

# Staatsrecht II

## Notizen Übung



Frühjahrssemester 2008 an der Universität Luzern

Hinweis:

Es handelt sich beim vorliegenden Dokument um einen Entwurf. Es weist fragmentarischen Charakter auf.

<b>Übung 1: Verhältnismässigkeit</b> .....	<b>1</b>
Ziele .....	1
Fall 1: „Versammlung am Bahnhof“ .....	1
Fall 2: „chronische paranoide Schizophrenie“ .....	2
<b>Übung 2: Recht auf Leben: finaler Todesschuss</b> .....	<b>3</b>
Ziele .....	3
Fall „Finaler Todesschuss“ .....	3
<b>Übung 3: Recht auf Unversehrtheit</b> .....	<b>6</b>
Ziele .....	6
Fall „DNA-Profil“ .....	6
<b>Übung 4: Bewegungsfreiheit und Versammlungsfreiheit</b> .....	<b>9</b>
Ziele .....	9
Fall „Wegweisungsverfügung“ .....	9
Zusatzfall „Unruhe vor dem KKL“ .....	11
<b>Übung 5: Individuelles Selbstbestimmungsrecht</b> .....	<b>12</b>
Ziele .....	12
Fall „Häftlingsbeschwerde“ .....	12
<b>Übung 6: Gleichheitssatz</b> .....	<b>15</b>
Ziele: .....	15
Fall 1: „Frauenanteil an der Uni“ .....	15
Fall 2: „Lohnerhöhung per Zufall“ .....	18
<b>Übung 7: Religionsfreiheit</b> .....	<b>19</b>
Ziel .....	19
Fall: „islamisches Begräbnis“ .....	19
Fragen .....	19
<b>Übung 8: Meinungsfreiheit</b> .....	<b>23</b>
Fall 1 .....	23
Vorbemerkungen zu Art. 17 BV .....	23
Fall 2 .....	24
<b>Übung 9: Probeklausur</b> .....	<b>27</b>
<b>Übung 10: Eigentumsgarantie</b> .....	<b>28</b>
Falllösung .....	28
<b>Übung 11: Wirtschaftsfreiheit</b> .....	<b>32</b>
Prüfstruktur der Wirtschaftsfreiheit .....	32
Fall (BGE 116 Ia 113) .....	32
Gleichbehandlung von Konkurrenten .....	34
Fall (BGE 132 I 97) .....	34

## Übung vom 05.03.2008

Meier / Stüssi

### Übung 1: Verhältnismässigkeit

#### Ziele

- Prüfstruktur des Grundrechtseingriffes
- insb. Verhältnismässigkeit

#### Fall 1: „Versammlung am Bahnhof“

##### 1 Auf welche Grundrechte der BV könnten sich die Beteiligten im Rahmen einer Beschwerde berufen?

Versammlungsfreiheit → kann in diesem Zusammenhang tatsächlich angerufen werden  
Bewegungsfreiheit? → ist hier nicht tangiert, da sie sich sonst noch genügend frei bewegen können. Das einzige was ihnen verwehrt ist, ist das kollektive Besäufnis am konkreten Ort. Dennoch ist hier die Idee nicht schlecht. Doch wird sie kaum zum Tragen kommen.

Persönliche Freiheit

##### 2 Was ist der Inhalt der Wegweisungsverfügung?

##### 3 Welches Ziel verfolgt Art. 29 lit. b. des Polizeigesetzes des Kantons Bern?

Die öffentliche Ordnung und Sicherheit wahren

##### 4 Grundrechtskonformität

#### Prüfung nach Art. 36 BV

↳ die darin enthaltenen 4 Prüfpunkte durchgehen.

##### 1 Gesetzliche Grundlage

↳ ist ein Gesetz vorhanden?

##### 2 öffentliches Interesse bzw. gerechtfertigt

↳ öffentliche Ordnung und Sicherheit (traditionelle Aspekte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung).

##### 3 Verhältnismässigkeit

↳ was ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu untersuchen? Was ist Verhältnismässigkeit, um was geht es dort?

a) Geeignetheit → ✓ (ist geeignet hier die Leute wegzubringen)

b) Erforderlichkeit (Notwendigkeit) → ✓ **ist es das mildeste Mittel? Was gibt es zur Länge zu sagen? Problem ist der Zusammenhang (nexus) zwischen dem Alkoholkonsum und der Versammlung. Es wird jedoch gestützt auf die Erfahrung wohl kaum ein milderer Mittel geben.**

c) Zumutbarkeit (Zweck/Mittelrelation) bzw. Verhältnismässigkeit i.e.S. → ✓ **(Bahnhof als zentrales Gebäude, viele Leute können nicht ausweichen und sind betroffen).**

↳ Interessensabwägung: Betroffene Personen (Verfügungsempfänger) und Anwohner.

↳ Eingriff in die Versammlungsfreiheit ist nicht extrem gross. Sie haben noch rel. viele Freiheiten. Dürfen nur nicht Alkohol gleichzeitig konsumieren.

4 Kerngehalt

- ↳ ein BGE welcher der Kerngehalt betroffen war. Asylanten welchen man sogar man noch den Notbedarf streitig machen wollte.

## **Fall 2: „chronische paranoide Schizophrenie“**

### **Fallaufbau**

#### **Verstoss gegen Art. 10 Abs. 2 BV?**

- 1 Schutzbereich
- 2 Eingriff
- 3 Rechtfertigung
  - a) gesetzliche Grundlage
  - b) öffentliches Interesse
  - c) Verhältnismässigkeit
  - d) Kerngehalt

**1 Auf welche Grundrechte der BV könnte sich X. im Rahmen einer Beschwerde berufen?**

**2 Welche therapeutischen Massnahmen werden im Massnahmenvollzug X gegenüber angewendet?**

es geht um die Zwangsmedikation. Die Einweisung in die Anstalt geht nur darum, um diese Verabreichung sicher zu stellen.

**3 Sind die Massnahmen im Hinblick auf den Schutz der körperlichen und geistigen Integrität des X gerechtfertigt? Gehen sie die Einschränkungsvoraussetzung nach Art. 36 BV der Reihe nach durch.**

öffentliche Ordnungen und Sicherheit als Grundlage

**4 Verhältnismässigkeit?**

- 1 Geeignetheit? ✓ (er hatte nie Ausbrüche, wenn er die Medis genommen hatte → i.c. kann gesagt werden, dass die Massnahme geeignet ist).
- 2 Erforderlichkeit → ? (dieser Entscheid ist im Ergebnis klar richtig. Sie haben die Verpflichtung der kantonalen Behörde ausdrücklich aufgegriffen).
- 3 Verhältnismässigkeit?

***In der Praxis wird die Theorie nicht immer explizit genannt.***

## Übung vom 12.03.2008

Meier / Stüssi

### Übung 2: Recht auf Leben: finaler Todesschuss

#### Ziele

- ⇒ Zulässigkeit der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (formelle Prüfung)
- ⇒ Prüfung der Begründetheit (materielle Prüfung)

#### Fall „Finaler Todesschuss“

##### Sachverhalt

- ↳ Man versuchte verschiedene Aktionen den Mann zu stoppen
  - ↳ mit Hund in die Wohnung
  - ↳ Psychologen vorzugehen
  - ↳ sie haben versucht anzurufen
- ↳ Schiessbefehl wurde am Mittag gegeben
- ↳ Um 17.30 Uhr wurde der Mann erschossen ⇒ zu diesem Zeitpunkt war der Kommandant nicht vor Ort.

##### Fragen

- 1 **Wäre in diesem Fall eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht? Prüfen sie alle formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen.**

##### Rechtsmittel wie an das Bundesgericht gelang werden kann

- ↳ Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der Angehörigen geht ans Bundesgericht

##### Prüfung durch Bundesgericht (6 Punkte)

- 1 Anfechtungsobjekt ⇒ Art. 82 – 85 BGG
- OS** Art. 82 a sagt, dass das BGer Angelegenheit des öffentlich-rechtlichen Rechts beurteilt.
  - US** Vorliegend haben wir eben gerade eine strafrechtliche Angelegenheit und keine öffentlich-rechtliche Angelegenheit. Man tritt nur ein, wenn ein Entscheid vorliegt. Liegt hier ein Entscheid vor bzw. was ist ein Entscheid?
    - ↳ individuell-konkrete (normalerweise Verfügung)
    - ↳ Entscheide nach Art. 82 a BGG sind individuell-konkrethaben wir hier eine Verfügung bzw. ein individueller Rechtsakt?
    - ↳ ja, ein Organ des Staates hat beurteilt, dass es keine Entschädigung gibt.
  - SS** Es handelt sich um einen Entscheid nach Art. 82 a BGG und damit ein zulässiges Anfechtungsobjekt.

##### Achtung für die Prüfung

- ↳ Auch die Art. 83 – 85 BGG prüfen (Art. 85 BGG könnte erwähnt werden)
- 2 Vorinstanz (Art. 86 – 88 BGG)
- OS** 86 d ist erfüllt, wenn Entscheide einer letzten kantonalen Instanz vorliegen.
  - US** wir haben vorliegend einen Entscheid einer letzten kantonalen Instanz.
  - SS** Die Kriterien an Art. 86 sind erfüllt.

- 3 Beschwerdegründe (Art. 95 – 98 BGG)
- ↳ Welches Recht wurde verletzt, was kann geltend gemacht werden? Es geht darum, welche Norm verletzt wurde.
  - OS** Nach Art. 95 a kann Bundesrecht gerügt werden.  
Nach Art. 95 b → Völkerrechtsverletzung
  - US** Art. 10 BV → Recht auf Leben wurde verletzt.  
EMRK Art. 2
  - SS** Wir haben genügende Anforderungen an die Beschwerdegründe
  - ↳ Alle Punkte werden gerügt ⇒ kumulative Rüge. Was nicht gerügt wird, wird nicht geprüft (Bundesgericht funktioniert nach dem Rügeprinzip).
- 4 Beschwerderecht (Art. 89 BGG)
- OS** wer teilgenommen hat ist klageberechtigt. Er muss auch b und c einhalten ⇒ muss kumulativ vorliegen. b: besonders berührt. c: schutzwürdiges Interesse
  - US** Er hat teilgenommen, sind besonders berührt (bekommen kein Geld ⇒ sie sind die Adressaten der Verfügung), schutzwürdiges Interesse: Bundesgericht sagt, dass das Interesse a) schutzwürdig sein muss b) aktuell und c) praktisch sein muss. I.c. geht es um Geld (praktisch), es ist aktuell (das Bundesgericht kann zum Zeitpunkt der Beurteilung noch etwas ändern können).
  - SS** Art. 89 BGG ist gegeben.
  - ↳ Parteifähig und Prozessfähigkeit muss hier auch noch geprüft werden, obwohl es nicht explizit im Gesetz steht
- 5 Beschwerdefrist (Art. 100 f. BGG)
- 6 Form und Inhalt (Art. 42 und 106 BGG)
- OS** Art. 42: Begründungen, unterschrieben sein, elektronisch wenn elektronisch  
Art. 106: Rügeprinzip (welche Rechtsverletzung wird behauptet)
  - US** ist alles gegeben.
  - SS** Art. 42 und 106 BGG.

