulagen für die Zwillinge geltend machen würde? Was wäre bei einem Widerruf der Adoptionsfreigabe gegenüber den schweizerischen Behörden?

Um das eigentlich nicht tragbare Ergebnis argumentativ zu stützen, betont das Bundesgericht im neuen Entscheid, dass ja – anders als in früheren Entscheiden – gar nicht der *ordre public*-Vorbehalt angewendet worden sei, sondern einfach nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort insgesamt schweizerisches Recht (E. 6.4) mit dem Grundsatz, dass die gebärende Frau, hier die Leihmutter, als rechtliche Mutter gilt ([Art. 252 Abs. 1 ZGB](#); *mater semper certa est*). Im Übrigen verweist das Gericht auf die Möglichkeit der Stiefkindadoption durch die Wunschmutter (E. 8.5). Für eine solche ist allerdings mindestens ein Jahr Beteiligung bei der Pflege und Erziehung nötig ([Art. 264 Abs. 1 ZGB](#)). Hinsichtlich der Verfahrensdauer und der latenten Ungewissheit über einen Adoptionserfolg ist dem Bundesgericht offen-

sichtlich ebenfalls unwohl, wenn es darauf hinweist, die Adoptionsbehörden seien in diesen Fällen zur Priorisierung und raschen Entscheidung sowie zu einer grosszügigen und pragmatischen Auslegung der adoptionsrechtlichen Voraussetzungen verpflichtet (E. 8.5).

4.2 Maskenpflicht in der Schule

Zur Maskenpflicht an Berner Schulen hat das Bundesgericht im Urteil BGE 148 I 89⁷ und in drei gleichentags ergangenen Parallelurteilen⁸ die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Massnahme an Schulen ab der 5. Klasse bestätigt. Sachlich ging es neben dem Kindeswohl ([Art. 11 Abs. 1 BV](#)) auch um eine Abwägung mit dem Anspruch auf Grundschulunterricht ([Art. 19 BV](#)) einschliesslich der grossen Bedeutung sozialer Interaktion unter den Kindern (E. 7.3) sowie dem Schutz Dritter (Lehrkräfte, Eltern, andere Kontaktpersonen) (E. 6.5). Das Gericht gestand dabei zu, dass es mögliche gesundheitliche Nachteile durch das Maskentragen geben könne. Diese seien aber nicht von solchem Gewicht, dass effektiv gesundheitliche Schäden zu erwarten seien (E. 6.5). Mit Recht warnt das Bundesgericht für die Pandemiemassnahmen vor unzulässigen Rückschaufehlern (E. 7.4). Nur weil eine aus früherer Perspektive berechtigterweise befürchtete Entwicklung nicht eingetreten ist, verliert die Massnahme, die zur Gefahrenabwehr ergriffen wurde, nicht ihre Rechtmässigkeit.

4.3 Verwahrung von Pädophilen

Im BGer-Urteil [6B 1076/2021](#) vom 28. Oktober 2021 geht es um den Umfang, den eine nachträgliche Verwahrung maximal haben darf. Der Verwahrte hatte sich im Jahr 2009 am gleichen Tag zweimal gegenüber Mädchen als

Zivilpolizist ausgegeben, sich ihnen gegenüber entblösst und sie – jeweils erfolglos – zur Vornahme sexueller Handlungen aufgefordert. Er war darauf zu 18 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden, deren Vollzug zugunsten einer stationären Massnahme aufgeschoben wurde. Weil die stationäre therapeutische Massnahme unwirksam blieb, wurde sie regelmässig verlängert, bis für den Pädophilen schliesslich 2020 die nachträgliche Verwahrung angeordnet

und er in vollzugsrechtliche Sicherheitshaft versetzt wurde. Unter Hinweis auf den besonderen Schutz von Kindern und Jugendlichen ([Art. 11 Abs. 1 BV](#)) stellt das Bundesgericht auf den durchgreifenden Vorrang des Kindeswohls ab und verweigert dem Beschwerdeführer eine Aufhebung der Verwahrung (E. 2.7). Ausschlaggebend für diesen weitreichenden Entscheid, der immerhin eine schon Jahrzehnte dauernde Freiheitsentziehung rechtfertigt, ist die in diesem Fall klare Legalprognose des Gutachters, der wegen der Einsichtslosigkeit und fehlenden Tataufarbeitung von einer hohen Rückfallgefahr ausgeht, die langfristig stark und sogar progredient ist.

4.4 Vereister Schulweg zur Grundschule

Zum Anspruch auf einen ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ([Art. 19 BV](#)) gehört auch, dass für einen Schulweg, der nicht in zumutbarer Weise durch die Kinder allein benutzbar ist, vom Gemeinwesen ein Schultransport organisiert und finanziert werden muss. Dazu gibt es inzwischen eine umfassende Judikatur, die nach Altersstufen, Entfernungen und Gefährdungslagen differenziert. Im BGer-Urteil [2C 714/2021](#) vom 8. Juni 2022 kommt als Besonderheit hinzu, dass der Schulweg zwar grundsätzlich als zumutbar angesehen wird, allerdings in der kalten Jahreszeit so oft vereist ist, dass für diese Zeiten ein Schultransport organisiert werden muss. Das Gericht legte die Wetterdaten der Station Chasseral zugrunde und kam zu dem Schluss, dass die unbeleuchtete einspurige Strasse, die von der Tochter der Beschwerdeführer befahren werden musste, von Mitte Oktober bis Mitte April nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmässig von Eisplatten bedeckt ist (E. 6.5). Selbst für eine Schülerin der sechsten Klasse ist unter diesen Umständen ein gefahrloses Fahren mit dem Velo nicht mehr möglich. Entsprechend wird die Beschwerde mit Ausnahme der Sommerzeit gutgeheissen (E. 6.7).

IV. Glaubens- und Gewissensfreiheit (Axel Tschentscher)

1. Leistungsvertrag mit religiösen Schulträgern

Im BGer-Urteil [2C 136/2020](#), [2C 137/2020](#) vom 5. November 2021 geht es mittelbar um die Religionsfreiheit. Im Ausgangspunkt

hatte ursprünglich das Kloster St. Katharina und später die Stiftung Schule St. Katharina mit der politischen Gemeinde Wil einen Schulvertrag abgeschlossen. Nach diesem sollten Schülerinnen mit Wohnsitz in Wil die Möglichkeit haben, die Mädchensekundarschule St. Katharinen zu besuchen. Die Gemeinde verpflichtete sich, das Schulgeld für die so beschulten Mädchen aus Wil zu übernehmen.

Das Bundesgericht bejaht zunächst die relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit der Gemeinde und damit der

Gemeindeautonomie für die Übertragung von Aufgaben im Volksschulbereich an Private. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht stünden einer solchen Übertragung entgegen (E. 3.9).

Bei der Frage nach der genügenden gesetzlichen Grundlage für einen öffentlich-rechtlichen Leistungsvertrag kommt es darauf an, ob eine wichtige Regelung vorliegt, die eine formell-gesetzliche Grundlage erfordert (E. 4.2). Hier stellt das Bundesgericht neben anderen Aspekten auf die Religionsfreiheit ab. Gerade weil das «Kathi» eine religiös geprägte Ausrichtung aufweist, muss der Anspruch der Wiler Schülerinnen auf einen konfessionell neutral geführten Unterricht ([Art. 15 Abs. 3 BV](#)) gewährleistet sein (E. 4.3.1). Durch diesen Grundrechtsbezug handelt es sich um eine wichtige Frage, für die eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich ist, deren Vorhandensein bisher durch die Vorinstanz nicht ausreichend geprüft wurde. Entsprechend ist die Sache an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

2. Laizität im Kanton Genf

Das BGer-Urteil [2C 1079/2019](#) vom 23. Dezember 2021 (zur Publikation in BGE vorgesehen) ist auch unter dem Gesichtspunkt der Religionsfreiheit relevant.⁹

Hier geht es zunächst wieder um die Regelung, dass bestimmten Amtsträgern das Tragen religiöser Symbole bei Kontakt mit der Öffentlichkeit untersagt ist (Art. 3 Abs. 3 und 5 Laizitätsgesetz). Im Ergebnis bejaht das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit dieser Einschränkung, wobei allerdings in Rechnung gestellt wird, dass eine

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 509 | ↑

starre Anwendung der Regeln vermieden werden muss (E. 7.10.3.3.3). Die Art und Weise, wie ein religiöses Symbol getragen wird, und die konkreten Umstände eines Kontakts mit der Öffentlichkeit müssen jeweils berücksichtigt werden.

Als unverhältnismässig und verfassungswidrig stuft das Gericht indes die Regelung in Art. 6 Abs. 2 des Laizitätsgesetzes ein, nach der religiöse Kultusveranstaltungen auf öffentlichem Grund nur ausnahmsweise («à titre exceptionnel») genehmigt werden dürfen. Im Ergebnis laufe das auf ein grundsätzliches Verbot solcher Veranstaltungen hinaus, was mit der Religionsfreiheit ([Art. 15 BV](#)) nicht zu vereinbaren sei (E. 11.6).

V. Kommunikationsgrundrechte (Franz Zeller)

1. Meinungsäusserungsfreiheit

1.1 Strafbare Diskriminierung von Fahrenden durch SVP-Politiker

Das Bundesgericht hat seine umfangreiche Rechtsprechung zu [Art. 261^{bis} StGB](#) (früher «Rassendiskriminierung», seit 1.7.2020 «Diskriminierung und Aufruf zu Hass») im Berichtsjahr erheblich erweitert. Neuere Urteile betreffen namentlich herablassende Äusserungen rechtsstehender Politiker gegen Fahrende.

In [BGE 148 IV 113](#) bestätigt die Strafrechtliche Abteilung einen Schuldspruch des bernischen Obergerichts gegen zwei Exponenten der Jungen SVP des Kantons Bern. Sie hatten 2018 auf Facebook und auf ihrer Website eine abstossende Karikatur und einen herabsetzenden Textbeitrag («Wir sagen NEIN zu Transitplätzen für ausländische Zigeuner») publiziert. Zwar ist die Meinungsäusserungsfreiheit nach bundesgerichtlicher Praxis in

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website [zbjv.recht.ch](#) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

der politischen Auseinandersetzung besonders stark zu gewichten und dürfen vermeintliche Missstände auch in zugespitzter Form angeprangert werden. Die Kritik an einer durch [Art. 261^{bis}StGB](#) geschützten (ethnischen) Gruppe müsse aber insgesamt sachlich bleiben und sich auf objektive Gründe stützen (E. 5.3.2). Die Kernbotschaft, wonach «ausländische Zigeuner» generell unhygienisch, geradezu ekelerregend, schamlos und kriminell seien, verunglimpfe die betroffenen Gruppen (Roma und Sinti) pauschal und gehe zu weit. Die Strafrechtliche Abteilung fällte ihr Urteil gegen die

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 510 | ↑

beiden Co-Präsidenten der JSVP nach einer kontroversen öffentlichen Urteilsberatung mit drei gegen zwei Stimmen.¹⁰

Wenige Monate später hat die Strafrechtliche Abteilung in Dreierbesetzung ihre Haltung im Urteil [6B_749/2020](#) vom 18. Mai 2022 einstimmig bekräftigt. Sie akzeptiert die Verurteilung eines SVP-Stadtparlamentariers aus Arbon, der französische Fahrende in einem Telefongespräch mit einer Redaktorin der «Thurgauer Zeitung» unter anderem als Schlitzohren und Kleinkriminelle bezeichnet hatte. Der Fraktionspräsident habe es unterlassen, die von ihm beanstandeten Missstände auf Transitplätzen für Fahrende sachlich in den Vordergrund zu stellen. Auch in diesem Fall sprengte die pauschale Herabsetzung den Rahmen des nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR in politischen Debatten Zulässigen (E. 3.7).

