

Art. 36 BV: Einschränkungen von Grundrechten

Funktion und Prüfprogramm

Art. 36 BV ist die allgemeine Schrankenregel der Grundrechte. Eine Einschränkung ist nur zulässig, wenn vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- eine gesetzliche Grundlage, die bei schwerwiegenden Eingriffen im Gesetz selbst enthalten sein muss (Abs. 1);
- eine Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter (Abs. 2);
- die Verhältnismässigkeit (Abs. 3);
- die Wahrung des Kerngehalts (Abs. 4).

Das Bundesgericht fasst dieses Programm in der Formel zusammen, eine Einschränkung sei zulässig, «wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt ist, sich als verhältnismässig erweist und den Kerngehalt des Grundrechts nicht antastet» **BGE 129 I 173**. Der Wortlaut gilt seit Inkrafttreten der Bundesverfassung am 1. Januar 2000 unverändert, auch in der geltenden Fassung **BV (2024-03-03)**.

Die Absätze haben unterschiedliche Funktionen. Abs. 1 sichert die demokratische Legitimation und die Vorhersehbarkeit des Eingriffs. Abs. 2 und 3 betreffen die materielle Rechtfertigung. Abs. 4 ist keine Abwägungsregel, sondern eine absolute Grenze: Der Kerngehalt darf auch dann nicht beschränkt werden, wenn die Voraussetzungen nach Abs. 1 bis 3 an sich erfüllt wären **BGE 131 I 166**.

Anwendungsbereich

Zuschnitt auf Freiheitsrechte

Art. 36 BV ist nach dem Bundesgericht «im Wesentlichen auf Freiheitsrechte zugeschnitten» **8C_44/2012**. Für die Rechtsgleichheit passt die Eingriffsregel nicht, weil es dort nicht um Einschränkungen, sondern um erlaubte oder unerlaubte Differenzierungskriterien geht. Ungleichbehandlungen prüft das Gericht deshalb nicht nach Art. 36 BV, sondern danach, ob sie sachlich gerechtfertigt und nicht unverhältnismässig sind **8C_44/2012**.

Beim Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) gilt ein eigener, strukturell aber verwandter Massstab. Eine auch nur indirekte Diskriminierung bedarf einer qualifizierten Rechtfertigung: Die Massnahme muss ein gewichtiges und legitimes öffentliches Interesse verfolgen, geeignet und erforderlich sein und sich gesamthaft als verhältnismässig erweisen. In **BGE 135 I 49** genügte die finanzielle Belastung einer Gemeinde nicht, um die Verweigerung der Einbürgerung einer behinderten Person zu rechtfertigen **BGE 135 I 49**.

Bei Art. 12 BV läuft die Schrankenprüfung nach Abs. 1 bis 3 leer, weil Schutzbereich und Kerngehalt zusammenfallen (dazu beim Kerngehalt).

Verhältnis zu Art. 5 BV

Art. 5 Abs. 1 und 2 BV verankern Legalität und Verhältnismässigkeit als allgemeine Verfassungsgrundsätze. Das Verhältnismässigkeitsgebot ist dort «bloss ein verfassungsmässiges

Prinzip und kein Grundrecht» **BGE 134 I 153**. Bei der Anwendung kantonalen Rechts ausserhalb des Schutzbereichs spezieller Grundrechte greift das Bundesgericht deshalb nur ein, wenn das Gebot offensichtlich missachtet wurde und zugleich Willkür vorliegt **BGE 134 I 153**. Entsprechend ist das Legalitätsprinzip ausser im Straf- und Abgaberecht kein selbständiges verfassungsmässiges Recht; es kann nur zusammen mit einem anderen Verfassungsgehalt, etwa einem besonderen Grundrecht, angerufen werden **4A_453/2012**. Wer die volle Prüfung nach Art. 36 BV erreichen will, muss daher einen Eingriff in ein Freiheitsrecht dartun.

Grundrechtsträger

Gemeinwesen sind als Träger hoheitlicher Gewalt nicht grundrechtsberechtigt. Ausnahmen bestehen, wenn sie privatrechtlich handeln oder gleich oder ähnlich wie Private betroffen sind, sowie für ihnen eigens gewährleistete Garantien wie die Gemeindeautonomie. Die Stellung als öffentlicher Arbeitgeber allein genügt nicht **BGE 145 I 239**.

Juristische Personen des Privatrechts können sich je nach Natur des Grundrechts auf dieses berufen. Auf die Glaubensfreiheit kann sich eine Handelsgesellschaft nicht berufen, wohl aber eine juristische Person mit statutarisch religiösem oder kirchlichem Zweck, etwa die Heilsarmee-Genossenschaft **BGE 142 I 195**. Das Verwaltungsgericht Neuenburg wandte dieses Kriterium auf eine Raelianer-Vereinigung an und hielt zugleich fest, dass die Meinungsfreiheit natürlichen wie juristischen Personen zusteht **TA.2003.338**.

Gebundene Private und Schutzpflichten

Nach Art. 35 Abs. 2 BV ist an die Grundrechte gebunden, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt; damit gelten auch für solche Akteure die Schranken von Art. 36 BV. Die Rechtsprechung bestimmt die Bindung funktional:

- Selbstregulierungsorganisationen der Geldwäschereiaufsicht erfüllen eine delegierte Staatsaufgabe. Sie müssen das rechtliche Gehör wahren und dürfen Mitglieder nicht ohne Angabe von Gründen ausschliessen **2C_887/2010**.
- Die Post ist im Bereich der Wettbewerbsdienste nicht gebunden, weil sie dort Leistungen erbringt, die jeder Private ebenfalls erbringen könnte; gebunden ist sie nur bei den Universaldiensten **BGE 129 III 35**.
- Die SRG ist bei der Moderation von Nutzerkommentaren auf ihren Social-Media-Kanälen grundrechtsgebunden; sie ist «nicht gleich frei wie ein Privater» und muss die Interessen nach objektiven Gesichtspunkten abwägen **BGE 149 I 2**.
- Kantonal hat das Verwaltungsgericht Basel-Stadt die Industriellen Werke Basel als Monopolversorger unabhängig von der Rechtsform der Kundenbeziehung für grundrechtsgebunden erklärt. Eine Energieliefersperrung berührte die körperliche Unversehrtheit; aus Verhältnismässigkeitsgründen stellte das Gericht ihre Vollstreckung unter die Bedingung, dass die Kundin zumutbare Monatszahlungen unterlässt **VD.2015.178**.

Grundrechte begründen auch Schutzpflichten. Diese gewähren keinen absoluten Schutz vor jeder Gefährdung; die erforderliche Abwägung ist «in erster Linie Sache der einschlägigen Gesetzgebung», welche die Grenze zwischen unerlaubter Gefährdung und hinzunehmendem Restrisiko zieht **BGE 126 II 300**.

Die Schutzpflicht wird nicht nach dem Schema von Art. 36 BV geprüft. Sie wirkt aber als Rechtfertigung für Eingriffe in Grundrechte anderer: Droht eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr für fundamentale Rechtsgüter, darf der Staat nicht untätig bleiben, nur weil der Gesetzgeber nicht rechtzeitig gehandelt hat. Diese Pflicht ist allerdings an den tatsächlichen Möglichkeiten der Behörden, namentlich der Polizeikräfte, zu messen **1C_586/2019**.