⇒ *Das Bundesgericht wird auf die Beschwerde eintreten (materiell-rechtliche Prüfung ist möglich ⇒ inhaltlich wird das BG auf die Beschwerde eintreten).*

## 2 Wird im geschilderten Sachverhalt der Kerngehalt von Art. 10 Abs. 1 BV verletzt?

### Verstoss gegen Art. 10 Abs. 1 BV

- 1 Schutzbereich
- a) Sachlicher Schutzbereich
1. Frage: Was darf der Staat nicht?
- ↳ Der Staat darf keine Leute umbringen
    - ↳ die Tötung darf nie primäres Ziel sein
    - ↳ keine Todesstrafe
2. Frage: was darf der Staat?
- Schutzpflichten
- ↳ Angriffe durch Dritte abwehren
    - ↳ Einschränkung (keine „Schutzengelpflicht“) → wenn eine aktuelle Gefahr droht (und diese glaubwürdig sind) → muss es eingreifen.
- Leistungspflichten durch den Staat (z.B. bei Inhaftierten) → dort ist er verpflichtet. Er hat die Person in dieses Sonderstatusverhältnis gesteckt und deshalb abnötigt dies eine besondere Leistungspflicht.
- Unterlassungspflicht: darf der Staat eingreifen (den E umbringen).
- Schutzpflicht: was muss der Staat unternehmen um die anderen Menschen zu schützen
- ↳ typische Grundrechtskollision

- b) persönlicher Schutzbereich
  - ↳ kein Problem ⇒ ist ja eine natürliche Person (normalerweise kein Problem). Allenfalls bei Ausländer und bei jur. Personen von Relevanz.
- 2 Eingriff
  - ↳ ist gegeben ⇒ Eingriff in das Recht auf Leben liegt vor.
- 3 Rechtfertigung (Art. 36 BV)
  - a) gesetzliche Grundlage
    - aa. Erfordernis der Gesetzesform (Normstufe)
      - ↳ es muss ein generell-abstrakten Erlass (bei geringfügigem Eingriff).
      - ↳ bei schweren Eingriffen (liegt hier vor) braucht es eine formell-gesetzliche Grundlage.
    - Reicht das Polizeigesetz des Kantons Graubünden?
      - ↳ ist ein Gesetz im formellen Sinn (auf kantonalem Wege immer) ⇒ im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren
    - bb. Bestimmtheit? (Normdichte)
      - ↳ Handlungsanweisung an die Polizei
      - ↳ jedoch auch für die Bevölkerung ein Rahmen
  - hier kann man sich getrennter Meinung sein. Die grössere Mehrheit sagt, dass dies so nicht genügt, sondern, dass die konkrete Tötung ganz explizit geregelt werden müsse.
  - b) öffentliches Interesse
  - c) Verhältnismässigkeit
  - d) Kerngehalt

- 3 **Wie heisst das strafrechtliche Institut, das einen solchen Eingriff zu rechtfertigen vermag?**
- 4 **Obliegt dem Staat aufgrund von Art. 10 Abs. 1 BV auch eine Schutzpflicht und welche Verpflichtungen umfasst diese vorliegenden Fall?**
- 5 **Ist die Verhältnismässigkeit des Eingriffs gewährt? Wieso war der finale Todesschuss die einzige Möglichkeit die der Polizei zur Verfügung stand? Gab es kein milderes Mittel, das hätte angewendet können?**
- 6 **Wie wäre der Sachverhalt unter Art. 2 EMRK zu beurteilen**

## Übung vom 19.03.2008

Meier / Stüssi

### Übung 3: Recht auf Unversehrtheit

#### Ziele

- ⇒ Gewährleistungsbereich des verfassungsrechtlichen Datenschutzes erkennen
- ⇒ Bewertung von Eingriffen auf die körperliche Unversehrtheit
- ⇒ Diskussion der Gefahren eines DANN-Abgleichs

#### Fall „DNA-Profil“

##### 1 Was ist ein DAN-Profil, wofür kann es verwendet werden?

Erbinformation

Verwendung zur Identifikation

Gefahren

- ↳ willentliche Irreführung ist als Gefahr zu nennen.
- ↳ Datenbankproblem: es ist fehleranfällig. In einem von sieben Fällen sind die Daten vertauscht. Es gibt auch Bestrebungen bei Geburt alle Menschen in eine Datenbank zu speisen.

##### 2 Wie sind die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Datenschutzes?

##### 3 Welche Grundrechte der BV sind im vorliegenden Fall betroffen?

siehe Prüfschema.

- 1 Verletzung der persönlichen Freiheit (10 / 2)
- 2 Datenschutz (13 / 2)
- 3 Willkürverbot (9)
  - ↳ Auffanggrundrecht ⇒ kann immer angebracht werden, könnte unterstützend wirken bei der Argumentation ⇒ allerdings ist die Hürde hoch, dass es betroffen ist.

#### Grundrechtsprüfung

↳ Ein Recht nach dem anderen Prüfen

##### Persönliche Freiheit

- 1 Schutzbereich
  - a) persönliche: ✓ → als natürliche Person
  - b) sachliche: ✓ → körperliche Integrität
- 2 Eingriff: ✓
- 3 Rechtfertigung
  - a) gesetzliche Grundlage: ✓ → schwere des Eingriffes prüfen → die Anforderungen des Gesetzes hängt davon ab (Normdichte).
    - ↳ i.c. haben wir ein kantonales Gesetz
    - ↳ es steht nicht explizit, dass die WSA genommen werden darf. Es genügt ein generell-abstrakte Norm, weil der Eingriff leicht ist (es dient lediglich und ausschliesslich zur Identifikation)

- b) öffentliches Interesse: ✓ → Kinder sollen in ihrer natürlichen Entwicklung gefördert werden.
- c) Verhältnismässigkeit
  - aa. Geeignetheit? ✓ → zweckfördernd
    - ↳ meistens Körperflüssigkeiten bei Sexualdelikten im Spiel → sehr hilfreich und geeignet
  - bb. Erforderlichkeit? ✓ → gibt es ein milderes Mittel?
    - ↳ Fotos, Fingerabdruck
  - cc. Verhältnismässigkeit i.e.S.? ✓ → Zweck/Mittel-Relation
    - ↳ öffentliches vs. privates Interesse → wenn die Vorgeschichte impliziert wird und die konkreten Umstände betrachtet werden, kann man klar sagen, dass der Eingriff verhältnismässig ist.
- d) Kerngehalt (bei offensichtlicher Betroffenheit)
  - ↳ ist nicht betroffen, da die Behandlung nicht gravierend war.

⇒ *Der Eingriff ist gerechtfertigt nach Art. 36 BV*

#### **Datenschutz, Informationelle Selbstbestimmung**

##### **1** Schutzbereich

- a) persönliche: ✓
- b) sachliche: ✓
  - ↳ informationelle Selbstbestimmung ⇒ jeder kann selber bestimmen was mit den eigenen Daten passiert ⇒ Recht selber zu bestimmen wo die Daten angewendet werden.

##### **2** Eingriff: ✓

##### **3** Rechtfertigung (Art. 36 BV)

- a) gesetzliche Grundlage: ✓ → Schwere des Eingriffes prüfen → leicht, da die Person zwar identifiziert werden kann, jedoch nichts über die Persönlichkeit gesagt werden kann (dies Unterscheidung wird im Datenschutzgesetz gemacht).
  - ↳ EDNA-Verordnung, StPO → ist gegeben. Da leichter Eingriff braucht es keine individuell-konkrete Umschreibung.
- b) öffentliches Interesse: ✓
- c) Verhältnismässigkeit
  - aa. Geeignetheit: ✓ → zweckfördernd
  - bb. Erforderlichkeit (Notwendigkeit): ✓
    - ↳ mildere Massnahmen/Mittel nicht vorhanden.
  - cc. Verhältnismässigkeit i.e.S.: ✓
    - ↳ hat Inzerate gestartet und war bereits Täter
- d) Kerngehalt (bei offensichtlicher Betroffenheit)
  - ↳ es gibt hier keine Kerngehalte ⇒ das wird man immer wieder haben. Im Moment ist es umstritten in diesem Punkt ob es einen Kerngehalt gibt.

⇒ *Das Informationelle Selbstbestimmungsrecht ist betroffen jedoch nicht verletzt. Der Eingriff hält unter dem Aspekt der Rechtfertigung stand.*

#### **4 Frage nach den Möglichkeiten einer Lösung**

⇒ *Er (Z) kann nicht verlangen, dass eine vorzeitige Löschung vollzogen wird. Dies könnte lediglich gemacht werden, wenn er klar freigesprochen würde.*

#### **Willkürverbot (Art. 9 BV)**

- 1      Schutzbereich: ✖ → wenn die Behörden unvernünftigerweise und nicht tragbar handeln.  
I.c. nicht gegeben bzw. Art. 9 BV ist nicht verletzt.
  
- ↻      *Betroffen sind das Recht auf persönliche Freiheit, wie auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, jedoch nicht verletzt, weil sie der Rechtfertigung eines Eingriffs (Art. 36 BV) standhält. Das Willkürverbot ist nicht betroffen und entsprechend auch nicht verletzt.*
  
- 5      **Wie schwer beurteilen Sie den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit? Wie schwer wöge ein Eingriff durch Zwang zum abrasieren eines Bartes für die strafrechtliche Gegenüberstellung?**  
kein schwerer Eingriff, da der Bart nachwächst und die Rasur keine Schmerzen verursacht.
  
- 6      **Wie würde die Antwort aussehen, wenn es sich um eine Person muslimischen Glaubens handelt?**  
hier spielt die subjektive Komponente mit hinein  
→ könnte ein schwererer Eingriff sein → es kommt drauf an wie sehr die Religion tangiert wird.

## Übung vom 26.03.2008

Meier / Stüssi

### Übung 4: Bewegungsfreiheit und Versammlungsfreiheit

#### Ziele

- ⇒ *Erörterung der Problematik öffentlicher Plätze und von Lösungsmöglichkeiten*
- ⇒ *Anwendungsfall zur persönlichen Freiheit / Bewegungsfreiheit*
- ⇒ *Vertiefung der Prüfungsstruktur, insbesondere des Bestimmtheitsgrundsatzes*
- ⇒ *Die Bedeutung der Versammlungsfreiheit im Vergleich mit der EMRK*

#### Fall „Wegweisungsverfügung“

##### Fragen

- 1 **Wie stark beurteilen Sie den Bedarf, bestimmte öffentliche Plätze in einem besonders geordneten Zustand zu halten?**

##### **Sollen die Jugendlichen vom KKL weggewiesen werden?**

Ist die Wegweisung die Lösung des Problems?

Könnte das Problem anders gelöst werden?