Liess sich vor etwa einem Jahrzehnt noch bilanzieren, in der Schweiz komme eine Strafbarkeit wegen Rassendiskriminierung «letztlich nur in Extremfällen in Betracht»¹¹, so trifft dies seit einigen Jahren nicht mehr zu. Die höchstrichterliche Auslegung von [Art. 261^{bis}StGB](#) und auch gesetzgeberische Aktivitäten ziehen rücksichtsloser Polemik auch im politischen Meinungsstreit immer engere Grenzen. Überdies wird der strafrechtliche Schutz vor Diskriminierung und Hassaufrufen auf immer mehr Personengruppen ausgeweitet.¹² Damit liegt die Entwicklung des schweizerischen Strafrechts tendenziell auf der Linie internationaler menschenrechtlicher Strömungen.¹³

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 511 | ↑

1.2 Freispruch nach rassistischen User-Kommentaren auf Facebook-Pinnwand eines Politikers

Im Urteil [6B_1360/2021](#) vom 7. April 2022 (zur Publikation in BGE vorgesehen) bestätigt die Strafrechtliche Abteilung den Freispruch für einen früheren SVP-Nationalrat. Er hatte einen islamkritischen Zeitungsartikel auf seinem Facebook-Account geteilt, was zahlreiche krass diskriminierende Kommentare auf der virtuellen Pinnwand des Politikers provozierte. Mehrere Kommentarverfasser wurden wegen Rassendiskriminierung verurteilt. Nicht strafbar machte sich hingegen der Kontoinhaber, da er erst durch die Eröffnung des Strafverfahrens vom Inhalt der Kommentare erfahren hatte. Er war weder Mittäter noch Gehilfe. Anders wäre zu entscheiden gewesen, wenn er in Kenntnis der Kommentare auf eine rasche Reaktion verzichtet hätte (E. 3.3.3 und 3.6 am Ende).

Entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft liege vorliegend kein strafbares Unterlassen vor (E. 3.5). Nicht durchzudringen vermochte ihr Einwand, dem Politiker wäre die wenige Minuten dauernde Lektüre der Kommentare zuzumuten gewesen. Zwar hatte der Westschweizer Politiker heikle Themen angesprochen, die nach Überzeugung des Bundesgerichts anfällig für unsachliche User-Kommentare waren. Die durch den

Kontoinhaber geschaffene Gefahr einer Publikation rechtswidriger Beiträge bewege sich aber innerhalb der Grenzen des erlaubten Risikos (Sozialadäquanz). Das schweizerische Strafrecht kenne keine Pflicht zur Überwachung und Betreuung von Social-Media-Konten. Nach höchstichterlicher Auffassung wäre eine nahezu permanente und umfassende Überwachungspflicht ein erheblicher Grundrechtseingriff, den der schweizerische Gesetzgeber in einer Strafnorm ausdrücklich vorsehen müsste. Dies gebiete auch das Legalitätsprinzip ([Art. 1 StGB](#) und [Art. 7 EMRK](#)).

Anders als etwa Frankreich habe die Schweiz gerade aus Sorge vor übermässigen Beschränkungen der Meinungsfreiheit bislang beständig auf eine entsprechende gesetzliche Regelung verzichtet (E. 3.3.2 und 3.5.4). Diesen Umstand betont das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem sonst ähnlich gelagerten Sachverhalt des EGMR-Urteils Nr. [45581/15](#) vom 2. September 2021 – *Sanchez c. France* (konventionskonforme Geldstrafe für Politiker des Front National wegen verspäteter Löschung islamfeindlicher Hasskommentare auf seiner öffentlichen Facebook-Seite). Das Bundesgericht setzt sich

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 512 | ↑

recht ausführlich mit dem Urteil der 5. EGMR-Kammer auseinander (E. 3.3.1), dessen Neuurteilung durch die Grosse Kammer des EGMR allerdings hängig ist. Sie hat den Fall Sanchez am 29. Juni 2022 öffentlich verhandelt. Sollte die Grosse Kammer im Gegensatz zur 5. Kammer entscheiden, der Schuldspruch beschränke die Meinungsfreiheit des französischen Politikers in unverhältnismässiger Weise ([Art. 10 Abs. 2 EMRK](#)), so dürfte dies auch eventuellen Rechtsetzungsbestrebungen in der Schweiz wichtige Leitplanken setzen.

2. Medienfreiheit

2.1 Quellenschutz ausserhalb des herkömmlichen Journalismus

Im Urteil [1B_553/2021](#) vom 14. Januar 2022 stellt die I. öffentlich-rechtliche Abteilung in Dreierbesetzung grundsätzliche Überlegungen zur Frage an, ob der Quellenschutz der Medienschaffenden nur Journalisten und Journalistinnen im klassischen Sinne erfasst. [Art. 172 StPO](#) und [Art. 28a StGB](#) konkretisieren das verfassungsrechtliche Redaktionsgeheimnis ([Art. 17 Abs. 3 BV](#)) auf Gesetzesstufe. Sie beschränken den Quellenschutz auf die Publikation von Informationen im redaktionellen Teil periodisch erscheinender Medien und verlangen, dass die das Zeugnis verweigernde Person beruflich mit der Veröffentlichung solcher Inhalte befasst ist. Im Fall eines Aktivisten, der als Meinungsmacher zu den Covid-19-Massnahmen auf verschiedenen sozialen Netzwerken (Facebook, Telegram, YouTube) mehrere Tausend Personen erreicht, schliesst das Bundesgericht nicht aus, dass diese Publikationstätigkeit sämtliche gesetzlichen Merkmale erfüllt und daher Quellenschutz beanspruchen kann (E. 3). Es lässt die Frage letztlich offen. Gleichwohl ist die vom Bundesgericht signalisierte Bereitschaft zur grosszügigen Auslegung der gesetzlichen Kriterien begrüssenswert und auch im Lichte des Konventionsrechts¹⁴ sinnvoll.

Problematisch ist allerdings, dass das Gericht die Entsiegelung des gesamten sichergestellten Materials dennoch zulässt. Es wirft dem (in anderem Kontext selbst tatverdächtigen) Aktivisten vor, er

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 513 | ↑

habe seine geheim zu haltenden Kontakte gegenüber dem Zwangsmassnahmengericht nicht ausreichend substantiiert und damit seine strafprozessuale Mitwirkungspflicht verletzt (E. 4). Mit ähnlicher Argumentation

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

hatte das Bundesgericht ein Entseigelungshindernis in früheren Fällen verneint (Urteile ›[1B_550/2018](#)‹ vom 6. August 2019 E. 3.5 und ›[1B_389/2019](#)‹ vom 16. Januar 2020 E. 4.3). Grundsätzlich gebietet der wirksame Schutz journalistischer Informationsquellen, dass der Staat die Anforderungen an die Mitwirkung von Medienschaffenden nicht überspannt: Gemäss Strassburger Rechtsprechung ist es Sache der Behörden, den Umfang des sicherzustellenden Materials möglichst präzise zu umschreiben, damit eine abschreckende Wirkung auf Medienleute und ihre Informationspersonen unterbleibt (EGMR Nr. ›[37816/12](#)‹ und 25260/14 vom 22. April 2021 – *Avaz Zeynalov v. Azerbaijan*, § 103–106).

2.2 Grosser Freiraum für problematischen Fernsehbeitrag über einen Whistleblower

Im Urteil [2C_112/2021](#) vom 2. Dezember 2021 korrigiert das Bundesgericht (in Fünferbesetzung) einen Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI): Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung verneint, dass ein 2019 ausgestrahlter Beitrag von Fernsehen SRF über einen Whistleblower («DOK»-Film «Der Preis der Aufrichtigkeit – Adam Quadronis Leben nach dem Baukartell») das programmrechtliche Sachgerechtigkeitsgebot ([Art. 4 Abs. 2 RTVG](#)) verletzt hat. Die UBI hatte eine Beschwerde in ihrem Entscheid ›[b. 849](#)‹ mit vier ›[gegen](#)‹ drei Stimmen gutgeheissen, denn das Publikum habe sich keine eigene Meinung zur Rolle eines scharf kritisierten Regionalgerichtspräsidenten bilden können. Laut Bundesgericht konnte das Fernsehpublikum sehr wohl erkennen, von wem die gravierenden Vorwürfe stammten. Der angegriffene Richter habe seine Mitwirkung an der Sendung verweigert, obwohl er sich zumindest teilweise auch ohne Verletzung des Amtsgeheimnisses hätte wehren können. Dies habe es der Redaktion erschwert, authentisch über den richterlichen Gegenstandspunkt zu berichten. Letztlich handle es sich um Nebenaspekte des persönlichen Porträts über Quadroni, die den Gesamteindruck des Publikums nicht rechtserheblich beeinflussten. Das Bundesgericht schützt den Spielraum der Programmgestaltung, selbst wenn die Sendung nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen vermöge. Dabei legt es viel

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 **514** | 

Gewicht auf die in [Art. 17 Abs. 1](#) und [Art. 93 Abs. 3](#) BV garantierte Autonomie der Medienschaffenden (E. 8.3). Dies ist bemerkenswert, zumal das Bundesgericht im Entscheid ›[2C_778/2019](#)‹ vom 28. August 2020 (zu den Verflechtungen des Genfer Staatsrats Maudet in den internationalen Goldhandel) noch einen vergleichsweise strengen Massstab an das Programmschaffen angelegt hatte.¹⁵

3. Informationsfreiheit und Informationszugang

Im Berichtsjahr hat sich ein Trend aus den Vorjahren verfestigt: Beim Konflikt zwischen Diskretions- und Transparenzanliegen stärkt das Bundesgericht die Transparenz und verpflichtet eidgenössische wie kantonale Vorinstanzen zur sorgfältigen Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Interessen. Sie dürfen sich nicht mit dürftig begründeten Allgemeinplätzen begnügen. Dies gilt sowohl für Streitigkeiten um die Herausgabe von archivierten Akten, amtlichen Dokumenten und gerichtlichen Urteilen als auch für den Zugang der Allgemeinheit zu behördlichen Verhandlungen.

3.1 Mangelhafte Abwägung bei Gesuch um Einsicht ins Bundesarchiv

Eine fehlerhafte Güterabwägung beim abgelehnten Gesuch eines Historikers um Einsicht in Akten des Bundesarchivs bemängelt die I. öffentlich-rechtliche Abteilung im Urteil [1C_117/2021](#) vom 1. März 2022 (zur Publikation in BGE vorgesehen). Das Bundesverwaltungsgericht hatte die Herausgabe verweigert (Urteil [C-115/2019](#)), weil die gesetzlichen Voraussetzungen für eine vorzeitige Einsichtnahme in das Asylossier des

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

Philosophen Mathieu Musey nicht erfüllt seien (Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Archivierung, [SR 152.1](#)). Das Bundesgericht entwickelt die Grundsätze weiter, die es im bahnbrechenden Urteil [BGE 127 I 145](#) aufgestellt hatte (Einsicht des Publizisten Wottreng in kantonal archivierte Strafakten). Es verpflichtet die Vorinstanz zu einer vollumfänglichen und nuancierten Interessenabwägung. Dies betrifft sowohl das Einsichtsinteresse des Doktorierenden

(welches auch die in [Art. 20 BV](#) geschützte Wissenschaftsfreiheit tangiere) als auch die Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Personen (Museys Familienmitglieder). Zum Schutz ihrer Privatsphäre könnte die Behörde auch Auflagen für die Veröffentlichung machen. Bei der Abwägung ist laut Bundesgericht besonders zu berücksichtigen, dass eine Persönlichkeitsverletzung weniger bei der blossen Einsichtnahme zu Forschungszwecken drohe als bei einer Publikation des Archivguts (E. 6.5.5).¹⁶

Vor diesem Hintergrund fragt sich, inwiefern die höchstrichterlichen Überlegungen zur Archiveinsicht von Historikerinnen und Historikern auch für Gesuche gelten, die eine Veröffentlichung (bspw. in den Massenmedien) bezwecken. Gelegenheit zur zeitnahen Klärung könnte die hängige Beschwerde einer Redaktorin der SRF-Sendung «Rundschau» gegen einen weiteren abschlägigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bieten: Im Urteil [A-5348/2020](#) vom 16. März 2022 hat es das Begehren um vorzeitige Einsichtnahme in Dossiers zur Rolle der damaligen Bundespolizei in der Crypto-Affäre abgelehnt. Weder die Informationsfreiheit ([Art. 16 Abs. 3 BV](#)) noch die Medienfreiheit ([Art. 17 BV](#)) verschaffe einen Anspruch auf Einsicht in geheime Dokumente (Erw. 7.2 des BVGer-Entscheids).

