

## §1 Funktionen und Entwicklung der Grundrechte

### §1 Entwicklung der Grundrechte (S. 2-9)

Es gab bereits im Mittelalter wurden individuelle Rechte gewährleistet. Die Anerkennung von Grundrechten geht aber auf den bürgerlichen Verfassungsstaat der Moderne zurück (Franz. Revolution).

Die erste gesamthafte und verfassungskräftige Normierung von Grundrechten geschah 1776 durch die Virginia Bill of Rights. Der Gedanke, dass jeder Mensch angeborene und unveräußerliche Rechte besitzt, die vorstaatliche Geltung beanspruchen und deshalb auch für die rechtsetzenden Organe verbindlich sind, war zentral.

→ Schutz des Angeklagten im Strafprozess, Pressefreiheit, Religionsfreiheit  
Allerdings galten diese Rechte nur für „gleichberechtigte Bürger“, also nur für weisse Männer.

Auch die Franzosen anerkannten die angeborenen Rechte und Freiheiten der Menschen und machten mit den Grundsätzen von Freiheit und Gleichheit einen Gegenentwurf zur absolutistischen Staats- und Gesellschaftsordnung. Die in der Menschenrechtserklärung aufgenommenen Rechte sollen universell gelten.

Die europäischen Nationalstaaten sahen die Menschenrechte als Bürgerrechte → sie galten nur für Staatsangehörige. Gesetzliche Privilegien des Adels sowie die Diskriminierung der Frauen und religiöser Minderheiten blieben indes erhalten.

In der Schweiz beginnt die Geschichte der Grundrechte mit der von Frankreich aufgezwungenen helvetischen Verfassung von 1798. Die erste (1848) und die zweite (1874) BV enthielten nur punktuelle Grundrechtsgarantien → Jene Rechte, die von den Kantonen ungenügend gewährleistet waren (Pressefreiheit); politisch umstrittene Rechte (Niederlassungsfreiheit); Rechte mit gesamtstaatlicher Bedeutung (Religionsfreiheit). Daneben gab es kantonale Grundrechtsgarantien und eine reiche Rechtsprechung des BGer, das aus dem Katalog viele andere Grundrechte ableitete.

Im 19. JH wurden die Grundrechte als verfassungsrechtliche Garantien zugunsten von Staatsbürgern verstanden. Weil sich schwere Verletzungen individueller Rechte auf die Staatsbeziehungen auswirken könnten, kam die Idee von internationalem Menschenrecht auf. Nach dem 1. WK etablierte sich der völkerrechtliche Minderheitenschutz. Friedensverträge und Vereinbarungen wurden getroffen. Geschützt wurde aber nur das Kollektiv, nicht der Einzelne. Wer nicht ausdrücklich einer geschützten Minderheit angehörte, blieb ohne Schutz.

Durch den 2. WK wurde deutlich, dass die Achtung elementarer Rechtspositionen des Einzelnen Voraussetzung für ein friedliches Zusammenleben zwischen den Völkern ist. Heute gilt die Verpflichtung jedes Staats zur Beachtung der Menschenrechte. Hauptpfeiler des modernen Menschenrechtsgedankens bildet die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (Einigung zw. den Staaten über die zentralen Garantien).

Der Bestand der Grundrechte muss für eine kontinuierliche Differenzierung und Weiterentwicklung offen bleiben.

Grundrechte sichern dem Einzelnen ein Mindestmass an individuellen Entfaltungsmöglichkeiten und sozialem Austausch, schützen ihn vor Ungleichbehandlung und Herabsetzung, garantieren eine menschenwürdige Existenz usw.

Als Individualrechte können sie natürliche oder auch juristische Personen berechtigen.

→ Grundrechte sind von der Verfassung garantierte Rechtsansprüche Privater gegen den Staat, die dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person und ihrer Würde dienen.

### §3 Grundbegriffe der Grundrechtslehre

- Menschenrechte: Grundrechte, die allen natürlichen Personen unbesehen ihrer Nationalität zustehen.
- Bürgerrechte: auf Staatsbürger des entsprechenden Gemeinwesens beschränkt

Die Grundrechte der BV sind eigentlich Menschenrechte. Es gibt jedoch auch Ausnahmen (z.B. Niederlassungsfreiheit gilt nur für Schweizer).

Die Grundrechte lassen sich nach dem hauptsächlichen Schutzzweck in Freiheits-, Gleichheits-, Verfahrens-, Sozial- und politische Rechte einteilen. Einige besondere Garantien (Treu & Glauben, Willkürverbot, Menschenwürde) können so jedoch nicht eingeordnet werden.

#### FREIHEITSRECHTE:

- z.B. Versammlungsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit, Glaubensfreiheit...
- betonen den Integritätsanspruch des Individuums in sachlich benennbaren Lebensbereichen
- Abwehrrechte (die vermittelte Freiheitssphäre ist vom Staat zu achten, er darf sie nur unter bestimmten Voraussetzungen einschränken)
- Heute jedoch auch z.T. Leistungsansprüche und Schutzansprüche abgeleitet, die den Staat zu positivem Tun verpflichten.

#### GLEICHHEITSRECHTE:

- z.B. Rechtsgleichheit, Diskriminierungsverbote...
- gewähren dem Individuum in sämtlichen Bereichen staatlichen Handelns ein Mindestmass an fairer und gleicher Behandlung.
- Verpflichten den Staat zur richtigen Differenzierung bei der Behandlung von Gewaltunterworfenen.

#### SOZIALRECHTE:

- Garantie der Nothilfe, Anspruch auf Grundschulunterricht, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
- Vermitteln dem Individuum einen Anspruch auf positive staatliche Leistungen

#### POLITISCHE RECHTE:

- Gewährleisten einen Anspruch auf Teilhabe am politischen Prozess, Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung
- Z.B. freie politische Willensbildung, unverfälschte Stimmabgabe...

#### VERFAHRENSRECHTE:

- Mittel zum Schutz anderer Rechte
- Anspruch auf rechtliches Gehör, Garantie eines unabhängigen Richters...

### §4 Dimensionen der Grundrechte

Grundrechte sind subjektive Rechtsansprüche. Sie sind unmittelbar geltend und gerichtlich durchsetzbar. Sie können Abwehr- oder Schutzansprüche enthalten.

#### Abwehransprüche:

Grundrechte vermitteln dem Einzelnen durchsetzbare Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen. Abwehransprüche werden durch Untätigkeit des Staates erfüllt.

#### Leistungsansprüche:

Grundrechte als Leistungsrechte begründen individuelle Ansprüche auf positives Tun des Staates

#### Schutzansprüche:

Sind auf die Vermeidung von Übergriffen durch Private gerichtet. Die grundrechtlichen Schutzpflichten richten sich in erster Linie an den Gesetzgeber. Dieser muss Gesetze erlassen, die Übergriffe von Privaten verhindern oder es zulassen, dass diese sanktioniert werden. Wo ein Staat trotz Kenntnis der Gefahr und vorhandener Möglichkeit zu ihrer Abwendung nicht eingreift, liegt eine Verletzung der Schutzpflicht vor. Manchmal ist es notwendig, zum Schutz der von Privaten bedrohten Personen in die Grundrechte des Täters einzugreifen.

Grundrechte binden alle Träger staatlicher Aufgaben und sind folglich auch bei jeder staatlichen Tätigkeit zu berücksichtigen. Sie vermitteln nicht nur subjektiv-rechtliche Ansprüche der Individuen, sondern wirken auch als objektiven, des Staat bindendes Recht.

- direkte Bindung von Gesetzgeber und Rechtsanwender an die Grundrechte: Der subjektive Anspruch der Grundrechtsträger wird für staatliche Organe objektiv zur Pflicht.
- Der Gesetzgeber muss für eine grundrechtsfreundliche Rechtsordnung auch da sorgen, wo er nicht direkt durch subjektive Ansprüche der Grundrechtsträger verpflichtet ist. Erlasse sind möglichst freiheitlich und rechtsgleich zu gestalten.
- Gebot der grundrechtskonformen Auslegung von Rechtsnormen durch den Rechtsanwender.

Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.

- staatliche Aufgabe: wenn der Staat dafür zu sorgen hat, dass die Aufgabe auch wirklich ausgeführt wird.
- Grundrechtsbindung des Gemeinwesens:
  - o Der Staat handelt als Staat: ist immer dann den Grundrechten verpflichtet, wenn er hoheitlich handelt

- Der Staat erfüllt öffentliche Aufgaben in den Formen des Privatrechts. Auch dann ist er den Grundrechten verpflichtet. „Staat bleibt Staat, auch wenn er sich privatrechtliche Kleider überzieht.“
- Der Staat handelt als Privater: hier besteht keine Grundrechtsbindung.
- Grundrechtsbindung des Volkes: Auch das Volk ist an die Grundrechte gebunden (Urnenentscheide über Rechtssätze, die nicht grundrechtswidrig sein dürfen). Auch bei individuell-konkreten Hoheitsakten (Einbürgerungen) muss sich das Volk an die Grundrechte halten.
- Grundrechtsbindung Privater bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben? Der Staat kann sich der Grundrechtsbindung nicht entziehen, indem er Aufgaben an Private abgibt. Eine Staatsaufgabe bleibt eine solche, auch wenn sie nicht vom Staat erledigt wird. Deshalb sind Private in der Ausführung staatlicher Aufgaben ebenso an die Grundrechte gebunden. Wo Private aber rein als Private handeln, gilt die Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV nicht.

Grundrechte binden nur die Träger staatlicher Macht und Aufgaben, nicht aber Private im Verhältnis unter sich. Problem: Menschen mit sozial schwacher Stellung können auch durch soziale und gesellschaftliche Macht gefährdet werden. Dazu gibt es die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte (d.h. ihre Geltung im Horizontalverhältnis zwischen Privaten), die jedoch umstritten ist. Nach der neuen BV sollen die Grundrechte „soweit sie sich dafür eignen, auch unter Privaten wirksam sein.“ (Art. 35 Abs. 3 BV)

## § 2 Die Rechtsquellen der Grundrechte

### 1. Bundesverfassung

Die BV von 1999 enthält einen Katalog von Grundrechten, der unmittelbar an den ersten Teil der Verfassung anschliesst, um die Bedeutung der Grundrechte für die Legitimation des Staates und für das Verhältnis von Staat und Individuen zu betonen.

### 2. Kantonsverfassungen

Die in jüngerer Zeit revidierten KV enthalten ausführliche Grundrechtskataloge, die sich an die BV anlehnen. In den älteren KV sind Grundrechte jedoch nur punktuell garantiert. Kantonale Grundrechte gelten nur innerhalb der betreffenden Kantone. Selbständige Bedeutung kommt den kantonalen Grundrechten nur da zu, wo sie einen über die bundesverfassungsrechtliche Gewährleistung hinaus gehenden Schutz gewähren (wegen dem Vorrang des Bundesrechts).

### 3. Internationale Menschenrechtsgarantien

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die EMRK enthält einen Katalog von menschenrechtlichen Mindeststandards; sie stehen gemäss Art. 1 EMRK ungeachtet ihrer Nationalität allen Menschen zu, die der Hoheitsgewalt eines der Vertragsstaaten unterstehen.

Die EMRK wird durch eine Vielzahl von Zusatzprotokollen ergänzt (wobei die CH nicht alle davon ratifiziert hat). Die Bestimmungen der EMRK sind in der CH unmittelbar anwendbar. Die Schweiz ist verpflichtet, ihre Bürger in den Genuss der garantierten Rechte kommen zu lassen. Der Einzelne kann sich in der CH direkt auf diese Normen berufen.

Die UNO-Menschenrechtspakte

Die beiden folgenden Pakte sind die ersten universellen Instrumente, welche die Menschenrechte von unverbindlichen Deklarationen zu rechtlichen Vorschriften gehoben haben.

- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Uno-Pakt I)
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)

Internationale Verträge zu besonderen Menschenrechtsfragen

Es gibt zahlreiche internationale Verträge, welche einzelne Menschenrechte oder aber die Menschenrechte bestimmter Gruppen zum Gegenstand haben (z.B. Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989...).

Punktuell werden die Grundrechte auch im Rahmen der Europäischen Union gewährleistet. Von Bedeutung sind vor allem die 4 Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft (Warenverkehrsfreiheit, freier Personenverkehr, freier Dienstleistungsverkehr, freier Kapitalverkehr). Die Schweiz hat bei dem freien Warenverkehr alle Grundfreiheiten übernommen. Die Staatsangehörigen aus Mitgliedstaaten der EG dürfen im Bereich dieser Grundrechte nicht schlechter gestellt werden als Schweizer. Es gibt also eine neue Kategorie zwischen den Grundrechten, die allen Menschen zustehen und denen, die nur Schweizern zustehen: Die Grundrechte, die Schweizern und Angehörigen von EG-Staaten zustehen, nicht aber anderen Ausländern.

#### 4. Verhältnis der Grundrechte der BV zu den staatsvertraglichen Garantien

In der CH bilden Völkerrecht und Landesrecht prinzipiell eine einheitliche Rechtsordnung (Monismus): VR gilt in der CH ab Inkrafttreten automatisch auch innerstaatlich (ohne vorherige Umsetzung durch den Gesetzgeber). Um direkt anwendbar zu sein, muss eine Norm aber auch self-executing sein. Dies trifft zu, wenn eine Norm kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt:

- Die Norm bezieht sich auf die Rechtstellung Privater, d.h. sie bezieht sich auf ihre Rechte und Pflichten
- Die Norm ist justizierbar, d.h. inhaltlich hinreichend klar und bestimmt, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids zu bilden
- Die Norm richtet sich nicht an den Gesetzgeber, sondern an die rechtsanwendenden Behörden.

Nicht direkt anwendbar (non-self-executing) sind Bestimmungen, die keine Bedeutung für die Rechtstellung des Einzelnen erlangen.

Die justizierbaren Garantien der EMRK, der UNO-Menschenrechtspakte und der speziellen menschenrechtlichen Verträge sind in der CH grundsätzlich unmittelbar anwendbar und vermitteln folglich die gleiche Schutzwirkung wie die Grundrechte der BV.

Die internationalen Gewährleistungen stellen nur Minimalgarantien dar und können nicht beanspruchen, den entsprechenden Grundrechtsgehalt des nationalen Verfassungsrechts abschliessend wiederzugeben. Damit sich die Gehalte der einzelnen Konventionsrechte in der Rechtswirklichkeit aller Signatarstaaten durchsetzen kann, darf die Konvention einzig die

gemeinsamen Grundauffassungen benennen und die wirklich grundlegendsten Freiheiten und Rechte schützen.

Einzelne Garantien des Staatsvertragsrechts gewähren punktuell einen weitergehenden Schutz als die BV. Jedoch wurde die BV soweit angepasst, dass sie möglichst mit den menschenrechtlichen Verpflichtungen der CH übereinstimmt.

Bundesgesetze sind für alle rechtsanwendenden Behörden massgebend (d.h. dass die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen zwar überprüft werden darf, eine als verfassungswidrig erkannte Norm aber trotzdem angewendet werden muss). Einem völkerrechtswidrigen Bundesgesetz darf jedoch die Anwendung versagt werden.

Verfassungsrevisionen und Volksinitiativen dürfen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen. Bestimmungen des VR sind zumeist in Verträgen verankert; zwingenden Charakter besitzen diese Normen aber nur, wenn sie darüber hinaus gewohnheitsrechtlich als Regeln gelten, von denen keinesfalls abgewichen werden darf. Zum zwingenden VR (völkerrechtliches *ius cogens*) gehören zentrale Menschenrechte wie das Folterverbot, das Verbot der Sklaverei oder des Völkermords. Verfassungsinitiativen, welche mit für die CH verbindlichen Menschenrechtsgarantien ohne zwingenden Charakter unvereinbar sind, werden zur Abstimmung gebracht. Die neue Verfassungsbestimmung kann aber nicht Anwendung finden, wenn sie menschenrechtswidrig ist.

## § 5 Träger der Grundrechte

### 1. Einleitung

Die Grundrechtsträgerschaft muss für jedes Grundrecht gesondert ermittelt werden. Der Text der BV verwendet verschiedene Bezeichnungen, um die Grundrechtsberechtigten zu bezeichnen → keine verlässliche Quelle.

### 2. Natürliche Personen

Natürliche Personen können Träger aller Grundrechte sein. Eine Ausnahme zur Regel der Grundrechtsträgerschaft aller natürlichen Personen bildet die Umschreibung gewisser Grundrechte als Bürgerrechte; sie stehen nur Schweizerischen natürlichen Personen zu.

Die Frage nach dem Beginn der Grundrechtsträgerschaft ist nicht abschliessend geklärt. In der CH beginnt die Rechtspersönlichkeit des Menschen zwar erst mit vollendeter Geburt, doch es bestehen Bestrebungen das Leben schon vor der Geburt zu schützen. So sollen auch die Grundrechte schon vor der Geburt wirksam sein. Es besteht jedoch keine eindeutige Antwort, wann das Leben eines Menschen beginnt. Auf internationaler Ebene ist diese Frage noch heikler, weil kein Konsens über die Definition des Beginns des Lebens herrscht.

Unmündige und Entmündigte sind Träger aller Grundrechte. Von der Grundrechtsträgerschaft ist die Grundrechtsmündigkeit zu unterscheiden. Grundrechtsmündigkeit bedeutet die prozessuale Handlungsfähigkeit bei Grundrechtsverletzungen und damit das Recht, selbständig, d.h. auch ohne gesetzlichen Vertreter, geltend zu machen. Kinder und Jugendliche können ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben.

Das BGer verfolgt die Theorie des Andenkenschutzes: Nicht die Toten selber, sondern nahe Angehörige verfügen als Teilgehalt der persönlichen Freiheit über ein eigenes Persönlichkeitsrecht, das zumindest in einem gewissen Umfang auch die Wahrung des Ansehens des Toten umfassen kann. Zudem bejaht das BGer sinngemäss eine Grundrechtskontinuität im Sinn einer Nachwirkung. Als relevanter Todeszeitpunkt gilt der Hirntod.

Grundrechte sind prinzipiell Menschenrechte und stehen deshalb auch ausländischen Personen zu. Einzelne Grundrechte sind jedoch explizit als Bürgerrechte statuiert, Ausländer sind von diesem Schutzbereich ausgenommen. Die Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der EG nehmen eine Sonderstellung ein. Im Rahmen der Grundrechte der bilateralen Verträge dürfen sie nicht schlechter gestellt werden als Schweizer.

### 3. Juristische Personen

Juristische Personen des Privatrechts können Träger von Grundrechten sein, soweit die fragliche Garantie nicht an natürliche Qualitäten des Menschen anknüpft und von ihrer Funktion her auch auf juristische Personen passt.

Körperschaften und juristische Personen des öffentlichen Rechts (Gemeinden, Kantone....) können sich nicht auf Grundrechte berufen. Das Gemeinwesen und juristische Personen des öffentlichen Rechts sind grundrechtsverpflichtet, aber nicht grundrechtsberechtigt. In seltenen Fällen gibt es hier Ausnahmen.

### 4. Grundrechtsverzicht

Grundrechte sind Ansprüche, die dem Individuum aufgrund seiner Persönlichkeit wegen zukommen. Grundrechtsverzicht im Sinn der vollständigen Aufgabe der Grundrechtsansprüche ist also nicht möglich. Man kann aber Grundrechte einfach nicht wahrnehmen (also nicht heiraten, nicht an einer Demo teilnehmen...), auf die Geltendmachung seiner Grundrechte verzichten (z.B. sich nicht gegen staatliche Eingriffe wehren...) oder einem an sich unzulässigen Eingriff zustimmen (z.B. Beschlagnahmung des Eigentums trotz fehlendem öffentlichem Interesse gestatten...). Die Verzichtbarkeit hängt von der Natur der Grundrechte ab.

## § 6 Sachlicher Schutzbereich

### 1. Begriff und Ermittlung

Der sachliche Schutzbereich definiert zum einen die grundrechtlich geschützte Sphäre, d.h. jenen Lebensbereich, der durch das Grundrecht geschützt wird. Zum anderen definiert der Schutzbereich die grundrechtlich vermittelten Ansprüche. Je nach Zielrichtung wird ein Anspruch auf Abwehr, Leistung oder Schutz begründet.

Ermittelt wird der sachliche Schutzbereich aus dem Wortlaut der jeweiligen Garantie. Meist steht in der BV nur ein Stichwort, das dann konkretisiert werden muss. Der Vorgang der Grundrechtskonkretisierung macht deutlich, dass der Schutzbereich eines Grundrechts nicht starr ist und auch nicht ein für alle Mal verbindlich feststeht, sondern tendenziell offen ist und auch weiterentwickelt werden kann.