Wer oder was wird durch die Wegweisung geschützt?

pro Wegweisung	contra Wegweisung
<ul style="list-style-type: none"><li>↳ effektive Massnahme</li><li>↳ prominenter Platz (belastet die Staatskasse mehr, wenn indirekte Einnahmequellen tangiert sind).<ul style="list-style-type: none"><li>↳ Tourismusstadt</li></ul></li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>↳ das Problem wird nicht abschliessend gelöst ⇒ verschieben</li><li>↳ Präventivmassnahmen / Alternativmassnahmen (z.B. Überwachungskamera etc.)</li><li>↳ es gibt im Strafrecht Möglichkeiten gegen entsprechende Straftatbestände einzugehen.</li></ul>

##### **Zulässigkeit einer Einheitsbeschwerde**

- 1 Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG; Art. 83 → Ausnahmeliste; Art. 85)
  - ↳ ✓
- 2 Vorinstanzen (Art. 86 – 88 BGG)
  - ↳ Es handelt sich um einen kantonalen Entscheid ⇒ ✓
- 3 Beschwerdegründe (Art. 95 – 98 BGG) → alles Auflisten was eine Möglichkeit darstellen könnte.
  - ↳ Freiheitsrechte aus der BV (Versammlungsfreiheit, Bewegungsfreiheit, persönliche Freiheit), Diskriminierungsverbot, Menschenwürde, Meinungsäusserungsfreiheit
  - ↳ EMRK
  - ↳ KV Bern (Grundrechtskatalog) → also auch darauf berufen.
- 4 Beschwerderecht (Art. 89 BGG)
  - ↳ Partei- und Prozessfähigkeit
  - ↳ drei Punkte

- ↳ Rechtssprechung
  - kumulativ anwenden

- 5 Beschwerdefrist (Art. 100 f. BGG)
- 6 Form und Inhalt

**2 Welche Instrumente stehen einem Kanton dabei zur Verfügung? Welche halten sie für Erfolg versprechend?**

**3 Fassen Sie den Sachverhalt im Fall BGE 132 I 49 kurz zusammen: unterscheiden sie das tatsächliche Geschehen von der prozessualen Entwicklung.**

siehe Entscheid

**4 Auf welche verfassungsmässige Rechte berufen sich die Beschwerdeführer?**

Versammlungsfreiheit, Bewegungsfreiheit, persönliche Freiheit, Diskriminierungsverbot, Menschenwürde, Meinungsäusserungsfreiheit

**5 Welches sind die Anforderungen an die Darlegung einer möglichen Verletzung in verfassungsmässigen Rechten und sind sie in casu erfüllt?**

**Rechtfertigung gegeben?**

- 1 Gesetzliche Grundlage?
  - ↳ ist es genügend bestimmt?
    - ↳ Grund für diese Prüfung
      - Rechtssicherheit
      - Gleichbehandlung (Rechtsgleichheit)
      - damit z.B. die Polizei genau weiss, was sie tun und lassen muss/kann → es schränkt das Handeln der rechtsanwendenden Behörden (Polizei) ein.
  - ↳ die Kunst besteht darin das nötige Ausmass der **Bestimmtheit** festzulegen
    - ↳ Anzahl betroffene Personen (Personenkreis) → i.c. ist er weit (es könnte jeden betreffen)
    - ↳ Anzahl möglicher Sachverhalte und die Voraussehbarkeit dieser Sachverhalte
    - ↳ Schwere des Eingriffes

2 öffentliches Interesse

3 Verhältnismässigkeit

- a) Geeignetheit
- b) Erforderlichkeit (Notwendigkeit)
- c) Verhältnismässigkeit i.e.S.

4 Kerngehalt

**6 In welcher Stelle prüft das BGer das Bestimmtheitsgebot?**

- ↳ siehe oben beim der Prüfung ob eine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden ist.

**7 Wie löst das BGer das Bestimmtheitsgebot?**

**8 Wie löst das BGer das Verhältnis zwischen der Gewährleistung der Versammlungsfreiheit in der BV und in der EMRK?**

## Diskriminierungsverbot (8<sup>2</sup> BV)

- 1     Schutzbereich
  - a)   Ungleichbehandlung aufgrund eines bestimmten Merkmals
  - b)   Direkte und indirekte Diskriminierung
    - ↳ direkt: Unterscheidung wird getroffen und am verpönten Unterscheidungsmerkmal wird angeknüpft
    - ↳ indirekt: nicht an einem verpönten Merkmal wird angegriffen, doch werden Personen dadurch betroffen sein (z.B. Grösse ⇔ Frauen)
- 2     Eingriff
- 3     Rechtfertigung

besonders ernsthaft und triftige Gründe (die Schwelle ist höher als bei der Rechtgleichheit, es braucht mehr als „lediglich“ ein sachlicher Grund)

## Grundrechte verschiedener Stufen

- 1     BV ⇔ EMRK

Siehe BG-Entscheid E 3 (5.3), S. 42. Es prüft ob die KV und die EMRK weiter geht als die BV. Wenn dies nicht der Fall ist, prüft es normal nach BV.

  - ↳ Wenn das gleiche Grundrecht in der KV ist, gehen wir davon aus, dass der Schutzbereich kongruent.
  - ↳ Bei der EMRK ist es so, dass die EMRK normalerweise die Minimalanforderung festlegt und wir gehen davon aus, dass die BV die Problematiken besser abdecken kann. In der Praxis ist es aber so, dass die BV nie genau weiss, wie die EMRK aktuell genau entschieden hat → es wird schwierig sein immer up to date zu sein.
- 2     BV ⇔ Grundrechte KV

## Zusatzfall „Unruhe vor dem KKL“

### **Bemerkungen Kommiliton/-in zu den Unterschieden Bern - Luzern**

Jan war nicht direkter Beteiligter

Prüfen bei der Verhältnismässigkeit bei der Eignung → es ist nicht Geeignet (auch Gegenargument möglich).

Dieser Art. macht den Anknüpfungspunkt nicht genau so eng wie jener von Bern (in Bern ging es um Personen).

BGer hat beim Bernerfall gesagt, die Bewegungsfreiheit ist nicht betroffen, da nur in Kombination mit Alkkonsum der Aufenthalt verboten war. Hier aber klar einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit.

## Übung vom 02.04.2008

Meier / Stüssi

### Übung 5: Individuelles Selbstbestimmungsrecht

#### Ziele

- ⇒ Grundrechtsprüfung im Sonderstatusverhältnis
- ⇒ Einführung in die abstrakte Normenkontrolle
- ⇒ Vertiefung der Zulässigkeitsvoraussetzung der staatsrechtlichen Beschwerde
- ⇒ Erkennen der Grundrechtsrelevanz des Strafvollzuges
- ⇒ Bedeutung der EmRK am praktischen Beispiel

#### Inhalt der Übung

- 1 Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten
- 2 Das Sonderstatusverhältnis
- 3 Der moderne Strafvollzug
- 4 Gerügte Rechtsnormen
- 5 Begründetheit der Beschwerde

#### Fall „Häftlingsbeschwerde“

##### Zusammenfassung Fall

Der Häftling rügt, dass die Richtlinien EMRK-widrig und Verfassungswidrig seien.  
Wir prüfen wie gewohnt zuerst das formelle und dann das materielle Bereich.

##### Fragen

#### 1 Bitte prüfen Sie die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die Zürcher Verordnung über die Bezirksgefängnisse.

- 1 Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG)
  - ↳ ist gegeben ⇒ er prangert die konkrete formelle Verordnung an.
- 2 Vorinstanzen (Art. 86 – 88 BGG)
  - ↳ gab wahrscheinlich keine Vorinstanz und deswegen ist der Punkt gegeben.
- 3 Beschwerdegründe (Art. 95 – 98 BGG)
  - ↳ können wir bejahen
- 4 Beschwerderecht (Art. 89 BGG)
  - ↳ schutzwürdiges Interesse ⇒ c) schutzwürdiges Interesse
- 5 Beschwerdefrist (Art. 100 f. BGG)
  - ↳ 30 Tage
- 6 Form und Inhalt (Art. 42 BGG)
  - ↳ schriftlich und in Amtssprache

**2 Welche Folgen hat es für den Grundrechtsschutz eines Häftlings, dass er sich in einem Sonderstatusverhältnis befindet?**

↳ Gefangene befinden sich in einem Sonderstatusverhältnis, wie auch z.B. Soldaten etc.

**3 Was sind ihre Vorstellungen von einem modernen Strafvollzug?**

Wie soll man die Sträflinge behandeln (Pönologie)?

Früher ⇒ stark an den Vollzug gebunden

Heute ⇒ zurückhaltend bezüglich dem Umgang mit Gefangenen.

**4 Bitte erstellen Sie eine Liste der Vorschriften, gegen die sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall wehrt und den Argumenten.**

↳ persönliche Freiheit (Auffanggrundrecht ⇒ gut lernen!!)

↳ Spaziergänge

↳ Grundverstoß gegen seine psychische und physische Integrität

↳ die Zeitschriften nicht ab der ersten Woche erhalten

↳ Schreibzeug, das er selber bestimmen wollte

↳ Besuchsrecht, das ihm nicht gepasst hat

BV: Art. 8, 9, 10, 36, 49

EMRK: Art. 6, 8, 10, 14

Bei der Prüfung muss man sich für ein Grundrecht entscheiden und dieses dann durchprüfen. Hier würden wir wohl Art. 10 BV prüfen.

↳ Schlafsack, Stifte etc.

**1** Schutzbereich

a) persönlicher Schutzbereich

b) sachlicher Schutzbereich

Geistige Unversehrtheit ⇒ ruhiger Schlaf. Es ist die körperliche Unversehrtheit, da es unbequem sei in diesen Schlafsäcken. Passivrauchen. Spaziergang → eingeschränkte Bewegungsfreiheit. Alkoholkonsum → Entfaltungsfreiheit seiner Person. Medikamenteneinnahme → körperliche Unversehrtheit.

↳ Es muss jeder einzelne Punkt durchgeführt werden ⇒ jeden Punkt begründen.

Wurde in diesen Schutzbereich eingegriffen?

↳ Eingriff ja

**2** Eingriff gegeben

Schlafsack war kein Eingriff

Passivrauchen ⇒ Gesetz (Verordnung) ist genügend offen umschrieben, dass ein Nichtraucher nicht mit einem Rauer in die Zelle senden muss.

↳ hier ist das BG gar nicht weiter gegangen und hat die Prüfung abgebrochen, da gar kein Eingriff bejaht wurde.

Eingriffe bejaht bei Spaziergang, Medikamenteneinnahme, Alkoholkonsum

**3** Rechtfertigung

↳ leichter oder schwerer Eingriff? Genereller Grundsatz: schwerer Eingriff. Wenn jemand draussen so eingreifen würde, wäre es schwer. Doch ist i.c. der Gefangene in einem Sonderstatusverhältnis unterworfen. Er muss sich im Gefängnis selbst mit gewissen Sachen abfinden. Deshalb können wir hier von einem leichten Eingriff vorgehen.

a) gesetzliche Grundlage ✓

Wie sieht die Normstufe bei einem leichten Eingriff aus? Es genügt eine Verordnung (braucht kein Gesetz im formellen Sinn). Wie ist die Situation bezüglich der Normdichte. Es gibt die Verordnung, es gibt das Reglement. Es gibt Gefängnisaufseher. Die Norm-

dichte ist sehr wichtig. Es muss eine einfache Formulierung gewählt werden. Insb. die Staatsangestellten müssen ihr Handeln, ihr Tun überhaupt abschätzen können. I.c. Anforderungen an Normdichte und Normstufe gegeben?

↳ Normdichte: es ist eine kantonale Gefängnisverordnung vorhanden. Die einzelnen Bestimmungen sind verständlich formuliert.