3.2 Mangelhafte Abwägung bei BGÖ-Gesuch zu PostAuto-Skandal

Eine weitere mangelhafte Interessenabwägung des Bundesverwaltungsgerichts beanstandet die I. öffentlich-rechtliche Abteilung (Dreierbesetzung) in ihrem Urteil [1C_93/2021](#) vom 6. Mai 2022 (Zugang der Schweizerischen Post AG und der PostAuto AG zum Prüfbericht der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde in Sachen PostAuto-Skandal). Auch in diesem Fall gewichtete die Vorinstanz die Transparenzinteressen ungenügend. Als «wichtiges Vorkommnis» im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (VBGÖ, [SR 152.31](#)) schaffe der PostAuto-Skandal ein besonderes Informationsinteresse der Allgemeinheit (E. 5.3.2). Überdies könnten auch finanzielle Motive dieser beiden öffentlichen Unternehmen öffentliche Interessen darstellen

(E. 5.3.3). Die Geheimhaltungsinteressen habe das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls unzureichend geprüft. So hätte es abklären müssen, ob ein allfälliger Reputationsschaden der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG nicht bereits durch die im Dezember 2018 von der Aufsichtsbehörde veröffentlichte Medienmitteilung eingetreten war (E. 5.2.3).

3.3 Anspruch auf Einsicht in nicht rechtskräftige Nichtanhandnahmeverfügung

Im Urteil [1B_103/2021](#) vom 4. März 2022 hält die I. öffentlich-rechtliche Abteilung in Dreierbesetzung fest, der Grundsatz der Justizöffentlichkeit ([Art. 30 Abs. 3 BV](#)) erfasse auch Nichtanhandnahmeverfügungen, die noch nicht rechtskräftig sind. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug muss nun eruieren, ob der Einsicht allfällige

Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.

3.4 Unzureichend begründete Geheimhaltung eines rechtskräftigen Strafurteils

Unzureichend begründet war laut Urteil [1C_194/2020](#) der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung (Fünferbesetzung) vom 27. Juli 2021 auch die Ablehnung des Gesuchs eines praktizierenden Rechtsanwalts um Einsicht in ein (begründetes) Urteil des Kriminalgerichts Luzern. Das Kantonsgericht Luzern hatte dieses Begehren unter pauschalem Hinweis auf konkrete und handfeste Geheimhaltungsinteressen abgelehnt. Das Bundesgericht erinnert in E. 5.4 an sein kürzlich ergangenes Leiturteil BGE [147 I 407](#), welches die «nicht immer widerspruchsfreie bundesgerichtliche Rechtsprechung» zusammenfasse.¹⁷ Danach besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Urteileinsicht in anonymisierter Form. Sollte eine Anonymisierung die privaten Geheimhaltungsinteressen vorliegend wider Erwarten nicht wahren, so müsse das Kantonsgericht als mildere Massnahme eine zumindest teilweise Offenlegung der Urteilsbegründung in Betracht ziehen.

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 517 | ↑

3.5 Mangelhafte Abwägung bei der Anonymisierung von Gerichtsurteilen

Ausführlich mit der Anonymisierung vor Gerichtsurteilen befasst sich die I. öffentlich-rechtliche Abteilung (in Fünferbesetzung) im Urteil [1C_642/2020](#) vom 17. März 2022. Sie heisst die Beschwerde des Herausgebers eines Newsletters (Pharma-Circular) gut, der Kopien von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts ohne Anonymisierung der Namen der Arzneimittel und weiterer produktrelevanter Informationen verlangt. Laut Bundesgericht darf die Anonymisierung nicht dazu führen, dass Urteile nicht mehr verständlich sind. Dabei lasse sich nicht ausschliessen, dass mit den Einzelheiten des Falles vertraute Personen erkennen können, um wen es geht (E. 2.3). Das Bundesverwaltungsgericht hat nun eine Abwägung zwischen dem Interesse der Justizöffentlichkeit und den Interessen an der Geheimhaltung vorzunehmen. Dabei muss es sicherstellen, dass die Urteilsbegründungen in allenfalls anonymisierter Fassung nachvollziehbar bleiben (E. 5.6).

3.6 Publikation des Anwaltsnamens in Verfahren vor Bundesgericht

Im BGer-Urteil [2E_4/2019](#) vom 28. Oktober 2021 klärt die II. öffentlich-rechtliche Abteilung (in Dreierbesetzung) auf Klage eines im Kanton Bern praktizierenden Anwalts verschiedene Aspekte der Justizöffentlichkeit in Verfahren vor Bundesgericht. Die Informationsfreiheit ([Art. 16 Abs. 3 BV](#)) schütze grundsätzlich die Kenntnisnahme aller am bundesgerichtlichen Verfahren beteiligten Personen. Eine Anonymisierung der im Bundesgerichtsgebäude öffentlich aufgelegten Urteilstexte erfolge nur, falls es das Gesetz verlangt oder eine ausserordentlich schwere Persönlichkeitsverletzung droht. Auf seiner Website hingegen anonymisiert das Bundesgericht die Namen der verfahrensbeteiligten Parteien grundsätzlich, da sie sonst vom Gang an das Gericht zurückschrecken könnten. Solche Schutzmechanismen seien für die (gewerbsmässig tätigen) Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte entbehrlich. Die Offenlegung ihrer Namen tangiere nicht die Persönlichkeitsrechte, sondern die äusserlich sichtbare Wahrnehmung ihrer staatlich beaufsichtigten Berufspflichten (E. 3.2). Nach den Weisungen für die Urteilsanonymisierung kommt eine Ausnahme in Betracht, falls das Bundesgericht einem Rechtsvertreter die Verfahrenskosten auferlegt. Diesfalls ist abzuwägen, ob der Persönlich-

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 518 | ↑

keitsschutz des Anwalts das Interesse der Öffentlichkeit an der Bekanntgabe erheblicher prozessualer

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

Fehlleistungen überwiegt. Vorliegend sei die Offenlegung des Anwaltsnamens durch die zuständigen Abteilungspräsidien nicht zu beanstanden, obwohl unter Umständen eine andere Lösung sachlich am Platz gewesen wäre. Im Bereich der Anonymisierung lasse sich kaum je eine exakte Lösung finden (E. 5.4). Das komplexe und aufwändige Staatshaftungsverfahren hat dem Bundesgericht die Gelegenheit geboten, seine Anonymisierungspraxis detailliert darzustellen. Auch wenn es sich zwangsläufig in eigener Sache äussern musste, vermögen die Ausführungen zu dieser praktisch wichtigen und grundrechtlich anspruchsvollen Thematik einzuleuchten.¹⁸

3.7 Publikumsausschluss bei UBI-Beratungen nur in Ausnahmefällen

Besonders ausgeprägte Transparenz verlangt das Radio- und Fernsehgesetz (RTVG, SR >784.40<) seit 2007 für Verfahren vor der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI). [Art. 97 Abs. 1 RTVG](#) gewährleistet die Öffentlichkeit der UBI-Beratungen, die nur bei schützenswerten Privatinteressen einzuschränken ist. In BGE >147 II 476< entscheidet die II. öffentlich-rechtliche Abteilung nach einem Blick in die Gesetzesmaterialien, ein ausnahmsweiser Publikumsausschluss sei nur restriktiv anzuordnen (E. 3.3). Im Fall eines in anonymisierten Medienberichten kritisierten Westschweizer Anwalts fehlte es an klar überwiegenden Interessen für eine Beratung ohne Publikum. Da die UBI dem Beschwerdeführer in einer Zwischenverfügung mitgeteilt hatte, sie werde anlässlich der öffentlichen Beratung seinen Namen nicht nennen, wurden seine privaten Interessen genügend geschützt.

4. Versammlungsfreiheit

4.1 Covid-bedingte Demonstrationsbegrenzungen in Uri und Bern

In öffentlicher Beratung hat die II. öffentlich-rechtliche Abteilung am 3. September 2021 fundamentale Fragen zur Verfassungsmässigkeit

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 519 | ↑

kantonalen Demonstrationsbeschränkungen während der Covid-19-Epidemie geklärt. Da eine ausreichende gesetzliche Grundlage für massgeschneiderte kantonale Massnahmen zur Reduktion der Virenübertragung existiert (Art. 40 des Epidemiengesetzes, [SR 818.101](#)), stand die Verhältnismässigkeit ([Art. 36 Abs. 3 BV](#)) der schweren Grundrechtseingriffe im Zentrum. Eine Begrenzung politischer und zivilgesellschaftlicher Kundgebungen auf 300 Personen im Kanton Uri akzeptiert das Bundesgericht (BGE >148 I 19<). Die undifferenzierte Beschränkung der Teilnehmerzahl auf 15 Personen im Kanton Bern sei hingegen weder erforderlich noch zumutbar (BGE >148 I 33<).

Die Urner Regelung lege das akzeptable Risiko in zulässiger Weise fest, zumal eine relevante Ansteckungsgefahr auch im Freien nicht auszuschliessen sei ([BGE 148 I 19](#) E. 6.3.4 S. 30). Als Konsequenz des Föderalismus dürfe ein Kanton aus sachlich haltbaren Gründen strengere risikolimitierende Massnahmen anordnen als andere Kantone oder der Bund. Uris Abwägung der involvierten Interessen respektiere den weit gesteckten Rahmen des kantonalen Beurteilungsspielraums. Die differenzierte Urner Regelung berücksichtige die vom Bundesrat gewollte Bevorzugung politischer und zivilgesellschaftlicher Kundgebungen, an denen aus grund- und staatsrechtlicher Perspektive ein hohes öffentliches Interesse bestehe (E. 6.4.2).

Eine entsprechende Differenzierung liess das bernische Recht vermissen. Es unterwarf sämtliche Versammlungen unterschiedslos der 15-Personen-Limite und trug der grossen Bedeutung von Demonstrationen keine Rechnung.

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

Als mögliche Alternative zur rigorosen Teilnehmerbegrenzung bezeichnet das Bundesgericht behördliche Schutzkonzepte mit risikolimitierenden Auflagen (selbst wenn es deren Tauglichkeit im Urner Fall stark relativiert)¹⁹. Die bernische Regelung entleere die Demonstrationsfreiheit praktisch ihres Gehalts und komme letztlich einem faktischen Kundgebungsverbot gleich ([BGE 148 I 33](#) E. 7.8.2 S. 52): Erfahrungsgemäss habe die Teilnehmerzahl einen starken Einfluss auf die Appell- und Publizitätswirkung sowie die mediale Resonanz.

In einer Passage von grundsätzlicher Tragweite bekräftigt die Urteilsbegründung, dass die heutigen Möglichkeiten virtueller Kund-

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 520 | ↑

gebungen den Stellenwert physischer Demonstrationen nicht entscheidend schmälern. Kundgebungen auf öffentlichem Grund seien noch stets ein wirksames Forum, um gerade die nicht bereits für das Anliegen sensibilisierten Kreise zu erreichen. Ein Austausch in den sozialen Medien vermöge dies nicht zu kompensieren, denn in der breiten Öffentlichkeit und bei den Massenmedien erziele dieser eine viel geringere Aussenwirkung (E. 7.8.1). Der wirkungsorientierte Ansatz der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung überzeugt. Auch nach der Strassburger Rechtsprechung ist massgebend, ob Kommunikationswillige auf alternativen Kanälen ein vergleichbares Publikum finden können (vgl. etwa das EGMR-Urteil Nr. [41723/14](#) vom 22. Dezember 2020, § 90 – *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft und publisuisse SA v. Switzerland*). In einem früheren kommunikationsrechtlichen Entscheid hatte das Bundesgericht noch eine Kompensationsmöglichkeit bejaht, ohne die geringere Wirkung alternativer Foren ausreichend zu berücksichtigen: BGE [123 II 402](#) E. 5c/aa S. 417 schützte die verweigerte Ausstrahlung eines tierschützerischen Spots im Werbeblock des SRG-Fernsehprogramms auch unter Hinweis auf ersatzweise Publikationsmöglichkeiten in Lokalfernsehen, ausländischen Sendern, Kino oder Presse (worauf der EGMR im Leiturtel Nr. [24699/94](#) vom 28. Juni 2001, § 77 – *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* diesen Ansatz verwarf).