Der Eingriff als Auslöser

Art. 36 BV setzt voraus, dass eine Massnahme den Schutzbereich eines Grundrechts berührt. Das Bundesgericht prüft deshalb zuerst den Schutzbereich. Beim Walliser Hunderassenverbot verneinte es einen Eingriff in die persönliche Freiheit: Das Halten eines Hundes einer bestimmten Rasse fällt grundsätzlich nicht darunter; ein Eingriff wäre erst denkbar, wenn sich jemand von einem Tier mit enger Beziehung trennen müsste oder ihm die Hundehaltung generell verboten würde **BGE 133 I 249**. Ebenso verneinte das Verwaltungsgericht Zürich einen Eingriff, als einem Besucher gleichzeitige Besuche bei mehreren Inhaftierten verweigert wurden, weil er die Beziehungen weiterhin durch Einzelbesuche pflegen konnte; Art. 36 BV kam deshalb gar nicht zur Anwendung **VB.2017.00812**.

Der Eingriff muss nicht unmittelbar sein. In BGE 147 I 372 anerkannte das Bundesgericht, dass erkennungsdienstliche Erfassung und DNA-Profil nach einer friedlichen Kundgebung neben dem unmittelbaren Eingriff in körperliche Integrität und informationelle Selbstbestimmung mittelbar die Versammlungs- und Meinungsfreiheit einschränken können. Den Abschreckungseffekt behandelte es nicht als eigene Eingriffskategorie, sondern in der Verhältnismässigkeit: Eine systematische Registrierung und Einschüchterung friedlich demonstrierender Personen sei damit nicht vereinbar **BGE 147 I 372**.

Auch das blosses Speichern zuordenbarer Daten ist ein Eingriff, selbst ohne behördliche Kenntnisnahme; so bei der Vorratsspeicherung von Randdaten der Telekommunikation **BGE 144 I 126**. Ist der Schutzbereich berührt, entscheidet die Intensität des Eingriffs über Normstufe, Bestimmtheit und Kognition. So stufte das Verwaltungsgericht Zürich eine auf Büroräume beschränkte Maskenpflicht für Staatspersonal zwar als Eingriff in die persönliche Freiheit, aber als nicht schwer ein, sodass ein Gesetz im materiellen Sinn genüge **VB.2021.00696**.

Gesetzliche Grundlage (Abs. 1 Satz 1 und 2)

Normstufe nach Eingriffsschwere

Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz; bei leichten Eingriffen genügt ein Gesetz im materiellen Sinn **BGE 139 I 280**. Leichte Eingriffe können über eine Gesetzesdelegation in Erlassen unterhalb der Gesetzesstufe geregelt werden oder sich auf eine Generalklausel stützen **BGE 149 I 129**.

Einen allgemeinen abstrakten Schweretest formuliert die Rechtsprechung nicht; sie urteilt grundrechts- und fallbezogen:

- Bei der Eigentumsgarantie gelten nur Massnahmen als schwer, durch die das Eigentum entzogen oder eine bestimmungsgemässe Nutzung verunmöglicht oder wesentlich erschwert wird **BGE 131 I 333**. Eine Sanierungspflicht für Elektroheizungen mit mehreren Erfüllungsvarianten war deshalb nicht schwer **BGE 150 I 106**.
- Das Ablegen von Gürtel oder Schuhen bei der Sicherheitskontrolle eines Gefängnisbesuchers ist kein schwerer Eingriff; das Gefängnisreglement genügte **BGE 130 I 65**.
- Eine Impfung gilt nach der Rechtsprechung als leichte, harmlose und wenig schmerzhaft Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit **8C_362/2022**.
- Schwer ist dagegen der Entzug von Fahrzeugausweis und

Kontrollschildern wegen unbezahlter Schwerverkehrsabgabe; er verlangt eine formellgesetzliche Grundlage **2A.705/2006**. Ebenso schwer ist die Begrenzung der gesamten, auch privaten Tätigkeit einer delegierten Logopädin; mangels ausdrücklicher Regelung im formellen Gesetz fehlte eine genügende Grundlage **BGE 151 I 177**.

- Das Tessiner Verwaltungsgericht wertete die Beschränkung von Schadstoffgutachten auf Fachleute einer Verbandsliste als nicht leicht und hob sie mangels Grundlage auf, obwohl öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit erfüllt gewesen wären **52.2024.59**.

Formelles Gesetz ist nicht nur das kantonale Gesetz. Ein vom Gemeindeparlament erlassenes und dem Referendum unterstelltes Reglement hat trotz seiner Bezeichnung die Merkmale eines formellen Gesetzes und bietet dieselbe demokratische Legitimation **BGE 131 I 333**. Ein interkantonales Konkordat bildet als autonomes kantonales Recht eine hinreichende Grundlage für Grundrechtseinschränkungen **BGE 137 I 31**; kommt den Beitrittsbeschlüssen wegen der Referendumpflicht der Rang eines formellen Gesetzes zu, genügt es auch für schwere Eingriffe **BGE 140 I 2**. Kantonale Vollziehungsverordnungen können sich zudem direkt auf ein Bundesgesetz stützen: Für die in Art. 40 Abs. 2 EpG ausdrücklich genannten Massnahmen bedurfte es keiner zusätzlichen kantonalen formellgesetzlichen Grundlage **2C_8/2021**.

Delegation an die Exekutive

Eine Gesetzesdelegation setzt voraus, dass das formelle Gesetz die Grundentscheidungen trifft; dem Verordnungsgeber können Details und Fragen überlassen werden, die besondere Fachkenntnisse verlangen. Schwere Einschränkungen von Freiheitsrechten kann der Verordnungsgeber nicht selbst einführen, und eine allgemeine Vollzugskompetenz trägt solche Massnahmen nicht **2A.705/2006**. Technisch anspruchsvolle Schwellenwerte darf das Gesetz dagegen an die Exekutive verweisen, wenn es die wesentlichen Elemente selbst enthält **BGE 150 I 106**.

Die Delegationsnorm muss die Einschränkung selbst regeln. Im Thurgauer Koptuchfall regelten weder die allgemeinen Zweckbestimmungen des Volksschulgesetzes noch die Delegationsnorm die Einschränkung der Glaubensfreiheit; damit schied auch eine Subdelegation an die Schulleitung aus **BGE 139 I 280**. Das Verwaltungsgericht Graubünden prüft die Delegation nach vier Kriterien: Sie muss in einem formellen Gesetz enthalten, nicht durch das kantonale Recht ausgeschlossen und auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt sein, und das Gesetz muss die Grundzüge enthalten, soweit die Rechtsstellung schwerwiegend berührt wird. Es hob eine auf eine unpräzise Delegationsnorm gestützte Kontrahierungspflicht für Spitex-Leistungen auf; als neuer und schwerer Eingriff in die Vertragsfreiheit hätte sie ins formelle Gesetz gehört **V 2013 1**.

Sonderstatusverhältnisse

Auch Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat sind grundrechtlich geschützt. Die Anforderungen an Normstufe und Normdichte sind aber weniger streng, soweit sich die Einschränkungen in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses ergeben **BGE 139 I 280**.

- Im Militär genügt für nicht schwere Einschränkungen eine Verordnung, die sich auf eine auch allgemein gehaltene formellgesetzliche Grundlage zurückführen lässt; es genügt, dass sich die Einschränkungen aus Zweck und gutem Funktionieren der Institution ergeben. Die Covid-Impfverordnung für ein Mitglied der Spezialkräfte vor Auslandseinsätzen war danach zulässig **BGE 149 I 129**, ebenso die darauf gestützte Kündigung nach Impfverweigerung **8C_362/2022**.
- In der Untersuchungshaft genügt für die Korrespondenzkontrolle eine materielle Grundlage auf Verordnungs- oder Reglementsstufe **BGE 145 I 318**.