## 2. Kerngehalt

Der Kerngehalt umschreibt jenen Gehalt des sachlichen Schutzbereiches eines Grundrechts, der absoluten Schutz vor Verletzung vermittelt und deshalb unter keinen Umständen eingeschränkt werden darf. Auf den Schutz der Kerngehalte sind alle staatlichen Behörden verpflichtet, damit sind dem Gesetzgeber auch Schranken gezogen, die in keinem Fall überschritten werden dürfen. Es gibt nicht, was den Eingriff in den Kerngehalt eines Grundrechts legitimieren könnte.

Bei jedem Grundrecht ist der Kerngehalt gesondert zu ermitteln, wobei verschiedenste Gesichtspunkte massgebend sind. Als bundesverfassungsrechtliche Kerngehalte anerkannt sind das Verbot der Todesstrafe, und das Verbot von Folter und jeder anderen Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung.

Das Völkerrecht hat mit den notstandfesten Vertragsgarantien und dem so genannten *ius cogens* Rechtsinstitute entwickelt, die für die Konkretisierung von Kerngehalten unmittelbar herangezogen werden können.

In verschiedenen Menschenrechtsverträgen werden einzelne Garantien als notstandsfest bezeichnet, sie dürfen also auch in Krisen nicht ausser Kraft gesetzt werden.

## § 7 Grundrechtskonkurrenz

### 1. Begriff

Als Grundrechtskonkurrenz bezeichnet man Situationen, in denen ein Hoheitsakt die Schutzbereiche mehrerer Grundrechte einer Person gleichzeitig betreffen können.

### 2. Arten von Grundrechtskonkurrenzen

#### Idealkonkurrenz (unechte Grundrechtskonkurrenz)

Keine bzw. eine unechte Grundrechtskonkurrenz liegt vor, wenn der gleiche Hoheitsakt gleichzeitig mehrere verfassungsmässige Rechte tangiert, deren Schutzbereiche sich nicht berühren. Es sind die Aspekte individuell-konkreter Betroffenheit, die „konkurrieren“, nicht die Grundrechte selbst, weil sich deren Schutzbereiche nicht generell-abstrakt überschneiden, sondern erst durch diesen Einzelfall in Verbindung gebracht werden. Alle betroffenen Grundrechte sind parallel anwendbar. Der umstrittene Hoheitsakt wird aufgehoben, sobald eines der aufgerufenen Grundrechte durch ihn verletzt wird.

### Echte Grundrechtskonkurrenz

Es gibt auch Grundrechte, deren Schutzbereiche sich überschneiden (z.B. die Medienfreiheit und die allgemeine Meinungsfreiheit). In diesem Fall konkurrieren die Grundrechte. Der Schutz des allgemeinen Grundrechts (hier der Meinungsfreiheit) tritt subsidiär zur spezielleren Garantie (hier Medienfreiheit) hinzu. Das allgemeine Grundrecht muss darum nur geprüft werden, wenn eine Beeinträchtigung nicht schon vollständig im Schutzbereich des speziellen Grundrechts liegt.

## **§ 8 Durchsetzung der Grundrechte und Rechtsfolgen einer Grundrechtsverletzung**

### I. ÜBERBLICK

Zur umfassenden Geltung der Grundrechte gehört auch ihr verfahrensrechtlicher Schutz. Durch die Verfassungsgerichtsbarkeit wird die Einhaltung der BV, und damit auch der Grundrechte sichergestellt. Zur Grundrechtspflege sind grundsätzlich alle Justizbehörden verpflichtet.

### II. ORGANE DER DURCHSETZUNG

#### 1. System der Grundrechtspflege in der CH

Alle staatlichen Behörden sind zur Beachtung und zum Schutz der Grundrechte verpflichtet. Eine Verletzung der Grundrechte kann prinzipiell mit jedem Rechtsmittel in Bund und Kantonen gerügt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Ansprüche aus der BV, aus kantonalen Verfassungen, der EMRK oder anderen Quellen ergeben, solange die gerügten Ansprüche justiziabel sind, kann ihre Verletzung vor allen Justizbehörden geltend gemacht werden. Diese müssen dann im Rahmen ihrer Verpflichtungen eine Verletzung prüfen.

- a) Bund: Die Grundrechtspflege obliegt hauptsächlich dem BGer. Dazu wird es in der Verfassung explizit verpflichtet. Bundesgesetze sind für das BGer jedoch massgebend, auch wenn sie grundrechtswidrig wären.
- b) Kantone: Auch die kantonalen Rechtspflegeorgane sind durch die BV zur Grundrechtspflege verpflichtet. Sie müssen kantonale Hoheitsakte auf ihre Übereinstimmung mit der KV, der BV und den internationalen Grundrechtsgarantien prüfen. Weist die oberste Justizbehörde des Kantons eine Rüge wegen Grundrechtsverletzung abgewiesen, bleibt den Betroffenen als letzte Instanz noch das BGer.

#### 2. Grundrechtspflege im Rahmen des Europarates

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Stellt die Einhaltung der EMRK in den einzelnen Vertragsstaaten sicher und kann sowohl von Mitgliedstaaten wie auch durch Einzelpersonen angerufen werden. Die Gutheissung einer Beschwerde durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte führt zu einer Feststellung, dass ein staatlicher Hoheitsakt die EMRK verletzt. Das Urteil des Gerichtshofes hat hingegen keine Gestaltungswirkung, der angefochtene innerstaatliche Entscheid wird nicht aufgehoben. Dem

Gericht fehlen die direkten Durchsetzungs- und Vollstreckungsmittel. Die Vertragsstaaten haben sich jedoch verpflichtet, die EMRK einzuhalten. Ein innerstaatlicher Entscheid kann also revidiert werden, wenn eine Wiedergutmachung nur in Form einer Revision möglich ist.

### 3. Grundrechtspflege im Rahmen der UNO

- a) Der UNO-Menschenrechtsrat: Wichtigstes Organ der Vereinten Nationen zum Schutz der Menschenrechte. Er ist beauftragt, neue Menschenrechtskonventionen und -erklärungen zu erarbeiten, sowie die Achtung der Menschenrechte zu fördern, ihre Verletzung zu verhindern und – wo dies nicht möglich ist – auf den Schutz der Opfer hinzuwirken. Der Rat muss die Menschenrechtssituation in ausnahmslos allen Ländern periodisch überprüfen. Auch bei schweren Menschenrechtsverletzungen muss der Rat bei Empfehlungen und politischer Kritik bleiben. Eigentliche Zwangsmassnahmen kann der Rat aber nicht ergreifen.
- b) Der UNO-Menschenrechtsausschuss: Befasst sich mit der Durchsetzung des UNO-Pakt II. Alle Vertragsstaaten müssen regelmässig Rechenschaft über dessen Umsetzung ablegen.

## II. RECHTSFOLGEN VON GRUNDRECHTSVERLETZUNGEN

### 1. Restitution

Restitutive Sanktionen zielen auf die Beseitigung oder Behebung einer Grundrechtsverletzung. Die damit angestrebte Wiederherstellung des verfassungsmässigen Zustands setzt jedoch voraus, dass die Rechtsverletzung oder deren Folge überhaupt rückgängig gemacht werden kann. Zu einer Restitution kommt es dann, wenn ein als grundrechtswidrig angefochtener Hoheitsakt im Beschwerdeverfahren durch die angerufene Behörde aufgehoben wird. Auch eine richterliche Ersatzregelung kann restitativ wirken.

### 2. Kompensation

Kompensatorische Sanktionen haben zum Ziel, eine erfolgte Grundrechtsverletzung auszugleichen. Meist liegen solche irreversiblen Grundrechtsverletzungen in Realakten (z.B. körperliche Übergriffe) begründet, deren Grundrechtswidrigkeit erst nachträglich festgestellt werden kann. Ein möglicher Ausgleich besteht in Schadenersatz im Sinne einer Genugtuung für immateriellen Unbill oder in der Feststellung der Grundrechtsverletzung.

### 3. Prävention

Präventive Sanktionen haben zum Ziel, künftigen Rechtsverletzungen zuvorzukommen. Dabei ist vorausgesetzt, dass die festgestellte Verletzung irreversibel ist. Es geht hier vor allem um die Verhinderung künftiger Grundrechtsverstöße und nicht um eine Wiedergutmachung. Damit wird die Verwirklichung der Grundrechte gefördert.

## § 9 Einschränkungen von Freiheitsrechten

### 1. Vorbemerkungen

Um ihre Schutzfunktion zu erfüllen, müssen Grundrechte grundsätzlich eingriffsresistent sein. Der Staat muss aber bestimmte Aufgaben erfüllen, wobei es manchmal unerlässlich ist, in die Grundrechte von Einzelnen einzugreifen. Einschränkungen oder Relativierungen von Grundrechten sind nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Diese Voraussetzungen haben ebenfalls Verfassungsrang und sind somit verbindlich vorgegeben.

Eine Einschränkung von Grundrechten erweist sich nach Art. 36 BV als verfassungskonform, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruht, durch ein öffentliches Interessen gerechtfertigt ist, verhältnismässig ist und den Kerngehalt des Grundrechts respektiert. Die Schrankennorm zielt auf den angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse des Einzelnen an der Integrität seiner Grundrechte einerseits und dem Interesse an der Durchsetzung gesamtgesellschaftlicher Ordnungsinteressen andererseits. Dieser Ausgleich findet seine absolute Grenze an den Kerngehalten, also an den Schutzansprüchen, in die keinesfalls eingegriffen werden darf. Diese Voraussetzungen sind vor allem für die Freiheitsrechte anwendbar.

Die Freiheitsrechte von EMRK und UNO-Pakt II unterliegen ähnlichen Eingriffsschranken wie die der BV (Eingriff ist zulässig, wenn er eine gesetzliche Grundlage hat, auf einem zulässigen Eingriffsmotiv beruht und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist).

### 2. Prüfschema im Überblick

- Fällt der Vorgang unter den sachlichen Schutzbereich eines Freiheitsrechts und betrifft er eine Person, die Trägerin des fraglichen Freiheitsrechts ist?
- Stellt der Vorgang einen Eingriff in diesen Schutzbereich dar?
- Ist dieser Eingriff verfassungskonform? Die Verfassungskonformität ist nur zu bejahen, wenn die Voraussetzungen aus Art. 36 BV kumulativ erfüllt sind.

### 3. Schutzbereich

Die Frage nach der Zulässigkeit eines Eingriffs in ein Freiheitsrecht kann sich nur stellen, wenn der umstrittene Hoheitsakt überhaupt jene Sphäre betrifft, welche durch die angesprochene Freiheitsposition geschützt wird, und dabei die grundrechtlich vermittelten Ansprüche einer Person verkürzt, die Trägerin des fraglichen Grundrechts ist.

### 4. Eingriff

Die Frage nach dem Grundrechtseingriff stellt sich nur, wenn sich eine grundrechtsberechtigte Person im sachlichen Schutzbereich eines Freiheitsrechts befindet. Ein Grundrechtseingriff ist eine staatliche oder dem Staat zurechenbare Massnahme, welche einen grundrechtlich geschützten Anspruch beschränkt. Keine Rolle spielt, in welcher Form der Eingriff geschieht. Oft ist dies ein förmlicher Rechtsakt (i.d.R. eine individuell-konkrete Verfügung) oder ein generell-abstrakter Rechtssatz. Typischerweise erfolgt die grundrechtliche Beeinträchtigung unmittelbar aus der staatlichen Massnahme.

Grundrechtsansprüche können auch durch faktisches Handeln (Realakte) verkürzt werden. (z.B. greift das Aufhängen eines Kruzifixes in einem Klassenraum in den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit ein.)

Normalerweise richtet sich eine grundrechtsbeschränkende Massnahme direkt an den betroffenen Grundrechtsträger. Möglich sind aber auch mittelbare Beeinträchtigungen der Grundrechte. In der Regel sind solche Eingriffe vom Staat nicht beabsichtigt, vielmehr ist es ein Reflex aufgrund von legitimen Handlungen, die auf den Schutzbereich eines Grundrechts zurückwirken. Ein Eingriff ist in solchen Fällen nur zu bejahen, wenn die Beeinträchtigung dem Staat wegen eingriffsgleicher Wirkung zuzurechnen ist. Dies zu bestimmen ist oft nicht einfach.

Besonders schwer zu greifen sind staatliche Massnahmen, die über eine psychologische Motivationskette eine abschreckende Wirkung (a chilling effect) auf die Grundrechtsausübung haben.

In den Bereichen des staatlichen Schutzes oder der staatlichen Leistung erfolgen Grundrechtseingriffe i.d.R. durch Unterlassung.

Vorliegen eines Grundrechtseingriffs:

- Es liegt eine Handlung (im Bereich des Abwehrrechts) oder eine Unterlassung (bei den Schutz- oder Leistungsansprüchen) eines staatlichen Aufgabenträgers vor.
- Diese Handlung (bzw. Unterlassung) bewirkt eine Verkürzung des Grundrechtsanspruchs. Die durch den Schutzbereich vermittelten Ansprüche des Grundrechtsträgers werden beschränkt.
- Diese Verkürzung ist dem Staat zurechenbar. Es liegt ein kausaler Zusammenhang zwischen der staatlichen Handlung und der eingetretenen Wirkung beim Grundrechtsträger vor. Im Fall von Unterlassungen ist zu prüfen, ob der Staat alle erforderlichen und zumutbaren Massnahmen getroffen hat.

Ein Eingriff in ein Grundrecht kann in unterschiedlicher Intensität erfolgen. Je schwerer der Eingriff, umso höher sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage, umso gewichtiger müssen die mit dem Eingriff verfolgten Interessen sein, und umso umfassender und differenzierter muss die Interessenabwägung vorgenommen werden.

Es gibt für die Bewertung von Eingriffen jedoch kaum Kriterien. Allgemein lässt sich sagen, dass ein Eingriff umso schwerer ist, je mehr er die grundrechtlichen Ansprüche zurückbindet, was im Einzelfall gesondert zu prüfen ist. Mögliche Indikatoren für die Intensität eines Eingriffs sind die Art und Dauer der Beeinträchtigung und die Auswirkungen auf den Lebensalltag des Betroffenen. Eine Rolle spielen kann auch die Zahl der vom Eingriff betroffenen Personen.

## 5. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

Eingriffe in die Freiheitsrechte sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Folgende Aussagen lassen sich der Bestimmung entnehmen:

- Ein Grundrechtseingriff bedarf in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV)
- Die Norm, die einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff begründet, muss in einem Gesetz in formellem Sinn enthalten sein (Satz 2)
- In Fällen dringender, nicht anders abwendbarer Gefahr kann die polizeiliche Generalklausel als Ersatz einer rechtmässigen Grundlage dienen (Satz 3)

Auch Eingriffe in die Garantien der EMRK und der UNO-Menschenrechtspakte verlangen nach einer gesetzlichen Grundlage. Die Anforderungen sind aber meist weniger streng als im Bundesverfassungsrecht.

Für schwere Eingriffe ist ein Gesetz im formellen Sinn nötig, ein leichter Eingriff lässt sich jedoch schon mit einer Verordnung rechtfertigen. Voraussetzung ist, dass die VO rechtmässig zustande gekommen ist und den Eingriff mit hinreichender Klarheit vorsieht. Eine VO ist verfassungskonform, wenn der Gesetzgeber die Befugnis zur Rechtsetzung förmlich an den Verordnungsgeber übertragen hat (Gesetzesdelegation). Damit ist eine Verbindung zwischen einem formellen Gesetz und der Eingriffsgrundlage geschaffen und diese somit demokratisch legitimiert.

Auf kantonaler Ebene ist die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen nur zulässig, wenn kumulativ 4 Bedingungen erfüllt sind:

- Die Delegation darf durch das kantonale Recht nicht ausgeschlossen sein
- Die Delegationsnorm ist in einem formellen Gesetz enthalten
- Die Delegation bezieht sich inhaltlich auf eine bestimmte Materie
- Das formelle Gesetz selber umschreibt die Grundzüge der Regelung, soweit sie die Rechtstellung des einzelnen in schwerwiegender Weise berührt.

Die genannten Grundsätze gelten auch für die Delegation auf Bundesebene.

- Gewisse Grundrechtseingriffe sind von Beginn weg nicht an den Verordnungsgeber delegierbar und bedürfen unabhängig ihrer Intensität immer einer Grundlage in einem formellen Gesetz, z.B. Freiheitsentzug
- Delegationsgrundsätze sind nur auf gesetzesvertretende VO zugeschnitten (nicht auf VollziehungsVO)
- Selbständige VO, die sich direkt auf die Verfassung stützen und an Stelle des Gesetzes treten, genügen, um einen schweren Grundrechtseingriff zu rechtfertigen.
- VerwaltungsVO genügen nicht als gesetzliche Grundlage eines Grundrechtseingriffs

Für schwere Beeinträchtigungen muss das formelle Gesetz selbst den Eingriff zumindest in den Grundzügen abstrakt normieren, d.h. Inhalt, Zweck und Ausmass der eingriffsbezogenen Regelung nennen. Sind diese Voraussetzungen gegeben, dürfen weitere Einzelheiten des Eingriffs auch in einer formell rechtmässigen (d.h. rechtmässig delegierten) VO geregelt werden. Fehlt eine der 4 Delegationsvoraussetzungen, erweist sich ein schwerer Eingriff aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage als unzulässig. Für leichte Eingriffe reicht es, wenn die VO die ersten 3 Voraussetzungen erfüllt (genügende Normdichte muss vorhanden sein).

In gewissen Bereichen hat das BGer die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage herabgesetzt.

- Sonderstatusverhältnisse: Besonderes Rechtsverhältnis zum Staat (z.B. Untersuchungsgefangene, Armeeangehörige, Beamte...). Auch bei ihnen sind Eingriffe in die Grundrechte zu rechtfertigen. Die Anforderungen an Normdichte und Normstufe sind allerdings unter bestimmten Voraussetzungen weniger streng. Dies ist nur insoweit zulässig, als es um Beschränkungen geht, die sich aus dem klar umschriebenen Zweck des Sonderstatusverhältnisses selber ergeben.
- Polizeirecht: Hier gelten die Anforderungen an die Normstufe unverändert, diejenigen an die gesetzliche Grundlage bezüglich des Bestimmtheitsgebots hat das BGer jedoch gesenkt. Die Aufgabe der Polizei könne nicht von vornherein abschliessend und bestimmt umschrieben werden.

**Polizeiliche Generalklausel:** Bestimmung in der BV, wonach die Behörden ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage in Grundrechte eingreifen dürfen → Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV: „Ausgenommen [von Erfordernis der spezifischen gesetzlichen Grundlage] sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr“

Die Anwendung der Polizeiklausel ist an eine Reihe von Voraussetzungen gebunden:

- Es sind besonders hochstehende Schutzgüter des Staates oder der Einzelnen betroffen
- Es muss eine schwere, unmittelbare Gefahr für diese Schutzgüter bestehen oder bereits eine schwere Störung eingetreten sein
- Es ist zeitliche Dringlichkeit geboten
- Es stehen keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung
- [es handelt sich (in anderen Fällen als jenen intensiver Gefährdung von Leib und Leben) nicht um eine typische und an sich voraussehbare Gefährdungsgrundlage.]

Die letzte Voraussetzung ist umstritten. Der Grundgedanke dabei war, dass sich die Anwendung der polizeilichen Generalklausel auf echte und unvorhersehbare Notfälle beschränken muss.

Zusammenfassung siehe auch S. 97 ff. Kiener/Kälin

## 6. Genügendes Eingriffsinteresse

Öffentliches Interesse

Staatliches Handeln ist nur legitim, wenn es im öffentlichen Interesse liegt.

Grundrechtseingriffe können nur durch Interessen legitimiert werden, die in der Rechtsordnung Anerkennung gefunden haben und somit als Anliegen der Rechtsgemeinschaft ausgewiesen sind.

Der Schutz von Polizeigütern stellt ein legitimes öffentliches Interesse dar, das einen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen vermag. Darunter fallen die öffentliche Ordnung, die öff. Sicherheit, die öff. Gesundheit, die öff. Ruhe, die öff. Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

Welche Grundrechtsbeschränkungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses statthaft sind, ist immer auch mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenen Werteordnung und in Anbetracht der sich verändernden sozialen Verhältnisse zu beurteilen. Auch Verfassungsinteressen sind dynamisch (→ Verfassungsrevisionen)

Kein öffentliches Interesse stellt indessen das Interesse der Mehrheit dar, wie es sich in einer generell-abstrakten Gesetzes- oder Verordnungsnorm verkörpert. Legalität heisst also nicht gleich Legitimität. Insbesondere darf aus dem Vorliegen einer genügenden Eingriffsnorm nicht gleichzeitig auf ein entsprechendes öffentliches Interesse geschlossen werden.

Schutz von Grundrechten Dritter

Die Verfassung anerkennt den Grundrechtsschutz Dritter ausdrücklich als legitimes Eingriffsinteresse → Die Freiheit eines jeden findet dort eine Schranke, wo die Freiheit des anderen beginnt. Schutz von Grundrechten Dritter bedeutet nicht, dass der Grundrechtsträger beliebig vor sich selbst geschützt werden dürfte.