4.2 Strafbarer Klimaprotest auf öffentlichem Grund

Die Strafrechtliche Abteilung hat ihre im Leiturtel BGE [147 IV 297](#) (Strafbare Protestaktion in einer Bank)²⁰ begründete harte Linie bei gewaltfreien Demonstrationen gegen den Klimawandel fortgesetzt. Im Urteil [6B_145/2021](#) vom 3. Januar 2022 bestätigt sie den Schuldspruch gegen einen im Tatzeitpunkt minderjährigen Aktivist, der 2019 zusammen mit etwa 50 Personen in den Räumlichkeiten einer kantonalen Vorsorge- und Versicherungsanstalt protestiert hatte. Auch bei illegalem Verhalten auf öffentlichem Grund verneint das Bundesgericht strafrechtliche Rechtfertigungsgründe (namentlich den Notstand gemäss [Art. 17 StGB](#)): Im Urteil [6B_1061/2021](#) vom

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 521 | ↑

9. Mai 2022 akzeptiert es die unbedingte Strafe für die Teilnahme an verschiedenen Sitzblockaden in Lausanne. Einen Verstoß gegen die Versammlungsfreiheit ([Art. 11 EMRK](#)) verneint das Bundesgericht in E. 4.4 unter Hinweis auf das EGMR-Urteil Nr. [31684/05](#) vom 5. März 2009 – *Barraco c. France*. Es betraf die strafbare Blockade einer Autobahn durch Lastwagenfahrer und hob hervor, dass der Beschwerdeführer nicht für seine blosser Teilnahme, sondern für sein Verhalten an der Demonstration sanktioniert worden war.

4.3 DNA-Profil nach Teilnahme an gewalttätigen Kundgebungen

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website [zbjv.recht.ch](#) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

Im Urteil [1B_387/2021](#) vom 19. Mai 2022²¹ präzisiert die I. öffentlich-rechtliche Abteilung in Dreierbesetzung die Grundsätze von BGE [147 I 372](#). Der Leitentscheid vom 22. April 2021 («Klima-Aktionstage» in Basel) bezeichnete die routinemässige Erstellung von DNA-Profilen nach einer friedlichen Protestaktion als unverhältnismässigen Eingriff in die Versammlungs- und die Meinungsäusserungsfreiheit.²² Zulässig sind Zwangsmassnahmen hingegen bei einem Aktivist, dem die rädelsführende Mitwirkung an teilweise erheblich gewalttätigen Demonstrationen vorgeworfen wird. In seinem Fall bestehe ein hinreichender Tatverdacht auf schwere Vergehen. Angesichts der untersuchten bzw. zu befürchtenden neuen Straftaten gehe es vorliegend nicht um die systematische Registrierung und Einschüchterung friedlich demonstrierender Personen (E. 4.4).

VI. Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit (Andreas Lienhard)

1. Eigentumsgarantie

1.1 Enteignungsrecht

Im Urteil [1C_453/2019](#), [1C_271/2019](#) vom 7. September 2021 entscheidet das Bundesgericht über ein Enteignungsgesuch in Zusammenhang mit dem Bau eines Campus für die Berner Fachhochschule

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 522 | ↑

in Biel. Hierfür soll die Einwohnergemeinde Biel dem Kanton Bern die Grundstücke im Baurecht zur Verfügung stellen. Die Gemeinde stellte bei der kantonalen Enteignungsschätzungskommission ein Enteignungsgesuch für die Parzelle von A. Nach Durchlaufen des kantonalen Verfahrens gelangte A. mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Umstritten ist insbesondere, ob das Enteignungsrecht dem Kanton oder – mindestens zusätzlich – der Gemeinde zukommt (E. 5). Wem das Enteignungsrecht zusteht, ist gemäss dem Bundesgericht Teil der gesetzlichen Voraussetzungen des Grundrechtseingriffs (E. 5). Nach eingehender Darlegung der Parteistandpunkte (E. 6) führt das Bundesgericht aus, dass das kantonale Baurecht für die Enteignungsberechtigung auf die Aufgabenerfüllung abstellt: «Enteignungsberechtigt sei das Gemeinwesen [...], das die mit der Planung verbundene öffentliche Aufgabe zu erfüllen habe» (E. 7). Der Planungszweck der vorliegend betroffenen Zone mit Planungspflicht ist das Erstellen eines dichten Campus-Geländes (E. 8.1). Dabei handelt es sich um eine kantonale Aufgabe (E. 8.2). Dass der Nutzungsplan von der Gemeinde erlassen wurde, genügt für ein kommunales Enteignungsrecht nicht (E. 8.2). Zudem hat sich die Gemeinde in ihrem Enteignungsgesuch nicht auf weitere für diese Zone vorgesehene Zwecke berufen (E. 8.4). Damit kann die Frage, inwiefern sich aus diesen ein Enteignungsrecht zugunsten der Gemeinde ergeben hätte, offenbleiben (E. 8.4). Zusätzlich verneint das Bundesgericht auch eine Übertragung des Enteignungsrechts an die Gemeinde (E. 9); insbesondere fehlt es an einer spezialgesetzlichen Regelung zur Übertragung (E. 9.3).

1.2 Entschädigung für formelle Teilenteignung

Im Urteil [1C_681/2019](#) vom 19. Mai 2021 entscheidet das Bundesgericht über die Qualifizierung als sog. Vorgartenland bzw. minderwertiges Land. A. ist Eigentümer eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks, welches an eine sanierungsbedürftige Staatsstrasse anstösst. Für die Sanierung dieser Staatsstrasse musste A. dem Kanton einen schmalen, an die Strasse angrenzenden Landstreifen abtreten. Die Schätzungskommission verneinte eine Minderwertentschädigung und verpflichtete den Kanton, den vollen Landwert zu bezahlen.

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

Dagegen gelangten sowohl der Kanton als auch A. an das kantonale Verwaltungsgericht, welches den Landstreifen als Vorgartenland bzw.

minderwertiges Land qualifizierte und die Abtretungsentschädigung entsprechend reduzierte. Gegen diesen Entscheid erhob A. Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht hält fest, dass die Beurteilung des Landstreifens als Vorgartenland durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden ist (E. 3.2). Die Vorinstanz hielt fest, dass die Bebauung dieses Landstreifens oder eine anderweitige Nutzung ausgeschlossen sei, eine Bebauung der restlichen Parzelle durch die Abtretung nicht ausgeschlossen werde und die Abtretung nicht zu einem sonstigen Minderwert der Restparzelle führe (E. 3.1). Bezugnehmend auf seine frühere Rechtsprechung führt das Bundesgericht aus, dass primär von Vorgartenland gesprochen wird, wenn innerhalb der Baulinie Land einer überbauten Parzelle enteignet wird (E. 3.3). Inwiefern dies auf nicht überbaute Grundstücke anwendbar ist, lässt das Bundesgericht offen (E. 3.3). Unabhängig davon hält das Bundesgericht fest, dass bei solchen Teilentignungen abhängig von den konkreten Umständen ein nach pflichtgemäßem Ermessen festgesetzter Abzug vom Verkehrswert des enteigneten Vorgartenlands mit dem Prinzip der vollen Entschädigung gemäss [Art. 26 Abs. 2 BV](#) vereinbar ist (E. 3.3).

1.3 Unterschutzstellung

Das Bundesgericht hält im Urteil [1C_514/2020](#) vom 5. Mai 2021 fest, dass die Unterschutzstellung eines Hauses keine Verletzung der Eigentumsgarantie darstellt: Die Eigentümer des im kommunalen Inventar als Schutzobjekt aufgeführten «Haus Brunner» wollten das Haus abbrechen und das Grundstück neu überbauen. Sie beantragten daher, über die Schutzwürdigkeit und allfällige Schutzmassnahmen des Hauses zu entscheiden. Ein Gutachten hielt fest, dass das Wohnhaus ein Schutzobjekt von überkommunaler Bedeutung sei. Der Schutzzumfang stehe der Behebung energetischer Schwachpunkte, insbesondere der Luftundichtheit des Hauses, nicht entgegen. Die kantonale Baudirektion stellte sowohl Elemente des Gebäudeäusseren wie auch des Gebäudeinneren und der Umgebung unter Schutz. Gegen diese Unterschutzstellungsverfügung durchliefen die Eigentümer den Instanzenzug und erhoben schliesslich Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.

Die Eigentümer rügen namentlich eine unhaltbare Anwendung der einschlägigen Bestimmung des kantonalen Planungs- und Baugesetzes,

welche frei zu prüfen sei, da die Unterschutzstellung einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie darstelle (E. 4.2). Das Bundesgericht lässt offen, ob die Unterschutzstellung die bauliche Nutzung des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert und deshalb einen schweren Eingriff darstellt (E. 4.3 und 4.4). Die gesetzliche Grundlage ist ausreichend (E. 4.4). Zudem kommt den Gemeinden ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu bei der Frage, ob eine Baute als wichtiger Zeuge einer Epoche erhaltenswürdig ist (E. 4.4). Dieser wurde von der kantonalen Baudirektion nicht überschritten (E. 4.5–4.7). Das Bundesgericht hält fest, dass der Schutz von Baudenkmälern allgemein im öffentlichen Interesse liegt und ein Bauwerk als Ganzes zu betrachten ist (E. 6.3). Dabei sind das Zusammenwirken von Gebäudeinnerem und -äusserem sowie die Bedeutung einzelner Teile für die Kohärenz des Ganzen zu berücksichtigen (E. 6.3). Die Umgebung ist einzubeziehen, sofern sie für die Wirkung

der Baute von Bedeutung ist (E. 6.3). Die Einschätzung der Vorinstanz der Baute als «wichtigen Zeugen einer architektonischen Entwicklung in der Schweiz» und der Einbezug der Treppenanlage sowie weiterer Elemente im Gebäudeinnern sind nicht zu beanstanden (E. 6.4). Das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Gebäudes ist aufgrund seiner Bedeutung als wichtiger Zeuge gewichtig und der festgestellte Schutzzumfang ist verhältnismässig (E. 6.4). Zudem sind die Denkmalschutzmassnahmen insgesamt verhältnismässig (E. 9). Insbesondere müssen die finanziellen Interessen der Beschwerdeführer gegenüber dem gewichtigen öffentlichen Interesse zurückstehen, zumal eine zeitgemässe Nutzung möglich bleibt und ein zusätzliches Wohnhaus auf dem restlichen Teil des Grundstücks errichtet werden kann (E. 9.4).

1.4 Beschlagnahme (Covid-19)

Das Bundesgericht verneint in Zusammenhang mit einer Beschlagnahme im Urteil [1B_359/2021](#) vom 5. Oktober 2021 eine Verletzung der Eigentumsgarantie. Bei einer gegen die Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie verstossenden Veranstaltung in einem Restaurant stellte die Kantonspolizei des Kantons St. Gallen bei A. einen Bargeldbetrag von 785 Franken sicher. Die Staatsanwaltschaft verfügte die Beschlagnahme des Betrags, da der dringende Verdacht bestand, A. habe den Betrag als Kollekte für einen Auftritt bei der verbotenen Veranstaltung erhalten.

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 525 | ↑

Die Beschlagnahme stellt einen Eingriff in die Eigentumsgarantie gemäss [Art. 26 BV](#) dar (E. 3). Aufgrund ihres provisorischen Charakters als vorsorgliche Sicherungsmassnahme wird eine Beschlagnahme vom Bundesgericht nur aufgehoben, wenn die Voraussetzungen dafür offensichtlich nicht vorliegen (E. 4.2). Das Bundesgericht hält fest, dass der Eingriff in die Eigentumsgarantie durch die Beschlagnahme auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht (E. 5.1.1). Die einschlägige Fassung der Covid-19-Verordnung besondere Lage ([AS 2020 2213](#) und [AS 2021 110](#)) stützt sich auf die formell-gesetzliche Grundlage des Epidemieggesetzes ([SR 818.101](#)). Des Weiteren liegt mit dem Gesundheitsschutz ein ausreichendes öffentliches Interesse vor (E. 6.1) und es besteht ein hinreichender Zusammenhang zwischen dem Gesundheitsschutz und der Beschlagnahme, womit die Massnahme ebenfalls verhältnismässig ist (E. 6.2).