Die Lockerung hat Grenzen. Bei schweren Eingriffen bleibt es beim Erfordernis eines klaren formellen Gesetzes, wie der Thurgauer Kopftuchfall zeigt **BGE 139 I 280**. Zudem müssen Voraussetzungen und Grundzüge der Rechtsfolgen des Sonderstatus im Gesetz umschrieben sein; im Übrigen genügen Generalklauseln und relativ offene Normen. Das Verwaltungsgericht Solothurn liess danach für eine Disziplinarmassnahme im Strafvollzug die gesetzliche Grundlage genügen, ersetzte aber die Busse durch einen Verweis **VVBES.2017.132**. Das Tessiner Kantonsgericht hielt ein auf Delegation beruhendes Gefängnisreglement als Grundlage für die Abgabe privater Computer für ausreichend, weil es klar formuliert war und das Haftregime in den Grundzügen festlegte **60.2011.233**. Das Verwaltungsgericht Zürich hob dagegen Disziplinarstrafen auf, die auf einer bloss mündlich verbreiteten Verschärfung der Kleiderordnung beruhten, obwohl ein schriftliches Bekleidungsreglement bestand; auch ein öffentliches Interesse war nicht dargetan **VB.2009.00120**.

Bestimmtheit und Normdichte

Das Legalitätsprinzip betrifft nicht nur die Normstufe, sondern auch den Inhalt. Die Rechtssätze müssen im Interesse der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Anwendung hinreichend bestimmt sein. Das formelle Gesetz muss den Inhalt zulässiger Eingriffe nicht im Detail regeln, dieser muss sich aber aus ihm ergeben **BGE 147 I 450**. Der erforderliche Grad lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, der Komplexität und davon ab, ob die sachgerechte Entscheidung erst im Einzelfall möglich ist **1C_181/2019**; weiter vom Adressatenkreis und der Schwere des Eingriffs, wobei bei technischen Materien weniger strenge Anforderungen gelten **BGE 150 I 106**.

Im Polizei- und Epidemienrecht akzeptiert die Rechtsprechung Abstriche an der Bestimmtheit, weil Massnahmen gegen schwer vorhersehbare Gefahren situativ angepasst werden müssen. Die Unbestimmtheit wird auf zwei Wegen ausgeglichen:

- durch die Verhältnismässigkeit: Art. 40 EpG regelt Ziel und Rechtsfolge, nicht aber die Voraussetzungen; diese Unbestimmtheit ist durch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu kompensieren, und die Massnahmen sind regelmässig zu überprüfen **BGE 147 I 450**. Das Bundesgericht verlangt dafür ausdrücklich erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeitsprüfung **2C_8/2021**;
- durch Verfahrensgarantien: Unbestimmtheit kann in gewissem Ausmass durch verfahrensrechtliche Garantien kompensiert werden **1C_181/2019**.

Der Ausgleich setzt tatsächlich vorhandene Garantien voraus. Eine reine Blankettnorm ohne verbindliche inhaltliche Einschränkungen genügt nicht **BGE 140 I 353**. Die Anwendungen im Polizei- und Überwachungsrecht sind unten bei den Fallgruppen dargestellt.

Polizeiliche Generalklausel und Notrecht (Abs. 1 Satz 3)

Voraussetzungen

Nach Abs. 1 Satz 3 sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ausgenommen. Die polizeiliche Generalklausel kann als konstitutionelles Notrecht eine fehlende gesetzliche Grundlage ersetzen und selbst schwerwiegende Eingriffe legitimieren, wenn die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind. Die Gefahr darf unter den konkreten Umständen nicht anders als mit gesetzlich nicht vorgesehenen Mitteln abwendbar sein (Subsidiarität), und die Massnahme muss verhältnismässig sein **BGE 137 II 431**.

Die Subsidiarität hat praktisch grosses Gewicht. Das Tessiner Verwaltungsgericht hob die sofort vollstreckbare Schliessung eines Bordells auf: Ein Tötungsdelikt in einem anderen Betrieb, langjährige

Klagen der Nachbarschaft und die ausländerrechtliche Unzulässigkeit der Tätigkeit machten keine ernste, unmittelbare Gefahr glaubhaft, und das ordentliche Recht bot genügende Mittel **52.2000.160**. In BGE 126 I 112 liess das Bundesgericht eine psychiatrische Zwangsmedikation ohne gesetzliche Grundlage nur für die zwei Tage zu, in denen sie zum Schutz von Leib und Leben erforderlich war; die Massnahmen ab dem dritten Tag waren mangels Grundlage rechtswidrig **BGE 126 I 112**. Die Generalklausel trägt also nur die zeitlich und sachlich unerlässliche Gefahrenabwehr.

Unvorhersehbarkeit: von der Voraussetzung zum Abwägungsfaktor

Die ältere Rechtsprechung beschränkte die Generalklausel auf «echte und unvorhersehbare Notfälle» und schloss sie grundsätzlich aus, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden **BGE 126 I 112**. So durfte der Regierungsrat einen Numerus clausus für das Medizinstudium nicht polizeinotrechtlich einführen, weil die Überlastung seit Jahren bekannt war und über eine Zulassungsbeschränkung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu entscheiden ist **BGE 121 I 22**. Für das WEF 2001 bejahte das Bundesgericht dagegen keine typisierte Gefährdungslage, weil die Protestdynamik zu komplex und schwer vorhersehbar war **BGE 130 I 369**.

Der EGMR beurteilte denselben Sachverhalt anders. Er wertete die Umstände des WEF 2001 als vorhersehbaren und wiederkehrenden Fall, in dem die Behörden früher eine präzisere Grundlage hätten schaffen müssen; das pauschale Zutrittsverbot nach Davos war nicht «prévu par la loi» **12675/05**.

In BGE 137 II 431 relativierte das Bundesgericht das Erfordernis: Die Unvorhersehbarkeit ist nicht als Anwendungsvoraussetzung zu verstehen, die unabhängig von Art und Dringlichkeit der Gefahr die Anrufung der Generalklausel ausschliesst **BGE 137 II 431**. In 1C_586/2019 hielt es zwar daran fest, dass die Klausel grundsätzlich auf unvorhersehbare Notfälle beschränkt ist, liess die Frage der Vorhersehbarkeit aber offen: Weil der Schutz von Leib und Leben auf dem Spiel stand, sei die Berufung auf die Generalklausel «so oder so nicht zu beanstanden» **1C_586/2019**. Die kantonale Praxis ist uneinheitlich formuliert. Das Verwaltungsgericht Glarus behandelt die Unvorhersehbarkeit nur noch als Element der Interessenabwägung und liess gestützt auf die Generalklausel unbefristete Nutzungs- und Betretungsverbote wegen andauernder Rutschgefahr zu **VG.2025.00063**. Das Waadtländer Kantonsgericht hält an der Formel der «cas d'urgence imprévisibles» fest, bejahte sie aber für eine kurzfristige Unwetterwarnung, die den Widerruf von Veranstaltungsbewilligungen rechtfertigte **ge-2024-0260**.

Für die Praxis folgt daraus: Bei wiederkehrenden, bekannten Gefährdungen ist die Generalklausel auch nach BGE 137 II 431 ein riskantes Fundament, zumal die strengere Sicht des EGMR im Konventionsverfahren massgebend bleibt. Wo existenzielle Rechtsgüter unmittelbar bedroht sind, hat die Unvorhersehbarkeit dagegen kaum noch eigenständiges Gewicht.

Zuständigkeit und kantonale Ausgestaltung

Auf Bundesebene ist nach Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV nur der Bundesrat zum Erlass von Notverordnungen und -verfügungen befugt; keine Verwaltungsbehörde kann an seiner Stelle handeln. Im FINMA-Fall genügte, dass der Bundesrat die konkrete Datenherausgabe gebilligt hatte; die Massnahme konnte dann nachträglich auf die Generalklausel gestützt werden **BGE 137 II 431**. Kantonal ergibt sich die Zuständigkeit aus dem kantonalen Recht. Bereits früh anerkannte das Bundesgericht Notstandsbefugnisse des Waadtländer Staatsrats gestützt auf die allgemeine Polizeigewalt, verlangte aber restriktive Auslegung, Verhältnismässigkeit und eine rasche Berichterstattung an den Grossen Rat, der bei voraussichtlich mehr als sieben Tagen einzuberufen ist **BGE 111 Ia 246**. In einer Unwetterlage durfte nach dem Waadtländer Kantonsgericht ein einzelnes Regierungsmitglied allein handeln, weil der Notstand die

Abweichung von der gesetzlichen Zusammensetzung rechtfertigte **ge-2024-0260**.