- b) Öffentlichkeit betroffen? ✓  
Geldfrage  
Sicherheitsbedenken: wenn x Besucher empfangen werden → erhöhtes Risikopotential.
  - c) Verhältnismässigkeit
    - aa. Geeignetheit (zweckfördernd) ✓
    - bb. Erforderlichkeit (Notwendigkeit)  
Drogen: Was draussen illegal ist kann nicht plötzlich in den Gefängnis gelten.  
Spaziergang: ✗  
allgemeiner Spaziergang: ✗ (nicht im Ermessen der Behörden liegt → es ist ein MUSS (Menschenrecht)). Art. 47 GVO (Gefängnisverordnung) hält dem Grundrecht nicht stand.
    - cc. Verhältnismässigkeit i.e.S. (Güterabwägung)  
Spaziergang: ✗  
Drogenkonsum: ✓ (ist gegeben) → steht im Verhältnis gegenüber dem öffentlichen Interesse.
- 4 Kerngehalt  
Wenn der Staat in die Psyche eines Gefangenen eingreift oder wenn er ihn unmenschlich behandelt. I.c. ist er nicht Betroffen.

### **Konklusion**

⇒ *Einige Grundrechtsaspekte sind betroffen und halten der Rechtfertigung stand.*

### **Prüfung Meinungsäusserungsfreiheit (EMRK Art. 10)**

- 1 Schutzbereich ✓
- 2 Eingriff ✓
- 3 Rechtfertigung  
leichter Eingriff
  - a) gesetzliche Grundlage  
die Anforderungen sind geringer wenn es um die EMRK geht als wenn es um die BV geht. Für Eingriffe in die EMRK reicht eine Verordnung.
  - b) öffentliches Interesse
  - c) Verhältnismässigkeit
    - aa. Geeignetheit (legitime Zweck)
    - bb. Erforderlichkeit (Notwendigkeit)
    - cc. Verhältnismässigkeit i.e.S.
- 4 Kernbereich

⇒ *Das Völkerrecht ist nicht verletzt ausser die Spaziergangregelung, die verletzt ist.*

5 **Bitte erstellen Sie die Gliederung für die Prüfung der Begründetheit seiner Beschwerde.**

## Übung vom 09.04.2008

Meier / Stüssi

### Übung 6: Gleichheitssatz

#### Ziele:

- ⇒ Prüfungsstruktur der Rechtsgleichheit
- ⇒ Prüfungsstruktur des Diskriminierungsverbot
- ⇒ Teilgehalte von Art. 8 Abs. 3 BV
- ⇒ Prüfungsstruktur des Willkürverbotes

#### Fall 1: „Frauenanteil an der Uni“

Es kommt grundsätzlich das Rechtsmittel der **staatsrechtlichen Beschwerde** in Frage, weil es sich um einen kantonalen Erlass handelt.

#### Formelle Prüfung: Zulässigkeitsprüfung der Beschwerde

- 1 Anfechtungsobjekt nach Art. 82 BGG ✓  
Liegt ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor? Ja, es handelt sich bei Art. 36 des Universitätsgesetzes um einen kantonalen Erlass nach Art. 82 BGG  
↳ 83 BGG nicht prüfen, da es hier nur um Beschwerden geht.
- 2 Vorinstanzen nach Art. 86 – Art. 88 BGG ✓  
gemäss Art. 87<sup>1</sup> ist es möglich, gegen kantonale Erlasse unmittelbar Beschwerde zu erheben, sofern kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann.  
*Ist das Erfordernis der absoluten Subsidiarität erfüllt?*  
*Es gibt auf Bundesebene kein anderes Rechtsmittel als die Staatsrechtliche Beschwerde, somit ist die absolute Subsidiarität nach Art. 84 Abs. 2 OG erfüllt.*  
*Ist das Erfordernis der relativen Subsidiarität erfüllt?*  
*Weil im Sachverhalt nichts steht, nehmen wir an, dass Herr Haase den kantonalen Instanzenweg ausgeschöpft hat. Somit ist die relative Subsidiarität nach Art. 86 OG erfüllt.*
- 3 Beschwerdegründe nach Art. 95 – 98 BGG

#### BV

Herr Wirth möchte sich auf den Art. 8<sup>3</sup> der BV berufen. Gemäss Art. 95 lit. a BGG ist eine Rüge gegen eine Verletzung von Bundesrecht zulässig.

#### EMRK

Art. 14 EMRK

#### beide Uno Pakte

jeweils Art. 2

*(Uno Pakt I kann zur Anwendung kommen. Uno Pakt II meist nicht). Problem bei UNO Pakt und EMRK bezüglich dieser Diskriminierungsfreiheit ⇒ es muss immer noch eine andere Betroffenheit vorliegen.*

#### EMRK Zusatzprotokoll 12

↳ Schweiz hat dieses nicht ratifiziert, deshalb nicht anwendbar.  
Ist also lediglich möglich sich auf die BV Art. 8 zu berufen.

- 4 Beschwerdelegitimation nach Art. 89 BGG
  - a) litera a: Teilnahme: da nicht möglich gegeben ✓

- b) litera b: besonders berührt ✘  
↳ die virtuelle Betroffenheit kann nicht bejaht werden.  
↳ könnte man in Zukunft (virtuell) betroffen sein. Setzt eine minimale Betroffenheit voraus.

*Ist der Beschwerdeführer zur Staatsrechtlichen Klage legitimiert?*

*Es handelt sich im konkreten Fall um eine abstrakte Normenkontrolle, somit genügt für die Legitimation eine virtuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers, d.h. es genügt eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Erlass früher oder später einmal in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen sein könnte. I.c. scheint Wirth wirklich bedroht dadurch, dass er aufgrund Art. 36 des Universitätsgesetzes in seinen (behaupteten) Grundrechten verletzt wird, weil er ernsthafte Ambitionen auf ein Professorenamt hegt.*

↳ Begründung in beide Richtungen möglich

- c) litera c: Schutzwürdiges Interesse ✓  
↳ gegeben, da ein Grundrecht betroffen ist.

- d) Ist der Beschwerdeführer partei- und prozessfähig? (steht nicht in Art. 89 BGG, muss aber auch hier geprüft werden).  
Im Sachverhalt steht nicht, was die Urteils- und Handlungsfähigkeit von Haase anzweifeln lässt, somit ist auch die Partei- und Prozessfähigkeit von Herrn Haase anzunehmen.

- 5 Beschwerdefrist nach Art. 100 f. BGG ✘  
Gemäss Art. 101 ist eine Beschwerdefrist gegen Erlasse von 30 Tagen vorhanden. Nach Veröffentlichung im Amtsblatt. Bei einem Referendum nach Ablauf der Referendumsfrist.

*I.c. wurde diese Frist nicht eingehalten.*

- 6 Form und Inhalt der Beschwerde nach Art. 42/Art. 106 BGG  
Aus dem Sachverhalt sind keine konkreten Angaben ersichtlich, weshalb wir davon ausgehen können, dass die Beschwerdeform nach Art. 106 BGG eingehalten wurde.

⇒ *Das Bundesgericht wird aufgrund fehlender Legitimation von Hans Wirth nicht auf die Staatsrechtliche Beschwerde eintreten (Nichteintretensentscheid, es handelt sich um eine Popularbeschwerde).*

## Prüfung nach Art. 8<sup>1</sup>

### Schutzbereich

- ↳ Schutzbereich Sachlicher
  - ↳ Vergleichbare Gruppen?
  - ↳ Ungleichbehandlung/Gleichbehandlung?
- ↳ Schutzbereich Sachlicher
  - ↳ Sowohl natürliche, wie auch Juristische Personen werden erfasst. *Juristische Personen werden grundsätzlich nicht berücksichtigt. Es gibt einzelne Merkmale welche das BG auch für JP öffnet.*

### Rechtfertigung

- ↳ Sachlicher Schutzbereich

## Prüfung nach Art. 8<sup>2</sup>

### Schutzbereich

- ↳ Vergleichbare Gruppe?
- ↳ Ungleichbehandlung?
- ↳ Benachteiligung zum Ziele oder zur Folge? *ja, wir haben hier eine Folge (es braucht keine intendierte Folge, sondern es kann auch eine Nebenfolge sein).*
- ↳ Verpöntes Merkmal? *haben wir, da Geschlecht aufgelistet ist.*
  - indirekte Diskriminierung

### Rechtfertigung

- ↳ Ernsthaft und triftige Gründe
  - Zulässige Ziele und Zwecke?
  - Verhältnismässigkeit?

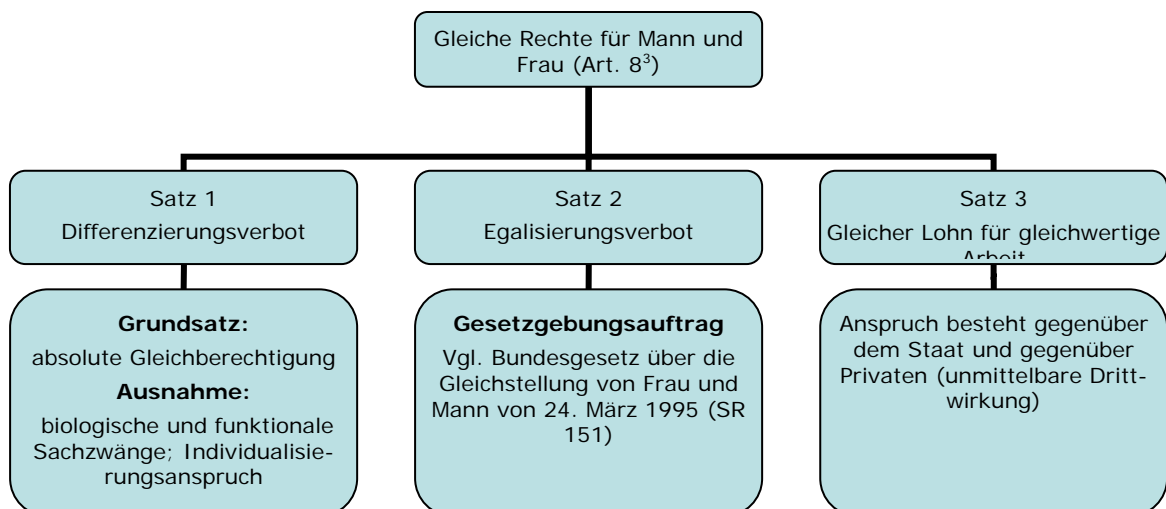
### Prüfung nach Art. 8<sup>3</sup>

#### Schutzbereich

- ↳ Vergleichbare Gruppen
- ↳ Ungleichbehandlung
- ↳ Merkmal des Geschlechts

#### Rechtfertigung

- ↳ Biologische oder funktionael Unterschiede ⇒ Haben wir i.c. nicht gegeben
- ↳ Egalisierungsgebot
  - ↳ Manifeste Unausgewogenheit ⇒ ja, wir haben eine manifeste Unausgewogenheit (faktische Unausgewogenheit gegeben)
  - ↳ Verhältnismässigkeit
    - Eignung
      - Zwecktauglichkeit
      - Erreichbarkeit
    - Erforderlichkeit
    - Zweck-Mittel-Relation



- Satz 1: **Differenzierungsverbot**, absolute Gleichbehandlung (Ausnahme **sehr [eng auszulegen]**: funktionale und biologische Sachzwänge)
- Satz 2: **Egalisierungsgebot**, Gesetzgebungsauftrag ⇒ faktische und .
- Satz 3: direkte **Drittwirkung** in Privatwirtschaft.