1.5 Disziplinarstrafe

Im Urteil [1B_493/2021](#) vom 10. Januar 2022 bejaht das Bundesgericht eine Verletzung der Eigentumsgarantie. In der Justizvollzugsanstalt Pöschwies wurde unter anderem das Mobiltelefon von A. sichergestellt und der Abteilung «Sicherheit intern» zur allfälligen Vernichtung übergeben. A. durchlief den kantonalen Instanzenzug und gelangte schliesslich an das Bundesgericht. Dieses bestätigt, dass die Eigentumsgarantie gemäss [Art. 26 BV](#) auch den Besitz schützt, wobei die in Aussicht genommene Vernichtung des Mobiltelefons einen schweren Eingriff darstellt (E. 2.3). Das Bundesgericht gelangt zum Ergebnis, dass der Eingriff klarerweise unverhältnismässig ist (E. 2.3). Ein milderer Mittel ist möglich, indem das Mobiltelefon zu den Effekten gelegt und so dem Zugriff entzogen wird (E. 2.4).

1.6 Zulässigkeit einer Zwangsdienstbarkeit

Das Bundesgericht weist mit Urteil [1C_177/2021](#) vom 10. März 2022 (zur Publikation in BGE vorgesehen) die Beschwerde des Grundeigentümers A. gegen eine Enteignung ab. Zur Erweiterung der Deponie Tüfentobel, die von der Stadt St. Gallen betrieben wird, sollen die Grundstücke von A., die teilweise im Perimeter der Deponie liegen, mit einer Zwangsdienstbarkeit (übertragbares Auffüllrecht für Inertmaterial) belegt werden.

Das Bundesgericht hält fest, dass die Enteignung mit der Eigentumsgarantie ([Art. 26 BV](#)) sowie auch mit der Wirtschaftsfreiheit ([Art. 27 BV](#)) vereinbar ist (E. 3.2.5). Die Auslegung des kantonalen Enteignungsgesetzes ergibt, dass zur Enteignung sowohl der Kanton als auch die kantonalen politischen Gemeinden sowie weitere Personen berechtigt sind und bei allen Gebietskörperschaften die Inanspruchnahme des Enteignungsrechts auch ausserhalb ihres Gebiets möglich ist, sofern dafür ein öffentliches Interesse besteht (E. 4.4). Ein solches liegt aus Gründen des Umweltschutzes vor (E. 3.3). Das Bundesgericht erachtet die Enteignung als erforderlich und das Argument, dass sich die Beschwerdegegnerin mit dem Enteignungsrecht wirtschaftlich eine bessere Ausgangslage als private Deponiebetreiberin verschaffe, als nicht stichhaltig (E. 5.2. und 5.3). Auch die Zumutbarkeit bejahend, beurteilt es die Enteignung insgesamt als verhältnismässig (E. 5.4 und 5.5).

2. Wirtschaftsfreiheit

2.1 Ersatzabgabe Notfalldienst Apotheken

Das Bundesgericht befasst sich im Urteil [2C_595/2020](#) vom 27. August 2021 mit der Ersatzabgabe für den Notfalldienst von Apotheken. Gemäss § 38 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Aargau (SAR 300.100) obliegt die Organisation des Notfalldienstes der Apotheker dem betreffenden Berufsverband. Dessen Notfalldienstreglement sieht die Möglichkeit der Übertragung des Notfalldienstes auf eine zentrale 24-Stunden-Notfallapotheke vor, an welcher sich die Apotheker entweder finanziell beteiligen oder sich dispensieren lassen und eine Ersatzabgabe bezahlen. Der Beschwerdeführer hat sich weder vom Notfalldienst dispensieren lassen noch hat er sich an der Notfallapotheke beteiligt. Die Notfalldienstkommission verfügte daraufhin eine Notfalldienstersatzabgabe.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hält fest, dass die Verpflichtung eines Apothekers, Notfalldienst zu leisten, einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt, ähnlich der Situation von Rechtsanwälten, die amtliche Mandate übernehmen müssen (E. 5.4). Die Beteiligungs- bzw. Ersatzabgabepflicht beurteilt es als schweren Grundrechtseingriff, womit sie einer formell-gesetzlichen Grundlage

bedarf. Das vom Berufsverband erlassene Notfalldienstreglement genügt mithin nicht als Rechtsgrundlage.

2.2 Arbeitsvermittlung und Personalverleih

Das Bundesgericht setzt sich im Urteil [2C_659/2020](#) vom 23. Dezember 2021 mit einer Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung sowie zum grenzüberschreitenden Personalverleih des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) auseinander. Das SECO hatte die ursprüngliche Verfügung vom 8. Februar 2017 mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 um die Auflage ergänzt, dass der A. GmbH keine Vermittlungs- und Verleihtätigkeiten an die B. AG und die B. Unternehmensgruppe gestattet seien, da der Anteilshaber der A. GmbH Sohn des Verwaltungsratspräsidenten der B. AG sei. Die Beschwerdeführerin machte geltend, die Auflage des SECO verletze die Wirtschaftsfreiheit, weil für die Auflage keine gesetzliche Grundlage vorliege, das gemäss Art. [8 Abs. 3](#) und Art. [32 Abs. 2](#) AVV ([SR 823.111](#)) vorgesehene Unabhängigkeitserfordernis erfüllt sei und die vom SECO auferlegten Massnahmen ohnehin unverhältnismässig seien (E. 4).

Das Bundesgericht sieht in der Auflage de facto ein teilweises Kontrahierungsverbot und damit einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ([Art. 27 BV](#)). Es verweist auf seine Rechtsprechung und bestätigt, dass auch Nebenbestimmungen einer Verfügung einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellen können (E. 6.1 f.). Die Auslegung von Art. [3 Abs. 1 Bst. c](#) und Art. [13 Abs. 2 Bst. c](#) AVG ([SR 823.11](#)) ergibt einen gewissen Regelungsspielraum, womit das in Art. [8 Abs. 3](#) und Art. [32 Abs. 2](#) AVV vorgesehene Unabhängigkeitserfordernis (im Sinne, dass keine enge wirtschaftliche bzw. persönliche Verflechtung zwischen dem verleihenden bzw. vermittelnden Betrieb und dem Einsatzbetrieb bestehen darf) insgesamt über eine hinreichende Rechtsgrundlage verfügt (E. 6.3). Die Auflage dient dem Schutz der Arbeitnehmenden, eine mildere Massnahme ist nicht ersichtlich. Das Bundesgericht erachtet die Auflage überdies als zumutbar und mithin verhältnismässig (E. 7).

2.3 Erwerbersersatz (Covid-19)

Im [BGE 147 V 423](#) befasst sich das Bundesgericht mit der Frage, ob eine selbständigerwerbende Ärztin im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie im Frühling 2020 Anspruch auf Coronaerwerbs-

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 528 | ↑

ersatz hat. Die Ärztin machte geltend, dass aufgrund der vom Bundesrat angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ihr Umsatz im Bereich Reisemedizin um 100% und im Bereich Hausarztmedizin um 20% zurückgegangen sei. Die Ausgleichskasse verneinte den Leistungsanspruch.

Mit Bezug auf die Rüge einer Verletzung der Wirtschaftsfreiheit ([Art. 27 BV](#)) hält das Bundesgericht zunächst fest, dass dieses Grundrecht gemäss ständiger Rechtsprechung grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen vermittelt (E. 5.1.3). Hinsichtlich der gerügten Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten (Art. [94](#) i.V.m. Art. [27](#) BV) gelangt das Bundesgericht zu folgendem Ergebnis: Gemäss Art. 2 Abs. 3^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall in der Fassung vom 16. April 2020 ([AS 2020 1257](#)) sind Selbständigerwerbende gemäss [Artikel 12 ATSG \(SR 830.1\)](#), die nicht unter Absatz 3 der genannten Verordnung fallen, anspruchsberechtigt, wenn sie aufgrund bundesrätlicher Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Erwerbsausfall erleiden und ihr für die Bemessung der Beiträge der AHV massgebendes Einkommen für das Jahr 2019 zwischen 10000 und 90000 Franken liegt (E. 3.3, E. 4.3). Es handelt sich bei dieser Massnahme des Bundesrates zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Ausbreitung des Coronavirus um eine Härtefallregelung auch im Sinne der finanziellen Nachhaltigkeit des Staates (E. 4.3.2.1). Diese Regelung ist mithin nicht wirtschaftspolitisch motiviert (um einzelne Konkurrenten zu begünstigen oder zu benachteiligen), sondern verfolgt ein sozialpolitisches Ziel während der Pandemie (E. 5.4.2). Derartige Differenzierungen sind mit dem – nicht absolut geltenden – Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten vereinbar (E. 5.1.3).

2.4 Ladenöffnungszeiten

Die Beschwerdeführerin betreibt eine Tankstelle mit einem Laden für den Detailverkauf von Lebensmitteln und Non-Food-Produkten. Sie erhob Beschwerde gegen das Tessiner Ladenöffnungszeitengesetz und rügte unter anderem, dass Art. 8 f., Art. 10 Abs. 3 sowie Art. 14 Abs. 4 LAN/TI (CAN 945.200) die Wirtschaftsfreiheit verletzen (E. 7 f.).

Das Bundesgericht weist die Beschwerde im Urteil [2C 98/2020](#) vom 22. Dezember 2021 mit der Begründung ab, dass Art. 8 f. LAN/TI im öffentlichen Interesse liegen (Schutz von Ruhe und Ordnung,

Schutz der Arbeitnehmenden; E. 7.5). Ebenso besteht bezüglich Art. 10 Abs. 3 sowie Art. 14 Abs. 4 LAN/TI, die insbesondere den Verkauf von alkoholischen Getränken regeln, ein öffentliches Interesse (insb. Jugendschutz; E. 9.2 ff.). Im Weiteren sind die Regelungen verhältnismässig: Sie sind geeignet sowie erforderlich, um den öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen; überdies sind sie zumutbar, da die Beschränkungen des Gewerbes vergleichsweise nicht gewichtig sind (E. 7.6 und 9.5).

2.5 Handänderungsabgabe

Im [BGE 148 II 121](#) entscheidet das Bundesgericht über die Zulässigkeit der Handänderungsabgabe beim Wechsel der Fondsleitung eines Immobilienfonds mit unter anderem vier Grundstücken im Kanton Freiburg. Das Grundbuchamt Gruyère verlangte aufgrund des Wechsels der Fondsleitung von der A. AG auf die C. AG eine Handänderungssteuer in der Höhe von 741150 Franken.

Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit ([Art. 27 BV](#)) lediglich Sondergewerbesteuern und nicht die allgemeine Besteuerung umfasst. Sondergewerbesteuern sind dabei nur dann vom Schutzbereich erfasst, wenn sie geradezu prohibitive Wirkung entfalten und mithin einen angemessenen Gewinn verunmöglichen (E. 7.1). Bei der Handänderungsabgabe des Kantons Freiburg handelt es sich indessen nicht um eine Sondergewerbesteuer, weswegen sich schon aus diesem Grund eine Überprüfung der Eingriffsvoraussetzungen ([Art. 36 BV](#)) erübrigt (E. 7.4). Ebenso wenig sieht das Bundesgericht vorliegend den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ([Art. 94 BV](#)) als verletzt (E. 7.5).

VII. Andere verfassungsmässige Rechte (Pierre Tschannen)

1. Politische Rechte

1.1 Verfahren

Schwerste Abstimmungsmängel, die erst hinterher zutage treten, können unter bestimmten Voraussetzungen zur wiedererwägungs-

weisen Aufhebung eines rechtskräftig abgeschlossenen Urnengangs führen ([BGE 138 I 61](#) – Unternehmenssteuerreform II; [BGE 145 I 207](#) – Heiratsstrafe). Dabei darf auch die seinerzeitige Informationslage zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht werden; prozessual ist nicht von Belang, ob Mängel dieser «allgemeinen Informationslage» zum Teil auf Erläuterungen und Erklärungen des Bundesrats zurückgehen (E. 7.4 und 1.5 der zitierten Urteile). Die richterlichen Formulierungen waren generell gehalten. So konnte der Eindruck entstehen, die «allgemeine Informationslage» – und damit auch das Bundesbüchlein – lasse sich ebenso im aktuellen Umfeld einer eidgenössischen Volksabstimmung beanstanden.