Verfassungsunmittelbare Notverordnungen des Bundesrates

Art. 185 Abs. 3 BV ermächtigt den Bundesrat in Anlehnung an die polizeiliche Generalklausel zum Erlass von Notrecht, wenn fundamentale Rechtsgüter gegen schwere und unmittelbar drohende, nicht anders abwendbare Gefahren zu schützen sind; stützt er sich zugleich auf Art. 184 Abs. 3 BV, gelten die strengereren Voraussetzungen von Art. 185 Abs. 3 BV. Der Bundesrat darf dabei grundsätzlich Gesetzesrecht übersteuern. Im Staatshaftungsverfahren zur CS-Übernahme prüfte das Bundesgericht die Notverordnung nur auf Verfassungsmässigkeit, übte grosse Zurückhaltung und schritt praktisch nur bei Willkür ein **2E_5/2024**.

Ob dies auch die Strafbewehrung von Notverordnungen deckt, beurteilen kantonale Gerichte unterschiedlich. Ein Basler Berufungsgericht sprach vom Vergehen nach der COVID-19-Verordnung 2 frei: Weil das Epidemiengesetz die Lage antizipiert und für Widerhandlungen bereits eine Busse vorsah, durfte der Bundesrat diese nicht durch Notverordnung in eine Geld- oder Freiheitsstrafe umwandeln **SB.2022.16**. Das Bezirksgericht Zürich liess dagegen offen, ob die Verordnung auf Art. 185 Abs. 3 BV oder Art. 7 EpG beruhte, hielt die Strafbestimmungen für anwendbar und betonte, dass Notverordnungen, die Grundrechte berühren, den «erhöhten Anforderungen von Art. 36 Abs. 3 BV» genügen müssen **GG200264-L**. Ein Berner Berufungsgericht bestätigte eine Busse wegen Verletzung des Versammlungsverbots und hielt die Einschränkung für verfassungskonform **SK 2023 35**.

Politisch ist die Reichweite von Notrecht umstritten. In der Ständeratsdebatte über den bundesrätlichen Notrechtsbericht wurde die Auffassung des Bundesrates referiert, er dürfe vorübergehend von Gesetzesrecht abweichen; Notverordnungen müssten aber stets die Verhältnismässigkeit wahren und dürften die grundrechtlichen Kerngehalte nicht verletzen. Ein Votum kritisierte die Annahme, auch ein Handeln contra constitutionem sei zulässig, und hielt dem Art. 36 BV entgegen **AB 2025 S 340**. Die Debatte ist kein verbindlicher Auslegungsbeleg. Sie zeigt aber, dass auch nach der referierten Auffassung des Bundesrates die Verhältnismässigkeit und die grundrechtlichen Kerngehalte das Notrecht begrenzen.

Eine Derogation nach Art. 15 EMRK hat die Schweiz in der Pandemie nicht erklärt. Die Kammer des EGMR leitete daraus ab, die Schweiz sei voll an Art. 11 EMRK gebunden geblieben, und stellte eine Verletzung fest **21881/20**. Die Grosse Kammer erklärte die Beschwerde jedoch mangels Opfereigenschaft und Erschöpfung des Instanzenzugs für unzulässig, ohne in der Sache zu entscheiden **21881/20**. Sie hielt zudem fest, dass Bundesratsverordnungen zwar nicht abstrakt, aber vorfrageweise im Rechtsmittelverfahren gegen Anwendungsakte überprüft werden können **21881/20**.

Öffentliches Interesse und Grundrechte Dritter (Abs. 2)

Offener, aber begrenzter Begriff

Der Begriff des öffentlichen Interesses wandelt sich in Zeit und Raum und umfasst nicht nur Polizeigüter (Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Ruhe), sondern auch kulturelle, ökologische und soziale Werte, die in den Staatsaufgaben zum Ausdruck kommen. Ein kommunales Verbot kommerzieller Plakatwerbung liess sich so mit dem Schutz des Stadtbilds, der Mobilität der Fussgänger und dem Schutz vor unerwünschter Werbung rechtfertigen **2C_293/2024**.

Der Begriff hat drei Grenzen:

- Illegitime Ziele scheiden aus. Keine legitimen Interessen sind das Ziel, Armut aus der öffentlichen Sichtbarkeit zu verdrängen, oder das Anliegen, Passanten vor unangenehm empfundener Konfrontation mit Bedürftigen zu bewahren **BGE 149 I 248**.
- Das Interesse muss konkret bestehen. Die Genfer Chambre

administrative anerkannte den religiösen Frieden als möglichen Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung einer Fronleichnamsprozession, verlangte aber, dass die konkrete Veranstaltung ihn tatsächlich gefährdet; die bloss «neutralité culturelle» des öffentlichen Raums genüge für sich allein nicht **ATA/276/2023**

- Das Interesse muss genügend Gewicht haben. Für ein Plakatmonopol auch auf Privatgrund bestand zwar ein öffentliches Interesse, aber nicht das erforderliche Gewicht, um das Monopol auf private Grundstücke auszudehnen **BGE 128 I 3**.

Fiskalische Interessen

Rein fiskalische Interessen rechtfertigen jedenfalls im Monopolbereich keine Grundrechtseinschränkung: Neue kantonale Monopole dürfen nicht als Fiskalmonopole ausgestaltet sein; ein unbedeutender Reinertrag eines anderweitig gerechtfertigten Monopols schadet aber nicht **BGE 124 I 11**. Das Bundesgericht hat diese Regel unter der geltenden Verfassung bestätigt **BGE 128 I 3**. Ausserhalb von Monopolen behandelt die kantonale Praxis finanzielle Staatsinteressen als legitim, aber leicht. Das Verwaltungsgericht Zürich anerkannte den Schutz der Staatskasse vor dauernder Sozialhilfeabhängigkeit als öffentliches Interesse, liess das «rein pekuniäre» und gegenwärtig geringe Interesse an der Wegweisung aber hinter das Familienleben zurücktreten **VB.2022.00399**.

Wirtschaftspolitische Massnahmen: Abgrenzung zu Art. 94 BV

Bei der Wirtschaftsfreiheit ist zu unterscheiden. Grundsatzkonforme Einschränkungen unterliegen der allgemeinen Schrankenordnung von Art. 36 BV. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, namentlich Massnahmen gegen den Wettbewerb, sind dagegen auch bei Vereinbarkeit mit Art. 36 BV nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch ein zulässiges kantonales Monopol oder Regal begründet sind. Ein Zürcher Einheitstarif für Taxis war deshalb unzulässig, weil er die Taxibetriebe vor Preiskonkurrenz schützte; Höchsttarife zum Kundenschutz wären dagegen zulässig **2C_940/2010**.