Art. 36 des Universitätsgesetzes enthält eine Quote die als Verstoss gegen Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV erachtet werden kann. Der Artikel steht im **Spannungsverhältnis** zwischen Satz 1 und Satz 2 von Art. 8 Abs. 3 BV. Denn sobald man positive Förderungsmaßnahmen zugunsten eines Geschlechts erhebt, fühlt sich das andere Geschlecht beeinträchtigt.

Förderungsmaßnahmen zugunsten des untervertretenen Geschlechts können durchaus zulässig sein, aber nur unter folgenden Voraussetzungen:

- ↳ Die Massnahme muss **geeignet** sein, eine manifeste Unausgewogenheit der Geschlechter zu beseitigen.
  - Zwecktauglichkeit ⇒ ist wohl gegeben

- Erreichbarkeit ⇒ möglich
- ↳ Erforderlichkeit: Es darf kein gleich wirksames Alternativmittel geben, um das Ziel der Gleichstellung zwischen Männern und Frauen zu verwirklichen.
  - es gibt andere Mittel, allerdings mit einer schlechteren Wirkung.
- ↳ Zweck-Mittel-Relation: Das Interesse an der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV) muss das Interesse an der absoluten Gleichbehandlung überwiegen (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV)
  - Es besteht die Gefahr, dass für eine lange Zeit gut qualifizierte Männer nicht eingestellt werden können.
  - Macht es Sinn auf das Verhältnis der Studierenden abzustellen? BGE sagt, dass grundsätzlich immer auf die nächst tiefere Stufe abgestellt werden soll.

i.c. ist eine Geeignetheit der Massnahme sicherlich gegeben. Fraglich ist aber, ob es keine milderen Mittel gäbe um die Unausgewogenheit zu beheben und ob die Interessenabwägung standhält. Das BGE hat diese beiden letzten Voraussetzungen als nicht gegeben erachtet.

- ⇒ *Art. 36 des Universitätsgesetzes verletzt die absolute Gleichbehandlung von Mann und Frau nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV. Insb. weil die Regel auf das Verhältnis der Studierenden abstellt und weil es sehr lange dauert. Argumentation in beide Richtungen möglich, wobei diejenige zu ungunsten der Verhältnismässigkeit ausfallen wird.*

## Materielle Prüfung

Materielle Prüfung der Rügen welche *Hans Wirth* vorbringen könnte. Mögliche Rügen, welche *Hans Wirth* vorbringen könnte wären:

- 1 Verletzung der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 20 BV
- 2 Verletzung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV
- 3 Verletzung der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 3 BV

### Zur Prüfung

- 1 Die Wissenschaftsfreiheit enthält keine Garantie auf Unterrichtserteilung an einer Universität und keinen Anspruch auf eine Professur. Der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit wird also durch den angefochtenen Erlass nicht berührt.
- 2 Die Wirtschaftsfreiheit enthält keinen Anspruch auf eine Anstellung im öffentlichen Dienst. Der Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit wird also durch den angefochtenen Erlass nicht berührt.

## Fall 2: „Lohnerhöhung per Zufall“

### 6 Auf welches Recht kann sich X berufen?

- Art. 9 BV
- Art. 8<sup>1</sup> wäre auch möglich

### 7 Ist die Beschwerde des X begründet?

## Prüfung von Art. 9 BV

### Schutzbereich

- ↳ Persönlicher
  - ↳ ist gegeben
- ↳ sachlicher

## Übung vom 16.04.2008

Meier / Stüssi

### Übung 7: Religionsfreiheit

#### Ziel

↳ siehe Aufgabenblatt

#### Fall: „*islamisches Begräbnis*“

#### Fragen

##### 1 Ist die Zuständigkeit des Bundesgerichts i.c. gegeben?

###### Zulässigkeit einer Einheitsbeschwerde:

- 1 Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG)
- 2 Vorinstanzen (Art. 86 – 88 BGG)
  - ↳ ist zulässig, weil keine andere Beschwerdemöglichkeit bestanden hat.
- 3 Beschwerdegründe (Art. 95 – 98 BGG)
  - ↳ Bundesrecht
  - ↳ Völkerrecht (EMRK, Uno Pakt II)
- 4 Beschwerderecht (Art. 89 BGG)
  - ↳ war beim Regierungsrat
  - ↳
- 5 Beschwerdefrist (Art. 100 f. BGG)
  - ↳ gegeben
- 6 Form und Inhalt  
Voraussetzungen: schriftlich, Begründung, Unterschrift, Rechtsbegehren, Weshalb die Rechtsbegehren angemeldet werden.

###### materielle Prüfung

##### 2 Was ist der Unterschied zwischen Leistungsanspruch und einem Anspruch auf Leistung aus Gleichbehandlung?

Der Leistungsanspruch ist individuell, der Leistungsanspruch aus Gleichbehandlung ergibt sich daraus, dass man eine Vergleichsgruppe bezieht.

Grundsätzlich sind Menschenrechte Abwehrrechte → gegen Eingriffe des „bösen Staates“.

Der Staat hat aber auch Leistungen zu erbringen. Recht auf Leistung in der Notlage. Der Staat hat eine Aufgabe. Schutzfunktion (z.B. wenn ein Kind angegriffen wird, weil der Staat seinen Schutzpflichten nicht nachkommt).

###### Konklusion aus dem Gesagten

- 1 Abwehrrechte (gegen Eingriffe seitens des Staates)
- 2 Leistungsanspruch (Sicherung des Existenzminimums)
- 3 Gleichbehandlungsrechte (Beispiel Radiokonzessionen, Direktzahlungen). Das sind Leistungsansprüche aus der Gleichbehandlung.

**3 Aus welchem Grundrecht kann ein Anspruch auf ein schickliches Begräbnis abgeleitet werden?**

- Religionsfreiheit
- Menschenwürde
- Diskriminierungsverbot

**4 Ist die Beschwerde in casu begründet? Prüfen Sie die Begründetheit nur für die Freiheitsrechte und unter dem Aspekt der Menschenwürde.**

Menschenwürde = Auffanggrundrecht

↳ gutes Grundrecht um anzubringen (wie auch die persönliche Freiheit)

Zu Unzeiten das Begräbnis durchführen könnte zu einer Würdeverletzung führen. Und zwar die Würde des Toten (z.B. letzter Wille).

### Prüfung der Menschenwürde

Speziell bei der Menschenwürde ⇒ Art. 36 BV kommt gar nicht zum Zuge. Es ist eine riesen Hürde, dass gesagt werden kann die Menschenwürde sei verletzt. Wenn der Schutzbereich betroffen ist, ist auch gleich der Kerngehalt betroffen.

Die Menschenwürde zielt auf die Selbstachtung der Persönlichkeit. Die Personen werden als Subjekte behandelt.

#### Schutzbereich

- |   |            |   |
|---|------------|---|
| 1 | Persönlich | ✓ |
| 2 | sachlich   | ✓ |

#### Eingriff

Menschenwürde betroffen? Sein inneres ich betroffen ja oder nein? Hier gehen wir nicht zu stark in den subjektive Ebene ein.

⇒ *Schutzbereich ist zwar gegeben, jedoch ist der Eingriff nicht gegeben.*

### Prüfung der Religionsfreiheit

Art. 15<sup>1</sup> → Neutralität des Staates.

↳ Ist diese Neutralität absolut?

→ Nein: negative Teil

- Schutzfunktion → wenn eine Person in den Bann einer Sekte gelangt, dann greift der Staat aktiv ein.

→ Nein: positive Teil.

- öffentlichrechtliche anerkannte Religionsgemeinschaften: katholisch, reformiert etc. In Wallis und Neuchatel sind der Staat und die Kirche getrennt. Wieso ist dies relevant? → Steuereinnahmen. Umstrittener Punkt, da viele andere Religionsgemeinschaften kein Geld bekommen, weil sie keine öffentlichrechtlichen Religionsgemeinschaften haben.
- Es ist von Relevanz, da auch die Unternehmen Kirchensteuern bezahlen müssen.

Abs. 15<sup>2</sup> → Aktionen (bestimmter Rhythmus). Man möchte eine Moschee aufbauen, eine Minarett erbauen etc. → Kultusfreiheit

Art. 15<sup>3</sup> → Kultusfreiheit

Art. 15<sup>4</sup> → absoluter Kerngehalt

#### Schutzbereich

- |   |            |
|---|------------|
| 1 | persönlich |
|---|------------|
- grundsätzlich nur natürliche Personen. **Ausser** die JP hat in den Statuten ein religiöses Ziel statuiert. Was die JP jedoch nicht machen kann ist, sich auf die Gewissensfreiheit zu berufen, da die JP kein Gewissen haben.

2 sachlich ✓

### **Rechtfertigung**

1 gesetzliche Grundlage ✓

Was wird gefragt bei der gesetzlichen Grundlage? Schwere des Eingriffes!

Schwerer Eingriff → formelles Gesetz nötig

Wenn er sehr gläubig ist, könnte es ein schwerer Eingriff sein (subjektives Element). Bundesgericht hat sich nicht dazu geäußert ob es sich um einen schweren oder einen leichten Eingriff handelt. In der Gemeindeautonomie gibt es oft, dass gar kein formelles Gesetz gibt, deshalb werden die Anforderungen schon etwas heruntergesetzt (eine Ausnahme, wie auch beim Sonderstatutsverhältnis).

Die gesetzliche Grundlage ist i.c. die Verordnung (Bestattungs- und Friedhofsverordnung vom 4.9.2001).

2 öffentliches Interesse

Es besteht ein öffentliches Interesse, dass jedermann ein Anspruch auf einen Platz hat auf dem Friedhof.

Das die Leichenteile nicht weggeschwemmt werden können. Dass die öffentliche Ordnung gewahrt bleibt. Historisch gewachsen, dass dieser Gräberturnus stattfindet.

3 Verhältnismässigkeit

a) Geeignetheit (zweckfördernd?, Ziel und Zweck stimmen die)

✓

b) Notwendigkeit / Erforderlichkeit

Subsidiarität gegeben? Verlängerung kann eingereicht werden etc.. BG hat entschieden, dass es kein milderes Mittel gäbe und somit die die Notwendigkeit bejaht werden kann.

c) Verhältnismässigkeit i.e.S.

Waage. Wenn der Eingriff schwer wäre, wäre die Verhältnismässigkeit wohl nicht gegeben. Die Lehrmeinung sagt, dass die Religionsfreiheit dem öffentlichen Interesse überwiegt, da ein subjektives Recht enthalten ist. Die Anzahl Muslime ist gering.

4 Kerngehalt

Art. 15<sup>4</sup> plus das forum internum (seine eigene Überzeugung haben zu können).

Wann könnte ein Eingriff in das forum internum passieren?