Damit macht nun [BGE 147 I 194](#) zur Konzernverantwortungsinitiative Schluss.²³ Warnungen gab es schon früher, allerdings bloss in amtlich nicht publizierten Erwägungen (u.a. [BGE 143 I 78](#) E. 2.4; [145 I 175](#) E. 3.2; [145 I 282](#) E. 2.1). Mit einer als «Präzisierung» (E. 4.1) verhüllten Praxisänderung hält das Gericht fest, angeblich falsche Informationen müssten – sobald erkannt – als solche mit ordentlicher Abstimmungsbeschwerde angefochten

werden ([Art. 77 Abs. 1 Bst. b BPR](#)); die «Informationslage» bilde nur den Hintergrund, vor welchem die vorgebrachten konkreten Mängel zu prüfen seien, nicht aber einen selbständigen Verfahrensgegenstand. Die Erläuterungen des Bundesrats wiederum sind immunisiert, womit sie der Abstimmungsbeschwerde gerade entgehen ([Art. 189 Abs. 4 BV](#)). Auf die erst noch verspätet erhobene Rüge war daher nicht einzutreten (E. 4, insbesondere 4.1.4). Das Gericht hat sich danach beeilt, den Entscheid – er datiert vom 23. März 2021 – zu bestätigen; binnen weniger Monate mutierte er zur «bundesgerichtlichen Rechtsprechung» (Urteile [1C_332/2021](#) vom 2. August 2021, [1C_308/2021](#) vom 24. August 2021, [1C_684/2021](#) vom 15. März 2022, je E. 5). Nun ja. Prozessrechtlich ist gegen das Raisonement wenig einzuwenden, materiell aber ist es nur schwer zu verstehen (wie wenn eine «allgemeine Informationslage» erst aus der Rückschau auszumachen wäre). Es ist wohl eher so, dass das Gericht kalte Füsse bekommen hatte. Eine Notiz am Rande: Die anwaltlich vertretenen Rekurrenten erlaubten sich noch den Spass, die Rechtmässigkeit der Doppelmehrürde zu bestreiten; die Initiative war einzig am Ständemehr gescheitert (Art. 140 Abs. 1 Bst. a, [Art. 142 Abs. 2–4 BV](#)). Die Rüge war natürlich aussichtslos (und ver-

spätet dazu, E. 3). Bewegen müsste sich, wenn schon, der Verfassungsgeber. Doch davon ist weiterhin nichts zu sehen; einer parlamentarischen Initiative zur Einführung eines qualifizierten Ständemehrs wurde jüngst keine Folge gegeben (Pa.lv. 20.484, AB 2022 N 915 f.).

Beschwerden wegen Verletzung des Stimm- und Wahlrechts sind unverzüglich zu erheben (verbreitet binnen dreier Tage seit Entdeckung des Mangels, so etwa [Art. 77 Abs. 2 BPR](#) für den Bund). Sehr kurze Fristen in Stimmrechtssachen sind zulässig, solange sie sinnvoll gehandhabt werden. Der Sinn solcher Fristen besteht darin, Mängel möglichst noch vor der Wahl oder Abstimmung zu beheben. Allerdings darf man dann von der Beschwerdebegründung nicht allzu viel verlangen; ausserdem müssen fristauslösende Amtspublikationen alle Informationen enthalten, die aus Sicht etwaiger Rekurrenten wesentlich erscheinen.

Daran fehlte es im Fall [1C_555/2019](#) vom 9. September 2020: Die Vorlage zur Umsetzung einer parlamentarisch gebilligten Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung war nur als solche veröffentlicht worden. Dass es sich um eine volksrechtlich basierte Auftragsarbeit handelte, blieb unerwähnt, ebenso der Auftrag selbst (der Wortlaut der allgemeinen Anregung). Damit war es den Stimmberechtigten nicht möglich, eine etwaige Missachtung der Volksinitiative durch den Gesetzgeber innerhalb der Dreitagesfrist geltend zu machen (E. 4.5.5 und 4.5.6).²⁴

Im März 2018 nahm das Schwyzer Stimmvolk eine kantonale Verfassungsinitiative «Für die Offenlegung der Politikfinanzierung (Transparenzinitiative)» an. Im Februar 2019 folgte das Ausführungsgesetz; es fand im Mai die Zustimmung des Volks. Vor Bundesgericht beschwerten sich mehrere Stimmberechtigte über eine mangelhafte Umsetzung des Verfassungsauftrags. Offenlegungspflichten in der Politikfinanzierung hängen unmittelbar mit den politischen Rechten der Bürgerschaft zusammen; eine Erlassbeschwerde ([Art. 82 Bst. b BGG](#)) ist entsprechend im Kleid der Stimmrechtsbeschwerde abzuwickeln ([Art. 82 Bst. c BGG](#); Urteil [1C_388/2019](#) vom 26. Oktober 2020 E. 1.1; vgl. auch [BGE 147 I 420](#) E. 1.1).

1.2 Versammlungsdemokratie

Die Ständekommission des Kantons Appenzell Innerrhoden (die kantonale Regierung) sagte im Februar 2021 die

Das Dokument "Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022" wurde von Universitätsbibliothek Bern, Bern am 16.01.2023 auf der Website zbjv.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2023

für April geplante Landsgemeinde wie auch die Bezirksgemeinden ab und setzte stattdessen Urnenabstimmungen an; Grund dafür war Covid-19. Das Bundesgericht schützte diesen Beschluss, im Ergebnis zu Recht (Urteil [1C_147/2021](#) vom 24. Februar 2022). Was hätte man anderes tun sollen? Die Versammlungen virtuell abhalten oder ersatzlos streichen? Diskutieren kann man aber über die Begründung.²⁵ Natürlich war das öffentliche Interesse an der Massnahme zu prüfen und ebenso die Verhältnismässigkeit (E. 6). Doch diese Dinge sind primär den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns geschuldet ([Art. 5 BV](#)). Mit der Garantie der politischen Rechte ([Art. 34 BV](#)) hat dies wenig zu tun und noch weniger mit der grundrechtlichen Schrankentrias ([Art. 36 BV](#); missverständlich daher E. 4.3). Direktdemokratische Institutionen sind eingriffsresistent. Einmal zugesagte Partizipationsrechte dürfen wohl näher ausgestaltet, nicht aber abgeändert werden; [Art. 36 BV](#) kommt dabei höchstens punktuell und am Rand zur Geltung. Vorbehalte, so z.B. der mögliche Abtausch von Versammlungen durch Urnengänge, gehören folglich auf die gleiche Normstufe wie die Institution selbst (vgl. den anschliessend besprochenen [BGE 147 I 420](#)). Vorbehalte dieser Art fanden sich in der Kantonsverfassung nicht; Landsgemeinde und Bezirksversammlungen sind bedingungslos verbürgt (Art. 19 und 33 KV-AI). Zu klären war daher primär die Ermächtigung der Standeskommission zur Anordnung ausserordentlicher Urnengänge, und der materielle Prüfmasstab hierbei heisst «Gewaltenteilung», nicht «Stimmrecht». Die Ermächtigung konnte sich mangels kantonaler Verfassungsgrundlage nur im übergeordneten Recht finden, genauer in [Art. 40 EpG](#); die Bestimmung erlaubt den Kantonen, durch Verfügung oder Verordnung Veranstaltungsverbote auszusprechen (E. 5; Näheres in Ziff. 4 zu [BGE 147 I 478](#)). Noch konnte man sich fragen, ob die Landsgemeinde eine «Veranstaltung» im Sinne des Epidemiengesetzes bildet. Umgangssprachlich würde man meinen: Nein – aber epidemiologisch gesehen lautet die Antwort plausiblerweise Ja.

Einfacher verhält es sich mit Gemeindeversammlungen, soweit sie nur einfachrechtlich verankert sind (z.B. im Gemeindegesetz). Der kantonale Gesetzgeber kann dann auch vorsehen, dass bestimmte Geschäfte aus seuchenpolizeilichen Gründen an der Urne statt in der Versammlung entschieden werden; wenn nötig darf er dafür den Dringlichkeitsweg beschreiten ([BGE 147 I 420](#), einlässlich zu den Voraussetzungen der Dringlichkeitsklausel E. 2.5–2.7).

1.3 Behördliche Einflussnahme

Der Tessiner Staatsrat hatte in seinen amtlichen Erläuterungen einer zuvor gültig erklärten Gesetzesinitiative vorgehalten, sie schaffe Ungleichheiten und verletze Bundesrecht. Die kategorisch und autoritativ vorgetragene Behauptung war unrichtig, von Laien aber nicht ohne Weiteres zu durchschauen ([BGE 147 I 297](#) E. 4.5).²⁶ Weil die Initiative an der Urne nur äusserst knapp gescheitert war (nämlich im Verhältnis 50,26 zu 49,74), musste die Abstimmung kassiert werden.

2. Vorrang des Bundesrechts

Gemäss [Art. 5 Abs. 1 RPG](#) (unverändert gültig seit 1980) regelt das kantonale Recht einen «angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile, die durch Planungen nach diesem Gesetz entstehen»; der Auftrag kann durch den Kanton selbst oder auch durch die Gemeinden erfüllt werden. Mit der Revision 2012 (in Kraft gesetzt zum 1. Mai 2014) sind Mindestvorschriften hinzugetreten: Mehrwerte müssen zu einem Satz von wenigstens 20% ausgeglichen werden, und dies jedenfalls bei Neueinzonungen ([Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG](#)).

Zum Verhältnis der zitierten Absätze gibt es zwei Meinungen. Die bequeme lautet so: Abs. 1^{bis} gehe als späteres und spezielleres Recht dem älteren und allgemeiner gehaltenen Abs. 1 vor; mit der Erfüllung der

Mindestvorschrift (Abs. 1^{bis}) sei auch der Grundauftrag (Abs. 1) erledigt. Das Bundesgericht und die herrschende Lehre sehen es anders. Die Mindestvorschrift äussere sich nur zu Mehrwerten als Folge von Neueinzonungen. Planungsbedingte Vorteile entstünden

aber auch durch blosser Umzonungen oder Aufzonungen, und für sie gelte der allgemeine Auftrag zur Schaffung eines Vorteilsausgleichs weiterhin – allein schon deshalb, weil Abs. 1 sonst bedeutungslos würde ([BGE 147 I 225 E. 4.2](#); trotz vereinzelt geäusselter Kritik zu Recht bestätigt mit Urteil [1C_233/2021](#) vom 5. April 2022, E. 3; andeutungsweise in diesem Sinn bereits [BGE 143 II 568 E. 4.4](#)).²⁷ Bundesrechtswidrig war deshalb die Regelung des Kantons Basel-Landschaft: Sie begnügte sich mit dem für Neueinzonungen geltenden Minimum und verbot den Gemeinden im gleichen Zug, weitergehende Mehrwertabgaben zu erheben. Zwar blieb ihnen die Befugnis, Mehrwerte bei Um- und Aufzonungen über vertraglich vereinbarte Infrastrukturbeiträge auszugleichen. Verträge aber sind freiwillig; [Art. 5 Abs. 1 RPG](#) lässt sich allein auf diesem Weg nicht rechtsgleich und willkürfrei erfüllen. Die Gemeinden müssen daher weiterhin die Möglichkeit haben, Abgaben zum Ausgleich auf- und umzonungsbedingter Vorteile auch verfügungsweise zu erheben (E. 4.5, 4.7–4.9).