Massnahmen, die nicht primär wirtschaftliche Ziele verfolgen, fallen von vornherein nicht unter Art. 94 BV und werden nach Art. 36 BV geprüft; ein Werbeverbot aus umwelt- und sozialpolitischen Gründen ist keine wirtschaftspolitische Massnahme, bloss weil es auch Unternehmen trifft **2C_36/2023**. Bedürfnisklauseln gelten zwar als verdächtig, eine Bewilligungspflicht für medizinische Grossgeräte war aber wegen Kostendämpfung und Gesundheitspolizei zulässig; sie wurde als schwerer Eingriff an Art. 36 BV gemessen **BGE 140 I 218**. Das Verwaltungsgericht Zürich wendete die Unterscheidung innerhalb desselben Erlasses mit unterschiedlichem Ergebnis an: Eine Beschränkung auf fünf Fahrzeuge pro Taxiunternehmen war wettbewerbsverzerrend und verletzte Art. 94 BV, die Kontingentierung der Bewilligungen aus verkehrspolizeilichen und sozialpolitischen Gründen war grundsatzkonform **AN.2014.00003**. In einem neueren Entscheid verneinte es eine Verletzung von Art. 94 BV, sah aber in der Privilegierung von Spitalapotheken gegenüber öffentlichen Apotheken eine nach Art. 36 BV nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Konkurrenten **AN.2023.00001**.

Schutz von Grundrechten Dritter

Abs. 2 nennt den Schutz von Grundrechten Dritter als eigenständigen Rechtfertigungsgrund. Das Bundesgericht rechtfertigte damit die Beisetzung einer Urne am vom Verstorbenen gewünschten Ort gegen den Willen der Angehörigen: Das postmortale Persönlichkeitsrecht der Verstorbenen ging deren Interesse an der Totenfürsorge vor **BGE 129 I 173**. Im Neuenburger Suizidhilfe-fall musste die Heilsarmee als Trägerin eines subventionierten Heims die Suizidhilfe in ihren Räumen dulden; die Selbstbestimmung der Bewohnerinnen und Bewohner überwog, zumal die Institution nicht aktiv mitwirken musste **BGE 142 I 195**. Kantonal rechtfertigte das Verwaltungsgericht Zürich mit dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zugunsten

homosexueller Personen eine Bewilligungsaufgabe, die einen diffamierenden Plakattext auf öffentlichem Grund untersagte **VB.2000.00005**.

Die Grenze liegt dort, wo kein grundrechtlich geschütztes Interesse Dritter besteht. Die Religionsfreiheit gewährt kein Recht, nicht mit religiösen Handlungen anderer konfrontiert zu werden; ein Prozessionsverbot liess sich deshalb nicht mit dem Schutz Dritter begründen **ATA/276/2023**. Ebenso erforderten die Grundrechte von Mitschülern und Eltern kein allgemeines Kopftuchverbot für eine Schülerin **BGE 142 I 49**.

Verhältnismässigkeit (Abs. 3)

Prüfstufen

Eine Einschränkung muss geeignet sein, das Ziel zu erreichen, das Ziel darf nicht durch eine mildere Massnahme erreichbar sein, und zwischen den Wirkungen für die betroffene Person und dem angestrebten Erfolg muss ein vernünftiges Verhältnis bestehen **BGE 149 I 191**. Das Bundesgericht spricht auch von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit im Sinne des Übermassverbots **BGE 149 I 248**.

- Eignung: Die Massnahme muss das Ziel nicht vollständig garantieren; es genügt, dass sie seine Verwirklichung fördert. Eine elektronische Überwachung nach Art. 28c ZGB ist geeignet, wenn sie den Schutz des Opfers durch Abschreckung oder Beweissicherung verstärkt **BGE 149 III 193**. Untauglich war dagegen das Erfordernis eines Geschäftsdomizils im Kanton für Architekten, weil es die verlangten Ortskenntnisse nicht vermittelte und wohl nur ein Briefkasten gewesen wäre **BGE 116 Ia 355**.
- Erforderlichkeit: Hier scheitern die meisten Massnahmen. Ein generelles Verbot von Werbematerial auf öffentlichem Grund ist unverhältnismässig; nötig ist eine Abwägung im Einzelfall, allenfalls mit Auflagen **BGE 126 I 133**. Ein Plakatmonopol auf Privatgrund ging zu weit, weil eine Bewilligungspflicht mit Sachnormen genügte **BGE 128 I 3**. Starre Mindestauern und Automatismen sind problematisch, weil sie keine Anpassung an das im Einzelfall Notwendige erlauben: Das Bundesgericht hob deshalb die einjährige Mindestdauer des Rayonverbots und die automatische Verdoppelung der Meldeaufgabe im Hooligan-Konkordat auf **BGE 140 I 2**.
- Zumutbarkeit: Auch eine geeignete und erforderliche Massnahme kann an der Zumutbarkeit scheitern. Die Freiburger Zertifikatspflicht für den Präsenzunterricht an der Universität war erforderlich, belastete die Studierenden mit Testkosten von mindestens 840 Franken pro Semester ohne jedes Unterstützungssystem aber übermässig **BGE 149 I 191**.

Prognose, Unsicherheit und Rückschau

Bei neu auftretenden Gefahren dürfen Abwehrmassnahmen bei möglicherweise gewichtigen Risiken nicht erst bei wissenschaftlicher Klarheit, sondern schon bei erheblicher Plausibilität getroffen werden. Den fachlich zuständigen und politisch verantwortlichen Behörden steht ein relativ bedeutender Beurteilungsspielraum zu, und eine Massnahme wird nicht schon rechtswidrig, weil sie bei besserer Kenntnis im Rückblick nicht optimal erscheint; das wäre ein unzulässiger Rückschaufehler **BGE 147 I 450**. Massgebend ist der Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Massnahme, und das Mass ist ein «rischio accettabile», nicht ein «rischio zero» **BGE 149 I 105**.

Der Spielraum ist an Pflichten gebunden. Behörden können sich auf den jeweiligen Erkenntnisstand nur berufen, wenn sie ihn aktiv aktualisieren; je länger Freiheitsbeschränkungen dauern, desto höher sind die Anforderungen an die Aktualisierung der Risikobeurteilung **BGE 147 I 393**. Auch potenziell überschneidende Massnahmen können kurzfristig zulässig sein, müssen aber umso häufiger überprüft werden, je gravierender sie sind **BGE 148 I 89**. Eine

förmliche Befristung ist nicht zwingend; eine bis auf Widerruf geltende Testpflicht für ungeimpftes Gesundheitspersonal war nicht wegen ihrer Dauer unverhältnismässig, weil sie regelmässig überprüft und später aufgehoben wurde **BGE 149 I 105**.

Darlegung durch die Behörde

Die Behörde trägt die Last, das öffentliche Interesse und die Erforderlichkeit konkret darzutun. Für die Verweigerung eines Informationsstands musste konkret dargetan werden, dass die Meinungsäusserung andere Rechtsgüter beeinträchtigen würde; vage Befürchtungen genügen nicht. Die Stadt Freiburg konnte nicht glaubhaft machen, dass der Stand schwere Störungen verursacht hätte, und hätte mildere Massnahmen prüfen oder darlegen müssen, weshalb diese nicht möglich waren **1C_9/2012**. Bei der Zwangsmedikation verlangt das Bundesgericht, dass die Selbst- oder Fremdgefährdung nicht nur abstrakt möglich ist, sondern konkret in Betracht fällt und wahrscheinlich erscheint **BGE 130 I 16**. Das Waadtländer Verwaltungsgericht hob einen kommunalen Numerus clausus für Taxis auf, weil die Gemeinde ihn mangels genügender Daten nicht belegt hatte, und wies sie an, eine seriöse, auf objektive Daten gestützte Studie zu erstellen **ge-2004-0081**.

Schweigt die Behörde zum öffentlichen Interesse, folgt daraus nicht automatisch eine Verletzung. Im Tessiner Fall einer Bewilligungsverweigerung für eine ärztliche Zweitpraxis prüfte das Bundesgericht die denkbaren Zwecke selbst und verneinte Eignung und Verhältnismässigkeit **2P.104/2006**.