↳ Gehirnwäsche

↪ *Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Religionsfreiheit nicht verletzt ist, da viele Alternativen bestehen. Die Lehre indes sieht das anders.*

5 **Variante: In der Gemeinde a.A. besteht bereits ein Sonderfriedhof für Angehörige der jüdischen Religionsgemeinschaft. Gehen Sie davon aus, dass die kantonalen Gesetze die Errichtung von Sonderfriedhöfen zulassen. Für die Errichtung des jüdischen Sonderfriedhofes stellte die Gemeinde Hausen a.A. öffentlichen Grund zur Verfügung. Abd-Allah Lucien Meyers möchte nun einen solchen Sonderfriedhof für Muslime in der Gemeinde Hausen a.A. errichten lassen. Das Begehren von Abd-Allah Lucien Meyers wurde von der zuständigen Behörde abgelehnt. Abd-Allah Lucien Meyers gelangt daraufhin ans Bundesgericht. Die Verletzung welcher Rechte kann Abd-Allah Lucien Meyers vor dem Bundesgericht geltend machen? Art. 8<sup>2</sup> BV kann direkt angewendet werden.**

EMRK Art. 14

**b) Hätte Abd-Allah Lucien Meyers einen Anspruch auf Errichtung eines Sonderfriedhofes für Muslime? Diskriminierungsverbot Art. 8<sup>2</sup>**

1 Schutzbereich

a) Vergleichbare Gruppe? ✓

b) Ungleichbehandlung? ✓

Ungleichbehandlung wird bejaht, da die jüdische Gemeinschaft die Möglichkeit hat.

- c) Benachteiligung zum Ziel oder zur Folge? ✓  
ja, Benachteiligung zur Folge gegeben
  - d) Verpöntes Merkmal ✓  
religiöse Überzeugung betroffen
  - aa. Direkte/indirekte Diskriminierung ✓  
ja, knüpft direkt an ein verpöntes Merkmal an
- 2 Rechtfertigung
- a) Ernsthafte und triftige Gründe ✓
  - aa. Zulässige Ziele und Zwecke? ✓
  - bb. Verhältnismässigkeit?
    - ↳ Geeignetheit (zweckfördernd?) ✓
    - ↳ Erforderlichkeit (Subsidiarität) ✓
    - ↳ Verhältnismässigkeit i.e.S.



## Übung vom 23.04.2008

Meier / Stüssi

### Übung 8: Meinungsfreiheit

#### Fall 1

#### Vorbemerkungen zu Art. 17 BV

#### 6 Auf welche Rechte kann sich Z vor dem Bundesgericht berufen?

Redaktionsgeheimnis → Art. 17<sup>3</sup> BV

#### Teilgehalte von Art. 17<sup>3</sup> BV

↳ Massenmedien

↳ Es werden

Der Empfang indes ist über die Informationsfreiheit und nicht über die Medienfreiheit geschützt. Radio und Fernsehen werden in Art. 93 BV geschützt. Zwei Gebote: Sachgerechte Darstellung, Meinungsvielfalt

#### Bedeutung der Massenmedien

↳ den Massenmedien kommt ausserordentliche Bedeutung zu ⇒ public watchdog

↳ wichtig für den politischen Diskurs

#### 1a) Ist die Beschwerde des Bezirksrichters X zulässig?

#### 1b) Auf welche Rechte kann sich X vor dem Bundesgericht berufen?

#### 7 Ist die Beschwerde begründet?

#### Begründetheit der Beschwerde nach Art. 17<sup>3</sup>

Lange Zeit wurde nur dem Auto die Anonymität gewährt. Neuerdings ist jedoch auch die Quelle grundsätzlich geschützt. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung: Pressefreiheit ⇔ öffentliches / privates Interesse.

#### Schutzbereich

✓

1 sachlich

✓

2 persönlich

✓

unproblematisch, da es sich um eine natürliche Person handelt.

#### Eingriff

Staatliche Massnahme, welche den Grundrechtsanspruch beschränkt. Das Offenlegen der Quellen greift in den Schutzbereich des Redaktionsgeheimnisses ein.

#### Rechtfertigung

✓

1 gesetzliche Grundlage

a) formell-gesetzliche Grundlage

wenn es ein schwerer Eingriff ist, braucht es ein Gesetz im formellen Sinne. Hier kommt der Art. 28a StGB als gesetzliche Grundlage zum Tragen. Der Art. 28a StGB ist selbstverständlich ein Gesetz im formellen Sinn (Normstufe ist gegeben).

b) Bestimmtheitserfordernis

✓

Ist das Gesetz genügend bestimmt? Wir haben konkrete Angaben. Es geht um periodisch erscheinende Medien und die Information im redaktionellen Teil.

- 2 öffentliches Interesse ✓  
öffentliches Interesse an der Aufklärung des Deliktes  
Schutzgut der Allgemeinheit
  - 3 Verhältnismässigkeit
    - a) Geeignetheit (zweckfördernd)  
Die Zweckförderung muss nicht optimal sein. Das Offenlegen der Quellen dient der Aufklärung. Es wäre geeignet, das Strafverfahren aufzuklären helfen.
    - b) Erforderlichkeit / Notwendigkeit (Mittelwahl) ✓  
Alle anderen möglichen Zeugen sind befragt worden. Es gibt keine mildere Massnahme zur Aufklärung des Ziels.
    - c) Verhältnismässigkeit i.e.S. (Zumutbarkeit)
      - aa. Gewichtung der öffentlichen Interessen bei Einschränkungen der Medienfreiheit
      - bb. Gewichtung des Interesses des Medienschaffenden an Wahrung des Redaktionsgeheimnisses  
↳ Wertungsfrage zwischen den beiden Interessen.
- ➔ *Das öffentliche Interesse an der Aufklärung überwiegt nicht.*
- 4 Kerngehalt

## Fall 2

### 1 Auf welche Rechte kann sich Z vor dem Bundesgericht berufen?

#### 1a) Ist die Beschwerde des Bezirksrichters X zulässig?

#### Zulässigkeit einer Beschwerde in öffentlich rechtlichen Angelegenheiten

- 1 Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG) ✓

Ja, Entscheid liegt vor (Art. 82 a)

Ausnahmen nach Art. 83 BGG (die Ausnahmen betreffen Entscheide)

- ↳ Art. 83 lit g liegt vor, da das Arbeitsverhältnis öffentlich-rechtlich ist. Es nicht vermögensrechtliche Angelegenheit geht und nicht die Gleichstellung der Geschlechter betreffen.

#### Zulässigkeit einer subsidiäre Verfassungsbeschwerde

- 1 Anfechtungsobjekt (Art. 113 BGG) ✓  
Entscheide letzter kantonalen Instanz. Ist gegeben.
- 2 Subsidiarität (Art. 113 Halbsatz 2 BGG)
  - ↳ ist gegeben, da eine Ausnahme der Beschwerde in öffentlich rechtlichen Angelegenheiten einschlägig ist.
- 3 Vorinstanzen (Art. 114 BGG) ✓
- 4 Beschwerdegrund (Art. 116 BGG)
  - ↳ Grundrechte
  - ↳ Degoratorische Kraft des Bundesrechts
  - ↳ Grundsatz der Gewaltenteilung

- Der Richter wird das Grundrecht rügen (Art. 16<sup>2</sup> BV).
- 5 Beschwerderecht ✓
  - a) Parteifähigkeit ✓  
Rechtsfähigkeit / Parteifähigkeit (ist das Gegenstück zur Rechtsfähigkeit im Prozessverfahren) → erschliessen nach Art. 11 ZGB (jedermann). Alle natürlichen Personen.
  - b) Prozessfähigkeit ✓  
Prozessfähigkeit / prozessuales Gegenstück zur Handlungsfähigkeit: ist gegeben
  - c) Beschwerdelegitimation (Art. 115 BGG)
    - aa. Teilnahme am Verfahren der Vorinstanz ✓
    - bb. Rechtlich geschütztes Interesse ✓  
↳ Dieses Rechtlich geschützte Interesse ist gegeben, wenn der Adressat des Verweises ist. I.c. ist der Richter der Adressat. Entsprechend ist dieser Punkt eingehalten.
    - cc. Aktuelles, praktisches Rechtsschutzinteresse ✓
  - 6 Beschwerdefrist Art. 100f. BGG ✓
  - 7 Beschwerdeform 42 und 106 BGG ✓  
↳ nur verfassungsmässige Gründe können gerügt werden.

➔ *Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist zulässig und das Gericht tritt auf die Beschwerde ein.*

## 1b) Auf welche Rechte kann sich X vor dem Bundesgericht berufen?

### 2 Ist die Beschwerde begründet?

#### Begründetheit der Beschwerde: Meinungsäusserungsfreiheit, Art. 16<sup>2</sup>

- Schutzbereich** ✓
- 1 sachlich ✓  
Meinung: Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen → Ergebnisse von Denkvorgängen
  - 2 persönlich ✓  
Wie sieht es aus bei Richtern (Sonderstatusverhältnis)? Äussert er sich als Richter oder als Privatperson. Wie weit geht die Treuepflicht des Richters?  
Der Bezirksrichter kann sich als natürliche Person auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen.
- Eingriff** ✓
- Durch die Sanktion ist ein Eingriff passiert.
- Rechtfertigung**
- 1 gesetzliche Grundlage ✓  
In solchen Fällen wird auch eine relativ offene Formulierung toleriert. Bei Sonderstatusverhältnis ist die Anforderung eingeschränkt. Hier beim Richter begründet sich die tiefe Anforderung durch seine Tätigkeit.
  - 2 öffentliche Interesse ✓  
Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit.  
Vertrauen des Bürgers in die Justiz  
↳ diese öffentlichen Interessen kann der Staat geltend machen.
  - 3 Verhältnismässigkeit

- a) Geeignetheit (zweckfördernd) ✓
- b) Erforderlichkeit / Notwendigkeit (mildere gleichgeeignete Mittel)  
Verweis wird in die Personalakte eingetragen, hat jedoch keine weiteren Konsequenzen.
- c) Verhältnismässigkeit i.e.S.

↪ *laut BGer ist der Eingriff gerechtfertigt, da die verteilte Schrift nicht objektiv ist.*

**3 Variante a) Nehmen Sie an, dass es sich bei X um einen Anwalt handelt, der im Kanton Zürich zugelassen ist. Wäre die Beschwerde begründet?**

Auch der Anwalt ist Diener des Rechts. Ein Anwalt kann sich kritisch äussern. Er kann dies nur im Rahmen des regulären Verfahrens machen. Ausserhalb dieses Verfahren kann er nur in objektivierter Form machen.

↪ *Erhöhte Anforderungen.*

**4 Variante b) Nehmen Sie an, dass es sich bei X um einen Professor der Universität Zürich handelt. Wäre die Beschwerde begründet?**

keine Einschränkung möglich

***Übung vom 30.04.2008***

Meier / Stüssi

**Übung 9: Probeklausur**

## Übung vom 07.05.2008

Meier / Stüssi

# Übung 10: Eigentumsgarantie

## Falllösung

### 1 Wird das Bundesgericht auf die Beschwerde eintreten?

Da es sich um eine **kantonale Verfügung gestützt auf einen kantonalen Erlass** (Gesetz über den Schutz der Kulturdenkmäler des Kantons Luzern) handelt, bietet sich die **Staatsrechtliche Beschwerde** an.

### Eintreten Einheitsbeschwerde

Thema: die Mühle aus den 40er-Jahren soll unter Denkmalschutz gestellt werden.  
Tritt das BG auf die Beschwerde ein? Es handelt sich um eine Einheitsbeschwerde.

#### 1 Anfechtungsobjekt (82 – 85 BGG)

Es liegt ein **zulässiges Anfechtungsobjekt** nach Art. **82** Abs. lit b BGG vor, nämlich eine kantonale Verfügung.

Frau Villiger stützt sich auf die Eigentumsgarantie, somit auf ein verfassungsmässiges Recht nach Art. 82 Abs. 1 lit. b BGG.