## 7. Verhältnismässigkeit

Das vorgebrachte Interesse muss das im konkreten Einzelfall in Frage stehenden Eingriff in den konkret in Frage stehenden Grundrechtsanspruch rechtfertigen → Ist der Eingriff das mildeste Mittel und der vom Eingriff betroffenen Person auch zumutbar?

Auch die Verfolgung öffentlicher Interessen rechtfertigt nicht jedes Mittel und der Staat muss sich jener Mittel enthalten, welche den einzelnen unverhältnismässig stark beeinträchtigen. Zu prüfen ist folglich, ob der in Frage stehende Eingriff zur Verwirklichung eines anerkannten Interesses tatsächlich geeignet und erforderlich ist sowie in einem vernünftigen Verhältnis zum Freiheitsverzicht steht, der dem betroffenen Individuum auferlegt wird.

→ **Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit**

Eine behördliche Anordnung muss geeignet sein, das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen → Zwecktauglichkeit, Zielkonformität. Ungeeignet ist eine Massnahme, wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel keine Wirkungen entfaltet und erst recht dann, wenn sie die Erreichung des angestrebten Ziels erschwert oder gar verunmöglicht. Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit darf ein Eingriff in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen. Eingriffe müssen also unterbleiben, wenn eine gleichermassen geeignete, aber mildere Anordnung das Ziel ebenso gut erreicht.

Das Erfordernis der Zumutbarkeit fragt danach, ob der Betroffene einen Eingriff in seine Grundrechte hinnehmen muss, damit sich das öffentliche Interesse verwirklichen kann. Die Zumutbarkeit einer geeigneten, erforderlichen Massnahme lässt sich bejahen, wenn zwischen der konkreten Eingriffswirkung (Grundrechtsbeeinträchtigung) und den mit diesem Eingriff konkret verfolgten Interessen ein vernünftiges Verhältnis besteht.

Es kommt auch vor, dass sich Grundrechtsinteressen gegenüberstehen, hier braucht es eine sorgfältige Interessenabwägung.

Grundsatz der praktischen Konkordanz: Die konkurrierenden Grundrechtsansprüche sind so zueinander in Beziehung zu setzen, dass sich die einzelnen Ansprüche in optimaler Weise verwirklichen können.

## 8. Der Kerngehalt

Der Kerngehalt eines Grundrechts ist immer unantastbar. Wird in den Kernbereich eingegriffen, erweist sich der Eingriff per se als verfassungswidrig.

# § 10 Menschenwürde

## I. VERANKERUNG

Die Menschenwürde wird in Art. 7 BV verfassungsrechtlich verankert.

## II. FUNKTION

Die Garantie der Menschenwürde zielt darauf ab, die Menschen vor solchen Behandlungen zu schützen, die wir heute aufgrund unserer bisherigen Erfahrung als unmenschlich erkennen. Auf der objektiv-rechtlichen Ebene ist die Menschenwürde oberstes Konstitutionsprinzip des Staates und damit ein Zielwert, an dem sich die gesamte Rechtsordnung auszurichten hat. Vor diesem Hintergrund bildet die Menschenwürde den Ausgangspunkt und die Leitlinie für die Konkretisierung der übrigen Grundrechte – insbesondere für deren Kerngehalte. Auf der subjektiv-rechtlichen Ebene stellt die Menschenwürde ein justiziables Grundrecht dar.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Die Menschenwürde steht jedem Menschen (natürlichen Personen) voraussetzungslos zu.

#### Geschützte Sphäre

Die Menschenwürde ist als Ausdruck prinzipieller Gleichwertigkeit aller Menschen ungeachtet ihrer Individualität zu verstehen. Gleichzeitig ist die Menschenwürde ein Prinzip grundsätzlicher Individualität. Sie schützt den Einzelnen vor Massnahmen welche auf die Zerstörung der menschlichen Identität und der körperliche und geistig-seelischen Integrität gerichtet sind, wie sie sich in Folter oder Gehirnwäsche oder generell in Handlungen zeigt, die darauf gerichtet sind, den Einzelnen zu demütigen. Mit dem Titel der Menschenwürde muss jede Individualität erfasst sein und es darf kein bestimmtes, mehrheitskonformes Menschenbild geschützt und als rechtlich verbindlich erklärt werden. Denn sie zielt auf die Schutz des Individuellen, auf die Autonomie und den Eigenwert jedes Menschen.

#### Geschützte Ansprüche

In der Regel verwirklicht sich der justiziable Gehalt der Menschenwürde über die besonderen Grundrechte des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes und deren Kerngehalte, insbesondere das in Art. 10 Abs. 3 BV verankerte Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Bestrafung, über das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 und 3 BV), über das Willkürverbot (Art. 9 BV), über das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) und über den verfahrensrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV).

### IV. EINSCHRÄNKUNGEN UND KERNGEHALT

Der subjektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde stellt in sich einen Kerngehalt dar, die Garantie erduldet deshalb keine Einschränkungen.

## **§ 11 Recht auf Leben**

### I. VERANKERUNG

Art. 10 Abs. 1 BV garantiert jedem Menschen das Recht auf Leben und verbietet die Todesstrafe. Das Lebensrecht ist in Art. 2 EMRK und Art. 6 UNO-Pakt II verankert.

### II. FUNKTION

Das Recht auf Leben ist nicht zuletzt eine Antwort auf die Vernichtungen von „lebensunwertem“ Leben in totalitären Systemen wie dem Dritten Reich. Das Leben ist unabdingbare tatsächliche Voraussetzung jedes Grundrechtsschutzes, so dass das Recht auf Leben auch als das „primäre Grundrecht“ bezeichnet wird, das den anderen Garantien logisch vorgeordnet ist. Das Grundrecht auf Leben kann das menschliche Leben nicht absolut schützen, e bietet dem Einzelnen aber verfassungsrechtlichen Schutz vor bestimmten Formen der Tötung.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf Leben steht jeder natürlichen Person uneingeschränkt und voraussetzungslos zu, unbesehen ihres geistigen, körperlichen oder gesundheitlichen Zustands. Die BV kennt kein „lebensunwertes“ Leben. Über den Beginn und das Ende des Lebens äussert sich Art. 10 Abs. 1 BV nicht.

#### Geschützte Sphäre

Schutzobjekt ist die Gesamtheit der körperlichen und geistigen Funktionen, die für den Menschen von lebensnotwendiger Bedeutung sind und den Menschen als Lebewesen kennzeichnen.

#### Geschützte Ansprüche

Das Recht auf Leben vermittelt dem Staat und seinen Behörden das Verbot, den Tod eines Menschen gezielt oder in absehbarer Weise herbeizuführen und verpflichtet sich, das Leben sowohl gesetzlich als auch durch konkrete Massnahmen zu schützen.

Anordnung und Vollzug der Todesstrafe sind in der CH ausdrücklich verboten → Kerngehalt Aus dem Tötungsverbot und dem absoluten Verbot der Todesstrafe ergibt sich das Verbot der Auslieferung an ein Land, in welchem dem Betroffenen die Todesstrafe droht. Eine solche Auslieferung ist nur zulässig, wenn der entsprechende Staat die Zusicherung gibt, dass im konkreten Fall die Todesstrafe nicht verhängt und vollstreckt wird und es muss Sicherheit bestehen, dass der Staat die Zusicherung auch einhält.

Gewaltanwendung durch staatliche Behörden ist nicht grundsätzlich verboten. Führt eine staatliche Gewaltanwendung zum Tod eines Menschen, liegt ein Eingriff in den Schutzbereich, nicht aber in jedem Fall eine Verletzung des Rechts auf Leben vor.

Gewaltanwendungen mit Todesfolge stellen dann keine Verletzung von Art. 2 EMRK dar, wenn sie unter strikter Achtung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfolgen und zur Erreichung eines legitimen Ziels absolut notwendig sind.

Es gibt 3 Fallgruppen:

- Die Anwendung potentiell tödlicher Gewalt ist nur zulässig, wenn diese Gewaltanwendung der Erreichung eines legitimen Ziels diene und zur Erreichung dieses Ziels absolut notwendig war (Bei Notwehr und Notwehrhilfe, bei Festnahme einer Person und bei Unterdrückung eines Aufstandes → Art. 2 Ziff. 2 Bst. a bis c EMRK)
- Bei einer gezielten Anwendung von tödlicher Gewalt (gezielter Todesschuss) liegt nur dann keine Verletzung des Rechts auf Leben vor, wenn diese Gewaltanwendung in einer Notwehrsituation absolut erforderlich war (→ Art. 2 Ziff. 2 Bst. a EMRK). Dies ist nur der Fall, wenn die gezielte Tötung das einzige und letzte Mittel war, um einen Menschen aus akuter Lebensgefahr zu retten.
- Auch die Anwendung von nicht potentiell tödlicher Gewalt kann in Einzelfällen den Tod eines Menschen zur Folge haben. Auch hier muss die Gewaltanwendung zur Erreichung eines legitimen Ziels unbedingt erforderlich und verhältnismässig sein.

Über den abwehrrechtlichen Gehalt der Garantie hinaus folgt aus dem Recht auf Leben auch die Verpflichtung des Staates, das Leben der Einzelnen mit allen zumutbaren Mitteln zu schützen, wenn dieses einer ernsthaften und konkreten Gefährdung durch private Gewalt

ausgesetzt ist. Der Staat ist also positiv verpflichtet, präventive Schutzmassnahmen zu ergreifen.

Der Staat ist verpflichtet, die Menschen zu schützen, vor Dritten (Staat muss zum Schutze eines Bedrohten Massnahmen ergreifen. Unterlässt der Staat dies und wird der Bedrohte dann getötet, hat der Staat etwas Verfassungswidriges begangen) und auch vor sich selbst (suizidgefährdete Häftlinge).

Schliesslich hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus dem Recht auf Leben verbindliche Anforderungen an die Verfahren zur Aufklärung der Todesumstände abgeleitet. Im Fall ungeklärter Todesfälle besteht eine Pflicht zur amtlichen und wirksamen Untersuchung, bei rechtswidrigen Tötungen zudem eine Bestrafungspflicht.

### Kerngehalt

In der CH stellt das Verbot der Todesstrafe einen gesicherten Kerngehalt von Art. 10 Abs. 1 BV dar. Anders das Recht auf Leben: Nicht jede Tötung bedeutet automatisch und in jedem Fall auch eine Kerngehaltsverletzung (→ Geiselnahme). Sachgerecht erscheint hier das Konzept des internationalen Menschenrechtsschutzes. Absolut verboten ist die willkürliche Tötung, d.h. die Tötung infolge einer Gewaltanwendung, die nicht absolut erforderlich war, um ein – eng umschriebenes – legitimes Ziel zu erreichen.

## § 12 Persönliche Freiheit

### I. VERANKERUNG

Art. 10 Abs. 2 BV garantiert jedem Menschen „das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit“. Auch in der EMRK und im UNO-Pakt II sind ähnliche Garantien vorhanden.

### II. FUNKTION

Geschützt werden die Integrität des menschlichen Körpers und die Psyche und damit jene Gegebenheiten, die den Menschen in seinem Menschsein definieren. Zentral ist die Freiheit der Bewegung. Art. 10 Abs. 2 BV erlangt dort den Charakter eines Auffanggrundrechts, wo die Garantie in allgemeiner Weise die Entfaltung elementarster Lebensbedürfnisse schützt.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Vom Schutzbereich sind alle natürlichen Personen erfasst, nicht aber die juristischen.

#### Geschützte Sphäre und geschützte Ansprüche

Die persönliche Freiheit schützt die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung bzw. die grundlegenden Aspekte menschlicher Existenz. Die Garantie schützt die körperliche und geistige Integrität der menschlichen Person und die Freiheit ihrer Bewegung; darüber hinaus umfasst sie generell jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der

Persönlichkeitsentfaltung darstellen und dem Einzelnen ein Mindestmass an persönlicher Entfaltung erlauben.

#### Persönliche Freiheit i.e.S

Die persönliche Freiheit schützt jene Bereiche menschlicher Betätigung, die für ein selbstbestimmtes Leben in Würde und Freiheit unerlässlich sind. Die Garantie schützt aber nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen. Beschränkungen von blossen Alltagsbedürfnissen werden durch den Schutzbereich nicht erfasst.

Zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung zählt insbesondere das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im Sinn eines Rechts, über die wesentlichen Aspekte des eigenen Lebens selber zu entscheiden.

#### Körperliche Unversehrtheit

Sie vermittelt dem Einzelnen das Recht, frei über die Integrität des eigenen Körpers zu verfügen. Dabei ist egal, ob der Eingriff schmerzhaft ist, gesundheitsgefährdend, bleibende Schäden hinterlässt... Das Selbstbestimmungsrecht erstreckt sich auch auf die Frage, wie weit der Einzelne die Integrität seines Körpers achten und schützen will. Ein staatliches Verbot von Tätowierungen oder Piercings würde ebenso einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit darstellen, wie das Verbot der Lebendspende eines Organs.

#### Geistige Unversehrtheit

Der Anspruch auf geistige Unversehrtheit stellt eine Konkretisierung des Selbstbestimmungsrechts dar. Garantiert ist die Integrität des Bewusstseins im Sinne der unbeeinflussten Wahrnehmungs- und Entscheidungsfähigkeit eines Menschen und damit die Freiheit, eine bestimmte Situation nach eigener Einschätzung zu beurteilen und aufgrund dieser Einschätzung zu handeln. Dem Staat ist die Manipulation des Bewusstseins und der Willensbildung verboten → Medikamente...

Es geht hier jedoch nicht um ein Recht auf freie Willensbetätigung.

Es braucht zur Verabreichung von Psychopharmaka und dergleichen eine klare gesetzliche Grundlage. Selten genügt die polizeiliche Generalklausel.

#### Bewegungsfreiheit („Freiheitsbeschränkungen“)

Diese garantiert dem Einzelnen das Recht, sich nach seinem Willen und ohne staatliche Eingriffe fortzubewegen (nicht allgemeine Handlungsfreiheit). Die Bewegungsfreiheit schützt vor staatlichen Massnahmen, welche auf einzelne Personen oder Personengruppen zielen und diese gegen oder ohne ihren Willen daran hindern, einen ansonsten rechtlich und faktisch zugänglichen Ort aufzusuchen oder diesen Ort zu verlassen → Freiheitsbeschränkungen  
Wird die Freiheit eines Einzelnen für eine gewisse Zeitdauer und nach jeder Richtung hin aufgehoben, liegt keine Freiheitsbeschränkung, sondern ein Freiheitsentzug vor.

#### Insbesondere: Ausgestaltung von Haftbedingungen

Während der zugrundeliegende Freiheitsentzug den Anforderungen von Art. 31 BV genügen muss, kann die Ausgestaltung der Haftbedingungen in den Schutzbereich verschiedener Garantien des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes fallen. Das Bundesgericht verlangt die Einhaltung von Mindestvorschriften für einen menschenwürdigen Vollzug, der frei ist von schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen. Die damit einhergehenden Garantien enthalten nebst abwehrrechtlichen Komponenten auch Elemente von Leistungsansprüchen. Eingriffe in die Rechte Gefangener müssen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen. Dabei gelten bei der gesetzlichen Grundlage herabgesetzte

Anforderungen an die Normstufe. Damit ein ausreichender Schutz gegen willkürliche und verfassungswidrige Haftbedingungen gewährleistet ist, müssen solche Bestimmungen aber besonders klar und eindeutig formuliert sein. Die Beschränkung der Freiheitsrechte von Gefangenen darf nicht über das hinausgehen, was zur Gewährleistung des Haftzweckes, zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen und nicht übermässig aufwändigen Anstaltsbetriebes und zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bzw. der Disziplinarordnung erforderlich ist

#### Staatliche Schutzpflichten

Die Rechtsprechung hat dem Recht auf persönliche Freiheit punktuell staatliche Schutzpflichten und damit einhergehend auch justiziable Schutzpflichten gegen entsprechende Beeinträchtigungen durch Private entnommen. Die positive Pflicht des Staates zum Schutz der Integrität des Einzelnen erfordert darüber hinaus die Einrichtung und wirksame Anwendung eines Strafrechtssystems. Der Schutz vor Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsrechte durch andere Privatpersonen erfolgt in erster Linie durch das Gesetz → Strafrecht, Zivilrecht, Verwaltungsrecht...

#### Kerngehalt

Eingriffe in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit zielen auf die Würde des Menschen und bewirken massivste Verletzungen seiner Integrität.

- Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen und entwürdigenden Behandlung oder Bestrafung
- Methoden der Wahrheitsfindung im Prozess, welche die Vernichtung der Persönlichkeit mit sich bringen oder die geeignet sind, schwere psychische Störungen hervorzurufen (z.B. strenge Isolationshaft, Lügendetektoren, Wahrheitsseren...)
- Schwerste Eingriffe in die sexuelle Integrität (z.B. Zwang zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung, die Abtreibung gegen den Willen der [urteilsfähigen] Schwangeren oder die gegen den Willen des [urteilsfähigen] Betroffenen vorgenommene Zwangskastration...)
- Missbrauch des Menschen zu Forschungszwecken
- Freiheitsentziehung ohne jegliche Angabe von Gründen oder ohne minimale Verfahrensgarantien

## § 13 Schutz der Privatsphäre

### I. VERANKERUNG

Art. 13 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II

### II. FUNKTION

Die BV gewährt jedem Menschen mit dem Schutz der Privatsphäre ein Mindestmass an Privatheit und gewährleistet jedem einen Lebensbereich, in dem sich die Persönlichkeit entwickeln und entfalten kann. Art. 13 BV zielt auf den Schutz des Menschen als soziales Wesen und auf die Unversehrtheit seiner Lebensgestaltung ab.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Es werden alle natürlichen Personen geschützt.

Die juristischen Personen können sich auf die Teilgehalte berufen, die nicht untrennbar auf die Existenz einer natürlichen Person gerichtet sind (also z.B. wohl auf die Achtung des Briefverkehrs, aber nicht auf die Achtung des Privat- und Familienlebens)

#### Geschützte Sphäre und geschützte Ansprüche

Der verfassungsrechtliche Schutz erstreckt sich auf die Privatsphäre und damit auch auf den für die Entwicklung und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit zentralen Lebensbereich.

#### Achtung des Privatlebens

- Schutzbereich:  
Geheim- und Intimsphäre, Freiheit des Beziehungslebens (auch sexuelle Selbstbestimmung), Name und dessen Verwendung
- Einschränkungen: Es sind die Anforderungen von Art. 36 BV zu erfüllen

#### Achtung des Familienlebens

- Schutzbereich:  
Zusammenleben und persönliche Kontakte unter den Familienmitgliedern. Aber auch Verbot eines Zwangs, eine Familie zu haben. Gleichgeschlechtliche Paare können sich nicht auf die Achtung des Familienlebens berufen, sondern nur auf die Privatsphäre und das Diskriminierungsverbot
- Insbesondere: Geltung des Anspruchs im Ausländerrecht:  
Anspruch auf Familiennachzug unter folgenden Voraussetzungen:
  1. Intakte, tatsächliche gelebte familiäre Beziehung zu einer in der CH lebenden Person
  2. Diese Person hat ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der CH
- Einschränkungen:  
Voraussetzungen von Art. 36 BV müssen erfüllt sein

#### Achtung der Wohnung

- Schutzbereich:  
Wohnung als Rückzugsort für eine vom Staat unbehelligte Gestaltung des Privatlebens verdient speziellen Schutz. Primäres Schutzobjekt ist die Wohnung im engeren Sinn, aber auch Balkone, Hotelzimmer...
- Einschränkungen:  
Art. 36 BV muss beachtet werden.

#### Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses

- Schutzbereich:  
Privatsphäre ist bei Kommunikationsmitteln wie Post, Telefon oder Email geschützt. Der Staat darf die so übermittelten Informationen nicht ausforschen.
- Einschränkungen:  
Meist bei Kontrolle der Korrespondenz von Häftlingen.  
Voraussetzungen und Verfahren der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs im Rahmen eines Strafverfahrens sind in einem Bundesgesetz geregelt.

### Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten

- **Schutzbereich:**  
Es besteht ein Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung. Der Schutzbereich umfasst jede Bearbeitung von personenbezogenen Daten.
- **Einschränkungen:**  
Einschränkungen müssen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen
- **Staatliche Leistungspflichten:**  
Jede Person hat Anspruch auf Einsicht in die sie betreffenden, von Behörden registrierten Daten. Eventuell besteht auch ein Anspruch auf Löschung der Daten, wenn sie nicht mehr verwendet werden.

### Kerngehalt:

Durch direkte staatliche Anordnung zur Vornahme oder Erduldung einer sexuellen Handlung gezwungen zu werden, ist in jedem Fall unzulässig.