Kontrastierende Anwendungen in der Pandemie

Die Covid-Rechtsprechung zeigt, wie fein die Abwägung ausfällt:

- Bestätigt wurden das Schwyzer Verbot von Veranstaltungen mit mehr als 10 bzw. 30 Personen **BGE 147 I 450**, die Maskenpflicht in Schulen **BGE 148 I 89**, die Testpflicht für ungeimpftes Gesundheitspersonal **BGE 149 I 105** und die Zertifikatspflicht für Restaurants, die als deutlich mildere Massnahme als eine Schliessung galt **2c-740-2022**.
- Aufgehoben wurden die Berner Begrenzung politischer Kundgebungen auf 15 Personen **148-i-33** und die Freiburger Zertifikatspflicht an der Universität ohne Kostenhilfe **BGE 149 I 191**. Das Verwaltungsgericht Zürich erklärte eine gleichartige Begrenzung auf 15 Teilnehmende für nicht erforderlich, weil eine Bewilligungspflicht mit gesundheitspolizeilichen Auflagen genügte **an-2021-00003**.

Entscheidend war jeweils, ob ein spezifisch geschützter Gehalt betroffen war, etwa die demokratische Funktion von Kundgebungen, und ob die Behörde mildere, einzelfallbezogene Mittel zur Verfügung hatte.

Kerngehalt (Abs. 4)

Absolute Grenze, grundrechtsspezifischer Inhalt

Was zum Kerngehalt gehört, lässt sich nur schwer abstrakt bestimmen **143-i-292**; die Rechtsprechung bestimmt ihn je Grundrecht:

- Lügendetektor, Narkoanalyse und Wahrheitsserum greifen in den seelischen Eigenraum und damit in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit ein. Die akustische Überwachung einer Wohnung erfasst dagegen nur tatsächlich geäußerte Worte und Handlungen und verletzt den Kerngehalt nicht. Das Bundesgericht stützte sich dafür auch auf die Wertung der StPO, die nach Art. 190 BV massgebend ist **143-i-292**.
- Zum Kerngehalt der Religionsfreiheit gehört das Verbot, jemanden zu einer Überzeugung zu zwingen, nicht aber deren äussere Manifestation. Das Kopftuch einer Lehrerin gehört deshalb nicht zum unantastbaren Kern, auch wenn es für sie religiös verpflichtend ist **123-i-296**.

- Die Duldungspflicht für Suizidhilfe in einem Heim der Heilsarmee berührte den Kerngehalt ihrer Glaubensfreiheit nicht **BGE 142 I 195**.

Selbst bei einer Massnahme, die ein Grundrecht praktisch entleert, entschied das Bundesgericht im Berner Kundgebungsfall nicht unter Abs. 4, sondern unter Abs. 3: Die Berner 15-Personen-Grenze leerte die Versammlungsfreiheit für Kundgebungen «praktisch ihres Gehalts», wurde aber als unverhältnismässiger Eingriff nach Art. 22 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV beurteilt **148-i-33**.

Art. 12 BV: Kongruenz von Schutzbereich und Kerngehalt

Beim Recht auf Hilfe in Notlagen fallen Schutzbereich und Kerngehalt zusammen. Die für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen Mittel können deshalb nicht über Grundrechtsschranken gekürzt oder verweigert werden, auch nicht zur Durchsetzung ausländerrechtlicher Mitwirkungspflichten **BGE 131 I 166**. Das Bundesgericht hat dies bestätigt und zugleich die Reichweite begrenzt: Die kantonale Sozialhilfe, die über die Nothilfe hinausgeht, kann eingestellt werden; bestehen bleibt der Minimalansatz nach Art. 12 BV. Die vollständige Verweigerung der Nothilfe wegen Nichtteilnahme an einem unentgeltlichen Beschäftigungsprogramm verletzte Art. 12 BV **142-i-1**.

Die eigentliche Begrenzung erfolgt über die Anspruchsvoraussetzungen, nicht über Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV. Die Subsidiarität greift nur, wenn die Person eine tatsächlich verfügbare Einkommensquelle ablehnt; ein bloss hypothetischer IV-Anspruch genügt nicht. Rechtsmissbrauch setzt voraus, dass die Notlage absichtlich herbeigeführt wurde, um sich auf Art. 12 BV zu berufen; bloss Verdachtsmomente genügen nicht **150-i-6**. Das Verwaltungsgericht Graubünden folgerte daraus, dass Nothilfe nicht an Auflagen und Bedingungen geknüpft werden darf, die das Grundrecht im Ergebnis einschränken; die Bindung von 15 Franken pro Tag an die Teilnahme an einem unentgeltlichen Programm war unzulässig **u-2020-73**. Sanktionen sind nur auf Leistungen oberhalb der existenziellen Bedürfnisse (Nahrung, Kleidung, Unterkunft, medizinische Grundversorgung) zulässig; das Waadtländer Verwaltungsgericht bestätigte so eine befristete Kürzung eines Pauschalbetrags von 53.75 Franken pro Monat **ps-2003-0111**.

Eine Verletzung des Kerngehalts ist schliesslich ein Kriterium für die Nichtigkeit. Eine rechtswidrige Kürzung der Nothilfe macht die Verfügung in der Regel nur anfechtbar; nichtig wäre sie erst, wenn sie das Grundrecht in seinem Kerngehalt trifft, was der Betroffene dartun muss **8c-798-2021**.

Gerichtliche Kontrolle und Verhältnis zu übergeordnetem Recht

Kognition des Bundesgerichts

Die Kognition hängt von der Schwere des Eingriffs ab. Ist die Einschränkung eines Grundrechts schwer, prüft das Bundesgericht frei, ob eine genügende kantonale gesetzliche Grundlage besteht **BGE 151 I 177**. Ist sie nicht schwer, beschränkt es sich darauf, ob die kantonale Instanz die als Grundlage angerufene Norm willkürlich ausgelegt hat **BGE 150 I 106**; so prüfte es bei einer kommunalen Waadtländer Regelung zur Wohnungszuteilung, die nur 15 % der Wohnungen betraf, Grundlage und Gesetzgebungskompetenz nur auf Willkür **BGE 131 I 333**.

Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei. Es übt aber Zurückhaltung, wenn örtliche Verhältnisse zu würdigen oder reine Ermessensfragen zu entscheiden sind; hängt die Beurteilung von umstrittenem Fachwissen ab, nimmt es eine Verletzung der Verhältnismässigkeit nur an, wenn die Untauglichkeit der Massnahme offensichtlich ist **BGE 147 I 393**. Im Pandemiekontext setzte es sein Ermessen nicht an die Stelle des Bundesrates, wo die Grenze zwischen zulässigem und unzulässigem Risiko nach dem jeweiligen Wissensstand von der Exekutive zu ziehen war **2c-740-2022**. Bei verfassungsunmittelbaren

Notverordnungen ist die Zurückhaltung noch grösser; das Bundesgericht schreitet praktisch nur bei Willkür ein **2E_5/2024**. Verordnungen des Bundesrates, die auf einer Gesetzesdelegation beruhen, kann es vorfrageweise auf Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen; räumt die Delegation dem Bundesrat einen weiten Spielraum ein, setzt es aber nicht sein eigenes Ermessen an dessen Stelle **136-i-197**.

Rügepflicht

Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur, soweit eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet ist (Art. 106 Abs. 2 BGG) **4a-232-2023**. Die Folge tritt rügeweise ein: In einem Denkmalschutzfall trat das Bundesgericht auf ungenügend begründete Rügen zu Treu und Glauben, Willkür und rechtlichem Gehör nicht ein, prüfte die hinreichend begründete Rüge der Eigentumsgarantie aber nach Art. 36 BV und beurteilte öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit frei **1c-555-2010**. Bundesrecht wendet das Gericht von Amtes wegen an; ohne Rüge prüft es aber nur geradezu offensichtliche Rechtsmängel. In einem Fall der Beschlagnahme eines Hundes stellte es so fest, dass sich die Massnahme nicht auf das bundesrechtliche Tierschutzrecht stützen liess und ihr als erheblichem Grundrechtseingriff die ausreichende gesetzliche Grundlage fehlte **2c-325-2018**.