Weil die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht möglich ist, ist die **absolute Subsidiarität** nach Art. 82 Abs. 1 BGG gegeben.

Gemäss Art. 82 BGG lit a gilt als Anfechtungsobjekt Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts gerügt werden.

Entscheide sind individuell-konkrete Akte. I.c. ist das konkrete Objekt betroffen in dem bestimmten Fall.

Es liegt ein taugliches Anfechtungsobjekt vor.

#### 2 Vorinstanzen (Art. 86 – 88 BGG)

Eine Einheitsbeschwerde kann eingereicht werden gegen Entscheide der letzten Kantonalen Instanz. I.c. haben wir ein Kantonale Departement welche die Verfügung erlässt. Wir haben eine zulässige Vorinstanz.

Gemäss Art. 86<sup>2</sup> sollte ein Gericht als Voraussetzung vorhanden sein. Es gibt aber eine Übergangsbestimmung, um die Instanzen einzuführen bzw. den Rechtswittelweg zu modifizieren.

In unserem Fall haben wir keine Angaben bezüglich des kantonalen Instanzenzuges. Wir nehmen an, dass die relative Subsidiarität vorliegt nach Art. 86 OG.

#### 3 Beschwerdegründe (95 – 98 BGG)

Gemäss Art. 95 lit. BGG sind bundesrechtliche Normen Beschwerdegründe. I.c. beruft sich die Person auf Art. 26 BV (Eigentumsfreiheit). Dies ist Bundesrecht und somit ein zulässiger Beschwerdegrund.

#### 4 Beschwerderecht (89 BGG)

Gemäss Art. 89 Abs. 1 ist berechtigt, wer besonders betroffen ist, ein schützwürdiges Interesse vorliegt, das Interesse aktuell und praktisch (Lehre und Rechtssprechung) ist. Zudem muss der Kläger Partei und Prozessfähig sein. Die Denk AG ist eine JP und deshalb Rechtsfähig. Zudem muss sie Parteifähig sein, dies ist durch die Handlungsfähigkeit gegeben.

#### 5 Beschwerdefrist (100 f. BGG)

#### 6 Form und Inhalt

### 2 Ist die Unterschutzstellung mit verfassungsmässigen Rechten vereinbar?

### **Die drei Teilbereiche der Eigentumsgarantie:**

**Institutsgarantie** (*Kerngehalt*): Schutz des Privateigentums als Institut (juristisches Institut) der schweizerischen Rechtsordnung (Kerngehalt der Eigentumsgarantie). Richtet sich an den Gesetzgeber. Z.B. wenn der Boden an den Staat überführt werden wollte.

**Bestandesgarantie:** Schutz des konkreten individuellen Eigentumsrechts vor staatlichen Eingriffen (Einschränkungen unter Beachtung 36 BV zulässig). Der Schutzbereich der Bestandesgarantie ist breiter als nur das Eigentum (z.B. auch Besitzgarantie).

**Wertgarantie:** Kommt erst zum Tragen, wenn ein **rechtmässiger Eingriff in die Bestandesgarantie vorliegt, kommt die Wertgarantie zum Tragen**. Garantie einer vollen Entschädigung, wenn private Vermögensrechte zulässigerweise eingeschränkt werden (Art. 26 Abs. 2 BV: Formelle und Materielle Enteignung).

Ist die Unterschutzstellung der Mühle ein zulässiger Eingriff in die Eigentumsgarantie (Bestandesgarantie). Oder anders gefragt: Sind die Voraussetzungen nach Art. 36 BV erfüllt?

## **materielle Prüfung (Bestandesgarantie)**

### **Schutzbereich**

Sachlicher: ist betroffen

persönlicher: da eine AG betroffen ist, ist der persönliche Schutzbereich als JP betroffen.

### **Eingriff**

### **Rechtfertigung**

#### **1** gesetzliche Grundlage

Es handelt sich um einen schweren Eingriff, weil das Abbruchverbot durch die Unterschutzstellung unbefristet gilt. Somit ist als gesetzliche Grundlage ein formelles Gesetz Voraussetzung, welches vom Volk oder vom Parlament (LU: Kantonsrat) erlassen wurde. Vorliegend ist das Gesetz über den **Schutz der Kulturdenkmäler des Kantons Luzern ein formelles Gesetz**. Das auch generell-abstrakt ist und genügend bestimmt ist. Somit ist die gesetzliche Grundlage erfüllt.

Jegliche absolute Bauverbote sind schwere Eingriffe. Ebenso wie wenn der momentane und künftige Nutzen eingeschränkt oder verunmöglicht wird.

#### **2** öffentliches Interesse

Es besteht das öffentliche Interesse des Heimatschutzes, welches ein zulässiges öffentliches Interesse darstellt. Ist nicht rein fiskalisch motiviert.

#### **3** Verhältnismässigkeit

##### **a)** Geeignetheit

Eignet sich die Einschränkung zur Wahrung des öffentlichen Interesses? Die Unterschutzstellung eignet sich zur Wahrung des Heimatschutzes. Die Eignung ist gegeben.

##### **b)** Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit wäre nicht gegeben, wenn es ein milderer Mittel gäbe, welches gleich wirksam ist. Ein milderer Mittel um den Heimatschutz zu wahren ist kaum ersichtlich. Deswegen ist die Erforderlichkeit zu bejahen.

##### **c)** Verhältnismässigkeit i.e.S.

Zweck-Mittel-Relation: Interessensabwägung zwischen dem privaten Interesse der Denkidee AG und dem öffentlichen Interesse an Heimatschutz: Das öffentliche Interesse ist höher zu gewichten, weil die Denkidee AG nicht unbedingt auf dieses neue Haus angewiesen ist, weil es nicht ihr Geschäftssitz ist. Zudem sind Renovationen nach dem erwähnten kantonalen Gesetz möglich. Wir haben aber auch das öffentliche Interesse am Institut der Eigentumsgarantie.

Somit ist die Verhältnismässigkeit zusammenfassend zu bejahen.

#### 4 Kerngehalt

Der Kerngehalt ist nicht verletzt, weil das Eigentum an sich von Frau Villiger nicht verletzt wurde.

- ➔ **FAZIT:** Die Einschränkung der Eigentumsgarantie ist nach Art. 36 BV gerechtfertigt als Eingriff in die Bestandesgarantie. Dies stellt automatisch die Frage nach der Frage nach der Wertgarantie..

**Formelle Enteignung:** Enteignungsverfahren (nach Bundesgesetzen oder kantonalen Gesetzen): Das Eigentumsrecht (des Privaten) geht auf das Gemeinwesen über. Achtung nicht nur Eigentum. Auch beschränkt dingliche Rechte, Besitz etc.. Grundstückdienstbarkeiten können verloren gehen mit der Enteignung (z.B. Wegrecht geht unter mit der Enteignung eines Grundstückes).

**öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen:** grundsätzlich nicht zu Entschädigen.

**Ausnahme**

**Materielle Enteignung:** Das Eigentumsrecht bleibt faktisch beim Privaten, doch seine Verfügungsrechte werden eingeschränkt (z.B. Umzonung von Bauzone in Landwirtschaftszone; Bauverbot).

Zum Beispiel der Umzonungen: Damit eine Auszonung aus einer Bauzone als materielle Enteignung gewertet wird, muss ein Bau bereits konkret geplant gewesen sein und das Grundstück öffentlich erschlossen sein.

**Sonderopfer:** ein Einzelner ist betroffen. Wenn man den Vergleich mit der Allgemeinheit macht, ist das Opfer zu schwer, als es der Allgemeinheit dient. Ist möglich z.B. beim Denkmalschutz: z.B. wird bei einer Gebäudezeile nur eine Wohnung unter Denkmalschutz gestellt.

**Entschädigungslose öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung:** Beschränkung ist nicht derart intensiv, als dass sie entschädigt werden müsste.

Prüfung i.C. haben wir keine formelle Enteignung, also keine Entschädigung. Es sei denn es liegt eine Ausnahme (Materielle Enteignung, Sonderopfer) vor.

### **Kriterien für die Bejahung einer Entschädigungspflicht im Falle von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen**

#### **Nach der Art es Eingriffes in das Eigentum:**

- ↳ Liegt ein besonders schwerer Eingriff vor?  
Oder
- ↳ Muss vom Betroffenen ein Sonderopfer erbracht werden?  
Oder

#### **Nach Art des eingeschränkten Gebrauchs des Eigentums:**

- ↳ Wird ein bisheriger Gebrauch eingeschränkt  
oder
- ↳ Wird ein voraussehbarer künftiger Gebrauch eingeschränkt?

#### **Materielle Enteignung**

5 besonders Schwerer Eingriff (immer prüfen)

6 Einschränkung des bisherigen Gebrauchs (dieses zusätzlich)

7 eines voraussehbaren zukünftigen Gebrauchs (oder alternativ diese Voraussetzung muss gegeben sein)

- ↳ Nutzung muss sich in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit verwirklichen lassen (rechtlich und tatsächlich)
- ↳ je unsicherer und je weiter die Verwirklichung zeitlich entfernt ist, desto kleiner die Chance für die Entschädigung

1 besonders Schwerer Eingriff (immer prüfen)

Das Bundesgericht bewertet das öffentliche Interesse an Heimat recht stark, setzt somit hohe Anforderungen an die Schwere eines Eingriffes. (Wenn man im Eigentum eines alten Gebäudes ist, muss man damit rechnen, dass sie unter Denkmalschutz gestellt wird). Somit wird das Bundesgericht i.c. noch kein schwerer Eingriff als vorliegend betrachten. (Vom Resultat her zu kritisieren, weil der Denkidée AG somit noch Kosten auferlegt werden).

2 Einschränkung des bisherigen Gebrauchs (dieses zusätzlich)

Ein bisheriger Gebrauch wird nicht eingeschränkt, weil die Denkidée AG die Mühle bisher nicht genutzt hat.

3 eines voraussehbaren zukünftigen Gebrauchs (oder alternativ diese Voraussetzung muss gegeben sein)

Die Denkidée AG wollte eigentlich ein neues Haus bauen wollte, hat dies sogar konkret in Planung gegeben. Diese Voraussetzungen sind aber noch nicht genügend, dass ein voraussehbarer künftiger Gebrauch eingeschränkt wird, weil das Gebiet z.B. noch nicht erschlossen ist.

⇒ *FAZIT: Die Denkidée AG wird keine Entschädigung bekommen, weil die Voraussetzungen für die materielle Enteignung nicht gegeben sind. Somit handelt es sich um eine entschädigungslose öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung.*

Ein Sonderopfer liegt nicht vor, weil die Denkidée AG nicht gegenüber anderen Privaten ungleich behandelt wird.

3 **Variante: [...] Hat die Denkidée AG einen Anspruch auf Entschädigung ihrer finanziellen Einbussen?**

Grundsätzlich bleibt alles beim Gleichen

Gesetzliche Grundlage, Verhältnismässigkeit, öffentliches Interesse kann bejaht werden.

↳ Eingriff Gerechtfertigt?