## § 15 Niederlassungsfreiheit

### I. VERANKERUNG

Noch bis ins Jahr 1975 konnte die freie Niederlassung jenen Personen verweigert oder entzogen werden, welche aufgrund eines Strafurteils nicht im Besitz der bürgerlichen Rechte und Ehren standen oder dauernd unterstützungsbedürftig waren. Heute wird die Niederlassungsfreiheit durch Art. 24 BV geschützt.

Die Staatsangehörigen aus EG-Mitgliedstaaten dürfen bezüglich der freien Niederlassung nicht schlechter gestellt werden als Schweizerinnen und Schweizer, so dass ihnen im Ergebnis der gleiche Schutz zukommt.

### II. FUNKTION

Zwei Ziele:

- In ihrer bundesstaatlichen Funktion sichert die Garantie den freien Personenverkehr innerhalb der Eigenschaft.
- In ihrer individualrechtlichen Funktion schützt die Niederlassungsfreiheit das Recht der Staatsbürger /-innen, sich an jedem Ort der Schweiz niederlassen. Diese freie Wahl des Lebensmittelpunkts ist in erster Linie Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen; darüber hinaus erweist sich die Niederlassungsfreiheit als faktische Voraussetzung zur Ausübung weiterer Grundrechte.

### III. SCHUTZBEREICH

Die Niederlassungsfreiheit steht gemäss Art. 24 BV ausdrücklich nur Schweizerinnen und Schweizern, d.h. einzig Personen mit Schweizer Bürgerrecht zu.

Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der EG können sich zwar nicht auf Art. 24 BV berufen, das Freizügigkeitsabkommen gewährt ihnen aber weit gehende Niederlassungsfreiheit sowohl im Sinn des Rechts auf Aufenthalt in der CH als auch des Rechts, innerhalb der CH den Wohnsitz frei zu wechseln.

Staatsangehörige aus Nationen ausserhalb der EU haben kein Anrecht auf freie Niederlassung. Flüchtlinge geniessen unter bestimmten Umständen ein Recht auf Nichtausweisung und Nichtauslieferung, und damit einen Anspruch darauf, in der CH leben zu können.

Juristische Personen können sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen.

Art. 24 BV schützt die Freiheit der Niederlassung im Sinn der rechtlichen Möglichkeit dauerhaften Verweilens an jedem beliebigen Ort der Schweiz.

- Freizügigkeit im Innern der CH als Recht, sich an einem beliebigen Ort für kürzere oder längere Zeit niederzulassen, bzw. Aufenthalt zu begründen, und den aktuellen Niederlassungs- bzw. Aufenthaltsort jederzeit wieder zu verlassen (Abs. 1)
- Freiheit von Ausreise und Auswanderung ins Ausland (Abs. 2)
- Recht auf Rückkehr in die CH (Abs. 2)

Kantone und Gemeinden müssen Bürgern also den Aufenthalt erlauben und die Wechslung und Begründung des Wohnsitzes nicht erschweren.

Kerngehalt: Verbot der Zwangsexilierung von Schweizern. Nicht erfasst vom Kerngehalt ist jedoch die Zuweisung eines Zwangswohnortes.

#### IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Das Recht auf freie Niederlassung kann eingeschränkt werden (z.B. bei Angestellten des öffentlichen Dienstes). In genereller Weise misst das BGer das öffentliche Interesse an einer Wohnsitzpflicht an den Kriterien der dienstlichen Notwendigkeit und der Verbundenheit mit der Bevölkerung.

Als Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung des Freizügigkeitsabkommens zählen nur die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit.

## **§ 16 Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung**

### I. VERANKERUNG

Der Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung wird durch ein Geflecht von verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Normen garantiert. Massgebende Verfassungsnorm ist Art. 25 BV.

### II. FUNKTION

Art. 25 BV bezieht sich auf unterschiedliche Formen von Massnahmen der zwangsweisen Entfernung von Personen aus der CH.

### III. SCHUTZBEREICH

Art. 25 BV spricht in 3 Absätzen je unterschiedliche Sachverhalte und einen je anderen Kreis von Rechtsträgern an.

1. Ausweisung und Auslieferung von Schweizer Staatsangehörigen: Schweizer haben das Recht, nicht aus der CH ausgewiesen und nur mit ihrem Einverständnis an eine ausländische Behörde ausgeliefert werden. (Ausweisung: verbindliche Verpflichtung zum Verlassen des Staatsgebiets, mit Rückkehrverbot). Für Schweizer gilt das Ausweisungsverbot absolut. (Auslieferung: Übergabe von Schweizern an einen fremden Staat zwecks dortiger Strafverfolgung oder zum Strafvollzug). Die Ausweisung ist nur mit dem Einverständnis des Betroffenen zulässig. Ausländer können gegen ihren Willen ausgeliefert werden.
2. Ausschaffung und Auslieferung von Flüchtlingen in Verfolgerstaaten: Flüchtlinge dürfen nicht aus der CH ausgeschafft oder ausgeliefert werden, wenn sie im Zielstaat verfolgt werden (→ flüchtlingsrechtliches Rückschiebungsverbot). Das Verbot einer Ausschaffung oder Auslieferung an den Verfolgerstaat gilt nicht absolut.
3. Ausschaffung an Folterstaaten: Kein Mensch darf in einen Staat ausgeschafft werden, in welchem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Bestrafung droht. Damit werden nicht nur Flüchtlinge, sondern alle natürlichen Personen geschützt (→ menschenrechtliches Rückschiebungsverbot). Das entsprechende Land muss glaubhaft und kontrollierbar versprechen, dass keine solchen Behandlungen durchgeführt werden, damit die Schweiz die entsprechenden Leute ausliefert.

### IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Eine Auslieferung oder Ausschaffung von Schweizern gegen deren Willen ist per se verfassungswidrig, da gibt es keine Rechtfertigung für Eingriffe. Die Auslieferung von Flüchtlingen an einen Verfolgerstaat kann ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn die entsprechende Person eine besonders schwere Straftat begangen hat und deshalb eine Gefährdung für die CH darstellt.

Das Verbot der Auslieferung bei drohender Folter und unmenschlicher Bestrafung gilt als Grundsatz zwingenden Völkerrechts absolut → Kerngehalt.

## § 18 Meinungsfreiheit

### I. VERANKERUNG

Früher war die Meinungsfreiheit ein ungeschriebenes Grundrecht. Heute ist sie ausdrücklich in Art. 16 Abs. 1 und 2 BV geschützt. Im Völkerrecht sind dies die Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II.

## II. FUNKTION

Die Meinungsfreiheit stellt die generelle Gewährleistung freier Kommunikation dar. Dem Staat ist es verboten, sich in die individuelle Meinungsbildung und –äusserung einzumischen. Es handelt sich hier um ein Auffanggrundrecht. Die Meinungsfreiheit ist einschlägig, wenn es um den Schutz von Meinungen und Informationen geht, die durch kein spezifischeres Grundrecht geschützt sind.

## III. SCHUTZBEREICH

Die Meinungsfreiheit gibt jeder Person das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. Dem Staat ist es verboten, dem Einzelnen Meinungen aufzudrängen oder ihn zur Identifikation mit Meinungen zu zwingen. Der Einzelne hat das Recht, seine Meinung an Dritte zu kommunizieren. Zum Kerngehalt gehört etwa, dass es dem Staat verboten ist, einen Menschen beispielsweise mit Medikamenten oder einer Gehirnwäsche zur inneren Identifikation mit einer Meinung zu zwingen, die er ablehnt.

## IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Einschränkungen der Meinungsfreiheit müssen vor Art. 36 BV standhalten.

# § 19 Informationsfreiheit

## I. VERANKERUNG

Die Informationsfreiheit ist als eigenständiges Grundrecht in Art. 16 Abs. 3 BV verankert. Menschenrechtlichen Schutz erfährt die Informationsfreiheit in Art. 10 EMRK und Art. 19 Ziff. 2 UNO-Pakt II.

## II. FUNKTION

Die Informationsfreiheit ist eng mit der Meinungsfreiheit verknüpft. Über die individualrechtliche Funktion hinaus ist der ungehinderte Fluss von Informationen und Meinungen auch unverzichtbare Grundlage der demokratischen Staatsordnung. Von besonderer Bedeutung ist die Informationsfreiheit für Medienschaffende, denn erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zu Informationen ermöglicht es den Massenmedien, ihre spezifischen, in besonderem Mass gesellschaftsrelevanten Aufgaben wirksam wahrzunehmen.

## III. SCHUTZBEREICH

Persönlicher Schutzbereich  
Natürliche sowie juristische Personen sind vom Schutz erfasst.

## Geschützte Sphäre

Art. 16 Abs. 3 BV schützt den Einzelnen im Empfangen, Beschaffen und Verbreiten von Informationen.

## Geschützte Ansprüche

- Empfangsfreiheit:  
Recht auf ungehinderten Empfang von Nachrichten und Meinungen. Ebenfalls geschützt ist die Freiheit, Nachrichten und Meinungen zu verbreiten. In der grundrechtlich geschützten Lebenssphäre ist es dem Staat verboten, den Empfang oder die Verbreitung von Informationen zu beeinträchtigen.
- Freiheit der Informationsbeschaffung:  
Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Die Freiheit der aktiven Beschaffung von Informationen ist ausdrücklich auf allgemein zugängliche Quellen beschränkt. Die Verwaltung gehört nicht zu dieser Art Quellen, ausser sie sind gesetzlich als solche bezeichnet.

Diese sind klassische Abwehrrechte. Die Informationsfreiheit vermittelt grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistung. Bürger haben also kein Recht auf Aushändigung von Informationen von Amtes wegen.

## Einschränkungen

Die Zulässigkeit von Einschränkungen der Informationsfreiheit unterscheidet sich je nach dem in Frage stehenden Gehalt des Grundrechts. Eingriffe in den abwehrrechtlichen Gehalt der Informationsfreiheit (Empfangsfreiheit) sind nur nach Massgabe von Art. 36 BV zulässig. Beschränkungen der aktiven Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen müssen auch den Anforderungen von Art. 36 BV genügen. Ist die Quelle allgemein zugänglich, ergibt sich ein Anspruch auf Zugang. Ist die Quelle nicht allgemein zugänglich, liegt sowieso kein Eingriff vor.

## Anspruch auf rechtsgleiche und willkürfreie Informationen

Die Verfassung begründet keine Pflicht der Behörden, die Bevölkerung aktiv zu informieren. Geben sie solche aber doch z.B. an Medienschaffende ab, sind sie an das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot gebunden. Das Informationsinteresse der durch die Medien orientierten Öffentlichkeit steht dabei im Zentrum. Eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Mediengattungen, Medienunternehmen oder Medienschaffenden ist nur zulässig, wenn diese Ungleichbehandlung mit triftigen Argumenten begründet werden kann.

# § 20 Medienfreiheit

## 1. VERANKERUNG

Die Pressefreiheit findet sich in Art. 17 BV und auch die Radio- und Fernsehfreiheit wurden durch die fortschreitende technische Entwicklung darin aufgenommen unter dem Titel Medienfreiheit. In der EMRK und im UNO-Pakt II findet die Medienfreiheit sich allgemein unter der Meinungsäusserungsfreiheit.

## II. FUNKTION

Früher wurde primär das Anrecht der Menschen, sich zu bilden und zu informieren durch die Medien geschützt. Heute zielt der Schutz eher auf die Freiheit der Medienschaffenden. Der ungehinderte Fluss von Informationen und Meinungen hat eine wichtige politische und gesellschaftliche Bedeutung in einer Demokratie. Heute liegt die zentrale Funktion der Massenmedien darin, gesellschaftliche Themen in ihrer ganzen Vielfalt aufzunehmen, Missstände aufzudecken und mit dem Mitteln der Massenkommunikation der öffentlichen Debatte zuzuführen.

## III. SCHUTZBEREICH

### Persönlicher Schutzbereich

Der Schutz der Medienfreiheit beschränkt sich nicht nur auf natürliche Personen, sondern umfasst auch juristische Personen des Privatrechts (z.B. Radiostationen). Auch öffentlich-rechtlich organisierte Veranstalter sind ausnahmsweise Grundrechtsträger.

### Geschützte Sphäre

Art. 17 BV schützt den Einzelnen insoweit, als er sich der Medien der Massenkommunikation bedient (insbesondere Presse, Radio, Internet, Fernsehen). Es werden auch Medien geschützt, die nur einmal erscheinen (Bücher, Flugblätter...), es muss jedoch ein ideeller Inhalt vorhanden sein, damit der Schutz von Art. 17 BV wirkt.

Unter dem Schutz der Medienfreiheit stehen auch Publikationen, welche in erster Linie an Unterhaltung oder sogar Sensationsgier orientiert sind und keine Informationsinteressen der Allgemeinheit befriedigen.

### Geschützte Ansprüche

Die Medienfreiheit verleiht den Medienschaffenden das Recht, Informationen zu empfangen, zusammenzutragen, zu kommentieren und zu veröffentlichen. Ebenfalls geschützt ist die Freiheit der journalistischen Darstellungsform (Reportage, Interview, Kolumne...) und der Darstellungsmittel (Wort, Bild, Ton...).

Im Schutzbereich der Medienfreiheit ist die Zensur grundrechtlich verboten und das Redaktionsgeheimnis gewährleistet. Die Medienfreiheit verleiht dem Einzelnen aber keinen Anspruch auf Zugang zu Massenmedien. Es besteht also kein Recht darauf, für die Verbreitung der eigenen Meinung Medien beliebig in Anspruch zu nehmen. Der Empfang von Informationen aus Medien ist in der Informationsfreiheit geschützt.

- Pressefreiheit (Art. 17 Abs. 1 BV):  
Sie gewährleistet das Recht, Meinungen durch Druckerzeugnisse zu äussern und in der Öffentlichkeit ungehindert zu verbreiten. Hierbei sind auch Fotografien geschützt.
- Radio- und Fernsehfreiheit:  
Sie schützt Informationen und Meinungsäusserungen, die über audiovisuelle Medien verbreitet werden, insbesondere die Veranstaltung von Programmen. Es ist anerkannt, dass den audiovisuellen Medien eine unmittelbarere und stärkere Wirkung auf das Publikum zukommt als den Printmedien. Sie vermitteln den Anschein der Authentizität und des Miterlebens und können deshalb das Publikum unmittelbarer ansprechen. Deshalb werden diese Medien vom Staat spezifisch behandelt. In Art. 93 Abs. 2 BV ist ein Katalog von Forderungen an Radio und Fernsehen enthalten, die dem Schutz der unverfälschten Meinungs- und Willensbildung der Öffentlichkeit dienen. Zentral sind insbesondere die Gebote der sachgerechten Darstellung der

Ereignisse und der Präsentation der Meinungsvielfalt. Dabei sind aber die Programmautonomie sowie die Unabhängigkeit von Radio und Fernsehen unbestritten. Es besteht kein Recht des Einzelnen auf Zugang zu diesen Medien.

- Andere Formen fernmeldetechnisch verbreiteter Informationen:  
Durch den Schutz dieser Kategorie hält sich die BV für neue Formen der Massenkommunikation offen → Internet, Teletext...
- Zensurverbot (Abs. 2):  
Zensur ist gleichzusetzen mit einer staatlichen Inhaltskontrolle von grundrechtlich geschützten Medienerzeugnissen.  
systematische Zensur: planmässige und systematische Inhaltskontrolle → Kerngehalt!  
systematische oder punktuelle repressive Zensur (Nachzensur): nachträglich, an die Publikation oder Ausstrahlung anschliessende behördliche Inhaltsüberprüfung von Medienerzeugnissen auf ihre Rechtmässigkeit hin. Umstritten, ob ein solcher Eingriff den Kerngehalt tangiert.
- Redaktionsgeheimnis:  
Informationsträger sind oft nur unter Zusicherung ihrer Anonymität zur Zusammenarbeit mit Medienschaffenden bereit. Das Redaktionsgeheimnis schützt die Medienschaffenden davor, ihre Quellen staatlichen Behörden bekannt geben zu müssen (Quellenschutz). Sie haben zudem ein Zeugnisverweigerungsrecht, sie dürfen Aussagen über die Identität von Autoren oder über den Inhalt und die Quelle ihrer Informationen verweigern.

#### Kerngehalt

Das in Art. 17 Abs. 2 BV verankerte Zensurverbot stellt im Teilaspekt des Verbots systematischer Vorzensur den Kerngehalt der Medienfreiheit dar.

### IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Einschränkungen der Medienfreiheit müssen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen. Wegen der demokratischen Funktion der Medien muss der Staat seine Massnahmen besonders überzeugend rechtfertigen.

## § 21 Versammlungsfreiheit

### I. VERANKERUNG

Die Versammlungsfreiheit wird durch Art. 22 BV, Art. 11 EMRK und Art. 21 UNO-Pakt II gewährleistet.

### II. FUNKTION

Die Versammlungsfreiheit hängt eng mit der Meinungsfreiheit zusammen. Es bestehen zwei Funktionen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit:

- menschenrechtliche Dimension: Meinungsbildung und Meinungsaustausch in der Gemeinschaft.

- Demokratische Funktion: Möglichkeit freier Versammlung ist Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte und ist unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Die Versammlungsfreiheit steht allen in- und ausländischen natürlichen Personen zu. Juristische Personen können sich insofern darauf berufen, als dass sie Veranstalter einer Versammlung sein können.

#### Geschützte Sphäre

Als Versammlungen grundrechtlich geschützt sind „verschiedenste Formen des Zusammenfindens von Menschen im Rahmen einer gewissen Organisation mit einem weit verstandenen gegenseitig meinungsbildenden oder meinungsaussernden Zweck“.

Es sind mehrere Personen vorausgesetzt, wobei eine minimale Planmässigkeit des Zusammenkommens verlangt wird.

Grundrechtlich geschützt sind Versammlungen, die Meinungsbildend sind oder eine Meinungsäusserung bezwecken. Unterhaltende oder kommerzielle Veranstaltungen sind unter Umständen auszuschliessen. Es muss ein ideeller Zweck vorhanden sein (→ Fussballspiel zählt nicht, eine „Love Parade“ oder ein Benefizkonzert aber schon...).

Geschützt sind Zusammenkünfte auf privatem, sowie öffentlichem Grund. Es spielt keine Rolle, ob die Versammlung öffentlich ist oder im geschlossenen Rahmen stattfindet.

Unklar ist, wie es sich mit virtuellen Versammlungen verhält (→ Chatforen, Videokonferenzen...).

#### Schutz nur friedlicher Veranstaltungen?

Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge lässt die öffentliche Ordnung keinen Raum für Meinungskundgebungen, die mit rechtswidrigen Handlungen verbunden sind. Ist eine Versammlung nicht mehr friedlich, entfällt der grundrechtliche Schutz. Eine Kundgebung kann als äusserste Massnahme also verboten werden.

#### Geschützte Ansprüche

Art. 22 vermittelt dem Einzelnen als Freiheitsrecht das Recht, Versammlungen zu organisieren und daran teilzunehmen (positive Versammlungsfreiheit). Dem Grundrechtsträger bleibt aber auch die Freiheit, von solchen Veranstaltungen fernzubleiben (negative Versammlungsfreiheit).

Aus der Versammlungsfreiheit ergeben sich auch positive Leistungsansprüche: grundrechtlich geschützt, wenn auch bedingter Anspruch auf Nutzung öffentlichen Grundes zur Durchführung von Versammlungen. Es ergeben sich auch Schutzansprüche des Einzelnen mit entsprechenden Leistungspflichten des Staates: Insbesondere sind Demonstrationen und andere Versammlungen durch angemessene Massnahmen gegen Störungen durch Dritte zu schützen.

#### Kerngehalt

Der Kerngehalt der Versammlungsfreiheit wurde noch nicht wirklich thematisiert. Ein Vermummungsverbot widerspricht aber sicherlich nicht dem Kerngehalt. Er ist aber betroffen durch ein generelles Verbot jeglicher Versammlung.

#### IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Die Zulässigkeit von staatlichen Eingriffen beurteilt sich nach den Kriterien von Art. 36 BV.

### § 27 Glaubens- und Gewissensfreiheit

#### I. VERANKERUNG

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (auch Religionsfreiheit) ist in Art. 15 BV verankert. Sie garantiert jeder Person das Recht, die Religion und Weltanschauung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören und religiösem Unterricht zu folgen. Gleichzeitig verbietet die Garantie jeden Zwang, eine dieser Handlungen vorzunehmen.

Auch in Art. 9 EMRK und Art. 18 UNO-Pakt II ist eine ähnliche Garantie enthalten.

#### II. FUNKTION

Es gibt ein Spannungsfeld zwischen drei Funktionen, welche die Religionsfreiheit heute zu erfüllen hat: Sie soll den religiösen Frieden sichern (Toleranzgebot), soll garantieren, dass alle Menschen allein und in Gemeinschaft ihre tiefsten Überzeugungen zu transzendentalen Fragen bewahren, ausdrücken und im Alltag leben dürfen (Freiheitsschutz), und sie soll die Integration aller Menschen ungeachtet ihrer Religion im Gemeinwesen erleichtern (Integrationsfunktion).