Das Zivilprozessrecht ist Sache des Bundes; für die Gerichtsorganisation und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind dagegen die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht ([Art. 122 BV](#)). Der ZPO zufolge geht dem Entscheidungsverfahren ein Schlichtungsversuch bei einer Schlichtungsbehörde voraus; anstelle des Schlichtungsverfahrens können sich die Parteien auf eine Mediation verständigen ([Art. 197, 213 Abs. 1 ZPO](#)). Das Bundesgericht hatte zu klären, ob die Kantone die Ausübung der Mediationstätigkeit einer Bewilligungspflicht unterstellen dürfen. Die Antwort lautet Nein ([BGE 147 I 241](#)).²⁸ Der Bund wollte die Mediation als Mittel zur aussergerichtlichen Streiterledigung fördern; der Zutritt zur Mediation sollte möglichst einfach bleiben. Dazu passend liegen Organisation und Durchführung der Mediation allein in Händen der Parteien ([Art. 215 ZPO](#)). Der Erfolg einer Mediation wiederum hängt wesentlich davon ab, dass die Parteien eine Person ihres Vertrauens wählen können. Kantonale Bewilligungspflichten grenzen den Kreis der wählbaren Personen erheblich ein und beeinträchtigen damit auch die Wahlfreiheit der Parteien. Dies aber widerspricht der gesetzlich intendierten Offenheit des Me-

diationsverfahrens; die entsprechende Freiburger Regelung erwies sich im Zuge einer konkreten Normenkontrolle als bundesrechtswidrig. Die Kantone sind immerhin frei, gewisse Sorgfaltsregeln aufzustellen. Des Weiteren dürfen sie eine Liste von qualifizierten Mediatorinnen und Mediatoren veröffentlichen und bei Kostenübernahme durch den Staat (vgl. [Art. 218 Abs. 2 ZPO](#)) verlangen, dass sich die Parteien an eine der gelisteten Personen wenden (E. 5).

Im Dezember 2019 trat eine Änderung des Zuger Denkmalschutzgesetzes in Kraft. Mit der Revision sollten die Schutzvoraussetzungen verschärft (der Denkmalschutz also abgeschwächt) werden. So bedingt eine Unterschutzstellung neu u.a. einen «äusserst hohen» Wert, ein «äusserst hohes» Schutzinteresse (nach altem Recht genügte «sehr hoch»; §§ 2, 4 und 25, je Abs. 1). Ausserdem können Objekte, die jünger als 70 Jahre sind, nicht mehr gegen den Willen der Eigentümerschaft unter Schutz gestellt werden, sofern sie von lediglich lokaler Bedeutung sind (§ 25 Abs. 4). Mehrere Eigentümer von geschützten oder schützenswerten Gebäuden rekurrten gegen die Novelle, nicht zuletzt aus Sorge um die auch subventionsrechtlichen Folgen der abgeschwächten Schutzvorschriften ([BGE 147 I 308](#)). Sie machten zunächst geltend, mit der Revision verletze der

Kanton [Art. 78 Abs. 1 BV](#). Nun statuiert diese Norm («Für den Natur- und Heimatschutz sind die Kantone zuständig») keinerlei Verfassungspflichten an die Adresse der Kantone; sie ist kompetenzrechtlich neutral (E. 4.1), bestenfalls wirkt sie als Appell (E. 4.2 a.A.). Das Gericht scheint gleichwohl fragen zu wollen, ob kantonales Nichtstun im eigenen Zuständigkeitsbereich zulässig sei oder «ob das nicht der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung widersprechen würde» (E. 4.2 a.E.). Man hätte sich den irritierenden Satz sparen können, denn kantonale Handlungspflichten zum Denkmalschutz ergeben sich in casu bereits aus dem Völkerrecht, nämlich aus dem – ebenfalls als verletzt gerügten – Granada-Übereinkommen zum Schutz des baugeschichtlichen Erbes in Europa ([SR 0.440.4](#)). Die Hürde «äusserst hoch», so das Ergebnis, lässt sich noch völkerrechtskonform handhaben (E. 7.1–7.4); die Regelung hingegen, wonach der Schutz jüngerer Objekte von bloss lokaler Bedeutung vom Einverständnis der Eigentümer abhängt, verunmöglicht in pauschaler Weise die Wahrnehmung staatsvertraglicher Schutzpflichten (E. 7.5).

Medizinalpersonen hätten nach dem Willen des Tessiner Grossen Rats u.a. alle Krankheits- oder Verletzungsfälle melden müssen, die ihnen im Zuge ihrer Berufstätigkeit bekannt werden und von denen

sie wissen oder vermuten, dass sie im Zusammenhang mit einem Officialdelikt stehen ([BGE 147 I 354](#)).²⁹ Eine solche Meldepflicht verletzt [Art. 321 StGB](#) über den strafrechtlichen Schutz des Arztgeheimnisses. Zwar behält Ziff. 3 der genannten Bestimmung «die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Melde- und Mitwirkungsrechte ... gegenüber einer Behörde» vor. Vertraulichkeit bildet indessen die Regel, Offenbarung die Ausnahme; Meldepflichten müssen sich daher auf klar abgegrenzte Sachverhalte beschränken und dürfen nicht so weit ausgreifen, dass sie das Arztgeheimnis jeder Substanz entleeren (E. 3.4, 3.5 und 5.2).

3. Gemeindeautonomie

Autonomiebeschwerden richten sich gewöhnlich gegen behauptete Übergriffe auf kommunale Hoheitsakte im Zuge eines kantonalen Genehmigungs- oder Beschwerdeverfahrens. Autonomieverletzungen können sich aber auch dann einstellen, wenn der Kanton die Grenzen der Gemeindeautonomie ausserhalb solcher Verfahren nachträglich enger zieht (etwa durch Erlass kantonalen Rechts oder durch Erlass kantonalen Planungsbeschlüsse). Zwar darf der Kanton derlei grundsätzlich tun. Allerdings muss er dabei etwaige Verfassungsgarantien zugunsten der Gemeinde respektieren, in formeller Hinsicht korrekt vorgehen und materiell die einschlägigen Vorschriften von Kanton und Bund befolgen.

Von einer solchen Konstellation handelt [BGE 147 I 433](#) (vgl. schon [BGE 146 I 36](#) und [136 I 265](#)). In der Sache ging es um eine Änderung der Zürcher Abfallplanung. Nach dem Willen des Regierungsrats sollten Fläche und Volumen einer bereits geplanten Deponie wesentlich vergrössert und der bestehende Richtplaneintrag entsprechend geändert werden. Der Beschluss über den kantonalen Richtplan liegt im Kanton Zürich beim Kantonsparlament (eine schweizweit gesehen eher unübliche und planungs- wie parlamentsrechtlich dysfunktionale Regelung). Der Antrag des Regierungsrats an den Kantonsrat erfuhr im Zuge der parlamentarischen Beratungen, wenig verwunderlich, mehrere Änderungen. Die Standortgemeinde beschwerte sich über eine unrechtmässige Schmälerung ihrer Entscheidungsfreiheiten in der autonomiebewehrten kommunalen Nutzungsplanung; die Autonomie-

verletzung erblickte sie im Umstand, dass der Regierungsrat auf ihre Einwendungen nur unzureichend eingegangen war und der Kantonsrat die Änderungen des regierungsrätlichen Antrags ohne jede Konsultation der Gemeinde vorgenommen hatte.

Das Bundesgericht sieht die Dinge ebenso: Zwar bestehe kein Anspruch der Gemeinden, dass ihre Haltung tatsächlich berücksichtigt werde; die kantonale Behörde habe sich jedoch mit den Anträgen der Gemeinden auseinanderzusetzen und zu begründen, weshalb sie ihnen nicht folge; andernfalls seien die Mitwirkungsrechte der Gemeinden im Richtplanverfahren verletzt (E. 5.1 und 5.2). Missachtet waren in gleicher Weise die Partizipationsbefugnisse eines interkommunalen Zweckverbands (E. 5.3). Nebenbei erfährt der Zürcher Kantonsrat, dass die definitive Beschlussfassung über den Richtplan auszusetzen ist, bis sich die Gemeinden zu parlamentarisch eingebrachten Neuerungen äussern konnten (E. 5.3.3). Der Entscheid bietet vollständige Textbausteine zur Gemeindeautonomie (E. 4.1), zu Rügen und Kognition (E. 4.2) sowie zur nachträglichen Autonomiebeschränkung (E. 4.3). Im Übrigen interessiert der Entscheid vor allem planungs- und umweltrechtlich.³⁰

Fruchtfolgeflächen sind besonders wertvolle landwirtschaftliche Nutzflächen; sie geniessen erhöhten Schutz. Der Bund setzt je Kanton den Mindestumfang der Fruchtfolgeflächen fest; die Kantone legen die Flächen im Zuge der Richtplanung auf die Gemeinden um ([Art. 26 ff. RPV](#)). Es ist offenkundig, dass dieser Mechanismus zulasten der kommunalen Autonomie in der Ortsplanung geht. Erneut handelt es sich um die Konstellation «nachträgliche Eingrenzung des autonomiegeschützten kommunalen Entscheidungsspielraums». Solange der Kanton dabei korrekt vorgeht, liegt keine Autonomieverletzung vor (BGer-Urteil [1C_235/2020](#) vom 16. Dezember 2020 E. 3.1, 5–7).³¹

4. Gewaltenteilung

Zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie erliess der Schwyzer Regierungsrat auf dem Weg der Verordnung u.a. eine Maskenpflicht sowie ein Verbot grösserer Veranstaltungen. Dabei stützte er sich auf [Art. 40 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a EpG](#) («um die Verbreitung übertrag-

barer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern», können die zuständigen kantonalen Behörden u.a. «Veranstaltungen verbieten oder einschränken»). Vor Bundesgericht war strittig, ob die genannte Bestimmung als Ermächtigung an den Regierungsrat genüge ([BGE 147 I 478](#) E. 3) – vor allem deshalb, weil Veranstaltungsverbote als schwerer Eingriff in die Versammlungsfreiheit gelten (E. 3.2). Wir erfahren zunächst alles Wissenswerte über Zweck und Inhalt der Gewaltenteilung (E. 3.1.1) sowie über das Legalitätsprinzip, seine Funktionen und seine Anforderungen an Normstufe und Normdichte (E. 3.1.2). Alsdann wendet sich das Gericht der Zuständigkeitsfrage zu. Im Unterschied zu anderen Bundesgesetzen bestimmt [Art. 40 EpG](#) die kantonal kompetente Behörde nicht selbst (E. 3.3). Damit greift die innerkantonale Regelung. Sie beinhaltet wie üblich die allgemeine Ermächtigung der Regierung zur Setzung von Vollzugsverordnungen (E. 3.4; § 59 Abs. 3 KV-SZ); sie schliesst nicht aus, dass solche Verordnungen auch zur Umsetzung bundesgesetzlicher Bestimmungen – hier also zur Umsetzung von [Art. 40 EpG](#) – ergehen dürfen (E. 3.5). Nun regelt [Art. 40 EpG](#) wohl die Zielsetzung der Massnahmen (Seuchenbekämpfung) und die Massnahmen als solche (u.a. Veranstaltungsverbote), nicht aber die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen. Mit Blick auf die Natur der drohenden Gefahr und die mangelnde Voraussehbarkeit der geeigneten Massnahmen schadet die verminderte Normdichte aber nicht (E. 3.7). Damit erweist sich das regierungsrätliche Veranstaltungsverbot als formell-gesetzlich ausreichend gedeckt; e maiore minus gilt dies auch für Maskenpflichten an Veranstaltungen oder in

Institutionen (E. 3.8; vgl. auch die kurze Bestätigung in [BGE 148 I 19](#) E. 4.4 und [148 I 33](#) E. 5.4).

VIII. Verfahrensgarantien (Axel Tschentscher)

1. Allgemeine Verfahrensgarantien

1.1 Beschleunigungsgebot

Gleich mehrfach beschäftigt sich das Bundesgericht im Berichtsjahr mit dem prozessualen Beschleunigungsgebot ([Art. 29 Abs. 1 BV](#), [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#), [Art. 5 StPO](#)). Im BGer-Urteil [1B_82/2021](#) vom 9. September 2021 geht es um die Beschleunigung in Haftsachen, weil

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 **539** | ↑

sich der Beschuldigte im vorzeitigen Strafvollzug befindet (E. 2.4). Hier hat die Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung allein etwa sieben Monate gedauert, nachdem das Bezirksgericht Horgen sein Strafurteil gefällt hatte. Entsprechend verzögerte sich der Beginn des Rechtsmittelverfahrens. Weil das Strafverfahren zwar umfangreich, aber nicht sonderlich komplex war, sieht das Bundesgericht darin eine Verletzung des Beschleunigungsgebots (E. 2.4).

Beim BGer-Urteil [2C_219/2022](#) vom 31. Mai 2022 geht es um die Sistierung von russischen Rechtshilfebegehren. Diese Sistierung steht zwar nach ausdrücklicher Einräumung des Gerichts im Gegensatz zum Gebot der Beschleunigung (E. 2.3.2). Sie fügt sich aber ein in die lange Reihe der internationalen Sanktionen, die wegen des Angriffskriegs auf die Ukraine angenommen wurden und denen sich die Schweiz angeschlossen hat.