**Kann Entschädigung bejaht werden in diesem abgewandelten Fall?**

**Materielle Enteignung**

1 besonders Schwerer Eingriff (immer prüfen)

*Der Eingriff ist schwerwiegender. Die wirtschaftliche Nutzung ist stärker eingeschränkt.*

2 Einschränkung des bisherigen Gebrauchs (dieses zusätzlich)

3 eines voraussehbaren zukünftigen Gebrauchs (oder alternativ diese Voraussetzung muss gegeben sein)

↳ Nutzung muss sich in naher Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit verwirklichen lassen (rechtlich und tatsächlich). *Weil die Nutzung wahrscheinlicher ist in absehbarer Zeit.*

↳ je unsicherer und je weiter die Verwirklichung zeitlich entfernt ist, desto kleiner die Chance für die Entschädigung

⇒ *Hier würde ein materielle Bejaht werden (Referent sieht dies eher kritisch).*

## Übung vom 14.05..2008

Meier / Stüssi

### Übung 11: Wirtschaftsfreiheit

#### Prüfstruktur der Wirtschaftsfreiheit

#### Fall (BGE 116 Ia 113)

#### Vorbemerkungen

#### 1 Welcher Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit ist betroffen? Inwiefern werden A. und C. eingeschränkt?

##### *Individual-rechtliche Funktion*

- ↳ wirtschaftliche insb. berufliche Entfaltung (Zugang und Entfaltung) ⇒ Art. 27 BV
- ↳ Schutz des Einzelnen vor Eingriffen des Staates

##### *wirtschaftspolitisch-institutionelle Funktion*

- ↳ Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs ⇒ Art. 94 BV

##### *Bundesstaatliche Funktion*

- ↳ In Art. 95<sup>2</sup> BV. Schaffung eines schweizerischen Binnenmarktes, in welchem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.

#### Prüfung: Verletzung der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV i.V. mit Art. 94 Abs. 4 BV

##### *Schutzbereich*

Geschützt wird das Recht des Einzelnen in seiner Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns dienen.

- ↳ Wirtschaftliche Tätigkeit
- ↳ Schutzzumfang
  - ↳ Freier Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbs- und Geschäftstätigkeit bzw. deren freie Ausübung
  - ↳ Wettbewerbsneutralität

Die freie Ausübung des Berufes ist ein Element des individuell-rechtlichen Teilgehaltes der Wirtschaftsfreiheit. A und B. können die Öffnungszeit nicht frei wählen.

Der sachliche Schutzbereich ist demnach geschützt.

persönlicher

geschützt sind natürliche und juristische Personen (nur privatwirtschaftlich Tätige Personen).

Der Persönliche Schutzbereich ist eröffnet (Voraussetzung ist erfüllt).

##### *Eingriff (als Besonderheit der Wirtschaftsfreiheit zweistufig)*

Liegt ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor?

Ist der Eingriff gerechtfertigt.

Ein Eingriff ist jede staatliche Handlung, welche das Grundrecht beschränkt. Durch die Auflage, dass die Bar jeweils über Mittag offen sein muss, greift der Staat in die Wirtschaftsfreiheit ein.

**Grundsatzkonforme Eingriffe. Massnahme, die nicht wirtschaftspolitisch Motiviert ist**

- ↳ wirtschaftspolizeiliche Massnahmen (z.B. Bewilligungspflicht für bestimmte Personen → Bsp. der Zahnärzte. Die Begründung ist nicht die Lenkung der Wirtschaft, als viel mehr der Schutz der freien Polizeigüter). Auch zu erwähnen wäre das Kartellgesetz oder die Grundlage für das UWG.

**Grundsatzwidrige Eingriffe. Massnahme, die wirtschaftspolitisch ist.**

- ↳ Ziel ist es die Wirtschaft zu lenken bzw. den freien Wettbewerb zu beeinflussen. (Strukturpolitische Massnahmen, Standespolitische Massnahme, Wirtschaftspolitische Lenkungsmassnahme).

**2 Welches Interesse verfolgt die Regelung des Kantons Genf? Ist der Eingriff im konkreten Fall wettbewerbsneutral?**

Frage: wirtschaftspolitisch motiviert ja oder nein.

Es wird gesagt, dass es aufgrund einer Bedürfnisklausel erstellt wurde. Das Bedürfnis sei um die Mittagszeit (beim Essen) gegeben. Wenn ich also ein Patent habe, soll ich auch zu den Hauptzeiten Alkohol ausschenken. Das BGer sagt, dass der Barbetrieb eh kein Essen serviert (und auch kein Aufgebot dazu macht). Das Problem liege in der Regulierung des Alkoholismus. Durch den Erlass, würde jedoch das Alkoholproblem nicht umgangen, sondern eher gesteigert. Mit dieser Regelung werden sie indirekt gezwungen Mittagessen einnehmen zu können, da am Mittag Leute kommen, die Essen wollen. Die Massnahme ist nicht wettbewerbsneutral. Die Bar wird zwar nicht gezwungen per Gesetz Essen anzubieten, jedoch sind sie faktisch dazu veranlasst. Art. 50<sup>2</sup> ist somit eine unzulässige Lenkung der Wirtschaftsfreiheit und zwar ein grundatzwidriger Eingriff.

Folge: Es muss ein Gesetz in der BV verankert sein oder als Regalrecht vorherrschen.

Wir befinden uns im Bereich der Grundsatzwidrigkeit und müssen entsprechend die Rechtfertigung nach Art. 27 i.V.m. Art. 94<sup>4</sup> BV vorgehen.

Es gibt auch implizite Abweichungen z.B. Kernenergie → Art. 90 BV (ist Sache des Bundes → umfassende Kompetenz → der Bund hat weiterführende Eingriffsmöglichkeiten) wie auch die Spielbankenpolitik (

Für Restaurantbetriebe o.d.g. liegt nicht vor.

Zweiter Prüfpunkt: liegt ein Regalrecht vor? Ist i.c. auch nicht einschlägig. Es dürften neue Monopole eingeführt werden, die jedoch nicht rein fiskalischer Natur sein dürfen.

Weder eine Ermächtigung aus der BV liegt vor, noch ein kantonales Regalrecht.

- ➔ *Die Bedingungen von Art. 94 BV sind nicht gegeben. Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Der kantonale Erlass verletzt die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV i.V.m. Art. 94 Abs. 4 BV.*

Hätten wir eine Ermächtigung, prüfen wir weiter nach Art. 36 BV.

Bei der Rechtfertigungsprüfung würde dann unter dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage geschaut, ob gestützt auf den Verfassungsartikel ein Gesetz besteht (Landwirtschaft → Landwirtschaftsgesetzgebung → Direktzahlungsverordnung). Dann ist es gerechtfertigt bzw. die Bedingung der gesetzlichen Grundlage gegeben.

Wenn ein Regalrecht gegeben ist, braucht es dazu kein zusätzliches Gesetz (ebenso wie es das bei einem neuen kantonalen Monopol nicht nötig wäre).

Wenn es ein grundsatzkonformer Eingriff ist, dann brauche ich den Art. 94<sup>4</sup> für die Rechtfertigung nicht mehr.

**3 Was sind unterschiedlichen Rechtfertigungs-Voraussetzungen für Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit?**

**4 Falls ja, prüfen Sie die Verhältnismässigkeit des Eingriffs. Falls nein, sind Ausnahmen nach Art. 94 Abs. 4 BV gegeben?**

## **Gleichbehandlung von Konkurrenten**

### **Fall (BGE 132 I 97)**

#### **1 Welche Grundrechte des X. sind betroffen? Welches ist hier einschlägig?**

Betroffen sein können sein Art. 8<sup>1</sup> oder Art. 27 BV. Die Frage ist welches Grundrecht ist betroffen. Das speziellere Grundrecht, wird dem allgemeineren vorgezogen.

Art. 8 BV

Art. 27 BV → lex specialis vor lex generalis

↳ Art 8 ist könnte das Auffanggrundrecht darstellen.

### **Vorgehen nach Art. 27 BV**

#### **Schutzbereich**

##### **1 sachlicher Schutzbereich**

↳ Definition: Wirtschaftliche Tätigkeit

↳ Schutzzumfang:

##### ↳ **Bedingter Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes**

Leistungsanspruch, der aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleitet wird

##### ↳ **Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbebesitzer**

- Vergleichsgruppe: direkte Konkurrenten (gleiche Branche, gleiches Publikum, gleiches Bedürfnis). I.c. sind dies Vereine, welche auch Waren haben wie sie x hat (direkte Konkurrenten). Wenn es andere Waren wären, käme keine direkte Konkurrenz zum tragen und wir müssten auf Art. 8 BV zurückgreifen.

- Ungleichbehandlung → Massnahmen sind verboten, wenn direkter Eingriff passiert, um einzelne zu bevorzugen. Das Reglement macht legitimerweise ein Reglement, da der Grund beschränkt ist. Nun ist jedoch zu fragen, ob diese Regelung zu einer Ungleichbehandlung führt.

⇒ Beide Leistungsansprüche werden bejaht und der Schutzbereich ist eröffnet.

##### **2 persönlicher Schutzbereich**

↳ natürliche und jp des Privatrechts

↳ x ist als Privatperson Träger des GR der Wirtschaftsfreiheit

#### **Eingriff**

Ein Eingriff beschränkt das Grundrecht

Keine Zuteilung des öffentlichen Grundes: Ein Eingriff liegt entsprechend vor

#### **Rechtfertigung**

##### **1 gesetzliche Grundlage**

Es liegt ein Reglement vor. Abs. 2 des Reglements über die Abbay de Fleurier.

##### **2 sachliche Gründe (statt öffentliche Interessen)**

a) bei Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten:

↳ ernsthafte und sachliche Gründe (es wird unterschieden aufgrund des Identitätsmerkmals).

b) bei bedingtem Anspruch auf Zuteilung von öffentlichem Grund

↳ sachliche Gründe (also weniger als bei Gleichbehandlung der Konkurrenten → Begründung: es geht nicht um die Unterscheidung der Identität der Person)

Fazit: Wenn es bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Gleichbehandlung der Konkurrenten um die Zuteilung des öffentlichen Grundes geht, gilt der Herabgesetzte Massstab. Es reichen sachliche Gründe. In unserem Fall die Beschränkte Nutzbarkeit des öffentlichen Grundes.

Es liegen sachliche Gründe vor.

- 3      Massnahme hinreichend wettbewerbsneutral  
Hauptstossrichtung ist nicht Wettbewerbspolitisch. Dieser angewendete Modus soll möglichst neutral. Es geht nicht die gleichen Bewerber / Bewerbergruppe systematisch zu bevorzugen. Frage klären, was für systematisches Bevorzugen und was dagegen spricht. Die Situation wird sich kaum verändern, es wird für x nie möglich sein einen Marktplatz zu bekommen. Wenn das Reglement weniger starr wäre und alle paar Jahre ein Wechsel stattfinden würde, wäre es wettbewerbsneutraler. Die Präsenz der Vereine des Dorfes würde ein Publikumsmagnet bilden und hätten nicht ausschliesslich wirtschafts-politischen Charakter. Wenn ein Turnus eingeschaltet würde, wäre es weniger systematisch.
- ↻      *Es liegt ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor nach Art. 27 BV. Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt.*
- 4      Verhältnismässigkeit  
Geeignetheit  
Erforderlichkeit  
Verhältnismässigkeit i.e.s. (Zumutbarkeit)
- 2      **Stellt die Regelung des Art. 2 Abs. 2 eine zulässige Einschränkung der Grundrechte dar?**