#### III. SCHUTZBEREICH

##### Persönlicher Schutzbereich

Natürliche Personen ungeachtet ihrer Staatszugehörigkeit. Ab 16 Jahren sind Jugendliche religionsmündig, dürfen also ab diesem Zeitpunkt selber über ihr religiöses Bekenntnis entscheiden. Juristische Personen sind grundsätzlich in ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht geschützt. Ausnahmsweise ist eine Berufung auf Art. 15 BV aber möglich.

##### Geschützte Sphäre

- a) zum Glauben gehören grundsätzlich alle Arten von Vorstellung über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen beziehungsweise zum Transzendenten (also auch Atheismus...).
- b) Religion ist ein von grösseren Gemeinschaften getragenes System von Vorstellungen über die Existenz von Gegebenheiten jenseits des sinnlich erfassbaren. Es gibt aber keine allgemeine Definition.
- c) Weltanschauliche Überzeugung ist geschützt, soweit sie mit Transzendentalem zusammenhängt. (politische Weltanschauung wird durch Kommunikationsgrundrechte geschützt)
- d) Gewissen bezeichnet den inneren Bereich menschlicher Überzeugung.

### Geschützte Ansprüche

- Anspruch auf Wahrung der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates: von den Behörden wird eine unparteiische, gleichmässige Berücksichtigung aller in einer pluralistischen Gesellschaft auftretenden religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen verlangt. Allerdings gilt dieses Gebot nicht absolut. Landeskirchen dürfen z.B. besser gestellt werden. Auch in Schulen muss die religiöse Neutralität gewahrt bleiben. Verboten sind etwa starke religiöse Symbole. Es ist jedoch nur der Staat zu religiöser Neutralität verpflichtet, nicht die Schüler (Lehrerinnen dürfen also z.B. kein Kopftuch tragen, Schüler jedoch schon). Zudem müssen Schüler an bestimmten Feiertagen vom Unterricht dispensiert werden können. Auch müssen die Schulen konfessionell gemischt sein, also darf niemand wegen seiner Konfession ausgeschlossen werden.
- Recht auf eine religiös geprägte Lebensweise: Die Freiheit des Einzelnen, grundsätzlich sein ganzes Verhalten nach den Lehren des Glaubens auszurichten und seinen inneren Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln. Es muss immer abgeklärt werden, ob sich eine bestimmte Verhaltensweise auf den Glauben zurückführen lässt.
- Negative Religionsfreiheit: Gemäss Art. 15 Abs. 4 BV darf niemand gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören. Eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen.

Die Wirkung zwischen Privaten kommt der Religionsfreiheit nicht zu.

### Kerngehalt

Die negative Religionsfreiheit stellt im Grossen und Ganzen den Kerngehalt dar. Absolut unzulässig ist es auch, jemanden zu zwingen, sich von seinem Glauben abzuwenden.

## IV. EINSCHRÄNKUNGEN

### Allgemein

Unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV kann die Religionsfreiheit mit Ausnahme des Kerngehalts eingeschränkt werden. Gewisse Besonderheiten gelten aber beim Erfordernis des öffentlichen Interesses, als auch jenem der Verhältnismässigkeit.

### Öffentliches Interesse und Schutz der Rechte Dritter

Bestimmten Eingriffsmotiven kommt bei der Religionsfreiheit in der Praxis besondere Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere für den Schutz des religiösen Friedens, die weltanschauliche Neutralität des Staates, den Vorbehalt bürgerlicher Pflichten und den Schutz der Grundrechte Dritter.

Die Wahrung des religiösen Friedens stellt ein besonders wichtiges öffentliches Interesse dar. Es darf ein gewisses Mass an gegenseitiger Toleranz verlangt werden, solange nicht eine schädliche Spannung entsteht.

### Verhältnismässigkeit

Unter dem Aspekt der Zumutbarkeit ist unter Umständen zu prüfen, ob es den Betroffenen zugemutet werden kann, gegen ein religiöses Gebot zu verstossen, damit dem öffentlichen Interesse oder den Rechten Dritter zum Durchbruch verholfen werden kann. Hier ist die Zumutbarkeit umso eher zu verneinen, je wichtiger das religiöse Gebot (und damit der potentielle Gewissenskonflikt) für das betroffene Individuum und je geringer das Gewicht der beeinträchtigten öffentlichen Interessen bzw. der Rechte Dritter ist.

## § 28 Eigentumsgarantie

### I. VERANKERUNG

Die Eigentumsgarantie ist in Art. 26 BV verankert. Sie gewährleistet das Eigentum (Abs. 1) und bestimmt in Abs. 2, dass „Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, voll entschädigt werden“.

### II. FUNKTION

Der Eigentumsgarantie kommen im Wesentlichen drei Funktionen zu:

1. Die Eigentumsgarantie hat insofern eine institutionelle Funktion (Institutsgarantie), als sie das Eigentum als zentrales Institut des Privatrechts gewährleistet. Der Gesetzgeber hat nicht nur das Eigentum als Institut zu gewährleisten und zu schützen, sondern im Sinne der programmatischen Dimension der Grundrechte eine Eigentumspolitik zu betreiben, welche das Ziel einer möglichst breiten Streuung des Eigentums und die Förderung des individuellen Eigentumserwerbs zu verwirklichen sucht.
2. In ihrer individual-rechtlichen Funktion schützt die Eigentumsgarantie das Interesse der Privaten, ihr Eigentum ungestört von staatlichen Eingriffen geniessen und frei darüber verfügen zu können. → Bestandesgarantie  
Zudem vermittelt die Garantie den Anspruch, vom Staat gegen Übergriffe durch andere Private geschützt zu werden.
3. Die Entschädigungsfunktion der Eigentumsgarantie stellt sicher, dass jede Person, welcher der Staat rechtmässig Eigentumsbefugnisse entzieht, für den Wertverlust entschädigt wird, falls der Eingriff so schwer wiegt, dass der bestimmungsgemässe Gebrauch oder die Verfügungsgewalt über das Eigentum nicht mehr gewährleistet sind. → Wertgarantie

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Auf die Eigentumsgarantie können sich natürliche und juristische Personen ungeachtet ihrer Nationalität bzw. ihres Sitzes berufen.

#### Geschützte Ansprüche

- Institutsgarantie:  
schützt das Privateigentum als Institut der Schweizerischen Rechtsordnung → Kerngehalt.
- Bestandesgarantie:  
schützt vor staatlichen Beschränkungen der aus dem Eigentum fliessenden Rechte und Befugnisse. Es geht um den Schutz der konkreten Eigentumsrechte (z.B. Verfügungsmacht über das Eigentum, dessen Nutzung oder um den Besitz) → Schutz des Vermögensbestandes und der Vermögensrechte Einzelnen. Es wird aber nur die rechtmässige Ausübung des Eigentums geschützt. Nebst Abwehransprüchen können aus der Bundesgarantie auch Ansprüche auf Schutz vor rechtswidriger Störung durch Dritte fliessen. Die Bestandesgarantie ist unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV einschränkbar.

- Wertgarantie:  
schafft einen Anspruch auf volle Entschädigung des Wertverlustes, wenn der Staat in die Bestandesgarantie eingreift. Voraussetzung ist allerdings, dass der Eingriff als formelle Enteignung erfolgt oder aber eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung darstellt, die einer formellen Enteignung gleichkommt (→ materielle Enteignung). Andere Beschränkungen der Bestandesgarantie oder bloss faktische Wertverminderungen im Gefolge staatlichen Handelns lösen keinen Entschädigungsanspruch aus. Die Leistungsgarantie vermittelt den Betroffenen Leistungsansprüche gegenüber dem Staat. Sie ist nicht einschränkbar.

#### IV. EINSCHRÄNKUNGEN DER BESTANDESGARANTIE

##### Eingriffsformen

- Formelle Enteignung:  
Hoheitlicher Entzug von Eigentumsrechten in einem formellem Enteignungsverfahren zur Erstellung eines staatlichen Werkes im öffentlichen Interesse. Dem Eigentümer werden geschützte Rechte entzogen und gehen förmlich auf den Enteigner über. Gegenstand der formellen Enteignung sind dingliche Rechte an Grundstücken, aus Grundeigentum hervorgehende Nachbarrechte sowie wohlerworbene Rechte. Nachbarrechte, welche durch unvermeidbare Immissionen, für die das Gemeinwesen verantwortlich ist, beeinträchtigt werden, müssen formell enteignet werden, wenn die Immissionen kumulativ (1.) nicht vorhersehbar waren, (2.) über das übliche Mass der Umgebung hinausgehen und (3.) schwer sind. Formelle Enteignungen sind nur unter Beachtung von Art. 36 BV zulässig und im Sinn der Wertgarantie Entschädigung geleistet wird.
- Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen:  
Nutzungs- und Verfügungsrechte werden hier eingeschränkt, ohne dass ein Übergang von Rechten stattfindet. Die Eigentumsrechte bleiben formell erhalten, können aber nicht mehr in vollem Umfang ausgeübt werden. Auch hier gelten die Voraussetzungen von Art. 36 BV. Ist die Beschränkung gerechtfertigt, muss der Eingriff i.d.R. entschädigungslos hingenommen werden. Sind die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen jedoch so schwer, dass sie einer formellen Enteignung gleichkommen, müssen sie voll entschädigt werden.
- Beschlagnahmen und Einziehen:  
Die Beschlagnahme ist ein prozessleitender Zwischenentscheid der Untersuchungsbehörde im Strafverfahren zur Sicherung von Beweismitteln oder zur Einleitung eines Einziehungsverfahrens. Die Beschlagnahme greift in den Besitz und damit in die Eigentumsgarantie ein → Anforderungen aus Art. 36 BV. Der beschlagnahmte Gegenstand ist sobald möglich zurückzugeben. Die richterliche Einziehung entzieht dem Betroffenen die Verfügungsmacht über Gegenstände oder Vermögenswerte, die zu einer strafbaren Handlung gedient haben oder aus einer solchen hervorgegangen sind, endgültig. Sie fallen entweder der Staatskasse zu, werden vernichtet oder dem Geschädigten zum Ausgleich zugesprochen. Sind solche Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, kann an ihrer Stelle eine Ersatzforderung eingezogen werden.

### Gesetzliche Grundlage

In Übereinstimmung mit Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV ist bei einem schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie eine formellgesetzliche Grundlage erforderlich, welche klar und genügend bestimmt ist. Es sind 4 Kategorien von Eingriffen zu unterscheiden:

- Formelle Enteignung: Hier liegt immer ein schwerer Eingriff vor, unabhängig von Grösse und Wert des enteigneten Grundstücks.
- Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die eine materielle Enteignung darstellen: Ein Entschädigungsanspruch setzt immer einen schweren Eingriff voraus.
- Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die keine materielle Enteignung bedeuten: Hier ist zu prüfen, ob sie einschneidend genug sind, damit der Eingriff schwer ist.
- Beschlagnahme: Auch hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Eingriff schwer ist.

### Öffentliches Interesse

Das BGer lässt grundsätzlich jedes öffentliche Interesse gelten, sofern nicht rein fiskalische Ziele angestrebt sind oder mit dem Eingriff gegen andere Verfassungsnormen verstossen wird. Die in der Praxis relevanten Eingriffsinteressen sind i.d.R. in der BV verankert. So ist beispielsweise Umweltschutz, Raumplanung, Gewässerschutz, Waldschutz und Natur- und Heimatschutz häufige Gründe für Eingriffe in die Eigentumsgarantie. Das BGer hat auch ästhetische, bodenpolitische, wohlfahrtsstaatliche und sozialpolitische Interessen als legitime Eingriffsmotive anerkannt.

### Verhältnismässigkeit

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Eingriff in das Eigentum verhältnismässig, wenn er zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich und geeignet ist und die Eigentumsbeschränkung dazu in einem vernünftigen Verhältnis steht.

## V. INSTITUTSGARANTIE (KERNGELAHT)

Die vollständige Auslöschung von Eigentumsrechten ist im Einzelfall eventuell sogar zulässig (wie bei der formellen Enteignung).

Kerngehalt der Eigentumsgarantie ist die Institutsgarantie. Eingriffe, die das Eigentum als Rechtsinstitut betreffen, sind daher unzulässig. Als Eingriffe in die Institutsgarantie würden beispielsweise eine konfiskatorische Besteuerung (liegt erst vor, wenn Vermögen durch übermässige Besteuerung nach und nach entzogen wird und, wenn diese Besteuerung längere Zeit andauert, die Vermögenssubstanz verzehrt oder die Neubildung von Vermögen verhindert wird), eine Ersetzung des Eigentums durch staatlich verliehene Nutzungsrechte oder ein uneingeschränktes Vorkaufsrecht des Gemeinwesens gelten.

## VI. WERTGARANTIE

Greift der Staat rechtmässig in die Bestandesgarantie ein, besteht ein Anspruch auf volle Entschädigung des Wertverlustes, dies allerdings nur im Fall der formellen Enteignung oder einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, die einer formellen Enteignung gleichkommt. Eingriffe in die Wertgarantie sind unzulässig: Liegt eine formelle oder materielle Enteignung vor, ist immer eine volle Entschädigung geschuldet.

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die unter dem Gesichtspunkt von Art. 36 BV zulässig sind, müssen entschädigungslos hingenommen werden, wenn sie relativ leicht

wiegen oder wenn sie, obwohl schwer, als polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkungen die Grundeigentümer selber oder andere Personen schützen sollen.

## § 32 Treu und Glauben

### I. VERANKERUNG

Als Grundrecht verankert ist der Vertrauensgrundsatz in Art. 9 BV: Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Ergänzt wird diese Bestimmung durch den Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns von Art. 5 Abs. 3 BV. Auch im ZGB ist das Gebot von Treu und Glauben verankert. Zudem ist Treu und Glauben auch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts. Als Menschenrecht ist es allerdings nicht anerkannt und auch in keiner Menschenrechtskonvention vorhanden.

### II. FUNKTION

Das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben und der entsprechende Grundrechtsanspruch soll „zwischenmenschliches Handeln in einem gewissen Masse voraussehbar und verlässlich machen, so dass eine wechselseitige Abstimmung und Koordination von Verhalten möglich ist.“

→ unerlässlich für das Funktionieren des Rechtssystems

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Auf das Gebot von Treu und Glauben können sich natürliche und juristische Personen ungeachtet ihrer Nationalität bzw. ihres Sitzes berufen. Es handelt sich bei Art. 9 BV nur um ein Recht Privaten gegenüber dem Staat, nicht zwischen Privaten (dieses wäre in Art. 2 ZGB).

--Anspruch auf Schutz des Vertrauens in behördliche Auskünfte und Zusicherungen  
Unter gewissen Voraussetzungen wird das Vertrauen von Privaten in behördliche Auskünfte und Zusicherungen geschützt, obwohl diese falsch waren. (Auskünfte sind Seinsaussagen, Zusicherungen sind Sollensaussagen)

Auf Auskünfte, die sich im Nachhinein als unzutreffend erweisen, darf sich der Empfänger berufen resp. die Auskunft erteilende Instanz muss sich so verhalten, als ob die Auskunft richtig gewesen wäre, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Auskunft bezog sich auf eine konkrete Angelegenheit und wurde vorbehaltlos erteilt;
- Die Behörde war zur Erteilung der Auskunft zuständig (oder der Bürger durfte sie als zuständig erachten);
- Die Unrichtigkeit war nicht offensichtlich und musste daher nicht erkannt werden;
- Aufgrund der Auskunft wurden Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können;
- Rechts- und Sachlage haben sich seit der Auskunft nicht geändert.

Bei Zusicherungen gelten die ersten 4 Voraussetzungen gleich wie bei den Auskünften. Keine Rolle spielt demgegenüber das Element der Änderung der gesetzlichen Ordnung: Wo die Behörde die Zusicherung ohne Vorbehalt der Änderung der Rechtsordnung erteilt hat, können die Privaten davon ausgehen, dass man allfälliges neues Recht auf sie nicht anwenden werde.

-- Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

-- Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Art. 9 BV ist verletzt, wenn Behörden von einem verbindlich eingenommenen Standpunkt ohne sachliche Rechtfertigung abweichen und dem Privaten dadurch ein Nachteil entsteht.

-- Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber

Rechtsetzende Normen sind grundsätzlich jederzeit abänderbar. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben können sich allerdings gewisse Schranken ergeben:

- Rückwirkungsverbot: Private dürfen darauf vertrauen, dass die Gesetze, die zum Zeitpunkt einer Handlung in Kraft sind, Anwendung finden und sie nicht später mit anderen Normen konfrontiert werden. Ausnahmsweise ist eine solche echte Rückwirkung zulässig, wenn sie vom Gesetz klar gewollt ist, zeitlich vernünftig beschränkt ist, keine schockierenden Ungleichheiten bewirkt, auf triftigen Gründen beruht und nicht in wohlerworbene Rechte eingreift.
- Übergangsfristen, damit die Betroffenen umdisponieren können.
- Wohlerworbene Rechte

Kerngehalt

Der Kerngehalt des Gebotes von Treu und Glauben deckt sich mit dem Sachverhalt. Betrifft ein Eingriff den Sachverhalt, ist immer auch der Kernbereich betroffen. Betrifft er den Sachverhalt nicht, ist er verfassungskonform.

## § 33 Rechtsgleichheit

### I. VERANKERUNG

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich (Art. 8 Abs. 1 BV). Dieser allgemeine Gleichheitssatz wird in Art. 8 Abs. 2 bis 4 BV durch verschiedene Diskriminierungsverbote ergänzt. Sie stellen besondere Gleichheitssätze für besonders schwerwiegende Ungleichbehandlung dar.

Im Völkerrecht ist die Rechtsgleichheit in Art. 26 Satz 1 UNO-Pakt II verankert.

### II. FUNKTION

Kern der Gerechtigkeitstheorie ist das Maximen: „Jedem das Gleiche“ (ausgleichende Gerechtigkeit) und „jedem das Seine“ (austeilende Gerechtigkeit).

Die Gleichbehandlung der Menschen durch das Recht, unbesehen ihrer physischen, psychischen und sozialen Unterschiede, stellt einen zentralen Aspekt einer gerechten staatlichen Ordnung dar.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Früher waren nur „Schweizer“ gleichberechtigt. In der heutigen Verfassung wird mit dem Ausdruck „Menschen“ Klarheit geschaffen. Aber es werden entgegen diesem Wortlaut auch juristische Personen geschützt.

#### Geschützte Sphäre und geschützte Ansprüche

Es handelt sich beim Rechtsgleichheitsgebot um einen allgemeinen Gleichheitssatz, wobei die etwas unpräzise Formulierung „vor dem Gesetz“ sowohl die Gleichheit in der Rechtsanwendung sowie die Gleichheit in der Rechtsetzung beinhaltet.

Den Behörden wird einerseits geboten, Gleiches gleich zu behandeln (Gleichheitsgebot) und andererseits Ungleiches ungleich zu behandeln (Differenzierungsgebot)

Der Gleichheitssatz garantiert aber keine Rechtsgleichheit über die Kantons- oder Gemeindegrenzen hinweg (es ist nicht geschützt, dass andere Kantone oder Gemeinden identische Sachverhalte nicht anders regeln). Eine absolute Grenze bildet aber das Diskriminierungsverbot, sowie das in Art. 37 Abs. 2 BV verankerte Recht, dass niemand allein aufgrund seines Bürgerrechts bevorzugt oder benachteiligt werden darf.

#### Prüfprogramm

Differenzierungen sind in gewissen Fällen zulässig oder sogar geboten. Die Antwort auf die Frage nach der sachlichen Begründetheit einer Ungleichbehandlung oder eines Verzichts auf eine Differenzierung ist eine Wertungsfrage.

Prüfprogramm mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot:

- Befinden sich die betroffenen Personen mit Blick auf den rechtserheblichen Sachverhalt in einer vergleichbaren Situation?
- Werden sie durch den Gesetzgeber bzw. den Rechtsanwender ungleich behandelt?
- Liegen für eine Differenzierung sachliche Gründe vor?

Für das Differenzierungsgebot gilt entsprechend:

- Befinden sich die betroffenen Personen mit Blick auf den rechtserheblichen Sachverhalt in einer nicht vergleichbaren Situation?
- Werden sie durch den Gesetzgeber bzw. den Rechtsanwender gleich behandelt?
- Liegen für die Gleichbehandlung sachliche Gründe vor?

#### Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung

Eine Verletzung der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung liegt vor, wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, ohne dass ein vernünftiger Grund ersichtlich ist. Ebenso, wenn Unterscheidungen unterbleiben, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.

#### Differenzierungsgebot

Es kann sein, dass es geboten ist, Leute ungleich zu behandeln, weil die einen durch die gleiche Behandlung erheblich grössere Nachteile erleiden würden als die anderen, aufgrund von unterschiedlichen persönlichen Verhältnissen → Steuerrecht!

#### Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung

Bei Praxisänderungen stehen sich regelmässig das Interesse an der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit auf der einen und jenes an einer dynamischen, der aktuellen Rechtsüberzeugung entsprechenden Praxis auf der anderen Seite gegenüber. Den Behörden ist es erlaubt, ihre Entscheidpraxis zu ändern, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es liegen ernsthafte und sachliche Gründe vor
- Die Änderung erfolgt in grundsätzlicher Weise (gilt für alle künftigen Fälle)
- Das Interesse an der neuen, als richtig erkannten Rechtsanwendung muss die im Spiele stehenden gegenläufigen Rechtssicherheitsinteressen überwiegen
- Die Praxisänderung muss angekündigt werden

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (wenn eine Behörde einen falschen Entscheid getroffen hat, kann man sich nicht auch auf diesen berufen).

Ausser wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Behörde weicht in ständiger Praxis vom Gesetz ab
- Die Behörde gibt zu erkennen, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden wird
- Es bestehen keine überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen oder überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter

Sobald ein Erlass oder eine Verfügung zwischen verschiedenen Personengruppen oder Sachverhalten differenziert → Rechtsgleichheit

Werden aber alle betroffenen gleich unsinnig behandelt → Willkürverbot

## § 34 Diskriminierungsverbot

### I. VERANKERUNG

Art. 8 Abs. 2 BV

Auch in der UNO-Charta, UNO-Pakt II, EMRK und anderen Übereinkommen

### II. FUNKTION

Die Herabsetzung von Menschen anderer Hautfarbe, von Frauen, Menschen mit Behinderung oder Angehörigen bestimmter Religionen lässt sich mit dem allgemeinen Gleichheitsgebot oft nicht verhindern, weil sich häufig vermeintlich sachliche Gründe (wie etwa die geringere Körperkraft von Frauen) für die Ungleichbehandlung finden lassen. Hier kommt das Diskriminierungsverbot als besonderer Gleichheitssatz zum Zug.

Diskriminierung bezeichnet qualifizierte Fälle von Ungleichbehandlung, welche eine Benachteiligung mit Merkmalen begründen, die einen nicht oder nur schwer verzichtbaren, wesentlichen Bestandteil der Identität der betroffenen Person ausmachen. Das Diskriminierungsverbot hat die Aufgabe, Menschen vor Verletzung ihrer Menschenwürde zu schützen. Zudem erfüllt es auch eine friedensstiftende Funktion (Kriege haben ihren Ursprung oft in Diskriminierung)

### III. SCHUTZBEREICH

Persönlicher Schutzbereich

Nur natürliche Personen sind geschützt. Juristische Personen können sich nicht auf das Diskriminierungsverbot berufen. (Im Europarecht jedoch schon)

Geschützte Sphäre und geschützte Ansprüche

2 Unterschiede zu einer „gewöhnlichen“ Ungleichbehandlung:

- die Ungleichbehandlung knüpft an verpönte Merkmale
- nicht sachliche, erst ernsthafte und triftige können eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Wo sich die Schlechterstellung von Personen mit einem der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Merkmalen nicht mit ernsthaften und triftigen Gründen rechtfertigen lässt, liegt eine Diskriminierung vor.

Verpönte Merkmale:

- Herkunft
- Rasse
- Geschlecht
- Alter
- Sprache
- Soziale Stellung
- Lebensform
- Religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung
- Körperliche, geistige oder psychische Behinderung

Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend! Die Diskriminierungsmerkmale verweisen auf Gruppen, deren Angehörige historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt werden oder sonst minderwertig behandelt werden. Diese Merkmale sind besonders persönlichkeitsnah, weil sie die Identität von Menschen massgeblich prägen.

Rechtfertigungsgründe:

Zunächst gilt der Verdacht der Unzulässigkeit bei Ungleichbehandlung von Menschen mit diskriminierungsrelevanten Merkmalen. Dieser Verdacht wird widerlegt, wenn die Unterscheidung durch qualifizierte Gründe gerechtfertigt werden kann. Liegen diese Gründe vor, bilden sie die Begründung für die Ungleichbehandlung, nicht die Merkmale. Dann liegt keine Herabwürdigung vor.

Es ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung erforderlich, um die qualifizierten Gründe zu eruieren.

#### IV. KATEGORIEN MÖGLICHER DISKRIMINIERUNG

Direkte Diskriminierung:

Wenn ein Erlass oder ein Einzelakt eine Differenzierung enthält, welche ausdrücklich an einem verpönten Merkmal anknüpft und eine Benachteiligung bewirkt, die nicht mit qualifizierten Gründen gerechtfertigt werden kann.

Prüfprogramm:

- Werden Personen in vergleichbaren Situationen durch den Erlass oder Einzelakt ungleich behandelt?
- Hat diese Differenzierung eine Benachteiligung der Betroffenen zum Ziel oder zur Folge?
- Knüpft die Differenzierung ausdrücklich an einem verfassungsrechtlich verpönten Merkmal an?
- Ist die Ungleichbehandlung ungerechtfertigt, weil die Differenzierung nicht auf ernsthaften und triftigen Gründen beruht, d.h. entweder keine zulässigen Ziele und

Zwecke verfolgt, oder die Benachteiligung in Bezug auf das legitimerweise verfolgte Ziel ungeeignet, nicht erforderlich oder unzumutbar ist?

Eine Diskriminierungsabsicht ist nicht erforderlich.

Indirekte Diskriminierung:

Wo Menschen mit relevanten Merkmalen rechtlich oder faktisch in nicht gerechtfertigter Weise benachteiligt werden, ohne dass der Erlass oder der Einzelakt ausdrücklich an einem verpönten Merkmal anknüpft.

Heute gibt es nicht mehr viele Fälle direkter Diskriminierung. In der Praxis häufiger sind die Fälle, in welchen eine neutrale Massnahme in ihren praktischen Auswirkungen zu einer verpönten Ungleichbehandlung führt. Von einer überwiegenden Belastung oder Benachteiligung kann gesprochen werden, wenn Differenzierungen, die an ein neutrales Kriterium anknüpfen (bzw. das Fehlen einer Differenzierung) Angehörige einer Gruppe mit verpöntem Merkmal in ihren praktischen Auswirkungen wesentlich stärker treffen als Personen, die diese Merkmale nicht aufweisen.

Prüfprogramm:

- Ist der Erlass oder Einzelakt begrifflich neutral gefasst?
- Benachteiligt eine Ungleichbehandlung, die an ein neutrales Kriterium anknüpft, oder eine Gleichbehandlung, d.h. das Fehlen einer Differenzierung, in ihren praktischen Anwendungen ausschliesslich oder überwiegend Menschen mit verpöntem Merkmal?
- Ist die Ungleichbehandlung – oder aber die Gleichbehandlung – ungerechtfertigt?

Akzessorische Diskriminierung:

Direkte oder indirekte Diskriminierung bei der Rechtsetzung oder Rechtsanwendung, welche nicht selbständig, sondern anlässlich der Beschränkung einer anderen Menschenrechtsgarantie erfolgt. Ein gerechtfertigter Eingriff in ein Recht trifft weitaus überwiegend Menschen mit einem verpönten Merkmal, was sich nicht rechtfertigen lässt. BGer hat diese Form noch nicht wirklich behandelt.

## V. GELTUNG UNTER PRIVATEN?

Das Diskriminierungsverbot gilt unter Privaten nicht unmittelbar, sondern nur nach Massgabe von Art. 35 Abs. 1 und 3 BV. Direkte Drittwirkung kommt dem Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn zu gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV.

## VI. EXKURS: FÖRDERUNGSMASSNAHMEN

Förderungsmassnahmen gehen über die Beseitigung der indirekten Diskriminierung hinaus und privilegieren eine bestimmte Personengruppe.

Sie sind unter folgenden kumulativen Voraussetzungen zulässig:

- Privilegierung dient der Beseitigung einer aktuellen, tatsächlichen gesellschaftlichen Schlechterstellung der betroffenen Gruppe
- Besserbehandlung muss zur Benachteiligung einen engen Konnex aufweisen, d.h. für die Realisierung der tatsächlichen Gleichstellung geeignet und erforderlich sein und nicht länger dauern, als für die Korrektur der bisherigen Benachteiligung nötig ist.
- Eine Förderungsmassnahme darf die dadurch neu benachteiligte Gruppe nicht in unzumutbarer Weise belasten
- Bewirkt die Privilegierung einen Grundrechtseingriff in die Grundrechte der negativ betroffenen Gruppe, muss geprüft werden, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist

- Die Motive für die Besserstellung dürfen ihrerseits nicht in stereotypen Rollenverständnissen oder sonstigen Vorurteilen bezüglich des Verhaltens bestimmter Gruppen gründen.

## VII. GLEICHE RECHTE FÜR MANN UND FRAU

→ Art. 8 Abs. 3 BV

Die BV selbst sieht in Art. 59 und 61 BV eine Abweichung vom Grundsatz der Geschlechtergleichheit vor: Danach sind Militär- und Zivildienst für Frauen freiwillig und für Männer obligatorisch.

Wichtig ist hier Abs. 3 Satz 3, der einen gleichen Lohn für vergleichbaren Arbeitseinsatz garantiert. Diese Norm ist auch gegenüber privaten Arbeitgebern durchsetzbar, also verfügt sie über direkte Drittwirkung.

## VIII. BESEITIGUNG DER BENACHTEILIGUNGEN VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN

Art. 8 Abs. 4 sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vor. Es handelt sich um einen nicht einklagbaren Gesetzgebungsauftrag. Dazu wurde das Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen ausgearbeitet (BehiG).

# § 29 Wirtschaftsfreiheit

## I. VERANKERUNG

Heute ist die Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 Abs. 1 BV verankert. Gemäss Abs. 2 umfasst die WF „insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.“

Die WF wird als Grundprinzip eingeführt, an das sich Bund und Kantone halten müssen; Abweichungen von der WF bedürfen einer besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung (Art. 94 BV).

In der EMRK und dem UNO-Pakt ist die WF nicht verankert. Es gibt höchstens Normen wie das Verbot der Zwangsarbeit und der Sklaverei.

## II. FUNKTION

Die WF diene vor allem der Schaffung einer schweizerischen Binnenmarktes: Abschaffung der kantonalen Zölle, Weg- und Brückengelder sowie der Konsumgebühren.

- Individual-rechtliche Funktion:  
Unter grundrechtlichem Schutz steht das (privat)wirtschaftliche Handeln als zentraler Lebensbereich des Einzelnen. Freie Ausübung und Wahl des Berufes, Verbot der staatlichen Verpflichtung zur Ausübung eines Berufes, Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit. Der Gesetzgeber wird verpflichtet, eine Wirtschaftsordnung auszugestalten, in der sich der Einzelne wirtschaftlich optimal entfalten kann.
- Wirtschaftspolitisch-institutionelle Funktion:  
Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs. Grundsätzlich staatsfreie Wirtschaftsordnung, Gedanke der Privatautonomie, marktwirtschaftliche Prinzipien. Die wirtschaftspolitische Funktion der WF legitimiert sich aus der Überzeugung, dass das freie Spiel des Wettbewerbs und der ungehinderte Zugang aller zum Markt der Bevölkerung Wohlstand und Wohlfahrt bringen. Bund und Kantone werden auch dazu verpflichtet, die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zu schaffen, welche für das Funktionieren der Marktwirtschaft und zur Vermeidung von Missbräuchen notwendig sind.
- Bundesstaatliche Funktion:  
Wird durch die in Art. 95 Abs. 2 BV formulierte Verpflichtung zu Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraumes explizit zum Ausdruck gebracht. Es soll ein schweizerischer Binnenmarkt geschaffen werden, in welchem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.

### III. SCHUTZFUNKTION

#### Persönlicher Schutzbereich

Natürliche sowie juristische Personen des Privatrechts sind geschützt von der WF. Spezifisch menschenrechtliche Ausprägungen der WF – so das Recht auf freie Berufswahl oder das Verbot der Zwangsarbeit – schützen ihrer Natur nach nur natürliche Personen.

Die WF steht neben Inländern auch allen ausländischen Personen zu, die in der CH fremdenpolizeilich uneingeschränkt auf dem Arbeitsmarkt zugelassen sind (→ Niederlassungsbewilligung, Leute mit Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung).

Die WF schützt einzig privatwirtschaftlich tätige Personen. Wer Staatsaufgaben erfüllt, kann sich nicht auf die WF berufen.

#### Geschützte Sphäre

Die WF schützt jede private wirtschaftliche Betätigung, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs- bzw. Geschäftseinkommens dient. Keine Rolle spielt, ob die wirtschaftliche Betätigung selbständig oder unselbständig, haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder nur gelegentlich erfolgt.

#### Geschützte Ansprüche

Gemäss Art. 27 Abs. 2 BV ausdrücklich gewährleistet ist die freie Wahl des Berufes, der freie Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbs- und Geschäftstätigkeit und deren freie Ausübung. Zentrales Element der WF ist auch die Vertragsfreiheit. Die WF vermittelt grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistungen. Die Freiheit des Berufszugangs schützt den Einzelnen gegen Massnahmen, welche den Zutritt zum Markt verhindern oder übermässig erschweren. Das BGer anerkennt, dass sich der Einzelne auf die WF berufen kann, wenn er zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit öffentliche Sachen zum gesteigerten Gemeingebrauch beansprucht (z.B. Zirkus). Demnach vermittelt die WF einen

bedingten Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes und auf Erteilung einer allenfalls erforderlichen Bewilligung.

Der Wettbewerb unter direkten Konkurrenten darf nicht durch staatliche Massnahmen beeinträchtigt werden. Vielmehr muss der Staat eine neutrale Haltung einnehmen. Es dürfen nicht einzelne Marktteilnehmer begünstigt oder benachteiligt werden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung gilt aber nur unter direkten Konkurrenten, also wenn sich die Marktteilnehmer in der gleichen Branche mit dem gleichen Angebot an das gleiche Publikum richten, um gleiche Bedürfnisse zu befriedigen. Zudem hat die Gleichbehandlung keine absolute Geltung. Ungleichbehandlungen sind zulässig, wenn sie sich auf sachliche Gründe stützen und hinreichend wettbewerbsneutral sind.

#### Kerngehalt

Im Rahmen der individual-rechtlichen Funktion der Garantie ergibt sich der Kerngehalt aus dem Anspruch des Einzelnen auf autonome wirtschaftliche und berufliche Entfaltung und manifestiert sich damit hauptsächlich in der Freiheit der Berufs- bzw. Geschäftswahl und im Verbot von staatlichem Zwang zum Erlernen eines Berufes oder zur Ausübung einer Geschäfts- oder Erwerbstätigkeit überhaupt. Der Kerngehalt zeigt sich auch im absoluten Verbot der Zwangsarbeit. Im Rahmen der wirtschaftspolitischen Funktion der WF liegt der Kerngehalt im Institut der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung. Auch das Institut der Vertragsfreiheit gilt als unantastbar.

#### IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Grundsätzlich sind Eingriffe in die WF nach Art. 36 BV zu beurteilen. Daneben ist aber auch immer Art. 94 Abs. 1 BV im Auge zu behalten.

Nebenberuflich tätige Staatsbedienstete müssen sich aufgrund ihrer Sonderstellung weitergehende Grundrechtseingriffe gefallen lassen.

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit aus Art. 94 Abs. 1 ist indes immer zu beachten.

Abweichungen von diesem Grundsatz sind nur zulässig, wenn sie in der BV vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

#### Wettbewerbsneutralität

Ein Eingriff ist system- bzw. grundsatzkonform, wenn er wettbewerbsneutral und somit mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist. Ein system- bzw. grundsatzwidriger Eingriff liegt vor, wenn er sich gegen den in Art. 94 Abs. 1 verankerten Grundsatz der WF richtet. Grundsatzwidrig ist ein Eingriff namentlich dann, wenn er von seiner primären Zielsetzung her den freien Wettbewerb beeinträchtigen oder diesen verhindern soll, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu begünstigen, oder um das Wirtschaftsleben nach einem bestimmten Plan zu lenken.

Soweit eine staatliche Massnahme von ihrer primären Zielsetzung her wettbewerbsneutral ist, gilt sie als systemkonform, auch wenn sie gewisse wirtschaftslenkende oder wettbewerbsverzerrende Nebeneffekte nach sich zieht (z.B. hohe feuerpolizeiliche Anforderungen an einen Betrieb, so dass aufgrund der Kosten nicht mehr wettbewerbsfähige Preise angeboten werden können).

#### Gesetzliche Grundlage

- Grundsatzkonforme Eingriffe:  
bedürfen einer gesetzlichen Grundlage nach Art. 36 BV.
- Auf die BV gestützte grundsatzwidrige Eingriffe (Art. 94 Abs. 4 BV):  
System- oder grundsatzwidrige Eingriffe in die WF bedürfen einer besonderen Legitimität. Neben der gesetzlichen Grundlage ist eine Verankerung in der BV

erforderlich. Auf kantonaler Ebene darf ein systemwidriger Eingriff auch auf ein Regalrecht gestützt erfolgen. Zudem sind in jedem Fall die Voraussetzungen von Art. 36 BV einzuhalten.

- Auf kantonale Ausnahmen gestützte grundsatzwidrige Eingriffe (Art. 94 Abs. 4 BV): Wo staatliche Wettbewerbsbeschränkungen als notwendig erscheinen, sollen sie durch den Bund angeordnet werden. Eine Ausnahme bilden die kantonalen Regalrechte (auch: kantonale Monopole). Zu den tradierten Regalrechten der Kantone gehören die sogenannten historischen Regale (Jagd- Fischereiregal, Bergregal, Salzmonopol, Nutzung von Wasserkraft). Sie allein sind durch die Verfassungsgrundlage in Art. 94 Abs. 4 BV gedeckt, bedürfen also keiner zusätzlichen Grundlage in einem kantonalen Gesetz. Kantone dürfen auch neue Monopole bilden. Sie stellen aber einen schweren Eingriff in die WF dar und sind nur gestützt auf ein Gesetz im formellen Sinn und unter Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig.

### Öffentliches Interesse

Für grundsatzkonforme Grundrechtseinschränkungen gelten die allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV. Grundsatzwidrige Einschränkungen müssen dagegen entweder in der BV vorgesehen (Verfassungsvorbehalt) oder durch kantonale Regalrechte begründet sein (Art. 94 Abs. 4 BV). Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, fehlt ein entsprechendes Eingriffsinteresse. Es bleibt also kein Raum für Massnahmen mit rein wirtschaftspolitischer, strukturpolitischer, fiskalischer oder standespolitischer Zielsetzung.

### Verhältnismässigkeit

Die Massnahmen dürfen nicht weiter gehen, als zur Erreichung der legitimen Ziele unbedingt erforderlich ist.

## § 31 Willkürverbot

### I. VERANKERUNG

Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Die Menschenrechtsverträge enthalten keine ausdrücklichen Willkürverbote.

### II. FUNKTION

Das Willkürverbot sichert dem Einzelnen im Umgang mit den Behörden ein Mindestmass an Gerechtigkeit zu und stellt damit ein elementares Grundrecht dar, welches zu den unverzichtbaren Grundlagen des Rechtsstaates gehört. Das Willkürverbot kann immer angerufen werden und gilt deshalb als Auffanggrundrecht. Verletzungen des Willkürverbots können auch dann gerügt werden, wenn ein Hoheitsakt nicht in den Schutzbereich eines anderen Grundrechts eingreift.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Alle natürlichen und juristischen Personen sind erfasst.

### Geschützte Sphäre und geschützte Ansprüche

Willkürliches Verhalten der Behörden bedeutet „für den Betroffenen unverständliches, nicht nachvollziehbares, durch keine vernünftigen Argumente getragenes Verhalten, das oft mit Machtmissbrauch verbunden ist.“ Willkürliche Akte sind qualifiziert unrichtig und offensichtlich fehlerhaft. Willkürlich im Sinne von qualifiziert und offenkundig unrichtig sind beispielsweise staatliche Akte, die „sinn- und zwecklos erscheinen, höherrangiges Recht krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen“. Das Willkürverbot bindet sowohl den Gesetzgeber als auch die rechtsanwendenden Behörden.

- Willkür in der Rechtsetzung: Wo sachliche Gründe fehlen, bekommt eine erlassene Norm rein schikanösen Charakter und bewirkt grobe Ungerechtigkeit.
- Willkür in der Rechtsanwendung: Klare Abweichung vom Wortlaut ohne triftige Gründe, sachlich unhaltbare Ermessensausübung, offensichtliche Verletzung von klaren, unumstrittenen Normen oder Rechtsgrundsätzen, schwere Verstösse gegen den Gerechtigkeitsgedanken, klare Tatsachenwidrigkeit, tief greifende Widersprüchlichkeit der Entscheidung.  
Dass im konkreten Entscheid eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, stellt keine Willkür dar. Auch eine falsche Auslegung ist nicht willkürlich, solange sie nicht qualifiziert unrichtig ist.