Abstrakte und konkrete Normenkontrolle

Bei der abstrakten Normenkontrolle hebt das Bundesgericht eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungs- und konventionskonformen Auslegung entzieht **BGE 140 I 2**. Massgebend sind die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit eines hinreichenden Schutzes bei späterer konkreter Kontrolle, die konkreten Anwendungsumstände und die Rechtssicherheit; dass eine Norm in einzelnen Fällen verfassungswidrig angewendet werden könnte, genügt für die Aufhebung nicht **1c-63-2023**. Die Betroffenen behalten die Möglichkeit, die Verfassungswidrigkeit bei der Anwendung im Einzelfall geltend zu machen **2p-272-2006**.

Diese Zurückhaltung endet bei besonders schweren Eingriffen mit zu unbestimmter Grundlage. Im Luzerner Polizeigesetz hob das Bundesgericht die Normen über die automatisierte Massendatenerhebung und den Informationssystem-Verbund auf, während es andere Bestimmungen konform auslegte **1c-63-2023**. In Basel strich es aus dem Bettelverbot das Wort «Parks» und hielt fest, dass Bussen für passives Betteln erst nach mildereren Massnahmen zulässig sind und bis zum Erlass einer solchen Kaskade nicht ausgesprochen werden dürfen **BGE 149 I 248**. Auch kantonale Verfassungsgerichte folgen dem Massstab; die Genfer Chambre constitutionnelle hob nur die Bestimmung des Laizitätsgesetzes über Parlamentsmitglieder auf, weil sie sich keiner konformen Auslegung zugänglich zeigte **acst-33-2019**. Direkte abstrakte Beschwerden an das Bundesgericht trotz eines kantonalen Verfassungsrechtsmittels lässt das Bundesgericht nur ausnahmsweise zu **2c-546-2018**.

Art. 190 BV und Vorrang der EMRK

Bundesgesetze sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Art. 190 BV ist ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot: Das Gericht kann die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes vorfrageweise feststellen, muss das Gesetz aber anwenden und kann den Gesetzgeber lediglich zur Änderung einladen **136-i-65**. Eine Verletzung von Art. 36 BV durch ein Bundesgesetz bleibt deshalb folgenlos, soweit nicht Konventionsrecht entgegensteht.

Gegenüber Menschenrechtskonventionen gilt die Schubert-Praxis nicht; das Bundesgericht hat die Vorgaben aus der Rechtsprechung des EGMR weiter umzusetzen **139-i-16**. Dieser Vorrang reicht nur so weit wie die Konventionsgarantie. Art. 24 Abs. 2 AHVG verletzt zwar Art. 8 Abs. 3 BV, ist aber anzuwenden; ein Abweichen kam nur in Betracht, wenn Art. 8 EMRK betroffen gewesen wäre, was im Fall erwachsener Kinder verneint wurde **9c-491-2023**. Das Neuenburger

Kantonsgericht verweigerte dagegen einer Bestimmung des AHVG wegen indirekter Diskriminierung nach Art. 8 und 14 EMRK die Anwendung im Einzelfall **cdp-2023-300**.

Parallele Prüfung nach EMRK

Die Schranken von Art. 36 BV und die Eingriffsvoraussetzungen der EMRK werden parallel geprüft. Beim Bettelverbot sind die Voraussetzungen von Art. 36 BV und Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu wahren; die Verhältnismässigkeit nach Abs. 3 entspricht der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft **BGE 149 I 248**. Für Eingriffe in das Privatleben gelten nach Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 BV dieselben Kriterien wie nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK **147-i-268**. Bei aufenthaltsbeendenden Massnahmen verankert das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit allerdings in Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 96 AuG, deren Abwägung es nach denselben Aspekten vornimmt wie der EGMR unter Art. 8 Ziff. 2 EMRK **139-i-31**.

Die parallele Prüfung bedeutet keine unbesehene Übernahme fremder Rechtsprechung. Bei der Vorratsdatenspeicherung hielt das Bundesgericht die Urteile des EuGH für die Schweiz nicht verbindlich und auf das schweizerische System mit richterlich kontrolliertem Zugriff nicht übertragbar; angesichts des Ermessensspielraums nach Art. 8 EMRK erachtete es die Speicherung als verhältnismässig **BGE 144 I 126**.

Typische Fallgruppen

Polizeiliche Überwachung und Datenbearbeitung

Schwere Eingriffe in die Privatsphäre verlangen eine klare und bestimmte Regelung im formellen Gesetz. Die automatisierte Fahrzeugfahndung im Thurgau hatte keine genügende Grundlage, weil für die Verkehrsteilnehmer nicht vorhersehbar war, welche Daten gesammelt, aufbewahrt und mit anderen Datenbanken abgeglichen werden; es fehlte auch eine Pflicht zur sofortigen Löschung bei Nichttreffern **146-i-11**. In Solothurn hob das Bundesgericht den Abgleich mit allen polizeilichen Fahndungsregistern mangels Bestimmtheit auf und verlangte, dass die Fahndung erst nach Inkrafttreten ergänzender Schutz- und Kontrollvorkehrungen angeordnet wird; die relative Unbestimmtheit des Einsatzorts beanstandete es dagegen nicht. Von verdeckter Fahndung Betroffene sind ausnahmslos nachträglich zu benachrichtigen **149-i-218**. Das Aargauer Verwaltungsgericht übernahm diese Rechtsprechung und hob die noch weniger eingegrenzte Aargauer Norm sowie eine Bestimmung über den Aufschieb der Mitteilung auf **wno-2023-1**.

Verfahrensgarantien sind bei verdeckter Überwachung Teil der Verhältnismässigkeit. Die Zürcher Norm über die Überwachung geschlossener Internet-Kommunikationsplattformen fiel, weil sie weder eine richterliche Genehmigung noch nachträglichen Rechtsschutz vorsah; die blosse Beobachtung öffentlich zugänglicher Internetbereiche bedarf dagegen keiner präzisierenden Regelung **BGE 140 I 353**. Die Berner GPS-Überwachung musste mindestens die Garantien der StPO vorsehen, also vorgängige richterliche Genehmigung, Beschränkung auf schwere Straftaten und richterliche Zustimmung zum Aufschieb der Mitteilung **1C_181/2019**. Dass keine absolute Undurchdringlichkeit verlangt ist, zeigen die Fälle mit gegenteiligem Ausgang: Die Vorratsspeicherung von Randdaten ist hinreichend bestimmt, weil für jeden Benutzer ersichtlich ist, dass seine Randdaten sechs Monate gespeichert werden **BGE 144 I 126**. Das Basler Archivgesetz bildet eine hinreichend klare Grundlage für die Archivierung medizinischer und jugendrechtlicher Akten, weil Schutzfristen, Zugangsbeschränkungen und Auskunftsrechte die Betroffenen hinreichend vor Willkür schützen **148-i-233**.

Strafprozessuale Zwangsmassnahmen

Art. 197 Abs. 1 StPO präzisiert die Anforderungen von Art. 36 BV für Zwangsmassnahmen. Das Zuger Obergericht hob gestützt darauf eine DNA-Profilierung bei einem in flagranti ertappten Hehler auf,

weil sie weder erforderlich noch tauglich war, und ordnete die Vernichtung der Probe an **bs-2024-22**. Ein Verstoss gegen Art. 36 BV hat aber nicht automatisch prozessuale Folgen. Private Observationen durch Privatdetektive verletzen mangels gesetzlicher Grundlage Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 BV; die Ergebnisse waren aber nicht absolut unverwertbar, und die Würdigung blieb dem Sachgericht überlassen **143-iv-387**. Die Zwangsmedikation ist ein schwerer Eingriff, der die Menschenwürde zentral betrifft, eine klare formellgesetzliche Grundlage und eine umfassende Interessenabwägung verlangt **BGE 130 I 16**.