1.2 Zusammensetzung der Prüfungskommission für Podologie

Im BGer-Urteil [2D_39/2021](#) vom 5. Februar 2022 geht es um die gleiche und gerechte Behandlung ([Art. 29 Abs. 1 BV](#)) bei der Prüfung. Wenn ein Prüfungsreglement als vollständige Besetzung von drei bis fünf Prüfenden ausgeht, dann ist eine Unterschreitung dieser Zahl, selbst wenn sie auf einem Ausstand des dritten anwesenden Mitglieds beruht, als Verletzung der allgemeinen Verfahrensgarantie anzusehen (E. 4.4). Weil das Recht auf richtige Zusammensetzung des Prüfungsorgans formeller Natur ist, muss der Prüfungsentscheid ungeachtet der materiellen Erfolgsaussichten aufgehoben werden (E. 4.1).

1.3 Rechtliches Gehör

Um die frühzeitige *Verwertung von Kryptogeld* ([Art. 266 Abs. 5 StPO](#)) geht es beim [BGE 148 IV 74](#), der grosse Aufmerksamkeit ausgelöst hat.³² Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ([Art. 29 Abs. 2 BV](#)), weil die Staatsanwaltschaft den Geldbestand nicht nur auf ihr eigenes Wallet verschieben liess, sondern von dort die sofortige Umwandlung in Schweizer Franken und eine Überweisung auf das staatsanwaltschaftliche Bankkonto anordnete. Das

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 **540** | ↑

war im Ergebnis eine Verwertung ohne Rücksicht auf die aktuelle Marktsituation, auf die bei Kryptowährungen

sehr hohen Wertschwankungen und auf die konkrete Kursentwicklung.

Das Bundesgericht sieht darin keine sach- und fachgerechte Verwertung der volatilen Vermögenswerte des Beschwerdeführers. Die Staatsanwaltschaft müsse bei der Art und Weise der Verwertung mit Bedacht vorgehen, weil diese für den Ertrag sichtlich relevant sein kann. Sie hat entsprechend Vorkehrungen zu treffen, damit ein Verlust möglichst ausgeschlossen ist und die Interessen des Staates und der beschuldigten Person bestmöglich gewahrt bleiben (E. 4.4.2, S. 81). Welche Vorkehrungen das genau sein sollen, deutet das Bundesgericht nur an. So kommt eine gestaffelte Verwertung, wie sie vom Beschwerdeführer gefordert worden war, oder eine Verwertung unter Einbeziehung von Fachpersonen in Betracht. Die Standards werden zukünftig durch die Praxis zu entwickeln sein.

Eine *Zwangsmedikation ohne Anhörung* allein aufgrund der Aktenlage hat das BGer-Urteil [1B_11/2022](#) vom 31. März 2022 zum Gegenstand. Das Bundesgericht stellt klar, dass ein so schwerwiegender Eingriff zwingend die persönliche Anhörung der betroffenen Person erfordert (E. 2.5).

Die *Expertise ohne Kontakt zum Betroffenen* erlaubt es nach dem BGer-Urteil [1C_174/2021](#) vom 14. Februar 2022 nicht, ohne Einholung eines Zweitgutachtens die Vereinbarkeit des Trinkverhaltens mit der Fahrerlaubnis abzuklären. Für einen schwerwiegenden Eingriff in den Persönlichkeitsbereich fordert das Bundesgericht eine spezifische Alkoholanamnese (E. 2.4). Trotz zahlreicher plausibler Einwendungen des Betroffenen hatte die Vorinstanz kein Zweit- oder Obergutachten einholen lassen und dadurch den Anspruch auf rechtliches Gehör ([Art. 29 Abs. 2 BV](#)) verletzt (E. 2.9).

2. Rechtsweggarantie – Negativer Kompetenzkonflikt

Im [BGE 148 I 104](#) geht es inhaltlich um die Frage, ob der Beschwerdeführer zwei Drittel der Kosten für eine berufsbegleitende Weiterbildung zurückerstatten muss, weil er bei seinem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber, der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), vor der vereinbarten Tätigkeitsdauer von drei Jahren gekündigt hat. Eine Beschwerde gegen den Beschluss des

ZBJV 10/2022 | S. 491–541 541 | ↑

EDK-Vorstands beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern wurde vom Gericht zuständigkeitshalber an die Rekurskommission EDK/GKD weitergeleitet. In der Folge erklärten sich sowohl das Verwaltungsgericht als auch die Rekurskommission für unzuständig. Für den Rechtssuchenden wirkt sich ein solcher negativer Kompetenzkonflikt im Ergebnis wie eine formelle Rechtsverweigerung aus, die mit der Rechtsweggarantie des [Art. 29a BV](#) nicht vereinbar ist (E. 6.1). Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wird darum vom Bundesgericht angewiesen, auf die Beschwerde einzutreten. Gleichzeitig werden die Konkordatskantone angehalten, gegen die aufgetretenen Unzulänglichkeiten bei personalrechtlichen EDK-Streitigkeiten für die Zukunft Abhilfe zu leisten.

3. Garantien im gerichtlichen Verfahren – Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung

Im schon oben besprochenen [BGE 147 II 476](#) über die Öffentlichkeit von Verfahren vor der UBI³³ stellt das Bundesgericht klar, dass bezüglich der Öffentlichkeit dieselben Grundsätze gelten wie vor einem Gericht (E. 3.2). Entsprechend wurde der Ausschluss der Öffentlichkeit zu Recht verweigert (E. 4.6).

4. Garantien im Strafverfahren – Wahrsagerie

Um die Grenzen der verdeckten Ermittlung geht es im BGer-Urteil [6B 210/2021](#) vom 24. März 2022 (zur Publikation in BGE vorgesehen). Dabei hatten zwei verdeckte Ermittler erheblichen psychischen Druck auf den Beschuldigten ausgeübt und zu diesem Zweck dessen tiefen Glauben an Wahrsagerie ausgenutzt. Aus einer durch die Ermittler absichtlich geschürten Angst vor dem Geist seiner Frau sollte er alle tatrelevanten Orte mit Kichererbsen markieren. Das unter solchen Umständen erwirkte Mordgeständnis ist nur noch Ausdruck einer durch die Ermittler aufgebauten Zwangslage. Es widerspricht dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*) und fällt unter das absolute Verwertungsverbot (E. 2.7 und 2.9). Das Bundesgericht bestätigt darum den Freispruch.

* Für die Hilfe bei der Erstellung danken wir MLaw Aaron Steiner, MLaw Fabiane Thomann und MLaw Rechtsanwältin Alina Murano, wissenschaftliche Assistierende, sowie Dan Boner und Eva Kaspar, studentische Assistierende.

1 Beispielsweise V.4.1 Demonstrationsfreiheit, S. 518, VI.2.1 Wirtschaftsfreiheit, S. 526.

2 Mit vollständigen Erwägungen BGer-Urteil [2C 738/2018](#) vom 2. November 2021, deutsche Übersetzung in: Pra 111 (2022), Nr. 48, 511 ff.

3 Zum Aspekt der Religionsfreiheit siehe IV.2., S. 508.

4 Mit vollständigen Erwägungen BGer-Urteil [9C 736/2020](#) vom 10. Dezember 2021.

5 Zum Aspekt der Versammlungsfreiheit siehe V.4.3, S. 521.

6 So bereits zur bisherigen Rechtsprechung Axel Tschentscher, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014 und 2015, [ZBJV 151 \(2015\)](#), 717 ff. (734 ff.); ders., in: [ZBJV 152 \(2016\)](#), 695 (715 ff.).

7 Mit vollständigen Erwägungen BGer-Urteil [2C 183/2021](#) vom 23. November 2021.

8 [2C 228/2021](#), [2C 429/2021](#), [2C 115/2021](#).

9 Zu Diskriminierungsfragen siehe II.3, S. 497.

10 Für eine Einordnung des Urteils vor dem Hintergrund der bisherigen Gerichtspraxis vgl. etwa Frédéric Barth, Diskriminierende Wahlkampfwerbung, in: AJP 2022, 914 ff.

11 So Axel Tschentscher, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2013 und 2014, [ZBJV 150 \(2014\)](#), 812.

12 Seit 1.7.2020 ist auch die Diskriminierung wegen sexueller Orientierung strafbar (und hat zu verschiedenen erstinstanzlichen Schuldsprüchen geführt). Darüber hinaus wird derzeit eine Ausweitung von [Art. 261^{bis}StGB](#) auf geschlechterdiskriminierende Äusserungen diskutiert.

13 Zu den Entwicklungen im Europarat vgl. etwa die Empfehlung des Ministerkomitees Rec(2022)16 «Combating hate speech» vom 20. Mai 2022 sowie das Factsheet «Hate Speech» des EGMR vom Juni 2022.

14 Vgl. unlängst EGMR Nr. [52808/09](#) vom 30. August 2022 – *Sorokin v. Russia* (Verstoss gegen den in [Art. 10 EMRK](#) garantierten Quellenschutz durch Hausdurchsuchung bei Aktivist/Onlinejournalist).

15 Franz Zeller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2020 und 2021, [ZBJV 157 \(2021\)](#), 592 f.

16 Ausführlicher zu dieser Entscheidung die Urteilsbesprechung: Franz Zeller, Mangelhafte Interessenabwägung beim Streit um Einsicht in archivierte Asylakten, in: [Medialex 4 \(2022\)](#) vom 6. Mai 2022.

17 Franz Zeller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2020 und 2021, [ZBJV 157 \(2021\)](#), 598.

18 Ein ähnliches Fazit zieht Tobias Jaag in seiner Urteilsbesprechung Anonymisierung von Bundesgerichtsentscheiden und Staatshaftung, in: AJP 2022, 366.

19 [BGE 148 I 19 E](#). 6.3.5 S. 30. Zur Auflösung dieses vermeintlichen Widerspruchs vgl. Benjamin Märkli/David Rechsteiner, Einschränkungen der Demonstrationsfreiheit während der Coronaepidemie, in: AJP 2022, 266.

20 Franz Zeller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2020 und 2021, [ZBJV 157 \(2021\)](#), 600 f. Gemäss der Entscheidbesprechung von Andrés Payer, in: AJP 2021, 1319, ist die Angelegenheit mittlerweile beim EGMR hängig.

21 Zum Aspekt der informationellen Selbstbestimmung siehe III.3.2, S. 504.

22 Axel Tschentscher/Franz Zeller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2020 und 2021, [ZBJV 157 \(2021\)](#),

582 ff. und 600.

- 23 Zu diesem Urteil auch Giovanni Biaggini, in: ZBl 122 (2021), 614 ff.
- 24 Zu diesem Urteil auch Christoph Auer, in: ZBl 123 (2022), 308 ff. (316 ff.).
- 25 Kritisch dazu auch Giovanni Biaggini, in: ZBl 123 (2022), 264 ff. (273 ff.).
- 26 Deutsche Übersetzung in: Pra 110 (2021), Nr. 97, 967 ff. Zu diesem Urteil auch Andreas Glaser, in: ZBl 123 (2022), 369 ff. (370 ff.).
- 27 Kritisch zum Urteil [1C_233/2021](#) Michael Pflüger, in: BVR 2022, 235 ff. (248 ff.).
- 28 Deutsche Übersetzung in: Pra 110 (2021), Nr. 108, 1098 ff.
- 29 Deutsche Übersetzung in: Pra 110 (2021), Nr. 117, 1189 ff.
- 30 Zu diesen Aspekten Arnold Marti, in: ZBl 122 (2021), 656 ff. (657 ff.).
- 31 Zu den planungsrechtlichen Details Vincent Bays, in: ZBl 123 (2022), 138 ff. (149 ff.).
- 32 Siehe etwa Friedo Breitenfeldt, *Entscheidbesprechung*, in: AJP 2022, 394 ff.; Dominik Vock, *Vorzeitige Verwertung von kryptobasierten Vermögenswerten im Strafverfahren*, in: ZZZ 58 (2022), 227 ff.
- 33 Siehe vorne V.3.7, S. 518; deutsche Übersetzung in: Pra 111 (2022), Nr. 30, 327 ff.