### Kerngehalt

Jede Verletzung des Schutzbereichs stellt zugleich eine Verletzung des Kernbereichs dar.

### Einschränkungen

Das Willkürverbot gilt absolut. Es sind keine Einschränkungen zulässig, egal wie hoch etwa das öffentliche Interesse ist.

## § 35 Rechte von Kindern und Jugendlichen

### I. VERANKERUNG

Art. 11 Abs. 1 gibt Kindern und Jugendlichen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Abs. 2 bestimmt, dass sie ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben.

International gilt die Kinderrechtskonvention.

### II. FUNKTION

Für die Auslegung der Bestimmung von zentraler Bedeutung ist die Kinderrechtskonvention. Ansonsten ist unklar, wie sich die Bedeutung von Art. 11 gestaltet.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Geschützt werden Kinder und Jugendliche bis zur Volljährigkeit (nach Art. 14 ZGB bis 18).

### Geschützte Sphäre und geschützte Ansprüche

- Schutz der Unversehrtheit: Schutzanspruch  
Körperliches und seelisches Leid von Kindern soll verhindert werden. Damit wird aber lediglich Art. 10 BV verdeutlicht. Insofern ist unklar, ob Art. 11 BV selbständige Bedeutung hat. Es geht wohl mehr um den erhöhten Schutzanspruch von Kindern, der dann in der Verhältnismässigkeitsprüfung seinen Ausschlag findet.
- Förderung der Entwicklung: Förderungsanspruch  
Der Anspruch auf Förderung der Entwicklung umfasst mehrere Garantien: Die Garantie auf unentgeltlichen, ausreichenden und konfessionell neutralen Grundschulunterricht, Verbot der Diskriminierung von behinderten Kindern, Sprachenfreiheit... Auch hier ist unklar, inwiefern diese Garantie eigenständige Bedeutung hat. Es handelt sich eher um einen programmatischen Charakter, die daraus entstehenden Rechte sind nicht direkt einklagbar. Vielmehr sollen die Behörden z.B. beim Erlass neuer Bestimmungen Rücksicht auf Minderjährige nehmen.
- Ausübung von Rechten (Abs. 2):  
Hier geht es um die Frage, ob und in welcher Weise Kinder ihre Rechte selber geltend machen dürfen → Recht auf selbständige Ausübung der eigenen Rechte  
Auf welche Rechte sich dies genau bezieht, ist umstritten.

## § 36 Anspruch auf Grundschulunterricht

### I. VERANKERUNG

Art. 19 BV verankert das Recht auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Dazu im Zusammenhang steht Art. 62 Abs. 2 BV, wonach die Kantone für einen ausreichenden GSU zu sorgen haben, welcher allen Kindern offen steht, obligatorisch und an öffentlichen Schulen unentgeltlich ist und staatlicher Leitung oder Aufsicht untersteht.

### II. FUNKTION

Die Garantie des Grundschulunterrichts soll zur Chancengleichheit beitragen. Zudem liegt ein staatspolitischer Gedanke dem Anspruch zugrunde. Das Funktionieren der Demokratie setzt ein Minimum an Bildung des Einzelnen voraus.

Beim Anspruch auf GSU handelt es sich um ein justiziables Sozialrecht, das gerichtlich durchgesetzt werden kann und den Staat zu einer positiven Leistung verpflichtet. Hingegen richtet sich Art. 62 eher an den Gesetzgeber und begründet keine justiziablen Individualansprüche.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen GSU steht allen Kindern und ihren Eltern zu, die in der CH wohnen. Die Staatszugehörigkeit spielt keine Rolle. Der Anspruch beginnt ab dem 6. Altersjahr. Art. 19 BV gilt auch für Kinder, die illegal in der CH sind („sans-papiers“).

### Geschützte Sphäre

Angesprochen in der Garantie sind alle Schulen, inklusive Sekundar- und Sonderschulen, während der obligatorischen Schulzeit von mind. 9 Jahren. Nicht erfasst werden aber Mittelschulen und andere an der Grundschule anschliessende Bildungsstufen. Auch vorschulische und schulbegleitende Aktivitäten (z.B. nicht obligatorischer Kindergarten, Musikschule...) sind nicht erfasst.

### Geschützte Ansprüche

- Anspruch auf genügenden Unterricht:  
Der Unterricht muss gewissen qualitativen Kriterien entsprechen. Jungen Menschen sind jene elementaren Fähigkeiten zu vermitteln, die sie brauchen, um sich in der Gesellschaft zu integrieren und die sich einem erwachsenen Menschen stellenden Aufgaben und Probleme selbständig zu lösen. Der GSU ist nur genügend, wenn alle Schüler ihren individuellen Fähigkeiten und ihrer Persönlichkeitsentwicklung entsprechend ausgebildet werden (→ behinderte Kinder, Hochbegabte...).
- Anspruch auf unentgeltlichen Unterricht:  
Er ergibt sich nur an öffentlichen Schulen. Umstritten ist, ob auch das Lehrmaterial unentgeltlich sein soll. Dies wird zumindest für die unentbehrlichen Materialien bejaht. Kinder dürfen keinen unzumutbar weiten, mühsamen oder gefährlichen Schulweg haben, ansonsten müssen die Transportkosten von den Gemeinden übernommen werden.
- Anspruch auf freien Zugang zum Unterricht:  
Die Schule soll Kindern aller Glaubensrichtungen offen stehen. Durch das Obligatorium wird sichergestellt, dass alle Kinder die Möglichkeit haben, zur Schule zu gehen, egal was die Eltern wollen.

### Privatschulfreiheit

In der CH besteht kein staatliches Schulmonopol, es gilt der Grundsatz der Privatschulfreiheit. Im Fall von Privatschulunterricht besteht aber kein Anspruch auf Unentgeltlichkeit. Auch Privatschulen haben einen Unterricht anzubieten, welcher qualitativ den Anforderungen von Art. 19 BV genügt. Die staatliche Aufsicht soll sicherstellen, dass dieses Erfordernis erfüllt wird.

## IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV sind auf Sozialrechte grundsätzlich nicht anwendbar. Es stellt sich hier typischerweise die Frage nach der Voraussetzung für staatliche Leistung und nicht jene der Einschränkung. Die Sozialrechte garantieren einen Mindeststandard, womit Beschränkungen grundsätzlich ausgeschlossen sind.

## § 37 Recht auf Hilfe in Notlagen

### I. VERANKERUNG

Art. 12 BV verankert für Personen, die in Not geraten und nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen, einen Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Leben unerlässlich sind.

### II. FUNKTION

Die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach sind die Bedingungen menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt. Sie ist zugleich unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens. Eine Person kann ihre Grundrechte nur ausüben und sich aktiv am sozialen und politischen Leben einer Gesellschaft beteiligen, wenn ihre grundlegenden materiellen Bedürfnisse gedeckt sind. Das Recht auf Hilfe in Notlagen ist justiziabel.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf Hilfe in Notlagen steht allen Menschen zu, welche sich im Hoheitsgebiet der CH aufhalten. Also auch illegale Aufenthalter sind geschützt → Grund: Menschlichkeit, Verpflichtungen des modernen Staats gegenüber den Individuen.

#### Geschützte Sphäre und geschützte Ansprüche

Der grundrechtliche Anspruch greift in einer Notlage. Eine solche liegt vor, wenn der Betroffene nicht im Besitz der Mittel ist, die für ein menschenwürdiges Leben unerlässlich sind. Das Recht auf Hilfe in Notlagen ist subsidiär: Es soll da greifen, wo das bestehende Netz der Sozialhilfe keine Anwendung findet.

Es ist verfassungsrechtlich kein Mindesteinkommen garantiert, sondern nur die unerlässlichen, lebensnotwendigen Mittel (in Form von Nahrung, Kleidung, Obdach, medizinische Grundversorgung, kommunikative Leistungen wie minimale Integration zum Schutz vor Verachtung, sozialer Ausstossung...). Die notwendigen Leistungen bestimmen sich anhand der konkreten Situation des Betroffenen. Die Hilfeleistung muss gewissen qualitativen Kriterien genügen. Die Richtlinie ist ein menschenwürdiges Dasein.

Die Garantie begründet positive Leistungspflichten des Staats. Zugleich ergeben sich aus ihr auch Abwehransprüche: Der Staat darf keine Eingriffe vornehmen, welche die minimale Existenzsicherung des Einzelnen beeinträchtigen → vor allem im Steuerrecht

#### Kerngehalt

Das Recht auf Hilfe in Notlagen betrifft einen existenziellen Aspekt menschlichen Daseins. Einschränkungen des Existenzrechts sind daher grundsätzlich ausgeschlossen. Die Lehre vertritt die Auffassung, dass Schutzbereich und Kerngehalt zusammenfallen.

### Zulässigkeit von Einschränkungen?

Einschränkungen des Rechts auf Nothilfe sind unzulässig. Aus der Garantie können sich aber nur unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche ergeben:

- Eine Notlage muss vorliegen. Wer mehr als das absolute Minimum besitzt, kann sich nicht auf Art. 12 BV berufen.
- Die Person ist nicht in der Lage für sich selber zu sorgen. Es ist also zulässig, die Hilfe in Notlagen von bestimmten Auflagen und Bedingungen abhängig zu machen (Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit). Die Nothilfe kann eingestellt werden, wenn der Betroffene die Auflagen nicht erfüllt. Sachfremde Bedingungen sind aber unzulässig.
- Die Gründe für die Notlage sind unerheblich. Sie kann also auch grob selbstverschuldet sein und trotzdem bekommt man Nothilfe. Einzig bei Rechtsmissbrauch kann die Nothilfe versagt werden (umstritten!).

## § 38 Vorbemerkungen zu den Verfahrensgarantien

### I. VERANKERUNG

- Grundrechte: Der Bestand an internationalen und nationalen Verfahrensgarantien findet sich in Art. 29 bis 32 BV. Es fehlen da aber einige Garantien, die sich in den Staatsverträgen finden.
- Grundrechtsgarantien und Verfahrensgesetze: Die Rechte der Verfahrensbeteiligten ergeben sich in erster Linie aus den einschlägigen kantonalen und eidgenössischen Verfassungserlassen.

### II. FUNKTION

Materielle und formelle Rechtskraft entfaltend, wirkt das Urteil für die beteiligten Parteien bindend, und es kann mit dem staatlichen Vollstreckungsapparat zwangsweise und damit auch gegen den Willen der unterlegenen Partei durchgesetzt werden.

In ihrer individual-rechtlichen Funktion sichern die Verfahrensgrundrechte dem Einzelnen faire Behandlung im Justizverfahren. Erst die Achtung der Verfahrensgarantien vermittelt dem Justizentscheid jene Legitimität, die es den Adressaten ermöglicht, den Entscheid aus innerer Einsicht zu befolgen, und nicht aus Furcht vor staatlichem Zwang.

In ihrer gesellschaftsbezogen-rechtsstaatlichen Funktion dienen die Verfahrensgrundrechte der Wahrheitsfindung im Prozess, sichern das Vertrauen in das gerichtliche Verfahren und stellen die Legitimation der Justiz im Rechtsstaat sicher.

### III. SCHUTZBEREICHE

#### Persönlicher Schutzbereich

Alle Verfahrensbeteiligten haben Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren. Natürliche sowie juristische Personen (sofern der Schutzbereich nicht auf natürliche Personen zugeschnitten ist, wie z.B. die Ansprüche bei Freiheitsberaubung) können sich auf die Verfahrensgrundrechte berufen.

Die Grundrechtsträgerschaft ist an die Bedingung geknüpft, dass die Betroffenen Parteistellung haben und durch das Verfahren in eigenen (privaten) schutzwürdigen Interessen betroffen sind (→ beteiligte Amtspersonen sind nicht Grundrechtsträger).

Ausnahmsweise können auch öffentlich-rechtliche Trägerschaften Träger von Verfahrensgrundrechten sein (wenn sie in einem Verfahren als Partei auftreten).

Geschützte Sphäre

Verfahrensgarantien der BV

Die Verfahrensgarantien gelten in Rechtsanwendungsverfahren und damit in allen Verfahren, die in einen individuell-konkreten Hoheitsakt münden, d.h. die Rechtsstellung des Einzelnen unmittelbar berühren.

Geschützte Ansprüche

Ergeben sich spezifisch aus den einzelnen Garantien.

#### IV. ZULÄSSIGKEIT VON EINSCHRÄNKUNGEN?

Verfahrensgrundrechte sind Minimalgarantien zur Gewährleistung fairer Verfahren und erweisen sich somit als grundsätzlich eingriffsresistent.

Wo überhaupt zulässig, müssen Einschränkungen von Verfahrensgrundrechten mithin gesetzlich vorgesehen sein und dürfen nicht weiter reichen als zur Verfolgung eines legitimen Ziels unbedingt erforderlich ist.

#### V. RECHTSFOLGEN DER VERLETZUNG VON VERFAHRENSGARANTIEN

In der Praxis stehen kompensatorische Massnahmen im Vordergrund.

- Aufhebung des Entscheids unter Vorbehalt der Heilung (kommt oft vor bei dem Anspruch auf rechtliches Gehör):  
Der Entscheid wird aufgehoben, egal ob die Gehörsverletzung Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens hatte. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs kann aber unter Umständen auch geheilt werden, wenn die Gewährung des rechtlichen Gehörs umfassend nachgeholt wird. Eine Heilung ist nur möglich, wenn eine geringfügige Beeinträchtigung einer Garantie vorliegt.
- Andere kompensatorische Massnahmen:  
Es kann auch zu einer verbindlichen Feststellung der Grundrechtsverletzung im Entscheid oder zu Leistung von Schadenersatz oder Genugtuung kommen.
- Nichtigkeit?  
Entscheide sind dann nichtig, wenn der Mangel besonders schwer ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.

## § 39 Allgemeine Verfahrensgarantien

### I. VERANKERUNG

Die grundlegenden, in allen Justizverfahren geltenden Verfahrensrechte werden in Art. 29 BV garantiert. Die Bestimmung fasst verschiedene Teilaspekte eines fairen Verfahrens zusammen.

### II. ANSPRUCH AUS GLEICHE UND GERECHTE BEHANDLUNG

Art. 29 Abs. 1 BV verpflichtet die rechtsanwendenden Behörden zu „gleicher und gerechter Behandlung“ der Verfahrensbeteiligten.

Die Teilgehalte der Bestimmung:

- Verbot der formellen Rechtsverweigerung:  
Das Verbot der Rechtsverweigerung ist verletzt, wenn Anspruch auf die Durchführung eines Rechtsanwendungsverfahrens besteht und die zuständige Behörde untätig bleibt. Das Verbot der Rechtsverzögerung schützt die Prozessbeteiligten vor der Verzögerung und Verschleppung ihrer Angelegenheit durch die angerufene Behörde und verlangt, dass das Verfahren innerhalb angemessener Frist zum Abschluss kommt (Beschleunigungsgebot). Liegt keine vorgeschriebene Frist vor, ist die angemessene Frist nach den Umständen festzulegen (Komplexität und Umfang des Verfahrens, Bedeutung für die Beteiligten, Verschulden der Betroffenen an der Verzögerung...). Es gilt zudem ein Verbot für überspitzten Formalismus. Hier wird der Einzelne geschützt vor übermässigen Verfahrensregeln und Formvorschriften, die exzessiv erscheinen und sich nicht sachlich begründen lassen. In der Rechtsetzung dürfen also keine rigorosen und sachlich ungerechtfertigten Formvorschriften erlassen werden und in der Rechtsanwendung dürfen die Formvorschriften nicht mit übertriebener Schärfe und schikanös angewendet werden.
- Anspruch auf richtige Zusammensetzung und Unparteilichkeit der entscheidenden Behörde:  
Dieser Anspruch ist ausdrücklich in Art. 30 Abs. 1 BV festgehalten.
- Grundsatz der Waffengleichheit:  
Alle Parteien sollen sich mit gleicher Wirksamkeit am Verfahren beteiligen können, vor allem im gleiche Umfang informiert werden und unter gleichen Bedingungen vortragen können. Die Waffengleichheit gilt absolut und lässt sich daher nicht einschränken.
- Treu und Glauben im Prozess

### III. ANSPRUCH AUS RECHTLICHES GEHÖR

Im Gehörsanspruch werden persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte verkörpert. Zudem dient dieses Institut als Mittel der Sachverhaltsklärung.

- Anspruch auf vorgängige Äusserungen und Mitwirkung im Verfahren (rechtlicher Gehör i.e.S.):  
Das Äusserungsrecht ermöglicht den Verfahrensbeteiligten die Darlegung ihrer Sichtweise und leistet daher einen wichtigen Beitrag zur Aufklärung des rechtserheblichen Sachverhalts. Es wird unterschieden in
  - o Anspruch auf persönliche Teilnahme am Verfahren

- Anspruch auf Orientierung über den Verfahrensgang (Die Beteiligten haben Anspruch darauf, über sämtliche für die Entscheidung relevanten Grundlagen und Vorgänge informiert zu werden)
  - Recht auf vorgängige Äusserung und Mitwirkung
  - Behördliche Anhörungs- und Prüfungspflichten (Pflicht der Behörden, die Vorbringen der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen, sowie die rechtzeitig und formrichtig erbrachten Beweismittel abzunehmen)
  - Einschränkungen? (Unter Umständen kann die Einschränkung des rechtlichen Gehörs zulässig sein [etwa wenn die Gefahr der Vereitelung einer prozessualen Massnahme droht oder zeitliche Dringlichkeit herrscht]. Die Einschränkung der Gehörsgewährung muss aber verhältnismässig sein, kann deshalb nur temporär und punktuell wirken, und die Anhörung ist so rasch und so weit möglich nachzuholen.)
- Recht auf Akteneinsicht:  
Aus dem rechtliche Gehör ergibt sich für die Parteien eines hängigen Justizverfahrens das vorbehaltlose Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten; es ist kein besonderes schutzwürdiges Interesse nötig. Liegt ein besonderes schutzwürdiges Interesse vor, haben auch Personen ohne Parteistellung ein Akteneinsichtsrecht. Aus dem Recht auf Akteneinsicht ergibt sich die Pflicht der Behörden, alle entscheiderelevanten Vorgänge in den Akten festzuhalten. Den Parteien steht es offen, sich Notizen zu machen oder Kopien anzufertigen. Originalakten können nur an Anwälte ausgegeben werden, ohne dass eine Verletzung des Grundrechtsanspruchs vorliegt. Für Einschränkungen gilt es, gegenüber öffentlichen und privaten Geheimhaltungsinteressen abzuwägen.
  - Recht auf Entscheidbegründung:  
Es besteht ein Anspruch auf Begründung eines Rechtsanwendungsakts. Die Behörde darf sich auf die wesentlichen Argumente beschränken. Je grösser der Ermessensspielraum und je komplexer die Sach- und Rechtslage, desto höhere Anforderungen sind an die Begründungsdichte eines Entscheids gestellt.
  - Recht auf Rechtsbeistand:  
Die Parteien haben das Recht, sich von einem Rechtsvertreter ihrer Wahl vertreten zu lassen
  - Recht auf ein Verfahren in der Muttersprache?  
Im Verkehr mit kantonalen Behörden ist die Amtssprache des Kantons zu verwenden. In einem Strafverfahren hat der Angeklagte den Anspruch auf Beizug eines Dolmetschers.

#### IV. ANSPRUCH AUF UNENTGELTLICHE RECHTSPFLEGE

##### Funktion

Niemand soll vom Zugang der Rechtspflege und von der effektiven Wahrung seiner rechte ausgeschlossen bleiben, nur weil ihm die notwendigen finanziellen Mittel fehlen. Das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege stellt ein soziales Grundrecht dar, das den Staat zu einer positiven Leistung verpflichtet und dem Einzelnen entsprechende Leistungsansprüche einräumt.

##### Schutzbereich

Träger des Anspruchs sind alle am Verfahren beteiligten natürlichen Personen (Juristische Personen vom BGer bisher offen gelassen). Es sind 2 Garantien zu unterscheiden: Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Es liegt aber nur eine vorläufige Befreiung von den Prozesskosten vor, kommt man nachher zu

Einkommen oder Vermögen, besteht ein staatlicher Rückforderungsanspruch. Es braucht ein Gesuch, die Unterstützung geschieht nicht von Amtes wegen.

#### Voraussetzungen

Eine Partei kann das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege geltend machen, wenn sie bedürftig ist (egal ob selbstverschuldet) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Für eine unentgeltliche Rechtsvertretung ist zudem die sachliche Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung erforderlich. Es besteht hier kein Anspruch auf freie Wahl des Rechtsvertreters.

## § 40 Rechtsweggarantie

### I. VERANKERUNG

In Art. 29a BV wird anerkannt, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat; Bund und Kantone können aber durch Gesetz in Ausnahmefällen die richterliche Beurteilung ausschliessen.