Hooligan-Massnahmen

Das Hooligan-Konkordat ist spezifisches, präventives Polizeirecht ohne pönalen Charakter. Es konkretisiert die polizeiliche Generalklausel und bildet eine hinreichende Grundlage für Rayonverbote; der Polizeigewahrsam ist nur nach einem missachteten Rayonverbot zulässig **BGE 137 I 31**. Im revidierten Konkordat scheiterten Mindestdauer und Automatismus an der Erforderlichkeit (oben Prüfstufen); die Regeln über Durchsuchungen bestätigte das Bundesgericht dagegen, wobei Durchsuchungen unter den Kleidern und im Intimbereich konkrete Verdachtsmomente voraussetzen **BGE 140 I 2**. Kantonal begrenzen die Gerichte die Massnahmen auf zwei Wegen: Das Tessiner Verwaltungsgericht verneinte eine Grundlage für die Ausdehnung des Rayonverbots auf Fan-Extrazüge, weil ein fahrendes Verkehrsmittel kein genau umschriebenes Gebiet ist **52-2020-295**; das Freiburger Kantonsgericht reduzierte ein zweijähriges Rayonverbot nach einem Fusstritt und einer Drohung auf ein Jahr und auf die Spiele des betroffenen Clubs **601-2022-20**.

Religiöse Zeichen und Bekleidung

Die Rechtsprechung differenziert nach der Rolle der betroffenen Person:

- Schülerinnen unterliegen keiner Neutralitätspflicht. Im Thurgau fehlte für ein Kopftuchverbot bereits die gesetzliche Grundlage **BGE 139 I 280**; in BGE 142 I 49 lag sie vor, das Verbot war aber unverhältnismässig, weil weder die Neutralität noch die Grundrechte von Mitschülern und Eltern ein allgemeines Kopfbedeckungsverbot erforderten **BGE 142 I 49**. Das Verwaltungsgericht St. Gallen hatte ein ausnahmsloses Kopfbedeckungsverbot in einer dem Referendum unterstellten Schulordnung ebenfalls als unverhältnismässig beurteilt, weil keine konkreten Störungen bestanden **b2014-51**.
- Lehrpersonen und Staatsangestellte dürfen zur konfessionellen Neutralität verpflichtet werden. Das Kopftuchverbot für eine Genfer Primarlehrerin war zulässig **123-i-296**. Das Genfer Laizitätsgesetz durfte Regierungsmitgliedern, Richtern und Staatsangestellten mit Publikumskontakt sichtbare religiöse Zeichen untersagen **148-i-160**. Das Verbot für Basler Gerichtspersonal galt nur in Verhandlungen und bei der Urteileröffnung, war deshalb kein schwerer Eingriff und konnte auf delegiertes Recht gestützt werden **2c-546-2018**.
- Parlamentsmitglieder vertreten nicht den Staat, sondern die Gesellschaft; die Genfer Chambre constitutionnelle hob das Verbot für sie als weder geeignet noch erforderlich auf **acst-33-2019**.
- Verhüllungsverbote verfolgen öffentliche Ordnung und Sicherheit. Das Tessiner Verbot war nur mit nicht abschliessenden Ausnahmen verfassungskonform, insbesondere für politische Kundgebungen, soweit Ordnung und Sicherheit nicht gefährdet sind **144-i-281**.

Kundgebungen und gesteigerter Gemeindegebrauch

Aus der Meinungs- und Versammlungsfreiheit folgt ein bedingter Anspruch, öffentlichen Grund für Kundgebungen mit Appellwirkung zu benützen; eine Bewilligungspflicht ist zulässig, ein absoluter Anspruch besteht nicht. Ein Verbot hielt in Brunnen am 1. August 2006 stand, weil die Gefahr gewaltsamer Zusammenstösse mit Rechtsextremen

wahrscheinlich, konkret und ernsthaft war und auch durch massiven Polizeieinsatz nicht beherrscht werden konnte **132-i-256**. Die Behörde entscheidet aber nicht nach freiem Belieben; Auflagen und Bedingungen sind das Mittel, um der Verhältnismässigkeit zu genügen **127-i-164**.

Totalverbote ohne Prüfung milderer Mittel halten regelmässig nicht stand. Die vollständige Verlegung einer Kundgebungsroute weg von der Kantonsstrasse war unverhältnismässig, weil die abschnittsweise Benützung eines Fahrstreifens das mildere Mittel gewesen wäre **151-i-257**. Die schlichte Verweigerung einer Kundgebung auf der Autobahn N01 gab dem Autoverkehr einen unbedingten Vorrang; die Behörden hätten eine kürzere Sperrung, eine offene Spur oder einen Sonntag prüfen müssen **1c-122-2025**. Kantonale Gerichte bestätigten demgegenüber eine Verweigerung in der Pandemie, weil eine Maskenpflicht an einer grossen Kundgebung nicht durchsetzbar gewesen wäre **og-v-21-21**, sowie die Beschränkung auf eine Delegation von 20 Personen für 20 Minuten vor der US-Mission in Genf **ata-400-2026**.

Beim gesteigerten Gemeingebrauch ist eine Beeinträchtigung bei ideellen Grundrechten eher hinzunehmen als bei kommerziellen Zwecken **BGE 126 I 133**. Auflagen müssen verhältnismässig sein: Eine Bewilligung «à titre d'essai» mit sofortigem Widerruf bei Beschwerden von Passanten und ein Verbot, den Perimeter zu verlassen, verletzen die Versammlungs- und Meinungsfreiheit **1c-451-2018**; die spätere Berichtigung betraf nur die Kostenverlegung **1g-4-2019**. Ein Grundsatzverbot kultischer Anlässe auf öffentlichem Grund ist auch mit Ausnahmen unverhältnismässig, weil solche Anlässe die Laizität nicht gefährden **148-i-160**. Die Genfer Praxis zeigt die Abgrenzung: Ein pauschales Verbot religiöser Informationsstände war nicht geeignet, die Laizität zu schützen, und knapper Raum ist durch Verteilung von Daten und Plätzen zu bewirtschaften **jtapi-365-2015**; die Verweigerung einer Freiluftmesse war dagegen verhältnismässig, weil ein geeigneter Ersatzort angeboten wurde **ata-288-2004**. Dieser ältere Entscheid ist im Licht von BGE 148 I 160 nur als Einzelfallentscheid tragfähig.

Bettelverbote

Betteln fällt in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit. Das Bundesgericht bestätigte 2008 ein Genfer Totalverbot und hielt mildere Varianten für unwirksam **6c-1-2008**. Nach dem Urteil Lacatus des EGMR verfolgt es einen differenzierten Ansatz und hielt das Basler Teilverbot nur mit den oben bei der Normenkontrolle dargestellten Korrekturen für zulässig **BGE 149 I 248**. Das Waadtländer Verfassungsgericht bestätigte ein auf bestimmte Orte begrenztes Verbot, bei dem eine Busse erst nach polizeilicher Verwarnung und Aufforderung zum Verlassen der Zone ausgesprochen wird **ccst-2024-0007**. Es anerkannte dabei auch das Unsicherheitsgefühl und die Befürchtungen von Geschäftsleuten als öffentliche Interessen **ccst-2024-0007**. Diese Gewichtung bewegt sich nahe an der Grenze, die BGE 149 I 248 mit dem Ausschluss des Schutzes vor unangenehmer Konfrontation zieht, und bedarf bei der Anwendung einer genauen Abgrenzung.