### II. FUNKTION

Wenn der Staat in eine individuelle Rechtsposition eingreift, muss die Behörde, die den freiheitsbeschränkenden Akt erlassen hat, aus Gründen der Verfahrensfairness dem Betroffenen in einer Position der Gleichordnung gegenüberreten, denn auch staatliche Macht hat ihr Recht vor dem unabhängigen Gericht zu suchen.

### III. SCHUTZBEREICH

#### Grundsatz

Art. 29a Satz 1 BV vermittelt einen grundrechtlichen Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in grundsätzlich allen Rechtsstreitigkeiten. Die Rechtsweggarantie gewährleistet dem Einzelnen, bei einer Rechtsstreitigkeit durch mindestens eine gerichtliche Instanz beurteilt zu werden, welche eine umfassende Prüfung der Rechts- und Sachverhaltsfragen vornimmt.

#### Rechtsweggarantie als Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes

Es wird der Anspruch vermittelt, Rechtsschutz vor einer richterlichen Behörde zu finden. Es muss sich mindestens eine Behörde um die Sache kümmern, welche die Eigenschaften einer richterlichen Behörde erfüllt.

#### Spezifischer Rechtsschutz bei der Freiheitsentziehung und in Strafsachen

Art. 31 Abs. 3 BV gewährleistet den in Untersuchungshaft genommenen Personen einen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz. Zudem hat jede verurteilte Person das Recht, das Strafurteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen.

## IV. EINSCHRÄNKUNGEN

Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Eine Ausnahme vom allgemeinen Zugang zu einem Gericht ist verfassungskonform, wenn die fragliche Materie im formellen Gesetz ausdrücklich der gerichtlichen Zuständigkeit entzogen ist.

Gemäss Art. 189 Abs. 4 BV werden Akte der BVer und des BRats ausdrücklich von der bundesgerichtlichen Kontrolle ausgenommen (ausser durch Gesetze anders bestimmt).

Die Einhaltung bestimmter Fristen und Formvorschriften als Voraussetzung für einen Zugang zum Gericht sind mit der Rechtsweggarantie vereinbar, sofern sie nicht überspitzt formalistisch erscheinen.

## § 41 Garantie des verfassungsmässigen Richters

### I. VERANKERUNG

Nach Art. 30 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht.

### II. FUNKTION

Die einzelnen Garantien sichern jene Voraussetzungen, die das gerichtliche Urteil frei von sachfremden Einflüssen halten und damit letztlich die Akzeptanzchancen bei den Rechtsunterworfenen und in der Öffentlichkeit sichern.

### III. SCHUTZBEREICH

Eine Justizbehörde gilt als Gericht, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind:

Ein verfassungskonformes Gericht zeichnet sich funktional durch seine rechtsprechende Tätigkeit (Behörde verfügt über Kompetenz, eine Rechtsstreitigkeit in einem geordneten Verfahren verbindlich und weisungsfrei zu entscheiden) und organisatorisch durch seine institutionelle Unabhängigkeit (Verdeutlichung des Gewaltenteilungsprinzips) aus.

Verwaltungsinterne Justizbehörden sind also keine Gerichte.

### IV. RECHT AUF EIN DURCH GESETZ GESCHAFFENES, ZUSTÄNDIGES GERICHT

#### 1. Anspruch auf den gesetzlich zuständigen Richter

Das Recht auf das zuständige Gericht gewährleistet dem Einzelnen, seine Streitsache von keiner anderen als jener richterlichen Instanz beurteilen zu lassen, welche zur Beurteilung der in Frage stehenden Streitigkeit vorgesehen ist.

#### 2. Verbot von Ausnahmegerichten

Als Ausnahmegerichte gelten Spruchkörper, die ausserhalb der allgemeinen Zuständigkeitsordnung stehen und einzig für einen bestimmten Prozess oder für die

Beurteilung bestimmter Personen (ad hoc oder ad personam), in offensichtlicher und damit willkürlicher Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung gebildet werden. Spezial- oder Sondergerichte sind keine Ausnahmegerichte. Solche können zulässig sein, wenn sie durch Gesetz vorgesehen sind und sachliche Gründe für deren Errichtung sprechen (z.B. besondere Fachkenntnisse notwendig).

## V. RECHT AUF EIN UNABHÄNGIGES UND UNPARTEIISCHES GERICHT

### 1. Funktion

Erst das Vorhandensein von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit stellt sicher, dass die Organe der Rechtsprechung keine persönlichen Interessen in das Verfahren tragen, alle Beteiligten ihre Argumente mit gleicher Massgeblichkeit vorbringen können und die Rechtsanwendung so unverzerrt wie möglich erfolgt.

### 2. Anspruch auf unparteiische Richter

Die Verfassung gibt dem Einzelnen einen Anspruch darauf, dass seine Sache von einer unvoreingenommenen Richterperson beurteilt wird. Ein Richter kann abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die eine Befangenheit des Richters als möglich erscheinen lassen. Dies muss jedoch objektiv begründet werden, das subjektive Misstrauen einer Partei genügt nicht. Die Parteien haben daraus abgeleitet das Recht, den Ausstand einer befangenen Justizperson zu verlangen. Zudem fließt daraus auch das Recht auf Kenntnis der personellen Zusammensetzung des Gerichts. Das Begehren auf Ablehnung eines Richters ist sobald möglich zu stellen. Wenn trotz Kenntnis der Befangenheit das Urteil abgewartet wird, können nachträglich keine Einwände mehr erhoben werden.

### 3. Anspruch auf ein (institutionell) unabhängiges Gericht

Der Anspruch ist gewährt, wenn der Spruchkörper über funktionelle und organisatorische Unabhängigkeit verfügt und damit sicherstellt, dass das Urteil ohne sachfremde Einwirkungen, insbesondere ohne Weisungen der übrigen Staatsorgane ergeht und auch nicht durch nicht-gerichtliche Staatsorgane aufgehoben werden kann.

### 4. Einschränkungen?

Der Anspruch auf richterliche Unabhängigkeit erträgt grundsätzlich keine Einschränkungen. Das unter Verletzung der Unabhängigkeitsgarantie ergangene Urteil ist in jedem Fall und unbeschadet des Umstands aufzuheben, ob sich die Beeinträchtigung auf das Urteil ausgewirkt hat.

## VI. ÖFFENTLICHKEIT VON RICHTSVERHANDLUNG UND URTEILSVERKÜNDUNG

### 1. Funktion

Art. 30 Abs. 3 begründet den Anspruch auf Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündung, das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen. Die Garantie hat rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung.

Ziele:

- Schutz vor einer Kabinettsjustiz → Verwirklichung des Anspruchs auf ein faires und gerechtes Verfahren
- Allgemeinheit erhält Möglichkeit, sich über die Rechtspflege zu informieren

- Förderung der Transparenz des Rechtssystems → Stärkung des Vertrauens der Rechtsgemeinschaft in die Justiz

## 2. Schutzbereich

Die Frage, ob sich nur Betroffene oder auch Dritte auf Art. 30 Abs. 3 BV berufen können, ist ungeklärt.

Der Öffentlichkeitsgrundsatz betrifft nur die Gerichtsverhandlung und die Urteilsverkündung, Beratung und Abstimmung im Kollegialgericht sind vom Öffentlichkeitsgebot ausgenommen. Durch den Öffentlichkeitsgrundsatz ergibt sich der Anspruch der Parteien und des Publikums auf Zutritt zum Verhandlungssaal, nicht aber zur Aufnahme mit Ton oder Bild.

## 3. Einschränkungen

Gesetzliche Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip müssen durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse gerechtfertigt sein oder gestützt auf einen der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II genannten Ausschlussgründe ergehen:  
im Interesse

- der Moral
- öffentlichen Ordnung oder nationale Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft
- von Jugendlichen
- vom Schutz vom Privatleben der Prozessparteien
- der Rechtspflege (wenn unbedingt erforderlich)

Es besteht kein genereller Anspruch auf Nicht-Öffentlichkeit des Verfahrens.

# § 42 Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug

## I. VERANKERUNG

Die BV garantiert die Mindeststandards grundrechtskonformer Freiheitsentziehungen in Art. 31 BV.

## II. FUNKTION

Der Einzelne ist vor ungerechtfertigten, missbräuchlichen und willkürlichen Freiheitsentziehungen zu schützen. Der Einzelne kann die Rechtmässigkeit einer Massnahme nur beurteilen und sich angemessen dagegen wehren, wenn er über hinreichende Informationen über die Vorgänge verfügt, die zum Freiheitsentzug geführt haben. Zu den zentralen Rechten der Betroffenen gehört schliesslich die Garantie, die Rechtmässigkeit einer Freiheitsentziehung durch eine unabhängige Gerichtsinstanz überprüfen zu lassen.

### III. SCHUTZBEREICH

Art. 31 schützt den Betroffenen bei allen Formen des Freiheitsentzugs. (Abgrenzung zur Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit!)

→ Verhaftungen, Untersuchungshaft, Gefängnisstrafen, Polizeiarrest, Internierung in geschlossene Abteilungen von Kliniken...

### IV. GESCHÜTZTE ANSPRÜCHE

#### 1. Schutz vor ungerechtfertigtem Freiheitsentzug

Freiheitsentziehungen sind schwere Eingriffe, welche die Freiheit der Bewegung in jeder Richtung hin aufheben → Festhalten durch den Staat an einem bestimmten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer.

Freiheitsentziehungen sind nur in den im Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgesehene Weise zulässig. Es werden hohe Anforderungen ans Legalitätsprinzip gestellt. Es braucht also eine formell-gesetzliche Grundlage. Zudem sind legitime Gründe für einen Freiheitsentzug gefordert. Ein Katalog mit menschenrechtlich erlaubten Haftgründen findet sich in Art. 5 Ziff. 1 Bst. A bis f EMRK.

In zeitlicher Hinsicht darf der Freiheitsentzug nicht über das hinausgehen, als zur Erreichung der legitimen Zwecke erforderlich ist.

#### 2. Recht auf unverzüglich Information über die Gründe des FE

Jede von einem FE betroffene Person hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Hintergründe der FE informiert und über ihre Rechte belehrt zu werden. Der Inhaftierte muss unverzüglich informiert werden, d.h. ohne nicht gerechtfertigte Verzögerung. Die inhaftierte Person muss zudem die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Die staatlichen Vollzugorgane sind deshalb verpflichtet, alle Vorkehrungen zu treffen, damit diese Rechte effektiv wahrgenommen werden können.

#### 3. Recht auf gerichtliche Überprüfung des FE

##### - Untersuchungshaft:

Art. 31 Abs. 3 BV betrifft nur die Untersuchungshaft. Den Inhaftierten wird das Recht auf unverzügliche und automatische Haftprüfung durch einen Richter garantiert.

##### - FE aus anderen Gründen als Tatverdacht

Jede Person, der die Freiheit von einer Behörde entzogen wird, die kein Gericht darstellt, hat das Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen.

##### - Periodische Überprüfung des FE

Die vom FE Betroffenen haben das Recht, die Rechtmässigkeit des FE jederzeit gerichtlich prüfen zu lassen. Sperrfristen für neue Haftentlassungsgesuche sind nur bedingt zulässig.

#### 4. Recht auf ein Urteil in angemessener Frist oder auf Entlassung während eines Verfahrens

Jede Person in UHaft hat Anspruch auf ein Strafurteil innerhalb angemessener Frist. Kommt es nicht zu einem Urteil innert angemessener Frist, muss die betroffene Person während des Verfahrens aus der Haft entlassen werden. Eine angemessene Dauer ergibt sich aus der Komplexität des Falls, den Folgen für den von Haft Betroffenen oder die Behandlung der Angelegenheit durch die Untersuchungsorgane. Die Haft darf höchstens so lange andauern, wie sie in die Nähe der erwarteten Dauer der freiheitsentziehenden Sanktion rückt.

#### 5. Anspruch auf Entschädigung bei ungerechtfertigtem FE

Die EMRK und der UNO-Pakt II (nicht aber die BV!) begründen einen Anspruch auf Entschädigung für alle Personen, die unrechtmässig festgenommen oder zu Unrecht in Haft gehalten wurden.

#### 6. Anspruch auf Freilassung?

Nicht jede anlässlich einer FE erfolgte Verletzung von Verfahrensrechten hat automatisch die Freilassung des im Zeitpunkt der Feststellung immer noch Inhaftierten zur Folge. Welche Massnahme zur Wiedergutmachung verfassungsrechtlich geboten ist, ist einzelfallweise zu entscheiden.

## § 43 Garantien im Strafverfahren

### I. VERANKERUNG

Die Grundsätze eines verfassungskonformen Strafverfahrens werden in Art. 32 BV geregelt.

### II. FUNKTION

Je nach Schwere des begangenen Regelverstosses greifen die an eine Verurteilung geknüpften Rechtsfolgen empfindlich in die Rechtsstellung des Betroffenen ein. Die besonderen Verfahrensgrundrechte in Strafverfahren stellen die Fairness des Strafverfahrens sicher; sie garantieren, dass der Staat seinen Strafverfolgungsanspruch schonend ausübt und den Beschuldigten genügend Mittel zur Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte in die Hand gibt.

### III. PERSÖNLICHER SCHUTZBEREICH UND GESCHÜTZTE SPHÄRE

Die in Art. 32 BV verankerten Verfahrensrechte stehen nur den einer strafbaren Handlung angeklagten Personen zu. Die Verfahrensgrundrechte stehen den Betroffenen ab dem Zeitpunkt der Anklageerhebung zu.

### IV. GESCHÜTZTE ANSPRÜCHE

#### 1. Unschuldsvermutung

Die Unschuldsvermutung ist zentraler Ausdruck eines fairen Strafverfahrens und wird durch Art. 32 Abs. 1 BV, die EMRK und den UNO-Pakt II garantiert. Die UV schützt die Beschuldigten vor jeglicher Vorverurteilung und garantiert ihnen bis zum Nachweis ihrer Schuld als unschuldig zu gelten → alle staatlichen Stellen müssen sich daran halten.

Als Beweislastregel stellt die UV klar, dass die Verantwortung für den Nachweis der Schuld (Beweisführungslast) auf der Seite des Staates liegt und dieser die Konsequenzen zu tragen hat, wenn er den Nachweis nicht erbringen kann. Der Angeklagte hat seine Unschuld also nicht zu beweisen. Er ist vor einer Umkehr der Beweislast geschützt durch die UV.

Als Beweiswürdigungsregel garantiert die UV, dass eine Verurteilung unterbleibt, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel an einem den Angeklagten belastenden Beweisergebnis vorliegen. Im Zweifel muss zugunsten des Angeklagten entschieden werden (in dubio pro reo). Die UV ist verletzt, wenn das Strafgericht den Angeklagten schuldig spricht, obwohl es an dessen Schuld Zweifel hätte haben müssen.

Erfolg ein Freispruch oder wird ein Verfahren eingestellt, schützt die UV davor, dass der Staat im Laufe des Verfahrens erhobenes erkennungsdienstliches Material aufbewahrt.

## 2. Recht auf Information über die erhobenen Beschuldigungen

Jede angeklagte Person hat das Recht, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden → Konkretisierung der allgemeinen Gehörsgarantie; es schützt den Beschuldigten vor Überraschung und Überrumpelung durch die Strafverfolgungsbehörden und ist also Voraussetzung einer wirksamen Verteidigung unabdingbar.

Anforderungen an die Information:

- umfassend
- bezüglich der wesentlichen Fakten der Anklage und des vorgeworfenen Delikts
- Frist- und Formvorschriften

## 3. Verteidigungsrechte

Jede Person muss die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen → Waffengleichheit

- Recht auf genügend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung: Zeitdauer ist von Komplexität des Falls abhängig
- Recht, sich selbst zu verteidigen oder einen Verteidiger beizuziehen: Der Angeklagte hat das Recht, sich selbst zu verteidigen, einen (aus eigenen Mitteln bezahlten) Wahlverteidiger zu bestellen oder gegebenenfalls einen Officialverteidiger zu erhalten (letzteres in speziellen Fällen im Interesse des Beschuldigten und zur Wahrung eines geordneten Verfahrens → Pflichtverteidiger). Das Recht auf Selbstverteidigung kann also unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden. Fehlen dem Angeklagten die Mittel zur Bezahlung eines Anwalts, hat er unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Das BGer anerkennt ein Recht auf Anwesenheit im Strafverfahren.
- Recht auf Kontakt mit dem Verteidiger: Angeschuldigte haben Anspruch auf ungestörten und unbewachten Kontakt mit ihrem Anwalt. Der Kontakt darf nur eingeschränkt werden, wenn der konkrete Verdacht besteht, dass der Verteidiger seine Vertrauensstellung missbraucht. Das Recht auf Kontakt steht nur dem Angeklagten, nicht auch seinem Verteidiger zu.
- Recht auf Befragung von Zeugen: Angeklagte haben das Recht, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und das Erscheinen und die Befragung von Entlastungszeugen zu erwirken. Dieser Anspruch gilt aber nicht absolut. Dem Anspruch auf Befragung des Belastungszeugen hat dann absoluten Charakter, wenn das streitige Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung hat (einziger oder wesentlicher Beweis für eine Verurteilung). Kann dieser Anspruch nicht eingelöst

werden (weil der Zeuge z.B. minderjährig ist), darf auf das entsprechende Zeugnis nicht abgestellt werden. Belastungszeugen wie „V-Personen“ (private Vertrauenspersonen) sowie verdeckte Ermittler (Polizeiangehörige) dürfen ausnahmsweise anonym bleiben. Sind die belastenden Aussagen die einzigen oder überwiegend ausschlaggebenden Beweise, muss eine direkte Konfrontation zum Schutz der Verfahrensfairness möglich bleiben; ist dies nicht der Fall, darf auf das Zeugnis der anonym bleibenden Personen nicht abgestellt werden.

#### 4. Recht zur Aussageverweigerung

Wesentliches Element eines fairen Strafverfahrens ist das Recht der Angeschuldigten zu schweigen und sich nicht selber belasten zu müssen.

Wer in einem Strafverfahren angeschuldigt ist, ist nicht zur Aussage verpflichtet, sondern hat das Recht zu schweigen, ohne dass ihm daraus Nachteile erwachsen dürfen. Gesichert wird das Recht zur Aussageverweigerung durch entsprechende Verwertungsverbote.

Es dürfen keine Massnahmen angeordnet, die dem Beschuldigten eine aktive Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung auferlegen (also keine Abgabe einer Schriftprobe oder Pflicht zur Rekonstruktion der Tat, aber passive Massnahmen wie Blutprobe, Fotos, Abnahme von Fingerabdrücken, Gegenüberstellung... schon).

Die Behörden sind verpflichtet, die angeschuldigte Person unverzüglich über ihr Schweigerecht aufzuklären.

#### 5. Verbot der Verwendung unrechtmässig erlangter Beweise

Unrechtmässig erhobene Beweise sind grundsätzlich nicht gegen den Angeschuldigten verwertbar, ausnahmsweise wird dies vom BGer aber zugelassen (z.B. wenn das öffentliche Interesse an der Aufklärung einer schweren Tathöher wiegt als das Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertbarkeit).

#### 6. Keine Strafe ohne Gesetz und Verbot rückwirkender Strafgesetze

Es dürfen nur Handlungen bestraft werden, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung gesetzlich vorgesehen und unter Strafe gestellt waren → *nulla poena sine lege*. Dieses Prinzip gilt absolut.

Beim Rückwirkungsverbot gibt es Ausnahmen: Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder eine Straftat des Völkervertragsrechts.

#### 7. Verbot der Doppelbestrafung

Wer wegen einer strafbaren Handlung bereits rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, darf für die gleiche strafbare Handlung im gleichen Land nicht erneut verfolgt oder bestraft werden. Eine Revision des Verfahrens ist aber zulässig, wenn neue Tatsachen bekannt geworden sind oder das vorangehende Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.

Angeklagten steht zudem das Recht zu, unentgeltlich einen Dolmetscher zu erhalten und auf ein Urteil innert angemessener Frist.

## V. RECHTE IM ANSCHLUSS AN EIN STRAFURTEIL

Jede verurteilte Person hat das Recht, das Strafurteil durch ein höheres Gericht überprüfen zu lassen. Eine Ausnahme gilt nur, wenn das BGer als einzige Instanz urteilt. Es ist jedoch kein Anspruch auf Unentgeltlichkeit des oberinstanzlichen Verfahrens enthalten.

Unter bestimmten Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Entschädigung bei einem Fehlurteil. Rechtskräftig Verurteilte, die ihre Strafe ganz oder teilweise verbüsst haben, haben Anspruch auf Entschädigung, wenn das Urteil später aufgehoben oder sie begnadigt wurden, weil neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen schlüssig beweisen, dass es sich um ein Fehlurteil handelte. Die staatliche Entschädigungspflicht entfällt, wenn die verurteilte Person selber die Verantwortung für die verspätete Offenlegung der neuen Tatsachen trägt.